

# LaNotaria

Número 2-3 | 2019

Revista del Col·legi de Notaris de Catalunya

Fundada el 1858

## La Comissió d'Afers Europeus de la UINL i l'Acadèmia Notarial Europea, un any més a Barcelona

### La digitalització del Dret Privat

«On hi ha el notari llatí, hi ha seguretat jurídica»

Entrevista a Franco Salerno Cardillo

PRESIDENT DE LA CAE

«L'aportació notarial és molt important per la solidesa de la seva formació i del seu criteri»

Entrevista a Juli de Miquel

PRESIDENT DEL TRIBUNAL ARBITRAL DE BARCELONA

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

Josep Maria Valls i Xufré

#### TRIBUNA

Pedro Martínez Pertusa

Alejandro Fuentes-Lojo Rius

Josep M<sup>a</sup> Valls Xufré

Pedro Carrión García de Prada

María de los Reyes Sánchez Moreno

Joan Carles Ollé Favaró

#### DOCTRINA

El dret a l'habitatge en el dret convencional internacional i comunitari

El temps en els arrendaments urbans: què passa si és indefinit i indeterminat?

#### PRÀCTICA

L'assistència financera als socis

# 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. Autónoma de Madrid), Susana Navas  
Navarro (U. Autónoma  
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](http://www.notarisdecatalunya.org)

[lanotaria@catalunya.notariado.org](mailto:lanotaria@catalunya.notariado.org)

## Intervenció notarial i llibertat personal i negocial

En aquests temps de post desregulació, en un moment en què la crisi financera sembla que ha calmat els ímpetus de tantes teories i elucubracions que només acreditaven la seva eficiència sobre el paper imprès d'informes *ad hoc* o de pàgines de llibres tan ben elaborats i més ben presentats com mancats d'adequació a la realitat socioeconòmica i menys a la condició humana; de tantes noves formes de propietat i, sobretot, de titularitat, en què tan ufana com apodícticament s'afirmava que valia més un tros de paper (com a suport documental o simple anotació en compte com a element representatiu d'un valor mobiliari) que diverses hectàrees en un erm –tot i que després la realitat hagi constatat que l'erm continua sent el que era i, si més no, valia el que valia (econòmicament, biològicament i fins i tot sentimentalment), llevat que es pogués requalificar cosa que, aleshores, millor potser ja ni parlar-ne–, davant aquestes altres propietats que com un castell de cartes –i no obstant totes les auditories, controls comptables, fiscals, del mercat de valors, etc.– es van ensorrar sense valer ni el que el tros de paper valia (que sens dubte és res), i, com que no podria ser menys, de superació de la vella realitat de l'estatus (*civitatis, libertatis e familiae*), es fa necessari constatar algunes noves realitats i, en aquestes, la necessitat creixent d'intervenció del Notari com a millor garant de la llibertat individual i, també, de l'autonomia privada.

No es pot oblidar que la pretesa llibertat de forma és la millor garantia que el “contractant fort” imposi la seva voluntat, tant en la seva redacció com en la seva execució (perquè ja no és gratis l'execució judicial, ni immediata, com tampoc la mediació) i per això no només sorgeix la figura del consumidor, sinó que haurà d'arribar el moment en què es garanteixi la igualtat del “contractant feble” que també pot ser una PIME o fins i tot un petit professional. El cert és que la legislació europea no sempre discorre per aquests camins, però tampoc no es pot desconèixer que, fins i tot en el dret codificat –fidel reflex d'una concepció burgesa de l'economia i de la societat imperant– hi ha mecanismes i elements per assolir l'equilibri contractual, singularment a través de l'aplicació de la bona fe. A aquest efecte, el negoci jurídic, es contempli o no com a tal, o fins i tot s'empri o no aquesta denominació en el dret codificat, la veritat és que és la millor expressió de la voluntat de l'ésser i de la seva autodeterminació; això sí, no tots tenen la possibilitat d'aconseguir acomodar la seva voluntat a les categories jurídiques adequades a uns costos raonables, que sí que ofereix el Notariat que, a més, ha d'assessorar la part més feble (v. art. 147 Reglament notarial).

Arribats a aquest punt, la funció notarial –com Notariat llatí germànic– resulta transcendental perquè no és merament fedatària, sinó per veritablement notarial, en ser-li imperatiu adequar la lliure voluntat a les categories jurídiques pertinents, ja que com s'ha dit –i és notori– els valors propis del ciutadà són la llibertat i la igualtat, i les tres vies per transmetre la riquesa –com també per ajustar la realitat econòmica a la necessitat del ciutadà, que no és només consumidor– són el contracte, el testament i la donació. I és que avui com ahir la riquesa –malgrat que no ho sigui en la forma predominant en què ho era– encara és la riquesa immobiliària, al marge que es posseeixi a través de societats interposades, fiduciàries, etc., però aquí hi ha el Notari, i se n'ha de comprovar i d'acreditar la titularitat real.

Així doncs, la funció notarial és imprescindible; sens dubte, és necessari reformar lleis o fins i tot dictar-ne de noves, però, la veritat és que l'evolució ja no es fa a través de la reforma legislativa, perquè, tot i que incessant, encara ho hauria de ser més, considerant que en la societat postindustrial la força transformadora ja no és la llei, sinó que –fins i tot, immutats els codis mentre permetin la llibertat contractual, de la qual cosa l'art. 1255 CC és exemple



epònim i amb els seus límits justos— és la via contractual, amb els contractes atípics, com es va adequant la realitat. I aquí el Notariat està cridat a anar creant el Dret viu, com ho ha estat fent, amb la propietat horitzontal; amb les societats (és cert que esclereotitzades de tant control en alguns aspectes, quan no es pot oblidar que és un pacte entre els socis que ha de ser eficaç entre ells i fins i tot davant tercers que vulguin ingressar-hi, ja que aquests ja avaluaran si els interessa entrar-hi o no, o exigir-ne modificacions); amb la planificació successòria; amb els drets reals atípics o amb les clàusules específiques dels contractes.

També és necessària en aquesta època de nous subjectes, mancats de subjectivitat jurídica —com els animals—, però mereixedors de tutela, i, sens dubte, de necessitat de diferenciar-los de les coses, amb un estatus intermedi entre el subjecte de dret i el bé, i, pel que fa als animals de companyia, amb la problemàtica creixent en les ruptures matrimonials, i fins i tot, en el fenomen successori, on també hi ha presència notarial.

També és una realitat coneguda la del subjecte “feble” per la seva edat, menor o ancià, o per la seva realitat psíquica o física, incapacitats judicialment, sords, cecs, etc., i per a ells avui —juntament amb la seva autonomia creixent en tots els nivells— ja és no només la sensibilitat humana més elemental la que exigeix un tracte protector diferencial, sinó les mateixes Convencions de les quals Espanya forma part les que exigeixen haver d’adequar o, fins que arribi, d’interpretar els nostres ordenaments positius d’acord amb aquestes, i aquí, singularment en l’assistència, la intervenció notarial hauria de ser natural com a via fàcil i segura per adequar la voluntat de l’assistit i l’evolució possible de les seves necessitats.

En fi, si bé s’ha dit que l’ordre públic i la moral o els bons costums (art. 1255 CC) no són sinó un de tants instruments de control de la societat, tot i que en els temps actuals en canvi evident és igualment cert que la bona fe (recollida de forma en el nostre art. 1258 CC) és present en tota la contractació, des de l’inici precontractual, en l’execució i en el mateix compliment o responsabilitat contractual. Un cop més la presència de Notari pot ser garant del veritable equilibri contractual i ser-ho a més en el moment contractual oportú (ho garanteix ara la Llei de contractes de crèdit immobiliari vigent).

Crec, en definitiva, que és clar que en la nova societat, tant en l’àmbit personal com en l’econòmic, la funció notarial —no la merament fedatària, les màquines també poden acreditar, això sí, mecànicament—, compleix una funció molt transcendental en garantir la llibertat, no només la personal, de llibertat d’elecció (per la seva implantació territorial i la llibertat d’elecció), sinó, també, per adequar la seva autonomia privada, per un tercer qualificat, neutral i protector de la part “feble”, en el moment transcendental i sense sobrecàrregues burocràtiques, ni de costos.

Ángel Serrano de Nicolás  
*Director*  
*Doctor en Dret*  
*Notari de Barcelona*





## Editorial

- Intervenció notarial i llibertat personal i negocial  
*Ángel Serrano de Nicolás* ..... 3



## Tribuna

- La responsabilitat social del notariat: la Fundación Notariado  
*Pedro Martínez Pertusa* ..... 7
- La ineficàcia de la resolució notarial del contracte d'arrendament de finca urbana de l'art. 27.4 de la LAU i la seva necessària reforma  
*Alejandro Fuentes-Lojo Rius* ..... 12
- L'abolició de la incapacitació. El notari i els suports a la discapacitat (I)  
*Josep Maria Valls Xufré* ..... 16
- L'Acadèmia Notarial Europea  
*Pedro Carrión García de Parada* ..... 27
- CAE: fi de legislatura a Barcelona  
*Maria de los Reyes Sánchez Moreno* ..... 31
- Situació actual i perspectives de futur del Codi Civil de Catalunya. Anàlisi de les lleis civils del període 2015-2019  
*Joan Carles Ollé Favaro* ..... 34



## Entrevista

- "On hi ha el notari llatí, hi ha seguretat jurídica"  
*Franco Salerno Cardillo* ..... 52
- "L'aportació notarial és molt important per la solidesa de la seva formació i del seu criteri"  
*Juli de Miquel Berenguer* ..... 57



## Doctrina

- El dret a l'habitatge en el dret convencional internacional i comunitari  
*Josep M<sup>a</sup> Fugardo Estivill* ..... 63
- El temps en els arrendaments urbans: què passa si és indefinit i indeterminat?  
*Enrique Peruga Pérez* ..... 103



## Internacional

- El dret privat en el nou paradigma digital  
*Resum de ponències* ..... 118
- Survey on China's Intellectual Property Judicial Reform  
*Li Xiaomin & Liao Qian* ..... 146



## Pràctica

- L'assistència financera als socis  
*Javier Martínez Lehmann* ..... 156



## Sentències

- Sentències del Tribunal Suprem  
*Redacció Lefebvre-El Derecho* ..... 162
- Sentències del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya  
*Víctor Esquirol Jiménez*..... 170



## Resolucions

- Resolucions de la Direcció General dels Registres i del Notariat en recursos contra qualificacions mercantils i de la propietat  
*Fernando Agustín Bonaga* ..... 172
- Resolucions de la DGRN en recursos de matèria fiscal  
*Redacció Lefebvre*..... 222
- Resolucions de la Direcció General de Dret i Entitats Jurídiques de la Generalitat  
*Víctor Esquirol Jiménez*..... 229



## Vida Corporativa

- Notícies corporatives i del món del Dret ..... 237

## La responsabilitat social del notariat: la Fundación Notariado



Pedro Martínez Pertusa  
Degà del Col·legi de Notaris de Múrcia

La societat del segle que vivim requereix que totes les institucions que hi conviuen i es desenvolupen tinguin un suplement de contingut i compromís, més enllà del que li és propi per complir les seves finalitats essencials. Hem de partir de la idea que cap activitat, sigui professional, empresarial, laboral o de qualsevol altre tipus, es justifica per si sola, sinó que està incardinada en l'estructura social com una peça d'una maquinària que ha de funcionar en la mesura del valor de les parts que la componen.

Les persones i les corporacions ostenten, sens dubte, la seva pròpia individualitat i les seves característiques singulars que les diferencien dels seus iguals, els donen valor i la seva promoció i el seu desenvolupament els marca el camí cap a l'excel·lència, com a objectiu que s'ha de procurar. Però els temps en què aquesta autosuficiència i endogàmia eren per si sols justificadors d'una institució s'albiren ara llunyans. La idea de la cooperació i el desenvolupament dels

grups humans en el seu conjunt emergeix amb força des de finals del segle passat, i ha esdevingut no solament en una aspiració, sinó en l'objectiu primordial que afecta tothom, i al qual s'atribueixen diverses denominacions com la de societat de benestar. Les actuacions que cerquen aconseguir aquest propòsit són molt variades i abasten camps diferenciats i complementaris.

El **Notariat**, com a suma dels seus components Notaris i com a institució que els aglutina, no és aliè a aquesta nova forma de concebre la societat i gairebé es podria dir que va ser precursor d'aquesta visió en dissenyar una professió amb **un fort component social**, marcada pel servei públic i la preocupació pel que de primer es va anomenar client, després consumidor i actualment, amb més generalitat, usuari del servei públic notarial. I, a més d'aquesta atenció cap a les persones individuals, el Notariat, de la mateixa manera des de fa anys, porta a terme **funcions professionals en benefici**

**de la col·lectivitat en forma de convenis i acords amb altres institucions de l'Estat**, administratives, professionals, empresarials, universitàries i de qualsevol ordre, les unes disposades per les normes legals i les altres creades a l'empara de la voluntat específica de les parts.

Però, com parlàvem abans, **la societat que volem aconseguir entre tots necessita una dosi addicional de cooperació i de col·laboració**, més enllà de l'estrictament professional, que no cal que sigui aliena a la nostra activitat quotidiana, però de la mateixa manera pot ser completament diferent i estar-ne distant, sense que per això s'hagi de veure com una tasca estranya, sinó com una concepció de la professió que supera la nostra tasca quotidiana i transcendeix la tasca de tercers, en el cas entès que, fins i tot mirat de forma egoista, el fet d'afavorir als qui es podria pensar que estan distants, ens afavoreix indirectament a nosaltres mateixos. I això es desprèn de la





concepció global de la societat, els components de la qual es beneficien sempre del benefici general, al qual per tant tenen l'obligació moral i ètica de contribuir. Per tant, **no es pot assolir el desenvolupament de tothom sense que tots hi aportin, i aquesta aportació s'ha de fer així mateix en favor de tots.**

Així les coses, el **Consell General del Notariat** ha pres en consideració la possibilitat de complir aquest desiderat social utilitzant les vies legals al seu abast i, particularment, el sistema fundacional, perquè és el que més probablement es cohesiona amb la finalitat que es pretén. A partir d'aquí, i a un nivell pràctic, **s'ha optat per revalorar la Fundació Cultural del Notariado**, que es va constituir al seu dia com a fundació d'interès general, de caràcter particular, de naturalesa permanent i d'àmbit estatal, reconeguda amb el caràcter de benèfica per Ordre del Ministeri de Cultura, de 23 d'octubre de 1995.

Per a l'etapa actual s'ha decidit abordar **una nova denominació i uns nous signes distintius** d'acord amb les perspectives modernes de comunicació mediàtica, ressaltant la paraula que defineix la nostra identitat i que ens identifica en l'entorn social, NOTARIAT. I s'han configurat les **noves finalitats essencials, que van més enllà de les merament culturals** que tenia quan va néixer i **que s'estenen a la contribució del Notariat al desenvolupament social, econòmic i cultural de la societat, en particular l'espanyola, com també de les**

**persones i dels grups socials, amb una atenció especial als valors humans, al seu progrés i al seu perfeccionament.**

De la mateixa manera **s'ha renovat l'elenc d'activitats que es volen desenvolupar** per complir aquestes finalitats, que abasten matèries de caràcter molt divers que permetran estar presents en diferents camps d'actuació. Entre aquestes hi ha:

1.- **La cooperació al desenvolupament en l'àmbit nacional i internacional**, promovent actuacions amb la voluntat de millorar la qualitat de vida, la igualtat de les persones i les comunitats socials i el respecte dels drets humans.

2.- **La promoció i el desenvolupament dels principis constitucionals de seguretat jurídica, legalitat i jerarquia normativa.**

3.- **L'atenció als problemes que generen les necessitats especials, particularment en l'àmbit jurídic**, com ara els relatius a persones grans o amb diferents capacitats.

4.- **L'estudi de situacions jurídiques privades que afecten el medi ambient i al desenvolupament sostenible** per a la integració entre el respecte dels drets individuals i el benefici col·lectiu.

5.- **L'estudi i la promoció d'instruments per a la transparència financera nacional i internacional.**

6.- **L'impuls de la defensa dels drets de consumidors** i usuaris a través de l'assessorament previ, l'assistència contractual i precontractual i la preparació de dictàmens sobre situacions concretes necessitades de protecció especial.

7.- **L'estímul dels mecanismes alternatius de resolució de conflictes**, mitjançant el diàleg, la negociació, la mediació, la conciliació, l'arbitratge i institucions similars, amb la finalitat de contribuir a la instauració de la cultura de la pau.

8.- **La promoció del sistema notarial com a garant dels drets dels particulars** i defensa davant situacions abusives i posicions de domini dels grans operadors jurídics i econòmics, tant públics com privats.

9.- **El desenvolupament del notariat espanyol d'acord amb els codis deontològics i de bones pràctiques i els principis de transparència i bon govern.**

De la mateixa manera s'ha renovat l'elenc d'activitats que es volen desenvolupar per complir aquestes finalitats, que abasten matèries de caràcter molt divers que permetran estar presents en diferents camps d'actuació

10.- **La cooperació amb el notariat internacional**, especialment en l'àmbit de la Unió Europea i en relació amb els països llatinoamericans, emergents i en desenvolupament intermedi.

11.- **La promoció d'estudis de recerca i divulgació de temes d'interès general, predominantment relacionats amb el Dret**, i de forma especial en el camp dels **drets privat i notarial**, tant en l'àmbit nacional com internacional.

12.- **La celebració de congressos, exposicions, cursos, seminaris, simposis, taules rodones i qualssevol altres esdeveniments**, ben organitzats per la mateixa Fundació, en col·laboració amb les Administracions o altres ens públics o bé amb altres entitats, empreses o tercers, sobre temes **relacionats amb les finalitats fundacionals.**



13.- **Concessió de premis a treballs de recerca i ajuts**, de qualsevol tipus, **per a l'estudi o la recerca** en temes relacionats amb les finalitats fundacionals.

14.- La **publicació per si sola o en col·laboració** amb altres entitats o empreses, **de llibres, revistes, fullets o altres impresos de recerca o divulgació** de temes relacionats amb les finalitats fundacionals.

En la seva lectura reposada, aquestes finalitats semblen ambiciosos i llunyanes, però és precisament aquest el significat de la participació social. *Sigueu realistes, demaneu l'impossible*, en paraules d'Albert Camús. No hem de renunciar a ser en cap àmbit en el qual la nostra cooperació i la nostra participació pugui donar raó del nostre compromís social.

L'estructura de la fundació està dissenyada perquè formi part del seu patronat qualsevol persona que sigui triada pel Consell General del Notariat, tant Notaris com persones alienes a la professió notarial, que puguin aportar el seu coneixement i la seva experiència en els diferents àmbits d'actuació que constitueixen les seves finalitats i les seves activitats

L'estructura de la fundació està dissenyada perquè formi part del seu patronat qualsevol persona que sigui triada pel Consell General del Notariat, **tant Notaris com persones alienes a la professió notarial**, que puguin aportar el seu coneixement i la seva experiència en els diferents àmbits d'actuació que constitueixen les seves finalitats i les seves activitats.

L'any dos mil dinou es van aprovar els **nous estatuts** i es van fer les primeres actuacions cap a l'exterior.

Al mes de juliol van tenir lloc a la **Universidad Internacional Menéndez Pelayo de Santander** les jornades organitzades per la Fundación Notariado en col·laboració amb el **Col·legi de Notaris de Cantàbria**, sota la denominació "**Llei de contractes de crèdit immobiliari**", que van reunir institucions i organismes concernits. Els representants de l'Administració de justícia van exposar



la seva perspectiva sobre les qüestions que, en major mesura, han estat objecte de tractament en les sentències, tant espanyoles com europees. El món universitari també va ser present i en destaca el seu inestimable esperit crític i inconformista amb les reformes legals. Així mateix, vam comptar amb la presència de diversos representants dels grups polítics i de consumidors, empresaris del sector bancari i, per descomptat, Notaris, encapçalats pel director general dels Registres i del Notariat, que va comparèixer com a tal.

De la mateixa manera, la Fundació va ser present en l'organització de les **novenes jornades notariales de La Palma**, juntament amb el **Col·legi de Notaris de Canàries i la Unió Internacional del Notariat Llatí**, amb assistència d'alts representants polítics, notarians i judicials de diferents països iberoamericans.

Pel que fa al món cultural, s'ha subscrit un **acord de col·laboració amb el Museu del Prado en què la Fundació patrocina l'anomenada Càtedra del Museu del Prado** que és una de les línies d'actuació principals del Centre d'Estudis del Museu del Prado, en la qual es convida professionals de prestigi reconegut a desenvolupar, aportant els seus valuosos coneixements i experiències, un projecte propi relacionat estretament amb les col·leccions del Prado, els artistes que hi són representats o la història mateixa del Museu. Consta de quatre conferències destinades tant a un públic especialitzat com a un públic gene-

ral, i de quatre seminaris en què participa un escollit grup de becaris seleccionats prèviament. Les conferències de la Càtedra es recullen després en una publicació editada pel Museu Nacional del Prado. El titular de la Càtedra el 2019 és l'escriptor Antonio Muñoz Molina.

En relació amb la universitat, al mes de novembre es van celebrar les **jornades titulades "El Tribunal Inquisitorial de Llerena i la seva jurisdicció a Extremadura"**, organitzades pel **Col·legi de Notaris d'Extremadura, el departament d'Història de la UNED i la Fundación Notariado**.

Al **Col·legi de Balears** va tenir lloc la **presentació del llibre Dret Civil de les Illes Balears. Comentari crític i propostes de futur** l'edició del qual va correspondre igualment a la Fundación Notariado.

Cal destacar també l'assumpció per part de la Fundació de la **publicació de les revistes Cuadernos de Derecho y Comercio y Revista Jurídica del Notariado** amb la finalitat d'evolucionar-ne la indexació i destacar-les a les bases de dades, índexs i repertoris de consulta general, obrint-les a l'àmbit universitari per augmentar-ne l'atractiu en l'entorn dels investigadors. En aquest sentit es potenciaran els comitès editorials i científics, se n'adaptarà el contingut i el format als estàndards més acceptats i valorats, i s'editaran en format electrònic, de manera que siguin accessibles fàcilment i permetin transmetre la informació que





contenen amb la màxima senzillesa i agilitat possibles, mitjançant la manipulació i el tractament. Es requerirà l'adequació dels articles a l'estructura i format acceptats comunament dels treballs de recerca, si bé es mantindrà una secció específica perquè els Notaris puguin seguir publicant els estudis teoricopràctics que han estat l'objecte tradicional de les revistes, entenent que s'ha de fomentar i cuidar la vocació d'estudi i la conveniència de la comunicació i la transmissió del coneixement dels Notaris.

D'altra banda, es vol mantenir l'edició en paper ja que ha estat sol·licitat per petita part dels Notaris consultats, sens perjudici que l'accés en format electrònic també serà possible per als qui hagin triat el format paper.

En aquesta mateixa línia editorial, la Fundació es **proposa allotjar la biblioteca virtual del Notariat**, en què es trobin residenciades les revistes, tant en les edicions successives com en els números anteriors més propers en el temps, amb tesaurus fiables que permetin una consulta senzilla, immediata i efectiva. Aquesta biblioteca també acollirà el **fons editorial del Consell General del Notariat**, que conserva els llibres que han estat publicats sota el nostre patrocini, la consulta telemàtica dels quals es procurarà en la mesura que ho permeti la situació de cada exemplar. Aquest fons s'ha d'actualitzar amb noves publicacions. En tot cas, el fons editorial s'ha de digitalitzar per permetre'n

l'accés i la descàrrega en línia i les noves edicions s'han de fer, preferentment, en suport e-book.

I aquestes novetats editorials també seran útils a tercers, professionals, universitaris, investigadors, i s'estendran, a més, atès el seu nou format, cap a l'àmbit internacional, de manera que la biblioteca virtual superi les nostres fronteres i pugui servir de referent de qualsevol treball doctrinal i pràctic.

Es podrà accedir a tots aquests recursos a través del portal o lloc web que estarà disponible ben aviat, d'acord amb el desenvolupament actual de les noves tècniques informàtiques, per a la qual cosa s'habilitaran mitjans segurs d'accés a les bases de dades, com també a les passarel·les de pagament, per al cas en què s'arbitri un pagament per consulta o descàrrega de documents. Aquesta projecció cap a l'exterior implicarà ja de per si un benefici, en termes de reputació, per al Notariat espanyol, que es posarà de manifest amb el temps quan creixi el trànsit de consulta dels documents i textos. Aquesta projecció tindrà una rellevància especial per als Notaris americans, sempre interessats en els estudis notariaus i de Dret privat fets a Espanya.

En un futur proper, **la Fundació té previst acudir a les convocatòries que tant el Govern espanyol com les institucions europees** (p.ex. Comissió/Programa Justícia Civil), iberoamericanes (p.ex. SEGIB, COMJIB) i **internacionals** (p.ex. Banc Mundial, BIRD), **fan per a les institucions sense**

**ànim de lucre per a la presentació de projectes relacionats amb estudis i activitats formatives i de recerca**, que podrien ser interessants per al Notariat, i que se subvencionen mitjançant fons públics, per la qual cosa no graven el pressupost ordinari.

Així mateix, la Fundació donarà **suport als col·legis notariaus que ho necessitin per la seva estructura en l'organització de les activitats, com ara jornades o conferències**, que els permetin tenir més presència en la societat dels seus àmbits territorials respectius.

---

Així mateix, la Fundació donarà suport als col·legis notariaus que ho necessitin per la seva estructura en l'organització de les activitats, com ara jornades o conferències, que els permetin tenir més presència en la societat dels seus àmbits territorials respectius

---

Les **relacions i les col·laboracions amb les universitats i les institucions d'estudi i de recerca**, com també amb els estudiosos i els investigadors que hi pertanyen, han estat, i han de continuar sent, una de les línies estratègiques del Notariat. El Notariat té conclosos nombrosos **convenis de col·laboració** amb universitats i institucions acadèmiques i de recerca. No obstant això, en un bon nombre de casos, aquests convenis tenen una escassa trajectòria perquè estan vinculats a les persones que els van promoure o a un moment determinant. La Fundació, a través d'aquests convenis, o bé mitjançant la celebració d'altres de nous, pot ser la via per on aprofundir en les relacions amb aquestes institucions i amb els professors i els investigadors que les conformen. L'increment d'aquestes relacions pot proporcionar un important capital intel·lectual al Notariat.

En aquest mateix sentit, resultarà oportuna la **convocatòria de beques per a la realització de tesis doctorals o estudis en matèries que tinguin un interès especial per al Notariat i de premis o reconeixements per als treballs publicats en el dit àmbit material**. En tots aquests casos, els resultats de la recerca poden redundar en benefici del Notariat, però, a més, s'ha de tenir en consideració que, d'una banda, **pot**

suposar que alguns Notaris assoleixin el grau de doctor, cosa que directament redunda en el crèdit del Notari i en aprofundir en la seva formació, però, d'altra banda, suposa l'establiment d'un vincle estret entre el doctorand i el seu director, com també amb la universitat en la qual s'ha fer la recerca. A més, en la mesura que el beneficiari pertanyi a una institució de recerca, aquest vincle permet establir-lo amb el propi centre de recerca.

Les relacions i les col·laboracions amb les universitats i les institucions d'estudi i de recerca, com també amb els estudiosos i els investigadors que hi pertanyen, han estat, i han de continuar sent, una de les línies estratègiques del Notariat

El foment de la cooperació amb fundacions notariales estrangeres per tal de crear una xarxa que pugui sumar esforços i crear sinergies, ha de ser un dels objectius de la Fundació. Aquestes xarxes poden tenir com a finalitat abordar qüestions d'interès comú per al Notariat de diversos països, com de determinades zones geogràfiques i propiciar els fòrums de trobada precisos per fomentar l'intercanvi de coneixement. Així mateix, aquestes xarxes poden tenir per finalitat concórrer a convocatòries competitives d'organismes nacionals, supranacionals o internacionals per tal de recaptar fons per a la seva execució. Aquestes actuacions poden tenir com a resultat l'aproximació



de criteris entre Notariats, com també la difusió del coneixement sobre la forma en la qual els diferents Notariats autoritzen els seus documents i les seves actes, i sobre la incardinació de les seves actuacions en els seus sistemes jurídics respectius.

Com s'ha dit abans en relació amb el Museu del Prado, la Fundació establirà **convenis de cooperació amb institucions culturals de primer nivell, relacionades amb les arts escèniques o la música** (Auditori Nacional, Centro Dramático Nacional, Teatre Real...), però també amb aquells altres centres de rellevància territorial (Liceu, Auditori o Palau Música a Catalunya o Palau de la Música i de l'Òpera a València).

A la vista de tot això, el futur de la Fundación Notariado sembla prometedor per situar en el concert social les nostres institucions professionals, no tant per la importància de la feina que desenvolupen, sinó per la seva contribució al desenvolupament col·lectiu. De tots els Notaris, no solament dels càrrecs directius, depèn el seu èxit. Contribuïm, per tant, des dels nostres despatxos respectius o des dels nostres llocs de responsabilitat corporativa a la consecució de les finalitats i els propòsits que la Fundació propugna, aportant idees, suports, col·laboració, coneixement, relacions i qualsevol altre actiu que redundi en benefici general, de manera que ens puguem sentir orgullosos i satisfets del seu funcionament i dels seus encerts.

# La ineficàcia de la resolució notarial del contracte d'arrendament de finca urbana de l'art. 27.4 de la LAU i la seva necessària reforma



**Alejandro Fuentes-Lojo Rius**

Soci de Fuentes Lojo Abogados.

Vocal de la Comissió de Codificació de Catalunya

El passat 6 de març de 2019 va entrar en vigor el Reial decret llei 7/2019, d'1 de març, de mesures urgents en matèria d'habitatge i de lloguer per impulsar mesures que garanteixin l'assequibilitat i l'estabilitat del llogater d'habitatge amb l'objectiu que l'accés a l'habitatge per la via de l'arrendament s'erigeixi en una alternativa real i no residual a l'accés a través del domini.

**L'RDL 7/2019 ha modificat diversos aspectes de dret substantiu sobre la regulació del Títol II de la LAU relativa al contracte d'arrendament d'habitatge i també qüestions de dret processal** que afecten els arrendaments de finca en general –tant urbana com rústica.

Entre les novetats de caràcter processal, volem destacar una de les mesures adoptades per la reforma més polèmiques i criti-

cades per la doctrina, que és la **suspensió temporal per un termini de fins a tres mesos** (en funció de la condició de l'arrendador) **del judici verbal de desnonament per impagament de rendes o per expiració de termini quan el demandat és arrendatari d'habitatge i està en situació de vulnerabilitat econòmica i/o social.**

L'esperit de la norma és la protecció especial constitucional i internacional de la inviolabilitat del domicili (art. 7 de la CDFUE, art. 18.2 de la Constitució), del dret a la intimitat personal i familiar (art. 7 de la CDFUE, art. 8 de la CEDH, art. 27.1 de la Convenció sobre els Drets de l'Infant, art. 18.1 de la Constitució) i del dret a l'habitatge (art. 31 de la CSER, art. 25 de la DUDH, art. 11.1 del PIDESC, Observació General núm. 7 del Comitè DESC de l'ONU, art. 47 de la Constitució) però, a **parer meu, la fórmula utilitzada**

**no és l'adequada**, perquè per a això ja hi ha l'art. 704.1 de la LEC que faculta l'òrgan judicial per suspendre temporalment –per un termini màxim de dos mesos– el llançament de l'executat del seu habitatge habitual quan hi ha causa justificada, per la qual cosa hauria estat tan senzill com modificar aquest precepte legal ampliant, si és el cas, el termini de la suspensió màxima i evitar així deixar en mans de l'Administració una cosa tan sensible com la suspensió d'un procediment judicial de desnonament.

S'introdueix un **nou apartat 5 en l'art. 441 de la LEC** com a obligació jurídica el **deure de comunicació d'ofici del jutjat als serveis socials sobre l'existència del procediment perquè determinin si la llar afectada es troba en situació de vulnerabilitat econòmica i/o social**. En el cas que l'Administració competent detecti indicis



que hi ha aquesta situació de vulnerabilitat del demandat, ho ha de notificar a l'òrgan judicial immediatament. Un cop rebuda la comunicació, se suspendrà *ope legis* el procediment fins que s'adoptin les mesures que els serveis socials considerin oportunes durant un termini màxim d'un mes de suspensió a comptar des que el jutjat rebi la comunicació dels serveis socials si l'actor és persona física o de tres mesos si és persona jurídica. Un cop rebuda la comunicació o transcorreguts aquests terminis s'ha d'aixecar la suspensió i el procediment ha de continuar.

Cal observar que, fins a aquesta reforma, les modificacions legals adoptades (...) s'havien encaminat a establir un procediment de desnonament molt més àgil, escurçant els terminis dels tràmits processals i erigint-lo en un procediment sumari, especial i privilegiat, que escau en supòsits taxats i que la part actora promou per diverses finalitats: la resolució del contracte d'arrendament i la recuperació de la possessió de la finca cedida en arrendament

Cal observar que, fins a aquesta reforma, les modificacions legals adoptades –Llei 37/2011, de 10 d'octubre, de mesures d'agilitat processal, i Llei 4/2013, de 4 de juny, de mesures de flexibilització i foment del mercat de lloguer d'habitatges– s'havien encaminat a establir un procediment de desnonament molt més àgil, escurçant els terminis dels tràmits processals i erigint-lo en un procediment sumari, especial i privilegiat, que escau en supòsits taxats i que la part actora promou per diverses finalitats: la resolució del contracte d'arrendament i la recuperació de la possessió de la finca cedida en arrendament. No obstant això, el problema no té tant un caràcter procedimental com endèmic, derivat del funcionament deficient de l'Administració de Justícia, conseqüència, fonamentalment, de la manca de mitjans materials i personals.

La importància de l'agilitat en el desnonament per impagament de rendes o per expiració de termini és clau per a l'estabi-



litat del mercat del lloguer d'habitatge, ja que el grau de capacitat de l'arrendador per recuperar la possessió de la finca arrendada quan s'extingeix el contracte és un factor de seguretat essencial per als seus interessos.

**La mesura processal descrita**, introduïda pel RDL 7/2019, va en contra de la celeritat necessària que ha de tenir un procediment de desnonament i **pot comportar un allargament** d'aquest procediment en perjudici de l'arrendador i, **per tant, l'efecte indesitjat d'una retracció de l'oferta de l'arrendament d'habitatge a Espanya**.

El legislador ens té acostumat a moure's per impulsos, davant demandes socials més o menys espontànies que exigeixen resultats immediats, i amb una visió a curt termini. Com a conseqüència d'això, hi ha precipitació, manca de reflexió, incontinència legislativa, vaivens injustificats que un dia protegeixen els arrendataris, però que l'endemà posen en dubte els seus drets més elementals a una tutela judicial efectiva i que mostren que no hem après dels errors del passat i de la manca de seguretat jurídica que aquest caràcter pendular de la normativa d'arrendaments urbans provoca.

Segons el meu parer, **per evitar posar en risc la seguretat de l'arrendador en la restitució de la possessió de la finca arrendada** quan s'extingeix el contracte d'arrendament **és necessari arbitrar un sistema de resolució extrajudicial que permeti a l'arrendador una recuperació**

**àgil i eficaç** de la possessió de la finca arrendada.

Amb aquesta voluntat d'agilitar el procediment de resolució del contracte d'arrendament, el legislador de 2013 va introduir, mitjançant l'aprovació de la Llei 4/2013, de 4 de juny, de mesures de flexibilització i de foment del mercat de lloguer d'habitatges, la **possibilitat que les parts acudissin a la mediació o a l'arbitratge per resoldre les conteses d'arrendament** (art. 4.5 de la LAU), i va preveure un **mecanisme notarial de resolució per manca de pagament del contracte d'arrendament** inscrit en el Registre de la Propietat (art. 27.4 de la LAU).

Pel que fa a aquest procediment notarial de resolució del contracte d'arrendament per manca de pagament, si bé segons el meu parer es tracta d'una mesura legal que anava en la bona direcció, després de més de cinc anys d'implementació d'aquesta norma legal podem constatar el **fracàs estrepitos** d'aquest mecanisme extrajudicial de resolució contractual **atesa la seva nefasta redacció legal**.

En primer lloc, el legislador va oblidar fer referència al pagament que pot fer l'arrendatari requerit en el termini de deu dies i s'ha d'entendre que el pagament evita la resolució del contracte. Aquesta conclusió es reforça si tenim en compte que en el procediment judicial de desnonament per impagament de rendes es permet a l'arrendatari enervar l'acció en els termes de l'art. 22.4 de la LEC i, per tant, la resolució per aquesta via



extrajudicial no pot empitjorar la condició a l'arrendatari que la que tindria en el cas de ser demandat en judici de desnonament.

En segon lloc, de la redacció de l'art. 27.4 de la LAU sembla que es desprengui que la seva aplicació es restringeix exclusivament a l'incompliment contractual de manca de pagament de la renda i no a altres incompliments contractuals, però hauria estat més encertat que el legislador hagués utilitzat una redacció més clara en relació amb aquest aspecte.

En tercer lloc, la norma fa referència exclusivament a l'efecte resolutori del contracte i no diu res sobre l'efecte restitutiu de la possessió de la finca arrendada, de manera que hem d'entendre que la seva eficàcia es troba molt limitada –només té eficàcia en el pla registral– i no preveu un mecanisme específic per a la restitució de la possessió de la finca arrendada en el cas que l'arrendatari es negui a restituir-la, com passa en moltes ocasions. En aquest sentit, la redacció del precepte legal és terminantment clara quan manifesta que *"és títol suficient per practicar la cancel·lació de l'arrendament en el Registre de la Propietat"*.

Cal tenir en compte que som davant un mecanisme extraordinari de resolució de conflictes que s'aparta del mecanisme ordinari de la via judicial, per la qual cosa s'ha de fer una interpretació restrictiva de la norma legal, com a excepció a la regla general, més encara si tenim en compte

la protecció especial que atorga la nostra Constitució a la inviolabilitat del domicili (art. 18.2 de la Constitució) quan la resolució afecta un contracte d'arrendament d'habitatge de l'art. 2.1 de la LAU i, fins i tot, si es tracta de la resolució d'un arrendament d'ús diferent d'habitatge (art. 3 de la LAU) com pot ser l'arrendatari de temporada o de vacances, o d'ús turístic perquè, d'acord amb la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional (STC, del Ple, n. 10/2002, de 17 de gener, i n. 94/1999, de 31 de maig), expansiva del concepte de domicili, aquest va més enllà del concepte de domicili habitual i arriba fins i tot a una habitació d'un hotel.

En la seva virtut, no hi ha dubte que, d'acord amb la redacció de l'art. 27.4 de la LAU, l'arrendador que resolgui el contracte d'arrendament per aquesta via extrajudicial, i davant la negativa de l'arrendatari –ara precarista– a desallotjar la finca, es veurà abocat a haver d'interposar el procediment declaratiu pertinent per aconseguir-ne el desallotjament, i no podrà instar directament un procediment executiu, ja que l'escriptura pública declarativa de resolució que posa fi al procediment no té el caràcter de títol executiu de l'art. 517.2.4t de la LEC.

A més a més, hi ha dubtes al voltant de si es pot interposar el procediment sumari del desnonament per impagament de rendes (art. 250.1.1a de la LEC), perquè, en ésser resolt el contracte d'arrendament, no és

correcte conceptualment acudir a aquest judici verbal especial sumari i cal acudir així al procediment de judici verbal de caràcter plenari de desnonament per precari de l'art. 250.1.2a de la LEC.

Per tot això, segons el meu parer, **s'hauria de modificar aquest procediment extrajudicial de resolució de contracte per dotar l'escriptura pública no solament d'eficàcia declarativa sinó condemnatòria al desallotjament quan l'arrendatari no s'oposi al requeriment, no pagui o accepti la resolució, i perquè sigui títol habilitant per a interposar demanda executiva de condemna al desallotjament.**

Així mateix, considero que **s'hauria d'ampliar l'objecte d'aquest mecanisme extrajudicial de resolució contractual per cobrir també la resolució per expiració del termini de durada del contracte.**

És freqüent en la pràctica que l'arrendatari se'n vagi de l'habitatge sense avisar ni lliurar les claus a l'arrendador, cosa que l'obliga a acudir als tribunals per recuperar la possessió, ja que, si actua per la via de fet canviant el pany, l'arrendador s'exposa no només a un il·lícit civil per pertorbació de fet de la possessió (...), sinó a una conducta constitutiva d'un delictes de coaccions (...), d'un delictes de realització arbitrària del dret propi amb força en les coses (...) o d'un delictes de violació de domicili (...)

És freqüent en la pràctica que l'arrendatari se'n vagi de l'habitatge sense avisar ni lliurar les claus a l'arrendador, cosa que l'obliga a acudir als tribunals per recuperar la possessió, ja que, si actua per la via de fet canviant el pany, l'arrendador s'exposa no només a un il·lícit civil per pertorbació de fet de la possessió –s'ha de tenir en compte que el nostre sistema jurídic protegeix la mera possessió natural en l'art. 446 del Codi Civil–, sinó a una conducta constitutiva d'un delictes de coaccions (art. 172 del CP), d'un delictes de realització arbitrària del dret propi amb força en les coses (art. 445.1 del CP) o d'un delictes de violació de domicili (art. 202.1 del CP).

A més, la reforma de l'art. 27.4 de la LAU en el sentit exposat també fomentaria que s'inscrivessin en el Registre els contractes d'arrendament ja que aquest procediment extrajudicial resolutori només opera si el contracte està inscrit, perquè els primers interessats en aquesta inscripció serien els arrendadors, evitant així perjudicar l'assequibilitat del ciutadà en l'accés a l'habitatge per la via de l'arrendament, i amb els avantatges que comportaria per a l'Administració Pública de disposar d'un registre fidel, concís i complet sobre el mercat d'arrendament d'habitatge per poder fer polítiques d'habitatge.

Com qualsevol proposta de solució extrajudicial de conflictes, comporta una disminució dels instruments jurídics de defensa de les parts afectades, però això no s'ha de traduir en un risc d'infracció del principi de tutela judicial efectiva de l'arrendatari si s'adopten les cauteles processals necessàries per a això

Com qualsevol proposta de solució extrajudicial de conflictes, comporta una disminució dels instruments jurídics de defensa de les parts afectades, però això no s'ha de traduir en un risc d'infracció del principi de tutela judicial efectiva de l'arrendatari si s'adopten les cauteles processals necessàries per a això. En aquest sentit, i anticipant-nos a les crítiques dels processalistes més garantistes, hem de manifestar que, si bé el procediment executiu és de naturalesa sumària amb causes taxades d'oposició, conté un veritable incident declaratiu (art. 560 de la LEC) que **atorga més garanties de defensa que el judici de desnonament per impagament de rendes**, les causes d'oposició del qual són encara més taxades tot i tractar-se d'un procediment declaratiu, més encara després de les darreres reformes processals de la Llei 1/2013, de 14 de maig, de mesures per reforçar la protecció als deutors hipotecaris, reestructuració de deute i lloguer social, i la Llei 8/2013, de 26 de juny, de rehabilitació, regeneració i renovació urbanes, que han reforçat el marc de protecció de l'ex-



cutat flexibilitzant-ne el procediment d'execució en el seu conjunt, i no només l'hipotecari.

A tall d'analogia, cal tenir en compte que la regulació del procediment administratiu de desnonament per a habitatges de protecció oficial finalitza amb un acte administratiu i no amb una resolució judicial, de tal manera que l'òrgan judicial intervé només per autoritzar l'entrada al domicili de l'arrendatari desnonat per garantir que la mesura interessada limitadora de drets fonamentals sigui valorada per un tribunal de conformitat amb els principis de proporcionalitat i raonabilitat, garantint així en darrera instància la tutela judicial efectiva de l'arrendatari.

En tot cas, cal notar que la limitació en les causes d'oposició del procediment d'execució es donaria només si no hi oposició o pagament al requeriment notarial de pagament o, si és el cas, a la notificació notarial d'extinció del contracte per expiració del termini, de tal manera que en tot cas es garantiria a l'arrendatari l'oportunitat d'oposar-se per qualsevol causa, abocant amb això automàticament l'arrendador a haver d'acudir a un procediment judicial declaratiu per a procedir al llançament de l'habitatge arrendat.

En tot cas, si d'acord amb una tesi expansiva del principi de proporcionalitat i de raonabilitat que ha de fer l'òrgan judicial per resoldre sobre la procedència del desallotjament forçós en el cas concret (STS, Sala Tercera, n. 1797/2017; STC n. 50/1995, de 23 de febrer; STC n. 69/1999, de 26 d'abril; STC n. 188/2013, de 4 de novembre; TEDH de 24 d'abril de 2012; TEDH de 17 d'octubre de 2013) és necessari que el procediment judicial permeti un examen complet i contradictori, habilitant un espai processal que permeti donar audiència a l'afectat sobre l'impacte que té el desallotjament en els seus drets fonamentals, **es podria modificar la regulació del procediment d'execució afegint una nova causa d'oposició a l'efecte**, en la línia de la nova causa d'oposició relativa a l'existència de clàusules abusives que va afegir la Llei 1/2013, de 14 de maig, de mesures per reforçar la protecció als deutors hipotecaris, reestructuració de deute i lloguer social, amb motiu de la STJUE, de 14 de març de 2013 (*Aziz vs Espanya*) que va considerar abusiu el procediment espanyol d'execució hipotecària perquè no permetia al·legar a l'executat l'existència d'una clàusula abusiva del contracte.



# L'abolició de la incapacitació.

## El notari i els suports a la discapacitat (I)

### La Convenció de Nova York i el seu incompliment a Espanya



Josep Maria Valls Xufré (\*)  
Notari de Barcelona

La **Convenció de Nova York** sobre els drets de les persones amb discapacitat es va aprovar el 13 de desembre de 2006 i va entrar en vigor al nostre país el **3 de maig de 2008<sup>(\*)</sup>**, per la qual cosa la nostra legislació es va haver d'adaptar a aquesta Convenció i, en especial, al que estableix en l'article 12, el text del qual és el següent:

#### **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 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 perso-

nes 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.

El compliment d'aquesta norma legal, ja en vigor, implica l'abolició de la incapacitació, perquè **modifica radicalment la concepció de la persona amb discapacitat. Ja no som davant un incapaç, sinó davant una persona que necessita un suport per**

\*Text basat en el treball presentat al 29è Congrés Internacional del Notariat, celebrat a Jakarta del 27 al 30 de novembre de 2019.





**exercir els seus drets i complir les seves obligacions.** Hem d'entendre que es tracta de persones que tenen plena capacitat jurídica amb igualtat de condicions, però que, per poder exercir-la, la societat, la llei i les entitats públiques les habilita amb una sèrie de mesures de suport per facilitar-los els mitjans necessaris per prendre les seves pròpies decisions. Com diu Castro-Girona, som davant un esdeveniment històric que marca un abans i un després en matèria de discapacitat <sup>(2)</sup>.

La Convenció es refereix no solament al que entenem per capacitat jurídica, com aptitud per ser subjecte de drets i obligacions, sinó que inclou la que anomenem capacitat d'obrar, com a legitimació per exercir-la activament i passivament

La Convenció es refereix no solament al que entenem per capacitat jurídica, com aptitud per ser subjecte de drets i obligacions, sinó que inclou la que anomenem capacitat d'obrar, com a legitimació per exercir-la activament i passivament. Així ho ha confirmat el mateix Comitè de Drets de les Persones amb Discapacitat de Nacions Unides. Martínez Aguirre explica que el concepte anglosaxó de capacitat jurídica (*legal capacity*) inclou els dos aspectes, estàtic o de titularitat i dinàmic o d'exercici <sup>(3)</sup>.

Ja no hi ha incapaços, el concepte d'incapacitat natural desapareix i, per tant, no es pot incapacitar ningú. Hi ha persones que, per exercir la seva capacitat, necessiten mesures de suport per completar el que fins ara hem anomenat capacitat d'obrar, expressió que s'ha de diluir en un sol concepte, el de la capacitat jurídica que té tot ésser humà i que és un atribut inherent a la personalitat.

No es tracta d'un joc de paraules, tampoc de substituir unes paraules – incapacitat, incapacitació, tutela, curatela – per d'altres com discapacitat o persona amb capacitat d'obrar modificada. El canvi és molt més profund: **és un canvi radical de concepció. No hi ha incapaços, hi ha persones que necessiten un suport** que es pot haver creat per voluntat pròpia i prèviament, com és el cas del poder preventiu, o per part de tercers, com els familiars o les institucions públiques, quan es presenti la necessitat, com és el cas de la guarda de fet o de l'assistència.

Tutela o curatela són termes que s'haurien d'evitar, ja que porten implícita la idea de modificació de la capacitat d'obrar de la persona. En canvi, tant l'assistència com el defensor són termes que ja tenen una tipicitat actual sense la càrrega semàntica d'incapacitat, igual que el mandat i el poder preventiu, que ens ajudaran a configurar el nou sistema de protecció de la persona pel que fa a l'exercici dels seus drets.

La perspectiva tradicional de la limitació de la capacitat d'obrar en funció de la

incapacitat es canvia i se substitueix per la perspectiva inversa: **tant suport com requereixi la persona per poder formar i transmetre la seva voluntat i preferències.** Els suports s'han d'adaptar a les necessitats de la persona per fer possible que pugui prendre per si mateixa la decisió adequada, quan sigui possible.

A Espanya, la Convenció forma part del nostre Dret intern des del 3 de maig del 2008 després de la seva publicació al BOE i preval sobre el Dret intern en virtut de la mateixa Constitució Espanyola, tal com reconeix la Llei 25/2014, de 27 de novembre, de tractats internacionals (article 31) i és d'aplicació directa com es dedueix a *contrari sensu* de l'article 1.5 del Codi civil. A més, és norma d'interpretació dels drets fonamentals (article 10.2 CE).

Com va dir Fernández Bujan, la Convenció "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" <sup>(4)</sup>.

Aquesta norma internacional passa d'un model de substitució en la presa de decisions a un model de suport per prendre les decisions pròpies. La Convenció aposta per superar els obstacles que la interacció amb l'entorn posa a les persones amb discapacitat per gaudir dels seus drets en igualtat de condicions sense haver de retallar o suprimir-ne l'autonomia. Per això, obliga els Estats Part a oferir mecanismes de suport a la presa de decisions que permetin a les persones amb discapacitat desplegar les seves habilitats i capacitats respectant-ne plenament la dignitat, l'autonomia, la voluntat i les preferències.

## L'AVANTPROJECTE ESPANYOL DE 21 DE SETEMBRE DE 2018

### 1) Sistema de curatela

Tot i que l'article 12 esmentat és d'aplicació directa, el rebuig obert a un canvi tan profund per part del món acadèmic civilista i l'escassa prioritat que es va donar a aquesta matèria han fet que no hàgim tingut un avantprojecte fins a l'any 2018.

I això que, malgrat que l'examen a Espanya del Comitè Internacional de Nacions Unides de 19 d'octubre de 2011 va ser molt clar exigint que es posés en marxa la tasca

i que aquest any s'ha repetit en les seves observacions finals, publicades el 9 de abril de 2019. **El Comitè hi manifesta expressament la prohibició de seguir incapacitant les persones** i, per això, és imprescindible que aquesta reforma s'emprenghi com més aviat millor <sup>(5)</sup>.

**El legislador espanyol** sembla, aparentment, decidit a introduir els canvis exigits, la derogació de la incapacitació i del procediment de modificació de la capacitat de les persones, introduint un sistema de suport a les persones amb discapacitat en l'**Avantprojecte de llei de reforma del Codi civil i la legislació processal civil de 21 de setembre de 2018**.

En aquest avantprojecte se suprimeix la incapacitació, substituint-la per un procediment de provisió de suports. També se suprimeix la tutela per als majors d'edat i la pàtria potestat prorrogada o rehabilitada. **La curatela sense incapacitació prèvia esdevé la figura central**, concebuda com a suport o acompanyament (curatela assistencial) i, en casos excepcionals, com a substitució (curatela representativa). Es pretén atendre els aspectes personals i no solament els patrimonials. Es prefereixen les mesures preventives i d'autoregulació (poder preventiu, autoguarda) davant les judicials (heteroregulació). Es reforça la guarda de fet, concebuda per romandre en el temps. S'escolta sempre la persona amb independència de les seves necessitats de suport. Si hi ha una mesura judicial, la sentència no priva de drets. El procediment, de jurisdicció voluntària, llevat que hi hagi oposició, **té una filosofia de taula rodona més que de banquet** com passava fins ara, però es planteja l'existència d'un procediment contenciós en què es preveu la imposició dels suports, la qual cosa és contrària a la Convenció segons l'Observació General n. 1 del Comitè. Honestament crec que, en l'Avantprojecte, tant l'aspecte civil com el processal, encara han de millorar molt, entre altres la desjudicialització i l'accessibilitat a totes les persones que necessitin a l'atorgament un acord o mandat de suport, si el seu grau de discapacitat ho permet.

## 2) Contradiccions

**En l'exposició de motius de l'avantprojecte es fan unes declaracions que després no es reflecteixen de forma adequada en l'articulat** que es proposa. Així, es

declara pomposament: *"siguiendo los precedentes de otros ordenamientos europeos y las directrices del Consejo de Europa, a la hora de concretar los apoyos, la nueva regulación otorga absoluta preferencia a las medidas preventivas, esto es, a las que puede tomar el interesado en previsión de una futura necesidad de apoyo, las cuales han de prevalecer sobre las medidas que se establecen externamente, una vez constatada la necesidad de apoyo. Dentro de las primeras adquieren especial importancia los poderes y mandatos preventivos, así como la posibilidad de la autoguarda. 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 investidura 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."*

**És cert que se suprimeix la tutela que només es manté per als menors d'edat no emancipats no subjectes a pàtria potestat o en situació de desemparament, situació que és independent i a la qual el Conveni no es refereix, ja que el seu objecte són únicament les mesures de suport a les persones amb discapacitat**

És cert que se suprimeix la tutela que només es manté per als menors d'edat no emancipats no subjectes a pàtria potestat o en situació de desemparament, situació que és independent i a la qual el Conveni



no es refereix, ja que el seu objecte són únicament les mesures de suport a les persones amb discapacitat. Doncs bé, quan l'Avantprojecte regula aquestes mesures ho fa amb una parquedat i desen-cert manifestos pel que fa a poders preventius, guarda de fet i defensor judicial, i fa unes rellescatades importants, com veurem a continuació, i, sobretot, no dona a aquestes institucions el tracte de preferents com l'exposició de motius anunciava. En canvi, **quan regula la curatela ens demostra que és la institució central i més important del sistema, absolutament judicialitzada, fins al punt que es pot afirmar que converteix la tutela actual en la curatela del futur**, cosa que actualment ja es fa amb la tutela graduada, encara que, com diu l'article 267 de l'Avantprojecte *"la autoridad judicial constituirá la curatela cuando no exista otra medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad"*.

A continuació, afegeix, perquè la similitud amb la tutela graduada resulti incontestable: *"La autoridad judicial determinará los actos para los que la persona requiera la intervención del curador, atendiendo a sus concretas necesidades de apoyo."*

*Sólo en los casos excepcionales en los que resulte necesario por las circunstancias de la persona con discapacidad, la autoridad judicial determinará los actos en los que el curador habrá de asumir la representación de aquella."*





*Tanto los actos en los que el curador deba prestar la asistencia, como aquellos otros en que deba ejercer la representación, deberán fijarse de manera precisa.*

*En ningún caso podrá incluir la sentencia la mera prohibición de derechos”.*

Fins aquí, sembla que, amb la Sentència establint la curatela, s'acaba la intervenció judicial, ja que ha de determinar els actes que la persona sotmesa pot fer per ella mateix, els actes per als quals és necessari el complement del curador i els que només aquest darrer, en representació del primer, pot executar. Però a continuació, **l'article 285 estableix els actes per als quals el curador, que exerceixi funcions de representació, necessita autorització judicial (a més dels actes que determini la sentència judicial)**. Doncs bé, aquests actes per als quals el curador necessita acudir al jutge “en qualsevol cas” (és a dir, encara que la seva funció sigui de complement), són els mateixos que s'exigeixen actualment per al tutor, és a dir actes d'administració extraordinària i de disposició de béns immobles.

Coch Roura, en comentar l'article 223-4,3 del CCCat, que és equivalent al plantejament de l'Avantprojecte que acabem d'exposar, diu que “no es respetuoso con los principios de mínima intervención, de proporcionalidad y de carácter restrictivo de las medidas de protección propugnadas por la Convención”<sup>(6)</sup>.

### 3) Judicialització excessiva

Aquest sistema és tan judicialitzat com el que ja tenim, fins al punt que, quan es refereix al defensor judicial dient se'l nomenarà quan la persona amb discapacitat necessiti suport de forma ocasional, encara que sigui de forma recurrent, s'assenyala *contrario sensu* que se sotmetrà a curatela la persona amb discapacitat que necessiti suport de forma permanent i que no tinguin els suports voluntaris necessaris. Aquests suports voluntaris, l'Avantprojecte els redueix als poders preventius (arts. 254 a 260) i a les previsions atorgades en “*escritura pública de medidas de apoyo relativas a su persona o bienes, estableciendo el régimen de actuación y el alcance de las facultades de la persona que le haya de prestar apoyo*”. Però, en todo caso, estos apoyos voluntarios se otorgan por persona sin discapacidad “*en previsión de la concurrencia futura de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás*”.

A la guarda de fet, el segon apartat de l'article 261 de l'Avantprojecte estableix que “*Cuando la naturaleza del acto requiera acreditar la representación, la persona que ejerza la guarda de hecho solicitará la correspondiente autorización judicial, que deberá realizarse a través de un expediente de jurisdicción voluntaria. Esta le podrá ser concedida, previa comprobación de su necesidad, en los términos y con los requisitos adecuados a las circunstancias de cada caso*”. Aquesta norma pateix una rigidesa innecessària, ja

que la representació pot ser necessària per a actes d'administració ordinària o sense transcendència econòmica. **Seria convenient, per a certs actes, establir una legitimació *ex lege*** en favor de determinats parents o institucions tutelars perquè en l'exercici de la guarda de fet puguin actuar com a representants sense necessitat d'acudir a una autorització judicial, amb l'estalvi corresponent en temps i mitjans que això implica.

### 4) La paradoxa del poder amb clàusula de continuïtat

En el poder o mandat preventiu, torna a caure en els mateixos errors que el legislador català, regulació incompleta, basada en el fet que som davant un mandat i que, en el no regulat, s'aplicaran les normes del dit contracte. Aquesta concepció ja la vaig rebutjar en el primer article que vaig escriure en publicar-se el Llibre Segon del Codi Civil de Catalunya (Llei 25/2010, de 29 de juliol) i ho continuo mantenint en l'obra que he dedicat al tema<sup>(7)</sup>.

**Els poders i els mandats preventius com a institucions de suport a la persona s'han d'extreure de l'esfera contractual i ser objecte d'una regulació específica i completa**

Els poders i els mandats preventius com a institucions de suport a la persona s'han d'extreure de l'esfera contractual i ser objecte d'una regulació específica i completa. D'aquesta forma no s'incorreria en contradiccions palmàries com també he advertit reiteradament entre una regulació, la del mandat, concebuda per a l'esfera contractual i una altra, la del poder preventiu, que s'incardina en l'àmbit de les institucions de protecció de la persona. **Una d'aquestes contradiccions és la que anomeno la paradoxa del poder amb clàusula de continuïtat per al cas de discapacitat sobrevinguda, que es dona en el codi català i que l'Avantprojecte repeteix sense cap pudor.**

Perquè s'entengui de forma senzilla. D'una banda, l'article 257 de l'Avantprojecte declara que el poder preventiu, “*sobrevenida la situación de necesidad de apoyo, quedará sujeto al régimen la curatela, salvo que*

*el poderdante haya determinado otra cosa".* I això ens remet a l'article 285 que estableix els actes per als quals el curador necessita autorització judicial (actes d'administració extraordinària i de disposició). Cap problema en els poders preventius purs, és a dir, aquells en què el poderdant determina el moment a partir del qual té vigència el poder, per exemple, quan l'apoderat presenta un certificat mèdic o administratiu acreditatiu d'un grau determinat de discapacitat. En aquest tipus de poders preventius purs, quan en comenci la vigència, l'apoderat necessita l'autorització judicial per als mateixos actes que el curador, com ara per a la disposició d'immobles.

En canvi, en els poders amb clàusula de continuïtat en el cas de discapacitat, en què el poderdant estableix la vigència des de l'atorgament i que subsistiran en el cas de discapacitat sobrevinguda, cal distingir dos règims jurídics diferents, abans i després de la discapacitat. En la fase anterior es regeixen pel que s'hi disposa, sense que la Llei imposi cap autorització judicial. En la fase posterior, tant a Catalunya com ara a l'Avantprojecte, se sotmet l'apoderat a l'autorització judicial per a actes d'administració extraordinària i de disposició. Però, qui decideix quan es passa d'una fase a l'altra. Quan l'apoderat ordinari passa a preventiu, quan passa de no haver a haver de demanar autorització judicial? Que potser a la primera fase l'apoderat preventiu ha de declarar que el poderdant es troba encara plenament capacitat per a ser informat de l'acte de l'apoderat, retre-li comptes i, si és el cas, exercir l'acció de responsabilitat corresponent per ell mateix? Si és així, el legislador hauria d'expressar-ho imperativament i no ho fa, com tampoc no ho fa en la regulació del contracte de mandat.

Aquí rau la paradoxa: en un poder ordinari, l'apoderat manté les seves facultats representatives, sense necessitat d'autorització judicial (art. 1.732 CC). En canvi, **si a aquest poder li afegim la clàusula de continuïtat en el cas de discapacitat, estarà subjecte a autorització judicial per a actes que excedeixin l'administració ordinària segons l'Avantprojecte, però, a partir de quin grau de discapacitat, en quin moment i qui ho decideix?**

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 preventiu amb el poder ordinari, fins al moment en què el poderdant és declarat incapacitat, en què el poder preventiu sobreviu al poder ordinari. El que passa a la pràctica és que, amb un poder ordinari de caràcter general, normalment no cal incapacitar. La incapacitat natural ja no es preveu com a causa d'extinció del mandat i, en conseqüència, el poder ordinari prolongarà en la majoria dels casos la seva vigència fins a la mort del poderdant.

D'acord amb les normes del mandat, aquest s'extingeix per la incapacitació sobrevinguda del mandant (article 1.732 CC), incapacitació judicial, entenem tots tant doctrina com jurisprudència. Igualment el recent article 622-33 del CCCat estableix com a causa d'extinció la modificació judicial de la capacitat del mandant, és a dir, fins que no hi ha una sentència declarant la incapacitat, el poder ordinari es troba vigent en la seva integritat sense que l'apoderat hagi de sol·licitar autorització judicial, tot i que el poderdant es trobi en una situació de fet en què no pugui regir la seva persona, ni donar instruccions a l'apoderat o exigir-li rendició de comptes.

## NECESSITAT D'UN NOU PLANTEJAMENT

És per tot això que defenso **extreure el poder preventiu del contracte de mandat i regular-lo com el que és, una institució de protecció de la persona, amb una normativa completa** que, a més, aculli al seu si qualsevol acord bilateral o multilateral (acords de suport) o disposició unilateral (poders) que tinguin per objecte donar suport, ajuda i, si és el cas, representar una persona amb algun grau de discapacitat psíquica.

En resum, penso que es podria fer una regulació del poder preventiu molt més tècnica i completa i, com a mínim, sense incorrer en els errors que he apuntat, la qual cosa demostra que, en la redacció de l'Avantprojecte, no s'ha tingut en compte la doctrina dels autors, no s'ha manejat la bibliografia que la figura ha provocat sobretot a Catalunya. La inconsistència de l'Avantprojecte no s'acaba aquí, ja que davant una filosofia desjudicialitzadora es podria esperar que, en aquests mitjans de suport voluntaris, s'incloués també una figura en la qual la persona, ja amb discapacitat, intervingui en la constitució i la configuració de l'ajut o suport que necessita.



És a dir, a més de la guarda de fet, que preveu una situació fàctica en què normalment la persona no ha intervingut, només es preveu com a suport voluntari el poder o mandat preventiu que pressuposa una capacitat plena en l'atorgant. Franca-ment, **el sistema deixa de banda el protagonista principal, la mateixa persona que necessita el suport.** Entre la guarda de fet i el poder preventiu hi hauria d'haver un intermedi: l'acord de suport o mandat de suport atorgat per la persona que ja el necessita. El poder preventiu s'atorga unilateralment per una persona plenament capaç, i després es transforma en bilateral pel sol fet que l'apoderat exerceixi alguna de les facultats conferides, sense perjudici de l'atorgament bilateral *ab initio*, mitjançant el mandat preventiu.

En canvi, en l'acord de suport o d'ajut, **la persona ja amb discapacitat verificaria l'atorgament amb els ajuts necessaris segons cada cas**, valgui la redundància, després de ser informada, aconsellada i acompanyada en la presa d'una decisió tan important com la configuració del seu sistema personal de suport a la seva discapacitat i això encara que s'establís la necessitat d'una aprovació judicial posterior. Això exigeix un esforç d'imaginació jurídica, però això és el que vol la Convenció i també les persones, familiars i institucions tutelars que viuen l'esdevenir de tots.

Demanen més confiança en les mateixes persones, en els pares, germans o familiars, en les institucions públiques i privades el





quefer diari dels quals connecta directament i constantment amb la persona necessitada de suport. La Convenció vol que, en la mesura del que sigui possible, sigui el mateix subjecte el qui, conscient, informat i voluntàriament configuri les seves pròpies mesures d'ajut i protecció per al desenvolupament de la seva vida en societat mitjançant una sèrie de decisions, l'abast de les quals dependrà de seves preferències i que poden determinar:

Demanen més confiança en les mateixes persones, en els pares, germans o familiars, en les institucions públiques i privades el quefer diari dels quals connecta directament i constantment amb la persona necessitada de suport

- **Des d'un punt de vista personal**, l'organització de les seves necessitats vitals i activitats ordinàries i la previsió de les que puguin esdevenir en un futur per canvis de les circumstàncies actuals, determinant la persona, persones, institucions o organismes en què es confia, per tal de vetllar pel seu benestar amb l'establiment d'un règim d'acompanyament, suport o supervisió segons el cas, que va des de l'organització de la llar fins a l'assistència mèdica passant per les seves inquietuds intel·lectuals, laborals, d'entreteniment i de lleure.

- **Des d'un punt de vista patrimonial**, l'organització de la seva economia a fi de conservar, protegir i augmentar els seus béns, per a la qual cosa la persona afectada pot nomenar una altra persona, familiar o no, o organisme, perquè l'acompanyi en la presa de decisions, complementin la seva actuació o fins i tot la representin, atribuint-li les facultats que es considerin pertinents i imposant també les limitacions, les condicions i les obligacions que corresponguin als supòsits que es preveuen i sens perjudici de la responsabilitat i la supervisió que caldrà imposar amb caràcter general.

Entenguem d'una vegada, que una persona amb una discapacitat, per exemple, un autista, necessita ser tractada com un igual i amb el suport necessari es podrà sentir com un membre més de la comunitat. Si no li donem l'oportunitat d'organitzar-se la vida, el seu sistema de suports, l'estem menyspreant com a persona, rebaixant-lo a la condi-



ció d'ésser inferior, negant-li, finalment, la dignitat que es mereix com a persona.

#### LA JUDICATURA INTENTA APLICAR LA CONVENCIÓ

A la pràctica, la judicatura espanyola s'inclina cada cop més per la tutela graduada, amb la qual cosa no s'incapacita totalment, sinó que es constitueix una curatela que habilita la persona per continuar regint la seva pròpia vida excepte en qüestions determinades, com actes d'administració extraordinària o de disposició, per als quals es fa necessària la intervenció del curador, que es limita a completar la seva capacitat o excepcionalment representar-lo.

Així, en la majoria de sentències en què se sol·licita la incapacitació el jutge la concedeix parcialment, i es repeteixen una sèrie d'afirmacions que apareixen una vegada i altra en les resolucions judicials com si s'haguessin tret d'un formulari: "la regulació substantiva i processal s'ha d'interpretar en l'actualitat a la llum de la Convenció sobre els drets de les persones amb discapacitat que, en l'article tercer, disposa com a principis bàsics el respecte a la dignitat inherent a totes les persones, l'autonomia individual, incloses la llibertat per prendre les pròpies decisions i la independència de les persones. L'article 12 de la Convenció suposa un canvi fonamental en la manera d'abordar la qüestió de la capacitat jurídica en aquelles situacions en què una persona amb dis-

capacitat pot necessitar l'ajut d'un tercer. **Aquest canvi pot ser denominat el pas d'un model de substitució en la presa de decisions a un model de suport, ajut o assistència en la presa de decisions, de manera que la incapacitat absoluta ha deixat de ser la regla general i passa de ser excepcional.** Per tant, en els processos en què se sol·licita modificar o privar de la capacitat d'obrar una persona cal promoure, protegir i assegurar el gaudi ple i en igualtat de condicions de tots els seus drets humans i llibertats fonamentals, i adoptar les mesures de suport que siguin necessàries".

"D'altra banda, per determinar si és procedent o no modificar la capacitat d'una persona i si és procedent quin abast ha de tenir aquesta modificació, cal prendre en consideració una sèrie de circumstàncies bàsiques, a saber les condicions de vida i activitats que pot fer la persona afectada pel procediment, que és el que realment aquesta persona necessita per poder exercir amb la màxima amplitud possible la seva capacitat jurídica, en definitiva, en què beneficiarà realment la sentència que es dicti les seves condicions de vida i, per això, cal tenir en compte també totes les habilitats funcionals en les diverses esferes de la vida quotidiana, activitats com vestir-se, rentar-se, fer servir mitjans de comunicació, cuinar, netejar, etc. Així mateix, es tindran en compte les seves habilitats d'índole patrimonial, és a dir totes aquelles relacionades amb el seu patrimoni, control de comptes bancaris, diners de butxaca, sol·licitud de préstecs, targetes de crèdit, compra o lloguer d'un habitatge, etc.



No es poden oblidar tampoc les habilitats de caràcter sanitari, és a dir la possibilitat de prendre decisions en relació amb tractaments mèdics i quirúrgic”.

“És per tot això que, **valorant les circumstàncies de cada persona, la sentència que es dicti ha de ser individualitzada, un vestit a mida i únic** per a aquesta persona, que s’ha d’ajustar a les seves necessitats i aptituds de tal manera que la incapacitat que es demani i la qual es concedeixi s’acomodi perfectament, únicament i exclusivament a aquesta, ja que cada persona discapacitada necessita la seva mesura especial de protecció”.

Aparentment, els tribunals, doncs, s’han avançat a l’Avantprojecte, fent girar el sistema de protecció dels discapacitats entorn de la curatela. Però, per arribar a la mateixa situació, no cal canviar res. Si la curatela és el nou epicentre, els jutges ja ho han canviat, de la tutela a la curatela. Així ho ha fet la nova Llei portuguesa de règim jurídic del major acompanyat, de 14 d’agost de 2018<sup>(8)</sup>, la qual ha merescut la reprovació de juristes, persones, familiars i institucions relacionades amb la discapacitat. On abans es preveia la tutela, ara es parla de curatela; es pretén passar d’un sistema a un altre amb un simple canvi de denominació, la filosofia del qual és radicalment diferent. Això no és complir la Convenció, com així assenyalen les observacions recents del **Comitè de les Nacions Unides** (abril de 2019) en l’informe de l’Estat espanyol sobre el compliment de la Convenció. El Comitè torna a dir a l’Estat

espanyol que cal derogar la incapacitació, eliminar les mesures que comporten la substitució de la voluntat de la persona amb discapacitat i abordar les reformes legals necessàries per oferir a les persones amb discapacitat els suports que exigeix el text internacional per garantir que puguin exercir els seus drets en igualtat de condicions.

## EL TRIOMFALISME DEL CONSELL GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Els redactors de l’Avantprojecte han seguit el mateix camí que el legislador portuguès i, en lloc de desjudicialitzar la discapacitat, han mirat cap a una altra banda, a la recerca de la solució més senzilla, curatela en lloc de tutela. Amb la mateixa estretor de mires es manifesta el ple de **Consell General del Poder Judicial en el seu informe, avalant l’avantprojecte elaborat pel Ministeri de Justícia espanyol**, amb el vot unànim dels 21 vocals que integren el ple; considera que “la implantació d’un sistema d’autoregulació no ha de significar necessàriament una disminució de la intervenció judicial. Al contrari, la determinació dels suports necessaris en cada cas comporta una sèrie d’incidències i de tràmits que haurien d’estar acompanyats d’un augment quantitatiu i qualitatiu de la intervenció judicial i de l’estructura auxiliar de l’Administració de Justícia, especialment en les primeres fases d’implantació del nou sistema, on s’han de revisar les mesures adoptades amb la legislació vigent”.

Continua el Consell, en el seu informe, dient que es requerirà “un major grau d’especialització dels òrgans judicials; un major nombre d’òrgans i personal especialitzats; un nou disseny de distribució territorial de competència, d’acord amb el mapa territorial del tractament judicial de la discapacitat que suposi **més proximitat de l’òrgan judicial a la persona amb discapacitat** i l’adopció de mesures d’accessibilitat que permetin a les persones amb discapacitat exercir els seus drets en el procés i veure satisfet plenament el seu dret a la tutela judicial efectiva”.

Em sembla una inconsciència total, ja que aquests mitjans judicials més importants que impliquen un augment quantitatiu i qualitatiu de la intervenció judicial i de l’estructura auxiliar de l’Administració de justícia, no es donaran ni en cent anys. Aquest triomfalisme del Consell General de Poder Judicial només pot derivar de la seva ceguesa en contemplar la realitat actual, no, l’Estat no proveirà els fons necessaris per crear i finançar aquests nous òrgans judicials i personal especialitzats, que acostin l’òrgan judicial a la persona amb discapacitat.

**Els redactors de l’Avantprojecte han seguit el mateix camí que el legislador portuguès i, en lloc de desjudicialitzar la discapacitat, han mirat cap a una altra banda, a la recerca de la solució més senzilla, curatela en lloc de tutela**

Com diu Núria Coch, “*Si en la actualidad los tribunales especializados en modificación de capacidad se hallan totalmente desbordados, ¿cuál sería la situación si su trabajo se incrementase exponencialmente, a la vista del número de decisiones que cada persona que no fuera capaz de autogobernarse (total o parcialmente) precisare tomar a lo largo de su vida? Y, si ponemos los pies en la tierra, ¿qué coste presupuestario podría suponer la aplicación de este sistema?*”<sup>(9)</sup>.

Encara que això fos possible, cosa que, honestament ningú en aquest país ho pot creure; la veritat és que a més és contrari a la Convenció. Emfàticament el Consell diu que la implantació d’un sistema d’autoregulació no ha de significar necessàriament una disminució de la intervenció judicial. Jo no hi estic d’acord, doncs precisament



**el que vol la Convenció i els mateixos afectats és autoregulació i disminució de la intervenció judicial.** Els jutges hi són per esmenar i corregir les desviacions provocades per actuacions malintencionades de persones que s'intenten aprofitar de la discapacitat d'altres, però no per organitzar la vida de tots els qui pateixen alguna discapacitat, ja que en la immensa majoria dels casos, no hi haurà cap necessitat.

Moltes vegades penso que, quan parlem, discutim i legislem, ho fem des de la perspectiva de les nostres famílies "normals", però carregades també d'enveges, egoismes i desconfiances. Si els legisladors fossin persones amb fills o familiars amb discapacitat, ho farien de manera diferent, ja que en aquestes famílies molts d'aquests vicis han desaparegut i s'han convertit en dedicació, entrega, comprensió, altruisme. A l'Avantprojecte, per tant, hi falta confiança, confiança en els familiars, en les persones i en les institucions, la majoria sense ànim de lucre, que dediquen tota la vida a atendre aquestes persones "especials" procurant que, a poc a poc, la societat supprimeixi els qualificatius i els vegi com a simples persones. També es vol donar confiança a aquestes persones amb discapacitat que necessiten saber que poden regular la seva situació, que poden manifestar les seves preferències, les seves esperances i les seves necessitats, ja que, amb això, simplement amb aquest reconeixement, es podran sentir com un membre més de la comunitat: se les té en compte i se les considera iguals.

### CAP A UN MODEL MÉS VOLUNTARISTA I NOTARIAL

**El model que defenso és un model notarial més que judicial.** L'autoritat judicial (o administrativa) només hauria d'intervenir en aquells casos en què és impossible adoptar decisions per un mateix, fins i tot amb tot el suport necessari, i es corre perill de perjudicar greument la seva persona o els seus béns.

Evidentment, si una persona afectada de síndrome de Down es presenta davant un Notari i pretén atorgar un acord de suport, tot i que el mandatari sigui el pare o la mare, el Notari no autoritzarà el document pel sol fet de l'aspecte extern que té la persona. El Notari no té "auctoritas" ni l'"imperium" que protegeix el jutge. Però si la Llei establís que, amb determinats requisits, per exem-

ple, l'assistència de determinats professionals, com un metge psiquiatre o psicòleg i un assistent social o amb una certificació administrativa o autorització judicial, es pogués atorgar un mandat de suport, el Notari, complint les premisses legals, podria autoritzar l'atorgament. Més encara, o que estigués sotmès a l'aprovació judicial posterior. Prèviament, caldria establir el grau de discapacitat de la persona i, en conseqüència, l'assistència requerida per a l'atorgament, fins i tot requerint la intervenció d'un defensor judicial que l'acompanyi en l'atorgament. Subjectivament, el canvi és abismal en relació amb la curatela. **Aquesta subtil diferència implica un canvi radical per a la persona**, perquè, al final, és ella la que atorga l'acord, la que decideix, amb el que això significa per a la seva autoestima i dignitat.

L'escenografia és absolutament diferent, amb tot el meu respecte cap als jutges i tribunals, però es tracta de substituir un procés d'imposició per part d'un tercer, el jutge, per un procés de decisió en què es manifesta la voluntat de la persona necessitada de suport i que es produeix de dins cap a fora. Configurar i garantir aquest procés és el gran repte, però esquemàticament es podria fer de la manera següent. La valoració del grau de discapacitat per part de l'organisme administratiu competent <sup>(10)</sup> seria un punt de partida, la determinació del qual implicaria les mesures de garanties necessàries per al procediment corresponent. Segons el grau de discapacitat s'hauria d'establir que la persona estigués

assistida en el procés de determinació de suports simplement pels seus pares o familiars propers, per exemple, si la discapacitat és menor. A falta d'aquests o per la seva impossibilitat, l'assistent social o la institució tutelar sota la guarda de la qual es trobi. Per a casos de discapacitat major l'assistència, també, d'un metge psiquiatre i d'un advocat col·legiat. Amb aquests ajuts l'incapaç expressaria la seva voluntat al Notari que faria constar en acta la compareixença de tots els intervinents i l'atorgament de les mesures de suport que requereix la persona. A més, caldria acompanyar un inventari dels béns i el nomenament d'un supervisor.

**La figura del supervisor la defenso en qualsevol cas** i realment la utilitzo en els poders preventius que autoritzo com a Notari i que atorguen les persones plenament capaces en previsió de pèrdua sobrevinguda de capacitat. Defineixo la supervisió com la funció de control de l'activitat de l'apoderat que el poderant, **en atorgar el poder preventiu, pot encomanar a una persona o òrgan amb l'extensió i les facultats que es determinin en cada cas, especialment pel que fa a la rendició de comptes de l'apoderat i l'autorització a aquest de determinats actes d'administració extraordinària i de disposició.** En realitat, el supervisor no és més que un altre apoderat amb unes facultats diferents de les de l'apoderat principal.

La supervisió es pot estendre a tots els casos de mesures de suport o ajut a través dels acords corresponents. mandats o po-





ders, atorgats per la persona necessitada. Una institució tutelar podria ser un supervisor perfecte. D'aquesta manera, es compliria l'article 12 de la Convenció que en el seu quart número exigeix exàmens periòdics per part d'una autoritat o òrgan judicial competent, independent i imparcial.

Per completar el procediment, l'acta notarial atorgada s'hauria de remetre al jutjat corresponent, perquè fos aprovada, i ordenar a continuació que s'inscrivís per a la seva publicitat. La intervenció judicial seria mínima i la publicitat registral es limitaria únicament al fet de l'existència d'un acord de suport, però no en publicaria el contingut. L'acord plasmat en acta notarial seria l'instrument idoni en el tràfic jurídic.

Això és només una idea inicial i generalista de la possible intervenció del Notari en els suports a la discapacitat, ja que verificaria el seu desenvolupament més concret i detallat en la segona part d'aquest treball.

## LA SEGURETAT DEL TRÀFIC JURÍDIC

Com a jurista i com a Notari, un dels temes que més em preocupen és la seguretat del tràfic jurídic i la protecció de tercers de bona fe i, per tant, **com es coordinaran els suports i la seguretat jurídica**.

Avui, fins al moment en què una persona és incapacitada judicialment, la presumpció és que té plena capacitat d'obrar. Abans de la incapacitació, la seva capacitat és apreciada en el moment i per a l'acte en

concret que es vol atorgar, bé per l'altra part contractant o bé, si s'atorga davant Notari, pel mateix Notari que autoritza l'acte.

La manca de capacitat per entendre l'acte que es pretén i les seves conseqüències implica la manca de consentiment, un dels tres pilars bàsics del nostre dret contractual: consentiment, objecte i causa.

Sempre hem de distingir entre la voluntat manifestada i la formació d'aquesta voluntat. La voluntat manifestada és el resultat d'un procés de coneixement de l'acte i de les seves conseqüències. La voluntat manifestada pot resultar viciada si, en el procés de formació, hi ha elements que distorsionin el coneixement de la persona afectada, pel que fa a la relació causa i efecte de l'acte en qüestió, i això és així no tan sols en persones amb mancances psíquiques, sinó també en persones totalment sanes, com és el cas de la coacció o la intimidació que fan que el que es manifesta no sigui realment el resultat d'un procés lliure de formació de la voluntat. En aquests casos som davant un vici de la voluntat manifestada que provoca la nul·litat de l'acte jurídic per manca de consentiment.

Un cop declarada judicialment la incapacitat es fa constar en el Registre civil i, si és el cas, al Registre de la propietat on el declarat incapaç tingui béns inscrits a nom seu. El sol fet de la inscripció en el Registre Civil provoca una presumpció que perjudica el tercer, encara que no s'hagi fet constar la incapacitació en el Registre de la

Propietat, cosa que és molt habitual, ja que en el llibre d'incapacitats de cada Registre tan sols consten les sentències de les quals algú hagi promogut la comunicació, amb la qual cosa pot esdevenir que en un Registre consti i en un altre, no.

**El sistema actual és força imperfecte, però hem d'evitar que, amb la nova regulació dels suports, empitjori. S'ha de millorar, hem d'aprofitar una oportunitat única, ja que tot Estat signant de la Convenció està obligat a reformar el sistema de protecció de les persones que necessiten un suport extern, sens perjudici de la seguretat del tràfic jurídic i la protecció de tercers, si pot ser augmentant-la.**

Amb les noves tecnologies informàtiques seria convenient poder accedir en tot moment a la situació de suport formal de cada persona, és a dir, crec convenient que els acords de suport, **els poders preventius i les resolucions judicials o administratives que configuren suports formals tinguin un registre públic** d'accés fàcil per al coneixement general per tal de protegir la seguretat del tràfic jurídic en aquesta nova etapa en què es vol presentar el suport com una eina absolutament normal en la vida de persones plenes.

Tots els operadors jurídics haurien de poder accedir en línia a aquest Registre, com actualment es pot fer amb el Registre de la Propietat, el Mercantil o el de Concursats. Aquest darrer em serveix d'exemple perquè tan sols ens informa que una persona està en situació de concurs, sense dir res del seu abast, de l'administrador concursal, ni dels pactes amb els creditors. No cal, perquè es tracta d'informar que hi ha un problema, és com un semàfor en groc, ens adverteix del perill. Sabent que hi ha un concurs en procés, ja farem el necessari per esbrinar la resta. A més, aquest Registre concursal és nacional, per a tot l'Estat.

Pel que fa als suports, podem pensar en dues vies:

**Primera: un registre ex novo, específic per als suports**, en què pel nom i pel número de document nacional d'identitat de la persona que té alguna mesura de suport ens informi automàticament que n'hi ha. El problema que ens trobarem és que no ha de ser a escala autonòmica, ja que, per exemple, un registre català d'aquest tipus no ens solucionaria totalment el problema,





ja que desconixeríem els acords de suport atorgats fora. Val la pena, doncs, com abans he dit, que sigui nacional.

**Segona: aprofitar el Registre Civil i el Registre de la Propietat ja existents**, establint que totes les mesures de suport s'han de fer constar en la inscripció de naixement i que, pel que fa a aquest aspecte exclusiu, l'accés a aquesta informació sigui pública i automàtica pel sol fet que els operadors jurídics amb la clau que es consideri convenient (número de col·legiat, DNI, clau personal, etc.) tinguem accés, encara que tan sols sigui al fet concret que la persona té uns suports i que després ja ens encarregarem de conèixer concretament.

Respecte dels suports informals, la situació quedarà com fins ara, però amb la legitimació *ex lege* que es pretén donar a determinats familiars es podrà millorar la situació actual, això sí, fent plenament responsables aquests familiars, tant de les seves actuacions com de les seves omissions.

**Tots els operadors jurídics haurien de poder accedir en línia a aquest Registre, com actualment es pot fer amb el Registre de la Propietat, el Mercantil o el de Concursats**

En l'Avantprojecte estatal, l'exposició de motius diu que *"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"*.

Subscriu aquest plantejament amb una sola objecció, que no solament les resolucions judicials han de tenir accés al registre de la propietat, sinó també els acords de suport, mentre puguin significar una autolimitació de les facultats dispositives, que poden arribar a quedar quasi totalment anul·lades, en relació amb determinats béns, per exemple, immobles. El normal és que el suport es concreti en acompanyament, complement o consentiment d'actes dispositius, però també podria ser que la persona desitgi voluntàriament excloure's d'actes dispositius, cas en què el representant seria l'únic legitimat per portar-los a terme.

#### L'AVANTPROJECTE CATALÀ

**El legislador català** ja va iniciar el camí marcat per la Convenció, incorporant instruments per evitar la incapacitació judicial (el poder preventiu) o que permeten accedir a mesures judicials de suport quan la incapacitació no és absolutament necessària (l'assistència).

En realitat, ja treballem en això i, com a membre de la Comissió de Codificació del Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya, formo part del grup de treball sobre Institucions de Suport i Protecció de la Persona, amb l'objectiu de presentar molt aviat un **Avantprojecte de Llei de Suports a l'Exercici de la**

**Capacitat Jurídica**. Aquí rau una de les diferències principals entre la concepció de l'avantprojecte espanyol i el que es prepara a Catalunya. En aquest darrer, el català, **una de les bases primordials és desjudicialitzar la discapacitat**, fomentant els "acords" de suport o ajut, acostant-se en la mesura que sigui possible al mandat i al poder preventiu, en què la curatela serà un remei excepcional.

Una altra base és elaborar una llei independent, completa i integral que prevegi, no solament els aspectes tradicionals de la discapacitat, sinó que s'estengui a la discapacitat funcional en persones perfectament capaces, en la majoria d'aspectes vitals, però que, en alguns casos, poden estar en inferioritat de condicions, com ara amb les noves tecnologies digitals, respecte de les quals la realitat actual ens ensenya que la majoria de persones més grans de 75 anys són discapacitats digitals absoluts, de manera que caldria dictar una normativa que esmeni aquest desequilibri, obligant, per exemple, les entitats financeres, institucions i autoritats a "acompanyar" aquestes persones en aquest aspecte concret. Tractaré tot això en el segon lliurament d'aquest article.

L'objectiu principal de la reforma és substituir els règims actuals de protecció basada 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 punt és el que implica una total revisió de conceptes. Fer possible que la **PERSONA, amb majúscules i sense qualificatius**, pugui prendre part activa en la vida social i el tràfic jurídic. I és que 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 mereix la dignitat de l'ésser humà.

Fins a tal punt arriba el respecte a la persona que, de forma general, els suports tan sols s'haurien de poder instar per la mateixa persona i, excepcionalment, per altres persones amb interès legítim quan es posin de manifest indicis d'abús o d'influència indeguda de tercers

Fins a tal punt arriba el respecte a la persona que, de forma general, els su-

ports tan sols s'haurien de poder instar per la mateixa persona i, excepcionalment, per altres persones amb interès legítim quan es posin de manifest indicis d'abús o d'influència indeguda de tercers. En aquest darrer cas, el suport hauria de consistir en l'acompanyament per ajudar la persona afectada a prendre consciència de la seva situació i, a partir d'aquí, configurar les mesures necessàries perquè pugui manifestar la seva voluntat.

Quan, malgrat tot, no sigui possible determinar la voluntat i les preferències de la persona afectada, a instància 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 les preferències de la persona afectada.

A continuació, a la segona part d'aquest estudi, tractaré de configurar un sistema que, prenent com a punt de partida les institucions que ja estan funcionant i les que podem aportar com a novetat, estableixi una regulació, si pot ser unitària per a tot l'Estat espanyol, si més no pel que fa als seus conceptes i elements bàsics, per tal d'evitar disfuncions greus, com les que ja patim actualment.

## NOTES

- (1) 6963. Instrument de ratificació de la Convenció sobre els drets de les persones amb discapacitat, 23 novembre 2007. BOE n. 96, de 21 d'abril de 2008.
- (2) CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, A. *La Convención (...) y la actuación notarial. Aequitas Documentos*, maig 2011.
- (3) MARTÍNEZ AGUIRRE, C. El tratamiento jurídico de la discapacidad mental o intelectual tras la Convención(). *Monografías Derecho Civil*, Dykinson, 2013.
- (4) FERNÁNDEZ BUJÁN, A. La Convención de 2006 (...). *Revista ICADE* n. 83, 2011, pàg. 119-155.
- (5) Per conèixer els plantejaments de l'OMS sobre la salut mental i el respecte dels drets humans, especialment en matèria de capacitat jurídica vegeu: <https://www.who.int/publications-detail/who-qualityrights-guidance-and-training-tools>.
- (6) COCH ROURA, N. *Revista La Notaria*, 1/2018, pàg. 78.
- (7) VALLS i XUFRE, J.M. *El poder preventivo*. CNC Tirant lo Blanch, 2018.
- (8) Llei n. 49/2018, de 14 d'agost, relativa a *Cria o regime jurídico do maior acompanhado, eliminando os institutos da interdição e da inabilitação, previstos no Código Civil, aprovado pelo Decreto -Lei n.º 47 344, de 25 de novembro de 1966*.
- (9) COCH ROURA, Núria. "La curatela en vista de la Convención de las Naciones Unidas" *Revista La Notaria*, número 1, 2018, pág. 77
- (10) A Catalunya, per exemple, es competent el Departament de Treball, Afers Socials i Família.



## L'Acadèmia Notarial Europea



**Pedro Carrión García de Parada**  
*Secretari de la Unión Internacional del Notariado*  
*Notari de Madrid*

La **Unió Internacional del Notariat (UINL)** és una organització no governamental, de caràcter internacional, “constituïda per promoure, coordinar i desenvolupar la funció i l’activitat notarial arreu del món”. Està **integrada per vuitanta-nou Notariats d’arreu del món** (les darreres incorporacions, al novembre 2019, han estat el Líban i Bielorrússia), i la seu institucional, fundacional i originària és a Buenos Aires (Argentina) i l’administrativa i operativa, a Roma (Itàlia). Es va constituir, entre altres finalitats, per promoure la formació professional i el suport als treballs científics en l’àmbit notarial.

La UINL s’organitza en l’àmbit continental en comissions i a Europa destaca la tasca de la **Comissió d’Afers Europeus (CAE)**, que té la **seu semipermanent a Barcelona**, ciutat on celebra una de les seves dues reunions anuals. El seu objectiu és tractar problemes notarians d’interès particular, difondre els principis del Notariat, col·laborar amb les

organitzacions internacionals i organitzar jornades d’estudi sobre temes d’interès notarial (art. 11 del Reglament de la UINL), a més d’aprofundir i de promoure el coneixement i l’harmonització de les lleis i del Dret nacional dels Notariats membres europeus, promoure la publicació de treballs, la circulació d’informació entre els Notariats, estudiar temes de dret comparat i de Dret internacional privat en l’àmbit notarial i promoure la formació tant inicial com contínua dels Notaris del seu radi d’acció, en particular per mitjà d’Acadèmies Notarials o d’altres instituts de formació similars (art. 13 del Reglament).

En compliment del Reglament de la UINL, i quan n’era president l’escrivà argentí Eduardo Gallino i vicepresident per a Europa el Notari espanyol Rafael Gómez-Ferrer Sapiña, es va constituir formalment el 29 d’octubre de 2010 a la ciutat de València (Espanya), a la sala de la Reina Isabel II de la seu del Col·legi Notarial d’aquesta capital,

**L’ACADÈMIA NOTARIAL EUROPEA.** L’Acadèmia es regeix pel seu Reglament intern aprovat pel Consell de Direcció de la UINL a la reunió celebrada a París l’11 de novembre de 2009, el qual, en línia amb els estatuts i el Reglament de la UINL, fixa com a finalitats **l’estudi de les normes aplicables pels Notaria i als Notaris i les relatives a aquests** (en particular les que es refereixen a la figura del Notari, a la seva funció i al document notarial), **tant de les institucions europees com dels països europeus, la formació inicial i contínua dels Notaris i la realització i la difusió de treballs científics en matèria notarial.**

L’Acadèmia té el domicili a Roma, a la seu de la Secretaria Administrativa, i porta a terme les seves activitats, principalment, al continent europeu. Els seus membres són els acadèmics numeraris –el delegat a la CAE de cada Notariat membre d’aquesta–, els acadèmics d’honor –persones que hagin destacat en la defensa i la difusió del



Notariat llatí i del document notarial–, a més dels presidents de la UINL i de la CAE i de les extintes comissions CAUE i CAEM, la fusió de les quals va donar pas a la CAE –i els acadèmics corresponents–, juristes, en un nombre màxim de 100, destacats en activitats relacionades amb les finalitats de l'Acadèmia. La dirigeix el Comitè Directiu de la mateixa CAE.

Des que es va crear el 2010 l'Acadèmia Notarial Europea ha tractat temes diversos i variats als diferents llocs en què s'ha celebrat i ha comptat per a això amb els millors juristes europeus especialistes en cada matèria, els quals han anat integrant un panell d'acadèmics molt reconeguts, el primer dels quals va ser el professor de la Universitat de la Sorbona, el Dr. Michel Grimaldi, que va ingressar-hi amb motiu de la constitució de l'Acadèmia. Enumero els **temes tractats des de la seva fundació**:

## Durant la legislatura 2011-2013

- A Tirana (Albània): "1. Integritat del Notari, deontologia notarial i sistema disciplinari als països de la Unió Europea. 2. Cooperació amb el Ministeri de Justícia i el paper clau del Consell General o Superior del Notariat".

- A Hamburg (Alemanya): "LEX REI SITAE com a punt de connexió en el Dret internacional privat de la Unió Europea".

- A Amsterdam (Països Baixos): "La imparcialitat del Notari i les seves repercussions en matèria de formació professional".

- A Skopje (República de Macedònia/FYROM): "El paper del Notari i els drets dels estrangers sobre els béns immobles a la República de Macedònia".

- A Vilnius (Lituània): "L'organització del Notariat i les seves funcions en el si de la societat moderna de les noves democràcies".

## Durant la legislatura 2014-2016

- A Banja Luka (Bòsnia i Hercegovina): "1. Desenvolupament del Notariat de tipus llatí, amb referència particular als Notaris de Bòsnia i Hercegovina. 2. Transferència de competències de la Cort als Notaris, amb referència particular a la transferència dels procediments hereditaris a Croàcia".

- A Barcelona (Espanya): "Europa, Notaris i consumidors".

- A San Marino (República de San Marino): "Estat i Notariat en la història i en l'actualitat".

- A Barcelona (Espanya): "La protecció de les persones vulnerables".

- A Podgorica (Montenegro): "1. La cooperació notarial internacional, referida en particular a la validesa dels documents notariais a l'estranger. 2. Les possibilitats de la inscripció electrònica directa dels drets immobiliaris en el registre de la propietat".

- A BARCELONA (Espanya): "Les conseqüències de la immigració i el Notariat".

## Durant la legislatura 2017-2019

- A Budapest (Hongria): "Els procediments no contenciosos".

- A Budapest (Hongria): "Lluita contra el blanqueig de diners. Situació a Europa".

- A Madrid (Espanya), conjuntament amb la Comissió d'Afers Africans i el CGN espanyol, es va celebrar el 6è Col·loqui Notarial de les "Jornades de la Mediterrània", els temes van ser: "1. Parelles: llibertat i diversitat (unió lliure, parella registrada, matrimoni). 2. Parelles: família i empresa (organització i gestió de l'empresa en el si de la parella i de la família)".

- A Viena (Àustria): "La utilització de les eines i dels processos digitals en el Dret de societats. L'establiment de documents a distància".

- A Londres (Regne Unit): "1. Conseqüències del BREXIT en el dret internacional privat i públic. 2. Diferències principals en el Dret de societats entre els sistemes de *common law* i de Dret civil: constitució, poder de representació, titularitat de les quotes socials, publicitat".

- A Barcelona (Espanya): "**La digitalització del Dret de Societats a Europa**". Directiva (UE) 2019/1151 de Parlament Europeu i del Consell, de 20 de juny de 2019, sobre l'ús d'eines i processos digitals en el Dret de societats.

M'aturaré de forma breu i esquemàtica en aquest darrer perquè és l'estudi més recent i serveix de botó de mostra. Els treballs obtinguts els guarda l'Acadèmia, i alguns han donat lloc a una publicació de l'Il·lustre Col·legi de Notaris de Catalunya.

## I. INTRODUCCIÓ

a. **Europa (la UE) hauria de ser un mercat únic**, en el qual les empreses es moguessin amb comoditat, celebressin acords i negocis amb les d'altres Estats membres, s'organitzessin empresarialment (mitjançant fusions, escissions, transformacions, trasllats transfronterers dels seus domicilis, creació d'estructures de cooperació, etc.), **com si es tractés d'un sol Estat**.

b. No obstant això, aquesta no és la realitat. **Les barreres existents són nombrosíssimes, tantes com Estats integren la UE**.



i. La legislació difereix d'uns Estats als altres, la qual cosa dissuadeix les empreses d'actuar transfrontererament o les porta a cercar i utilitzar vies indirectes o subterfugis. Regeix, en definitiva, la incertesa jurídica.

ii. No hi ha, o són insuficients o diverses, les eines digitals establertes.

En conseqüència, les operacions transfrontereres són escassíssimes.

c. És per aquest motiu que **la UE vol aixecar, eliminar o almenys reduir aquestes barreres**, per tal de:

i. Facilitar la celebració de negocis i d'operacions a tota la UE: aconseguir el mercat únic.

ii. Afavorir la cooperació transfronterera.

iii. Protegir els socis i altres afectats, com són els treballadors i els creditors.

iv. Dotar les empreses d'un marc d'eficiència total, màxima competitivitat i sostenibilitat a llarg termini dels negocis.

v. Augmentar la transparència.

vi. Encoratjar els accionistes perquè participin més en el govern corporatiu.

vii. Simplificar i abaratir els procediments.

En definitiva, **se cerca: més seguretat jurídica i fer realitat el mercat únic (fins i tot digital)**. Això comportarà la creació d'ocupació, el creixement econòmic i més inversions. També més pau social.

d. **Les solucions que es proposen són:**

i. Adoptar un paquet de regles i normes en matèria de societats:

1. Destaca la **Directiva 2017/1132 del Parlament Europeu i del Consell, de 14 de juny de 2017**.

2. Hi ha **dos textos** més que afecten això d'abans i que constitueixen el paquet de Dret de societats (*Company law package*) que la Comissió Europea va publicar el 25 d'abril de 2018, amb la seva proposta relativa a l'ús d'eines digitals en la constitució i el registre de societats, i una altra per a les modificacions estructurals (mobilitat transfronterera). Són:

a. **La Directiva 2019/1151, de 20 de juny**: sobre l'ús d'eines i de processos digitals en matèria de societats, que ha de ser transposada nacionalment com a tard l'1 d'agost de 2021 (tot i que es pot demanar un any de pròrroga com a màxim –1/8/2022– en cas de dificultats especials per a la transposició). El termini s'allarga fins al 1/8/2023 per a la transposició del dipòsit en línia de les actes i de la informació de societats i el seu emmagatzematge en els registres (art 13.11.2 i 16.6 de la Directiva 2017/1132), com també per a les qüestions relatives a la revocació d'administradors (art. 13.10).

Cada Estat membre ha de fixar abans d'aquesta data les modalitats de constitució en línia de societats.

b. **La proposta de directiva sobre modificacions estructurals (transformacions, fusions i escissions) de societats**, que gaudeix del consens del PE i del Consell, es troba en la fase de rectificacions lingüístiques i ha de ser aprovat per l'un i l'altre (molt avançat).

3. **Creació d'un portal únic digital pel Reglament 2018/1724, del PE i del Consell, de 2 d'octubre de 2018** (publicat el 21/11/2018 i serà de plena aplicació a partir del 12/12/2023). Cerca que les empreses (també els ciutadans) es desplacin a l'interior de la Unió i que operin, s'estableixin i estenguin les seves activitats a través de les fronteres. Ha de ser un portal en línia, fàcil, accessible, interactiu, que permeti l'ús en nombroses llengües (aquestes no han de ser un obstacle). Ha de permetre l'accés senzill a informació, procediments i serveis d'assistència i resolució de problemes perquè exerceixin els seus drets en el mercat interior. Ha de dotar de més transparència les normes i les regulacions relatives a diferents esdeveniments empresarials.

El seu objectiu és reduir la càrrega administrativa, eliminar la discriminació i garantir el funcionament del mercat interior proporcionant informació, procediments i serveis d'assistència i resolució de problemes.

4. **La Directiva 2012/17/EU** (que havia de ser transposada abans del 16/7/2014) i **el Reglament d'execució (EU) 2015/884, del PE i del Consell, de 20 de maig de 2015, sobre regles per a la interconnexió dels registres centrals mercantils i de societats (BRIS)**, operatiu des del 8 de juny

de 2017, que permet l'accés electrònic a la informació dels registres mercantils a través del portal europeu e-justícia. Avui ja s'han connectat els registres de vint-i-cinc països i s'estendrà als registres de Liechtenstein, Noruega i Islàndia. Si el Regne Unit surt sense acord de la UE, s'interromprà la connexió.

Pel que fa a la interconnexió dels registres d'insolvència, la Comissió havia d'adoptar els actes d'execució determinant totes les modalitats tècniques d'interconnexió d'aquests registres.

5. **Directiva 2019/1023, del PE i del Consell, de 20 de juny de 2019, sobre harmonització de les regles en matèria d'insolvència**. S'ha publicat el 26 de juny de 2019.

6. **Directiva 2009/102/CE** que proveeix un marc per crear societats unipersonals.

7. Dues regulacions que estableixen regles per a entitats de la UE:

a. **Regulació 2157/2001**, que conté un estatut de la societat europea (SE).

b. **Regulació 2137/85**, que recull un estatut per a l'Agrupació Europea d'Interès Econòmic.

8. Iniciatives en matèria de cooperatives europees per simplificar el seu estatut en relació amb el Reglament preexistent (CE) 1435/2003 del Consell, de 22 de juliol de 2003 (en fase molt embrionària).

9. Estudis preliminars sobre les dificultats de transmissió d'empreses.

10. Regles europees sobre govern corporatiu.

ii. Mitjançant la digitalització del Dret de societats

### III. DIGITALITZACIÓ DEL DRET DE SOCIETATS

a. En general, cal dir que **els procediments en línia permeten:**

i. Guanyar rapidesa, reduir costos, aconseguir un accés més fàcil a dades dels ciutadans (amb més protecció de socis, treballadors i creditors) i de l'Administració (persecució del crim), compatibilitzar i compartir procediments: cosa que comporta uniformitat, simplicitat, menys costos.





ii. Ara bé, presenten el risc de perdre seguretat, afavorir activitats fraudulentess fiscalment, blanqueig de capitals, etc.

## b. Com aconseguir seguretat utilitzant aquestes noves tecnologies?

i. El Notari ha de tenir un paper clau, cosa que aportarà nombrosos avantatges, encara que també s'han de preveure els possibles inconvenients.

### ii. Respecte de l'exercici de la funció:

1. cal examinar si realment es produeix un canvi, així:

a. en la identificació de les persones mitjançant la utilització de nous mitjans (DNI electrònic, biomètrics, etc.);

b. en l'apreciació de la capacitat (es poden utilitzar màquines?);

c. en l'assessorament (quin paper hi tindrà la intel·ligència artificial? Es veuran afectades la independència i imparcialitat del Notari?);

d. en practicar el control de legalitat i d'altres (en la persecució del blanqueig de capitals, del frau fiscal i del terrorisme);

e. en conservar la documentació (s'ha de substituir totalment el suport paper pel digital o s'ha de conservar, per exemple, per a les matrius?);

f. el deure de guardar secret;

g. concebre la funció del Notari com el vistiplau i l'aprovació final que dona en la seva condició d'autoritat (reconeixement de signatura electrònica: eIDAS –reglament 910/2014 del PE i del Consell, de 23 de juliol de 2014).

2. És possible la substitució del Notari? Pot suposar una competència la intel·ligència artificial o blockchain?

iii. **Acceptació del document notarial electrònic:** utilització dels procediments digitals i de totes les eines d'aquest tipus per a la circulació del document notarial, que conserva la seva pròpia essència, i la col·laboració amb tercers, en particular amb l'Administració.

iv. **Conveniència que subsisteixi la matriu en paper.**

v. Hem d'esperar per veure com actua cada Estat membre de la UE.

Aquestes són algunes de les qüestions que va suscitar el tema des del punt de vista notarial. Van ser exposades per magnífics ponents en **la sessió de l'Acadèmia celebrada a Barcelona**, com a darrera de la legislatura, el dissabte **26 d'octubre de 2019**, per part del Director General dels Registres i del Notariat, el Sr. Pedro Garrido Chamorro i, a continuació, en una taula rodona que vaig tenir l'honor de coordinar, pels qui hi van participar, el Sr. Daniel Vázquez Albert (catedràtic de Dret Mercantil de la Universitat de Barcelona), la Sra. Ana Fernández-Tresguerres (Notària de Madrid, lletrada adscrita a la DGRN i acadèmica de nombre de la Reial Acadèmia de Jurisprudència i Legislació d'Espanya), el Sr. Corrado Malberti (Notari i professor de la Facultat de Dret de la Universitat de Trento i president del grup de treball CNUE sobre Dret de societats) i el Sr. Andreas Bosch (Director del Bundesnotarkammer i responsable del desenvolupament del nou sistema de formació en línia dels Notaris alemanys).

La sessió va posar de manifest **que ens trobem davant un tsunami, una veritable revolució que pot acabar i fer desaparèixer professions tradicionals**. La digitalització cerca simplificació i celeritat, cosa que no està renyida amb el valor afegit que aporta el Notari amb el seu assessorament, el seu control de la legalitat, la seguretat jurídica que ofereix i, sobretot, la seva decisió final com a autoritat que fa desplegar els efectes legalment previstos al document del qual és autor. Seria convenient que fossin els Notaris europeus els qui portessin la iniciativa pel que fa a aquesta digitalització en relació amb la seva funció, que es coordinessin i actuessin de manera conjunta en l'aportació de solucions, fent prendre consciència a tots els Notaris, si no ho estan ja, de la importància d'utilitzar les noves tecnologies i el món digital com a instrument a favor del millor desenvolupament de la seva funció per al bé dels ciutadans, de les empreses, en definitiva, de la societat a la qual es deuen.

Llarga vida a l'Acadèmia.

## CAE: fi de legislatura a Barcelona



**María de los Reyes Sánchez Moreno**  
*Vicepresidenta de la Comissió d'Afers Europeus (CAE)  
de la Unió Internacional del Notariat  
Notaria d'Alacant*

La Comissió d'Afers Europeus (CAE), integrada a la Unió Internacional del Notariat (UINL), va acomiadar la legislatura a Barcelona, la seva seu semipermanent.

Aquesta reunió, celebrada el dia 25 d'octubre, va estar marcada per les presentacions dels treballs realitzats i pels bons propòsits i idees per a la legislatura següent, que continuarà presidida pel Notari de Salern, Franco Salerno Cardillo.

Precisament, com que es tractava de la reunió de final de legislatura, va ser particularment important comptar amb la presència de José Marqueño, Notari de Barcelona i president de la UINL i amb la de la Notària alemanya Sigrun Egber-Falen, vicepresidenta de la UINL per a Europa. Tots dos acabaven també la seva presidència i vicepresidència respectives i va ser el moment, també per a ells, de fer un balanç de la gestió del seu equip en aquest període.

Per al president de la UINL, **l'objectiu de trencar fronteres i d'aprofitar sinergies** ha marcat la seva actuació. D'aquesta manera, el **Líban**, que va ser present a la reunió de la CAE i que és el membre 88 de la UINL, mostra aquesta obertura de mires; un altre bon exemple han estat les **Jornades de la Mediterrània** celebrades a Madrid al juny de 2019 que, en aquesta ocasió, van ser una reunió no solament de països mediterranis, sinó de dos continents, Europa i Àfrica, separats i també units per la Mediterrània. Va ser significativa la presència a la reunió del **president actual de la Comissió d'Afers Africans (CAAF)**, que va celebrar la seva reunió a Madrid juntament amb la CAE.

Com a mèrits en aquesta legislatura, la UINL ha aconseguit una **definició de document autèntic notarial** que exclou que sigui considerat en el mateix pla que el document judicial amb vista a la seva circulació, projecte de la Conferència de la Haia,

criteri que, segons el Notariat, no respon a la realitat de document notarial. I aquesta legislatura també té a favor seu haver aconseguit **la creació dins la UINL del "Grup Antiblequeig" i la col·laboració amb operadors internacionals com el GAFI**; l'atenció especial prestada a la **protecció de persones vulnerables**, en estreta col·laboració amb la Conferència de la Haia per comptar amb una Convenció de Gent Gran, i més encara, amb l'ONU, en què la relatora Caterina Debandas ha recomanat que el Notari, juntament amb el jutge, siguin autoritats de suport a les persones vulnerables; també, **l'atenció a les noves tecnologies**, però com a suport a la nostra funció i mai substituint l'acte notarial com a acte d'autoritat i, per descomptat, la decidida **aposta per la formació**. Precisament, el president de la UINL va reclamar a la CAE, a la qual felicita pel seu esforç científic, l'esforç d'actualització dels seus treballs, única manera de garantir-ne la utilitat.



Un èxit de caràcter tècnic legal però inajornable ha estat la **regularització de la situació jurídica de la UINL**. S'ha acceptat en aquest punt la postura espanyola: la UINL té caràcter internacional, però no personalitat jurídica, que només correspon a la seva Secretaria.

A tall de conclusió, el president va constatar que **la supervivència del Notariat està lligada al fet que se subratlli, valori i reconegui el caràcter del Notari com a autoritat pública**. I va fer una reflexió: que **la UINL té més potencial del que ha pogut desenvolupar**.

Per a la vicepresidenta de la UINL per a Europa, s'ha de prestar una **atenció especial a l'amenaça de la digitalització i l'acte a distància, que s'han obert camí en la constitució de societats** a Europa al fil de la Directiva que els preveu i que, precisament, va ser l'objecte de la reunió de l'Acadèmia Notarial que es va celebrar com a darrer acte de la CAE el dia 26 d'octubre.

Seguint amb el balanç de legislatura, a la reunió també vam comptar amb la presència de Franz Leopold, Notari austríac president de la CCNI. Aquesta comissió de la UINL, que s'ocupa de gestionar les peticions d'incorporació a la UINL de nous països un cop estudiades les condicions en què es desenvolupa la tasca del Notari en aquests pa-

ïsos i si és compatible o no amb els principis bàsics del Notariat continental, va valorar la **incorporació del Líban a la UINL** i es va constatar la petició d'altres països com Bielorrússia, la candidatura del qual es votarà a Jakarta, i que fou present per primera vegada com a observador en aquesta darrera reunió nostra de la legislatura de la CAE.

El president de la CAAF, l'algerià Achite-Henni, va donar les gràcies al president de la UINL, al de la CAE i al Notariat espanyol per les Jornades de la Mediterrània celebrades a Madrid, lloc de trobada entre Notaris de dos continents. Això implica una **obertura de les Comissions de la UINL i n'incentiva la connexió entre elles**. Interessen a tothom **temes comuns** com la **lluita contra el blanqueig de capitals i la desjudicialització**, temes sobre els quals el president de la CAAF va afirmar la necessitat de subratllar **el valor de l'acte autèntic notarial i la utilitat social del Notari**. Com a president de la CAAF, va demanar que s'examinin Notariats africans que, al seu parer, tenen un nivell tècnic sorprenent, com la República Democràtica de Congo o Ruanda.

Després de la benvinguda a Espanya dels delegats de la CAE per part de José Àngel Martínez Sanchiz com a president del Notariat espanyol, va començar un dels actes més emblemàtics de la CAE: **la interven-**

**ció per torns dels països per comunicar les novetats legislatives importants que afecten el Notariat**. Es tracta d'un acte la durada del qual sempre s'ha provat de controlar i limitar, però, sigui com sigui, és un acte importantíssim per prendre el pols al Notariat europeu i destacar el fet que tots estem embarcats en un projecte comú encara que siguem molt diferents.

Va destacar la intervenció **d'Àustria**, que ja ha experimentat la constitució de la societat en línia davant Notari, que seria, doncs, la primera a Europa; la **d'Holanda**, que ha regulat la possibilitat de compareixença en línia davant Notari sempre que amb antelació s'hagin pactat amb aquestes condicions de comunicació o la **d'Itàlia**, concentrada en la informatització dels Registres i la possibilitat d'inscriure el document electrònic.

Pel que fa a **Espanya**, es va informar de la LCCI, la Llei de contractes de crèdit immobiliari, que tant ha afectat el Notariat espanyol en aquest darrer període.

D'altra banda, **Suïssa**, va comunicar la projectada reforma de l'aranzel notarial basant-la en l'hora de treball. Aquest gest de complicitat amb la liberalització de l'aranzel ha estat rebut de forma negativa pel Notariat suís, que va reclamar ajuda a la UINL.

**D'altra banda, Suïssa, va comunicar la projectada reforma de l'aranzel notarial basant-la en l'hora de treball. Aquest gest de complicitat amb la liberalització de l'aranzel ha estat rebut de forma negativa pel Notariat suís, que va reclamar ajuda a la UINL**

El torn de paraula té per objecte, també, proposar algun tema d'interès per a la legislatura següent. Un dels més valorats és el de la representació transfronterera de societats i la seva acreditació.

En aquesta reunió, darrera de la legislatura, es va considerar adequat convidar el Notari francès ja jubilat, **Pierre Becque, anterior president de la CAE**. I es va considerar adequat perquè, en un món de canvis i de revolució tecnològica, ell representa el Notari que va començar a treballar en una època molt diferent i que ha hagut



d'evolució. Va ressaltar que, malgrat els canvis, el deure de consell i de prestació imparcial de la funció continua tenint la mateixa importància. I que, avui, igual que abans, s'ha de defensar el doble caràcter de Notari com a professional del Dret i com a funcionari al servei del ciutadà. És cert que el Notari s'ha d'adaptar a les innovacions tecnològiques, però és la nostra feina convertir-les en aliades i no en amenaces a la nostra funció. El Notari del futur també s'ha d'ocupar de la col·laboració transfronterera, tot i que s'ha de garantir el respecte a les particularitats de cada país.

Si Pierre Becque representa el Notariat amb solera d'un país com França, resulta interessant igualment escoltar el president del notariat del Líban, molt agraït per haver esdevingut el país número 88 de la UINL. En aquest país, va comentar el president del Notariat, s'ha produït el que ell anomena una revolució pacífica del ciutadà per la modernització

Si Pierre Becque representa el Notariat amb solera d'un país com França, resulta interessant igualment escoltar el **president del notariat del Líban**, molt agraït per haver esdevingut el país número 88 de la UINL. En aquest país, va comentar el president del Notariat, s'ha produït el que ell anomena una revolució pacífica del ciutadà per la modernització. I el Notari ha de ser-hi, acompanyant el ciutadà en la seva activitat privada garantint que es respectin els seus drets civils. Al setembre de 2020 aquest país organitzarà el que serà el setè Col·loqui del Mediterrani.

I va arribar el moment de fer balanç dels **treballs** que no ha estat possible acabar, el d' "**Autenticació, legalització i certificació**", que ha esdevingut el treball més llarg en la història de la CAE, i el de "**Drets Reals**". Aquest darrer ha resultat més difícil del que es va pensar en un primer moment. És un projecte molt ambiciós, que es desenvolupa en col·laboració amb el CNUE (Consell de Notaris de la UE) i que, per als països de la UE, té la utilitat especial d'afavorir el mecanisme de l'adaptació de Drets, que disposen de forma molt concisa els reglaments europeus

de successions i de règims matrimonials i de parelles registrades. De moment, es va a començar amb el llistat bàsic de Drets en el marc de la successió. Més endavant es farà la tasca de la seva descripció i de la recerca d'equivalències.

I els treballs acabats?

Doncs ha estat un gran èxit d'aquesta legislatura haver acabat el treball **sobre Dret de societats**. I un gran orgull, poder presentar el treball ja publicat sobre **poderes**: està escrit en anglès (la majoria) i en francès, segons la llengua que ha utilitzat l'autor del treball. Es poden adquirir a la pàgina de la UINL. Itàlia vol que es tradueixi a l'italià i seria important, i així es va sol·licitar al president del Notariat espanyol, que també es tradueixi al castellà. L'estudi, molt pràctic i que inclou un apartat sobre el poder preventiu, constata que un obstacle per a la circulació del poder és la legalització o apostil·la.

I l'altre treball, estrella també de la legislatura, és el de **règims matrimonials i de parella**, que es publicarà ben aviat, ja

completament acabat. Aquest treball és iniciativa de la CAE, però compta amb la col·laboració d'IRENE (fundació internacional amb seu a Luxemburg per a la difusió internacional del Dret) i de la CNUE. Les intervencions s'han fet sobretot en anglès, i algunes en francès, segons també la llengua en què ha presentat el treball el seu autor nacional. En aquest cas en particular, el llibre ha de ser objecte d'actualitzacions continuades en el temps per garantir-ne la utilitat i és també molt important donar-hi publicitat, l'obra més ambiciosa de la legislatura, de la qual tots ens sentim particularment orgullosos.

Alguns anuncis d'**esdeveniments futurs** van tancar la reunió: el grup de treball "Civil law-Common law" es reunirà el 2021 a Londres i girarà al voltant del Dret mercantil; IRENE farà una reunió a Luxemburg al febrer i la CAE celebrarà la seva pròxima reunió a Eslovènia, coincidint amb l'aniversari del Notariat d'aquest país, per continuar treballant en la col·laboració internacional mitjançant el respecte a la diversitat jurídica i al treball científic.



# Situació actual i perspectives de futur del Codi Civil de Catalunya.

## Anàlisi de les lleis civils del període 2015-2019



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

La derogació definitiva de la Compilació de 1960, Text Refós 1/1984, produïda en virtut de la Llei 3/2017 del Llibre Sisè, ha coincidit en el temps amb la **culminació**, si més no formal, **dels sis Llibres del Codi Civil de Catalunya**, iniciat amb la Llei primera 29/2002. El fet té un important simbolisme, que cal posar de relleu en tota la seva dimensió, atesa la **importància històrica i la gran vàlua tècnica d'aquest text legal recopilatori del dret català històric**, aprovat en uns temps difícils i elaborat per uns juristes excepcionals. **La Compilació és el precedent imprescindible** sense el qual seria impensable el Codi Civil. Del Segle XX al Segle XXI. Una història d'èxit.

Recuperada per Catalunya la facultat legislativa en dret civil l'any 1978, podem constatar que fa gairebé quatre dècades que es va iniciar el procés de codificació al principat, del que avui comencem a albirar-ne el final. Superant etapes a cada dècada,

veiem que després de les **lleis especials dels anys 80 i dels codis sectorials dels anys 90**, l'any 2002, recent encetada la primera dècada del **Segle XXI**, s'inicia l'elaboració del Codi Civil i, ràpidament, en el decurs de **la primera dècada, s'aproven els cinc primers llibres del Codi**.

A la segona dècada d'aquest Segle, **als anys 10** podríem dir que s'inicia la **segona fase de l'elaboració del Codi**. Després d'un temps de reflexió i treball intern al si de la Comissió de Codificació i l'Observatori de Dret Privat, i per què no dir-ho, potser impactats algun temps per la controvertida Sentència del TC de 28 de juny de 2010 sobre l'Estatut de 2006, després de verificar, també, que si fa no fa, des d'un punt de vista competencial, en matèria de dret civil les coses seguien com en l'Estatut de 1979 que, per cert, va permetre avançar força, amb el Departament de Justícia comencen a impulsar-se noves lleis del Codi Civil.

El plantejament ja no podia ser el mateix que a la primera fase, per raons òbvies. L'objectiu d'aquests anys ha estat **anar dotant de continguts el llibre Sisè**, mica en mica, atès que no és fàcil ni potser tampoc prudent impulsar l'aprovació de tot el llibre en una sola llei, i alhora, partint del caràcter de Codi Obert del Codi Civil de Catalunya, endegar-ne un procés **d'actualització i modernització** selectiva amb la finalitat, d'una part, de realitzar tasques d'harmonització i millora d'aquelles disfuncions o dubtes que la pràctica, la doctrina o els tribunals hagin posat de relleu i, d'altra part, d'impulsar les reformes que l'evolució de la societat i la legislació comparada facin aconsellables.

Amb aquests plantejaments, els darrers anys, des de l'inici de la dècada i, en especial, **des de 2015, amb els treballs de la Comissió de Codificació, s'han impulsat pel Departament de Justícia i aprovat pel Parlament sis lleis del Codi Civil**, al-

NOTA: Article basat en la conferència pronunciada en la inauguració del cicle "Institucions del nostre Dret" organitzat per la Societat Catalana d'Estudis Jurídics, pronunciada el 8 d'octubre de 2019 al Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada.



hora que diversos treballs estan en fase d'elaboració, més o menys avançada.

L'objectiu d'aquest treball és fer un examen dels trets més importants i tanmateix reflexionar breument entorn les claus de fons, l'entrellat, d'aquestes lleis civils del període 2015-2019. Finalment, exposaré les idees principals de les iniciatives en curs i confegiré algunes reflexions al voltant del futur del nostre Codi Civil.

#### **Llei 5/2015, de 13 de Maig, de modificació del Llibre Vè, en matèria de propietat horitzontal**

L'impuls d'aquesta llei venia d'una resolució del Parlament de 29 d'abril de 2011, aprovada per unanimitat de tots els grups de la Cambra, en què s'instava al Govern per a que, de manera urgent, s'encetessin els treballs de revisió de la regulació de la propietat horitzontal. Es tractava de millorar aquells aspectes que recomanaven la pràctica dels anys transcorreguts des de l'aprovació el 2006 del Llibre Cinquè. En l'impuls de la reforma hi va tenir un protagonisme important el col·lectiu dels administradors de finques, que coneixen el dia a dia de les comunitats de propietaris. **La idea general de la llei va ser facilitar la presa dels acords, simplificant-ne els**

**requisits, i reforçar les garanties de la comunitat davant els propietaris incomplidors.** Es va decidir no atorgar personalitat jurídica a la comunitat de propietaris, malgrat que es venia reclamant des d'alguns sectors doctrinals, en entendre que podien ésser més els inconvenients que els avantatges. Passo a relacionar les principals novetats de la reforma.

En primer lloc s'ha de destacar l'ampliació de l'afecció real de les entitats privatives, en cas de transmissió, als **deutes comunitaris i el fons de reserva** vençuts de l'any en curs i els quatre anys anteriors, amb meritació d'interessos des de la reclamació (**art. 553.5**). A més, es van resoldre els dubtes que s'havien plantejat anteriorment amb la llei de 5/2006 del Llibre Cinquè en el sentit de si era aplicable o no a Catalunya el procediment monitori de l'article 21 de la Llei de Propietat Horitzontal estatal. **Es va modificar l'article 553-47**, que ara el declara expressament d'aplicació. També s'aclareix que el propietari que transmet el seu element privatiu no pot reclamar la part aportada al fons de reserva (**art. 553-6.2**), que era una matèria que havia generat controvèrsia.

Pel que fa a la **convocatòria i presa d'acords** les modificacions foren diverses i rellevants. Així, es substitueix el sistema

de primera i segona convocatòria per una única convocatòria (**553-21.4**), no es fixa quòrum mínim per a la seva constitució (**553-23.1**), s'introdueix un sistema de doble majoria en la presa d'acords, majoria de propietaris que representin majoria de quotes (**553-25.2**), i es suprimeix el requisit de la unanimitat per modificar el títol o desvincular un element comú, essent suficient una doble majoria de quatre cinques parts (**art. 553-26.2**). En el còmput de la majoria, es va simplificar enormement el sistema en generalitzar-se l'anomenat "vot presumpte" dels absents en tots els acords que requereixen unanimitat o majoria qualificada, en establir **l'article 553-26.3** que es compta com vot favorable la posició dels propietaris absents que en el termini d'un mes des de la notificació de l'acord no s'han oposat mitjançant un escrit tramès a la secretaria per qualsevol mitjà fefaent. També cal esmentar, en la mateixa línia de simplificació i facilitació dels acords, **l'article 553-24.3**, el qual estableix que les abstencions es sumen a la majoria assolida.

A més, es va suprimir la possibilitat que hi havia abans de cessar al President, Secretari o Administrador de la Comunitat encara que l'assumpte no constés a l'ordre del dia (**553-25.1**), la qual cosa era força distorsionadora. D'altra part, es van facilitar els acords relacionats amb la supressió de les barreres arquitectòniques, instal·lació d'ascensors o amb l'eficiència energètica (**553-25.2**), essent suficient la majoria simple encara que l'acord suposi la modificació del títol constitutiu i els Estatuts o, en els dos primers casos, inclús si les obres afecten l'estructura o configuració exterior. Una modificació interessant fou també l'opció de convocar la Junta per correu electrònic, encara que no hi hagi acord de la Comunitat en aquest sentit (**art. 553-21.2**) i la possibilitat, si ho preveuen els Estatuts o així ho acorda la Junta, que es pugui assistir per videoconferència o per altres mitjans telemàtics similars (**553-22.1**).

#### **Llei 6/2015, de 13 de maig, d'Harmonització del Codi Civil**

Aquesta llei tingué com a finalitat declarada **corregir aquelles mancances o disfuncions del Codi més evidents que havien posat de relleu en els anys anteriors la doctrina i la praxis dels juristes pràctics**. No hi havia un ànim d'exhaustivitat, que es deixava per a un moment posterior, més aviat es pretenia actuar d'una manera



selectiva sobre aquelles **qüestions que es considerava urgent corregir o aclarir**. El Pla d'actuació de la Comissió de Codificació contempla seguir amb els treballs de revisió, actualització i harmonització pròpiament dita dels distints llibres del Codi que, no s'oblidi, varen ésser elaborats en moments i per autors distints. La lògica indicaria que, **un cop completat tot el Codi, s'hauria d'endegar una més àmplia segona llei d'harmonització o d'Harmonització final del conjunt del Codi**.

Les modificacions més importants de la Llei 6/2015 foren les següents: la introducció d'un precepte (**art. 111-10**) que regula **l'entrada en vigor i la pèrdua de vigència de les normes**, norma imprescindible en tots els Codis, esmenant així una destacada omissió del Llibre I. La vigència de les normes havia estat regulada a la Llei 3/1982, però en aprovar-se la Llei 29/2002 va desaparèixer. En la tramitació parlamentària va decaure, amb poc rigor, l'anomenada "derogació tàcita", o sigui, quan la nova norma resulta incompatible (o en allò en què resulti incompatible) amb la llei anterior, que sí que figurava en el projecte de llei inicial. Ben segur que, tot i aquesta mancança, s'ha d'arribar a la mateixa solució però tècnicament seria força més acurat i exacte que el precepte ho digués expressament, tal i com figurava en el projecte de llei.

També **es va modificar l'article 211-2 relatiu a la commorència**, per tal d'introduir en el primer apartat la regla clàssica del nostre dret, que fins ara no hi era i que com sabem determina, en cas de defunció de dues persones cridades a succeir-se que han mort alhora, si no es pot demostrar la supervivència d'un d'ells, la premorència de cadascun d'ells en l'herència de l'altre. En la tramitació parlamentària, però, **es va reintroduir**, en el segon apartat de l'article, **la regla de l'originari 211-2**, importada del dret nord-americà, que determina la mort simultània a efectes successoris quan entre ambdues morts han transcorregut menys de setanta-dues hores, tot i aclarint ara que aquesta norma només s'aplica quan "hi ha unitat de causa o circumstància" en els morts en qüestió, i no en la resta de supòsits, que en el text de la Llei 25/2010 del Llibre II, d'una manera literal i molt criticada hi eren inclosos.

En **dret de successions**, es van introduir dues modificacions rellevants: d'una part, es va **ampliar la ineficàcia sobrevinguda**



**de les disposicions mortis causa en cas de separació legal o de fet, nul·litat o divorci**, estenent-la als parents del cònjuge o convivent, en línia directa o línia col·lateral dins del quart grau, per consanguinitat o afinitat (**article 422-13,4**), tot harmonitzant-ho i donant la mateixa solució que ja preveia l'article 431-17 per als pactes successoris. Si en la successió contractual, en que hi ha una voluntat tan fermament manifestada, es decreta la ineficàcia sobrevinguda, es va entendre que amb major motiu s'havia de declarar aquesta ineficàcia en la successió no contractual. I d'altra part, es va **modificar l'article 462-12 per establir que el dret del cridat a acceptar o repudiar l'herència no està sotmès a termini**, per tal de coordinar-lo amb la imprescriptibilitat del reconeixement del títol d'hereu i de l'acció de petició d'herència que s'estableix en el vigent Llibre IV.

En seu de **drets reals**, es va aclarir, amb més rigor, a l'**article 564-3, a)** que **es el dret de superfície el que no pot superar els noranta-nou anys, i no el dret a construir o plantar**, com de manera inexacta deia el precepte en la seva redacció originària. Alhora, en les **disposicions generals dels drets d'adquisició voluntària**, es va suprimir el termini supletori d'un mes per a l'exercici del dret, si s'escau, o sigui, en el cas que sigui necessari, que contenia l'article

568-6,a) en la seva redacció originària. Aquest termini per a l'exercici del dret era contradictori amb els terminis supletoris, a manca de pacte, de dos mesos per a l'exercici del dret de tanteig i tres mesos per al de retracte, que estableixen els articles 568-14 i 568-15. La modificació introduïda a l'esmentat **article 568-6 a)** s'ha d'entendre en el sentit que la fixació d'un termini per a l'exercici del dret d'adquisició voluntària, amb caràcter general, no té caràcter obligatori per a les parts, només deriva de pacte voluntari. En l'únic cas en que és preceptiu és en l'exercici dels drets de tanteig i retracte, supòsit en el qual els terminis supletoris ja estan regulats pels articles esmentats.

Una de les modificacions més importants de la Llei d'Harmonització fou en matèria de **cancel·lació de fideïcomisos condicionals i extinció de censos**. En concret, **es va modificar l'apartat 3 de la DT quarta de la Llei 10/2008 del Llibre IV**, tot establint que els fideïcomisos condicionals es podran cancel·lar en el Registre, sense necessitat d'expedient d'alliberament de càrregues, bé si s'acredita mitjançant acta de notorietat, amb la pràctica de les proves adients, que han transcorregut més de trenta anys des de la mort del fiduciari i que els seus hereus o causahavents han posseït de manera pública, pacífica i ininterrompuda els bens gravats amb el fideïcomís, sempre



que no consti en el Registre cap inscripció o anotació tendent a fer efectiu el dret dels fideïcomissaris, o bé directament, a sol·licitud del propietari de la finca, si han transcorregut més de noranta anys des de la transmissió de la finca pel fiduciari, sempre que no consti en el registre cap inscripció o anotació tendent a fer efectiu el dret dels fideïcomissaris.

Amb diferència, la novetat de la Llei que va generar més debat en el Parlament entre les forces polítiques, pel que fa a l'abast i requisits, fou la **introducció a l'article 565-11 c) d'una nova causa d'extinció del cens** consistent en la "manca d'exercici de les pretensions del censalista durant un termini de deu anys", termini que es va harmonitzar amb el que s'estableix a l'article 121-20 per a la prescripció de les pretensions de qualsevol classe o no subjectes a termini especial. Cal recordar que tant la Compilació com el Codi de Successions Llei 40/1991 establien l'extinció del cens per prescripció, supòsit que va desaparèixer en aprovar-se el Llibre Cinquè amb la Llei 5/2006, havent estat discutida a la doctrina la subsistència o no de la prescripció com a causa d'extinció dels censos.

La Llei Primera d'Harmonització reintrodueix l'esmentada causa d'extinció si bé ara, potser amb més exactitud, no es parla de prescripció sinó de no ús o "manca d'exercici", i alhora ja no es refereix únicament a les pretensions del censalista relatives al pagament de les pensions (com

feien la Compilació i el CS), si no al no ús de qualsevol de les pretensions que li corresponguin, la qual cosa inclou el dret de fadiga i el dret de lluíisme, en el cas del cens emfitèutic. Per això, als efectes de computar el termini dels deu anys, s'haurà d'estar a la classe de cens de que es tracti i els drets que atribueixi al censalista. En el cas de les pensions, el termini es computarà des que es van deixar de pagar, i en el cas dels drets de lluíisme i de fadiga, des que s'hagi produït la transmissió de la finca, raó per la qual no poden prescriure aquests darrers drets, quan existeixin, mentre no s'hagi produït la transmissió. Per últim, en un altre ordre de coses, **la Llei redueix a l'1% l'import de la quota del lluíisme, a manca de pacte (article 568-6,a)**, en lloc del 2% precedent.

#### **Llei 19/2015, de 29 de juliol, de propietat temporal i compartida**

Va impulsar-se a iniciativa de Direcció General d'Habitatge de la Generalitat i del grup d'Accés a l'Habitatge (avui Càtedra d'Habitatge) de la Universitat Rovira i Virgili, que havien elaborat un treball previ que, amb posterioritat, van ser reelaborats i acurats tècnicament en forma de text articulat per la Secció de Drets Reals i el Ple de la Comissió de Codificació de Catalunya, amb el suport del Departament de Justícia. Tot partint del principi constitucional del dret a un habitatge digne i adient contingut a l'article 47 de la Constitució, el plantejament inicial fou clarament el de **cercar**

**alternatives a l'accés a l'habitatge diferents de la propietat i del lloguer que, a més, en els anys de la passada crisi econòmica, tants desnonaments havien produït i estaven produint en aquelles dates, a 2012, quan es comença a treballar en aquest iniciativa legislativa.**

Des d'un punt de vista estrictament civil la Llei té interès tècnic en la mesura que, enfront a la propietat tradicional o absoluta, hi situa **dues modalitats noves, la propietat temporal i la propietat compartida**. Com diu el professor Sergio Nasarre, ambdues representen un canvi fonamental en el concepte de domini que hem heretat del Codi de Napoleó; d'una propietat absoluta hem passat a una propietat que es pot adquirir per un temps o propietat temporal o bé d'una manera progressiva o fraccionada, en el cas de la propietat compartida. Per aquest motiu es parla, en el cas d'aquestes dues modalitats de propietat, de **tinences intermèdies**.

Aquestes noves institucions tenen el seu origen en les figures del dret anglosaxó del *leasehold*, una mena de propietat temporal, i la *shared ownership*, propera a la nostra propietat compartida, que han tingut a Anglaterra un cert èxit en els darrers trenta anys.

**Aquestes noves institucions tenen el seu origen en les figures del dret anglosaxó del *leasehold*, una mena de propietat temporal, i la *shared ownership*, propera a la nostra propietat compartida, que han tingut a Anglaterra un cert èxit en els darrers trenta anys**

En una aproximació general, ens podríem plantejar si la regulació d'aquestes noves institucions era necessària, i així ho van fer en el seu moment els propis membres de la Comissió de Codificació, atès que no és impensable que la llibertat de pactes i de *numerus apertus* dels drets reals en el nostre dret i la creativitat jurídica dels nostres juristes pràctics pogués arribar a configurar, sense necessitat d'aquesta normativa específica, uns negocis jurídics equivalents en base a la normativa preexistent, o sigui una adquisició de la propietat a termini i una situació de comunitat amb adquisició progressiva de quotes, amb un seguit de pactes que per-

metessin assolir una relació jurídica idèntica a l'establerta a la llei de propietat compartida i temporal. No es pot negar que això és així, però alhora també s'ha d'afirmar que és positiu i pedagògic que el nostre codi Civil hagi introduït la regulació d'aquestes figures innovadores d'accés a la propietat, amb un contingut normatiu en la seva major part dispositiu però que també té una part de caràcter imperatiu que, tot plegat, dona una regulació jurídica compacta i ben definida.

Com és prou conegut, **el Govern central va interposar el recurs d'inconstitucionalitat 2465/2016 contra l'article 1 d'aquesta llei 19/2015 del Parlament de Catalunya**, en entendre que la introducció al Codi Civil de Catalunya de la propietat temporal suposava regular *ex novo* una nova modalitat de propietat, que no tenia precedents en el dret civil català i, en conseqüència, excedia la competència autonòmica de l'art.149.1.8 de la Constitució. **El TC finalment, en sentència de 97/2017, de 6 de juliol de 2017 va desestimar el recurs**, tot declarant la plena constitucionalitat de l'article 1 i del conjunt de la llei, en entendre la preexistència en el dret català de figures properes, com l'emfiteusi, que suposa també un domini dividit (oblidant que actualment ha perdut aquest caràcter) o fins i tot el fideïcomís de residu, el que permet concloure que la figura de la propietat temporal s'encabeix dintre del principi constitucional de desenvolupament del propi dret civil.

Tot i que aquí no puc entrar en detall en la **regulació legal de la propietat temporal i compartida**, sí que s'escau recordar-ne el trets principals. Pel que fa a la propietat temporal, la majoria de la doctrina coincideix en que es tracta d'una vertadera propietat ordinària, i no d'un mer dret real, propietat que es caracteritza perquè està sotmesa a un termini "cert i determinat", d'acord amb l'article 547-1, fins el màxim de noranta-nou anys, que determina l'article 547-4, tret que caracteritza a la nostra figura enfront d'altres titularitats sotmeses a temporalitat com la substitució fideïcomissària, la donació amb clàusula de reversió o la compravenda a carta de gràcia.

El dret del **propietari temporal**, amb tot, sí que té algunes limitacions que deriven de la pròpia temporalitat i de l'existència del titular successiu, segons diu l'article 547-6. Així, l'article 547-10.2 estableix que el propietari temporal respon davant el titular successiu dels danys ocasionats per la



culpa o dol i l'article 547-7.3 determina que "el titular successiu pot exigir al propietari temporal que es faci càrrec de les obres de reparació o reconstrucció si el bé es deteriora en un cinquanta per cent o més del seu valor per culpa o dol del propietari temporal". Com és obvi, els actes dispositius realitzats pel propietari temporal s'extingeixen en complir-se el termini pactat perquè la propietat faci trànsit al propietari successiu.

D'altra part, també hi ha consens en la doctrina en que el propietari successiu té un autèntic dret real i no una mera expectativa, com amb menys rigor deien els treballs inicials que van arribar a la Comissió de Codificació. Com a tal dret real es pot hipotecar i gravar (article 547.7.1). És un dret força proper al dret d'opció, i certament es pot considerar un dret real d'adquisició, tot i que es diferencia del dret d'opció en que el seu efecte adquisitiu és automàtic, no necessita l'exercici del dret per part del seu titular. La diferència amb el dret de superfície està en que el propietari gravat amb el dret de superfície, mentre dura aquest dret, és el propietari del terreny però respecte de l'edificació que es construeixi no té cap dret sinó una mera expectativa.

La **propietat compartida** s'ubica amb encert per la llei en el títol Cinquè del Llibre Cinquè, relatiu a les situacions de Comuni-

tat, atès que tot i que la normativa parla de propietari material i propietari formal per tal de distingir-los més fàcilment, és indubtable que es tracta de dos copropietaris. El que caracteritza la propietat compartida dintre de les situacions de comunitat és que un dels dos copropietaris, el propietari material, és el que té en exclusiva l'ús i gaudi del bé a canvi de la contraprestació que ha de pagar a l'altre copropietari i, alhora, que aquest propietari material té un dret d'adquisició gradual sobre el dret del propietari formal, que s'exercitarà en les condicions que hagin pactat. El termini màxim de la propietat compartida és de trenta anys, i ambdues parts poden transmetre el seu dret, si bé no poden haver més copropietaris que el propietari material i el propietari formal i els seus causahavents.

Pel que fa a la forma, comparteixo l'opinió de Francesc Torrent en el sentit que, tot i que tant en el cas de la propietat compartida com en el de la temporal, no es fa referència al caràcter públic o privat del títol adquisitiu, resulta d'aplicació l'article 1280.1 del Código Civil, part general d'obligacions i contractes, el qual estableix que hauran de constar en document públic "els actes i contractes que tinguin per objecte la creació, transmissió, modificació o extinció de drets reals sobre béns immobles." De la mateixa manera, segons els articles 33 i concordants





de la LLH, l'accés al registre de la propietat resta reservat a l'escriptura pública i altres documents públics, sense més excepcions que les establertes a la llei.

La introducció en la pràctica jurídica i en el tràfic econòmic de les noves figures de la propietat compartida i temporal s'està produint amb una certa lentitud, si bé s'ha de tenir en compte la situació d'incertesa que va provocar el recurs d'inconstitucionalitat fins ben entrat el 2017. Influeix també la cultura arrelada de propietat absoluta o clàssica en el si de la nostra societat, la qual cosa afecta tant als ciutadans com a altres actors com a les entitats financeres. De totes maneres, mica en mica s'observa que, sobretot la figura de la propietat temporal, va implantant-se, especialment a través de l'Administració catalana, explorant fórmules d'accés a l'habitatge o a lloguers socials en sectors vulnerables o de rendes baixes de la nostra societat, que altrament es quedarien fora del mercat immobiliari.

#### **La Llei 3/2017 de 15 de febrer del Llibre Sisè relatiu a les obligacions i els contractes.-**

Es tracta, sens dubte, del cim legislatiu de tot aquest període i, d'alguna manera, la culminació de tots els treballs de codificació de les darreres dècades. En alguna

ocasió havíem dit que un codi civil que no regulés la compravenda, el contracte civil per antonomàsia, no podia ser un codi de primer nivell. Després de més de quinze anys de treballs a la Comissió de Codificació i a l'Observatori, es va poder aconseguir que el Parlament aprovés la llei.

Amb tot, la llei no abasta tot el contingut del llibre VI, ni de lluny, com és prou conegut. Després d'establir a l'article 1 l'estructura del llibre en tres títols, Títol I relatiu a les Disposicions generals, Títol II relatiu als tipus contractuals i Títol III relatiu a les fonts no contractuals de les obligacions, **la llei regula únicament part del Títol II**, introduint de bell nou el contingut dels contractes de compravenda, del mandat i unes breus disposicions del contracte de permuta. La resta és la incorporació i puntual actualització dels contractes històrics, que estaven encabits en diverses lleis especials que es deroguen, en concret la Llei 6/2000 de pensions periòdiques, Llei 23/2001 de cessió de finca o edificabilitat a canvi de construcció futura, Llei 2/2005 de contractes d'integració i Llei 1/2008 de contractes de conreu.

Com és prou conegut, la Llei 3/2017 va ésser objecte de recurs d'inconstitucionalitat per part del Govern Central, que ha motivat la recent Sentència del Tribunal Cons-

titucional de 13 de novembre de 2019. L'analitzaré al final d'aquest apartat.

Entrant en el contingut del Llibre Sisè, passo a fer un repàs del que, al meu parer, són els **aspectes i les novetats més destacades de les diferents modalitats contractuals respecte de la regulació vigent anteriorment**.

Pel que fa a la **compravenda**, cal dir, ja d'entrada que és una normativa moderna i avançada, inspirada en els principis del dret contractual europeu. Des d'un punt de vista general, destaca que es fa una regulació que obvia la distinció entre compravenda civil i mercantil, avui certament superada en gran mesura a Europa, desenvolupant una regulació, podríem dir-ne àmplia de la compravenda civil. Fa alguns anys, en l'etapa del Ministre de Justícia Ruiz Gallardón (2012-2014), tot partint de la reserva estatal de la competència en dret mercantil, hi va haver un projecte de llei de Codi Mercantil, avui en via morta, que feia pràcticament taula rasa de la competència civil autonòmica, sense respectar el repartiment competencial de la CE. Aquesta és una qüestió importantíssima, en la que aquí no m'hi puc detenir, i en la que de moment Catalunya ha pres la iniciativa i ha agafat la davantera. Però no està dita la darrera paraula. Veurem què fa en el futur el legislador estatal.

D'altra part, es fa una regulació unitària de la compravenda de béns mobles i immobles i de la compravenda de consum, si bé el gruix d'aquesta darrera continua estant fora del codi, i es regula la compravenda a prova o assaig, que es considera sotmesa a la condició suspensiva de l'aprovació del comprador. Des d'un punt de vista més aviat dogmàtic, cal posar de relleu el canvi, impecable tècnicament, en la definició del contracte a l'article 621-1, el qual té per finalitat l'obligació de transmetre el bé, que requerirà l'entrega de la possessió, física o instrumental.

Ha sorprès en alguns àmbits jurídics la regulació del preu, en admetre l'art 621-5 que no estigui determinat inicialment, apartant-se de la secular tradició. Amb tot, el mateix article estableix els criteris per a la seva determinació, tot dient que "si el contracte conclòs no determina el preu ni determina els mitjans per a la seva determinació, s'entén que el preu és el generalment cobrat en circumstàncies comparables, en el moment de la conclusió del contracte i amb relació als béns de naturalesa similar."

Probablement la modificació més rellevant de la compravenda es la desaparició de la tradicional responsabilitat del venedor de sanejament per evicció i vicis ocults i la substitució de la responsabilitat per la manca de conformitat, en, com s'ha dit, la línia del dret contractual europeu i de la normativa de consum.

Els remeis de les parts, de compradors i venedors, en cas d'incompliment de l'altra part, tot i que estan regulats a la compravenda, són d'aplicació a tots els contractes de finalitat transmissora, amb les adaptacions que corresponguin. Estan enumerats al 621-37, desenvolupant-se després la seva regulació: el compliment específic, la correcció de la manca de conformitat pel propi venedor, la suspensió del pagament del preu o del compliment de les obligacions, la resolució del contracte, que ha de ser essencial i la reducció del preu.

**El punt de partida de la norma derivava de la consideració que aquesta garantia, en el dret estatal, per raó de l'evolució de la doctrina de la DGRN, hípergarantista per al comprador, ha caigut en desús per manca d'estímul per al venedor, quan en dècades anteriors havia estat força utilitzada**

Dintre dels remeis, en subsecció a part, es regulen els remeis rescissoris del dret català històric. En concret, es tracta de la rescissió per lesió *ultradimidium*, que s'ha mantingut, qüestió que va ser molt controvertida en el si de la Comissió de Codificació, on hi havia un sector que abonava per la seva desaparició. La figura, partint del dret contractual europeu, ha sigut objecte d'una important actualització i reordenació, subdividint-se la normativa en dues figures, la clàssica *lesio enormis* o lesió en més de la meitat i la nova institució de l'avantatge injust.

Ambdues accions rescissòries s'apliquen al contracte de compravenda i als altres de caràcter onerosos i tant als immobles com als mobles. Són irrenunciables en el moment de la celebració del contracte, seguint la tradició jurídica catalana. Recordem que ha desaparegut l'excepció de dret local que hi havia a la Compilació, en el sentit que als territoris on era d'aplicació el dret històric de



Tortosa, sí que es podia pactar la renúncia simultània.

La lesió en més de la meitat es regula a l'article 621-46, i resta limitada al desequilibri en les prestacions de caràcter objectiu, o sigui, si es prova que "en el moment de la conclusió del contracte, el valor de la prestació que rep és inferior a la meitat del valor de mercat". A diferència de la Compilació, és una acció rescissòria que té tant la part alienant com l'adquirent, qüestió aquesta que s'havia vingut reclamant per la doctrina.

L'avantatge injust (que ja contemplava, per exemple, el dret de Navarra) regula el remei rescissori de caràcter subjectiu, o sigui, quan el desequilibri es produeix per alguna circumstància que afecta a les parts. Així l'article 621-45 estableix que el contracte es pot rescindir si "una de les parts depenia de l'altra o hi mantenia una relació especial de confiança, estava en una situació especial de vulnerabilitat econòmica o de necessitat imperiosa, era incapaç de preveure les conseqüències dels seus actes, palesament ignorant o manifestament mancada d'experiència" i l'altra part coneixia o havia de conèixer aquesta situació, i se'n va aprofitar. En aquests casos, d'acord amb el precepte, es pot exercir l'acció rescissòria si "l'altra part coneixia o havia de conèixer aquesta situació, se'n va aprofitar i va obtenir un benefici excessiu o manifestament injust" sense que en aquest cas regeixi paràmetre de la meitat o altre percentatge.

En la regulació específica de la compravenda d'immobles s'han recollit a la llei algunes importants aportacions de la pràctica notarial i registral.

Una de les més rellevants segurament és la nova regulació del pacte de condició resolutòria explícita, que contempla l'article 621-54. No obstant, l'anul·lació de l'apartat 3 d'aquest article per la STC de 13 de novembre de 2019, ha suposat que aquesta innovació hagi quedat escapçada en bona mesura.

El punt de partida de la norma derivava de la consideració que aquesta garantia, en el dret estatal, per raó de l'evolució de la doctrina de la DGRN, hípergarantista per al comprador, ha caigut en desús per manca d'estímul per al venedor, quan en dècades anteriors havia estat força utilitzada. La idea era recuperar aquesta institució, fent-la més atractiva per ambdues parts. Un difícil però possible equilibri.

Així, es van introduir, en cas d'impagament, el mecanisme de substituir la consignació del preu cobrat per una afectació real sobre la finca, a fi de facilitar-li al venedor la recuperació del bé, mecanisme o procediment que ara s'ha anul·lat i, d'altra part, es va reforçar la posició del comprador, en establir que l'impagament havia de superar uns determinats percentatges sobre el total preu per tal d'habilitar l'exercici de l'acció resolutòria, preceptes que s'han mantingut.



En resum, després de la STC segueixen vigents els nous preceptes del llibre Sisè consistents en què per a que es produeixi la resolució, el preu impagat ha de superar el quinze per cent del total més els interessos i el fet que la clàusula habitual de retenció pel venedor de les quantitats pagades ara té el límit de la meitat del que hagués hagut de percebre fins la data de resolució.

En canvi, tot el relatiu als efectes de la condició resolutòria, o sigui, la tramitació de la resolució de la compravenda en cas d'impagament, es seguirà regint pel que disposa el Código Civil i la Llei Hipotecària i la doctrina de la DGRN que, com sabem, exigeixen la consignació judicial de tota la part de preu cobrat pel venedor, a fi que el jutge moderi la clàusula penal de retenció del preu pagat i declari la reinscripció a favor del venedor.

L'article 621-49 suposa també una novetat en el nostre dret, en determinar que si el contracte de compravenda preveu el finançament en tot o en part del preu per una entitat de crèdit, el comprador, llevat de pacte en contra, pot desistir del contracte si justifica documentalment, en el termini pactat, la negativa de l'entitat financera, llevat que la denegació derivi de la negligència del comprador.

És un pacte que és difícil que es plantegi en l'escriptura però que podrà ser molt útil en els contractes privats que s'acostumen a atorgar prèviament, com solució per evitar

la pèrdua de les arres que s'hi poden haver pactat. Aquest article és d'aplicació tant a la compravenda de mobles com d'immobles.

A l'article 621-8 es conté una opció molt interessant per a la part compradora, per tant d'evitar abusos en la fase preliminar de la compravenda. S'estableix que en la compravenda d'immobles el lliurament de les arres penitencials pactades per un termini màxim de sis mesos es poden dipositar notarialment i es poden fer constar en el registre i, en aquest cas, l'immoble resta afecte a la seva devolució. L'afecció caduca als seixanta dies del venciment del termini pactat. L'afecció també es pot cancel·lar si el comprador desisteix i el venedor ho acredita fefaentment.

Això no obstant, s'ha de dir que la utilització pràctica d'aquesta figura ha resultat nul·la com a conseqüència de la tributació que els òrgans consultius de l'administració tributària han estimat que procedia. D'aquesta manera tant la Direcció General de Tributs del Ministeri d'Hisenda (Consulta Vinculant V1712-17) com la Direcció General de Tributs i Joc de la Generalitat de Catalunya (Consulta núm. 199/18) han determinat que l'atorgament de l'acta notarial de dipòsit d'arres compleix els requisits per restar subjecta a la quota gradual de l'AJD.

En aquest punt ha de ser ben rebuda la inclusió d'una bonificació fiscal del cent per cent en l'Impost d'Actes Jurídics Documen-

tats que es preveu a l'article 71 del projecte de llei de Mesures fiscals, financeres, administratives i del sector públic per al 2020 per a les actes notariales de dipòsit d'arres penitencials de l'article 621-8 esmentat i que, d'aprovar-se finalment, permetria gaudir als ciutadans d'aquesta opció legal en les transaccions immobiliàries a fi de dotar-se de major seguretat jurídica.

**La institució històrica de la venda a carta de gràcia es conté com a pacte a l'article 621-5 però la seva regulació s'ubica, d'una manera més exacta tècnicament, al Títol Cinquè relatiu als drets reals, en el capítol dels drets d'adquisició preferent**

Una altra innovació important ha estat la regulació de noves opcions per a garantir els drets del comprador d'immobles en construcció o rehabilitació, que tradicionalment paga quantitats a compte sense que tingui res més que un dret obligacional. Els articles 621-51 a 621-53 estableixen ara la possibilitat que la part compradora d'un pis o local a construir pugui adquirir i inscriure ja una quota del total immoble sobre el que es construirà o rehabilitarà l'entitat a adquirir, que serà la que li correspondrà al pis o local en la futura propietat horitzontal. L'adquisició de la quota donarà lloc a un proindivís amb el promotor fins que es constitueixi la propietat horitzontal. Es preveu que la part venedora podrà atorgar per si sola l'escriptura de divisió en règim de propietat horitzontal amb la descripció exacta que hi consta a l'escriptura de compravenda de la quota del total immoble a la fase de construcció.

La institució històrica de la venda a carta de gràcia es conté com a pacte a l'article 621-5 però la seva regulació s'ubica, d'una manera més exacta tècnicament, al Títol Cinquè relatiu als drets reals, en el capítol dels drets d'adquisició preferent.

Pel que fa al **contracte de permuta** a l'article 621-57 s'estableix que se li apliquen les normes de la compravenda en allò que siguin compatibles, i a més es determina que, a aquest efectes, cada part es considera comprador respecte als béns que ha de rebre i venedor respecte als que ha de lliurar.



Quant al **contracte de mandat**, es regula només el mandat representatiu, restant fora la representació, com estableix el preàmbul de la llei, que s'haurà d'encabir en la futura part general d'obligacions i contractes i que, per tant, de moment es segueix regulant pel Código Civil.

Cal destacar el **pacte d'irrevocabilitat** que, segons l'article 622-36, poden conveir les parts quan l'atorgament té per finalitat una relació contractual subjacent. La nova normativa s'aparta de la regulació tradicional del Código Civil en el que, malgrat el pacte de irrevocabilitat, sempre cap la revocació, sens perjudici de la indemnització per danys que correspongui. En el Codi Civil català, si hi ha pacte d'irrevocabilitat, en principi la revocació és ineficax, excepte que la relació jurídica que fonamenta la irrevocabilitat s'extingeixi, i també si una vegada notificada la revocació al mandatari, aquest no s'hi oposa en el termini de quinze dies, o si el mandatari al·lega una justa causa, concepte força indeterminat i que sens dubte generarà litigiositat.

També s'ha de destacar la regla de l'article 622-26.1 en que s'estableix el **principi general de prohibició de cessió d'execució del mandat a un tercer**, llevat que hi hagi autorització expressa, tant si és per via de substitució com de delegació. S'aparta així de la norma tradicional del Código Civil (art. 1721) que permet la cessió, tret que s'hagi prohibit expressament. El mateix article 622-26.1, en el seu incís final, ens diu que, si malgrat la prohibició legal, el mandatari cedeix l'execució a un tercer, el mandatari respon dels actes fets del cessionari. Aquesta regla no relativitza la prohibició general, de manera que vingui a establir una mena d'autorització de la substitució per la porta del darrera. Res autoritza a pensar-ho: el precepte és clar i contundent "ha d'actuar personalment i no pot cedir l'execució a un tercer".

La regla comentada es mou en el terreny dels efectes de l'incompliment de la prohibició legal, que la llei no pot desconèixer que fàcticament de vegades es produirà. Així, cal contraposar-la a la norma de l'article 622-26.2, que determina que si el mandant ha autoritzat la cessió, el mandatari només respon de la manca d'idoneïtat notòria de la persona escollida o per les instruccions adequades.

**La prohibició de substitució del mandat té una enorme importància jurídica,**



## **fins i tot social, que cal posar de relleu.**

En concret, es plantejarà el greu problema pràctic, que ja s'està produint, en tots aquells mandats atorgats prèviament a l'entrada en vigor de la Llei 3/2017 del Llibre Sisè, derivat del fet que en el moment de la seva subscripció, i posteriorment, sí que podien ésser substituïts, en virtut de l'article 1721 del Código Civil, que era d'aplicació en aquell moment, mentre que en l'actualitat, en ser d'aplicació el comentat article 622-26.1 del Codi Civil de Catalunya, ja no hi cap la substitució sense autorització expressa del mandant. Si es vol deixar prevista la possibilitat de substitució futura, s'han d'atorgar uns nous poders amb la corresponent clàusula de previsió de la substitució.

La llei recull a l'article 623-34 una nova modalitat de contracte, el de **custòdia de territori**, que de fet ja feia anys que existia en la pràctica jurídica. És de durada temporal, té per objecte béns immobles i en ell el cedent permet totalment o parcialment l'ús o la gestió de la finca a canvi que el cessionari, que ha d'ésser una entitat que tingui entre les seves finalitats la custòdia del territori, hi acompleixi activitats d'assessorament, de divulgació, de planificació o de gestió i millora, amb la finalitat de conservar la biodiversitat, el patrimoni natural i cultural i el paisatge o de fer una gestió sostenible dels recursos naturals.

En els treballs preparatoris es va debatre força si s'havia de configurar com a dret real o obligacional. Es va optar per destacar-ne el caràcter contractual, deixant obertes ambdues possibilitats a la llibertat de pactes. Si bé no es diu expressament, tot i que normalment és un contracte gratuït, res no impedeix que pugui ser oneros.

Els contractes agraris tradicionals s'han recepcionat pel Codi Civil, en general, sense canvis destacables. El **contracte de censal** és l'únic que ha estat objecte d'una certa reelaboració i reubicació, recuperant els orígens d'aquesta figura jurídica, com a contracte de finançament. S'ha separat així de la regulació del **violari**, que es defineix com contracte aleatori, en el qual la renda a pagar és de caràcter vitalici.

La **Llei 3/2017** no es va limitar a regular únicament el contingut del Llibre Sisè del Codi sinó que s'hi van incorporar, a mena de llei òmnibus, un seguit de **Disposicions finals**, que modificaven determinats articles d'altres llibres del Codi.

D'entre aquestes modificacions la més rellevant, sens dubte, és la **incorporació de les noves competències de notaris** i lletrats de l'Administració de Justícia derivades de la Llei de 15/2015 **Jurisdicció Voluntària** en allò que afectaven al nostre Codi.



En molts casos, es tractava només d'adaptar la terminologia, i així, per exemple, atesa la nova competència d'aquests funcionaris en divorcis i separacions de mutu acord i sense fills menors, en lloc de parlar de persona separada o divorciada judicialment es passa a parlar de persona separada o divorciada legalment, o es contempla el conveni regulador atorgat davant d'ells, o en altres, en lloc de persones incapacitades es passa a parlar de persones amb la capacitat modificada legalment.

En aquest punt s'ha de recordar que la Llei 2/2016 de 2 de novembre, de modificacions urgents en matèria tributària del Parlament de Catalunya al seu article 5 va aprovar una bonificació del cent per cent en l'Impost d'AJD de les escriptures de separació, divorci i extinció de parella estable de comú acord i sense fills menors o amb la capacitat modificada legalment. Com sigui que les adjudicacions de béns derivades d'aquests actes jurídics estaven exempts fiscalment, fins aquesta llei, en el cas d'atorgar-se davant del lletrat de l'administració de justícia i subjectes si s'autoritzaven pel notari, la norma iguala el tractament fiscal, en la línia d'impulsar la desjudicialització, facilita al ciutadà l'efectivitat real de les dues opcions.

En altres casos, la incorporació comporta una modificació més de fons de la

matèria, tot i que només sigui a efectes procedimentals. Així, als articles 421-18 i 421-19 es regula la competència exclusiva notarial en l'adveració del testament hològraf, i també al 461-6.1 en la repudiació d'herència, suprimint-se la renúncia judicial que hi figurava fins l'entrada en vigor, o en els articles 429-4, 13 i 15 la competència alternativa o concurrent del notari i el lletrat de l'administració de justícia en renúncia sota justa causa del marmessor o el nomenament de marmessors datius.

S'ha de destacar la competència exclusiva notarial en matèria de la *interrogatio in iure* o interpel·lació al cridat, que regula el nou 464-12, en lloc de la competència judicial anterior. Fou un dels punts en què era més important la incorporació de la nova competència notarial derivada de la llei de jurisdicció voluntària. Atesa la diferent solució legislativa del dret civil català respecte de l'espanyol en el cas que l'interpel·lat no es manifesti en el termini legal, ja que a Catalunya s'entén renunciada l'herència i al Código Civil s'entén acceptada, s'havien generat seriosos dubtes en quant a l'aplicació directa o no de la LV a Catalunya en aquest punt. El nou article 461-12 va resoldre, per tant, aquest rellevant qüestió. Tingui's en compte que a Aragó, per exemple, no s'ha aprovat en aquest punt una norma similar i hi ha constància que tenen greus proble-

mes i dubtes pel que fa al funcionari competent en aquesta matèria.

D'altra part, el precepte del nostre Codi és encertadament molt garantista, de manera que el notari ha de fer la notificació personalment al interpel·lat i, cas de no trobar-lo, ho ha d'intentar una segona vegada. Certament, l'article diu de manera imprecisa que "el requeriment personal al cridat s'ha de fer, com a mínim, dues vegades en dies diferents". Per suposat no es tracta de practicar dues vegades la notificació, la qual cosa seria absurda, sinó d'intentar-ho dues vegades, si fracassa la primera. Només en cas de fracassar la notificació personal dues vegades pot fer el notari la notificació per correu certificat amb avís de rebuda i, només en el cas que també es frustrés, aleshores seria possible en darrer terme la publicació d'edictes.

Es pot debatre si l'acceptació de l'herència atorgada, en el seu cas, per part de l'interpel·lat s'ha de realitzar necessàriament davant el mateix notari que ha fet el requeriment en virtut de l'acta instada pel requerent o persona interessada en la successió a que es refereix l'art. 461-12.2, o bé es pot atorgar davant de qualsevol altre notari. Aquest mateix apartat 2 de l'article sembla que abona la primera tesi, en establir literalment que el notari ha de requerir personalment al cridat "a fi que, en el termini de dos mesos, li manifesti si accepta o repudia l'herència."

Això no obstant, m'inclino per la segona opinió, que em sembla que avala la més elemental lògica jurídica: no és raonable pensar que l'acceptació realitzada, dintre del termini dels dos mesos, en virtut del principi de lliure elecció, davant un notari diferent del que hagi practicat el requeriment es pugui considerar invàlida o ineficax. No es comprén per quin motiu hauria d'ésser així: l'important és la manifestació de voluntat d'acceptar o repudiar. No canvia en res ni perjudica a ningú que aquesta escriptura s'atorgui davant un notari o un altre. El Codi Civil de Catalunya ja estableix en aquesta matèria una sanció prou dura per a l'interpel·lat que no contesta el requeriment, no té massa sentit que se li posi un segon obstacle jurídic innecessari. A més, l'art. 471-12.4 sembla deixar oberta aquesta possibilitat d'acceptació de l'herència davant un altre notari en parlar de l'acceptació en escriptura pública de la persona requerida sense distingir, i ja se sap que on la llei

no distingeix nosaltres no hem de distingir. Ara bé, sí que resulta molt convenient que aquesta escriptura d'acceptació es notifiqui al notari que ha autoritzat l'acta de requeriment, bé pel propi notari autoritzant de l'escriptura, si coneix l'existència de l'acta prèvia, bé pel propi interpel·lat. Es tracta d'evitar l'atorgament de negocis jurídics que, per desconeixement, puguin ser contradictoris amb l'acceptació de l'herència.

Ha suscitat alguna dubte si és d'aplicació a Catalunya la nova competència alternativa del notari i del lletrat de l'administració de justícia, en lloc del jutge, en matèria de designació de comptador datiu, que resulta de la modificació introduïda a l'article 1.057.2 del Código Civil per la Llei de Jurisdicció Voluntària 15/2015.

Es podria sostenir la seva aplicació atès que la LLJV és d'àmbit estatal, però m'inclino per la no aplicació a Catalunya d'aquesta norma per la raó essencial que la figura del comptador-partidor datiu no està contemplada en el Codi Civil de Catalunya, és aliena al dret civil català i, atesa la competència plena del Parlament en dret civil i el fet mateix que la LLJV va incloure la modificació directament en el Código Civil, la qual cosa suposa tradicionalment, en altres matèries, respectar la regulació substantiva de les CCAA amb dret civil propi, no sembla deixar dubtes pel que fa a aquesta qüestió. Si ja hi va haver molts dubtes (fins al punt que es va haver de modificar la llei) en l'aplicació a Catalunya dels canvis de la LLJV en la *interrogatio in iure* o interpel·lació al cridat, en què ja existia la figura al CCC, amb major fonament ara sembla imposar-se la no aplicació. Una altra cosa és que el legislador català en el futur es plantegés la inclusió en el Codi d'una figura que podria ésser molt útil per resoldre els conflictes successoris per la via extrajudicial.

Altres modificacions rellevants introduïdes per la Llei 3/2017 a través de les Disposicions finals són les següents:

Es va afegir un apartat 2 a l'article 569-28, determinant-se que **en la cessió del crèdit hipotecari s'ha de notificar feientment al deutor o hipotecant no deutor**, com a pressupòsit per a la legitimació del cessionari, i **ha d'indicar el preu convingut o el valor que es dona al dret i les condicions essencials de la cessió**, indicant-se que la renúncia del deutor a la notificació en qualsevol moment és nul·la. Aquesta norma ve a respondre a les queixes

d'indefensió del deutor, contingudes de vegades a les pròpies resolucions judicials, enfront a l'entitat financera que li va concedir el crèdit hipotecari i l'ha cedit a un tercer, tantes vegades un fons internacional, sense haver-li notificat però a qui l'entitat cedent li continua executant la garantia. Aquest article no solucionarà tots els problemes d'indefensió que es deriven d'aquests tipus de situacions però és una passa en la direcció correcta.

També es va afegir un **apartat 5 a l'article 565-11**, determinant que **es pot interrompre la prescripció del cens en el termini de 10 anys de l'apartat 1 c) del mateix article per la via extrajudicial**, o bé per notificació notarial al censatari o per nota al marge de la inscripció del cens practicada en virtut d'instància signada pel censalista. La Llei d'Harmonització 6/2015, que va introduir, com hem vist, la regulació de l'extinció de la prescripció del cens, en no regular la interrupció només deixava la via judicial per realitzar-la. Ara es facilita la defensa del dret del censalista per la via extrajudicial, evitant-se així haver d'anar forçosament a la reclamació judicial.

La sentència examina la competència en matèria d'Obligacions i Contractes de la Generalitat a través del doble paràmetre del concepte de "desenvolupament" del dret civil propi i de la reserva estatal de les "bases de les obligacions contractuals" que, tot i que el Govern Central no les va al·legar, el Tribunal Constitucional, amb tota lògica, sí que examina a fons i assenta nova doctrina, com veurem

Per últim, es regula, per bé que fora del Codi, la figura de la **masoveria urbana**, que ja estava contemplada a la Llei 18/2007 del dret a l'habitatge, tot modificant la lletra k) de l'article 3 de la mateixa llei, definint-la com el contracte onerós en virtut del qual el propietari d'un immoble el cedeix al masover urbà per a que faci les obres de reparació, manteniment i millora necessàries per tal que l'immoble sigui habitable o per a mantenir-lo en condicions d'habitabilitat. A manca de pacte, la durada del contracte



és de cinc anys. El propietari pot resoldre el contracte si el masover no fa les obres en el termini pactat o, en el seu defecte, en el termini de cinc anys.

## Sentència del TC de 13 de novembre de 2019

La Llei 3/2017, reguladora del Llibre Sisè d'Obligacions i Contractes va ser objecte de recurs d'inconstitucionalitat per part del Govern central el 22 de maig de 2017, en allò que fa referència a la regulació íntegra dels contractes de compravenda i de mandat i les disposicions generals del contracte de permuta, per extralimitació al·legada de la competència civil autonòmica de l'article 149.1.8 CE, tot i que va sorprendre a Catalunya la no invocació de la reserva estatal de la competència en matèria de bases de les obligacions contractuals.

La Sentència del TC de 13 de novembre de 2019, va resoldre l'esmentat recurs, declarant plenament constitucional la Llei 3/2017 del Llibre Sisè, tret d'un sol article, el 621-54.3, relatiu a l'anomenat procediment notarial de resolució, al que abans he fet referència, i no per raons de dret substantiu, sinó perquè el TC va entendre que es tractava de matèria processal, que és competència de l'Estat ex art. 149.1.6 de la Constitució.

La sentència es va aprovar per una majoria ajustada i amb algun vot particular força controvertit. En tot cas, es tracta, sense





cap mena de dubte, d'una **sentència d'una importància extraordinària i, fins i tot, històrica per al futur del nostre dret civil**.

La sentència examina la competència en matèria d'Obligacions i Contractes de la Generalitat a través del doble paràmetre del concepte de "desenvolupament" del dret civil propi i de la reserva estatal de les "bases de les obligacions contractuals" que, tot i que el Govern Central no les va al·legar, el Tribunal Constitucional, amb tota lògica, sí que examina a fons i assenta nova doctrina, com veurem.

Pel que fa a la qüestió del desenvolupament, que afecta a tot el dret civil i no només al dret d'obligacions i contractes, la sentència, tot partint d'altres anteriors, com la 121/1992 i la 133/2017 i, en general, de la pròpia doctrina anterior del TC, dona una passa endavant i arriba a conclusions que podríem qualificar d'autonomistes. Així, ens diu que el concepte de desenvolupament permet una ordenació legislativa d'àmbits no normats pel dret civil autonòmic en qüestió, atès que el contrari implicaria identificar desenvolupament amb modificació. Això comporta el reconeixement del dret al "creixement orgànic", atès que sense capacitat de creixement, actualització i innovació les institucions jurídiques perden el seu sentit.

Tanmateix, això implica, d'acord amb la consolidada doctrina constitucional anterior, que les CCAA dotades de dret civil

propi puguin regular institucions "conexes" amb les ja existents al seu ordenament jurídic. És més, aquesta connexió amb el dret preexistent ara s'afirma que no queda limitada a l'existent a l'entrada en vigor de la Constitució, o sigui la Compilació, sinó que la connexió pot ésser amb "les institucions regulades posteriorment a l'empara de l'article 149.1.8 CE", com fins i tot "amb el conjunt de les institucions preexistents, amb el seu sistema normatiu i els principis que l'informen". També s'afirma que "si Catalunya, en un moment històric determinat, va optar per incloure escasses o poc detallades referències a un tipus contractual, això no ha de significar que no pugui ara completar el seu règim jurídic. La inconstitucionalitat d'una norma per vulnerar les competències jurídiques no ve donada per la seva extensió o detall, sinó per la seva extralimitació material."

Tots aquests raonaments porten naturalment a la STC, a la llum del concepte de desenvolupament del dret civil propi autonòmic ex art 149.1.8 CE, a la **conclusió de resoldre a favor de la plena constitucionalitat de la regulació en el Codi Civil de Catalunya de la compravenda, la permuta i el mandat i la gestió de negocis aliens**. Pel que fa a la compravenda, la STC considera decisiu el fet que la Compilació de 1960 ja contenia un llibre quart "De les obligacions i els contractes i la prescripció", així com les institucions històriques de la rescissió per lesió i la venda a carta de gràcia, i l'existència d'altres normes relatives a les formes d'entrega dels béns, les despeses de l'escriptura i el lliurament de còpies. Quant a la permuta, el tribunal, a més de l'evident proximitat amb la compravenda, considera suficient base per al seu desenvolupament la referència a la Llei 40/1960 de la Compilació continguda a la rúbrica del Capítol III del Títol I Llibre IV relatiu a les obligacions i als contractes i a la prescripció i, en concret, d'una part, als seus arts. 307, 313 i 323 que, en matèria d'emfiteusi, regulaven el càlcul del laudemi i l'exclusió del dret de fatiga quan existeix una permuta i, d'altra, que la rescissió per lesió opera tant en l'àmbit de la compravenda com en el de la permuta. En el cas del mandat i la gestió de negocis aliens, la sentència troba antecedents en les figures del censal, el violari o la marmessoria o, més properament, en el poder en previsió de pèrdua sobrevinguda de capacitat (art.222-2) o el poder per a constituir hipoteca (art.569-29.2), entre d'altres.

De major transcendència encara és l'anàlisi que fa la sentència de la competència de l'Estat en "les bases de les obligacions contractuals" ex art 149.1.8 i la seva incidència en la competència de les CCAA. amb dret civil propi en regular la matèria d'obligacions i contractes. Diverses sentències anteriors del TC s'havien referit a aquesta rellevant qüestió, però d'una manera o altra havien esquivat entrar-hi a fons. En aquesta sentència el TC, potser perquè no li queda altre remei, ha analitzat abastament aquesta matèria i ha assentat una nova doctrina, que és la que s'haurà de tenir en compte d'ara en endavant. La clau de volta d'aquesta doctrina és que el TC assimila aquesta competència estatal a la de la normativa bàsica i la doctrina de les competències compartides, la qual cosa no s'havia dit abans per l'Alt Tribunal, si més no amb aquesta claredat. Aquesta premissa de la sentència, tot i que ha rebut algunes crítiques, no deixa de tenir una certa lògica, en la mesura en què l'article 149.1.8 CE parla de "bases". Aquest plantejament ens porta a un terreny ben conegut pels constitucionalistes.

**El problema principal d'esbrinar quines són les bases de les obligacions contractuals és que l'Estat no les ha determinat formalment en una llei.** El TC resol aquesta qüestió a partir de l'aplicació de la doctrina de la normativa bàsica. La sentència ens diu que tot i no estar determinades formalment, mentrestant, les bases s'hauran d'inferir de la regulació que d'aquests contractes efectua el Código Civil, però en no tenir aquesta llei la condició formal de bàsica, atès que és una norma preconstitucional (1889), el paràmetre de control no és la concreta regulació que fa el Código Civil d'aquests contractes sinó els seus elements essencials.

**El problema principal d'esbrinar quines són les bases de les obligacions contractuals és que l'Estat no les ha determinat formalment en una llei**

Un aspecte rellevant de la STC és que **posa límits a les bases a fixar per l'Estat en el futur**. En aquest sentit assenyalava que la reserva de les bases en matèria contractual no permet a l'Estat "regular concretament i detalladament un determinat tipus

contractual" sinó que només s'han de considerar normativa bàsica les normes que "afecten a la llibertat de contractació, la commutativitat del comerç jurídic, la bona fe de les relacions jurídiques, la seguretat del tràfic jurídic o si el tipus contractual s'ajusta a l'esquema establert a la norma estatal".

El TC, però, encara arriba a un grau més precís i concret en la determinació de les bases de les obligacions contractuals. En aquest sentit afirma que pot considerar-se legislació bàsica en matèria de contractes la compresa en els principis desenvolupats en els títols I i II del Llibre IV del CC (arts. 1088 a 1314), especialment les normes relatives a les fonts de les obligacions (art.1089 i ss. CC), a la força vinculant del contracte (art.1091 CC) i les que regulen els seus elements essencials i efectes (arts. 1254 a 1280 CC). Amb el mateix caràcter bàsic s'han de prendre els principis materials que s'extreuen d'aquestes normes, tals com l'autonomia de la voluntat, la prevalença del principi espiritualista en la perfecció del contracte, l'eficàcia obligacional del contracte en relació amb els modes de translació del domini, l'obligatorietat del contracte, la bona fe contractual, el sistema de responsabilitat per incompliment, la responsabilitat universal del deutor, els requisits de validesa i eficàcia del contracte o la defensa dels consumidors.

La sentència conclou aquesta exegesi del concepte de bases de les obligacions contractuals amb una afirmació categòrica: "Les bases, per tant, s'han de referir amb caràcter general i comú a tots els contractes o categories àmplies dels mateixos (STC 71/1982) i no poden comprendre la regulació de cada tipus contractual, tret en la part i mesura que aquesta suposi una concreció complementària de les regles generals".

A partir d'aquestes consideracions la sentència procedeix a examinar les diferències més destacades que presenten els nous contractes del Llibre Sisè del Codi Civil de Catalunya respecte el Código Civil per tal de veure si son conformes o no al que entén el tribunal per bases. Així en concret, revisa les innovacions que fan referència, en seu de compravenda, a l'obligació de transmetre la titularitat del dret venut (art. 621-1), a les prohibicions de celebrar el contracte de compravenda (art. 621-4), la determinació del preu (art. 621-5), amb el dret i deure d'informació (art. 621-7), arres (art. 621-8), l'obligació del venedor de garantir

la conformitat del bé venut (art.621-9), les accions del venedor i comprador derivades de l'incompliment del contracte (art.621-37), una de les més importants novetats que incorpora el Llibre Sisè, la regulació de la permuta (art. 621-56) i, en seu de mandat, les innovacions que fan referència a la necessitat que el mandatari actuï personalment sense possibilitat de cedir l'execució de l'encàrrec (art.622-26), o al pacte d'irrevocabilitat del contracte (art. 622-35).

Finalment, la sentència afirma que "després de l'anàlisi realitzat es pot concloure que la regulació autonòmica impugnada no interfereix amb l'estatal i, per això, no s'ha de declarar inconstitucional, atès que, en els termes exposats, ni ha suposat una invasió de les competències estatals ni, per ara, suposa cap interferència en la regulació estatal".

En definitiva, per acabar el comentari d'aquesta molt important sentència del TC, penso que cal subratllar algunes **conclusions importants**:

**1.- La sentència reconeix amb tota claredat i rotunditat la competència de Catalunya per regular els contractes civils,** competència que havia estat discutida en determinats àmbits, i fins i tot posada en dubte per alguna recent sentència del mateix TC.

**2.- El TC ha avalat plenament, tret d'un sol article residual, la normativa de tots els contractes continguts a la 1ª llei del Llibre Sisè, en especial els regulats ex novo,** o sigui els de la compravenda, el mandat, la gestió de negocis aliens, i la permuta, que havien estat impugnats pel Govern Central, continguts molt rellevants per al nostre Codi Civil, en especial la regulació de la compravenda.

**3.- El concepte de bases de les obligacions contractuals, segons el TC, s'identifica amb la part general d'obligacions i contractes, el que a l'actual Código Civil són els títols I i II del Llibre quart,** en especial determinades matèries d'aquests llibres que identifica la STC de 13 de Novembre de 2019, que abans he reproduït. S'haurà de filar prim per part del legislador català en la regulació del Títol I del CCC, relatiu a les disposicions generals, per evitar interferir en la competència estatal. Aquest punt de la sentència comentada, la identificació de les bases de les obligacions contractuals amb la part ge-

neral, o algunes matèries de la part general, d'obligacions i contractes, coincideix amb la tesi de la doctrina majoritària. També partia d'aquesta premissa la *Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos de 2008*. També ha estat, a grans trets, el criteri de la Comissió de Codificació, en el sentit de la plena competència per regular els contractes en particular, criteri que ara ha estat avalat pel TC.

**4.- La sentència obre, per tant, la porta clarament a seguir avançant en els futurs continguts del Títol II del Llibre Sisè relatiu als contractes en particular, fins completar-lo,** regulant, entre d'altres, els contractes d'arrendament, de serveis, el préstec, la fiança, la societat civil, el dipòsit o el comodat. En tots els casos hi ha antecedents que permeten el desenvolupament constitucional dels diferents tipus contractuals.

**5.- El títol III del Llibre Sisè, relatiu a les fonts no contractuals de les obligacions, com sempre s'ha entès per la doctrina, no està subjecte a la reserva estatal de les bases de les obligacions contractuals.** Aquí es tracta de fonts de les "obligacions no contractuals" que, per tant, interpretant *a sensu contrario* l'art. 149.1.8 CE, resten al marge. El concepte ampli de desenvolupament del dret civil propi de la doctrina constitucional no ha de ser obstacle per la regulació, atès que hi ha precedents clars de totes i cadascuna de les institucions d'aquesta matèria. Estem parlant, sobretot, d'institucions tan importants com la responsabilitat extracontractual, però també de l'enriquiment injustificat o dels supòsits de vinculació obligacional derivada de la voluntat unilateral, o sigui, la promesa pública, el concurs públic o l'adhesió a codis de conducta.

**6.- Atesa la consideració de normativa bàsica de la competència estatal de la matèria de les bases de les obligacions contractuals, i d'acord amb els pronunciaments de la pròpia sentència, no es pot obviar que l'Estat pot regular en el futur, a través d'una llei, la determinació formal de les bases de les obligacions contractuals que podria afectar en algun punt a la regulació del llibre Sisè.** Amb tot, la pròpia sentència de 13 de Novembre de 2019 fixa uns límits prou clars a aquesta eventual futura legislació bàsica, la qual cosa redueix molt el grau d'incertesa en aquest punt, tot i que no totalment.



#### **La llei 10/2017, de 27 de juny sobre les Voluntats digitals i de modificació dels llibres Segon i Quart del Codi Civil**

Aquesta llei va ser una aposta personal del Conseller de Justícia Carles Mundó, que des de l'inici del seu mandat va demostrar un gran interès per una matèria novedosa i d'actualitat com aquesta. És bo que el dret civil català estigui amatent a noves realitats, noves necessitats dels ciutadans, d'acord amb l'evolució de la societat. La revolució digital avança poderosament i s'expandeix cada cop a més àmbits de la nostra vida. La **regulació de la transmissió hereditària dels continguts digitals** d'una persona ha estat regulada en molt pocs països, en aquell moment només en EEUU i França. Partint d'aquests precedents, a Catalunya, amb bon criteri, i partint del fet que tenim unes competències molt minses en dret públic, **es va seguir un model propi, enfocant la regulació des del punt de vista del dret privat.**

El gran repte tècnic de la llei, que va superar-se satisfactòriament, **era el d'encabir amb naturalitat una innovació tant rellevant com el de l'anomenada "herència digital" dintre d'unes institucions jurídiques i d'una regulació tant consolidada històricament com la successòria.**

La sentència del TC 7/2019, de 17 de gener, que va resoldre el recurs interposat pel govern central, com és prou conegut, **va declarar inconstitucional el registre electrònic de voluntats digitals que creava la llei** i, en conseqüència va declarar nuls els incisos corresponents dels articles 6, 8,10,11, que s'incorporaven als articles 411-10.3 b), 421-24.1, la disposició addicional tercera i la disposició final cinquena, respectivament, del llibre Quart del Codi Civil, així com la Disposició final primera de la llei. **El TC va entendre, d'una manera restrictiva, que es tractava d'un registre jurídic de caràcter civil, constitutiu de drets i no merament administratiu**, i per tant excedia la competència autonòmica en envair la competència estatal de l'article 149.1.8., d'ordenació dels registres públics. La sentència va tenir en contra el vot particular de la Vicepresidenta Encarna Roca, qui va sostenir de manera molt argumentada la posició contrària.

**L'anul·lació del registre electrònic entenc que comporta l'anul·lació o desaparició del document privat electrònic que hi estava vinculat i li donava contingut.** En suprimir-se l'apartat b) de l'article 411-10.3 deixa com única via d'atorgament el testament i els altres actes de darrera voluntat, esmentats a l'apartat a) del mateix article.

**La sentència deixa en vigor, però, tota la innovadora regulació substantiva de la llei de voluntats digitals, que deriva de la competència en dret civil de la Generalitat.** Aquesta segona conseqüència, que és força rellevant, potser ha quedat una mica amagada per fet de l'anul·lació del registre electrònic, que no deixava de ser un aspecte adjectiu de la llei. Penso que **ens correspon a tots, i en especial als juristes pràctics, desenvolupar i portar a la pràctica les determinacions de la nova normativa**, que cada cop serà més oportuna per a donar resposta a les noves realitats, incloent en els testaments les clàusules corresponents, d'acord amb la voluntat del testador.

**L'article 411-10.1** estableix que les voluntats digitals expressades pel causant en el testament s'han d'executar per la persona designada per ell o, en el seu defecte, serà l'hereu o el marmessor universal, si n'hi ha, els qui resultin facultats per actuar davant els prestadors digitals amb els qui el causant tingui comptes actius. En una primera lectura del conjunt de l'article 411-10, podria semblar que l'hereu abintestat no tindrà aquestes facultats en l'àmbit digital, atès que la llei només té presents les persones designades en el testament. **S'imposa una interpretació extensiva**, que, d'altra part, si ens hi fixem bé, tampoc està exclosa per la literalitat de l'article 411-10.5. Estrictament, aquest darrer precepte parla d'"hereu" sense més, no distingeix en el fet de si és testamentari o abintestat.

**L'article 411-10.2** estableix que el testador pot establir el contingut i l'abast concret de l'encàrrec que s'ha d'executar, tot determinant a títol enunciatiu un seguit d'actuacions, com sol·licitar la cancel·lació dels comptes o que s'activin les clàusules contractuals o les polítiques establertes per als casos de defunció.

De totes maneres, el **411-10.5** estableix que, si el testador no ho ha autoritzat especialment, l'executor de les voluntats digitals necessita autorització judicial per a tenir accés als continguts dels comptes i arxius digitals.

**La llei 10/2017 va més enllà i no es limita a l'àmbit successori.** En concret, la norma va introduir un **apartat 4 a l'article 222-2 relatiu als poders en previsió de pèrdua sobrevinguda de capacitat o poders preventius**, nomenant un apoderat que actuï davant els prestadors de serveis



digital a fi de gestionar els seus comptes i, si s'escau, sol·licitar-ne la cancel·lació. Tot i que l'article només regula les voluntats digitals en els poders preventius, **sembla obvi que les mateixes facultats es poden incloure en un poder no preventiu**, de manera que un poderdant faculta a un tercer apoderat per a que des d'ara mateix li gestioni els seus comptes digitals.

El legislador català va voler regular també un altre supòsit entre vius que havia generat alguns problemes i preocupava socialment. Estem parlant dels **supòsits de representació legal en els casos del tutelats i, sobretot, dels menors d'edat, en els que es van introduir els nous 222-36-3 i 236-17.5, respectivament**. Els tutors i els progenitors han de vetllar perquè la presència dels menors i dels tutelats i del fill en potestat en entorns digitals sigui apropiada a la seva edat i personalitat, protegint-los dels riscos. A aquests efectes poden instar les mesures oportunes davant els prestadors.

No obstant, per suspendre provisionalment l'accés dels seus representats a les xarxes han d'adreçar un escrit, en què un facultatiu constati l'existència d'un risc clar, immediat i greu per a la seva salut física o mental, a més d'haver-los escoltat prèviament. La suspensió provisional té un termini màxim de tres mesos, llevat que sigui ratificada pel jutge. Podran també sol·licitar l'assistència dels poders públics als efectes del que disposen aquests preceptes, si bé en cas dels menors aquest recurs tindrà un caràcter excepcional. Per cancel·lar els comptes digitals de tutelats i menors, els representants legals necessiten autorització judicial, ex article 222-43, l) i 236,27 k), respectivament.

De tot plegat es pot comprovar que **hi ha un gran esforç d'equilibri entre la intervenció dels representants legals per vetllar per aquesta presència digital de menors i tutelats i els problemes que se'n poden derivar, i alhora, una voluntat clara també de protegir la seva autonomia i el desenvolupament de la seva personalitat, d'acord amb els principis del Conveni de New York de 2006, reservant al control judicial les limitacions més rellevants**. Va ser una qüestió molt debatuda i ponderada, amb resultats, penso, prou satisfactoris.

També es va **modificar el controvertit l'article 236-17-4 relatiu al contingut de**



**la potestat parental**, que establia que "els progenitors poden corregir els fills en potestat parental d'una manera proporcionada, raonable i moderada, amb ple respecte a llur dignitat".

Amb aquesta reforma de la Llei 10/2017, per tal d'esvaïr qualsevol dubte en el sentit que la facultat de "correcció" no pot comprendre en cap tipus de violència, s'ha afegit que ha de ser amb "finalitat educativa" i "amb ple respecte a la seva dignitat i integritat física i psíquica". La mateixa modificació es va introduir a l'article 222-36.2 pel que fa al tutelat.

Per acabar aquest apartat, he de fer referència a la **norma estatal, llei orgànica 3/2018, de 5 de desembre, de Protecció de Dades, que regula aquesta matèria**, tot i que d'una manera bastant fragmentària, **als articles 3 i 96**. Resulta obvi que el legislador estatal va tenir en compte la llei de voluntats digitals catalana. De totes maneres, **la regulació té algunes deficiències que cal posar de relleu**. En primer lloc, a part de l'hereu, marmessor o persona designada pel causant, es diu que les persones vinculades al difunt per raons familiars o de fet podran sol·licitar l'accés a les seves dades personals i continguts digitals, impartir les instruccions corresponents, així com instar-ne la seva rectificació o supressió, tret que el causant ho hagués prohibit expressament. Permetre que un familiar, sense que sigui hereu o la persona designada pel testador, familiars amb els quals

sovint no tindria una satisfactòria relació personal, pugui accedir als continguts digitals del difunt, que moltes vegades serà allò més íntim i personal, vinculat a la més pròpia dignitat personal, probablement és un error. El legislador català va tenir especial cura que això no fos així, al meu parer encertadament.

D'altra part, al marge del testament, els preceptes esmentats de la Llei 3/2018 parlen d'una manera imprecisa i poc rigorosa de "mandats i instruccions" per tal d'expressar les voluntats digitals, els requisits dels quals desenvoluparà un RD posterior, així com, si s'escau, el registre dels mateixos. Això comporta deixar una via lliure per a la inseguretat jurídica i una esclatxa important en el sistema successori. El solapament amb els testaments i altres documents de darrera voluntat que la llei catalana salvava de manera brillant, aquí resulta assegurat. Cal esperar que el desenvolupament reglamentari corregeixi aquestes importants mancances.

**Llei 6/2019 de modificació del llibre quart del Codi Civil per tal de garantir la igualtat de drets i la no discriminació de les persones amb discapacitat sensorial.**

La idea motriu d'aquesta llei és la **supressió de les seculars limitacions existents en el Codi en matèria successòria per als discapacitats visuals i auditius** que, probablement benintencionades i de caire pa-



ternalista, avui dia no tenen raó de ser, han esdevingut obsoletes i, de retruc, discriminatòries. La llei té el seu origen en la resolució del Parlament de Catalunya de 683/XI, de 25 de maig de 2017, aprovada per tots els grups de la Cambra en què s'instava al Govern a eliminar aquestes discriminacions.

A més de **canviar la terminologia**, per tal de fer-la més inclusiva, de manera que en lloc de sords i cecs, es passa a parlar de discapacitats sensorials, que inclou els discapacitats visuals i els auditius, les **principals novetats** substantives són les següents:

**S'ha modificat l'article 421-10, eliminant la necessitat de testimonis per atorgar testament en el cas de les persones amb discapacitats sensorials**, també es **modifica l'article 421-11, suprimint l'apartat 2b) que els impedia ser testimonis en els testaments**, en els casos que n'hi hagi d'haver, i **es modifica igualment l'article 421-14, eliminant-se la prohibició que les persones amb discapacitat visual puguin atorgar testament tancat i incloent-hi l'opció que el document autògraf sigui escrit en braille**.

Finalment, la llei dona una passa més i estableix en una **Disposició Addicional** que, **a sol·licitud del testador, en l'atorgament de testaments s'ha d'utilitzar el braille, la llengua de signes, la lectura labial o altres mitjans lingüístics o tècnics que permetin suplir la discapacitat sensorial**.

I d'acord amb el **421-8**, que també es modifica, **el notari oferirà al testador amb discapacitat sensorial aquests mitjans tècnics, que li facilitarà el Col·legi de Notaris**. Aquest darrer punt té una *vacatio legis* de sis mesos, període en el qual, per tal de fer efectiu el que se'n disposa, s'haurà de signar entre el Departament de Justícia, el Col·legi de Notaris i les associacions que representen als col·lectius de les persones amb discapacitats sensorials.

Des d'un punt de vista notarial, s'ha de distingir. En el cas de la persona amb discapacitat visual, aquesta no tindrà cap problema per expressar la seva voluntat successòria, així com per entendre la lectura i les explicacions que li faci el notari, ni per signar. Normalment amb això ja serà suficient, i el testador no necessitarà ni voldrà cap altra actuació addicional. Però si el testador vol també en aquest cas fer efectiva la seva opció de lectura personal del testament, prèviament advertit pel notari del seu dret en aquest sentit, se li posaran al seu abast els mitjans tècnics necessaris per tal que pugui fer la lectura del text del testament en sistema *braille*.

En el cas de les persones amb discapacitat auditiva, la situació és la inversa. El testador pot fer sense cap mena de problema la lectura per sí mateix del testament redactat pel notari. I pel que fa a la manifestació de la voluntat del testador al notari, la lectura del testament per aquest i les seves explicacions i resolució de dubtes, en funció del grau de discapacitat auditiva del testador, normalment també serà suficient i no caldrà cap actuació addicional. Però si el testador necessita, o simplement prefereix, que aquests extrems li siguin complementats amb els mitjans tècnics necessaris (llenguatge de signes normalment), prèviament advertit pel notari del seu dret en aquest sentit, se li posaran al seu abast per tal que pugui manifestar la seva voluntat i prestar el consentiment amb les màximes garanties, de manera que es pugui garantir la seva capacitat de comprensió de la lectura i de l'assessorament del notari.

Tot el que s'ha dit aquí serà d'aplicació *mutatis mutandis*, si fa no fa, per al cas que la persona amb una discapacitat sensorial sigui testimoni en el testament, segons preveu el nou art. 421-11, per bé que adaptades en aquest cas les especialitats a allò que és més pròpiament específic de la funció de testimoni.

No és aquest el lloc d'entrar en l'estudi notarial d'altres casos més límits, que es donen molt poc a la pràctica. L'exemple més extrem, estudiat per la doctrina clàssica, és el testament de la persona que té una discapacitat auditiva plena i que no sap parlar ni llegir ni escriure, supòsit que, sincerament, avui és totalment inversemblant. En tots aquests casos més dubtosos, el notari té al seu abast l'art. 421-10.1, que li permet demanar la presència de testimonis.

En fi, és una llei oportuna i necessària, que ha aixecat molts amplis consensos i hem de valorar positivament.

### Iniciatives en curs i perspectives de futur

Finalment, passo a fer una breu referència de les **iniciatives en curs en el Departament de Justícia i la Comissió de Codificació i les perspectives de futur del nostre Codi**.

**El plantejament general és el que s'esmentava al començament d'aquest treball. Tret del Llibre Sisè, tots els altres llibres fa ja bastants anys que estan aprovats, la majoria en fa més de deu i, per tant, el legislador català ha d'estar atent a noves realitats, a les demandes de la societat i a l'evolució legislativa en dret comparat**

En aquests moments la Comissió de Codificació té redactat un **primer esborrany d'un Avantprojecte de llei d'actualització, incorporació i modificació de determinats articles del Codi Civil**. El Govern ha publicat ja la memòria i ha iniciat la primera fase d'al·legacions.

El plantejament general és el que s'esmentava al començament d'aquest treball. Tret del Llibre Sisè, tots els altres llibres fa ja bastants anys que estan aprovats, la majoria en fa més de deu i, per tant, el legislador català ha d'estar atent a noves realitats, a les demandes de la societat i a l'evolució legislativa en dret comparat. L'esborrany d'avantprojecte **identifica determinades matèries que es consideren prioritàries**.

Així, el text actualitza diversos preceptes que afecten a tots els Llibres per tal de donar compliment al principi d'igualtat entre dones i homes. **Es tracta d'actualitzar la terminologia i el llenguatge, de manera que sigui omnicomprensiu dels dos gèneres.**

En segon lloc, l'avantprojecte incorpora la **convicció que els mecanismes de resolució alternativa de conflictes, especialment la mediació, comporten un seguit d'avantatges que beneficien la ciutadania.** Amb aquesta finalitat s'inclou un article al llibre Primer per tal que aquests procediments extrajudicials, i en especial la mediació, hagin de ser tinguts en compte pels operadors jurídics quan analitzen i gestionen els conflictes que els hi arriben. Igualment, aquest principi general es desenvolupa en diversos apartats del Codi.

En tercer lloc, aquest text acull una de les prioritats més urgents del Codi que és **modificar el Llibre II, de Persona i Família, a fi d'implementar el principi de capacitat jurídica de totes les persones, fent efectiu sobretot el mandat derivat de la Convenció de les Nacions Unides de 2006 sobre els drets de les persones amb discapacitat.** Malgrat el temps transcorregut i que les regles contingudes en la mateixa són plenament vigents, ja que formen part del nostre ordenament intern, la legislació civil i processal afectada encara no ha estat modificada ni adaptada a dia d'avui.

Aquesta **reforma** en matèria de capacitat, de gran abast, ha estat **pensada en dues fases.** En aquest avantprojecte s'ha encarat només la part general del Títol I del Llibre II, els capítols I relatiu a la personalitat civil i capacitat, comprensiu dels principis rectors, que s'han modificat dràsticament en el sentit indicat, i el capítol II relatiu a l'Autonomia de la Persona en l'àmbit de la salut. S'ha considerat convenient deixar per a un moment posterior la reforma de les institucions de protecció, tutela, curatela i demés, i avançar cap a un sistema de suports, **reforma que s'haurà de ponderar molt i molt bé, atès que cal fer compatible els desenvolupaments dels principis indicats amb el manteniment dels nivells de seguretat jurídica del nostre sistema.**

Igualment, dintre del llibre IV de les Successions, el legislador ha de ser receptiu al fort **debat** en el si de la nostra societat els darrers anys **entorn de la institució de la**

**llegítima i a l'evolució del dret comparat.** Tenint en compte que la majoria dels drets del nostre entorn encara conserven la llegítima i en general en una quantia superior a la del Codi Civil català, **s'ha optat a l'avantprojecte per mantenir-la i continuar avançant en la línia gradualista d'erosió de la llegítima de la Llei del Llibre Quart de 2008.** Tanmateix, la sensibilitat social actual demana acotar i limitar en determinats casos la responsabilitat *ultra vires* o la confusió de patrimonis de l'hereu.

En aquesta mateixa línia d'incloure noves opcions legals per als ciutadans, empreses i operadors, es proposa recuperar la figura de l'anomenada **penyora flotant**, que és aquella que permet garantir en una mateixa penyora diverses obligacions de les mateixes parts ja contraetes o fins i tot per contreure, en un període de temps determinat i per una quantia màxima

Diversos ordenaments jurídics de països del nostre entorn, com Suïssa, França o Portugal, han regulat els darrers anys l'anomenat **dret animal**. L'article 511-1.3, introduït per la Llei 5/2006 del Llibre Cinquè del Codi Civil, ja va establir el principi de que els animals no són coses, trencant així una secular tradició jurídica, i afegint que estan sota la protecció de les lleis i que només se'ls apliquen les regles dels béns en allò que permet la seva naturalesa. Ara cal desenvolupar aquest principi, pioner en el seu moment, establint fonamentalment regles especials per a la resolució dels conflictes de titularitat o possessió sobre els animals, atenent a l'interès del propi animal i a altres criteris específics que deriven de les relacions amb les persones i que no poden ser, estrictament, els mateixos que en el cas dels béns.

En matèria de penyora, **es proposa regular l'anomenada doble penyora** i, per tant, **suprimir l'actual prohibició del Codi de constituir una segona pignoració sobre els béns propis en favor de terceres persones creditors** (art. 569-15), prohibició que no existeix a la regulació estatal i que suposa, a la pràctica, un desavantatge important per a la nostra economia. Cal recordar que aquesta modificació legal anava

inclosa (DF 2ª) al Decret Llei 9/2019, de 21 de maig, de mesures urgents en matèria de contenció de rendes en els contractes d'arrendament, que finalment va decaure. El projecte de llei de mesures fiscals, financeres, administratives i del sector públic per al 2020 incorpora de nou aquest canvi normatiu. Com es pot apreciar, el Govern intenta diverses vies per aprovar aquesta modificació legal que, certament, és d'interès general.

En aquesta mateixa línia d'incloure noves opcions legals per als ciutadans, empreses i operadors, es proposa **recuperar la figura de l'anomenada penyora flotant**, que és aquella que permet garantir en una mateixa penyora diverses obligacions de les mateixes parts ja contraetes o fins i tot per contreure, en un període de temps determinat i per una quantia màxima. Aquesta figura havia estat regulada a la Llei 22/1991 de garanties possessòries de cosa moble i va desaparèixer a l'aprovar el Llibre Cinquè el 2006.

Altres treballs de la Comissió de Codificació estan també força avançats, tot i que en fase menys desenvolupada que l'esmentat avantprojecte. En particular, **dintre del Llibre Sisè, s'està treballant, d'una part, en el contracte d'arrendament urbà i, de fet, en una regulació general del contracte d'arrendament de béns i, d'altra part, en el títol tercer relatiu a les fonts de les obligacions no contractuals.**

Després de l'impuls de l'avantprojecte d'actualització, **les properes iniciatives a endegar**, amb caràcter prioritari, **seran, d'una part, aquestes dues matèries del Llibre Sisè, arrendaments i Títol III relatiu a les fonts no contractuals de les obligacions, i d'altra banda, la segona part de la reforma sobre discapacitat**, o sigui, la relativa a modificació de les institucions de protecció, després de modificats els principis generals d'acord amb el Conveni de New York de 2006, reforma que tindrà una gran transcendència jurídica i social, sobre la que hem de ser capaços de generar un ampli consens en tots els àmbits.

No desconec i no es pot descartar que, en funció de la durada més llarga o curta de l'actual legislatura a Catalunya, els esmentats treballs en el futur es puguin mantenir en el format actual o, en una propera legislatura es puguin unificar o dividir legislativament. L'important és que es tracta de matèries de gran actualitat i interès





social i que el Departament de Justícia i la Comissió de Codificació atenguin aquestes necessitats i demandes de la nostra societat i elaborin les corresponents propostes legislatives.

D'altra part, considero que **l'objectiu prioritari a mig termini**, per als propers anys, **ha d'ésser acabar el Codi Civil, que vol dir bàsicament completar el Llibre Sisè**, sens perjudici que, com Codi Obert que és, sempre hem d'estar predisposats a les modificacions que vinguin imposades per l'evolució social o legislativa.

**La STC de 13 de novembre de 2019 marca un abans i un després** i ens obre un nou escenari que **ha de permetre al legislador català regular els distints contractes en particular, les fons no contractuals de les obligacions i la part general d'obligacions i contractes, dintre del marc i els límits constitucionals que estableix la pròpia doctrina constitucional.**

Aviat farà vint anys que es va aprovar la Llei Primera del Codi Civil. Penso que un termini d'entre quatre i cinc anys és un període raonable per concloure el Codi Civil de Catalunya amb la mateixa línia de rigor i excel·lència que fins avui.

#### BIBLIOGRAFIA

**La propietat temporal i la compartida.** Francesc Torrent Cufí. La Notaria nº 2/2015

**La propietat temporal i la propietat compartida en el Codi Civil de Catalunya.** Esteve Bosch Capdevila. Revista Jurídica de Catalunya. 2016

**L'extinció del dret de cens a la Llei 6/2015, de 13 de maig, d'Harmonització del Codi Civil de Catalunya.** Santiago Espiau. La Notaria nº 1/2016.

**La propietat compartida i la propietat temporal. Llei 19/2015.-Aspectes legals i**

**econòmics.** Director: Sergio Nasarre Aznar. Editorial Tirant Lo Blanch. 2017.

**Una primera lectura dels contractes del Llibre VI del Codi Civil de Catalunya.** Carmen Gete Alonso. Editorial Sepin. Marzo 2017.

**Estudis sobre el Llibre Sisè del Codi Civil de Catalunya.** Coord. Àngel Serrano de Nicolás. Editat pel Col·legi de Notaris de Catalunya. 2018.

**La notificació de la cessió del crèdit hipotecari de l'article 569-28.2.** Josep Santdiumenge Ferré. La Notaria nº 1/2018.

**Comentaris a la sentència del Ple del TC de 17 de Gener de 2019.** Raquel Iglesias Pajares. La Notaria nº 3/2018

**El dret civil català després de la Constitució de 1978 i els Estatuts de 1979 i 2006.- Un Codi Civil per al Segle XXI.** Joan Carles Ollé Favaró. Jornades Commemoració 25è aniversari de la constitució del Tribunal Superior de Catalunya. 2014.

**“On hi ha el notari llatí, hi ha seguretat jurídica”**

**Franco Salerno Cardillo**

President de la CAE

**AUTORA:** Sandra Purroy  
**FOTOGRAFIES:** Montserrat Fontich

**Franco Salerno Cardillo** (Palermo, 1961) es va llicenciar en Dret a la seva ciutat natal (1983) i exerceix de Notari des del 1988, a Palermo, des de fa 22 anys. Des dels seus inicis professionals va demostrar interès per l'àmbit internacional, col·laborant primer com a delegat d'Itàlia en la Comissió d'Assumptes Europeus i de la Mediterrània (CAEM – 1986-2001) i, més endavant, com a delegat en la Comissió d'Afers Europeus de la Unió Europea (CAUE – 2002-2004). També ha estat delegat pel seu país en la Comissió d'Assumptes Europeus de la Unió Internacional del Notariat (2005-2016). Després d'una etapa com a membre ja del Consell General de la UINL, va esdevenir vicepresident de la CAE (2014-2016). Des del 2017 presideix la Comissió d'Afers Europeus (CAE) de la Unió Internacional del Notariat.

Paral·lelament ha format part de diverses comissions i grups de treball al Consiglio Nazionale del Notariato d'Itàlia i ha estat coordinador i ponent en nombrosos congressos a Europa. També és autor de diverses publicacions de la mateixa CAE, de la Fondazione Italiana per il Notariato i del Consiglio Nazionale del Notariato, entre altres.





**P:** Heu presidit la Comissió d'Assumptes Europeus (CAE) de la Unió Internacional del Notariat Llatí (UINL) en el període 2017-2019. Quin balanç feu de la vostra presidència?

**R:** Estic molt satisfet del que hem aconseguit en aquests tres anys. Ho vaig dir en la sessió plenària, a Barcelona, en la qual vaig resumir el balanç d'aquests anys en cinc punts. Primer punt: hem tingut reunions a tot Europa: Budapest, Madrid, Viena, Londres i Barcelona. Segon punt: hem acabat molts estudis. La CAE és una comissió científica i un dels seus objectius principals és fer estudis, sobretot de Dret internacional privat i de Dret comparat entre els països de la Unió Internacional del Notariat Llatí (UINL). I en aquesta legislatura hem acabat estudis sobre parelles, empreses, persones vulnerables i immobles. També sobre l'activitat notarial en relació amb l'estranger, sobre el blockchain, escriptures i registres digitals i sobre dret de societats. I la meua màxima satisfacció és que hem publicat dos llibres: el primer, fet per gairebé 40 països europeus, versa sobre les condicions indispensables de validesa d'un poder. Perquè quan un notari rep un acte pot emprar un poder si ve de l'estranger i ha de conèixer si el poder és vàlid. I la validesa del seu acte depèn de la validesa del poder. Aquest estudi recull moltes preguntes i respostes amb què el Notari es troba cada dia en la seva pràctica quotidiana. Per això és un estudi molt important, escrit en anglès i en francès. I el segon llibre és sobre les parelles a Europa, sobre matrimoni i unions registrades. És un llibre de 700 pàgines en què han participat 32 països europeus i podem dir que és una continuació del llibre "Successions a Europa". El primer d'aquests llibres ha estat elaborat per la CAE en col·laboració amb la CNUE, que és la Conferència de Notariats Europeus, mentre que el segon és només de la CAE. En aquest cas, han participat en la redacció tots els nostres delegats i és especialment important perquè aquest any s'han començat a aplicar dos reglaments comunitaris sobre règims matrimonials i parelles registrades i els Notaris necessiten conèixer la Llei i que s'aplica en cada país d'Europa. De manera que aquest llibre és un instrument molt útil, de primera consulta, no solament per als Notaris, que som juristes pràctics, sinó



també per a tots els ciutadans que necessiten conèixer informacions jurídiques.

**En aquest moment el tema més important per al Notariat és el paper del Notari en la utilització de les noves tecnologies i la capacitat de compatibilitzar-lo amb la seguretat jurídica**

El tercer punt que vull destacar és que treballem en altres estudis, molt importants també, com ara un sobre drets reals i la seva adaptació de conformitat amb els reglaments de la Unió Europea. Cada país compta amb drets reals, d'usdefruit, d'ús d'habitació, etc. però no tenen el mateix significat en cada país. Per tant, quan es parla d'usdefruit, per exemple, a Itàlia, què vol dir? I a Romania? Estem fent un inventari dels drets reals a Europa i els unifiquem per veure com es pot adaptar un dret d'un país a un altre país.

El quart aspecte important és que en cada reunió plenària de la CAE tenim una reunió de l'Acadèmia Notarial. És una jornada dedicada a un tema jurídic de la màxima actualitat. Durant aquesta legislatura s'han tractat els temes següents: el

procediment no contenciós; el paper del Notari en la prevenció del blanqueig de capitals i, en col·laboració amb la Comissió d'Afers Africans, vam organitzar l'any passat a Madrid un Col·loqui de la Mediterrània centrat en matèria de dret de família, que va ser un intercanvi d'informacions jurídiques entre els països europeus i els africans, una experiència molt interessant que ens va permetre abordar, per exemple, què passa si un ciutadà europeu té un problema jurídic de dret matrimonial a l'Àfrica, i el contrari. A Londres vam treballar la implicació del Brexit en el Dret internacional privat i el dret de societats al Regne Unit. I el darrer tema, a Viena, va ser la digitalització del dret de societats a Europa, que és el mateix tema que es va tractar a Barcelona amb la diferència que a Viena el vam tractar abans de la Directiva europea d'aquest any. Fa poc s'ha aprovat una Directiva europea que obliga els Estats membres a crear un sistema de constitució de societats en línia, de manera que a Barcelona en vam parlar amb ponents destacats tant espanyols com d'altres països europeus.

En definitiva, hem fet molta feina i estic molt satisfet. A més, volia treballar en una línia cordial, ja que, per mi, aquestes reunions de la CAE no tenen solament un valor científic, sinó també un valor humà, de relacions humanes. Som amics, ens coneixem des de fa molt de temps i tenim





## Entrevista

la mateixa idea del Notariat, de la funció davant les necessitats dels ciutadans, de la professió jurídica, etc. Per això, estic molt satisfet de tot: de les publicacions, dels llibres i dels estudis, que es publiquen al lloc web de la CAE, dins el lloc de la UINL, atès el seu interès científic i, per tant, públic.

**P:** En què es diferencien les sessions plenàries dels actes de l'Acadèmia Notarial Europea?

**R:** La reunió plenària és una reunió on només participen els delegats dels diversos països. Actualment a la CAE participen 40 Notariats europeus, 22 de la Unió Europea i 18 que no pertanyen a la Unió Europea. I tenim un Estat observador, Bielorússia, que ingressarà a la Unió al novembre. També hi poden participar alguns convidats; per exemple, a Barcelona vam convidar el president de la Comissió d'Afers Africans i president del Consell Notarial del Líban, com també l'anterior president de la CAE. En canvi, l'Acadèmia és per al públic, per comunicar el que fem, i és oberta. Hi poden participar Notaris del país amfitrió, advocats, jutges, professors universitaris, acadèmics, públic, ciutadans interessats en el tema... L'Acadèmia és el moment de comunicar el que fem, el que fa el Notari sobre un tema en particular. I normalment hi ha uns ponents i després un debat o una taula rodona on es pot aprofundir en el tema, comparar problemes, parlar de solucions, etc.

**P:** Quin pes té la CAE en el marc global de la Unió Internacional del Notariat?

**R:** La Unió Internacional del Notariat és la "mama" i té quatre fills, quatre comissions continentals: la d'Europa, la d'Àfrica, la d'Àsia i la d'Amèrica. Les comissions d'Àfrica, d'Àsia i d'Amèrica són comissions polítiques, mentre que la Comissió d'Europa (CAE) és una comissió científica. Aquesta és una diferència fonamental. Per tant, la Comissió d'Àfrica o d'Àsia no fan estudis com nosaltres, ni publiquen llibres. Nosaltres ens caracteritzem, sobretot, per ser una comissió científica, l'única comissió continental de la Unió Internacional del Notariat amb aquestes característiques. Per això no podem establir comparacions amb la resta, ja que tenim objectius diferents. Així i tot, hem vist, per exemple, amb motiu del col·loqui de la Mediterrània, que hi ha problemes científics comuns, com els règims matrimonials. Per això tenim punts de contacte. No podem parlar del pes concret de la CAE a la Unió Internacional, però en tot cas la CAE és l'única comissió que fa estudis que es comuniquen a l'exterior. Aquest és el motiu pel qual molts ciutadans coneixen la CAE. La resta de comissions són polítiques, es mouen dins el Notariat i no hi ha obertura cap a l'exterior.

**P:** Dins la CAE, podem parlar de quins països lideren el Notariat europeu?

**R:** A la CAE tenim els països tradicionals, de la vella Europa, que tenen un Notariat de tradició, antic –com Itàlia, Espanya, França, Bèlgica, Luxemburg, Alemanya, Àustria... I tenim països de l'est d'Europa que són Notariats nous, que van néixer quan es va separar Rússia i van néixer nous Estats. Aquests, evidentment, són Estats que tenen un Notariat molt jove i tenen menys experiència notarial i jurídica en relació amb el Notari. És a dir, el Notari en els països de llarga tradició jurídica té moltes competències des de fa moltíssim temps. Mentre que, en els nous Notariats, el Notari té menys competències perquè està començant a situar-se i a tenir una posició nova. La contribució jurídica, el pes jurídic en la CAE dels països amb tradició, no és més important, però sí que és diferent. Però totes les contribucions són importants, encara que siguin diferents.

---

Si el Notari no té ètica, no pot fer el que ha de fer

---

**P:** Com és actualment la relació entre la CAE i la CNUE?

**R:** La relació és excel·lent. La CNUE és una institució diferent, que no participa en la Unió Internacional del Notariat. És la Conferència dels Notaris Europeus, de la Unió Europea, però de fet molts delegats de la CAE són part de la CNUE. A més, la CNUE també té grups de treball; jo, per exemple, formo part del grup de treball de la CNUE sobre dret de família des de fa 10 anys i a la CAE ara sóc el president i abans era delegat. Molts Notaris col·laboren amb les dues institucions. Ens diferencia que la CNUE té un paper polític, fa accions amb la Comissió Europea, a més de tenir uns objectius científics i d'elaborar estudis. En aquest camp, és fàcil col·laborar, tenim els mateixos objectius. Per exemple, la CNUE ha publicat al seu lloc web formularis, preguntes i respostes sobre el tema de família, de societats, de persones vulnerables... per a cada país de la Unió Europea. Pregunta com és





la Llei, com es fa la constitució de societats, quina és la Llei aplicable a la parella o als matrimonis, etc. Per exemple, va fer l'estudi per als països de la Unió Europea i la CAE ha completat l'estudi amb les respostes dels països europeus que no són part de la Unió Europea. Fa tres anys, la CNUE va fer un estudi molt vàlid sobre les successions als països de la Unió Europea i, des de la CAE, el vam completar amb els altres països europeus que no són de la Comissió Europea i així hem publicat el llibre que comentava abans. De manera que tenim una col·laboració científica. En el cas d'aquest llibre, a més, el vendrem i anirà acompanyat gratuïtament de dues publicacions de la CNUE sobre el mateix tema i se'n farà una difusió conjunta i amb finançament de la Comissió Europea. Col·laborem directament, cadascun mantenint el nostre paper institucional, i trobem molts punts de contacte en l'àmbit científic.

**P:** Quins són els reptes principals en l'àmbit de les noves tecnologies?

**R:** En aquest àmbit vam fer un estudi sobre el blockchain i els instruments electrònics que vam acabar fa un any. I hem dedicat dos actes de l'Acadèmia notarial a l'acte jurídic a distància. Això demostra l'interès de la CAE per aquest tema. A Viena, fa un any, vam presentar el sistema de l'acte a distància amb tecnologia d'identificació a distància del client d'Àustria i d'Estònia. A la reunió de Barcelona estava convidat el delegat de Letònia per presentar el seu sistema, però finalment no va poder venir. I en la pròxima legislatura ja pensem de crear un grup de treball per monitoritzar l'evolució de les noves tecnologies i de l'acte a distància. És el futur del Notariat europeu; en aquest moment és el tema més important per al Notariat: el paper del Notari en la utilització de les noves tecnologies i la capacitat de compatibilitzar-lo amb la seguretat jurídica. I seguretat jurídica no és solament la identitat d'una persona –per a la qual cosa podem recórrer a la retina, l'empremta dactilar, etc.– o saber com es diu i si és qui diu ser, sinó tenir seguretat jurídica, és a dir, preservar la voluntat de la persona, que compregui efectivament el que està fent i quines són les conseqüències del que està fent, tant si són conseqüències jurídiques, fiscals, sobre el dret de família, sobre els seus fills, sobre la



successió a l'empresa, etc. No n'hi ha prou de dir que tenim un sistema de seguretat tecnològica; nosaltres ens ocupem de la protecció de la seguretat jurídica, que és diferent.

Tenir bones relacions amb el Notariat espanyol és molt positiu perquè és un Notariat molt fort, un exemple per a altres Notariats

**P:** I com valora el nivell de seguretat jurídica en Europa?

**R:** Puc dir, rotundament, que la presència del Notari llatí garanteix la seguretat jurídica, perquè la funció principal del Notari és prevenir litigis i donar certesa als clients de l'acte jurídic que autoritza. Això és el cor de la professió de Notari: garantir la seguretat jurídica. On hi ha el Notari llatí, hi ha seguretat jurídica. Tenim un bon sistema de prevenció del litigi i ho demostren les dades: a Itàlia, per exemple, en matèria de venda d'immobles hi ha una litigiositat del 0,001%. No hi ha riscos. Als països anglosaxons és exactament el contrari; hi ha moltíssima litigiositat perquè no tenen un sistema de prevenció dels litigis. La prevenció la fa el Notari llatí.

**P:** Quina relació hi ha entre els Notariats afins al *civil law* –notariat llatí– i els del *common law* actualment?

**R:** Al *common law* no es pot dir que hi ha Notari; tenen un sistema diferent, amb una excepció: els Notaris de Londres, de la City, anomenats Scriveners Notaries. Tenen poques competències en comparació amb els Notaris llatins de tradició europea, però desenvolupen la seva tasca amb les característiques del Notari. Són juristes, són tercers independents i donen garanties jurídiques. Però aquesta és l'excepció i ells formen part de la CAE. Provenen d'una institució molt antiga, creada en el seu moment a instàncies de l'arquebisbe de Canterbury, i n'hi ha molt pocs, tot just uns 40, amb unes competències molt particulars. A vegades els polítics pensen, en relació amb el *civil law* i el *common law* que tot el que funciona en un país pot funcionar en un altre i que un sistema es pot adaptar automàticament a un altre país i a un altre sistema, però no és cert. El que va bé en el sistema del Regne Unit o dels Estats Units no es pot adaptar automàticament, no poden dir "però allà ho fan així", no n'hi ha prou. Perquè allà tenen un sistema completament diferent, que no es basa en la prevenció jurídica, sinó en el judici successiu i en les assegurances. Cada acte té una assegurança que el cobreix, però si hi ha problemes, hi ha un





judici i una indemnització, que no és el mateix que protegir amb prevenció.

Hem d'entendre i de tenir disponibilitat davant els canvis, adaptar-nos-hi mantenint un paper que ha estat molt important durant segles i que, al meu entendre, mantindrà la seva importància

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

**R:** En el passat hem dedicat moltíssims estudis al sistema deon-

tològic i al sistema sancionador en el cas d'aquells Notaris que no s'adaptin a les regles i els hem anat publicant al lloc web de la CAE. Sempre és un tema molt actual perquè és la base de la mateixa definició de Notari. Si el Notari no té ètica, no pot fer el que ha de fer. Perquè l'ètica davant el client és la primera condició per a ser independent, per oferir assessorament i, sobretot, per a l'equidistància i la neutralitat davant tots els clients: el que ven, el que compra, etc. Només es pot mantenir així si el seu comportament és ètic, correcte, segons les regles de cada Notariat. A Itàlia o a Espanya, per exemple, tenim codis de comportament deontològic molt importants. A més, cada consell nacional té comissions per seguir l'evolució de la jurisprudència i de la doctrina nota-

rial. És fonamental seguir contínuament l'evolució de la deontologia.

**P:** Com valora el fet de comptar amb Barcelona com a seu semipermanent?

**R:** Jo estic molt feliç que sigui així, perquè puc dir que la CAE aquí se sent a casa. Fa dues legislatures vam tenir totes les reunions de la tardor aquí, a Barcelona. L'any passat el Notariat espanyol ens va convidar a Madrid al juny i, per evitar fer dues reunions al mateix país, vam triar una altra ciutat per a la reunió de la tardor. I fa dos anys hi havia unes condicions particulars. Però aquest any hem vingut aquí i tots estem molt contents, perquè el Col·legi de Notaris de Catalunya sempre ens acull de manera afectuosa, generosa i càlida; a més tinc molt bona relació amb el seu degà, Joan Carles Ollé. El Notariat espanyol, en general, és molt similar al Notariat italià, i els espanyols i els italians també tenim un caràcter i una llengua similars, de manera que també ens entenem bé quan parlem de Notariat, de qüestions jurídiques. Tenir bones relacions amb el Notariat espanyol és molt positiu perquè és un Notariat molt fort, un exemple per a altres Notariats. Per això el fet de tenir seu a Barcelona és important.

**P:** I per acabar, quin missatge llançaria al Notariat europeu en aquests moments?

**R:** Un missatge d'optimisme. Tot canvia, els temps canvien, i el Notariat també ha de canviar. Hem d'entendre i de tenir disponibilitat davant els canvis, adaptar-nos, per exemple, a les noves tecnologies en l'àmbit jurídic, mantenint un paper que ha estat molt important durant segles i que, al meu entendre, mantindrà la seva importància. Però cal acceptar el canvi i adaptar-s'hi, no podem quedar-nos com sempre. El canvi tecnològic és una realitat, no es pot aturar, i nosaltres hem d'oferir les nostres competències i la nostra disponibilitat per adaptar-nos-hi.





**“L’aportació notarial és molt important per la solidesa de la seva formació i del seu criteri”**

## **Juli de Miquel Berenguer**

President del Tribunal Arbitral de Barcelona

**AUTORA:** Sandra Purroy  
**FOTOGRAFIES:** Montserrat Fontich

**Juli de Miquel Berenguer** (Barcelona, 1941) és Llicenciat en Dret per la Universitat de Barcelona (1963). Fou professor ajudant de Dret internacional privat a la Universitat de Barcelona (1965-1970), membre de la Junta de Govern del Col·legi d'Advocats de Barcelona (1988-1991) i membre de la Comissió de Deontologia del mateix Col·legi (1991-1993). Ha estat professor associat de la Facultat de Dret d'ESADE (1996-2016) i actualment és membre del Consell Professional d'aquesta facultat.

També és membre de l'Associació Internacional d'Advocats *Worldlink for Law*, autor de diverses publicacions i soci director del bufet Euroforo-Arasa & De Miquel Advocats Associats.

Des d'abril de 2018 presideix el Tribunal Arbitral de Barcelona.



**P:** Quan s'inicia el seu vincle i interès per l'arbitratge?

**R:** El meu vincle s'inicia quan es va crear el Tribunal Arbitral de Barcelona. En aquell moment, jo formava part de la Junta del Col·legi d'Advocats de Barcelona i va ser quan es van iniciar les converses entre el Col·legi, el Col·legi de Notaris de Catalunya, els Registradors i la Cambra, per tal d'aprofitar la llei de 1988 que donava peu a un arbitratge més adequat, perquè el que teníem abans no reunia unes característiques mínimament acceptables; vaig viure tot aquest procés. I jo sóc una persona convençuda de l'arbitratge des del principi. No hi vaig intervenir directament, però vaig participar en la creació del TAB i, paral·lelament, vaig escriure un article a la Revista Jurídica sobre arbitratge. A partir d'allà, vaig participar en algun procediment arbitral des del principi.

El nostre tribunal té l'immens avantatge de que està emparat per unes institucions de la categoria que tenen el Col·legi de Notaris, el d'Advocats, el de Registradors de la Propietat i la Cambra

**P:** Quan neix el Tribunal Arbitral de Barcelona, l'any 1989, quins objectius tenia?

**R:** L'arbitratge com a tal ha existit des de temps immemorials, sempre hi ha hagut possibilitats d'arbitrar davant un problema, però l'arbitratge regulat, per tal que fos un sistema alternatiu de resolució de conflictes, com deia, no estava realment desenvolupat amb una normativa que el fes factible i possible. La normativa anterior era de 1953, teníem moltes limitacions, i l'any 1988, quan es dicta la llei, es permet per primera vegada a Espanya l'arbitratge institucional, és a dir, que les entitats com la nostra, que serveixen per altres institucions, puguin crear una seu d'arbitratge. Aprofitant aquesta possibilitat magnífica, que fins aquell moment no s'havia aconseguit encara a Espanya i en



d'altres països sí que existia, és quan nosaltres decidim, juntament amb la resta d'institucions, crear el TAB.

**P:** A l'abril de 2018 va ser nomenat president del TAB. Quin balanç fa d'aquesta presidència?

**R:** El balanç per mi és molt interessant. El grup de persones que formen la Junta Directiva i jo tenim molta motivació perquè creiem en l'arbitratge. La veritat és que en aquest país no tenim una cultura arbitral suficient. El nostre tribunal té l'immens avantatge de que està

emparat per unes institucions de la categoria que tenen el Col·legi de Notaris, el d'Advocats, el de Registradors de la Propietat i la Cambra. Aquest recolzament tan ampli no és habitual en cap lloc del món, i hem d'aprofitar-ho. M'he trobat amb la situació, que ja coneixia, d'haver de fer una tasca d'introducció, de comunicació, més que de desenvolupament. I això és el que estem fent ara. Es parla molt de mediació, hi ha un esforç enorme per mediar – tot i que en la realitat es fan moltes menys mediacions de les que realment s'haurien de fer –, però de l'arbitratge es parlava i se'n parla poc. S'ha de





crear aquesta cultura arbitral. I com s'ha de fer? Doncs les institucions que estem aquí hem de promoure-la. I promoure vol dir que figuri en els contractes una clàusula arbitral, que també hi figuri en les escriptures atorgades davant notari, etc. Aquestes institucions que hi col·laboren han de mirar d'assegurar-se d'incorporar aquesta clàusula arbitral en els contractes: els notaris, per exemple, han de procurar que, quan els particulars no volen una altra cosa, a les escriptures s'aconselli que la clàusula arbitral serà una fórmula de solucionar els conflictes que puguin sorgir entre els socis, o entre els socis i la societat. Aquesta és la principal campanya que s'ha de fer. Paral·lelament a això, cal fer una política de comunicació, una política d'anar a veure els organismes empresarials, explicar-los-hi, fer una política didàctica del que és l'arbitratge, fer actes com el que vam fer al Col·legi de Notaris per celebrar l'aniversari del TAB, el passat 30 d'octubre, que va ser molt interessant i va tenir molt bona acollida. Ara tenim previstes entrevistes, per exemple, amb l'Associació d'empreses de tecnologia, que són empreses tipus *start up*, empreses petites que es creen i que potser tenen molt d'èxit o potser desapareixen, a les que també els convé tenir una clàu-

sula arbitral que els permeti resoldre els possibles conflictes amb celeritat, amb agilitat. Això es el que hem de fer, aquesta comunicació permanent. Aquest any farem el Congrés d'institucions arbitral a Barcelona, i tots els membres de Junta estem en contacte amb la majoria de tribunals arbitral d'Espanya i també amb alguns de l'estranger perquè vinguin a Barcelona i puguem fer una jornada no tan sols jurídica, per debatre temes arbitral, sinó també una jornada de reflexió, d'apropament. En aquest sentit estem contents, perquè estem fent coses; no estem contents en el sentit de que l'arbitratge encara no està implantat, no està arrelat com ho hauria d'estar.

---

**Cal fer una política de comunicació, didàctica del que és l'arbitratge**

---

**P:** Quins són els primers objectius aconseguits? I quins els reptes de futur?

**R:** Continuar amb la marxa que estem fent de contacte amb d'altres

institucions i amb organitzacions empresarials, que és molt important. En aquest darrer any ja hem passat per Pimec, l'associació Tech city, que porta les empreses tecnològiques de Catalunya, etc. Aquesta és la feina que estem fent. El balanç és positiu, però encara hi ha molt per fer.

**P:** Quins avantatges destacaria de l'arbitratge?

**R:** Si algú em demanés quin avantatge tinc si vaig a un arbitratge mercantil, empresarial o de propietat intel·lectual, per exemple, enlloc d'anar a la via judicial, li diria que el primer és que s'ha d'intentar buscar solucions als conflictes. I els conflictes se solucionen amb diàleg entre les persones. Però de vegades no és possible i aleshores s'ha d'acudir a un sistema resolutori, que poden ser dos: l'arbitratge i el sistema judicial. Quin avantatge té l'arbitratge i, concretament, el TAB? Tenim un sistema àgil, transparent, molt independent, una llista d'àrbitres que s'ha renovat completament, amb persones molt especialitzades, que han demostrat tenir un currículum magnífic per aquells temes concrets, i aquesta especialització és importantíssima. I, a més, l'arbitratge aporta un aspecte en certa manera nou, pel que estem habituats, molt important, que és la confidencialitat. L'arbitratge no surt als diaris, no es coneix qui hi participa, no es coneixen els detalls del tema, mentre en un tema judicial, desgraciadament, sempre hi ha filtracions i es coneixen dades. La rapidesa també és un avantatge, perquè en l'arbitratge, si no sorgeix cap problema específic, en 8-9 mesos està resolt. A més, és molt més proper. Un tema judicial depèn de molts aspectes: de quin jutjat sigui, de quina feina hi hagi a aquell jutjat, després hi ha una segona instància, un recurs de cassació i, a la llarga, és molt més car que l'arbitratge.

**P:** Qualsevol empresa pot recórrer a l'arbitratge davant un conflicte? Quin és el perfil majoritari d'empreses que recorren a l'arbitratge?

**R:** A l'arbitratge hi pot recorre qualsevol tipus d'empresa, incloses les empreses públiques. Nosaltres sempre defensem que una empresa pública, és a dir, una empresa participada per l'Administració, utilitzi l'arbitratge. I no tan sols







# Entrevista

quan hi hagi una clàusula arbitral - que és recomanable que la tinguin, perquè sinó els plets en les empreses públiques per temes de contractació administrativa s'allarguen anys i anys. Seria convenient que les empreses públiques, quan tinguessin un conflicte anessin al Tribunal Arbitral per resoldre'l fins i tot en el cas que no hi hagi cap clàusula arbitral. S'hi pot anar i dir: som dues parts, tenim un conflicte i venim al Tribunal perquè resolgui el tema. Seria com un conveni *ad hoc*.

**P:** Quin és el perfil de les empreses que recorren a l'arbitratge? I quin és el percentatge de satisfacció?

**R:** La majoria d'empreses que ens sol·liciten arbitratge ho fan habitualment per conflictes entre empreses i, moltes vegades, per conflictes entre socis i empreses: socis que demanen la dissolució de la companyia o en que hi ha reclamacions contra els administradors, per exemple. Però generalment són conflictes entre empreses. Pel que fa a l'àmbit de competència del TAB, aquest és nacional i internacional. I quan al percentatge de satisfacció jo crec que deu ser del 94-95%.

**P:** Quin és el perfil i formació majoritàriament dels àrbitres del TAB? Cal una major especialització?

**R:** Nosaltres tenim una comissió d'àrbitres de la que formem part tres persones de la Junta, entre elles un notari, Antoni Bosch, que ha fet una tasca magnífica. Amb la nova Junta vam decidir que, a partir d'una determinada data, que era l'1 de gener de 2019, s'acabaria ja la llista que existia fins aquell moment i s'obriria una nova llista d'àrbitres. I, per tant, totes les persones interessades, fossin àrbitres o no ho fossin encara, ens van lliurar la seva documentació i el seu currículum. Aquesta comissió s'ha anat reunint i ara tenim un llistat amb uns 140 àrbitres, amb unes 20 especialitats, agafant temes molt específics com poden ser fusions, adquisicions, temes societaris, immobiliaris, de propietat intel·lectual, propietat industrial, de tecnologia, successions...

**P:** La modificació de la llei d'arbitratge 11/2011 va obrir la possibilitat a que altres professionals jurídics exercissin l'arbitratge, entre

ells els notaris. Com valora aquesta incorporació?

**R:** Van entrar àrbitres juristes, que és el requisit que es fixa per ser àrbitres de dret. Àrbitres que són notaris, registradors de la propietat... Crec que l'aportació dels notaris és una aportació fonamental perquè tenen una preparació molt sòlida en temes, especialment, de dret civil i dret mercantil. La seva aportació ha estat molt interessant, han intervingut des de que la llei ho va permetre, en el nostre cas comptem amb diversos notaris, i el resultat ha estat sempre molt bo. Hem rebut felicitacions pels seus laudes arbitral i, de vegades, no només d'aquells a qui es resol al seu favor, sinó també felicitacions de gent a qui no han resolt a favor seu, però que consideren que s'ha portat molt bé el procés. En definitiva, l'aportació notarial és molt important per la solidesa de la seva formació i del seu criteri.

Al TAB tenim un sistema àgil, transparent, molt independent i una llista d'àrbitres que s'ha renovat completament, amb persones molt especialitzades

**P:** Quins efectes té el laude arbitral? Es pot anul·lar?

**R:** El laude arbitral és ferm com una sentència, ferm i executiu. Però la llei permet que es pugui presentar un recurs específic d'anul·lació, un únic recurs d'anul·lació, que s'ha de presentar al Tribunal Superior de Justícia de Catalunya o de la Comunitat Autònoma que correspongui. Els motius per presentar aquest recurs són molt restrictius, estan perfectament delimitats per la llei i són fonamentalment temes d'ordre públic, de que no s'hagi permès notificar a unes parts interessades, o que s'hagin prohibit proves que eren essencials... o sigui, temes de drets fonamentals. O bé que no hi hagi un compromís d'arbitratge, que hi hagi una recusació de l'àrbitre. Són temes molt específics. El percentatge de gent que presenta recurs d'anul·lació és baix, d'entre el 10-12%.

**P:** Què creu que diferencia el TAB respecte d'altres tribunals arbitral?

**R:** La gran diferència del TAB respecte d'altres tribunals arbitral, com deia abans, és que nosaltres tenim la sort de que les entitats interessades en l'arbitratge s'hagin agrupat i tenim un producte, parlant en termes comercials, que és únic, perquè a Espanya no hi ha cap altre tribunal amb aquestes característiques. Madrid, per exemple, té tres tribunals, un que depèn del Col·legi d'Advocats, un altre que depèn de la Cambra de Comerç de Madrid i un altre que ho fa de les Cambres espanyoles; i els tres funcionen, és a dir, que també poden funcionar molt bé, però són diferents. El que s'ha d'intentar sempre és que el TAB - que no és únic, perquè la llei permet que n'hi hagi més - sigui un punt d'inflexió en el sentit que diferents entitats vinculades a la justícia directament o indirectament per la seva professió, estiguin juntes per donar solució als conflictes.

**P:** Quin creu que hauria de ser el pes de l'arbitratge en relació al sistema tradicional de justícia?

**R:** El que és evident és que la imensa majoria dels temes sempre passaran per l'Administració de justícia que, a més, és un servei públic que està consagrat a la Constitució i que dona empara a totes les reclamacions. Ara, hi ha un seguit de temes on el camí adequat és l'arbitratge. Si intentéssim buscar un percentatge, tenint en compte que a Catalunya hi ha milers d'assumptes, la participació de l'arbitratge seria petita, potser d'un 2-3%, i ja seria suficient; ara és molt inferior. Nosaltres, i tota la resta de tribunals, estem en un percentatge ínfim.

**P:** Com veu l'evolució de l'arbitratge al nostre país? I la implantació als països del nostre entorn?

**R:** A altres països la implantació de l'arbitratge és molt petita també en funció de la justícia ordinària, i és natural que sigui així, però és superior a la nostra. Crec que és un tema bàsicament de manca de cultura arbitral. A nivell de la Universitat, ara aquí comença a estar present en els màsters d'advocacia, i en



alguns plans d'estudi de la carrera de dret es comença a establir una assignatura d'arbitratge. Fa uns anys l'arbitratge pràcticament només es mencionava en la classe de dret processal, i de passada, com si fos una cosa intranscendent. Ara ja hi comença a haver una certa inquietud, un cert interès, gent que pregunta, ens demanen fer conferències... Hi ha una certa moguda, petita, però que es nota. Per tant, hem d'anar progressant per aquest camí. Per l'educació dels que es formen, i l'educació, entre cometes, de les entitats que poden servir-se de l'arbitratge. Nosaltres ara estem anant a veure els grans despatxos professionals i als organismes empresarials, a explicar el que estem fent i com ho fem, la llista d'àrbitres que tenim, etc. Estem fent, com deia abans, aquesta campanya didàctica.

**P:** L'any passat es va fer el primer estudi d'arbitratge a Espanya, en què van participar 82 empreses de diferents sectors i facturació. Entre les conclusions de l'estudi es veia que les corts internacionals van treure una puntuació més alta que les nacionals. Per què creu que és així?

**R:** D'una banda, per la cultura arbitral. I, de l'altre, perquè hi ha dues o tres corts internacionals que tenen molt prestigi, adquirit després de molts anys; per exemple, la Cort Internacional de París, la Cort de Londres o la d'Estocolm. L'han aconseguit al llarg dels anys, i han aconseguit que per resoldre molts conflictes internacionals confiïn en aquestes corts, sobretot quan són de dos països diferents, que no volen, en principi, que

l'arbitratge es faci per un tribunal que pertanyi a un d'ells i volen que sigui un tercer. Aquests tribunals han transmès una sensació de competència, d'eficàcia i d'independència, malgrat que el temps que triguen en resoldre – i el Tribunal Arbitral de París n'és un exemple – és molt llarg, similar al procediment judicial.

Hem creat un Consell assessor amb persones que seran com ambaixadors i podran recolzar l'arbitratge des dels àmbits acadèmics o extracadèmics on es desenvolupen

**P:** L'any 2018 es va fer un nou reglament del TAB. Amb quin objectiu s'ha fet i quines són les principals novetats que incorpora?

**R:** S'ha modificat per donar més agilitat de funcionament en tota la fase prèvia. Per admetre a tràmit l'arbitratge, o en el nomenament de l'àrbitre es posen menys trabes a més, el sistema d'àrbitres també ha canviat. Abans la llista d'àrbitres no es coneixia públicament, i ara el llistat, en virtut de la transparència que prediquem, és públic. Per tant, quan una empresa té un tema d'arbitratge pot escollir fins a cinc noms de la llista. I l'altra part fa el mateix, sense saber, evidentment, els que ha triat l'altra. Si hi ha coincidència en un sol nom, l'arbitratge ja té un àrbitre. Perquè si no, en la designació d'un àrbitre moltes vegades es poden posar problemes: si aquell àrbitre té vinculacions o no en té amb una o altra empresa, o si coneix suficientment la matèria, per exemple. Tot això donava lloc a una pèrdua de temps. També s'ha millorat el sistema de tarifes, perquè tot l'arbitratge sigui una mica més econòmic. I els temps per dictar els laudes s'ha reduït.

**P:** Recentment, amb motiu del 30 aniversari de la institució, va anunciar la creació d'un consell assessor. Qui en formarà part i quin objectiu té?

**R:** Es van modificar els estatuts del TAB i es va fer un article dient que el TAB estaria assistit per un consell assessor.





## Entrevista

sor format per persones de prestigi per aprofitar les seves idees, suggeriments i crítiques i que serveixin una mica com a ambaixadors del Tribunal en aquells àmbits on es mouen. I que ho facin perquè estiguin convençuts d'explicar l'arbitratge com a persones totalment independents. Excepte un membre que és notari, la resta no són juristes. Aquestes persones seran com ambaixadors i podran recolzar l'arbitratge des dels àmbits acadèmics o extracadèmics on es desenvolupen. També han de ser els nostres sensors. Ens reunirem amb ells tres o quatre vegades a l'any. Les persones que en formen part actualment són Esther Giménez-Salinas, que ha estat rectora de la Universitat Ramon Llull; Antón Costas, catedràtic d'Economia i qui fou president del Cercle d'Economia; Francisco Armas, notari; Jordi Gosálves, qui ha estat president del Col·legi d'Aparelladors i Arquitectes Tècnics de Barcelona; José María Gay de Liébana, economista; i Helena de Felipe, presidenta de Fepyme Catalunya, la federació de petites i mitjanes empreses i vicepresidenta d'UEAPME (European Association of Craft, Small and Medium-sized Enterprises), la patronal europea. Esperem que puguin fer realment el que pretenem.

**P:** Aviat tindrà lloc a Barcelona, com comentava a l'inici, el X Congrés d'Institucions Arbitrals. Com valora que es faci a Barcelona i quins seran els principals objectius?

**R:** Jo crec que s'han de fer coses a Barcelona, perquè la mar-

ca Barcelona és magnífica i no la podem perdre ni abandonar. Tot el que puguem fer en nom de Barcelona ha de ser benvingut. Al darrer Congrés d'institucions arbitrals, que es va fer a Madrid quan feia molt poc temps que jo era president, vaig dir públicament que la nostra intenció era fer el congrés de l'any següent a Barcelona. La gent va respondre molt bé, però com només va ser una manifestació pública en una sala de conferències, calia parlar-ho amb la Junta. Recentment ja hem parlat per telèfon amb molts presidents per ratificar això i en breu crearem la plataforma que cal fer. No només hi haurà ponències, sinó que també farem una reunió de presidents i membres de Junta directiva per reflexionar sobre els tribunals, sobre on estem i on anem.

A 30 anys vista he de pensar que l'arbitratge estarà més arrelat, perquè si no seria un fracàs de la nostra Junta, de la nostra generació i de les nostres institucions

**P:** Precisament un any enrere, al Congrés anterior, vostè va proposar la creació d'una Federació d'institucions arbitrals per tal de promoure l'arbitratge institucional. S'ha avançat en aquesta qüestió?

**R:** L'any passat ja vam començar a parlar de crear una federació

de tribunals que tingui més força. De moment els ho he explicat per telèfon als presidents de les principals institucions, els hi ha semblat molt bé i estan molt il·lusionats.

**P:** La institució ha complert 30 anys. Com creu que serà el TAB i l'arbitratge d'aquí 30 anys?

**R:** A 30 anys vista he de pensar que l'arbitratge estarà més arrelat, perquè si no seria un fracàs de la nostra Junta, de la nostra generació i de les nostres institucions, ja que estem tots embarcats amb la idea de fer-lo potent. Per tant, seria un fracàs i crec que no fracassarem.

**P:** Quin missatge final llançaria, d'una banda, als juristes i, de l'altra, als ciutadans, pel que fa al futur de l'arbitratge?

**R:** Als juristes els diria, primer, que confiïn en l'arbitratge. Segon, que confiïn en el Tribunal Arbitral de Barcelona. I tercer, que si no hi confien o no ho veuen massa clar, que preguntin, que entrin a la nostra web, que mirin la llista d'àrbitres, que s'informin de com funcionem. I si ho veuen, al final seran partidaris de l'arbitratge del TAB. I als ciutadans els diria que sàpiguen que, al marge dels plets, dels tribunals, hi ha institucions com el TAB que els poden donar una cobertura independent, justa, i imparcial al seu problema.



# El dret a l'habitatge en el dret convencional internacional i comunitari

Josep M<sup>a</sup> Fugardo Estivill  
Notari de Terrassa

## 1. El dret a l'habitatge

### 1.1. Introducció

En aquest treball estudiarem el dret a l'habitatge (DAV) des de la perspectiva del Dret convencional internacional i europeu i el seu encaix en el marc constitucional espanyol <sup>(1)</sup>.

L'allotjament, com una estança o lloc físic adequat i sostenible, dotat de determinats mitjans materials i de seguretat que brindi un ambient tolerable i en el qual la persona o les persones puguin viure, descansar i protegir-se de la intempèrie o de perills, constitueix una necessitat primària, bàsica i permanent de tots els éssers humans <sup>(2)</sup>. L'habitatge o la llar, vinculat a un espai salubre, material i delimitat temporalment, en el qual resideixen, viuen, habiten i descansen habitualment les persones o famílies, amb intimitat, privacitat, dignitat, llibertat, protecció, seguretat i autonomia, identifica la forma més universal i tradicional d'allotjament. En les societats modernes, el dret a l'ús al gaudi d'un habitatge, en definitiva, el dret a un habitatge, constitueix una de les necessitats i dels pilars fonamentals de la dignitat de la persona i de l'estat de benestar.

L'accés al gaudi i l'ús d'un habitatge és una necessitat humana primària que, a escala mundial, presenta déficits importants. Segons Nacions Unides (2019: 3) <sup>(3)</sup>,



"S'estima que actualment 1.800 milions de persones no compten amb un habitatge adequat. El 25% de la població mundial urbana del món viu en assentaments il·legals. Tant les persones sense llar com els desallotjaments forçosos estan augmentant en quasi tots els països <sup>(4)</sup>. [...] Quan es disposa de mitjans per eliminar la manca generalitzada d'habitatges i habitatges inadequats, l'única explicació de la seva persistència en els nivells actuals és que els Estats i altres agents no han reconegut l'habitatge com un dret humà. La denegació a l'accés a la justícia és l'encarnació

d'aquest fracàs. El dret d'accés a la justícia és un element fonamental de la noció mateixa de drets humans <sup>(5)</sup>. Per ser titular de drets i perquè l'habitatge sigui considerat un dret humà fonamental, tota persona ha de poder reivindicar els seus drets i exposar i contextualitzar la privació de dignitat i de drets a què es veu sotmesa".

El dret a l'habitatge es presenta tant en les àrees rurals com en les urbanes i, al costat d'una problemàtica comuna, cada supòsit té peculiaritats pròpies. A les àrees rurals, les limitacions, que poden ser molt

acusades, se solen produir en relació amb l'accés a béns, serveis, subministraments i prestacions de tota mena, especialment, als territoris més aïllats i deprimits <sup>(6)</sup>. A les àrees fortament urbanitzades, la problemàtica adquireix més complexitat, perquè apareix vinculada, cada cop més, amb la gentrificació (RUTH GLASS, 1964), la globalització, l'urbanisme neoliberal, els circuits del capital global i la circulació cultural (NEIL SMITH, 2002)<sup>(7)</sup>, i va lligada a la necessitat d'un entorn urbà segur, inclusiu, sa, sostenible social, gestionat econòmicament i mediambientalment, i democràticament o "dret a la ciutat" (H. LEFEBVRE, 1968)<sup>(8)</sup>.

L'objecte del dret se centra en la possessió, ús i gaudi de l'habitatge ("un", ex art. 47 CE), en el seu caràcter de domicili o seu principal, habitual de les persones o del grup familiar, en què, en general, resideixen normalment, amb ànim de permanència, i en la seva consideració preferent com a bé de consum durador. Això no obstant, segons quina sigui la forma d'adquisició o de tinença de l'habitatge i les circumstàncies concurrents, l'habitatge també pot tenir caràcter de bé d'inversió; estar condicionat en l'adquisició pel palanquejament financer i la "financerització"<sup>(9)</sup>; i es pot destinar a finalitats secundàries (segones residències), o especulatives, supòsits que, segons les circumstàncies concretes del cas, poden tenir una relació limitada o remota amb l'exercici social genuí del dret a l'habitatge, encara que això no obsta perquè, quan així passi, també es pugui destinar, a títol oneros o gratuït, a l'ús o gaudi de terceres persones com a habitatge habitual d'aquestes.

## 1.2. Dret convencional internacional

La doctrina internacional sobre drets humans confereix caràcter rellevant al dret a un "habitatge adequat" i el qualifica com un dret humà a la vida. D'acord amb M. KOTHARI (2008: 5): "*El derecho humano a una vivienda adecuada es el derecho de todo hombre, mujer, joven y niño a tener un hogar y una comunidad seguros en que puedan vivir en paz y dignidad*". D'acord amb LEILANI FARHA (2016: ep. 27)<sup>(10)</sup>, "*El derecho a la vida no puede separarse del derecho a un lugar seguro en el que vivir, y este segundo derecho solo tiene sentido en el contexto de un derecho a vivir con dignidad y seguridad, sin violencia*", ja que, "*Para cualquiera que no tiene hogar o está en la calle, vivir con se-*



*guridad y dignidad es casi imposible.*" (2016: ep. 12). El *Manual para Parlamentarios* n. 26, de la Unió Interparlamentària (UI) i les Nacions Unides (ONU) (MPP, 2016: 217)<sup>(11)</sup>, assenyalava que "*La carencia de vivienda es la forma extrema de la denegación del derecho a la vivienda y es constitutivo de la pobreza*". D'altra banda, la possessió d'un habitatge en condicions precàries i insostenibles, pot constituir una greu vulneració del dret a un habitatge adequat (o DVAD).

En el *dret convencional internacional* al·ludeixen especialment a l'habitatge, els textos següents:

L'article 25.1 DUDH (Declaració Universal de Drets Humans), disposa que: "Tota persona té dret a un nivell de vida que asseguri, 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.)<sup>(12)</sup>.

Al seu torn, l'article 11.1 PIDESC (Pacte Internacional de Drets Econòmics, Socials i Culturals), estableix el següent: "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.). A més, els Estats part en

aquest Pacte es comprometen a garantir els drets que s'hi estableixen Pacte, "sense cap discriminació per motius de raça, color, sexe, idioma, religió, opinió política o d'una altra mena, origen nacional o social, posició econòmica, naixement o qualsevol altra condició social" (art. 2.2) (è.a.). El PIDESC "continua sent el tractat fundacional dels drets econòmics, socials i culturals" (ONU, 2004: 5)<sup>(13)</sup>.

En termes similars al text que precedeix, entre altres previsions de drets, l'article 28.1 de la Convenció sobre els drets de les persones amb discapacitat, fet a Nova York el 13 de desembre de 2006 (CPDIS), disposa:

"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 contínua 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." (è.a.).

Els textos esmentats emfasitzen sobre el dret de "tota persona" (sense discriminació), a "un nivell de vida adequat"; i, en principi, és aquest nivell de vida adequat el que ha de permetre i assegurar que totes les persones puguin satisfer determinades necessitats bàsiques (alimentació, vestit i habitatge adequats) i, a més, en el





cas de l'art. 21.1 DUDH, l'accés a la salut, el benestar, l'assistència mèdica i els serveis socials necessaris; i en el cas dels articles 11.1 PIDESC i 28.1 CPDIS, amb inclusió, respect., de la "millora contínua de les condicions d'existència", o "de vida". Com que els textos de referència no especifiquen la manera o la forma d'assegurar la satisfacció d'aquestes necessitats, cal deduir que, per tal d'aconseguir aquests objectius, les possibilitats legals d'ordenació socioeconòmica poden ser molt diverses, però les vies triades s'han de trobar en congruència o ser compatibles amb la resta de drets humans que estableixen els pactes convencionals corresponents. D'altra banda, els textos esmentats estableixen que l'habitatge ha de ser "adequat", cosa que posa de manifest que la necessitat només es pot considerar satisfeta correctament quan l'habitatge reuneixi aquells requisits mínims previstos a aquest efecte.

Es refereixen igualment a la necessitat d'habitatge, entre altres, l'article 27.III de la Convenció sobre els Drets de l'Infant (1989)<sup>(14)</sup>; l'article 21 de la Convenció sobre l'Estatut dels Refugiats (1951); l'article 16 del Conveni sobre Pobles Indígenes i Tribals de 1989 (n. 169) de l'OIT; i l'article 49 del Quart Conveni de Ginebra relatiu a la protecció de persones civils en temps de guerra (1949)<sup>(15)</sup>. Així mateix, hi ha nombroses declaracions i recomanacions internacionals en matèria d'habitatge<sup>(16)</sup>. En l'esfera regional europea, segons s'examina més endavant, en especial, es refereixen

a aquest dret, l'article 31 de la Carta Social Europea (CSE), (versió revisada, Estrasburg, 3 maig 1996), i l'article 34.3 de la Carta de Drets Fonamentals de la Unió Europea (CDFUE<sup>(17)</sup>).

D'altra banda, entre els ambiciosos objectius de l'Agenda 2030 per al Desenvolupament Sostenible (Assemblea General ONU, 2015), l'objectiu 11 porta per títol "Aconseguir que les ciutats i els assentaments humans siguin inclusius, segurs, resilients i sostenibles" i el punt 11.1 fixa 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.).

### 1.3. L'habitatge en el Dret constitucional espanyol i comparat

Amb caràcter general, s'ha de distingir entre principis constitucionals en matèria d'habitatge i les normes legals i programes públics que, en cada país, desenvolupen de manera efectiva l'accés i la protecció del DAV.

Centrant l'atenció primordialment en la primera qüestió, en el Dret espanyol, amb anterioritat a la Constitució espanyola vigent, no hi ha referències constitucionals a l'habitatge encara que en la Constitució republicana de 1931 es regulava la protecció del camperol i del "patrimoni familiar inembargable i exempt de tota classe d'impostos"<sup>(18)</sup>. En el text vigent actual-

ment i en relació amb els drets socials que estableix el Capítol III, Títol I CE (arts. 39-62 CE) que porta per títol "Dels principis rectors de la política social i econòmica", se'n fan les mencions següents: l'article 47 CE disposa 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.). També es refereix a l'habitatge l'article 50 CE en relació amb l'atenció de la tercera edat. D'altra banda, segons s'exposa al llarg d'aquest treball, hi ha disposicions estatutàries i nombroses normes legals de rang estatal i autonòmic que tenen en compte el dret a l'habitatge.

**Centrant l'atenció primordialment en la primera qüestió, en el Dret espanyol, amb anterioritat a la Constitució espanyola vigent, no hi ha referències constitucionals a l'habitatge encara que en la Constitució republicana de 1931 es regulava la protecció del camperol i del "patrimoni familiar inembargable i exempt de tota classe d'impostos"**

D'altra banda, en el Títol I (Condicions bàsiques de la igualtat en els drets i deures constitucionals dels ciutadans), Capítol I (Estatut bàsic del ciutadà), de la Llei del sòl i rehabilitació urbana<sup>(19)</sup>, l'article 5 (Drets del ciutadà), estableix que: "Tots els ciutadans tenen dret de: a) *Gaudir d'un habitatge digne, adequat i accessible*, concebut d'acord amb el principi de disseny per a totes les persones, que constitueixi el seu domicili lliure de soroll o altres immissions contaminants de qualsevol tipus que superin els límits màxims admesos per la legislació aplicable i en un medi ambient i un paisatge adequats; b)..." (è.a.), i l'article 3.4 estableix en aquest sentit, "Els poders públics *promouen* les condicions perquè els drets i deures dels ciutadans que estableixen [...] siguin reals i efectius, adopten les mesures d'ordenació territorial i urbanística que siguin procedents per assegu-



rar un resultat equilibrat, i afavoreixen o contenen, segons que correspongui, els processos d'ocupació i transformació del sòl." (è.a.).

D'ambdues normes es desprèn que el dret esmentat a "gaudir" d'un habitatge ("percibir o gozar los productos o utilidades de algo" –DRAE–), es refereix a l'objecte (l'habitatge), però no com a dret exigible i immediat als poders públics, ja que aquests només estan impel·lits a "promoure" ("impulsar el desarrollo o la realización de algo" –DRAE–), les condicions per aconseguir que el dret esdevingui real i efectiu. En raó de la seva ubicació, l'esmentat article 47 CE no garanteix un dret fonamental, sinó que enuncia un principi rector de la política social i econòmica; es tracta d'una directriu constitucional adreçada als poders públics i als quals vincula. En tot cas, "garantir" un dret és molt diferent de "promoure'l". Com assenyala J. M. HERREROS LÓPEZ (2011: 81), "Garantizar es asegurar, ofrecer fijeza o certeza de algo. Promover, por contra, es iniciar o impulsar un proceso, tomar la iniciativa para llevarlo a cabo y procurar su consecución, sin asegurar necesariamente un concreto resultado".

**D'ambdues normes es desprèn que el dret esmentat a "gaudir" d'un habitatge ("percibir o gozar los productos o utilidades de algo" –DRAE–), es refereix a l'objecte (l'habitatge), però no com a dret exigible i immediat als poders públics, ja que aquests només estan impel·lits a "promoure" ("impulsar el desarrollo o la realización de algo" –DRAE–), les condicions per aconseguir que el dret esdevingui real i efectiu**

Diu l'article 47 CE que l'habitatge ha de ser "digne i adequat". Els conceptes de "dignitat" i "adequació", "constituyen sendos estándares que cualifican y marcan un nivel a la acción de los poderes públicos". (L. MORELL OCAÑA, 1995: 6871). Es tracta de conceptes indeterminats i elàstics (BASSOLS), susceptibles tant de valoració subjectiva com objectiva, sense excloure supòsits o situacions en què, per causes molt diverses, malgrat que no compleixin ambdós requisits, altres béns o instal·la-



cions es puguin utilitzar amb finalitats residencials, de descans i habitacionals i destinar-se impròpiament a habitatge (infrahabitatges)<sup>(20)</sup>.

En relació amb els dos requisits, de manera succinta, cal assenyalar:

a) *Habitatge digne*. El concepte d'"habitatge digne" està necessàriament vinculat amb la seva destinació que no és altra que la de servir d'estatge i casa de la persona o persones que l'habiten i que aquestes ho puguin fer dignament. A la CE "La dignitat de la persona, els drets inviolables que li són inherents, el lliure desenvolupament de la personalitat [...] són fonament de l'ordre polític i de la pau social" (art. 10.1 CE). Com que els drets fonamentals són inherents a la dignitat humana, el gaudi de l'habitatge, és a dir, de l'estatge material en què, normalment, la persona desenvolupa la seva vida diària i les seves activitats personals més íntimes i privades, ha de reunir les condicions, intrínseques i extrínseques, necessàries perquè la dignitat de la persona sigui preservada, respectada i protegida.

Com diu J. GONZÁLEZ PÉREZ (1985:142-143), "La dignidad sustancial de la persona está en la razón de todos sus derechos básicos, aunque en algunos esa dimensión se haga más patente, como el derecho a la integridad física y moral, el de la libertad personal, en el derecho al honor, intimidad personal y familiar.- El reconocimiento y una eficaz tutela de estos derechos fundamentales constituye elemental garantía

de la dignidad de la persona". No obstante, mientras que los derechos civiles y políticos ya están suficientemente concretados en su naturaleza normativa y cuentan con un subsistema garantista, no sucede lo mismo en relación con los derechos sociales o principios rectores. En el presente caso, dicha previsión introduce un sentido constitucional normativo, un deber ser positivo y garantista, en defensa del respeto del principio de la dignidad de la persona en consideración al entorno próximo y lugar físico de su residencia, en este caso, la vivienda<sup>(21)</sup>.

b) *Habitatge adequat*. En l'Informe de Nacions Unides sobre el dret a un habitatge adequat (2010: 3 i ss.) es posa en relleu que "Un habitatge adequat ha de brindar alguna cosa més que quatre parets i un sostre". En un sentit semblant, el Comitè Europeu de Drets Socials assenyala que el DAV està estretament relacionat amb el dret a la vida i amb el dret a respectar la dignitat humana de tota persona<sup>(22)</sup>.

En síntesi, els trets mínims que, segons Nacions Unides configuren el concepte d'"habitatge adequat" se centren en els punts següents<sup>(23)</sup>: seguretat en la tinença; disponibilitat de subministraments bàsics i serveis; assequibilitat; habitabilitat; accessibilitat; ubicació, i adequació cultural. Cal observar que la satisfacció deguda de tots aquests requisits concorda amb el concepte objectiu d'habitatge digne.

En el dret constitucional comparat, quan n'hi ha, les propostes i les referèn-



cies a l'habitatge són molt variades i en altres supòsits no n'hi ha, però fins i tot en aquests supòsits no cal desconèixer la incidència i les obligacions dimanants per als Estats signataris dels pactes i tractats internacionals celebrats vàlidament i que, amb o sense previsió constitucional, en la pràctica totalitat de legislacions nacionals s'estableixen disposicions, de Dret privat i Dret públic en relació amb l'ús, gaudi, possessió i protecció de l'habitatge familiar o habitual i la provisió d'habitatges socials.

A grans trets i a títol d'exemple, cal referir-se als supòsits següents:

En la Constitució italiana només es parla del foment de "l'accés de l'estalvi popular a la propietat de l'habitatge" (art. 47), però hi ha una àmplia regulació referent a l'habitatge social (*edilizia sociale* o "*housing*" *sociale*)<sup>(24)</sup>. La Llei fonamental de Bonn només disposa sobre la inviolabilitat de domicili i remet a la Llei per "per esmenar l'escassetat d'habitatges" (art. 13)<sup>(25)</sup>, però algunes Constitucions dels Länder (Berlín, Baviera) reconeixen el DAV com a dret fonamental. La Constitució belga inclou entre els drets econòmics i socials, "el dret a un habitatge adequat" que la doctrina qualifica d'obligació de mitjans de caràcter prioritari<sup>(26)</sup>. La Constitució finlandesa es refereix al foment del dret "de tots" a l'habitatge i al suport de les iniciatives privades d'habitatge i des de mitjan anys vuitanta del segle passat, l'exitosa legislació de desenvolupament, ha regulat el dret a l'habitatge amb caràcter prestacional (programes: *Housing*

*First y PAAVO –Finnish National Programme to Reduce Long-Term Homelessness– I i II*)<sup>(27)</sup>.

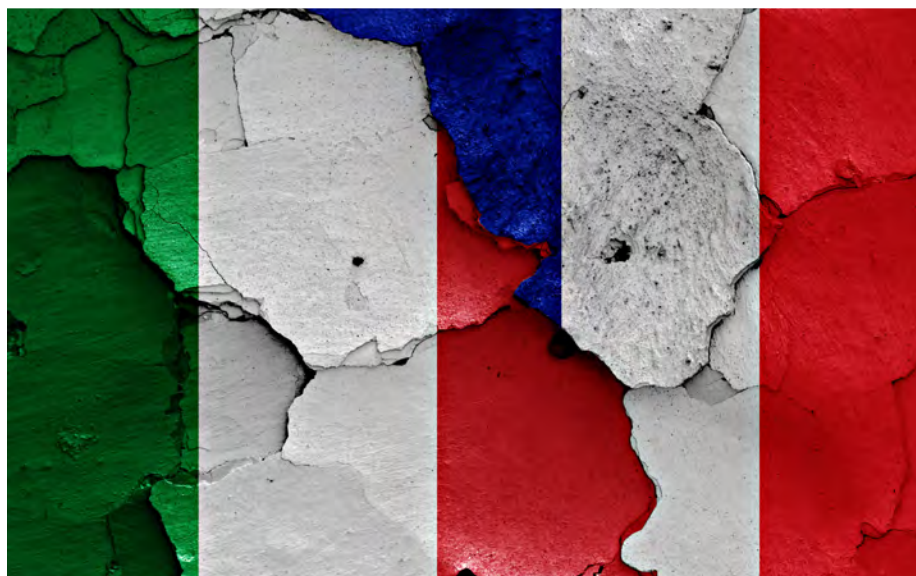
En la Constitució francesa vigent no hi ha referències expresses a l'habitatge i el seu preàmbul remet als drets humans i els principis de la sobirania nacional tal com van ser definits per la Declaració de 1789 –confirmada i completada pel preàmbul de la Constitució de 1946–, i, en concret, es refereix a garantir, "a l'individu i a la família les condicions necessàries per al seu desenvolupament" i la protecció de la "salut", la "seguretat material" i el "descans", però el Consell Constitucional (decisió de 19 de gener 1995), va assenyalar que: "la possibilitat de disposar d'un habitatge digne és un objectiu que té valor constitucional" i referent a això, la política legislativa adoptada és molt completa i el DAV és oposable com a obligació de resultat (*droit au logement opposable* o DALO)<sup>(28)</sup>.

Al Regne Unit, per mitjà de les *Housing authorities*, l'Administració britànica ofereix ajudes financeres a les persones que compleixen determinades circumstàncies i preferències, i tenen un nivell d'ingressos que no són suficients per accedir a un habitatge (*qualifying persons*), amb abstracció de si els beneficiaris estan empleats o aturats. Els subsidis poden cobrir la totalitat o part del lloguer o servir d'ajuda per al pagament de serveis de calefacció, aigua calenta, electricitat o menjar. La legislació bàsica referent a l'habitatge es troba a l'antiga *Housing and Town Planning Act* (1919). El 1977 es va aprovar la *Homeless*

*Act*, amb l'objecte de lluitar de manera prioritària contra el sensellarisme. El 2004 la *Housing Act* regula el dret de l'habitatge, la legalitat de la tinença, les regles de la compravenda i els ajuts per a grups vulnerables. Finalment, la *Localism Act* (2011) amplia les competències de les entitats de règim local per regular i desenvolupar polítiques relatives a aquest àmbit.

En general, el dret positiu de la pràctica totalitat de països de la UE reconeix i regula la figura de l'habitatge protegit, social o públic, però la seva importància pot ser més o menys rellevant i diferir en les seves formes d'accés (titulars del dret, arrendament, propietat –amb o sense accés diferit–, etc.). En tot cas, la doctrina posa en relleu que, actualment, en general, cal destacar la problemàtica comuna següent: la necessitat d'adoptar polítiques públiques per abordar la demanda creixent d'habitatges socials i altres opcions possibles referents a habitatges assequibles; la despesa relacionada amb l'habitatge (inclòs el cost dels serveis) absorbeix una part creixent de les disponibilitats econòmiques de moltes llars; hi ha més dificultat en l'accés i el manteniment d'habitatges adequats; augmenta el nombre de persones sense llar; de persones endeutades per lloguers i hipoteques, i d'ocupacions possessòries sense títol legítim; finalment, augmenta el nombre de persones registrades a les llistes d'espera per accedir a habitatges socials<sup>(29)</sup>.

En els textos constitucionals iberoamericans hi ha abundants mencions i adjectivacions diverses referides a l'habitatge: "habitatge digne" (Argentina, Paraguai); "d'interès social" (Bolívia, Colòmbia, Paraguai); "popular" (Costa Rica); "confortable" (Cuba), "dels treballadors" (Guatemala); "digne i decorós" (Mèxic); "digne, còmode i segur" (Nicaragua); "d'interès social" (Ecuador); "decorós, higiènic i econòmic" (Uruguai); "adequat, segur, còmode, higiènic, amb serveis bàsics essencials..." (Veneçuela); també hi ha referències al règim legal protector de l'anomenat "bé de família" i a la protecció contra l'embargament del domicili o bé familiar (Brasil, Mèxic, Paraguai, Argentina, Rep. Dominicana, Uruguai), i es disposa sobre la "petita propietat rural familiar" i l'"adquisició en propietat de petites morades familiars, rurals o urbanes, per la seva possessió i ús no interromput sense oposició" (Brasil).





Als Estats Units, llevat de l'existència de referències sobre la inviolabilitat de domicili i la protecció de la propietat en general, la Constitució d'aquest país no disposa res sobre el dret a l'habitatge, però hi ha programes d'habitatge públic (*public housing*) i subvencions per proporcionar habitatges adequats i segurs en lloguer per a famílies elegibles de baixos ingressos i persones d'edat avançada o discapacitades. En aquest país hi ha aproximadament 1,2 milions de llars que viuen en unitats d'habitatge públic gestionades per Agències Locals d'Habitatge (*Local Housing Agències* o HAs). L'ajut federal s'administra a través del Departament d'Habitatge i Desenvolupament Urbà dels EUA (*The U.S. Department of Housing and Urban Development* o HUD)<sup>(30)</sup>. També es protegeix patrimonialment l'habitatge familiar en normes legals que poden ser d'origen federal o estatal, amb abast diferent des del punt de vista quantitatiu i irrenunciable pel deutor, llevat que constitueixi un dret real de realització del valor com la hipoteca. En alguns estats l'exempció (*homestead*) és total i en altres és quantitativa<sup>(31)</sup>. D'altra banda, en els ordenaments de dret anglosaxó, la protecció patrimonial de l'habitatge familiar es pot emparar en la creació de patrimonis separats fiduciaris (*trust*).

**També cal destacar els serveis d'atenció a les persones sense llar (sensellarisme; homeless), desenvolupats a inicis dels anys 1990, pel Dr. SAM TSEMBERIS a Nova York i aplicats als EUA i Canadà, denominats *Housing First***

També cal destacar els serveis d'atenció a les persones sense llar (*sensellarisme; homeless*), desenvolupats a inicis dels anys 1990, pel Dr. SAM TSEMBERIS a Nova York i aplicats als EUA i Canadà, denominats *Housing First*. Aquests serveis han resultat molt efectius per reduir significativament el sensellarisme de les persones desarrelades o amb drogoaddiccions, amb malalties limitants o discapacitades, en situació d'exclusió social i extrema vulnerabilitat o amb llargues situacions de carrer, manca de xarxes de suport familiar o social o fins i tot de famílies sense llar amb menors al seu



càrrec. Aquest model ha inspirat actuacions similars, en els àmbits, privat o públic, en diferents països europeus. Com assenyala N. PLEACE (2016: 12): el model "*Housing First* utilitza la vivienda como punto de partida más que como objetivo final [...] lo primero que se proporciona antes que cualquier otro tipo de apoyo o intervención es el alojamiento, y por eso se denomina *Housing First* (habitatge primer)"; "*Housing First* ofereix a les persones usuàries un accés immediat a l'habitatge com una qüestió de drets: abordar la injustícia de la pobresa, donar una oportunitat a les persones més desafortunades i alleujar immediatament el sofriment de les persones sense llar" (2016: 7).

Pel que fa al seu caràcter o no de dret subjectiu exigible als poders públics o com a mer principi rector o programàtic, en síntesi, cal distingir tres models bàsics<sup>(32)</sup>: a) Model de garantia del DAV com un dret social fonamental, al menys, respecte d'alguns col·lectius (p.ex., Finlàndia), però que en altres països no es reconeix com a dret subjectiu exercitable davant els tribunals (p.ex., Ucraïna, Veneçuela); b) Model de garantia configurat com un principi rector de política social i econòmica, que es regula en múltiples ordenaments (p. ex., Portugal, Espanya), i, c) Model de garantia indirecta a través d'altres drets fonamentals o béns de rang constitucional, en què el DAV també pot tenir o no caràcter vinculant (p. ex., França).

## 2. Drets civils i polítics vs. drets econòmics, socials i culturals

"Els drets humans són drets que tota persona té en virtut de la seva dignitat humana. Els drets humans són drets inherents a totes les persones. Defineixen les relacions entre els individus i les estructures de poder, especialment l'Estat. Delimiten el poder de l'Estat i, al mateix temps, exigeixen que l'Estat adopti mesures positives que garanteixin condicions en què totes les persones puguin gaudir dels seus drets humans" (MPP, 2016: 19 i ss.). Els drets humans són universals, inalienables, indivisibles i interdependents (*ibdm.*).

Sens perjudici de les declaracions clàssiques de drets universals d'inspiració liberal proclamats a la fi de segle XVIII, la doctrina sobre drets humans acostuma a distingir els drets humans civils i polítics (DCP), qualificats històricament de primera generació, recollits en la DUDH (adoptada i proclamada per la Resolució de l'Assemblea General 217 A (iii) de 10 de desembre de 1948) –i posteriorment en el Pacte Internacional de Drets Civils i Polítics (PIDCP, 1966)<sup>(33)</sup>, d'altres tipus de drets humans, denominats de segona generació, de contingut econòmic, social i cultural (DESC) i d'altres classes de drets, de tercera i fins i tot quarta generació, declarats o previstos en altres convencions, recomanacions i propostes internacionals, de contingut general o específic, de data posterior a la DUDH<sup>(34)</sup>.





## INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS



En un moment històric d'acusada confrontació ideològica i política entre els països dels sistemes capitalista i comunista, la inclusió o no dels DESC ja va ser considerada durant els treballs relatius a la redacció de la DUDH. Finalment, tot i defensar la tesi de la interdependència i indivisibilitat dels drets humans, va predominar una concepció dels drets humans centrada en els drets civils i polítics i es va acordar l'exclusió dels DESC. Els arguments utilitzats amb més profusió van ser que la segona classe de drets no podien ser exigits judicialment i anaven més enllà dels drets reconeguts en els textos constitucionals del moment<sup>(35)</sup>. La rellevància de la DUDH es troba en el fet que, tot i la diversitat ideològica, de creences i de cultures dels qui la van redactar, es va aconseguir una declaració qualificada d'"universal", al mateix temps que s'evitava assignar a una determinada tradició filosòfica l'explicació "pròpia, original, adequada i definitiva" de la Declaració (P. PALLARES YABUR, 2013: 141).

En síntesi, respecte dels drets humans de primera generació previstos en el PIDCP, molts igualment presents en la DUDH, cal afirmar que es tracta de drets que es reconeixen a tots els éssers humans com a persona i ciutadà/ciutadana. Aquests drets es conceben sota el signe de la protecció de la dignitat de la persona i els drets d'igualtat i de llibertat. Entre aquests drets cal esmentar els següents: dret a la vida; a la igualtat davant la llei; a la seguretat de la persona; a la protecció contra la tortura i les penes o tractes cruels, inhumans o de-

gradants; al reconeixement jurídic; a un recurs efectiu prop dels tribunals competents per les violacions dels drets humans; contra la detenció, la presó o el desterrament arbitraris; dret a casar-se i a tenir una família, i dret a l'accés a les funcions públiques en condicions d'igualtat.

La qüestió dels DESC, alguns enunciatos o concordants amb la DUDH, van ser repesos i concretats amb l'aprovació del PIDESC, 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, amb entrada en vigor el 1976. El PIDESC, igual que el PIDCP, van ser signats per Espanya el 28-9-1976 i aprovats i ratificats el 13 d'abril de 1977 (BOE 30-4-1977)<sup>(36)</sup>.

Els drets de segona generació sorgeixen com a conseqüència del trànsit de l'Estat liberal a l'Estat social de dret, en el qual es planteja la necessitat que els poders públics adoptin polítiques legislatives adequades per reconèixer, promoure, ordenar o proporcionar, amb caràcter universal o específic, la prestació o l'accés a aquests drets, tot això, d'acord amb les necessitats personals i preferències socials i l'herència social de moment, i en la mesura permesa pel progrés, el canvi social i els recursos econòmics disponibles. La necessitat de satisfer al millor possible aquests drets es justifica perquè, sense tenir assegurada la cobertura de determinades necessitats materials elementals, es posarien en qüestió els drets referents a la llibertat indivi-

dual, al benestar material, al progrés social i a la participació política i democràtica<sup>(37)</sup>.

Entre aquests drets, destaquen els següents: dret a la seguretat social; a la feina; a igual salari per igual treball; a una remuneració equitativa i satisfactòria que asseguri una existència de conformitat amb la dignitat humana; al descans i al temps lliure; a un nivell de vida adequat per a la salut i el benestar (inclosa l'alimentació, el vestit, l'habitatge i l'assistència mèdica); a assegurances i pensions en els casos d'atur, malaltia, invalidesa, vellesa i altres supòsits no dependents de la pròpia voluntat; a la protecció de la maternitat, la infància, la discapacitat i les persones dependents.

**La realitat social evidencia que les diferents circumstàncies naturals, funcionals i temporals de les persones i les famílies, les posen en situacions de desigualtat vital i social i, en la mesura dels mitjans disponibles, i en nom del bé comú, la convivència i la pau social, la prestació de drets socials contribueix a pal·liar aquestes circumstàncies**

La realitat social evidencia que les diferents circumstàncies naturals, funcionals i temporals de les persones i les famílies, les posen en situacions de desigualtat vital i social i, en la mesura dels mitjans disponibles, i en nom del bé comú, la convivència i la pau social, la prestació de drets socials contribueix a pal·liar aquestes circumstàncies. La implementació d'aquests drets recolza en raons de solidaritat, sensibilitat social i també cal deduir-la del concepte aristotèlic de justícia distributiva. D'altra banda, en els sistemes econòmics capitalistes i, en general, en el marc dels estats de benestar, la persistència de desigualtats socioeconòmiques en matèria de distribució de rendes i riquesa pot dificultar-ne la llibertat i l'autonomia personal i material, per la qual cosa la generosa prestació dels DESC constitueix una mesura necessària perquè totes les persones puguin gaudir i exercir, en millors condicions socials i econòmiques, amb dignitat, lliurement i sense temors, els drets humans de primera generació, gaudeixin d'una millor qualitat de vida i, amb això, augmenti el benestar

general. Cal observar que alguns d'aquests drets es troben implícits en les funcions, deures i obligacions que caracteritzen les relacions familiars i el parentiu, però amb l'evolució social i els canvis experimentats en les estructures familiars, els Estats moderns han facilitat, assumit, participat, previst o, fins i tot, substituït o imposat, la provisió d'aquests drets per vies molt diverses i d'intensitat diversa.

**Les concepcions doctrinals sobre la prestació i l'exigibilitat d'aquests drets són diverses. Per T. H. MARSHALL (1992), en comparació amb els drets individuals exigibles i justiciables, els drets socials són obligacions dels poders públics davant la societat entesa com un tot**

Les concepcions doctrinals sobre la prestació i l'exigibilitat d'aquests drets són diverses. Per T. H. MARSHALL (1992), en comparació amb els drets individuals exigibles i justiciables, els drets socials són obligacions dels poders públics davant la societat entesa com un tot. Aquest objectiu s'ha d'aconseguir mitjançant l'accés universal als drets de l'Estat i, en una escala més àmplia, per mitjà de les mesures correctores de l'acció pública, en sectors com l'habitatge, l'educació, la sanitat, l'assistència social i les pensions<sup>(38)</sup>. Es tracta de drets que tenen per missió contribuir a la generació d'unes condicions mínimes de vida que garanteixin la llibertat funcional individual (GARCÍA MACHO, 2009: 81 i ss.). En les societats capitalistes i de mercat, en relació amb l'habitatge, l'obligació de l'Estat és assegurar que, per mitjà de transaccions voluntàries, els ciutadans, per ells mateixos o amb ajudes privades o públiques, gaudeixin de la capacitat de trobar i triar, per iniciativa pròpia, en consideració a la seva capacitat econòmica i a la vista de les opcions, privades o públiques, existents, un habitatge que sigui digne i adequat.

Per a altres autors, l'equiparació desitjable entre DCP i DESC es justifica perquè l'ésser humà és, alhora, ciutadà i ésser social de manera indivisible (VAN DER PLANK, M. SANT'ANA)<sup>(39)</sup>. Els drets socials –afirma A. OLLERO (2012: 54– “no se concien



ben ya como ámbitos de inmunidad frente al Estado sino como fundamento para exigir una prestación que habrá de verse satisfecha *por el Estado*. No se trata solo de derechos nuevos sino de un nuevo modo de considerar los ya reconocidos. Los Pactos que desarrollan la Declaración Universal de Naciones Unidas lo dejan claro, al reduplicar en paralelo más de uno: la libertad de enseñanza de un Pacto se verá, por ejemplo, acompañada por el prestacional derecho a la educación del otro". El problema que presentan aquests drets és que es tracta de drets que "difícilmente pueden verse garantizados por una *norma* jurídica, que se aplique o todo o nada. ¿Cómo garantizar así una vivienda *digna*? Se verán reconocidos más bien a través de principios optimizadores<sup>(40)</sup>, que propiciarán e interpretarán normas que hagan realidad viviendas lo más dignas que resulte posible. Los normativistas no verán en ello derechos propiamente dichos sino, más bien, meras expectativas ante los deseables resultados de políticas públicas" (*ibdm.*).

Des d'una perspectiva purament econòmica de la qüestió, sense considerar altres paràmetres, no es pot desconèixer la premissa bàsica següent: la *limitació* dels recursos capaços de produir béns i serveis en una economia, cosa que implica la necessitat de triar, entre les possibilitats de producció disponibles i entre tots els béns i serveis, que són escassos o limitats, quins són els que s'han d'oferir i dels quals cal proveir-se. En una economia de plena ocupació, per produir un cert bé o

servei n'ha de disminuir una mica la producció d'un altre. Per exemplificar el supòsit, si se suposa que només es produeixen dos béns o classes de béns, és evident que, com més recursos es destinen a la producció d'una classe de bé, menys recursos es poden destinar a la producció de l'altre. El *Què* s'ha de produir i el *Com* depenen de la forma en què s'organitzi el conjunt del sistema econòmic, financer i productiu, i de les pautes de consum, d'estalvi i d'inversió, i el *Per a qui*, dependrà de les decisions de les persones i de les rendes i possibilitats adquisitives o drets que tinguin al seu abast o s'assignin als adquirents de béns i serveis.

Al seu torn, la provisió material i social de DESC per part dels poders públics, en quantitat suficient, dependrà, fonamentalment, del sistema d'organització política vigent en cada país (països d'economia de mercat, d'economia centralitzada, o col·lectivista); de les polítiques legislatives adoptades sobre això (polítiques liberals i desregulades vs economia social, de mercat o centralitzada), i també dels recursos públics destinats per les Administracions Públiques a unes o altres finalitats. En els sistemes d'economia de mercat, la prestació pública de DESC depèn de dos paràmetres bàsics: a) La proporció d'ingressos públics o càrrega fiscal suportada pels contribuents i, per aplicació dels principis constitucionals d'estabilitat pressupostària i limitació de dèficits estructurals (art. 135 CE), les possibilitats (limitades) d'endeutament públic, i, b) La proporció des-



tinada als pressupostos públics per satisfer necessitats socials.

En el cas dels països que integren la UE, la despesa pública destinada a la protecció social (malaltia; invalidesa; vellesa; supervivència; família; atur; habitatge i exclusió social), és molt elevada, tant pel que fa a nombre de persones incloses com en la diversa destinació de la despesa pública. A la UE-28, el percentatge del PIB dedicat a la protecció social en els darrers anys (sense incloure la part de la despesa pública dedicada a altres finalitats) se situa en una mitjana al voltant del 29% del PIB (a Espanya, segons dades de l'any 2018, es va destinar el 25% a aquestes finalitats i la despesa pública total va ser del 41,9% PIB)<sup>(41)</sup>.

El foment del DAV també es pot aconseguir amb mesures legislatives indirectes que no impliquin despesa pública (per exemple, polítiques de no-discriminació social), o mitjançant normes que traslladin determinats costos públics al sector privat (per exemple, dedicació de part de l'edificació urbana a habitatges socials; assumptió dels costos de planejament o desenvolupament urbanístic o obres públiques d'infraestructura, cessions gratuïtes d'aprofitaments urbans, etc.). Finalment, en el marc de la globalització internacional, un altre factor rellevant que cal considerar, que pot limitar o condicionar l'expansió i el desenvolupament dels drets socials, es troba en la subordinació del sistema econòmic a les exigències de la competitivitat regional i internacional; la

necessitat de preservació dels grans equilibris macroeconòmics, i, en temps de crisi econòmica, les limitacions derivades de l'adopció de polítiques públiques d'austeritat<sup>(42)</sup>.

Els drets humans de tercera generació, denominats drets col·lectius, de solidaritat o fraternitat, sorgeixen després de la finalització de la Segona Guerra Mundial i la descolonització. Es tracta de drets difusos que necessiten no solament la col·laboració dels mateixos Estats, sinó també la participació de la comunitat internacional, cosa que en dificulta la normativitat i el control. Entre aquests drets, cal esmentar els següents: dret al desenvolupament; a la pau; a la solidaritat; a la felicitat; a un medi ambient sa i equilibrat, i drets de les futures generacions. Aquests drets evolucionen a partir dels drets de la segona generació i segueixen la línia de l'amplitud, la desjuridificació i l'obertura al poder polític. Si aquests drets s'entenen "como valores (la paz), o metas (el desarrollo), y no derechos en sentido jurídico estricto, se evitan los inconvenientes que supondría reconocerlos como auténticos derechos (que ningún juez podría garantizar). Considerarlos 'derechos' es sólo resaltar su condición de aspiración legítima." I si s'entenen com a drets s'ampliarien moltíssim les competències dels Estats que es comprometessin seriosament a garantir-los (C. PEREIRA SÁEZ (2017: 95).

### **Els drets humans de tercera generació, denominats drets col·lectius, de solidaritat o fraternitat, sorgeixen després de la finalització de la Segona Guerra Mundial i la descolonització**

Finalment, un sector de la doctrina també es refereix a l'anomenada quarta generació de drets d'una societat inclusiva digital ordenada al voltant d'un nou "contracte social", el contracte sociodigital<sup>(43)</sup>. Es tracta de drets humans emergents que responen, d'una banda, al desenvolupament i l'aprofundiment de drets ja reconeguts, alguns necessitats d'una protecció especial i, de l'altra, al dinamisme i a les noves necessitats de les societats contemporànies conseqüents a un procés que es troba en evolució permanent i ha d'afrontar els rep-

tes, les exigències, les necessitats i les reivindicacions socials derivats del canvi social, tecnològic, econòmic i medi ambiental.

Tant el reconeixement com el no-reconeixement dels drets humans comporta rellevants afectacions i costos personals, econòmics i socials. En la doctrina s'ha posat en relleu la complementarietat i fins i tot asimetria que es pot produir entre l'estat de dret i els drets humans, i viceversa. Com observa I. TRUJILLO (2015: 162), "el estado de derecho puede identificarse con el concepto mismo de derecho, mientras que la práctica de los derechos humanos es una práctica de justicia y va más allá de lo jurídico, y al mismo tiempo no cubre todo el campo del derecho. El estado de derecho busca la realización del fin del derecho: la coordinación autoritativa de individuos libres y responsables. La práctica de los derechos humanos busca, en cambio, la protección de los individuos y de sus intereses fundamentales. La importancia de cada una de esas finalidades está fuera de cuestión, pero, si acaso, la primera representa el corazón de lo jurídico. La segunda es jurídica pero no solamente y tiene que ver con los sujetos y sus intereses fundamentales". Amb tot, els drets humans han contribuït i contribueixen a la remodelació de l'estat de dret i penetren en el dret i "Sus diferencias (necesarias) no son óbice para que estas prácticas se relacionen entre ellas, sobre todo si se considera que el sujeto beneficiario de ambas, es el ser humano y su dignidad." (*ibdm.*: 180).

Encara que s'ha sostingut que el reconeixement de les DCP no comporta costos, per poc que es mediti sobre les conseqüències de la vigència dels drets d'igualtat i llibertat plenes, en una societat que és intrínsecament desigual i diversa, "sus diferencias (necesarias) no son óbice para que estas prácticas se relacionen entre ellas, sobre todo si se considera que el sujeto beneficiario de ambas, es el ser humano y su dignidad." (N. ESPEJO YAKSIC, 2009: 27 -28). Aquesta reflexió evidencia que la protecció de DCP també requereix polítiques públiques de caràcter positiu i la destinació consegüent de recursos públics per garantir-ne l'efectivitat. Es pot afirmar el mateix en relació amb els DESC. El reconeixement d'aquests drets no s'esgota amb el compliment d'obligacions positives, sinó que també necessita accions negatives o abstenció per part dels poders públics. Per exemple, "no impedir" l'accés a



un dret com la salut o l'habitatge o "no discriminar" per raó de sexe o raça la provisió d'algun dret social.

Per tant, d'acord amb l'autor esmentat, resulta més adequat suggerir que "todos los derechos –sean civiles y políticos o económicos, sociales y culturales– generan un *continuo* o *espectro* de obligaciones positivas y negativas que los Estados deben respetar, garantizar y satisfacer adecuadamente". El que s'ha exposat anteriorment, sens perjudici que, respecte de cada classe de dret, l'acció positiva o negativa que cal desplegar sigui més o menys necessària, intensa, rellevant o costosa.

També s'ha defensat la incompatibilitat en el pla constitucional entre els principis de l'Estat de dret i de l'Estat social (E. FORSTHOFF), atès que aquest surt desvirtuat quan es barregen tots dos, de manera que la concreció d'aquest s'ha de dur a terme pel legislador i/o l'Administració; i s'ha qüestionat el caràcter normatiu concret dels DESC i que, davant un enunciat vague i imprecís, la seva implementació ha d'anar acompanyada del desplegament legislatiu o administratiu ulterior. Davant aquesta objecció, cal oposar que es pot fer una afirmació anàloga respecte de les DCP i la tesi de la ponderació de drets. D'altra banda, el dèficit d'implementació dels DESC no implica que no es puguin reconèixer o regular determinades obligacions en nom de seva implementació.

En relació amb els DESC, L. FERRAJOLI (1999) adverteix que la tradició jurídica no ha elaborat tècniques de garantia tan eficaces com les establertes per als drets de llibertat i, per això, cal parlar d'un cert retard en la teorització i el disseny de l'Estat social de dret equiparable al vell Estat de dret que ha conduït a una certa discrecionalitat, al joc no reglat dels grups de pressió i al clientelisme polític. Per R. ALEXY (2007), es tracta de drets mínims i subsidiaris de mercat, mandats d'optimització susceptibles de complir-se en diferents graus. Per la seva banda, G. H. J. VAN HOOFF (1984) proposa quatre "nivells" d'obligacions de l'Estat aplicables a tots els drets humans, siguin aquests civils o socials, cosa que fa menys contundent la distinció entre les dues classes de drets: *obligacions de respectar* (no interferir o obstaculitzar el dret en qüestió); *obligacions de protegir* (impedir interferències de tercers); *obligacions d'assegurar* (assegurar el dret quan la



persona no pugui fer-ho per ella mateixa); i *obligacions de promoure* (desenvolupar condicions perquè els titulars del dret puguin accedir al dret)<sup>(44)</sup>.

Finalment, cal justificar les reticències que, en matèria jurisdiccional o constitucional (jurisprudència constitucional de crisi) es poden presentar per a la implementació dels drets socials i econòmics en els motius següents: de tipus polític, basats en la separació de poders en considerar-se que la competència per decidir sobre la despesa pública social correspon als parlaments; de tipus tècnic, per causa de la indeterminació o la imprecisió del contingut dels drets socials, i la seva naturalesa progressiva i programàtica, i de tipus econòmic, en raó de la relaxació dels drets socials davant els imperatius de la realitat econòmica i la influència de les tesis neoliberals. Aquests motius poden condicionar-ne el qüestionament en les esferes jurisdictionals o afavorir respostes atenuades. No obstant això, aquests motius no sempre són acceptats i també pot succeir que els jutjadors, fins i tot en moments de crisi econòmica o fases d'austeritat, contribueixin amb les seves decisions a l'adopció de solucions legals favorables al que cal esperar d'un Estat democràtic i "social" de Dret<sup>(45)</sup>.

### 3. Interpretació internacional i interna dels DESC

En la Convenció de Viena sobre el dret dels tractats (23 de maig de 1969)<sup>(46)</sup>, entre

altres previsions, com a regla general aplicable a la interpretació dels tractats, l'article 31 remet al principi de "bona fe d'acord amb el sentit corrent que hagi d'atribuir-se als termes del tractat en el seu context i tenint en compte el seu objecte i finalitat". En el nostre dret, l'article 35.2 de la Llei 25/2014, de 28 de novembre, de tractats i altres acords internacionals (LTAI), estableix que "en la interpretació dels tractats internacionals constitutius d'organitzacions internacionals i de tractats adoptats en l'àmbit d'una organització internacional, s'ha de tenir en compte tota norma pertinent de l'organització".

En matèria d'orientació i d'interpretació de les disposicions del PIDESC, com a fonts interpretatives i de *soft law* més rellevants, en síntesi, cal esmentar les següents:

La font principal es troba en les anomenades "Observacions generals" adoptades pel Comitè de Drets Econòmics, Socials i Culturals (CDESC). Les Observacions Generals (OG), aprofundeixen les normes i disposicions del PIDESC. Com diu l'ONU (MDESC n. 12: 6), "Aquestes observacions generals i les adoptades per altres òrgans de drets humans són declaracions valuoses en què es tracta el contingut, el propòsit i el significat jurídic dels temes que s'hi aborden".

D'altra banda, la naturalesa i l'abast de les obligacions dels Estats part de conformitat amb el PIDESC van ser examinades per un grup d'experts en el camp del Dret internacional, que va acordar per unanimitat



mitat els anomenats "Principis de Limburg" (Maastricht, 2-6 de juny de 1986). Els membres d'aquest grup, entre els quals hi havia un representant d'Espanya, van ser convocats per la Comissió Internacional de Juristes, la Facultat de Dret de la Universitat de Limburg (Maastricht, Països Baixos) i l'Institut de Drets Humans Urban Morgan, Universitat de Cincinnati (Ohio, EUA). Els Principis acordats van tenir una influència considerable en la formulació de l'Observació General (OG) del CDESC n. 3, referent a l'índole de les obligacions dels Estats part segons el Pacte i també es van tenir en compte per aquests per a la presentació d'informes sobre el compliment del Pacte.

Entre altres consideracions, els Principis de Limburg es refereixen al caràcter de dret humà dels DESC (principi 1) i afirmen que el PIDESC juntament amb el PIDCP i el Protocol Facultatiu, que van entrar en vigor el 1976, "ajuden a ampliar el contingut de la Declaració Universal de Drets Humans: aquests instruments en el seu conjunt constitueixen la Carta Internacional de Drets Humans" (pr. 2).

El 1992, DANILO TÜRK, relator especial sobre la realització dels drets econòmics, socials i culturals de la Subcomissió de Prevenció de Discriminacions i Protecció a les Minories (actualment, anomenada Subcomissió de Promoció i Protecció dels Drets Humans), va elaborar alguns dels postulats bàsics referents als DESC, principalment, respecte de l'índole de les obligacions dels Estats respecte d'aquests drets.

El 1997, els Principis de Limburg van ser complementats amb directrius preparades en una altra reunió d'experts en Dret internacional celebrada a Maastricht (22-26 gener 1997). Les Directrius de Maastricht sobre Violacions als Drets Econòmics, Socials i Culturals tracten la importància dels drets econòmics, socials i culturals, les violacions d'aquests drets per comissió i omissió, la responsabilitat per la vulneració dels drets i el dret de les víctimes a recursos eficaços<sup>(47)</sup>.

En concret, la directriu n. 9 (obligacions mínimes essencials), assenyalava que: "Un Estat incorre en una violació del Pacte quan no compleix el que el Comitè de Drets Econòmics, Socials i Culturals anomena 'una obligació mínima essencial d'assegurar la satisfacció d'almenys els nivells mínims essencials de cada un dels drets [...]'. Per exemple, incorre *prima facie* en una violació del Pacte un Estat part en el qual un nombre significatiu de persones es veuen privades d'aliments essencials, atenció bàsica de salut, habitació i habitatge mínim o les formes més bàsiques d'ensenyament'. Aquestes obligacions mínimes essencials són aplicables independent de la disponibilitat de recursos al país de què es tracti o qualsevol altre factor o dificultat".

Finalment, també és especialment rellevant la intervenció d'institucions i d'organismes internacionals i nacionals de drets humans en tasques diverses com la protecció d'aquests drets, la informació,

la recerca, l'assessorament, la promoció i l'elaboració de propostes i de projectes de llei, la preparació d'informes adreçats a les autoritats públiques i la societat civil, la vigilància sobre l'observança dels drets reconeguts en el Pacte i l'examen de les reclamacions sobre possibles violacions d'aquest. Segons l'OG n.10 del CDESC, aquestes institucions "tenen un paper que pot ser decisiu en la promoció i la garantia de la indivisibilitat i la interdependència de tots els drets humans. Malauradament, massa sovint no s'ha reconegut a la institució aquesta funció o aquesta ha estat descurada o considerada de baixa prioritat per la institució. És indispensable, doncs, que es presti plena atenció als drets econòmics, socials i culturals al voltant de les activitats pertinents d'aquestes institucions." (ep. 3)<sup>(48)</sup>.

D'altra banda, en el marc de la UE, 2007 es va crear l'any l'Agència dels Drets Fonamentals (*The Agency for Fundamental Rights* o FRA) per tal de proporcionar als Estats membres i a les institucions de la UE ajut i assessorament independent, sobre la base d'estudis, en matèria de drets fonamentals. La FRA és un òrgan independent de la UE, finançat amb el pressupost de la Unió. L'Agència manté una col·laboració particularment estreta amb: institucions, organismes i agències de la UE; governs i parlaments nacionals dels països de la UE; el Consell d'Europa; grups i organitzacions que s'ocupen dels drets fonamentals i la Plataforma dels Drets Fonamentals; organismes nacionals de drets humans; l'ONU, l'OSCE i altres organitzacions internacionals<sup>(49)</sup>.

En la seva faceta interna, en el marc constitucional espanyol, el reconeixement dels drets humans se situa, fonamentalment, en el Títol I (Dels drets i deures fonamentals; arts. 10 a 29 CE), el respecte dels quals es veu reforçat pel que l'article 10.2 CE estableix: "Les normes relatives als drets fonamentals i a les llibertats que la Constitució reconeix *s'interpretaran de conformitat* amb la Declaració universal de drets humans i els tractats i els acords internacionals sobre aquestes matèries ratificats per Espanya." (è.a.).

Segons el TC, els drets fonamentals tenen un caràcter doble: són un patrimoni comú, personal i col·lectiu; "son derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos

en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un estatus jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia” i són “elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado social de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución (art. 1.1)” (STC 25/1981, 14 juliol 1981, FJ 5). D'altra banda, quan es presentin, els conflictes entre els diferents drets sense fronteres nítides s'han de resoldre per mitjà del *judici de ponderació*: “no se trata de establecer jerarquías de derechos ni prevalencias *a priori*, sino de conjugar, desde la situación jurídica creada, ambos derechos o libertades, ponderando, pesando cada uno dellos, en su eficacia recíproca” (STC 320/1994, 28 novembre 1994, FJ 2).

En el Dret espanyol, el sistema general de garanties dels drets humans s'articula per mitjà de les vies següents: legislativa (art. 53.1 CE); judicial (art. 53.2 CE); constitucional (mitjançant el recurs d'empara, exercitable davant el TC, un cop esgotada la via judicial), i, institucional: Defensor del Poble (arts. 162 CE i 46 LOTC); Ministeri Fiscal (art. 124 CE); Comissió Permanent Constitucional i Comissió Permanent de Peticions (Reglament de Congrés dels Diputats, arts. 40-53); finalment, accés als mecanismes institucionals de supervisió i de control previstos en els convenis i tribunals internacionals per a la protecció d'aquests drets<sup>(50)</sup>.

Sense perjudici, segons que regula l'article esmentat 10.2 CE, de la seva funció hermenèutica o de paràmetre interpretatiu dels textos i dels acords internacionals subscrits per l'Estat espanyol, s'observa que la norma esmentada no atorga rang constitucional als drets i a les llibertats proclamats pels tractats internacionals si no es recullen també constitucionalment (STC 36/1991, de 14 febrer de 1991, FJ 6). No obstant això, per mandat constitucional, els tractats internacionals celebrats vàlidament, un cop publicats oficialment a Espanya, formen part de l'ordenament intern i les seves disposicions només es poden derogar, modificar o suspendre en la forma prevista en els mateixos tractats o d'acord amb les normes generals del Dret internacional (arts. 96.1 CE; 1.5 CC), cosa que comporta que, quan sigui el cas,



el contingut es pot aplicar directament en tot allò que sigui prou precís sense necessitat d'un desplegament legal o reglamentari ulterior (principi de *self-executing*) (STS, CA, S. 5, 22 abril 2010).

**En la seva faceta interna, en el marc constitucional espanyol, el reconeixement dels drets humans se situa, fonamentalment, en el Títol I (Dels drets i deures fonamentals; arts. 10 a 29 CE), el respecte dels quals es veu reforçat pel que l'article 10.2 CE**

Com afirma C. MONTESINOS PADILLA (2018: 2472), d'acord amb la doctrina més destacada, la qüestió del rang normatiu del Dret internacional convencional és una qüestió de competència i d'eficàcia i no de jerarquia<sup>(51)</sup>: “Los jueces ordinarios, que no el TC, habrán de resolver los conflictos que se susciten entre los tratados y las normas internas otorgando preferencia aplicativa a los primeros frente a los segundos [...]”. En caso contrario se produciría una suspensión unilateral de sus efectos, expresamente proscrita por el propio art. 96.1 CE *in fine*. Lesmentada LTAI (arts. 29-31) consagra expressament aquesta prevalença legislativa, quan disposa que tots els poders públics, òrgans i organismes de l'Estat han de *respectar les obligacions dels tractats internacionals* en vigor en els

quals Espanya sigui part i *vetllar pel compliment adequat* dels dits tractats. Els tractats internacionals són d'aplicació directa, llevat que es desprengui del seu text que aquesta aplicació queda condicionada a l'aprovació de les lleis o disposicions reglamentàries pertinents. El Govern ha de trametre a les Corts Generals els projectes de llei necessaris per a l'execució d'un tractat internacional i el Govern, les comunitats autònomes i les ciutats de Ceuta i Melilla han d'adoptar les mesures necessàries per a l'execució dels tractats internacionals en què Espanya sigui part en el que afecti matèries que formen part de les seves competències respectives.

En conseqüència, en els termes acabats d'exposar, no hi ha dubte del caràcter vinculant i obligacional dels compromisos assumits en els termes previstos en els tractats internacionals, però en relació amb els drets humans i, en concret, l'encaix constitucional del dret a l'habitatge, la situació no deixa de ser complexa perquè es confronten, d'una banda, la supremacia constitucional i, d'altra banda, pel que fa al seu àmbit propi, la primacia del Dret de la Unió Europea. En síntesi, amb E. GUILLÉN LÓPEZ (2018: 361), s'han de tenir presents les magnituds següents:

1a. La prioritat del dret fonamental rau, en exclusiva, en la Constitució. Segons la L.O. 2/1979, del TC, “garanteix la primacia de la Constitució i enjudicia la conformitat o disconformitat amb aquesta de les lleis, disposicions o els actes impugnats”





(art. 27.1). Sens perjudici de la seva complexa problemàtica internacional i malgrat establir la pràctica de controls previs de constitucionalitat dels "tractats internacionals", aquests també poden ser "susceptibles de declaració d'inconstitucionalitat" (art. 27.2.c) (control a posteriori) (v. STC 38/2007, 15 de febrer, FJ 3).

2a. Hi ha una realitat normativa –i ocasionalment jurisprudencial– que és de procedència extraestatal i té diferent densitat, i

3a. Hi ha una obligació d'interpretar la primera de conformitat amb la segona. D'aquesta combinatòria es poden desprendre diferents resultats –favorables en alguns casos, desfavorables en d'altres– amb vista a la garantia dels drets reconeguts en el tractat internacional corresponent<sup>(52)</sup>.

En suma, d'acord amb el TC: "la cesión del ejercicio de competencias en favor de organismos comunitarios no implica que las autoridades nacionales dejen de estar sometidas, en cuanto poderes públicos, a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, como establece el art. 9.1 de la Norma fundamental" (STC 79/1992, 28 de maig, FJ 1)". En tot cas, "la integración de España en la Comunidad Económica Europea no significa que por mor del art. 93 [CE] se haya dotado a las normas del Derecho comunitario europeo de rango y fuerza constitucionales, ni quiere en modo alguno decir que la

eventual infracción de aquellas normas por una disposición española entraña necesariamente a la vez una conculcación del citado art. 93 CE (STC 28/1991, FJ 4)' (STC 64/1991, 22 de març, FJ 4)" (STC 134/2011, 20 juliol FJ 6)<sup>(53)</sup>. Malgrat la seva funció hermenèutica (art. 10.2 CE), "ni el Dret comunitari originari ni el derivat 'poseen rango constitucional y, por tanto, no constituyen canon de la constitucionalidad de las normas con rango de ley' (STC 292/2000, 30 de novembre, FJ 3; i en el mateix sentit, entre moltes altres, STC 372/1993, 13 de desembre, FJ 7)" (STC 136/2011, 13 setembre, FJ 12).

#### 4. Obligacions generals i especials previstes en el PIDESC

D'acord amb el patrimoni doctrinal del CDESC, la implementació pels Estats part dels DESC, entre els quals hi ha el dret social a un habitatge adequat, s'ha de referir, respectivament, al contingut essencial de les obligacions: generals, immediates, i de contingut segons es regulen en el PIDESC<sup>(54)</sup>.

##### 4.1. Obligacions generals: respectar, protegir i complir

Les "obligacions generals" dels Estats referents al "respecte, protecció i compliment" dels drets socials, van ser examinades pel relator especial de l'ONU, ASBJORN EIDE en relació amb el Dret a l'Alimentació i la metodologia expositiva

seguida per aquest autor també ha estat adoptada amb caràcter general pel Comitè DESC<sup>(55)</sup>.

Les obligacions esmentades es concreten en el següent:

a) *Obligació de "respectar" els drets socials*. Es tracta d'una obligació general de caràcter negatiu consistent a no lesionar o danyar directament aquests drets. En relació amb el PIDESC, el no-respecte dels drets que s'hi reconeixen es pot deure a l'abstenció en l'execució d'actes públics que comportin la privació d'algun dels drets o en l'evitació d'actes discriminatoris en el gaudi de qualsevol d'aquests. És a dir, els poders públics han d'evitar ingerències directes o indirectes en el gaudi dels DESC (CDESC, OG n. 14, ep. 33 i OG n. 15, ep. 21).

b) *Obligació de "protegir"*. Comprèn les actuacions públiques que tenen per objecte prevenir, emparar i defensar, fins i tot per via penal, els possibles abusos de tercers (grups, empreses, entitats...), que vagin en contra o violin el gaudi personal legítim d'un DESC.

c) *Obligació de "complir" les obligacions derivades dels drets socials*. L'obligació de complir inclou les obligacions de proporcionar, promoure i facilitar els DESC. En relació amb l'habitatge, aquesta obligació implica que els Estats han d'adoptar les mesures apropiades de caràcter legislatiu, administratiu, pressupostari, judicial o d'una altra índole, per tal d'aconseguir la plena efectivitat al dret humà de l'habitatge<sup>(56)</sup>.

##### 4.2. Obligacions sobre l'adopció de mesures apropiades, immediates i progressives

L'article 2.1 PIDESC estableix que "Cada-escun dels Estats part d'aquest Pacte es compromet a adoptar mesures [en anglès, el compromís és: "to take step"; en francès: "s'engage à agir" ("actuar")], tant per separat com per mitjà de l'assistència i la cooperació internacionals, especialment econòmiques i tècniques, fins al màxim dels recursos de què disposi, per aconseguir progressivament, per tots els mitjans apropiats, inclosos en particular l'adopció de mesures legislatives, la plena efectivitat dels drets aquí reconeguts" (è.a.).

*Caràcter progressiu de l'obligació.* La progressivitat en la satisfacció dels DESC és una altra obligació prevista en la norma esmentada. Aquesta obligació difereix de la que s'estableix en l'article 2 del PIDCP<sup>(57)</sup>, que no la té en compte, però en aquest cas, l'obligació d'efectivitat i progressivitat *al llarg del temps*, "no s'ha d'interpretar equivocadament com que priva l'obligació de tot contingut significatiu. D'una banda, es requereix un dispositiu de flexibilitat necessària que reflecteixi les realitats del món real i les dificultats que implica per a cada país assegurar la plena efectivitat dels drets econòmics, socials i culturals. D'altra banda, la frase s'ha d'interpretar en vista de l'objectiu general, en realitat, la raó de ser, del Pacte, que és establir obligacions clares als Estats part respecte de la plena efectivitat dels drets de què es tracta. Aquest imposa així una obligació de procedir com més expeditament i eficaçment sigui possible per tal d'aconseguir aquest objectiu." (ep. 9); tota mesura que tingui caràcter regressiu (principi de prohibició de regressivitat o retrocés –clàusula *standstill*– i excepcionalitat del supòsit) requerirà la consideració més rigorosa i s'ha de justificar degudament per referència al contingut de tots els drets del Pacte (*ibdm.*).

*Termini.* A l'OG n. 3, el CDESC posa en relleu que "si bé la plena realització dels drets pertinents es pot aconseguir de manera gradual, les mesures tendents a assolir aquest objectiu s'han d'adoptar dins un termini raonablement breu després de l'entrada en vigor del Pacte per als Estats interessats [a Espanya, el 27 de juliol de 1977]. Aquestes mesures han de ser deliberades, concretes i orientades el més clarament possible cap a la satisfacció de les obligacions reconegudes en el Pacte." (ep. 2).

*Mesures i mitjans que cal considerar.* El Comitè subratlla que l'expressió "totes les mesures" no implica només l'adopció de mesures legislatives, perquè això, "com es disposa concretament en el Pacte, no esgota per si mateix les obligacions dels Estats part. Al contrari, s'ha de donar a la frase 'per tots els mitjans apropiats' el seu significat ple i natural." (ep. 4). A més de les mesures legislatives, es pot considerar entre aquestes, oferir *recursos judicials, administratius i altres recursos efectius* pel que fa a drets que, d'acord amb el sistema jurídic nacional, es puguin considerar

justiciables i executables (p. ex., dret a la igualtat i a la no-discriminació) (ep. 5); i als efectes de l'article 2.1 del Pacte, altres mesures possibles, inclouen, però no exhaustiu, les de caràcter administratiu, financer, educacional i social (ep. 7). En alguns països els tribunals poden resoldre sobre els DESC i l'exigència del dret és justiciable<sup>(58)</sup>.

L'expressió "*per tots els mitjans apropiats*" és neutral respecte del sistema polític i econòmic vigent en cada Estat, "i no se'n poden descriure lleialment els principis com basats exclusivament en la necessitat o en la conveniència d'un sistema socialista o capitalista, o d'una economia mixta, de planificació centralitzada o basada en el *laisser-faire*, o en cap altre tipus de plantejament específic" (ep. 8), tot això, sense desconèixer, com assenyala el preàmbul del PIDESC, que "no es pot realitzar l'ideal de l'ésser humà lliure, alliberat de la por i de la misèria, llevat que es creïn condicions que permetin que cada persona gaudeixi dels seus drets econòmics, socials i culturals, tant com dels seus drets civils i polítics".

**L'expressió "per tots els mitjans apropiats" és neutral respecte del sistema polític i econòmic vigent en cada Estat, "i no se'n poden descriure lleialment els principis com basats exclusivament en la necessitat o en la conveniència d'un sistema socialista o capitalista, o d'una economia mixta, de planificació centralitzada o basada en el *laisser-faire*, o en cap altre tipus de plantejament específic"**

*Recursos disponibles.* Els Estats han d'adoptar mesures "*especialment econòmiques i tècniques, fins al màxim dels recursos de què disposin...*". L'expressió "*recursos*" s'ha d'entendre en sentit ampli, sense que es limiti exclusivament a la despesa pública i a polítiques fiscals i inclou els recursos humans, tecnològics, informatius, naturals, financers, tant d'origen intern com internacional. Aquesta interpretació de "*màxims*" exclou que la sola escassetat de recursos financers pugui servir d'excusa per a l'incompliment de les obligacions internacionals de l'Estat<sup>(59)</sup>.

Per si mateix, el *creixement econòmic* no garanteix la satisfacció dels DESC. Cal una acció pública sostinguda i favorable que fomenti i possibiliti l'efectivitat i el gaudi d'aquests drets. En tot cas, segons l'ONU (2009: 25)<sup>(60)</sup>, llevat de les dues excepcions que s'esmenten, els Estats *no estan obligats a proporcionar les DESC de manera gratuïta i han d'evitar situacions de dependència o d'assistència social no justificades*; en canvi, amb independència que la seva provisió material sigui de procedència pública o privada, estan obligats a garantir que les instal·lacions, els béns i els serveis requerits per al gaudi dels DESC estiguin disponibles a preus assequibles. Això implica que "els costos directes i indirectes de l'habitatge, l'alimentació, l'aigua, el sanejament, la salut o l'educació no han d'impedir que una persona accedeixi a aquests serveis i no han de posar en perill la seva capacitat de gaudir d'altres drets.". La primera excepció a favor de la gratuïtat es pot produir quan, per garantir la igualtat de gaudi del dret, és necessari que es prestin serveis, subvencionats o gratuïts, a qui, si no és així, no podria gaudir del dret (per ex., aliments en supòsits de fam); la segona, quan s'atribueixi caràcter universal a la satisfacció d'un dret determinat (per exemple, ensenyament a primària –i secundària– gratuït i obligatori per a tothom; serveis sanitaris o de salut gratuïts, totalment o en part...). "El subministrament pels Governos de béns i serveis en el cas de necessitat és, per tant, un mitjà per garantir el gaudi dels drets econòmics, socials i culturals, però no una finalitat en si mateixa" (*ibdm.*: 27).

Al costat de l'acció dels poders públics, la societat civil i les institucions i organitzacions no governamentals, també poden coadjuvar i participar en la provisió de DESC, per exemple, moviments socials, voluntariat, organitzacions de base comunitària, associacions de defensors dels drets humans, associacions professionals, sindicats, mitjans de comunicació i acadèmics, i institucions benèfiques i religioses.

#### 4.3. Obligació absoluta de respectar el contingut mínim o essencial dels DESC

La normativa internacional no estableix si els serveis han de ser prestats per



proveïdors públics o privats o per una combinació de tots dos, però els Estats són responsables de regular i de garantir, als homes i a les dones, que qualsevol forma de prestació de serveis respecti els drets humans i el seu contingut mínim o essencial. Per exemple, d'acord amb l'Informe sobre el dret a un habitatge adequat, n. 21 (2010: 33)<sup>(61)</sup>, l'Estat "s'ha d'assegurar que no es vegi privat d'aixopluc i habitatge bàsics un nombre important de persones. Si no pot fer-ho, l'Estat ha de demostrar que ha fet tots els esforços possibles per utilitzar tots els recursos de què disposa per satisfer, com a qüestió prioritària, aquests nivells essencials mínims". Tampoc es respecta el contingut mínim o essencial del dret, per exemple: per causa de desallotjaments forçosos il·legítims; per no disposar de subministraments o serveis bàsics o essencials, o si aquests són insalubres o es produeixen desconexions arbitràries; en els casos de contaminació ambiental; o quan no s'asseguri, per mitjà d'ajuts o subsidis adequats, l'accés a l'habitatge a persones o grups que, per motius fora del seu control, no poden gaudir del dret a un habitatge adequat.

Per al CDESC<sup>(62)</sup>: "El dret humà a un habitatge adequat és un dret fonamental que constitueix la base per al gaudi de tots els drets econòmics, socials i culturals<sup>(63)</sup> i està vinculat en la seva integritat a altres drets humans, inclosos els drets establerts en el Pacte Internacional de Drets Civils i Polítics<sup>(64)</sup>. El dret a l'habitatge s'ha de garantir a tothom, siguin quins siguin els seus ingressos o el seu accés a recursos econòmics<sup>(65)</sup> i els Estats parts han de prendre totes les mesures que siguin necessàries per aconseguir la plena realització d'aquest dret<sup>(66)</sup>. Molts components del dret a l'habitatge adequat estan íntimament vinculats amb l'existència adequada de recursos jurídics interns per assegurar el gaudi efectiu d'aquest dret<sup>(67)</sup>".

El conjunt de mesures de política legislativa concordes amb les obligacions generals i específiques en nom del desenvolupament del dret social a l'habitatge es descriuen en el Programa de les Nacions Unides per als Assentaments Humans (ONU-Hàbitat) i de l'ACNUDH, proposat per ONU-hàbitat, en els termes que, en síntesi, es detallen en el quadre adjunt n. 1.

**BATERIA DE MESURES RELATIVES AL DRET SOCIAL A L'HABITATGE**

| Respectar                                                               | Protegir                                                                                      | Promoure                                                       | Complir                                                            |
|-------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------|
| Prevenició de desallotjaments il·legals i desallotjaments forçosos      | Prevenició de les violacions del dret a l'habitatge                                           | Seguretat de la tinença                                        | Combatre, prevenir i posar a la manca d'habitatge                  |
| Prevenició de totes les formes de discriminació                         | Recursos nacionals i aplicació en el pla nacional del dret internacional                      | Reforma legislativa i reconeixement del dret a l'habitatge     | Increment i assignació adequada de la despesa pública en habitatge |
| Prevenició de tota mesura repressiva                                    | Garantir la igualtat de drets per a tots els grups                                            | Elaboració de punts de referència de la plena realització      | Habitatges adequats i habitables per a tothom                      |
| Llibertats basades en l'habitatge                                       | Accés per a tothom a habitatges assequibles i elaboració d'un indicador d'assequibilitat      | Elaboració d'estratègies nacionals sobre el dret a l'habitatge | Elaboració de normes físiques mínimes en relació amb l'habitatge   |
| Dret a la vida privada i inviolabilitat del domicili                    | Accessibilitat a l'habitatge per a grups desfavorits que necessiten mesures especials         | Prioritat als drets dels grups vulnerables                     | Provisió de tots els serveis i infraestructures necessaris         |
| Participació ciutadana en qüestions relacionades amb l'habitatge        | Control residencial democràtic de l'habitatge                                                 | Accés a informació sobre l'habitatge                           | Finançament d'habitatges econòmics i programes d'estalvi           |
| Respecte de les característiques culturals relacionades amb l'habitatge | Reglamentació dels preus dels lloguers i de les activitats en el sector privat de l'habitatge | Garantir l'existència de prou terrenys assequibles             | Construcció d'habitatges socials                                   |

Font: MDESC, N° 12 (2004: 22).  
Quadre n° 1.

**5. Supervisió i control internacional dels pactes convencionals**

En els termes previstos en els textos convencionals i els tractats, és fonamental la supervisió i el control internacional i judicial dels drets humans, ja que, sense l'existència de procediments adequats, es podria plantejar la qüestió de la utilitat, la vinculació i l'eficàcia dels pactes internacionals i de si es tracta realment de drets humans. Les diverses institucions internacionals que poden intervenir en matèria de supervisió i de control poden ser internacionals, qüestió que s'examina en aquest apartat, o segons que es posa en relleu en l'apar-

tat següent, referir-se al marc regional europeu i comunitari<sup>(68)</sup>.

**5. 1. Consell de Drets Humans de l'ONU**

El Consell de Drets Humans (CDH) va ser creat per l'Assemblea General de les Nacions Unides el 15 de març de 2006 amb l'objectiu principal de verificar les situacions de violació dels drets humans i fer recomanacions sobre el tema. Es tracta d'un organisme intergovernamental dins el sistema de les Nacions Unides compost per 47 Estats elegits per l'Assemblea General de les Nacions Unides, responsables de la promoció i la protecció de tots els drets humans arreu del món. El CDH pot trac-



tar sobre les qüestions temàtiques relatives als drets humans i les situacions que requereixen la seva atenció. Es reuneix a l'Oficina de les Nacions Unides a Ginebra.

## 5.2. Procediments de l'Examen Periòdic Universal i Procediments Especials

Como es desprèn de la seva denominació, *Examen Periòdic Universal*<sup>(69)</sup> o *Informes periòdics* (després de 2 anys de l'acceptació del Pacte i, després, cada cinc anys) consisteix en un informe emès per l'Estat part del Pacte sobre la manera en què es compleixen o s'exerceixen els drets humans a l'Estat part informant. El Comitè examina cada informe i expressa les seves preocupacions i recomanacions a l'Estat part en forma d'"observacions finals". En el supòsit dels *Procediments especials* del CDH, un Relator Especial o un Grup de Treball examinen situacions concretes en determinats països o qüestions temàtiques per a tothom. En relació amb el DVAD, la Comissió de Drets Humans (avui, CDH) (Res. 2000/9, 17 abril 2000) va crear la figura del Relator Especial per tal d'examinar aquesta qüestió com un element integrant del dret a un nivell de vida adequat.

En el sisè informe periòdic presentat per l'Estat espanyol (E/C.12/ESP/6), el CDESC<sup>(70)</sup> (sessions 16a i 17a, 2018) manifesta la seva preocupació per les mesures d'austeritat adoptades, que "han perjudicat el gaudi del dret a un habitatge adequat particularment de persones i grups més desfavorits i marginats.". En particular, preocupa al Comitè el nombre insuficient d'habitatges socials; la manca creixent d'assequibilitat de l'habitatge, particularment dins el mercat privat a causa dels preus excessius, i la manca de protecció adequada de la seguretat de la tinença i davant els desnonaments. Així mateix, el preocupa el nombre significatiu de llars que no disposen d'un habitatge en condicions adequades i l'alt nombre de persones sense llar (eps. 35 i 36). Sobre això cal assenyalar que s'ha corregit una part d'aquestes deficiències mitjançant les últimes reformes legislatives i l'adopció de mesures de política econòmica d'àmbit estatal i autonòmic<sup>(71)</sup>.

## 5.3. Comitè de Drets Econòmics, Socials i Culturals<sup>(72)</sup>

El Comitè de Drets Econòmics, Socials i Culturals (CDESC) va ser creat per la Re-



solució 1985/17 (28 de maig de 1985), del Consell Econòmic i Social de les Nacions Unides (ECOSOC) i està constituït per experts independents que tenen per objecte la supervisió del PIDESC d'acord amb les funcions previstes a la part IV del Pacte.

La presentació de denúncies i comunicacions "individuals" sobre violacions del Pacte està regulada en el Protocol Facultatiu del PIDESC (Res. A/RES/63/117, de 10 de desembre de 2008)<sup>(73)</sup>. Aquest Protocol regula el procediment i els requisits per rebre i examinar comunicacions i denúncies. Les comunicacions poden ser presentades per persones o grups de persones que es trobin sota la jurisdicció d'un Estat part i que al·leguin ser víctimes d'una violació per aquest Estat part de qualsevol dels DESC enunciats al Pacte (art. 2 Prot.). En tot cas, la comunicació sobre l'afectació de DVAD s'ha de referir a l'habitatge habitual de l'autor o autors o quan el dret esmentat es trobi realment amenaçat i no a altres habitatges possibles que no compleixin aquesta funció<sup>(74)</sup>.

Entre els requisits d'admissibilitat, s'estableix que el Comitè no examinarà una comunicació sense abans haver-se assegurat que s'han exhaurit tots els recursos disponibles a la jurisdicció interna. Un cop examinada la comunicació rebuda a la vista de tota la documentació transmesa entre les parts interessades i després d'haver superat el control d'admissibilitat, el Comitè fa arribar a les parts interessades el seu dictamen sobre la comunicació juntament amb les seves recomanacions, si n'hi ha. Al

seu torn, "l'Estat part ha de donar consideració al dictamen del Comitè, com també a les seves recomanacions, si n'hi ha, i enviarà al Comitè, en un termini de sis mesos, una resposta per escrit que inclogui informació sobre les mesures que hagi adoptat en vista del dictamen i les recomanacions del Comitè." (Art. 9.2).

En relació amb l'Estat espanyol i el DVAD, és interessant referir-se als dos dictàmens condemnatoris següents del CDESC i un tercer dictamen que, després d'examinar les qüestions d'admissibilitat, va ser qualificat de no admissible<sup>(75)</sup>:

1. En el Dictamen del CDESC (55è període de sessions, 1-19 de juny de 2015)<sup>(76)</sup>, la denunciadora espanyola, la Sra. I.D.G sostenia que havia estat víctima de violació dels drets que l'assistien en virtut dels articles 11 i 2.1 PIDESC. En síntesi, deixant de banda la detallada casuística del cas, en un procés d'execució hipotecària per impagament del préstec bancari concedit amb la garantia de l'habitatge, l'autora al·legava la manca d'accés efectiu als tribunals de l'Estat part, en haver estat notificada per edictes i haver tingut coneixement del procediment quan ja s'havia ordenat la subhasta del seu habitatge, la qual cosa, recolzada en la STJUE, assum. C-415/11, cas Aziz, 14 de març de 2013, li va impedir qüestionar judicialment el caràcter abusiu de les clàusules contractuals, sense poder oposar-se, per exemple, a la manera en la qual els interessos que li tocava pagar van ser calculats per l'entitat creditora, i



assenyalant que els processos d'execució hipotecària no protegien adequadament el dret de les persones a exercir adequadament la defensa legal dels seus habitatges. El TC no havia admès el recurs d'empara formulat oportunament per la part actora.

A partir dels fets considerats provats, el Comitè conclou que el jutjat no va prendre totes les mesures raonables per notificar adequadament a l'autora la demanda d'execució hipotecària i, en conseqüència, es va privar l'autora de defensar adequadament el seu DAV davant un tribunal; dictamina que l'Estat part en va violar els drets en virtut de l'article 11.1 llegit conjuntament amb l'article 2.1 PIDESC, i recomana que l'Estat part proporcioni a l'autora una reparació efectiva, en particular: a) assegurar que la subhasta de l'habitatge de l'autora no s'executi sense que ella compti amb la protecció processal deguda i un procés amb les garanties degudes, d'acord amb les disposicions del Pacte i en consideració amb les observacions generals del Comitè n. 4 i 7, i b) reemborsar l'autora els costos legals incorreguts en la tramitació de la comunicació. També acorda recomanacions generals adreçades a l'Estat part en pro de la millora dels procediments d'execució hipotecària i la pràctica de notificacions adequades a la part demandada, especialment abans que es procedeixi a l'anunci de subhasta o el desallotjament de l'habitatge, cosa que, segons s'exposa més endavant, ha suposat l'aprovació ulterior de diverses mesures legals de protecció dels usuaris deutors hipotecaris i de la Llei

5/2019, de 15 de març, reguladora dels contractes de crèdit immobiliari.

2. El dictamen del CDESC (61r període de sessions, 29 de maig a 23 de juny de 2017) <sup>(77)</sup>, es refereix a un desallotjament per extinció del termini contractual corresponent a un procés judicial iniciat per la part arrendadora contra la part arrendatària que es trobava en situació de precarietat econòmica (assum. *M.B.D.*) <sup>(78)</sup>. Sense entrar a fons en la casuística del cas, en síntesi, els autors, de nacionalitat espanyola, sostenien que l'Estat part va violar el dret que els assistia ex art. 11 PIDESC, perquè van ser desallotjats per ordre del jutjat tot i que no tenien un habitatge alternatiu i que la mesura afectava els seus fills menors d'edat, que tenien dret a una protecció especial. També argumentaven que en el procés judicial no es van observar les garanties judicials; que les autoritats no van concedir a la família habitatge públic, i que la Comunitat de Madrid va vendre part del seu parc d'habitatges públics a fons d'inversió privats en un context de greu crisi econòmica. El recurs d'empara davant el TC va ser inadmissió i també va ser rebutjada una petició de mesures provisionals davant el TEDH, sense que posteriorment es presentés una demanda davant aquest Tribunal.

En relació amb els antecedents de fet, el CDESC va considerar provat: que l'autor havia rebut subsidis per atur i l'RMI en diferents períodes; que, en el moment en què es va executar el desallotjament dels autors, no comptaven amb un habitatge alternatiu o amb ingressos suficients per

procurar-se un altre habitatge de lloguer, i que l'autor havia sol·licitat habitatge públic a l'IVIMA en nombroses ocasions. També constava que van romandre uns dies a l'alberg temporal del SAMUR, que els va comunicar que, si era necessari, els podia oferir allotjament per a l'autora i fills en un centre per a dones i per a l'autor en un PSH, però els autors al·legaven que, en ser convidats a abandonar l'alberg temporal, no se'ls va oferir cap altra alternativa d'allotjament digne i que els Serveis Socials van informar que, en el cas que la família fos desallotjada i no tingués habitatge alternatiu, prendrien mesures de protecció a favor dels nens. No es va qüestionar per l'Estat part l'al·legació dels autors que, després de romandre a l'alberg temporal 10 dies, ells i els seus fills van haver de dormir al vehicle familiar durant 4 dies, fins que un conegut els va oferir allotjament durant diverses setmanes.

Tot i que la disputa per l'extinció del contracte d'arrendament es refereixi a dos particulars, el Comitè observa que l'Estat part té l'obligació *inter alia* de garantir que la mesura de desallotjament de la part arrendatària no sigui contrària a l'article 11 (1) del Pacte. També assenyalava que el desallotjament de persones que viuen en un habitatge de lloguer pot ser compatible amb el Pacte sempre que la mesura estigui prevista per la Llei, es porti a terme com a últim recurs i que les persones afectades tinguin accés prèviament a un recurs judicial efectiu, en el qual es pugui determinar que la mesura està degudament justificada i hi que hagi una autèntica oportunitat de consulta genuïna i efectiva prèvia entre les autoritats i la part afectada, no hi hagi mitjans alternatius o mesures menys costoses, i la part afectada per la mesura no quedi en una situació que l'exposi o constitueixi una violació d'altres drets del Pacte o d'altres drets humans. En el cas de desallotjaments forçosos, l'OG n. 4 <sup>(79)</sup>, afirma que els Estats part "han d'adoptar totes les mesures necessàries perquè se'ls proporcioni dins les possibilitats un altre habitatge, reassentament o accés a terres productives, segons el cas" (ap. 15.2) i amb aquesta finalitat, "poden optar per polítiques molt diverses per aconseguir aquest propòsit, incloses la creació de subsidis d'habitatge per als qui no en poden pagar un." (ap. 25.3).

El Comitè conclou que en el cas examinat pel que fa a persones sense recursos, en no garantir-se un habitatge alternatiu per les autoritats de l'Estat, es va produir una vio-

lació del seu DVAD i assenyala que “l'Estat part té l'obligació de proporcionar als autors una reparació efectiva”, com atorgar-los un habitatge públic o una altra mesura que els permeti viure en un habitatge adequat, una compensació econòmica per les violacions sofertes i reemborsar als autors els costos legals en què hagin incorregut raonablement en la tramitació d'aquesta comunicació (ap. 20); el Comitè també formula determinades recomanacions generals per tal que s'adoptin mesures legals per “prevenir violacions similars en el futur”. (ap. 21).

En relació amb aquesta classe de supòsits i entre les diverses mesures legals de contingut social adoptades pels poders públics en matèria de lloguer, en el preàmbul del Reial decret llei 7/2019, d'1 de març, de mesures urgents en matèria d'habitatge i lloguer, s'esmenta de forma expressa el dit Dictamen CDESC i el PIDESC, i s'afirma que la nova norma amplia els terminis legals d'arrendament i introdueix en el procediment de desnonament mecanismes que serveixin per a respondre a la greu situació que viuen les llars més vulnerables, establint terminis i garanties en el procés amb la prohibició dels llançaments amb data oberta (sense data ni dia exactes de quan es pretén practicar-los), cosa que implica, entre altres novetats, “l'obligació d'adoptar les mesures necessàries per superar els problemes de falta de coordinació entre les decisions judicials i les accions dels serveis socials en els procediments de desnonament de l'habitatge habitual quan afecta llars especialment vulnerables” <sup>(80)</sup>. D'altra banda, el nou Pla d'Habitatge 2018-2021 (RD 106/2018, de 9 de març), manté els programes d'ajuts a les necessitats socials actuals i promou, com ja ho va fer l'anterior Pla 2013-2017, la política de subvencions socials al lloguer i el foment del lloguer <sup>(81)</sup>. Finalment, sens perjudici d'altres actuacions dels legisladors i governs autonòmics respectius, a Catalunya cal esmentar la regulació continguda en la Llei [Gencat] 24/2015, de 29 de juliol, de mesures urgents per afrontar l'emergència en l'àmbit de l'habitatge i la pobresa energètica, amb els canvis introduïts per la STC, Ple, 13/2019, de 31 de gener, de declaració d'inconstitucionalitat i nul·litat dels articles 3 i 4 i de la disposició addicional <sup>(82)</sup>.

3. Finalment, en el Dictamen CDESC adoptat el 8 de octubre de 2018 (E/C.12/64/D/19/2016, 14-11-2018) <sup>(83)</sup> s'afirma que, de conformitat amb l'article 3.2.e

del Protocol Facultatiu, no és admissible la comunicació n. 19/2016 relativa al desallotjament d'un habitatge ocupat per l'autor sense títol legal.

En una síntesi compacta, l'autor havia ocupat un habitatge sense títol legal o autorització del titular, del qual la seva exsogra, GG, havia estat desallotjada per impagament de la hipoteca i que, en el procés d'execució, el jutjat havia adjudicat a una companyia mercantil. La finca va ser ocupada per l'autor i altres persones. L'autor va ser condemnat per usurpació (art. 245.2 del Codi Penal, CP) juntament amb una ordre de llançament que es va dur a terme amb l'ajut de la força pública. L'autor qüestionava la interpretació errònia de la norma penal pel jutjat, per entendre que la finca ocupada constituïa “el seu” domicili i la seva permanència en aquest havia de ser protegida d'acord amb l'article 11 PIDESC.

**Encara que l'ordenament jurídic espanyol ofereix diversos procediments en l'esfera civil i també es pot acudir com a ultima ratio a la via penal, la veritat és que les solucions civils existents per resoldre sobre la possessió i l'ocupació il·legal d'habitatges en les dates en què es van succeir els fets no eren prou àgils ni eficaces, ni plenament satisfactòries**

L'Estat part va al·legar que la comunicació adreçada al Comitè no s'havia admetre perquè l'autor no havia exhaurit tots els recursos interns (no haver interposat incident de nul·litat d'actuacions davant l'AP i, si és el cas, posteriorment, el recurs d'empara davant el TC). Tampoc no hi havia arbitrarietat judicial, sense que a l'autor hagués al·legat la violació per part de l'Administració espanyola de cap de les garanties previstes en el PIDESC sobre el desallotjament de l'habitatge. La interpretació pretesa per l'autor de la paraula “domicili” que figura en la dita norma penal és il·lògica perquè es refereix a la de l'ofès i no a la de l'ofensor. Amb això, el CP diferencia les figures de la “usurpació”, supòsit en què s'ocupa un immoble que no és l'habitatge de l'ofès, de la “violació de domicili”, que és un tipus penal amb més sanció perquè l'immoble ocupat constitueix el domicili de l'ofès (ap. 4.4.).

A la vista de la documentació aportada, el Comitè no observa que la sentència condemnatòria pateixi dels defectes comunicats per l'autor. El Comitè assenyala que en realitat “l'autor no qüestiona un error d'interpretació de la Llei nacional pels jutges de l'Estat part, la qual cosa [...] escapa de la competència del Comitè”, sinó que l'autor considera que l'article 11 PIDESC “va ser violat perquè va ser sancionat pel delicte d'usurpació per haver ocupat un immoble per a usar-lo com a habitatge, independentment de si els jutges van interpretar o no adequadament l'ordenament legal. Però perquè aquesta petició pogués ser estudiada pel Comitè caldria que l'autor mostrés en concret que la seva condemna pel delicte d'usurpació va afectar en alguna forma el seu dret a l'habitatge. No obstant això, l'autor no va complir aquesta exigència mínima, sinó que es va limitar a assenyalar que no havia d'haver estat condemnat per usurpació” (ap. 6.5).

Encara que l'ordenament jurídic espanyol ofereix diversos procediments en l'esfera civil i també es pot acudir com a *ultima ratio* a la via penal, la veritat és que les solucions civils existents per resoldre sobre la possessió i l'ocupació il·legal d'habitatges en les dates en què es van succeir els fets no eren prou àgils ni eficaces, ni plenament satisfactòries. Per resoldre aquesta problemàtica la Llei 5/2018, d'11 de juny, de modificació de la Llei 1/2000, de 7 de gener, d'enjudiciament civil, en relació amb l'ocupació il·legal d'habitatges, ha actualitzat el tradicional *interdicte de recuperar* la possessió amb l'intent lloable de poder aconseguir una recuperació immediata de la possessió d'un habitatge o part d'aquest ocupat il·legalment, “sempre que se n'hagin vist privats d'ella sense el seu consentiment, la persona física que sigui propietària o posseïdora legítima per un altre títol, les entitats sense ànim de lucre amb dret a posseir-la i les entitats públiques propietàries o posseïdores legítimes d'habitatge social” (v. arts. 250.4t, i 437, 441 i 444 LEC) <sup>(84)</sup>. D'altra banda, en el recurs d'inconstitucionalitat contra aquesta Llei, el TC conclou que “el legislador procesal ha tenido también en cuenta las exigencias derivadas del mandato del art. 47 CE y de los compromisos internacionales asumidos en la materia por el Estado español” y, en consecuencia, “La regulación impugnada no puede considerarse [...] lesiva del derecho a una vivienda digna y adecuada (art. 47 CE), teniendo además en



cuenta que legislador dispone de un amplio margen de apreciación para adoptar disposiciones en materia social y económica" (STC 32/2019, de 28 febrer, FJ 6) <sup>(85)</sup>.

*Peticio de mesures cautelars.* La petició al CDESC d'adopció de mesures cautelars està prevista en l'article 5 (*Mesures provisionals*) del Protocol. En aquests supòsits, després d'haver rebut una comunicació i abans de pronunciar-se sobre el fons de l'assumpte, en qualsevol moment el Comitè es pot adreçar a l'Estat part interessat, per tal d'examinar de forma urgent una sol·licitud perquè adopti les mesures provisionals que siguin necessàries en circumstàncies excepcionals per evitar possibles danys irreparables a la víctima o les víctimes de la suposada violació. L'exercici d'aquestes facultats discrecionals pel Comitè no implica cap judici sobre l'admissibilitat ni sobre el fons de la comunicació.

Aquesta norma obre la possibilitat que les persones que es considerin en risc de desnonament sense comptar amb un habitatge digne i que es trobin en situació de vulnerabilitat, puguin sol·licitar l'adopció de mesures cautelars i obtenir una suspensió del desallotjament mentre no se'ls proveeixi d'una solució habitacional. En el cas que el Comitè acordi la mesura cautelar, la decisió s'ha de comunicar al representant de l'Estat espanyol davant l'ONU perquè aquest, al seu torn, la transmeti al jutjat que instrueix el procediment. En raó de la seva regulació internacional el procediment es caracteritza pel seu tecnicisme

i complexitat, sense que, d'altra banda, hi hagi mecanismes àgils que en facilitin l'aplicació efectiva pel que es considera més aviat una opció de "darrer recurs" <sup>(86)</sup>. D'altra banda, segons s'ha exposat, el legislador ha adoptat determinades mesures en aquesta matèria (cit. Reial decret llei 7/2019, d'1 de març).

## 6. Supervisió i control dels tractats i pactes convencionals en el marc europeu

En l'esfera regional europea, en síntesi, el sistema de protecció dels diferents drets humans i la protecció del DVAD es basa en els òrgans i institucions següents:

### 6.1. Tribunal Europeu de Drets Humans

El Tribunal Europeu de Drets Humans (TEDH), també conegut com Tribunal d'Estrasburg, té per objecte, supervisar i enjudiciar respecte dels Estats part, i de conformitat amb les condicions d'admissibilitat previstes a aquest efecte, les possibles violacions dels drets reconeguts en el Conveni per a la protecció dels drets humans i de les llibertats fonamentals (CEDH) (Consell d'Europa, 1950) i en els seus Protocols addicionals, destinats a ampliar el llistat inicial de drets <sup>(87)</sup>. Es tracta d'un Tribunal "con las características que definen la jurisdicción: la independencia e imparcialidad de sus miembros, el carácter contradictorio del procedimiento y el carácter de fuerza

vinculante de sus decisiones" (L. LÓPEZ GUERRA, 2013: 168).

En el marc constitucional espanyol, el CEDH i la jurisprudència del TEDH tenen especial rellevància en relació amb el que disposa l'article 10.2 CE que disposa que els drets fonamentals i les llibertats públiques que la Constitució reconeix s'han d'interpretar de conformitat amb els tractats i els acords internacionals sobre drets humans ratificats per Espanya. Des de les primeres sentències de TC, això ha significat que tot el patrimoni doctrinal elaborat pel TEDH al voltant dels drets que s'hi reconeixen s'hagi convertit en un canó hermenèutic principal ("de decisiva relevancia", STC 22/1981, FJ 3) per a la interpretació del text constitucional i al qual el TC "ha recurrido de forma constante y reiterada [...] para dotar de contenido a los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución de 1978" (F. PÉREZ DE LOS COBOS, 2016: 1) <sup>(88)</sup>.

D'altra banda, entre altres canvis, l'aprovació del Protocol 15 CEDH (fet a Estrasburg, el 24 juny 2013) ha suposat l'addició d'un nou Cnt. a la fi del preàmbul del CEDH, en el qual s'afirma que "incumbeix en primer lloc les altes parts contractants, d'acord amb el principi de subsidiarietat, garantir el respecte dels drets i llibertats definits en el aquest Conveni i els seus protocols, i que, en fer-ho, gaudeixen d'un marge d'apreciació, sota el control del Tribunal Europeu de Drets Humans" <sup>(89)</sup>. Aquest protocol ha introduït, amb caràcter general, el principi de subsidiarietat i la doctrina del marge d'apreciació, principis que, fins aleshores, s'havien utilitzat en relació amb els articles 8 a 11 CEDH.

La nova previsió permet que els Estats part puguin acudir a aquesta doctrina que fins ara només s'utilitzava respecte d'aquells drets que posaven de manifest les diferències culturals entre els Estats causa de l'heterogeneïtat i de la manca de consens dels membres del Consell d'Europa. Com observa PÉREZ DELS COBOS (2016: 6), aquesta addició evidència el "joc d'equilibris" que es vol fer: "Un juego de equilibrios que es inherente a la noción de subsidiariedad misma. De una parte, la afirmación de que en primer término corresponde a los Estados la garantía de los derechos y libertades reconocidos. De otra, la de que en el desempeño de esta función gozan de un margen de aprecia-



ción. Y, por último, como cláusula de cierre, la del papel fundamental de control que corresponde al Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Un papel, ciertamente, subsidiario, pero también último y supremo.”<sup>(90)</sup>.

A diferència de la protecció dels drets civils i polítics, que tenen àmplia cabuda en el TEDH, la doctrina posa en relleu que els drets econòmics i socials es protegeixen preferentment per mitjà del CDESC i mecanismes no jurisdiccionals, però ambdues vies no tenen el caràcter de compartiments estancs, perquè com ha dit el mateix TEDH: “Si bien el Convenio protege esencialmente derechos civiles y políticos, muchos dellos tienen implicaciones de naturaleza social y económica. Por ello el Tribunal estima, como [ja ho feia] la Comisión, que el mero hecho de que una interpretación del Convenio pueda extenderse en la esfera de los derechos económicos y sociales no debe ser un factor decisivo contra esa interpretación; no hay una división estanca que separe esa esfera de la del ámbito protegido por el Convenio” (STEDH, assum. *Airey c. Irlanda*, n. 6289/73, 9 octubre 1979, ep. 26)<sup>(91)</sup>.

No obstant això, en matèria del dret humà a l'habitatge, la doctrina del TEDH és matisada perquè aquest dret no està formulat explícitament i només per vies indirectes se'n defensa la 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 degut (art. 6), el dret al respecte a la vida privada i familiar (art. 8) i la prohibició de discriminació (art. 14), però sense que hi hagi una menció directa a aquest dret, ni es tracti d'un dret convencionalment garantit, pel que la seva garantia és indirecta<sup>(92)</sup>.

Como assenyala L. FARHA (2016: 25), respecte de la qüestió principal, “la interpretación limitada del derecho a la vida puede evitar que alguien que no tiene hogar o sufre una grave inadecuación de vivienda presente una reclamación de derechos humanos”, en canvi, “cuando se protege explícitamente el derecho a una vivienda adecuada como derecho constitucional independiente, los tribunales lo aplican más eficazmente cuando se relaciona con el derecho a la vida”. Amb tot, en la sentència Önerildiz c. Turquía, [GS], n. 48939/99, 30 novembre 2004, la Gran



Sala assenyala que l'obligació positiva de l'article 2 és d'aplicació en el context de qualsevol activitat, ja sigui pública o no, en la qual el dret a la vida pugui estar en joc, però l'elecció dels mitjans per garantir les obligacions positives d'acord amb el que disposa l'article 2 és, en principi, una qüestió que cau dins el marge d'apreciació de l'Estat contractant<sup>(93)</sup>.

En l'assumpte Chapman vs. Regne Unit, GS, n. 27338/95, 18 gener 2001, el Tribunal va afirmar que l'article 8 CEDH no confereix un dret a ser proveït d'habitatge (§ 98) i que es tractava d'una qüestió política i no jurídica; en altres paraules, tot i que és molt desitjable que tots els éssers humans tinguin una llar on puguin viure dignament, la provisió pública de fons perquè totes les persones tinguin una llar és una qüestió de contingut polític i no judicial<sup>(94)</sup>; i tampoc no consagra el dret a viure en un lloc en concret (assum. *Garib vs. Països Baixos*, GS, n. 43494/09, 6 novembre 2017)<sup>(95)</sup>. El Tribunal adverteix que, com que en l'àmbit que es tracta, algunes qüestions poden dependre de molts factors i de plans d'ordenació de sòl rural i urbà, en principi, els Estats contractants gaudeixen d'un ampli marge d'apreciació (assum. *G. Noack i altres c. Alemanya*, n. 46346/99, 25 maig 2000); i assenyala que hi ha un grau d'interacció aparent entre el dret de cada un de triar lliurement la seva residència i el dret respecte del “domicili” i de “la vida privada”, ex. art. 8 (§ 140). En altres casos, la qüestió es planteja en consideració a altres articles com el dret a un procés equitatiu

(art. 6) i l'esmentat dret a la vida privada i familiar (art. 8).

**La nova previsió permet que els Estats part puguin acudir a aquesta doctrina que fins ara només s'utilitzava respecte d'aquells drets que posaven de manifest les diferències culturals entre els Estats causa de l'heterogeneïtat i de la manca de consens dels membres del Consell d'Europa**

Per exemple, a l'empara de l'article 6, el Tribunal ha declarat que no s'ha de privar el justiciable de poder beneficiar-se, en un termini raonable, de l'execució de la resolució definitiva que havia acordat una indemnització pels danys soferts (*Bourdiv c. Rússia*, n. 59498/00, 7 maig 2002, § 35) o la provisió d'un habitatge per raó del càrrec (*Tétériny c. Rússia*, n. 11931/03, 30 juny 2005, §§ 41 i 42), tot això sigui quina sigui la complexitat dels procediments d'execució de l'Estat o del seu sistema pressupostari. L'Estat no pot emprar com a excusa que passa per dificultats financeres ni que no té altres recursos per justificar l'incompliment (*Bourdiv c. Rússia*, § 35; *SARL Amat-G i Mébaghichvili c. Geòrgia*, n. 2507/03 27 setembre 2005, §47; *Scordino c. Itàlia*, n. 1, [GS], n. 36813/97, 29 març 2006, § 199). No es pot argumentar l'absència d'allotjament alternatiu per explicar l'in-





compliment d'una sentència que imposa el desallotjament forçós dels ocupants de l'apartament (*Prodan c. Moldàvia*, n. 49806/99, maig 18 2004, § 53) <sup>(96)</sup>.

En relació amb l'article 8 CEDH, hi ha nombroses resolucions 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 mediambientals greus; etc.) <sup>(97)</sup>, però segons s'ha exposat l'article 8 no confereix un dret a l'allotjament i tampoc el dret a viure en un lloc determinat.

En l'assumpte *Marzari c. Itàlia*, n. 36448/97, 4 maig 1999, el denunciante patia una malaltia greu i denunciava que l'havien desallotjat sense proporcionar-li un allotjament alternatiu adequat. El TEDH va concloure que el desallotjament per causa de l'impagament del lloguer era legítim, però va fer notar que, en alguns casos, les autoritats poden tenir l'obligació de proporcionar un habitatge. En aquest assumpte, el Tribunal va tenir en compte que les autoritats no només havien posposat el desallotjament del denunciante per un llarg període de temps, sinó que, de fet, havien

proporcionat un habitatge al denunciante encara que aquest el considerés inadequat i va declarar que la denúncia no tenia fonament <sup>(98)</sup>.

El dret al domicili es concep no només en relació amb el simple espai físic, sinó també amb el dret d'ús o gaudi de l'habitatge sense pertorbacions, cosa que pot comportar l'adopció de mesures públiques per a l'execució de les decisions judicials sobre l'atribució de l'ús i gaudi d'un habitatge (*Cvijetić c. Croàcia*, n. 71549/01 26 febrer 2004, §§ 51-53). Les ingerències poden ser corporals, per exemple, entrada al domicili sense autorització (*assum. Chypre c. Turquia* [GS], *assum. pral.* n. 25781/94, 1r maig 2001, § 294); ingrés en un establiment assistencial de dos dels cinc fills d'una família nombrosa per no disposar aquesta d'un habitatge adequat (*assum. Wallová i Walla c. República Txeca*, 26 octubre 2006, n. 23848/04), o incorporals, com sorolls, emissions, gasos, fums tòxics, olors, radiacions, etc. (p.ex., *assum. López Ostra c. Espanya*, n. 16798/90, 9 de desembre 1994, i *Moreno Gómez c. Espanya*, n. 4143/02, § 53, 16 novembre 2004); per causa de molèsties i aldarulls nocturns imputables a una discoteca o per diverses, en zona acústicament saturada (*Martínez Martínez c. Espanya*, n. 21532/08, 18 octubre 2011, §§ 47-54; *Cuenca Zarzoso c. Espanya*, n. 23383/12, 16 gener 2018); d'un bar (*Udovičić c. Croàcia*, n. 27310/09, 24 abril 2014, § 159) o per la passivitat de les autoritats davant les queixes per conflictes veïnals greus i

repetits (*Surugiu c. Romania*, n. 48995/99, 20 abril 2004, §§ 67-69).

El dret a no ser discriminat està salvaguardat per l'article 14 CEDH, però s'ha de invocar conjuntament amb qualsevol de les disposicions substantives del conveni; no obstant això, l'article 1 del Protocol 12 inclou una clàusula independent relativa a la no-discriminació en relació no només amb els drets protegits pel conveni, sinó també amb la discriminació en un sentit més general, inclosos tots els drets establerts en la legislació nacional i, com assenyala l'Agència dels Drets Fonamentals de la Unió Europea (FRA, 2009: 31) <sup>(99)</sup>: "Si bé cap d'aquests articles atorga explícitament el dret a l'habitatge, el Tribunal ha anat ampliant constantment la protecció que ofereix a les persones que es troben en una situació d'habitatge precari i als qui s'enfronten a un desallotjament forçós". En suma, en relació amb el dret a l'habitatge, la jurisprudència progressiva del TEDH reconeix l'existència d'obligacions positives i negatives a càrrec dels poders públics i evidencia la creixent admissió de la tutela i la justiciabilitat de diferents aspectes relatius als drets socials <sup>(100)</sup>.

**Mesures cautelars.** L'articulat del CEDH no estableix la possibilitat que el demanant pugui sol·licitar mesures cautelars, però com que "en molts supòsits, la dilació en l'adopció d'una decisió pot suposar que la violació del dret que es pretén vulnerat sigui ja irreversible i irremediable", la necessitat d'adoptar-ne es justifica perquè "la protecció que presta [el TEDH] frente a violaciones de los derechos reconocidos en el Convenio ha de ser efectiva, y no meramente formal o ilusoria" (L. LÓPEZ GUERRA, 2018: 121 ; 2013: 171).

L'adopció pel TEDH de mesures cautelars i els seus efectes vinculants, es fonamenta en el següent: d'una banda, "haciendo uso de unas mimbres normativas muchos menos sólidas, la jurisprudencia del TEDH ha convertido sus medidas cautelares en obligatorias para los Estados parte." (M. DÍAZ CREGO, 2018: 426 i ss.) I, d'altra banda, l'article 39 del Reglament de procediment del mateix TEDH <sup>(101)</sup> disposa que la Sala o, si és el cas, el president de la Secció o el jutge de guàrdia, ja sigui a instància de part o de qualsevol altra persona interessada, o d'ofici, puguin indicar a les parts qualsevol mesura cautelar que considerin que hagi de ser adoptada en interès



de les parts o del bon desenvolupament del procediment.

Segons la jurisprudència del TEDH, per dictar mesures cautelars cal que concorrin circumstàncies excepcionals que evidencin de forma plausible l'existència d'un risc imminent que es produeixi un dany greu i irreparable en el gaudi d'un dels drets del nucli dur del CEDH <sup>(102)</sup>. Tot i que el conveni no regula expressament sobre el DAV, mentre tractava de determinar si la pèrdua de l'habitatge habitual produïa una vulneració dels articles 3 o 8 CEDH, el TEDH va adoptar mesures cautelars per tal de frenar el llançament dels demandants quan el supòsit afectava col·lectius especialment vulnerables (nens, persones grans o amb alguna discapacitat) (v. assum. *Yordanova i altres c. Bulgària*, 24 abril de 2012, n. 25446/06; *Raji i altres c. Espanya*, 16 de desembre 2014, n. 3537/13; *A.M.B. i altres c. Espanya*, 28 gener 2014, n. 77842/12).

**Segons la jurisprudència del TEDH, per dictar mesures cautelars cal que concorrin circumstàncies excepcionals que evidencin de forma plausible l'existència d'un risc imminent que es produeixi un dany greu i irreparable en el gaudi d'un dels drets del nucli dur del CEDH**

*Execució de sentències.* A causa de la seva funció específica, l'execució de les sentències del TEDH té una significació especial, però no depèn del mateix Tribunal. Llevat que el TEDH ordeni expressament una mesura individual determinada (p. ex., excarceració d'una persona condemnada a pena de privació de llibertat), les sentències definitives del TEDH es consideren declaratives i obligatòries. Són els Estats signants els que es comprometen a acatar-les i els que han de decidir les vies concretes per a l'acatament en l'ordenament intern. Per la seva banda, el Comitè de Ministres d'Afers Exteriors del Consell d'Europa és l'encarregat de controlar-ne l'aplicació i de vetllar pel pagament de les eventuais reparacions econòmiques <sup>(103)</sup>. En aquest sentit, l'article 46 (*Força obligatòria i execució de les sentències*), disposa: "1. Les Altes Parts Contractants e comprometen a acatar les sentències definitives del Tribunal en els litigis en què siguin



part. 2. La sentència definitiva del Tribunal es transmetrà al Comitè de Ministres, que *vetllarà per executar-la*. 3..." (è.a.). Como ha indicat el TEDH, en l'assumpte *Hornsby c. Grècia* (19 març 1997), el dret a acudir a un tribunal en matèria civil és només un dels aspectes del "dret a un procés equitatiu", però seria "il·lusori si l'ordenament jurídic intern d'un Estat contractant permetés que la decisió judicial definitiva i obligatòria manqués d'efecte en detriment d'una de les parts".

L'incompliment eventual de la resolució constitueix un convencional il·lícit que, per raó del motiu determinant de l'incompliment, pot tenir diversa intensitat. En tot cas, l'il·lícit s'hauria de sumar a l'objecte d'incompliment ja declarat en la sentència <sup>(104)</sup>. Cal emparar la necessitat de complir i d'executar les sentències del TEDH en el dret de tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), i com assenyala, p. ex., E. GUILLÉN LÓPEZ (2018: 364), tret que es consideri que el TEDH no té caràcter d'òrgan judicial, és constitucionalment imperatiu establir un sistema que faci possible l'execució de les seves sentències, i la seva necessitat no és només una obligació des del punt de vista del CEDH <sup>(105)</sup>, sinó també un imperatiu constitucional.

Amb anterioritat a la reforma de la LOPJ de 2015 (*infra*), la doctrina –i fins i tot el Comitè de Ministres del Consell d'Europa (Res. DH, 2005/93, 26 octubre, assum. *Gabbarri Moreno c. Espanya*), posava en relleu la problemàtica derivada de la inexistència d'un mecanisme de revisió de sentències

fermes en resposta a una condemna procedent del TEDH, cosa que en la pràctica comportava, per exemple, que fossin atesos els pagaments d'una satisfacció equitativa respecte de les diferents sentències dictades contra les autoritats del nostre país, però sense que hi hagués mecanismes legals expressos per a la reobertura de procediments interns quan la vulneració del Conveni tenia l'origen en un acte o en un procediment judicial per vulneració del CEDH. En aquests casos, la recerca de solucions generalment controvertides i de resultat incert recolzava en el recurs de revisió i en el recurs d'empara davant el TC <sup>(106)</sup>.

En el dret vigent, l'article 5bis LOPJ (introd. per la LO 7/2015, de 21 de juliol) <sup>(107)</sup>, estableix que "són motiu suficient per interposar" el recurs de revisió davant el TS contra una resolució judicial ferma, quan el TEDH hagi declarat que ha estat dictada "sempre que la violació, per la seva naturalesa i gravetat, comporti efectes que persisteixin i no puguin cessar de cap altra manera que no sigui mitjançant aquesta revisió" <sup>(108)</sup>. Tot i que aquesta mesura suposa un avanç respecte de la situació anterior, la doctrina es mostra crítica amb la solució adoptada perquè, entre altres inconvenients i dubtes, en l'ordenament processal espanyol, el procediment elegit resulta aliè a la funció tradicionalment assignada al recurs de revisió, ja que aquesta classe de recursos "se fundamenta en hechos distintos a los alegados y discutidos en el proceso cuya resolución se interesa, no en una valoración jurídica distinta a la



que se realizó en el proceso ya concluido con fuerza de cosa juzgada" (J. SIGÜENZA LÓPEZ, 2016: 378 i ss.), i el legislador podia haver optat per altres alternatives o solucions específiques <sup>(109)</sup>.

## 6.2. Tribunal de Justícia de la Unió Europea

El Tribunal de Justícia de la Unió Europea (TJUE) és un òrgan comunitari, creat el 1952, amb seu a Luxemburg, que té per objecte garantir el respecte dels Tractats i el Dret de la UE i la seva interpretació i aplicació uniforme (art. 19 TUE). El TJUE controla la legalitat dels actes de les institucions de la UE; vetlla perquè els Estats membres respectin les obligacions establertes en els tractats, i interpreta el Dret de la Unió a sol·licitud dels jutges nacionals. El TJUE desenvolupa una funció harmonitzadora i facilita l'existència d'uns paràmetres mínims en l'àmbit dels drets fonamentals de la UE. Es tracta d'una de les institucions bàsiques o de primer nivell de la UE (art. 13.1 TUE). En particular, a petició d'un òrgan jurisdiccional nacional d'un Estat membre, el TJUE és competent per pronunciar-se, amb caràcter prejudicial: a) sobre la interpretació dels tractats; b) sobre la validesa i la interpretació dels actes adoptats per les institucions, òrgans o organismes de la Unió (art. 267 TFUE).

El TJUE únicament pot interpretar el Dret de la Unió dins els límits de les competències atribuïdes a la Unió Europea (interlocutòries *Vino*, C161/11, EU: C:2011:420, aptat. 25, i *Văraru y Consiliul Național pen-*

*tru Combaterea Discriminării*, C 496/14, EU: C: 2015: 312, apt. 16). Per tant, quan una situació jurídica no està compresa en l'àmbit d'aplicació del Dret de la Unió, el TJUE no té competència per conèixer sobre aquesta, i les disposicions de la Carta invocades eventualment no poden fonamentar per elles mateixes aquesta competència (interlocutòries *Balázs i Papp*, C45/14, EU:C:2014:2021, apt. 23, i *Văraru i Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării*, C496/14, EU:C:2015:312, apt. 18) <sup>(110)</sup>.

L'article 67.1 TFUE, disposa que: "1. La Unió constitueix un espai de llibertat, seguretat i justícia dins el respecte dels drets fonamentals i dels diferents sistemes i tradicions jurídics dels Estats membres.". Al seu torn, l'article 288, par. primer, el TFUE disposa que "Per exercir les competències de la Unió, les institucions adopten reglaments, directives, decisions, recomanacions i dictàmens", i la Declaració 17 relativa a les disposicions dels tractats, assenyalant que: "La Conferència fa avinent que, d'acord amb la jurisprudència consolidada del Tribunal de Justícia de la Unió Europea, els tractats i el dret adoptat per la Unió sobre la base dels tractats prevalen sobre el dret dels estats membres, en les condicions establertes per la dita jurisprudència". Així mateix, el Tractat de la Unió Europea (TUE) "reconeix" els drets fonamentals que garanteix el CEDH i els que són fruit de les tradicions constitucionals comunes als Estats membres que "formen part del Dret de la Unió com a principis generals" (art. 6.3 TUE). D'altra banda, la CDFUE "té el mateix valor jurídic que els tractats" (art. 6.1 TUE)

<sup>(111)</sup>. En conseqüència, amb abstracció de si es tracta d'una "incorporació per referència" o més aviat d'una "acceptació d'obligacions per referència" per fer més visibles aquests drets i llibertats, el fet incontrovertit és que la UE compta amb un catàleg objectiu amb valor jurídic igual al dels tractats constitutius (D. J. LIÑÁN NOGUE-RAS, 2013: 124). La Carta "opera un 'cambio de paradigma' en el modo de asumir la garantía de los derechos y libertades" <sup>(112)</sup>. Por medio de la Carta, los derechos fundamentales dejan de *pertenecer* a los jueces, dicho sea con un sentido neutro, para pasar a tomar cuerpo en una *gramática* sin duda necesitada de interpretación, pero menos de creatividad" (P. CRUZ VILLALÓN, 2017: 90).

D'altra banda, el TJUE ha incorporat el CEDH i la jurisprudència del TEDH en la seva argumentació jurídica, si bé ho ha fet en la seva consideració de principis generals, com un element d'interpretació de valor hermenèutic, però sense eficàcia jurídica directa (R. Martinon QUINTERO, 2015: 55); i encara que no hi ha mecanismes formals de coordinació entre els dos tribunals, a causa de la no-adhesió, fins al moment, de la UE al Conveni, cal observar una concordança pràctica entre la jurisprudència de tots dos tribunals que, en un procés de diàleg formal i informal, van delimitant els seus àmbits de jurisdicció respectius (L. LÓPEZ GUERRA, 2017: 163 i ss.) <sup>(113)</sup>.

Segons s'ha exposat, la finalitat principal de les sentències sobre *questions prejudicials* és garantir una aplicació uniforme del Dret comunitari perquè sempre i en qualsevol circumstància produeixi el mateix efecte en tots els Estats membres i aquestes només es poden formular per un òrgan jurisdiccional d'un Estat membre. Els efectes de la sentència varien en funció del tipus de qüestió prejudicial que s'hagi plantejat: si es tracta d'una qüestió interpretativa, l'òrgan jurisdiccional intern ha d'interpretar com digui el Tribunal de Justícia; si es tracta d'una qüestió d'invalidesa, té efecte "erga omnes" perquè anul·la aquesta norma si és contrària al Dret comunitari <sup>(114)</sup>. Como afirma MARC CARRILLO (2017: 213 i ss.), el procediment incidental de la qüestió prejudicial és "un caballo de Troya que desplaza a las jurisdicciones nacionales". La qüestió prejudicial ha esdevingut "un instrumento para la participación de los jueces nacionales en la interpretación del Derecho de la Unión

Europea". D'altra banda, el TJUE "ha extendido su poder jurisdiccional sobre la tutela [de] derechos fundamentales y, en cierto modo, ha desplazado a los tribunales constitucionales". Per a l'esmentat autor, "no es una metáfora inadecuada afirmar que este procedimiento incidental ante el Tribunal de Luxemburgo se ha convertido en la joya de la corona"<sup>(115)</sup>, en la medida que, además de fiscalizar el Derecho de la Unión por el monopolio que ostenta para enjuiciar la validez de sus actos como señaló en su sentencia del caso Foto-Frost<sup>(116)</sup>, se ha convertido también en un instrumento procesal de control indirecto de la adecuación de los Estados miembros a la legalidad europea".

**Tot i que la UE no té una competència expressa en les àrees clau de l'habitatge i el dret de propietat (art. 345 TFUE), el Dret de la UE pot incidir en aquest àmbit 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 tbé. art. 169.1 TFUE)**

Les sentències del TJUE tenen força obligatòria i despleguen l'efecte de cosa jutjada. El Tribunal resol sempre en darre- ra instància i les seves sentències no són objecte de recurs davant cap altre tribunal, excepte en el cas d'alguns recursos de caràcter extraordinari<sup>(117)</sup>. Comparades amb les sentències del TEDH, les sentències procedents del TJUE són especialment rellevants perquè vinculen de manera molt més efectiva els Estats part (art. 251 i seg. TFUE) i, segons el supòsit enjudiciat, els òrgans jurisdiccionals interns han d'acatar la resolució adoptada, poden impulsar les modificacions legislatives corresponents per acomodar la norma qüestionada al Dret europeu i, en els supòsits de desconeixement de la primacia del Dret de la UE i de la jurisprudència del TJUE, confereixen legitimació per a la interposició d'un recurs d'empara davant el TC (a.e., STC, entre altres, 58/2004, 19 abril FJ 10; 232/2015, 5 novembre, FJ 5, i 31/2019, Ple, febrer 28 2019)<sup>(118)</sup>. D'altra banda, d'acord amb l'article 4bis LOPJ (afegit per LO 7/2015, de 21 de juliol): "1. Els jutges i tribunals han



d'aplicar el dret de la Unió Europea de conformitat amb la jurisprudència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea". Com observa R. BUSTOS GISBERT (2017: 358), "el TEDH garanteix mínims de protecció, mentre que el sistema de la UE el TJUE garanteix la autonomia de tot un ordenament jurídic imposant estàndards unitaris en los que a menudo no cabe margen de maniobra", o en paraules de 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 dellos puede fijar, aunque sólo sea para su exclusivo ámbito territorial, el sentido y alcance de las normas europeas" i així ho posa de relleu, per ex., l'ATS (S. 3), de 9 juliol de 2019.

Tot i que la UE no té una competència expressa en les àrees clau de l'habitatge i el dret de propietat (art. 345 TFUE), el Dret de la UE pot incidir en aquest àmbit 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 tbé. art. 169.1 TFUE). Tot això, a dret fil, a més del que estableix especialment l'article 34 CDFUE que possibilita l'actuació en aquest àmbit (art. 4.2, lletres a i f TFUE) i en d'altres de concurrents (p. ex., eficiència energètica i accessibilitat en edificis).

En matèria de dret a l'habitatge, la interlocutòria TJUE 10 abril 2018, assum. C-125/18, ep. 8, afirma que el TJUE "ha reconegut que la pèrdua de l'habitatge familiar pot perjudicar greument aquest

dret (vegeu, en particular, en aquest sentit, les sentències de 14 de març de 2013, *Aziz*, C-415/11, EU: C: 2013: 164, apartat 61, i de 10 de setembre de 2014, *Kušionová*, C-34/13, EU: C: 2014: 2189, apartat 63)". En l'assumpte *Kušionová*, C-34/13, el Tribunal Europeu afirma que "[64]... la pèrdua d'un habitatge és una de les lesions més greus del dret al respecte del domicili i que tota persona que corri el risc de ser-ne víctima ha de poder obtenir en principi l'examen de la proporcionalitat d'aquesta mesura (vegeu les sentències del TEDH, *McCann c. Regne Unit*, demanda n. 19009/04, apartat 50, i *Rousk c. Suècia*, demanda n. 27183/04, apartat 137)"; "[65]. En el Dret de la Unió, el dret a l'habitatge és un dret fonamental garantit per l'article 7 de la Carta que el tribunal remitent ha de prendre en consideració en aplicar la Directiva 93/13".

L'accés al TJUE es pot deure a causes molt diverses; per exemple, qüestions sobre fiscalitat d'un habitatge declarat monument historicocultural (STJUE, Sala 2, de 18 de desembre de 2014, assum. C-87/13). En el marc de la normativa espanyola les qüestions suscitées sobre el DAV s'han centrat especialment en qüestions prejudicials relacionades amb la Directiva 93/13/CEE del Consell, de 5 d'abril de 1993, sobre les clàusules abusives en els contractes bancaris subscrits amb consumidors; els procediments d'execució de contractes de préstec hipotecari (espec., arts. 695 i 698 LEC), i l'article 47 CDFUE (Dret a la tutela judicial efectiva i a un jutge imparcial).





En síntesi, a títol d'exemple, cal esmentar les resolucions següents: S. Sala 1a, (decisions prejudicials ex art. 267 TFUE), de març 14 2013 (C-415/11, assum. *Aziz*)<sup>(119)</sup>; i S. de 17 juliol 2014, assum. C-169/14, *Sánchez Morcillo i altres*; S., GS, 21 desembre 2016<sup>(120)</sup>, assum. acumulats C154/15, C307/15 i C308/15, *Gutiérrez Naranjo i altres*, dec. prejs., sobre jurisprudència nacional que limita en el temps els efectes restitutoris vinculats a la declaració del caràcter abusiu, d'una clàusula terra en contractes de préstec hipotecari celebrats amb consumidors, Direc. 93/13/CEE; S., Sala 1, 26 de gener 2017, C-421/14, assum. Banc Primus, dec. prejudic.; interl. TJUE de 5 abril 2017, *B. Sabadell*, i de 3 juliol 2019, *BBVA*; STJUE (GS), 26 març 2019, assum. acumulats C-70/17 i C-179/1, *Abanca i Bankia*, i qüestions prejudicials sobre la Directiva esmentada i una clàusula de venciment anticipat d'un contracte de préstec hipotecari<sup>(121)</sup>; S., Sala 1, 21 gener 2015, qüests. prejudic., assum. acumulats C-482/13, C-484/13, C-485/13 i C-487/13, *Unicaja Banco*, i *Caixabank* (interessos de demora); S. 30 abril 2014, Sala 6, assum. C-280/13, *Barclays Bank* (àmbit d'aplicació de la Directiva 93/13); S., Sala 1, 29 octubre 2015, C-8/14, *BBVA* (termini preclusiu oposició clàusules abusives en proced. exec.); S. de 7 desembre 2017, Sala 5, C-598/15, *B. Santander* (reconeixement dels drets reals derivats de l'adquisició de l'habitatge hipotecat d'una persona física per part del Banc Santander en un procediment d'adjudicació en subhasta extrajudicial)<sup>(122)</sup>.

La declaració pel TJUE de no-compatibilitat o no-conformitat de la norma de Dret intern qüestionada respecte del que disposa el Dret comunitari, suposa que, com assenyalava el TC (SS. 58/2004, 19 abril, FJ 9; i 78/2010, Ple, octubre 20, FJ 2.b), si es planteja en l'esfera jurisdiccional una nova qüestió prejudicial materialment idèntica a una altra que ja ha estat objecte d'una decisió en un cas anàleg, l'obligació de plantejar la qüestió prejudicial desapareix (SSTJCE 27 març 1963, assum., *Da Costa* i acumulats, 28 a 30/62; i 19 de novembre 1991 (TJCE, 1991, 296 assum. *Franovich i Bonifaci* C-6 i 9/90); també desapareix quan l'aplicació correcta del Dret de la UE es pot imposar amb una tal evidència que no deixi lloc a cap dubte raonable sobre la solució a la qüestió plantejada (STJCE, 6 octubre 1982, assum. *Cilfit* 283/81)<sup>(123)</sup>.

En suma, en relació amb la interpretació de Directives, entre altres, les Directives

93/13/CEE i 2014/17/UE i l'aplicació de la CDFUE, les resolucions del TJUE reforcen una nova via per a la protecció del DAV i comporten una certa "constitucionalització" i harmonització del Dret privat europeu<sup>(124)</sup>. D'altra banda, en relació amb la protecció dels deutors davant les execucions hipotecàries, les decisions del TJUE han suposat una aplicació concurrent del principi d'efectivitat i del dret a la tutela judicial efectiva (art. 47 CDFUE) i han generat un doble efecte: contribuir activament a elevar l'estàndard de protecció jurisdiccional que assisteix els deutors hipotecaris en l'espai europeu; i posar de manifest el marge de maniobra reduït que, en aquest àmbit, subsisteix en relació amb el principi d'autonomia processal dels Estats membres (A. M. CARMONA CONTRERAS, 2017: 307 i ss.).

**Tot aquest patrimoni jurisdiccional ha posat en relleu la necessitat que el legislador espanyol emprengui les reformes legislatives d'adaptació per incorporar el cabal comunitari sobre clàusules abusives. És també responsabilitat dels òrgans judicials espanyols interpretar i aplicar les normes jurídiques de conformitat amb l'esmentat patrimoni comunitari en matèria de consum**

Tot aquest patrimoni jurisdiccional ha posat en relleu la necessitat que el legislador espanyol emprengui les reformes legislatives d'adaptació per incorporar el cabal comunitari sobre clàusules abusives. És també responsabilitat dels òrgans judicials espanyols interpretar i aplicar les normes jurídiques de conformitat amb l'esmentat patrimoni comunitari en matèria de consum<sup>(125)</sup> i ha motivat successives reformes legislatives en matèria de constitució de garanties hipotecàries, protecció dels deutors hipotecaris, clàusules abusives i procediments d'execució.

Per exemple, la sentència del cas esmentat *Aziz* va censurar durament el sistema procedimental del procés executiu hipotecari espanyol per no disposar la possibilitat de control, d'ofici o a instància de part en l'incident d'oposició, del caràcter abusiu de les clàusules en contractes amb consumidors. Per tal de solucionar

aquesta mancança s'han promulgat la Llei 1/2013, de 14 de maig, de mesures per reforçar la protecció als deutors hipotecaris, reestructuració de deute i lloguer social que, entre altres canvis legals, ha introduït aquest control judicial d'ofici (art. 552.1 LEC) i, posteriorment, per adaptar-la a la sentència *Sánchez Morcillo i Abril García* (C-169/14, EU: C:2014: 2099), el Reial decret llei 11/2014, de 5 de setembre, de mesures urgents en matèria concursal (v. preàmbul, ep. VI, i DF 3a).

Entre altres les lleis estatals harmonitzadores, de transposició o de reforma, cal esmentar les següents<sup>(126)</sup>: Llei 8/2013, de 26 de juny, de rehabilitació, regeneració i renovació urbanes; Llei 9/2015, de 25 de maig, de mesures urgents en matèria concursal; Reial decret llei 1/2017, de 20 de gener, de mesures urgents de protecció de consumidors en matèria de clàusules terra, que pren en consideració els "últims pronunciaments judicials en matèria de clàusules terra i, en particular, la Sentència de Tribunal de Justícia de la Unió Europea de 21 de desembre de 2016, en els afers acumulats C-154/15, C-307/15 i C-308/15." (Preàmb.); Reial decret llei 7/2019, d'1 de març, de mesures urgents en matèria d'habitatge i lloguer; i la rellevant Llei 5/2019, de 15 de març, reguladora dels contractes de crèdit immobiliari, que té com a objecte la transposició de la Directiva 2014/17/UE del Parlament Europeu i del Consell, de 4 de febrer de 2014 sobre els contractes de crèdit celebrats amb els consumidors per a béns immobles d'ús residencial i per la qual es modifiquen les directives 2008/48/CE i 2013/36/UE i el Reglament (UE) n. 1093/2010<sup>(127)</sup>. Aquesta Llei té per objecte establir "determinades normes de protecció de les persones físiques que siguin deutors, fidadors o garants de préstecs que estiguin garantits mitjançant una hipoteca o un altre dret real de garantia sobre béns immobles d'ús residencial o la finalitat dels quals sigui adquirir o conservar drets de propietat sobre terrenys o immobles construïts o per construir" (art. 1.1); la norma "estén el seu règim jurídic a totes les persones físiques, independentment que siguin o no consumidors. Aquesta ampliació de l'esfera subjectiva de protecció de la Llei respecte de la Directiva segueix la línia tradicional del nostre ordenament jurídic d'ampliar l'àmbit de protecció a col·lectius com els treballadors autònoms" (Preàmb. III), i en concordança amb el seu objecte, esta-

bleix modificacions en prop d'una dotzena de lleis.

En l'àmbit, per exemple, de la comunitat autònoma de Catalunya, a l'empara de les seves competències legislatives, cal esmentar les normes següents: la Llei [Gencat] 22/2010, de 20 de juliol, del Codi de consum de Catalunya (reformat en diverses ocasions i amb les modificacions disposades per la STC 54/2018, de 24 de maig), que conté previsions legals diverses sobre l'habitatge, els contractes de crèdit o préstec hipotecari sobre l'habitatge i l'arbitratge; la Llei [Gencat] 4/2016, de 23 de desembre, de mesures de protecció del dret a l'habitatge de les persones en risc d'exclusió residencial, i STC, Ple, 8/2019, de 17 de gener 2019, d'estimació parcial i declaració de nul·litat dels apartats 3, 4 i 5 de l'article 17 de la Llei) que adopta "mesures de protecció del dret a l'habitatge i serveis socials, i regula els procediments extrajudicials de resolució de conflictes derivats de les relacions de consum, amb relació a les persones físiques residents a Catalunya que es troben en situació d'exclusió residencial o que estan en risc de trobar-s'hi" (art. 1.1); i l'esmentada abans Llei [Gencat] 24/2015, de 29 de juliol, de mesures urgents per a afrontar l'emergència en l'àmbit de l'habitatge i la pobresa energètica. Aquesta Llei esmentada té per objecte "establir mecanismes destinats a resoldre les situacions de sobreendeutament de persones físiques i de famílies, per causes sobrevingudes, especialment pel que fa als deutes derivats de l'habitatge habitual, per mitjà de la regulació d'un procediment extrajudicial..." (art. 1.1); el Decret Llei 1/2015, de 24 de març, de mesures extraordinàries i urgents per a la mobilització dels habitatges provinents de processos d'execució hipotecària que introdueix diverses mesures per "mobilitzar directament els parcs d'habitatges sotmesos a processos d'execució hipotecària" i afavorir "l'interès i la funció social d'aquests habitatges i tendeixin a possibilitar que les famílies residents en aquests habitatges puguin romandre-hi en règim de lloguer" (Preàmb.). D'altra banda, la Llei [Gencat] 18/2007, de 28 de desembre, del dret a l'habitatge, que entre altres finalitats, té per objecte "fer efectiu el dret a un habitatge digne i adequat, establert per la Constitució i per l'Estatut, i la resta de drets constitucionals connexos" (art. 2.a), ha estat modificada en diverses ocasions.



### 6.3. Carta Social Europea

El text de la primera Carta Social Europea (CSE) va ser aprovat a Torí (1961) pels Governos signataris, membres del Consell d'Europa, i tenia per finalitat garantir sense discriminació dels "drets socials" i "desplegar en comú tots els esforços possibles per millorar el nivell de vida i promoure el benestar de totes les categories de les seves poblacions ... " (Preàmb.). La Carta es referia a 19 drets socials i el seu contingut va ser revisat el 1996. El nou text afegeix drets nous, en modifica alguns dels ja existents i incorpora el Protocol addicional de 1988, que havia introduït 4 nous drets a la Carta de 1961. La CSE revisada comprèn un total de 31 drets socials i ofereix un nivell de protecció social molt més elevat <sup>(128)</sup>. A mesura que s'incorporin al nou text les parts signatàries, la CSE de 1996 substitueix el text anterior. La Carta Social Europea evidencia la voluntat comunitària d'aconseguir un mercat interior amb dimensió social. En el Dret espanyol la CSE ha merescut un reconeixement limitat, però molts dels drets que s'hi estableixen han inspirat i s'han incorporat a la CDFUE <sup>(129)</sup> i això comporta que, d'una manera o altra, nombroses normes promulgades prevegin sobre aquests drets <sup>(130)</sup>.

La CSE esmenta el DAV a la part I i, en concret, disposa sobre l'habitatge com segueix: en relació amb el "Dret de les persones discapacitades", a "permetre'ls accedir als transports, a l'habitatge i a les activitats culturals i de lleure" (art. 15.3); en referir-se al "Dret de la família a la protecció social,

jurídica i econòmica", amb previsió de "suport a la construcció d'habitatges adaptats a les necessitats de les famílies" (art. 16); i al "Dret de les persones d'edat avançada a la protecció social", amb previsió de "permetre a les persones d'edat avançada triar lliurement el seu estil de vida [...] mitjançant: a) la disponibilitat d'habitatges adaptats a les seves necessitats i al seu estat de salut o d'ajuts adequats per a l'adaptació del seu habitatge; ... " (art. 23); en relació amb el "Dret a la protecció contra la pobresa i l'exclusió social", amb el compromís "en el marc d'un plantejament global i coordinat per promoure l'accés efectiu, en particular a l'ocupació, a l'habitatge, a la formació, a l'ensenyament, a la cultura, i a l'assistència social i mèdica ..." (art. 30). Finalment, com a norma més rellevant pel seu abast general, l'article 31 ("Dret a l'habitatge") es refereix al compromís de les parts signatàries d'"adoptar mesures" destinades a garantir l'exercici efectiu del DAV com segueix: "1. a afavorir l'accés a l'habitatge d'una qualitat suficient; 2. a prevenir i a pal·liar la situació de manca de llar amb vista a eliminar progressivament aquesta situació; 3. a fer assequible el preu dels habitatges a les persones que no disposen de recursos suficients".

En referir-se a aquest article, l'Informe explicatiu del Consell d'Europa afirma que la disposició esmentada "obliga les parts, en la mesura del possible, a prendre mesures per tal d'eliminar progressivament el sensellarisme, promoure l'accés a l'habitatge d'un nivell suficient i procurar que el cost d'accés a l'habitatge sigui assequi-



ble per a les persones que no disposen de recursos suficients. Habitatge "suficient" significa habitatges amb un nivell acceptable sanitariament. Per a una definició dels termes "que no disposen de recursos suficients" cal remetre's a l'article 13" (ep.118) <sup>(131)</sup>; "Correspon a les autoritats competents de cada Estat determinar, en l'àmbit nacional, les normes nacionals acceptables en matèria d'habitatge." (ep. 119).

La interpretació del Consell Europeu de Drets Socials a l'apartat 1 de l'article esmentat, és la següent: "La noció d'habitatge adequada ha de ser definida per una norma legal. S'entén per 'habitatge de qualitat suficient', un habitatge salubre, amb estructures saludables, sense amuntegament, i amb garanties legals possessòries. Incumbeix als poders públics oferir els mitjans necessaris perquè l'habitatge sigui d'un nivell adequat i que els terminis d'espera per gaudir d'un habitatge no siguin excessius. Perquè sigui eficaç, el dret a un habitatge adequat ha d'estar protegit jurídicament. Hi ha d'haver garanties processals adequades. El resident o futur resident ha de poder accedir a procediments judicials que siguin imparcials i tinguin un cost assumible" <sup>(132)</sup>.

En síntesi, la Part I de la nova CSE estableix que "Les parts reconeixen com a objectiu de la seva política que s'ha de seguir per tots els mitjans adequats, tant de caràcter nacional com internacional, l'establiment de les condicions en què puguin fer-se efectius els drets i els principis següents: ...". Entre aquests drets, hi ha la

previsió següent: "31. Tota persona té dret a l'habitatge."

La Part II de la CSE estableix que "Les parts es comprometen a considerar vinculades, en la forma disposada en la Part III, per les obligacions que estableixen els articles i els paràgrafs següents". En aquesta part hi figura el text de l'article 31 esmentat.

La Part III inclou 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: "a considerar la Part I d'aquesta Carta com una declaració dels objectius que provarà d'aconseguir per tots els mitjans adequats ..."; a considerar-se obligada per almenys sis dels nou articles de la Part II (entre aquests articles no hi ha l'article 31); i, "a considerar-se obligada pel nombre addicional d'articles o paràgrafs numerats de la Part II de la Carta que ella triï, sempre que el nombre total dels articles i dels paràgrafs numerats als quals està obligada no sigui inferior a setze articles o seixanta-tres paràgrafs numerats"; i en qualsevol moment la part pot afegir qualsevol altre article o paràgraf numerat de la Part II de la Carta que no hagués acceptat amb anterioritat. L'article B disposa sobre els vincles amb la Carta Social Europea i el Protocol Addicional de 1988, en el sentit que continua vigent la vinculació amb els textos anteriors, amb el contingut al qual l'Estat part s'hagués obligat i l'acceptació 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, quedi sense efecte la vinculació esmentada.

La Part IV regula qüestions diverses relatives a la supervisió i l'admissió de "reclamacions col·lectives". Hi ha dos sistemes de control per supervisar l'aplicació per part dels Estats: el sistema d'informes i el procediment de reclamacions col·lectives que va ser introduït en el Protocol addicional de 1995 (en vigor el 1998), per als Estats acceptants, per la qual cosa el primer sistema és el que té més aplicació. La Part V es refereix a l'aplicació general del principi de no-discriminació; suspensió possible de les obligacions previstes a la Carta; no-afectació respecte d'altres disposicions de Dret intern o internacional més favorables que les es regulen a la Carta; desenvolupament normatiu; i esmenes a la Carta. Finalment, la Part VI es refereix a la signatura, la ratificació i l'entrada en vigor, l'aplicació territorial, la denúncia i les notificacions de la Carta i inclou un annex a la Carta revisada <sup>(133)</sup>.

#### 6.4. Carta dels Drets Fonamentals de la Unió Europea (CDFUE)

Segons l'article 2 TUE, la Unió "es fonamenta en els valors de respecte de la dignitat humana, llibertat, democràcia, igualtat, Estat de Dret i respecte dels drets humans, inclosos els drets de les persones pertanyents a minories. Aquests valors són comuns als Estats membres en una societat caracteritzada pel pluralisme, la no-discriminació, la tolerància, la justícia, la solidaritat i la igualtat entre dones i homes". La protecció comunitària en matèria de drets humans es basa en la CDFUE, el CEDH i en els "que són fruit de les tradicions constitucionals comunes als Estats membres" (art. 6 TUE). L'article 7 TUE disposa que el Consell Europeu, complerts els procediments previstos a aquest efecte, pugui dirigir recomanacions o suspendre determinats drets dels Estats membres quan es constati l'existència d'una violació greu i persistent per part d'un Estat membre dels valors previstos en l'article 2 <sup>(134)</sup> i, des de l'any 1993, amb debat previ, el Parlament Europeu adopta sengles resolucions anuals sobre la situació dels drets fonamentals a Europa <sup>(135)</sup>.

Segons el preàmbul de la CDFUE, la Carta reafirma, en l'àmbit de la UE i les seves competències i sobre la base del principi



de subsidiarietat, “els drets que emanen, en particular, de les tradicions constitucionals i les obligacions internacionals comunes als Estats membres”, del CEDH, les Cartes Socials adoptades per la Unió i pel Consell d'Europa, com també de la jurisprudència del TJUE i del TEDH. “En aquest context, els òrgans jurisdiccionals de la Unió i dels Estats membres interpretaran la Carta atenent degudament les explicacions elaborades sota l'autoritat del Praesidium de la Convenció que va redactar la Carta i actualitzades sota la responsabilitat de Praesidium de la Convenció Europea”.

La Carta segueix un enfocament nou perquè supera la tradicional separació o distinció internacional entre DCP i DESC (o, abreujadament, drets socials) i integra en un text unitari els drets de diverses generacions, però, respecte de l'efectivitat, la immediatesa i l'abast concrets d'aquests, la doctrina adverteix sobre els condicionants que els delimiten <sup>(136)</sup>. La Carta s'adreça a les institucions, òrgans i organismes de la Unió i als Estats membres únicament quan apliquin el Dret de la Unió i no amplia l'àmbit d'aplicació del Dret de la Unió més enllà de les competències de la Unió, ni crea cap competència o missió noves per a la Unió, ni modifica les competències i les missions definides en els Tractats (art. 51 CDFUE).

Qualsevol limitació de l'exercici dels drets i de les llibertats reconeguts per la Carta ha de ser establerta per la Llei i respectar el contingut essencial d'aquests drets i llibertats. Quan siguin necessàries, les limitacions han de respectar el principi de proporcionalitat i respondre efectivament a objectius d'interès general reconeguts per la Unió o a la necessitat de protecció dels drets i de les llibertats dels altres. Quan la Carta contingui drets que corresponguin a drets garantits pel CEDH, el seu sentit i el seu abast seran iguals als que els confereix aquest Conveni, però això no obsta el fet que el Dret de la Unió concedeixi una protecció més extensa. En la mesura que la Carta reconegui drets fonamentals resultants de les tradicions constitucionals comunes als Estats membres, aquests drets s'interpretaran en harmonia amb les tradicions esmentades. Les explicacions elaborades per guiar en la interpretació d'aquesta Carta han de ser tingudes en compte degudament pels òrgans jurisdiccionals de la Unió i dels Estats membres (art. 52 CDFUE).



Les disposicions de la Carta no es poden interpretar com limitadores o lesives dels drets humans i les llibertats fonamentals reconeguts, en el seu àmbit d'aplicació respectiu, pel Dret de la Unió, el Dret internacional i els convenis internacionals dels quals són part la Unió o tots els Estats membres i, en particular, el CEDH, com també per les constitucions dels Estats membres (art. 53). La Carta estableix la “prohibició d'abús de drets” d'activitats o actes, tendents a la destrucció dels drets reconeguts en aquesta Carta o de limitacions més àmplies que les previstes a la Carta (art. 54).

La invocació dels principis reconeguts en la Carta davant els òrgans jurisdiccionals, només es pot efectuar respecte de la interpretació i del control dels actes legislatius i executius adoptats pels òrgans i per les institucions de la Unió i, si és el cas, pels Estats quan apliquin el dret de la Unió. En conseqüència, no és possible al·legar aquests principis aïlladament davant la jurisdicció, sinó que sempre han de ser invocats en relació amb un acte legislatiu o executiu concret, que hagi pogut conculcar-los. Les legislacions i les pràctiques nacionals s'han de tenir quan la mateixa Carta la invoqui <sup>(137)</sup>.

Pel que fa a l'*habitatge* (art. 34.3 CDFUE) i la protecció dels consumidors, cal exposar el següent:

En primer lloc, “En el Dret de la Unió, el dret a l'habitatge és un dret fonamental garantit per l'article 7 de la Carta que el

tribunal [nacional] remitent ha de prendre en consideració en aplicar la Directiva 93/13” (STJUE, S. 3a, de 10 setembre 2014, *Kušionová*, C34/13, ap. 65) <sup>(138)</sup>. Malgrat que en el Dret intern el DAV tingui caràcter de principi rector (art. 47 CE), com que tots els poders públics han d'aplicar el Dret de la Unió, això implica el reconeixement necessari i salvaguarda efectiva dels drets reconeguts en el Dret de la UE (principi d'efectivitat).

En segon lloc, la pèrdua de l'habitatge familiar “no només pot lesionar greument el dret dels consumidors (sentència *Aziz*, EU:C:2013:164, apartat 61), sinó que també posa la família del consumidor en una situació particularment delicada (vegeu en aquest sentit la interlocutòria del president de Tribunal de Justícia, assum. *Sánchez Morcillo i Abril García i BBVA*, EU:C:2014:1388, apartat 11)” (*ibdm.*, ap. 63). El TEDH ha estimat que la pèrdua d'un habitatge lesiona greument el dret al respecte del domicili i que tota persona que corri el risc de ser-ne víctima ha de poder obtenir en principi l'examen de la proporcionalitat d'aquesta mesura (SSTEDH, *McCann c. Regne Unit*, demanda n. 19009/04, apartat 50 i *Rousk c. Suècia*, demanda n. 27183/04, apartat 137) (*ibdm.*, ap. 64).

En tercer lloc, la rellevància que revesteix la protecció dels consumidors respecte de l'existència de clàusules abusives en els contractes crediticis amb garantia d'un habitatge familiar en el qual resideix el deutor. A aquest efecte, “l'article 38 de la Carta disposa que, en les polítiques de la



Unió, s'ha de garantir un nivell elevat de protecció dels consumidors. L'article 47 de la Carta reconeix el dret a la tutela judicial efectiva. Aquests imperatius regeixen l'aplicació de la Directiva 93/13 (vegeu en aquest sentit la sentència *Pohotovost*, EU:C:2014:101, apartat 52) (*ibdm.*, ap. 52).

En quart i darrer lloc, en relació amb l'article 11, apt. 1.d, de la Directiva 2003/109/CE del Consell, de 25 de novembre de 2003, relativa a l'estatut dels nacionals de tercers països residents de llarga durada i, en virtut del principi de no-discriminació, la STJUE (GS), assum., *Kamberaj*, C-571/10, declara que la norma nacional italiana que estableix el repartiment dels fons destinats a la concessió d'un ajut a l'habitatge, amb un tracte diferent per al nacional d'un país tercer que gaudeix de l'estatut de resident de llarga durada respecte del tracte conferit als seus nacionals, no és conforme amb la Directiva sempre que la dita ajuda estigui compresa en una de les tres categories previstes en aquesta disposició i que no sigui aplicable l'apartat 4 d'aquest mateix article.

#### 6.5. Defensor del Poble Europeu

La figura de *Defensor de el Poble Europeu* va ser creada pel Tractat de Maastricht (1993), amb motiu de la introducció de la ciutadania de la Unió i constitueix una via institucional de garantia de drets davant les activitats o les omissions de les institucions i dels òrgans de la Unió que puguin deure's a una mala administració <sup>(139)</sup>. La font d'inspiració per crear aquesta figura es troba en els defensors del poble nacionals, el primer exponent del qual va ser l'*Ombudsman* que va establir la Constitució sueca de 1809 <sup>(140)</sup>.

D'acord amb l'article 43 CDFUE, qualsevol ciutadà de la Unió o qualsevol persona física o jurídica que resideixi o tingui el seu domicili social en un Estat membre té dret a sotmetre al *Defensor del Poble* de la Unió els casos de mala administració en l'acció de les institucions o dels òrgans comunitaris, amb exclusió del Tribunal de Justícia i del Tribunal de Primera Instància en l'exercici de les seves funcions jurisdiccionals <sup>(141)</sup>. El dret garantit per aquest article és el que garanteixen els articles 20 i 228 del TFUE (art. 52.2 CDFUE).

El concepte de "mala administració" és ampli i, llevat de les excepcions indicades,

engloba totes les formes d'administració inadequada o deficient, la qual cosa pot tenir lloc quan: un òrgan no actua de conformitat amb el Dret; no compleix els principis de bona administració; o infringeix els drets fonamentals. Dins aquest concepte s'inclou l'adopció, per part de les institucions o els òrgans de la Unió, de mesures que comportin una aplicació deficient o inadequada d'una norma, com ara negligències o irregularitats administratives, abusos d'autoritat, desviacions de poder o discriminació per qualsevol causa.

**Segons el preàmbul de la CDFUE, la Carta reafirma, en l'àmbit de la UE i les seves competències i sobre la base del principi de subsidiarietat, "els drets que emanen, en particular, de les tradicions constitucionals i les obligacions internacionals comunes als Estats membres", del CEDH, les Cartes Socials adoptades per la Unió i pel Consell d'Europa, com també de la jurisprudència del TJUE i del TEDH**

El recurs al Defensor el Poble és un mitjà alternatiu al dret a obtenir una reparació jurídicament vinculant en els tribunals i el seu àmbit d'actuació pot ser més ampli perquè el concepte de mala administració no es limita només a actes il·legals, cosa que implica que el supòsit pugui existir encara que l'Administració hagi complert totes les seves obligacions jurídiques; en aquests casos, no tindria sentit anar a un tribunal i només el Defensor del Poble pot ajudar.

El servei del Defensor el Poble és un servei independent i imparcial que no té, necessàriament, el mateix objectiu que el previst en els procediments judicials. A diferència d'un tribunal, el Defensor del Poble no pot anul·lar actes il·lícits i, a diferència dels tribunals, les seves opinions respecte de la correcta interpretació o aplicació de la Llei no són jurídicament vinculants, però, precisament per aquest motiu, el Defensor del Poble pot buscar solucions flexibles als problemes, per exemple proposant solucions amistoses de caràcter menys formal que, de vegades, poden servir per resoldre situacions susci-

tades dins l'Administració per mitjà d'un diàleg constructiu amb més eficàcia que la recerca de resposta a les normes i als principis jurídics. També dialoga de forma periòdica i estructurada amb les institucions europees per millorar la qualitat de l'Administració de la UE i fomentar el respecte dels drets dels ciutadans <sup>(142)</sup> i presenta informes anuals sobre el conjunt de les seves activitats. Quan el Defensor del Poble comprovi un cas de mala administració, ho ha de posar en coneixement de la institució, l'òrgan o l'organisme implicat perquè, en un termini màxim de tres mesos, haurà d'exposar la seva posició davant el Defensor. Aquest remetrà a continuació un informe al Parlament Europeu i a la institució, l'òrgan o l'organisme interessat. La persona de qui emani la reclamació ha de ser informada del resultat d'aquestes investigacions (art. 228.II TFUE).

#### 6.6. Dret de petició al Parlament Europeu

Els ciutadans de la UE i les persones físiques o jurídiques, independentment de la seva nacionalitat, que tinguin la residència o el domicili social en un Estat membre de la Unió, tenen dret, a títol individual o col·lectiu, a adreçar peticions al Parlament Europeu sobre assumptes propis dels àmbits d'actuació de la UE que els afectin directament (art. 44 CDFUE i arts. 20.2.d), 24 i 227 del TFUE). En el Títol IX (De les peticions, arts. 215 a 218) del Reglament intern de Parlament Europeu es regulen els detalls relatius a l'exercici del dret de petició. Les peticions presentades han d'estar redactades en una llengua oficial de la Unió i ha de constar-hi el nom i el domicili dels peticionaris. Les peticions són estudiades a la Comissió del Parlament Europeu competent per raó de la matèria objecte de la petició, i poden arribar, si és el cas, a ser objecte d'una resolució per part de Ple de l'Eurocambra.

#### 6.7. Comissió Europea

La Comissió Europea no és un òrgan que tingui per finalitat específica la protecció dels drets humans, però ha d'actuar de conformitat amb el marc normatiu que regeix la UE en aquesta matèria (art. 2 i 6 TUE), i els seus acords són susceptibles de denúncia davant el TJUE. També hi ha mecanismes de queixa i de denúncia dels ciutadans davant la Comissió per possibles incompliments del Dret de la UE que dis-

posen expressament sobre la protecció de determinats drets humans i sobre l'accés en termes d'igualtat de tracte i de no-discriminació, a béns i a serveis (p. ex., Directives, 2000/78/CE del Consell, de 27 de novembre de 2000, relativa a l'establiment d'un marc general per a la igualtat de tracte en el treball i l'ocupació, i 2000/43 del Consell, de 29 de juny de 2000, relativa a l'aplicació del principi d'igualtat de tracte de les persones independentment del seu origen racial o ètnic<sup>(143)</sup>; Reglament (UE) n. 492/2011 del Parlament Europeu i del Consell, de 5 d'abril de 2011, relatiu a la lliure circulació dels treballadors dins la Unió).

## 7. Conclusions

1. El gaudi d'un habitatge digne i adequat constitueix una necessitat humana bàsica. El reconeixement del dret a l'habitatge; la seva adequada satisfacció funcional i protecció; la política habitacional en els supòsits de vulnerabilitat o d'exclusió social, i la provisió d'espais adequats per a les persones en situacions de vulnerabilitat o de dependència física, mental o sanitària o sense llar, estan àmpliament reconegudes en l'esfera convencional internacional, en el Dret europeu i en les legislacions internes dels països.

2. En comparació amb els drets humans polítics i civils de primera generació, en el seu caràcter de dret humà de segona generació, el reconeixement i la implementació i la provisió efectiva del dret a un habitatge digne i adequat per part dels poders públics en els drets nacionals interns respectius pot ser més o menys intens en funció del grau d'acceptació, d'efectivitat i d'exigibilitat del dret, les polítiques legislatives de tota mena seguides sobre el tema, i els mitjans, les facilitats i els recursos públics destinats a aquesta finalitat.

3. En el Dret constitucional espanyol el dret a gaudir d'un habitatge digne i adequat no es configura com un dret fonamental, sinó que constitueix un dels principis rectors de la política econòmica i social. No obstant això, per previsió constitucional expressa, els poders públics han de promoure les condicions necessàries i establir les normes pertinents per fer efectiu el dret a l'habitatge. Així mateix, l'Estat espanyol, com a Estat part, ha de complir els compromisos internacionals assumits i el Dret de la UE i

reconèixer, aplicar i salvaguardar de manera efectiva les seves previsions (principi d'efectivitat).

4. Les obligacions assumides pels Estats part del PIDESC consisteixen a respectar, promoure, protegir, complir les seves previsions i adoptar mesures, especialment econòmiques i tècniques i fins al màxim dels recursos de què disposin per aconseguir progressivament, per tots els mitjans apropiats, la plena efectivitat dels drets reconeguts en el Pacte.

5. En els Estats membres de la Unió Europea regeix el principi de primacia del Dret de la Unió Europea i, en els àmbits en què sigui procedent, aquells han d'aplicar i d'acatar les resolucions adoptades sobre això.

**El servei del Defensor el Poble és un servei independent i imparcial que no té, necessàriament, el mateix objectiu que el previst en els procediments judicials**

6. En el Dret europeu s'han de considerar, fonamentalment, les previsions contingudes en la CDFUE i l'efecte vinculant de les resolucions del TJUE. Segons la jurisprudència del TJUE, en el Dret de la UE, el dret a l'habitatge és un dret fonamental garantit per l'article 7 CDFUE.

7. En relació amb el DAV i la protecció dels consumidors deutors hipotecaris, cal observar que la transposició de les directives comunitàries al Dret intern i les resolucions del TJUE han tingut especial repercussió en la pràctica processal i la legislació interna de desenvolupament.

8. A més dels sistemes i garanties de control intern i dels avenços en la implementació del DVAD i de la seva exigibilitat efectiva en els casos previstos legalment, és fonamental la supervisió i el control internacional, europeu i judicial dels drets humans, en els termes previstos en els textos convencionals i tractats i en el Dret Europeu, ja que sense l'existència de procediments adequats a aquesta finalitat es podria plantejar la qüestió de la seva finalitat, utilitat i eficàcia i si, en cada cas, es tracta realment d'un dret.

9. Els procediments per a la supervisió i el control internacional dels pactes convencionals i el Dret europeu són especialment útils per a verificar-ne i millorar-ne el compliment efectiu i corregir les llacunes i insuficiències que es puguin observar en el Dret intern dels Estats part.

10. Les polítiques públiques per promoure i assegurar el DAV i l'existència d'habitatges socials adequats i assequibles, poden recolzar en mesures directes i indirectes. El sector públic pot procedir a la promoció directa d'habitatges socials; establir ajuts i subvencions; lluitar contra l'exclusió social i habitacional; facilitar la redistribució de rendes i la igualtat d'oportunitats, i establir un ampli marc normatiu de protecció d'usuaris i consumidors en totes les modalitats possibles. Per aconseguir la col·laboració activa del sector privat i una provisió suficient d'habitatges assequibles, cal que hi hagi un marc jurídic global favorable que incentivi, asseguri i protegeixi eficaçment els interessos socioeconòmics de totes les parts interessades.

## BIBLIOGRAFIA

Abramovich, Victor; Courtis, Christian, 2001, *Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales*, en Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho, ISSN-e 1138-9877, n. 4, 2001 (Exemplar dedicat a: Seminario "El contenido mínimo de los derechos sociales de los inmigrantes. Propuestas e indicadores de evaluación. (Valencia, 26 i 27 de novembre de 2001)) [http://repositoriocdpd.net:8080/bitstream/handle/123456789/429/Art\\_CourtisC\\_ApuntesExigibilidadJudicial\\_2001.pdf?sequence=1](http://repositoriocdpd.net:8080/bitstream/handle/123456789/429/Art_CourtisC_ApuntesExigibilidadJudicial_2001.pdf?sequence=1)

Aguilar Gualda, Salud de; García Corral, Adriana; García Cerezo, Pablo, 2017, *Análisis constitucional y propuestas de mejora para la protección de derechos fundamentales en España (I)*, pàg. 7-60, dins Aletheia, Cuadernos Críticos del Derecho. 1-2017. ISSN: E 1887-0929. [http://www.liberlex.com/archivos/derechos\\_fundamentales\\_17.pdf](http://www.liberlex.com/archivos/derechos_fundamentales_17.pdf)

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 Direitos Fundamentais & Justiça n. 14, gener-març, 2011 <https://www.>





unioviedo.es/constitucional/miemb/ala-  
ez/pdf/Derechoalaviviendadigna.pdf

Arias Martínez, M. A., 2019, *Las competencias autonómicas en materia de vivienda frente a las competencias estatales de carácter transversal en la reciente jurisprudencia constitucional*, pàg. 106-121, en REALA. Nueva Época – n. 11, Abril-Septiembre 2019 – ISSN: 1989-8975 – DOI: 10.24965/reala.v0i11.10602 (r.e.)

Belorgey, Jean-Michel, 2007, *La Carta Social Europea del Consejo de Europa y su órgano de control: el Comité Europeo de Derechos Sociales*, pàg. 349-377, dins Revista de Derecho Político, n. 70, 2007 [http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:Derechopolitico-2007-70-5FEF2A71&dsID=carta\\_soci-al.pdf](http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:Derechopolitico-2007-70-5FEF2A71&dsID=carta_soci-al.pdf)

Benito Sánchez, J. C., 2019, *Los pronunciamientos del Comité DESC sobre derecho a la vivienda relativos a España. Respuestas jurisprudenciales y legislativas*, pàg. 579-603, dins Lex Social, vol. 9, n. 2 [https://www.upo.es/revistas/index.php/lex\\_social/article/view/4228](https://www.upo.es/revistas/index.php/lex_social/article/view/4228)

Blanco Saralegui, José M., Blázquez Martín, Raquel, 2019, *Jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo en materia de cláusulas abusivas en productos bancarios. Especial referencia a préstamos hipotecarios*, pàg. 1632-1650, dins RCDI n. 773, Madrid.

Bosch, Jordi, Trilla, Carme, 2019, *Sistema de vivienda y estado del bienestar. El caso español en el marco europeo*, adaptación por 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>

Boullosa, Nicolás, 2012, *Arquitectura nómada: el mínimo común denominador habitable* <https://faircompanies.com/articles/arquitectura-nomada-el-minimo-comun-denominador-habitable/>

Bustamante Donas, J., 2010, *La cuarta generación de derechos humanos en las redes digitales*, pàg. 80-89, Revista Telos, octubre-diciembre 2010, Madrid <https://telos.fundaciontelefonica.com/archivo/numero085/la-cuarta-generacion-de-derechos-humanos-en-las-redes-digitales/>

Bustos Gisbert, R., 2017, *La aplicación judicial de la CDFUE; un decálogo a partir de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, pàg. 333-359, en UNED. Teoría y Realidad Constitucional, n. 39, 2017, Madrid <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6800259>

Camisón Yagüe, José Á., 2011, *Leciones básicas de Derecho e Instituciones de la Unión Europea*, AA.VV., coord. José Ángel Camisón Yagüe, (Manuales UEX, ISSN 1135-870-X; 76) ISBN 978-84-7723-948-2, Universidad de Extremadura, Servicio de Publicaciones, Cáceres <http://dehesa.unex.es/bitstream/handle/10662/3134/978-84-7723-948-2.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Carlotti, Marie-Arlette, 2016, *L'effectivité du Droit Au Logement Opposable - Mission d'évaluation dans 14 départements*, informe para el Ministro de la Vivienda y el Alojamiento Duradero, Francia [http://www.hclpd.gouv.fr/IMG/pdf/Rapport\\_mission\\_Carlotti\\_-\\_Dec\\_2016\\_Vmail.pdf](http://www.hclpd.gouv.fr/IMG/pdf/Rapport_mission_Carlotti_-_Dec_2016_Vmail.pdf)

Carmona Contreras, A. M., 2017, *La construcción por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de un estándar común de protección de derechos del consumidor en los procedimientos de ejecución hipotecaria*, pàg. 307-332, dins UNED. Teoría y Realidad Constitucional, n. 39, 2017, pàg. 307-332 <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/461326>

Carrasco Durán, M., 2005, *La interpretación de la competencia del Estado sobre las bases y la coordinación de la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13ª de la Constitución)*, pàg. 155-94, en Revista de Derecho Político, n. 62, 2005, <http://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/view/8948/8541>

Carretero del Barrio, Ignacio, 2018, *La Burbuja Inmobiliaria en España*, trabajo de fin de grado, tut. J. Mª Gómez García, Facultad de CC.EE i EE., Universidad de Valladolid, Valladolid <http://uvadoc.uva.es/bitstream/handle/10324/34498/TFG-E-670.pdf?jsessionid=46CA7D62478E477CC-405F79ECD9333F9?sequence=1>

Carrillo, Marc, 2017, *Sobre el Tribunal de Luxemburgo y la tutela de derechos*, pàg. 213-234, dins UNED. Teoría y Realidad Constitucional, n. 39, 2017, Madrid <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/461326>

Cascajo Castro, José Luis, 2009, *Los derechos sociales, hoy*, pàg. 21-42, en Revista catalana de Dret públic, n. 38, 2009 <http://revistes.eapc.gencat.cat/index.php/rcdp/article/view/2173/n38-cascajo-en.pdf>

Churchill, Robin R.; Khaliq, Urfan, 2004, *The Collective Complaints System of the European Social Charter: An Effective Mechanism for Ensuring Compliance with Economic and Social Rights?*, pàg. 417-456, en EJIL (2004), Vol. 15 n. 3 (rec. elec.).

Copette, A. 2016, *Le droit au logement et le sans-abrisme en Belgique*, trabajo de fin de estudios master en derecho, dir. J. Fierens, Faculté de Droit, de Science Politique et de Criminologie, Université de Liège, Bélgica <https://matheo.uliege.be/bitstream/2268.2/1149/4/TFE-Copette-Alexandra%202016.pdf>

Cortina, Albert, 2019, *Derechos humanos y digitales universales. Hacia un nuevo contrato sociodigital*, pàg. 125-129, Telos, 110, abril 2019 <https://telos.fundaciontelefonica.com/wp-content/uploads/2019/04/telos-110-regulacion-albert-cortina.pdf>

Costes, L., 2011, *Del 'derecho a la ciudad' de Henri Lefebvre a la universalidad de la urbanización moderna*, pàg. 1-12, en URBAN, setembre 2011/febrer 2012, NS02. <http://www2.aq.upm.es/Departamentos/Urbanismo/institucional/numero-ns/ns02-2011/>

Cuena Casas, Matilde, 2015, *Mecanismos de protección del patrimonio familiar: inembargabilidad y patrimonio separado*, pàg. 329-346, dins Reseña Legislativa Española y Comparada, RCP n. 23 – 2015 <https://eprints.ucm.es/34807/1/Mecanismos%20protecci%C3%B3n%20publicado.pdf>

Cruz Villalón, P., 2012, *Rights in Europe: The Crowded House*, pàg. 1-20, King's College London, Working Papers on European Law, Working Paper 61/2012. Londres <https://www.kcl.ac.uk/law/research/centres/european/research/CELWPEL-012012FINAL.pdf>

Cruz Villalón, P., 2017, *El valor de posición de la carta de derechos fundamentales en la comunión constitucional europea*, pàg. 85-101, dins UNED. Teoría y Realidad Constitucional, n. 39, 2017,

Madrid <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/461326>

Diamandouros, Paraskevas Nikiforos, 2013, *Derecho administrativo de la UE: perspectiva del Defensor del Pueblo Europeo*, pàg. 367-381, dins Revista de Administración Pública, ISSN: 0034-7639, n. 191, maig-agost, 2013, Madrid <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4386740>

Díaz Crego, M., 2018, ¿Tomando la justicia cautelar en serio?: las medidas provisionales en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pàg. 425-451, dins UNED. Teoría y Realidad Constitucional, n. 42, 2018 <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6800417>

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 Chile, Chile [https://www.academia.edu/15726967/Manual\\_Sobre\\_Justiciabilidad\\_de\\_Derechos\\_Sociales\\_para\\_Jueces\\_de\\_Iberoamerica](https://www.academia.edu/15726967/Manual_Sobre_Justiciabilidad_de_Derechos_Sociales_para_Jueces_de_Iberoamerica)

Farha Leilani, 2015, *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*, Asamblea General, ONU, Consell de Drets Humans, 30 de desembre de 2015 <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G15/294/55/PDF/G1529455.pdf?OpenElement>

- 2016, *La vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado*, Septuagésimo primer período de sesiones, Asamblea General, ONU, 8 agost 2016 <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N16/253/05/PDF/N1625305.pdf?OpenElement>

Galiana Saura, Ángeles, 2017, *La vivienda como objeto de estudio desde el derecho: la vivienda como derecho humano y la cátedra UNESCO sobre vivienda*, pàg. 129-144, dins Hábitat y Sociedad (ISSN 2173-125X), n. 10, novembre de 2017, Universidad de Sevilla (rec. elec.).

García Espinar, Javier, s.f., *Tabla de Derechos Humanos 2.0. Cuadro de normas y mecanismos para la protección de los De-*

*rechos Humanos*, Fundación Acción Pro Derechos Humanos <https://www.derechoshumanos.net/derechos/index.htm>

García Macho, Ricardo, 2009, *Los derechos fundamentales sociales y el derecho a una vivienda como derechos funcionales de libertad*, pàg. 67-96, Revista Catalana de Dret Públic, n. 38, 2009 <http://revistes.eapc.gencat.cat/index.php/rcdp/article/view/2175/n38-garcia-es.pdf>

Giddens, A., 2010, *Sociología*, Alianza Editorial, Madrid.

González Pérez, J., 1985, *La dignidad de la persona en la Jurisprudencia constitucional*, pàg. 133-148, dins Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, n. 62, ISSN 0210-4121, Madrid.

Guillén López, Enrique, 2018, *Ejecutaren España las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. una perspectiva de Derecho constitucional europeo*, pàg. 335-370, UNED. Teoría y Realidad Constitucional, n. 42, 2018 <http://revistas.uned.es/index.php/TRC/article/view/23640/18964>

Hamulák, Ondrej; Ramiro Troitiño, David Ramiro; Chochia, Archil, 2018, *La carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea y los derechos sociales*, pàg. 167-186, en Estudios Constitucionales, Año 16, n. 1, 2018, ISSN 07180195 Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca <https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v16n1/0718-5200-estconst-16-01-00167.pdf>

Herreros López, Juan Manuel, 2011, *La justiciabilidad de los derechos sociales*, pàg. 78-92, en LEX SOCIAL-Revista de los Derechos Sociales n. 1/2011, juliol-diciembre 2011 <https://rio.upo.es/xmlui/bitstream/handle/10433/2273/254-512-1-SM.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Kenna, Padraic, 2009, *El derecho a la vivienda en Europa: deberes positivos y derechos exigibles (según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos)*, pàg. 479-501, UNED. Revista de Derecho Político n. 74, gener-abril 2009 <http://e-spacio.uned.es:8080/fedora/get/bibliuned:DerechoPolitico-2009-74-10015/Documento.pdf>

Kothari, Miloon, 2008, *Informe del Relator Especial sobre la vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a*

*un nivel de vida adecuado y sobre el derecho de no discriminación a este respecto*, NN.UU., A/HRC/7/16 13 de febrer de 2008 <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2008/6084.pdf?view=1>

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, nueva serie, año XLX, n. 152, maig-agost de 2018 <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6865501>

Lasa López, Ainhoa, 2018, *Potencialidades del pilar europeo de derechos sociales en la praxis jurisprudencial del juez de Estrasburgo: entre la heterarquía vínculo social-vínculo económico y la disfuncionalidad*, pàg. 609-631, UNED. Teoría y Realidad Constitucional, n. 42, 2018 <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6800421>

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.

Liñán Noguerras, Diego J., 2013, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, per A. Mangas Martín, D. J. Liñán Noguerras, 7a edic., Edit. Tecnos, Madrid.

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\\_derechos\\_fundamentales.pdf](https://www.fbbva.es/wp-content/uploads/2017/05/dat/DE_2008_carta_derechos_fundamentales.pdf)

López Guerra, Luis, 2013, *El sistema europeo de protección de derechos humanos*, pàg. 165-187, en Protección Multinivel de Derechos Humanos. Manual, AA.VV., Coords. G. Rodrigo Bandeira, G. René Urueña, A.Torres Pérez, Red de Derechos Humanos y Educación Superior [https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/docs/PMDH\\_Manual.pdf](https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/docs/PMDH_Manual.pdf)



- 2017, *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Justicia de la UE y «le mouvement nécessaire des choses»*, pàg. 163-188, dins UNED. Teoría y Realidad Constitucional, n. 39, 2017, Madrid <https://dialnet.unirioja.es/objeto/articulo/461326>

- 2018, *La evolución del sistema europeo de protección de derechos humanos*, pàg. 111-130, en UNED. Teoría y Realidad Constitucional, n. 42, 2018 <http://revistas.uned.es/index.php/TRC/article/view/23649/18973>

Llanos Mansilla, Hugo, 2010, *Los derechos económicos, sociales y culturales, DESCs*, pàg. 149-197, en Ars Boni et Aequi, ISSN 0718-2457, ISSN-e 0719-2568, Vol. 6, Nº. 1, 2010 <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3257855>

Mangas Martín, Araceli, 2013, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, per A. Mangas Martín, D. J. Liñán Nogueras, 7a edic., Edit. Tecnos, Madrid.

Martinón Quintero. Ruth, 2015, *Los derechos humanos en la unión europea. en especial, el problema de la adhesión de la unión al convenio europeo de derechos humanos*, pàg. 49-71, en Revista Europea de Derechos Fundamentales · segundo semestre 2015: 28, ISSN 1699-1524.

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/hemeroteca/revista-74/academia-matritense-del-notariado/7764-el-derecho-constitucional-a-la-vivienda>

Mestre i Mestre, Ruth, 2016, *La protección de los derechos sociales por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, pàg. 113-132 en Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho (CEFD), n. 33 (2016) <https://ojs.uv.es/index.php/CEFD/article/view/8249/8034>

Montesinos Padilla, Carmen, 2011, *Reformas de los sistemas español y europeo de garantía y tutela multinivel de los derechos fundamentales*, Universidad Carlos III, Madrid [https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/18695/TFM\\_MEADH\\_Carmen\\_Montesinos\\_2011.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/18695/TFM_MEADH_Carmen_Montesinos_2011.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

- 2016, *El recurso de revisión como cauce de ejecución de las sentencias del Tribunal de Estrasburgo: pasado, presente y futuro*, pàg. 98-113, dins Eunómia. Revista en Cultura de la Legalidad, n. 10, abril-setembre 2016, ISSN 2253-6655 <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/3051>

- 2018, *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, AA.VV., dir. L. Mª Cazorla Prieto, coord. A. Palomar Olmeda, Edit. Aranzadi, Navarra.

Moralo Aragüete, Manuel, 2011, *Leciones básicas de Derecho e Instituciones de la Unión Europea*, AA.VV., coord. José Ángel Camisón Yagüe, (Manuales UEX, ISSN 1135-870-X; 76) ISBN 978-84-7723-948-2, Universidad de Extremadura, Servicio de Publicaciones, Cáceres <http://dehesa.unex.es/bitstream/handle/10662/3134/978-84-7723-948-2.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Morand-Deville, Jacqueline, 2009, *Actualité du droit de l'urbanisme en France: les finalités environnementales et sociales*, pàg. 147-166, Revista catalana de Dret públic, n. 38, 2009 <http://revistes.eapc.gencat.cat/index.php/rcdp/article/view/2178/n38-morand-fr.pdf>

Morte Gómez, Carmen, 2018, *Los derechos económicos y sociales en la jurisprudencia reciente del tribunal europeo de derechos humanos: una selección*, pàg. 551-568 UNED. Teoría y Realidad Constitucional, n. 42, 2018 <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6800424>

Niño Estébanez, R., 2018, *Fuerza obligatoria y ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en España: el procedimiento de revisión*, tesis doctoral, dir. I. Gutiérrez Gutiérrez, UNED, Madrid [http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/tesisuned:ED-Pg-DeryCSoc-Rnino/NINO\\_ESTEBANEZ\\_Roberto\\_Tesis\\_.pdf](http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/tesisuned:ED-Pg-DeryCSoc-Rnino/NINO_ESTEBANEZ_Roberto_Tesis_.pdf)

Ollero, Andrés, 2012, *Los nuevos derechos*, pàg. 49-62, en Persona y Derecho, Revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y de derechos humanos, n. 66-67/2012/1-2, Universidad de Navarra, Pamplona <http://dadun.unav.edu/bitstream/10171/34993/1/Ollero%20%282012%29.pdf>

Pallares Yabur, Pedro, 2013, *La justificación racional de los derechos humanos en*

*los redactores de la Declaración Universal de los Derechos Humanos*, pàg. 139-158, en Persona y Derecho, vol. 68/2013/1, Universidad de Navarra, Pamplona <http://dadun.unav.edu/bitstream/10171/35062/1/Pallares%20%282013%29.pdf>

Pereira Sáez, Carolina, 2017, *Los nuevos derechos: ¿la clausura de un ciclo?*, pàg. 93-114, en Persona y Derecho, vol. 75/2017/1, Universidad de Navarra, Pamplona <https://www.unav.edu/publicaciones/revistas/index.php/persona-y-derecho/article/view/8887/8255>

Pérez Alberdi, M. Reyes, 2011, *La jurisprudencia social del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, pàg. 93-105, en LEX SOCIAL-Revista de los Derechos Sociales n. 1/2011, juliol-desembre 2011 ISSN: 2174-6419

Pérez de los Cobos, F., 2016, *El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional español: una relación fructífera*, pàg. 1-7, Ponència, Conferència internacional que, amb el títol "Los retos y perspectivas de la justicia constitucional contemporánea", Sant Petersburg (Rússia), 17 de maig de 2016 <https://www.tribunalconstitucional.es/ActividadesDocumentos/2016-05-17-00-00/Ponencia%20del%20Presidente%20del%20Tribunal%20Constitucional.pdf>

Pisarello Prados, Gerardo, 2009, *El derecho a la vivienda como derecho social: implicaciones constitucionales*, pàg. 1-13, en 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 en línia: 2239-0243, Firenze University Press <http://fupress.net/index.php/techne/article/viewFile/11486/10976>

Pleace, Nicholas.; Culhane, Dennis; Granfelt, Riitta; Knutagård, Marcus; 2015, *The Finnish Homelessness Strategy. An International Review*, ISBN 978-952-11-4381-6 (PDF), Ministry of the Environment, Helsinki [https://helda.helsinki.fi/bitstream/handle/10138/153258/YM-ra\\_3en\\_2015.pdf?sequence=5](https://helda.helsinki.fi/bitstream/handle/10138/153258/YM-ra_3en_2015.pdf?sequence=5)

Pleace, Nicholas, 2016, *Guía Housing First Europa*, con colabrs múltiples <https://hou->



[singfirsteurope.eu/assets/files/2016/11/Gui%CC%81a-Housing-First-Europa.pdf](http://singfirsteurope.eu/assets/files/2016/11/Gui%CC%81a-Housing-First-Europa.pdf)

Prieto Suárez, Ramón, 2008, *La Carta Social Europea y el Comité Europeo de Derechos Sociales (el sistema de informes y las reclamaciones colectivas)*, pàg. 355-365, dins Revista Europea de Derechos Fundamentales, ISSN 1699-1524, n. 11, primer semestre 2008.

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>

Redondo Trigo, Francisco, 2017, *Crónica de las cuestiones prejudiciales planteadas por el TS al TJUE sobre vencimiento anticipado e intereses moratorios*, pàg. 1591-1615, dins RCDI n. 761, Madrid.

Ripoll Carulla, Santiago, 2010, *La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico español*, pàg. 75.-112, dins Revista Europea de Derechos Fundamentales • ISSN 1699-1524 N. 15/1er semestre 2010 <http://journals.sfu.ca/redf/index.php/redf/article/view/238/231>.

Rodrigues de Barcelos, Andrea Beatriz, 2018, *Los derechos sociales fundamentales frente a los argumentos económicos*, trabajo de fin de máster, tut. F. J. Ansuátegui Roig, Universidad Carlos III, Madrid [https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/26425/TFM\\_ME-ADH\\_AndreaBeatriz\\_Rodrigues%20Barcelos\\_2018.pdf](https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/26425/TFM_ME-ADH_AndreaBeatriz_Rodrigues%20Barcelos_2018.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 integrant del dret a un nivell de vida adequat i sobre el dret de no-discriminació sobre això, Naciones Unidas A/67/286, 10 agost 2012 [https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Housing/A-67-286\\_sp.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Housing/A-67-286_sp.pdf)

Roman, Diane, 2014, *La jurisprudence sociale des Cours constitutionnelles en Europe : vers une jurisprudence de crise?*, <https://www.cairn.info/revue-les-nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel-2014-4-page-63.htm>

Salcedo Bertrán, Carmen, 2019, *Retos y compromisos internacionales para la consolidación del Estado social y democrático de derecho en España*, pàg. 498-540, dins Lex Social, vol. 9, n. 1 (2019) <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6915853>

Salvador Martínez, María, 2011, *Leciones básicas de Derecho e Instituciones de la Unión Europea*, AA.VV., coord. José Ángel Camisón Yagüe, (Manuales UEX, ISSN 1135-870-X; 76) ISBN 978-84-7723-948-2, Universidad de Extremadura, Servicio de Publicaciones, Cáceres <http://dehesa.unex.es/bitstream/handle/10662/3134/978-84-7723-948-2.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Serrano de Nicolás, Ángel, 2014, *La sentència de la Sala primera del Tribunal de Justícia de la Unió Europea de 14 de març de 2013 (assumpte C-415-11, M. A. versus Catalunyacaixa): la seva ona expansiva en el nostre sistema hipotecari actual*, pàg. 119-134, dins Revista Catalana de Dret Privat, vol. 14 (2014), Barcelona.

- 2014a, *La Directiva europea sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial*, pàg. 93-98, dins La Notaria, 2014, 1, Barcelona.

Sigüenza López, Julio, 2016, *Ejecución de sentencias del TEDH: la revisión no es la mejor solución*, pàg. 373-388, dins Los recursos en el proceso civil. Continuidad y reforma, DDAA, dirs. R. Bellido Penadés, M. Ortell Ramos, Dykinson, Madrid (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.

Steck, Christoph; Fabra, Andrea; Felguera, Eusebio; Menéndez, Fernando; López-Barajas, Gonzalo; Shipp, Jonny; Villa, Paloma; y Carretero, Raquel. 2018, *Manifiesto por un Nuevo Pacto Digital*, Telefónica, Madrid [https://www.telefonica.com/manifiesto-digital/assets/manifiesto\\_por\\_un\\_nuevo\\_pacto\\_digital.pdf](https://www.telefonica.com/manifiesto-digital/assets/manifiesto_por_un_nuevo_pacto_digital.pdf)

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 edición, Habitat International Coalition (HIC), Chile <http://www.hic-gs.org/content/Cuidades%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*, pàg. 1-4, Revista El Notario del Siglo XXI – n. 65, gener - febrer 2016, 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, Daría, 2014, *La Carta Social Europea en el orden constitucional español*, tesis doctoral, dir. Luis Jimena Quesada, Facultad de Derecho, Universitat de València, Valencia <https://core.ac.uk/download/pdf/71024067.pdf>

- 2019, *Lucha contra la exclusión social y la pobreza. La necesaria ratificación de la Carta Social Europea revisada y su protocolo sobre reclamaciones colectivas en España*, pàg. 379-393, dins Lex Social, vol. 9, n. 1 (2019) [https://www.upo.es/revistas/index.php/lex\\_social/article/view/3989](https://www.upo.es/revistas/index.php/lex_social/article/view/3989)

Torralbo, José; Bercial, Carlos; Revuelta, Mercedes; Rubio Gil, Javier; López Ruiz, Mercedes; Alonso Ibáñez, Sonia; Andújar, Mario; Izquierdo Rodríguez, Adolfo, 2018, *Grupo de Trabajo de la Coordinadora de Vivienda de Madrid sobre Medidas Cautelares*, Madrid, <https://observatoriedesc.org/es/guia-para-medidas-cautelares-ante-comite-desc>

Torres Pérez, A., 2013, *El impacto del derecho internacional de los derechos humanos en España*, pàg. 417-433, dins Protección Multinivel de Derechos Humanos. Manual, AA.VV., Coords. G. Rodrigo Bandeira, G. René Urueña, A. Torres Pérez, Red de Derechos Humanos y Educación Superior [https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/docs/PMDH\\_Manual.pdf](https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/docs/PMDH_Manual.pdf)

Trilla Bellart, Carme, 2009, *La Ley del derecho a la vivienda: aspectos más destacados*, pàg. 1-12, dins Revista Catalana de Dret públic, n. 38, 2009, Barcelona <http://revistes.eapc.gencat.cat/index.php/rcdp/article/view/2176/n38-trilla-es.pdf>



Trujillo, Isabel, 2015, *Estado de derecho y práctica de los derechos humanos*, pàg. 161-180, en *Persona y Derecho*, vol. 73/2015/2, Universidad de Navarra, Pamplona <https://www.unav.edu/publicaciones/revistas/index.php/persona-y-derecho/article/view/6964/7245>

Vázquez Garranzo, Javier, 2018, *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, DDAA, dir. L. M. Cazorla Prieto, coord. A. Palomar Olmeda, Edit. Aranzadi, Navarra.

Villarroya, Anna, 2019, *Indicadores de vivienda*, pàg. 9-16, dins *Vivienda: ¿derecho o mercado?*, Observatori Social de "la Caixa", dossier n. 7, juny 2019, Fundación Bancaria "la Caixa", Barcelona (rec. elec.)

## NOTES

(1) Estudi acabat el 02.10.2019.

(2) La necessitat d'"allotjament" també es presenta en els pobles nòmades. En aquests casos, l'arquitectura de l'allotjament és portàtil, minimalista i intemporal. "La arquitectura nómada se refiere a hogares en movimiento y refleja los valores de la itinerancia, la temporalidad, la estacionalidad." (N. Boullosa, 2012).

(3) Informe: *L'accés a la justícia per a la defensa del dret a l'habitatge*. Informe de la Relatora Especial sobre un habitatge adequat com a element integrant del dret a un nivell de vida adequat i sobre el dret de no-discriminació referent a això, Consell de Drets Humans. Assemblea General ONU, 15 de gener de 2019, A/HRC/40/61.

(4) A Espanya, en l'estadística d'execucions hipotecàries i llançaments del CGPJ, cal tenir en compte que no distingeix entre habitatge habitual i altres béns immobles. Les *execucions hipotecàries*, presentades pel TSJ, han arribat a un acumulat de 752.668 actuacions en els darrers onze anys, a un ritme mitjà de 68.424 a l'any. La darrera xifra disponible de 2018 arriba a un total de 27.483 execucions hipotecàries, que representa un descens del 8,7% en relació amb l'any anterior. Pel que fa al nombre de llançaments, rebuts pel TSJ, han arribat en els darrers onze anys 657.070 actuacions. La xifra de llançaments corresponent a l'any 2018 és de 72.023, un 3,3% superior a la xifra de l'any anterior. Els *llançaments* practicats pels jutjats de primera instància, com a conseqüència de procediments derivats de la Llei d'arrendaments urbans, han estat durant l'any 2018 un total de 37.284

(Observatori d'habitatge i sòl. Butlletí anual 2018, Ministeri de Foment, Madrid, 2019 : 73.) [Nota informativa afegida]. v., així m., *VIII Informe Foessa* (2019: 108), segons el qual sortir de la crisi no és canviar el desnonament per impagament de la hipoteca pel desnonament per impagament del lloguer, sinó "poder descansar en un habitatge digne"; Informe: *Els desnonaments del 2008-2017 Una vulneració greu dels drets humans que no s'atura*. Lloc web: ObservatoriDESC.org.

(5) "A/HRC/25/31, paràg. 2; vegeu també A/63/275, paràg. 48 a 67". [Nota a p.p. de l'Informe].

(6) A. Giddens (2010: 535-536).

(7) V. diversos autors en el monogràfic dedicat a la gentrificació i al dret a la ciutat, a la revista: *Papers* n. 60, juny 2018, Institut d'Estudis Regionals i Metropolitans de Barcelona, Barcelona (2018).

(8) La paternitat d'aquesta expressió es troba a l'obra *Le droit à la ville* (1968) d'Henry Lefebvre. Aquest autor concep el dret a la ciutat no com un simple dret de visita o de retorn a les ciutats tradicionals, sinó com un dret a la vida o entorn urbà, transformat, renovat. Al *Fòrum Social Mundial* de Porto Alegre el 2001 es va intentar reunir reivindicacions sobre habitatge i medi ambient vàlides per a tot el planeta i es va formular una *Carta Mundial pel Dret a la Ciutat* basada en els preceptes de "solidaritat, llibertat, igualtat, dignitat i justícia social". Aquests treballs han continuat per mitjà de reunions d'ONG internacionals (*Habitat International Coalition*) (L. Costes, 2011; A. Sugranyes, C. Mathivel, eds., 2011; À. Galiana Saura, 2017: 129-144). L'article 31 de la Constitució de la República de l'Ecuador (2008) disposa expressament sobre el "dret a la ciutat".

(9) *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 (ONU, 18 gener 2017).

(10) L'autora esmentada és Relatora Especial de l'ONU.

(11) *Manual para Parlamentarios* n.º 26, Unió Interparlamentària (UI) i Nacions Unides (Oficina de l'Alt Comissionat per als Drets Humans), UI, ISBN 978-92-9142-676-8 (UIP), Ginebra, 2016, que se citarà com MPP, 2016.

(12) Èmfasi afegit (è.a.)

(13) *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).

(14) A més, l'article 16.I estableix que: "Cap nen serà objecte d'ingerències arbitràries o il·legals en la seva vida privada, la seva família, el seu domicili o la seva correspondència, ni d'atacs il·legals al seu honor i a la seva reputació."

(15) També al·ludeix a l'habitatge, l'article 11 de la Declaració Americana dels Drets i Deures de l'Home (DADH).

(16) Per exemple, Recomanació n. 115 de l'Organització Internacional del Treball (OIT), sobre l'habitatge dels treballadors (1961, sec. II, paràg. 2; sec. III, paràg. 8.2 b); sec. VI, paràg. 19; i Suggeriments sobre els mètodes d'aplicació, sec. I, paràg. 5); Declaració sobre el Progrés i el Desenvolupament en el 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). V., a.e., N. Espejo Jacsik (2009: 2017 i ss.).

(17) DOUE (2016/C-202/02.)

(18) D'altra banda, incidentalment, l'article 26 referit als ordes religiosos preveia que poguessin posseir béns que "es destinin al seu habitatge..."

En el *Fuero de los Españoles* (1945) i *Fuero del Trabajo* (1938), es disposava que l'Estat ha de facilitar l'accés a la "llar familiar" i l'"heretat" de la terra.

(19) R.D. Leg. 7/2015, de 30 d'octubre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei del sòl i rehabilitació Urbana.

(20) F. Elorriaga de Bonis (1995: 33).

(21) M. A. Aparicio Pérez (2013: 28).

(22) Comitè Europeu de Drets Socials, *European Roma and Travellers Forum* v. *France*, reclamació n. 64/2011, decisió sobre el fons, 24 de gener de 2012, paràg. 126, i *Conference of European Churches (CEC) v. Netherlands*, reclamació n. 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 a aquest respecte*, Sr. Miloon Kothari, ONU, A/HRC/7/16 13 de febrer de 2008, i la seva addició, missió a Espanya (A/HRC/7/16/Add.2 7 de febrer de 2008).

(23) Informe DVAD (2010): MPP (2016); Informes realitzats pel Relator Especial

de les Nacions Unides sobre un habitatge adequat i pel Programa de les Nacions Unides per als Assentaments Humans (Tribunal Penal Internacional-Hàbitat), lloc web: *Annual Reports - Adequate housing*, Alt Comissionat de l'ONU sobre Drets Humans.

- (24) V. Informes: *Le politique abitative*, Cambra dels Diputats, Servei d'Estudis, 12 març 2012 (rec. elec.); *HOUSING SOCIALE Stato attuale in Italia e nei principali Paesi europei*, CDP Cassa Depositi e Prestiti, Torí, 2017 (rec. elec.).
- (25) Un precedent històric sobre el dret a la l'habitatge es troba a l'article 155 de la Constitució alemanya de Weimar (1919).
- (26) A. Copette (2016).
- (27) N. Pleace *et al.* (2015).
- (28) "V., Marie-Arlette Carlotti (2016); J. Morand-Deville (2009); J. S. Kurlat Aymar (2018: 599-626).
- (29) A. Pittini (2012: 21-34); J. Bosch, C. Trilla, (2019).
- (30) V. lloc web: [https://www.hud.gov/topics/rental\\_assistance/phprogr](https://www.hud.gov/topics/rental_assistance/phprogr)
- (31) M. Cuenca Casas (2012).
- (32) B. Aláez Corral (2011: 56-67).
- (33) 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, amb entrada en vigor: 23 de març de 1976, de conformitat amb l'article 49. El pacte ha estat ratificat per 173 països, entre aquests, Espanya (ONU, c. 28.09.2019).
- (34) C. Pereira Sáez (2017: 96-97).
- (35) Scott Leckie (1992: 10).
- (36) El pacte ha estat ratificat per 170 països (lloc web ONU, c. 28.09.2019).
- (37) VIII Informe Foessa (2019: 43-46).
- (38) T. H. Marshall, «Citizenship and Social Class», dins Marshall, T. H., i Bottomore, T. (eds.), *Citizenship and Social Class*, Londres, Pluto Press, 1992, p.7, cit. per P. Kenna (2009: 482).
- (39) A. Copette /2016: 21).
- (40) "La citació ara obligada és la d'Alexi, R.; per exemple, "Rechtssystem und praktische Vernunft", *Rechtstheorie*, 18 (1987), p. 407." [Nota a p.p. de l'autor esmentat].
- (41) Els coeficients percentuals entre països (UE-15), oscil·len entre el 15,8 a Irlanda al 33,9% a França. V. Informe Econòmic-Financer als Pressupostos de la Seguretat Social de 2019, Tom III, Ministeri de

Treball, Migracions i Seguretat Social, Madrid (2019: 441 i ss.). Els percentatges de participació del sector públic en el PIB són molt superiors als indicats ja que una part més o menys rellevant de la despesa pública es dedica a altres necessitats (obres públiques, defensa, ordre públic i seguretat, agricultura, acció exterior, activitats recreatives, cultura i religió, servei del deute públic, serveis públics generals...). A Espanya (dades de l'any 2018), el percentatge de despesa pública total va ascendir aprox. al 41,3% del PIB cosa que representa una despesa de 10.643 € per habitant. Les definicions utilitzades en l'àmbit intern o internacional per mesurar el concepte de protecció social poden diferir segons les partides que s'incloguin dins aquest, per ex., inclusió o no de les despeses de salut i educació V. tbé. *Informe sobre la classificació funcional de la despesa pública*. 2013-2017 (COFOG, Ministeri d'Hisenda, Madrid, s.f.); *Government expenditure on social protection*, lloc web Eurostat. (*Informe Mundial sobre la Protecció Social 2017-2019...*, 2017: 226-227; 438-439).

- (42) A. Lasa López (2018: 609 i ss.).
- (43) V. *Declaración Deusto Derechos Humanos en Entornos Digitales* (Universitat de Deusto, 2018); *Manifest per un Nou Pacte Digital* (Ch. Steck *et al.*, 2018); *A Declaration of the Independence of Cyberspace*, de J. P. Barlow (Davos, 8 febrer 1996); *The Signal Code* (Harvard Humanitarian Initiative, 2017); J. Bustamante Donas (2010: 80-89). A. Cortina (2019).
- (44) Victor Abramovich i Christian Courtis (2001); J. L. Cascajo Castro (2009); A. B. Rodrigues de Barcelos (2018).
- (45) Diane Roman (2014); J. M. Herreros López (2011); A. Lasa López (2018).
- (46) Amb l'adhesió al Conveni per l'Estat espanyol el 2 de maig 1972 (BOE 13 juny 1980).
- (47) MDESC n. 12: 8.
- (48) OG n. 10 sobre *La función de las instituciones nacionales de derechos humanos en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales* (19è període de sessions, 1998).
- (49) V. lloc web de la UE sobre esta Agència. Ei 2007, la Comissió Europea va demanar a la FRA que elaborés un informe sobre les condicions d'habitatge dels Roma i els Travellers a la UE que es va traduir en la publicació l'any 2009 de diversos informes sobre aquesta qüestió.
- (50) Informe nacional presentat per l'Estat espanyol de conformitat amb el paràgraf

15 a) de l'annex de la resolució 5/1 de el Consell de Drets Humans de les Nacions Unides (Ginebra, 3-14 maig 2010). Principis i directrius bàsics sobre el dret de les víctimes de violacions manifestes de les normes internacionals de drets humans i de violacions greus del dret internacional humanitari a interposar recursos i obtenir reparacions (Res. Assemblea General ONU, 60/147, 16 desembre 2005).

- (51) V. tbé., DTC 1/2004, de 13 desembre.
- (52) Per exemple, "Entendre que el dret a la inviolabilitat de domicili ha d'incloure la protecció contra episodis greus i persistents de contaminació acústica (Casos *López Ostra* i *Moreno Gómez*, STC 150/2011, amb un vot particular molt significatiu sobre això del magistrat Manuel Aragón Reyes) mentre que es descarta el reagrupament familiar (STEDH cas *Johansen*, de 27 de juny de 1996, paràg. 52) com a part del concepte d'intimitat domiciliària. (STC 186/2013)" [Nota a p.p. de l'autor esmentat]. V., tbé. A. Torres Pérez (2013: 418-425); R. Punset Blanco (2017: 189-212).
- (53) En el mateix sentit, v. STC 128/2016, de 7 juliol, FFJJ 2 i 3.
- (54) MDESC (2004: 10 i ss.); N. Espejo Yaksic (2009: 31 i ss.); MPP (2016: 33-43).
- (55) V. Comitè DESC, Observació general n. 14 (en endavant CDESC, OG n. 14): "El dret a gaudir del més alt nivell possible de salut", E.C./12/2000/4, 11 de agost de 2000; Observació general n. 15: "El dret a l'aigua (articles 11 i 12 del Pacte Internacional de Drets Econòmics, Socials i Culturals) , E.C./12/2002/11, 20 de gener de 2003. Amb anterioritat, el Comitè havia fet ús de les categories obligacionals de respecte, garantia i realització. V. Observació general n. 12 sobre el dret a una alimentació adequada", E.C./12/1999/5, 12 de maig de 1999.
- (56) CDESC, OG n. 14, ep. 33.
- (57) "Article 2.1. Cadascun dels Estats part en aquest Pacte es compromet a respectar i a garantir a tots els individus que es trobin en el seu territori i subjectes a la seva jurisdicció els drets reconeguts en aquest Pacte, sense cap distinció de raça, color, sexe, idioma, religió, opinió política o d'una altra mena, origen nacional o social, posició econòmica, naixement o qualsevol altra condició social. 2. ..."
- (58) Per ex., *Homelessness etc.* (Scotland) Act 2003; Llei francesa de 5 de març de 2007, sobre el "dret oposable a l'habitatge; assumpte *Grootboom* (*The Government of the Republic of South Africa*) c. Irene





*Grootboom i altres*, CCT 11/00 (21-09-2000).

- (59) N. Espejo Yaksic (2009: 36-37).
- (60) *Preguntas frecuentes sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Fullet informatiu n. 33, Oficina de l'Alt Comissionat de les Nacions Unides per als Drets Humans, Ginebra, 2009, en endavant MDH (2009).
- (61) *El derecho a una vivienda adecuada*, n. 21 (rev.), Oficina de l'Alt Comissionat de les Nacions Unides per als Drets Humans, Ginebra, Suïssa, en endavant, Informe DVAD (2010).
- (62) V. Comunicacions 2/2014, E/C.12/55/D/2/2014, 13 octubre 2015 (ep. 11.1) i 5/2015, E/C.12/61/D/5/2015, 20 juny 2017 (ep. 12.7).
- (63) Vegeu observació general n. 4 (1992) del Comitè sobre el dret a una habitatge adequat (art. 11, paràg. 1 del Pacto), paràg. 1.
- (64) *Ibid.*, paràg. 7 i 9
- (65) *Ibid.*, paràg. 7.
- (66) *Ibid.*, paràg. 12.
- (67) *Ibid.*, paràg. 17.
- (68) MDH (2009: 45-49). Sobre la tutela judicial efectiva i els drets fonamentals en el pla intern i l'article 24.1 CE, v. Salud de Aguilar Gualda, Adriana García Corral i Pablo García Cerezo (2017: 7-61).
- (69) En llengua anglesa, *Universal Periodic Review* (UPR). La documentació per país es pot consultar al lloc web: <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/UPR/Pages/Documentation.aspx>  
En el cas espanyol, v., a.e., Informe nacional presentat d'acord amb el paràgraf 5 de l'annex de la resolució 16/21 del Consell de Drets Humans, 10 nov. 2014, A/HRC/WG.6/21/ESP/1, Consell de Drets Humans Grup de Treball sobre l'Examen Periòdic Universal 21è període de sessions 19-30 de gener de 2015.
- (70) *Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de España*, CDESC, E/C.12/ESP/CO/6, Consell Econòmic i Social, ONU (25 abril 2018). En la doctrina, v. J. C. Benito Sánchez (2019: 579-603).
- (71) Per exemple, segons s'exposa més endavant amb més detall, en matèria d'arrendaments urbans, desnonaments, protecció de deutors hipotecaris i pobresa energètica. V., tbé., Nou Pla d'Habitatge 2018-2021 (RD 106/2018, de 9 de març) que manté els programes d'ajuts a les necessitats socials actuals i promou, com ja ho va fer el Pla 2013-2017 anterior, la

política de subvencions socials al lloguer i el foment del lloguer. Entre els objectius estratègics de l'Agenda hi ha la innovació del marc legislatiu estatal per regular, mitjançant una Llei d'habitatge, el dret constitucional a accedir a un habitatge digne i adequat, i la promulgació de la Llei 5/2019, de 15 de març, reguladora dels contractes de crèdit immobiliari.

- (72) En llengua anglesa, CDESCR.
- (73) El Protocol Facultatiu del PIDESC, fet a Nova York el 10 de desembre de 2008, va ser signat el 24 setembre 2009 i aprovat i ratificat per l'Estat espanyol el 9 de juliol 2010 (BOE 25 febrer 2013).
- (74) V. Decisió adoptada pel Comitè en virtut del Protocol Facultatiu del PIDESC, respecte de la comunicació n. 9/2015, aprovada el 1er de març 2019 (E/C.12/65/D/9/2015, 25.03.2019). Assumpte; I. E. Makinen Pankka i T. Fernández Pérez (representats per la seva lletrada) c. Espanya
- (75) Sobre la possibilitat d'accionar per danys patrimonials contra l'Estat a partir dels dictàmens del CDESC, v. en relació amb els dictàmens del Comitè de la CEDAW, la STS (CA) Sec.4, de 17 juny 2018, que condemna l'Estat espanyol per incompliment de les obligacions dels articles 2 a), b), c), d) if), 5 a), (prohibició de discriminació contra la dona) i 16, paràgraf 1 d) (igualtat de drets i responsabilitats com a progenitors) (Comunic. 2/2014, E/C.12/55/D/2/2014, 13 octubre 2015. Assumpte I.D.G. c. Espanya). Tant el CEDAW com el PIDESC es refereixen al "compromís" a seguir amb tots els mitjans adequats les previsions convencionals respectives. Possiblement, la diferència més rellevant en relació amb el dret a l'habitatge, es trobi en el fet que els drets d'igualtat i la no-discriminació formen part dels drets fonamentals protegits per la CE, mentre que el dret a l'habitatge té el caràcter de principi rector. V. J. C. Benito Sánchez (2019).
- (76) Comunic. 2/2014, E/C.12/55/D/2/2014, 13 octubre 2015. Assumpte I.D.G. (representada pels seus lletrats) c. Espanya.
- (77) Comunic. 5/2015, E/C.12/61/D/5/2015, 20.06.2017.
- (78) O assum. Mohamed Ben Djazia y Naouel Bellili (representats pel seu lletrat) c. Espanya.
- (79) Observació general n. 4, paràg. 8c). Vegeu també paràg. 13.
- (80) Especialment, la norma ha introduït dues modificacions de procediment de desnonament d'habitatge: "La primera, especifica que s'ha de fixar per l'òrgan judicial el dia i l'hora exactes dels

llançaments. La segona, introduint el tràmit de comunicació als serveis socials i, quan afecti llars vulnerables, establint que la determinació de la situació de vulnerabilitat produirà la suspensió del procediment fins que s'adoptin les mesures que els serveis socials considerin oportunes per un termini màxim d'un mes o de tres mesos quan el demandant sigui persona jurídica. D'aquesta manera s'aclareix el procediment, introduint més seguretat jurídica i mesures específiques per atendre aquelles situacions que demanin més protecció social" (ep. II Preàmbul). Amb tot, el parc reduït d'habitatge públic limita l'eficàcia pràctica d'aquesta regulació. V., tbé., *Estrategia Nacional Integral para Personas Sin Hogar 2015-2020*, Consell de Ministres, 6 novembre 2015, Madrid; J. C. Benito Sánchez (2019: 601-602).

- (81) Espanya és, juntament amb Xile i Malta (dades de 2017), el país de l'OCDE amb menys percentatge de despesa pública destinada a subvencions en matèria d'habitatge, amb un 0,01% del PIB. Contrasta aquest percentatge amb els d'altres països del nostre entorn, com el Regne Unit (1,41% del PIB), França (0,83%); Alemanya (0,59%) o Suècia (0,45%) V. Informe Agenda Urbana Espanyola 2019, Ministeri de Foment, Madrid (2019: 35); A. Arriba, G. Rodríguez Cabrero (2018).
- (82) Així mateix, amb acceptació del desistiment parcial de l'advocat de l'Estat respecte de la impugnació promoguda contra els articles 2.2, 5 (apartats 1 a 4 i 9) i 7 i les disposicions transitòria segona i final tercera de la Llei.
- (83) Comunicació de B. S. Martínez Fernández (representat pel seu lletrat) c. Espanya.
- (84) La doctrina critica l'automatisme de la nova regulació perquè: omet l'exigència d'"un juicio de razonabilidad y proporcionalidad" judicial, i no recull "la posibilidad de que el demandado se oponga a este con base en la posible vulneración de su derecho a la vivienda o de otros derechos humanos", cosa que podria donar lloc a solucions específiques (J. C. Benito Sánchez, 2019: 600). D'altra banda, la realitat social sembla evidenciar la limitada eficàcia pràctica de la nova norma per fer front a la indefensió dels petits propietaris davant la usurpació o la violació dels seus habitatges i els múltiples abusos impunes, el lucre cessant, danys patrimonials que s'han suportar, les dilacions, i la manc de mitjans dels òrgans jurisdiccionals (v. *La Vanguardia*, Suplement Vivir, pàg. 1-2, 18.09.2019).

- (85) Amb el vot particular concurrent que formula la magistrada María Luisa Balaguer Callejón.
- (86) J. Torralbo *et al.* (2018).
- (87) El CEDH va ser ratificat per Espanya el 24 novembre de 1977 (BOE 10-10-1979) amb l'entrada en vigor el 4 d'octubre de 1979. V. tbé., Resolució de 5 d'abril de 1999, de la Secretaria General Tècnica, per la qual es fan públics els textos refosos del Conveni per a la protecció dels Drets Humans i de les Llibertats Fonamentals, fet a Roma el 4 de novembre de 1950; el protocol addicional al Conveni, fet a París el 20 de març de 1952, i el protocol n. 6, relatiu a l'abolició de la pena de mort, fet a Estrasburg el 28 d'abril de 1983 (BOE 1999.05.06); i Instrument de Ratificació del protocol n. 4 del Conveni per a la protecció dels Drets Humans i de les Llibertats Fonamentals, reconeixent certs drets i llibertats, a més dels que ja figuren en el Conveni i Protocol Addicional al Conveni (Conveni n. 46 del Consell d'Europa), fet a Estrasburg el 16 de setembre de 1963 (BOE 13-10-2009).
- (88) L'autor esmentat (2016: 2) assenyalava que: "Desde un punto de vista meramente cuantitativo, se ha traducido en cerca de ochocientas sentencias del Tribunal Constitucional, que de forma expresa se han inspirado en la doctrina de Estrasburgo. Los datos son singularmente llamativos en la jurisprudencia dictada en recursos de amparo, en la que, según los estudios disponibles, en torno al sesenta por ciento de nuestras sentencias contienen referencias europeas. La más ponderada valoración cualitativa, por su parte, arroja datos no menos impresionantes: derechos tan relevantes como el de igualdad ante la ley y no discriminación (art. 14 CE), el derecho a la intimidad (art. 18.1CE), el derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), la libertad de expresión (art. 20.1 CE), el derecho de reunión y manifestación (art. 21 CE), el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2), el derecho de defensa (art. 24.2 CE) o el de presunción de inocencia (art. 24.2 CE), han sido configurados por nuestra doctrina siguiendo las pautas de Estrasburgo".
- (89) V., *Butlletí Oficial de les Corts Generals*, Corts Generals, Sèrie A, Activitats Parlamentària, 9 de febrer de 2018, n. 173 amb aprovació pel Ple del Congrés el 10 maig 2018, i del Ple del Senat el 18 juny 2018.
- (90) D'altra banda, el Protocol 16 ha introduït la possibilitat que els més alts òrgans judicials dels Estats demanin al Tribunal, amb motiu de litigis que se li plantegin, una opinió consultiva sobre la interpretació que s'ha de donar a un mandat del Conveni. Amb notables diferències, aquesta fórmula ofereix certa similitud amb la qüestió prejudicial (art. 246 TFUE) i sembla que constitueix "una manifestación de la tendencia apuntada hacia una 'constitucionalización' del Tribunal" (L. López Guerra, 2018: 128).
- (91) C. Morte Gómez (2018: 552); M. Reyes Pérez Alberdi (2011: 93).
- (92) B. Aláez Corral (2011: 45-46); A. Copette (2016: 17-20).
- (93) V. Principis generals del TEDH sobre la interpretació de l'article 2 CEDH dins assum. *İlbeyi kemaloğlu i Meriye Kemaloğlu vs. Turquia*, n. 19986/06, 10 abril 2012, eps.32-39.
- (94) "98. The Court does not, however, accept the argument that, because statistically the number of Gypsies is greater than the number of places available on authorised Gypsy sites, the decision not to allow the applicant Gypsy family to occupy land where they wished in order to install their caravan in itself, and without more, constituted a violation of Article 8. This would be tantamount to imposing on the United Kingdom, as on all the other Contracting States, an obligation by virtue of Article 8 to make available to the Gypsy community an adequate number of suitably equipped sites. The Court is not convinced, despite the undoubted evolution that has taken place in both international law, as evidenced by the framework convention, and domestic legislations in regard to protection of minorities, that Article 8 can be interpreted as implying for States such a far-reaching positive obligation of general social policy (see paragraphs 93-94 above)".
- "99. It is important to recall that Article 8 does not in terms recognise a right to be provided with a home. Nor does any of the jurisprudence of the Court acknowledge such a right. While it is clearly desirable that every human being have a place where he or she can live in dignity and which he or she can call home, there are unfortunately in the Contracting States many persons who have no home. Whether the State provides funds to enable everyone to have a home is a matter for political not judicial decision."
- (95) Amb la mateixa doctrina, v. assum. n. 25154/94, 24882/94, 25289/94 i 24876/94, *Coster, Beard, Lee i Jane Smith vs. Regne Unit*, respect.; v., tbé. assum. *Ward c. Regne Unit*, (dec.), n. 31888/03, 9 novembre 2004, i *Codona c. Regne Unit*, dec., n. 485/05, 7 febrer 2006.
- (96) *Guía del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos Derecho a un proceso equitativo*. Parte civil. Consell d'Europa-Tribunal Europeu de Drets Humans, 2013).
- (97) V. *Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights. Right to respect for private and family life, home and correspondence* (actualitzada el 30-04-2019), Council of Europe/European Court of Human Rights, 2019.
- (98) V. també decisions assum. *Botta c. Itàlia*, n. 21439/93, 24 febrer 1998, *O'Rourke c. Regne Unit*, n. 39022/97, 26 juny 2001, (26.06.2001). esmentats per la FRA en l'informe *Condiciones de vivienda de los Roma y los Travellers en la Unión Europea*, Agència dels Drets Fonamentals de la Unió Europea (FRA), Luxemburg (octubre 2009) (r.e.).
- (99) Informe: *Condiciones de vivienda de los Roma y los Travellers en la Unión Europea*, Agència dels Drets Fonamentals de la Unió Europea (FRA), Luxemburg (octubre 2009) (r.e.).
- (100) R. M. Mestre i Mestre (2016: 113-132).
- (101) Modificat pel TEDH el 4 juliol 2015, 16 gener 2012 i 14 gener 2013.
- (102) El *leading case* es troba a la STEDH *Soering c. Regne Unit*, 7 juliol 1989.
- (103) L. López Guerra (2013: 174-175)
- (104) R. Niño Estébanez (2018: 52).
- (105) Segons l'autor esmentat "En rigor el CEDH exige su ejecución no exactamente un sistema para su ejecución, aunque el Consejo de Ministros ha aprobado resoluciones en este sentido. Cfr. por ejemplo, la Recomendación (2000)2, del Comité de Ministros. Montesinos Padilla da cuenta de diferentes Resoluciones en las que el Comité de Ministros expresa su preocupación ante la incomparecencia de un procedimiento específico en España. Cfr. «El recurso de revisión...», *op. cit.*, p. 110, nota al peu n. 15." [Nota a p.p.].
- (106) R. Niño Estébanez (2018: 52; 161 i ss.); J. Sigüenza López (2016: 378); A. Torres Pérez (2013: 425-430); C. Montesinos Padilla (2011: 157-164; 2016: 98 i ss.); S. Ripoll Carulla (2010).
- (107) Amb les modificacions legals concordants amb el que estableix la reforma esmentada, en els ordres jurisdiccionals: civil (art. 510 LEC); penal (art. 954 LECr.), contenciós administratiu (art. 102 LJCA) i militar (art. 328 LO Procesal Militar).
- (108) La sentència que resol la revisió, sigui en sentit estimatori com desestimatori, és ferma en Dret i contra ella no es pot interposar cap recurs, però el demandant



pot promoure un recurs excepcional de nul·litat d'actuacions o interposar un recurs d'empara davant el TC, i fins i tot, l'assumpte podria arribar de nou al TEDH (R. Niño Estébanez, 2018: 286; 169 i ss.).

- (109) Sigüenza López proposa, pàg. ex., incloure un nou motiu de nul·litat d'actuacions malgrat haver dictat sentència ferma (art. 238 i 241 LOPJ) o fins i tot millor, "regular un cauce específico en el que fuese el Tribunal Supremo el que decidiese, a la vista de las circunstancias concurrentes en cada supuesto y de lo dispuesto por el TEDH, si procede la reapertura de los procesos cuestionados y, en su caso, el reenvío de las actuaciones a los órganos jurisdiccionales ante los que se produjo la violación denunciada para que procedan a realizarlas debidamente y con todas las garantías"; v. tbé. R. Niño Estébanez, 2018: 208 i ss.; C. Montesinos Padilla (2016: 109-110).
- (110) Interlocutòria (S. Quinta), 23 de febrer de 2016, ap. 23 i 25.
- (111) V. Declaració n. 1, relativa a la CDFUE (DOUE, 7.6.2016, C-202/337).
- (112) "P. Cruz Villalón, 'The 'added value' of the Charter in relation to the ECHR", dins *Igualdad y democracia. Estudios en homenaje a la profesora Julia Sevilla*, València, 2014, pàg. 209-214 [Nota a p.p. de l'autor esmentat].  
Com adverteix P. Cruz Villalón (2012: 5) en l'esfera europea-comunitària hi ha tres sistemes diferents de protecció dels drets humans: "l'internacional (Estrasburg); el supranacional (Luxemburg); i el nacional -Madrid- en el cas espanyol".
- (113) V., tbé., R. Niño Estébanez (2018: 55-74).
- (114) M. Moralo Aragüete (2011: 132).
- (115) "Sarmiento, *op. cit.*, p. 398" [Nota a p.p. de l'autor esmentat].
- (116) "Cas Foto-Frost (314/85, EU: C: 1987:452)." [Nota a p.p. de l'autor esmentat].
- (117) R. Bustos Gisbert (2017, pàg. 333-359); D. J. Liñán Noguera (2013: 269 i ss.; 437 i ss.); M. Moralo Aragüete (2011: 119 i ss.).
- (118) Amb el vot particular discrepant del magistrat Ricardo Enríquez Sancho.
- (119) *Mohamed Aziz c. Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa)*. En la doctrina, v., a.e., Á. Serrano de Nicolás (2014: 119-143).
- (120) Text rectificat mitjançant interl. de 1er de febrer de 2017.
- (121) V. STS, Ple, 11 setembre 2019 que té en compte els criteris facilitats pel TJUE (STJUE de 26 març 2019 i actuacions de

3 juliol de 2019), per determinar si és possible la subsistència del contracte i quins són els efectes derivats de la nul·litat de les clàusules de venciment anticipat de préstecs hipotecaris.

- (122) Al tancament d'aquest treball, està pendent de resolució la qüestió prej. De l'assumpte C-125/18 *Marc Gómez del Moral Guasch c. Bankia*, relativa a la interpretació de la Directiva 93/13/CEE en relació amb l'aplicació a un contracte de préstec hipotecari per a l'adquisició de l'habitatge, que fixa el tipus d'interès variable del préstec prenent com a valor de referencia un dels índexs de referència de préstecs hipotecaris (IRPH) (v. conclusions de l'advocat general Sr. MACIEJ SZPUNAR, de 10 de setembre de 2019).  
En altres països, també se susciten qüestions prejudicials diverses sobre aquesta Directiva; per ex., S. 26 juny 2019, *Addiko Bank*, (Eslovènia), S. 8a, C-407/18 (impossibilitat d'examen de clàusules abusives en un procediment d'execució hipotecària de l'habitatge d'un consumidor i la seva família).
- (123) D'altra banda: "sense que sigui aplicable al cas d'aquestes interlocutòries el Dret comunitari ni ratió loci ni ratió materiae" -Interl. del Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees (Sala Vuitena) de 16 de abril de 2008-, no es pot entendre procedent el plantejament de la qüestió prejudicial, de manera que la seva omissió no pot generar indefensió ni vulneració del dret a un procés amb totes les garanties -art. 24.1 i 2 CE-... (STC Ple, 78/2010, FJ 5).
- (124) H. Simón Moreno (2019: 161 i ss.).
- (125) Sobre la incidència de les resolucions del TJUE en les sentències recents del TS, v. J. M. Blanco i R. Blázquez (2019: 1632-1650); F. Redondo Trigo (2017: 1591-1615).
- (126) Per a una recopilació de les normes legals estatals referents a l'habitatge, v. *Codi de l'habitatge de l'Estat*, BOE, actualitzat el 30 abril 2019.
- (127) Sobre aquesta Directiva, v., a.e., Á. Serrano de Nicolás (2014a); E. Arroyo Amayuelas (2017); A. Quesada Páez (2017).
- (128) La Carta Social Europea (revisada) es va obrir a la signatura el 3 de maig 1996 i va entrar en vigor el 1er de juliol de 1999. Fins a la data 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 portar a posposar-ne la ratificació. En 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. V., *Butlletí Oficial de les Corts Generals*, Corts Generals, Sèrie A, 15 de febrer de 2019 n. 267, Autorització de Tractats i Convenis Internacionals, 110/000104 (CD).

Mentrestant, Espanya ha d'aplicar la CSE de 1961 (signada el 27 abril 1978 i ratificada el 6 maig 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 el 1er gener 2015 i lloc web: <https://www.coe.int/fr/web/european-social-charter/signatures-ratifications>).

- (129) D. Terrádez Salom (2014; 2019).
- (130) 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 Bertrán (2019: 498-540); D. Terrádez Salom (2019).
- (131) "Article 13. Dret a l'assistència social i mèdica  
Per garantir l'exercici efectiu del dret a l'assistència social i mèdica, les Parts es comprometen:  
1. vetllar perquè tota persona que no disposi de recursos suficients i que no pugui obtenir-los pels seus mitjans o percebre'ls a través d'una altra font, sobretot a través de prestacions que resultin d'un règim de seguretat social, pugui obtenir una assistència adequada i, en cas de malaltia, l'atenció que requereixi el seu estat;  
2. vetllar perquè les persones que es beneficien d'una assistència d'aquest tipus no pateixin, per aquesta raó, una disminució dels seus drets polítics o socials;  
3. preveure que tothom pugui obtenir, a través de serveis competents de caràcter públic o privat, assessorament i ajuda personal de qualsevol mena necessaris per prevenir, eliminar o alleujar l'estat de necessitat de caràcter personal i familiar;  
4. aplicar les disposicions establertes en els apartats 1, 2 i 3 d'aquest article, en igualtat amb els seus nacionals, als súbdits de les altres Parts que es troben legalment en el seu territori, d'acord amb les obligacions que assumeixin en virtut del Conveni europeu d'assistència social i mèdica, signat a París l'11 de desembre de 1953".
- (132) *Charte sociale européenne Recueil de textes*, Consejo de Europa (2015: 340).
- (133) Pel que fa a l'Àmbit d'aplicació de la Carta Social pel que fa a les persones protegides" i l'article 31, vegeu apartats 1, 2 i 3 de l'Annex.



En la doctrina, v. R. Prieto Suárez (2008); Jean-Michel Belorgey (2007); Robin R. Churchill, Urfan Khaliq (2004).

- (134) V., a.e.: Decisió de la Comissió d'activar l'article 7, apartat 1, del TUE en relació amb la situació a Polònia (Parlament Europeu, P8\_TA(2018)0055) i Resolució del Parlament Europeu, de 1er de març de 2018, sobre la decisió de la Comissió d'activar l'article 7, apartat 1, del TUE en relació amb la situació a Polònia (2018/2541(RSP).

Resolució de Parlament Europeu, de 12 de setembre de 2018, sobre una proposta en la qual sol·licita al Consell que, de conformitat amb l'article 7, apartat 1, del Tractat de la Unió Europea, constati l'existència d'un risc clar de violació greu per part d'Hongria dels valors en què

es fonamenta la Unió (2017/2131 (INL) (Parlament Europeu, P8\_TA (2018)0340). En relació amb l'habitatge en aquest país, v. apartat 73 de la Resolució.

- (135) V. *The protection of fundamental rights in the EU: European Parliament achievements during the 2014-2019 legislative term and challenges for the future*, redac per Ottavio Marzocchi (Parlament Europeu, abril 2019).

- (136) O. Hamulák et al. (2018: 167 i ss.).

- (137) J.Á. Camisón Yagüe (2011: 60).

- (138) V., tbé., explicacions sobre la Carta dels Drets Fonamentals (2007/C-303/02); interl. TJUE, 16 juliol 2015, assum. C-539/14, § 49; i STC 32/2019, Ple, de 28 de febrer, FJ 6).

- (139) J.Á. Camisón Yagüe (2011: 60).

- (140) M. Salvador Martínez (2011: 221 i ss.).

- (141) No obstant això, una queixa presentada per una persona que no tingui nacionalitat o residència pot arribar a ser investigada ja que el Tractat també permet al Defensor de el Poble actuar per iniciativa pròpia (M. Salvador Martínez, 2011: 224).

- (142) D. F. Diamandouros (2013: 369-370), Defensor del Poble Europeu entre 2003 i 2013; J. Á. Camisón Yagüe (2011: 64).

- (143) V. STJUE (GS), 16 juliol 2015, petició prejudicial, en assumpte referent a la instal·lació dels comptadors elèctrics als pals de la línia elèctrica aèria a una alçada de sis a set metres, en barris urbans poblats principalment per persones d'origen gitano.

# El temps en els arrendaments urbans: què passa si és indefinit i indeterminat?

Enrique Peruga Pérez (\*)  
Advocat

## 1. Introducció: un nou cas de ClinHab

Els lectors d'aquesta revista ja coneixen la Clínica Jurídica de Dret Immobiliari i Mediació Residencial de la Universitat de Barcelona (ClinHab) <sup>(1)</sup>, perquè les seves pàgines ja han donat a conèixer algun dictamen elaborat per professors i estudiants en pràctiques en aquesta clínica <sup>(2)</sup>. Jo també hi vaig fer les meves pràctiques externes en el període 2016-2018 (primer com a estudiant de Grau i, posteriorment, com a alumne de Màster) i per això em proposo explicar –i desenvolupar més detalladament– una consulta en la qual vaig participar a propòsit de la validesa de la clàusula de durada indefinida d'un contracte d'arrendament d'habitatge.

### 1.1. Un arrendament per temps indefinit: és vàlid?

El cas és el següent: una propietària volia arrendar un pis a través de la borsa de lloguers en una Oficina Local d'Habitatge en una comarca catalana, però el seu marit, antic titular de l'habitatge, ja l'havia arrendat l'any 1993 per "*temps indefinit*", sense concretar absolutament cap termini de durada, ni temps determinat, ni forma de determinar-lo. Aquesta Oficina preguntava si això era possible. Es tractava, doncs, de saber si la clàusula "*per temps indefinit*" era vàlida i, en cas que no ho fos, quines



havien de ser les conseqüències d'aquesta invalidesa.

Cal destacar aquí que el contracte que ens ocupa era un formulari tipus i no un contracte model o un contracte redactat *ad hoc*, amb totes les implicacions que això comporta. La parquedat i la simplicitat sintàctica dels termes continguts en el text del formulari tipus limiten la interpretació de les clàusules del contracte i la seva subsumpció en l'àmbit d'aplicació d'una norma o un corrent jurisprudencial concret, com veurem més endavant.

### 1.2. Algunes dades d'interès per resoldre el cas

En primer lloc, hem de ressenyar que el contracte va ser signat pels arrendataris actuals i pel llavors propietari l'1 de gener de 1993, per la qual cosa, de conformitat amb la Disposició Transitòria Primera de la Llei 29/1994, d'arrendaments urbans, la llei aplicable a aquest contracte d'arrendament era la LAU 1964, que originalment preveia la pròrroga forçosa a favor de l'arrendatari. No obstant això, també resulta d'aplicació al contracte que ens ocupa l'article 9 del

Reial decret llei 2/1985, de 30 d'abril, sobre mesures de política econòmica, que precisament eliminava la institució de la pròrroga forçosa.

Per respondre a aquesta qüestió és necessari tenir en compte la normativa que regia el contracte en el moment de concloure'l, ja que, en matèria d'arrendaments urbans, la legislació ha experimentat canvis importants fins avui. A més, hem de diferenciar la hipòtesi del pacte indefinit d'aquella altra en què ni tan sols existeix pacte, cas, aquest, en què es podria deduir que la durada és indeterminada.

Abans d'entrar en la resolució del cas concret, convé, doncs, explicar –ni que sigui succintament– el contingut de tota aquesta regulació.

## 2. La consideració de la durada del contracte en les diferents lleis especials d'arrendaments

### 2.1. La pròrroga forçosa com a instrument legislatiu de política social davant l'escassetat d'habitatge (1920-1985)

La LAU 1964, promulgada mitjançant el Decret 4104/1964, de 24 de desembre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei d'arrendaments urbans <sup>(3)</sup> no fixava un termini mínim ni màxim de durada dels contractes d'arrendament de finques urbanes i només preveia la pròrroga forçosa a instància de l'arrendatari (art. 57 LAU). La pròrroga era una institució de *iuris cogens* que diferents normes sectorials ja havien reconegut amb anterioritat des de la promulgació del Reial decret, de 21 de juny de 1920, destinat a l'establiment de noves mesures per donar resposta a l'escassetat d'habitatges <sup>(4)</sup>.

Segons l'art. 57 LAU 1964, el contracte d'arrendament, després de complir el termini de durada fixat inicialment, s'havia de prorrogar de manera obligatòria per l'arrendador i potestativa per l'arrendatari; és a dir, l'arrendador de la finca urbana estava obligat a cedir la seva possessió a l'arrendatari per temps indefinit, a voluntat seva, encara que s'hagués pactat un termini inferior.

A més, la LAU 1964 preveia la subrogació forçosa dels familiars més propers, amb



el límit de dues subrogacions (arts. 57, 58 i 59 LAU 1964), sempre que la persona subrogada hagués conviscut amb l'arrendatari en l'habitatge arrendat els dos anys anteriors a la seva defunció.

Aquesta pròrroga forçosa només tenia excepcions si concorria alguna de les circumstàncies previstes en el Capítol VIII (arts. 62-94 LAU 1964) o alguna de les causes de resolució contingudes en el Capítol XI del mateix cos legal (arts. 114-118 LAU 1964). Entre les primeres, cal destacar la necessitat del mateix arrendador de recuperar l'habitatge per ocupar-lo ell mateix o perquè l'ocupin els seus descendents (arts. 62.1r i 63 en relació amb l'art. 114.11 LAU 1964), una excepció que –en termes diferents– encara trobem en l'art. 9.3 LAU vigent, que permet que l'arrendador, un cop transcorregut un any de contracte, comuniqui a l'arrendatari que té la necessitat de recuperar la possessió de l'immoble arrendat perquè ell mateix o els seus familiars de primer grau de consanguinitat o afinitat l'utilitzin com a habitatge permanent o, fins i tot, que el pugui utilitzar el seu cònjuge en el cas que recaigui sentència ferma de separació, divorci o nul·litat matrimonial <sup>(5)</sup>.

### 2.2. Una nova política econòmica: la supressió de la pròrroga forçosa (1985)

El 30 d'abril de 1985 l'executiu socialista encapçalat per Felipe González va promulgar durant la II legislatura el

RDL 2/1985 sobre mesures de política econòmica <sup>(6)</sup>, comunament conegut com a Decret Boyer pel cognom del ministre d'Economia i Hisenda que el va impulsar. Concretament, segons l'Exposició de motius de l'esmentat Reial decret llei, l'objectiu de la supressió de la pròrroga forçosa era fomentar la construcció d'habitatges i locals destinats a lloguer, així com augmentar el nombre d'operacions en el mercat d'arrendaments urbans. Aquesta mesura es va adoptar, juntament amb moltes altres (deduccions a la quota de l'impost de societats, introducció de la llibertat d'horaris per a l'obertura i el tancament de locals comercials, reducció dels costos de constitució de societats, etc.) per estimular el consum privat, la inversió i impulsar les operacions del sector de la construcció; tot això per fer front a la profunda desacceleració de la qual donaven mostra els mercats internacionals a mitjan dècada dels vuitanta.

L'art. 9 del Decret Boyer va suprimir el règim de pròrroga forçosa i va propugnar la llibertat de pactes sobre la durada del contracte d'arrendament, sens perjudici del que preveu l'art. 1566 CC per a la reconducció tàcita i remarcant que els contractes perfeccionats amb anterioritat a l'entrada en vigor del Decret Boyer continuarien subjectes a les prescripcions dels arts. 57 i ss. de la LAU 1964 (art. 9 en relació amb la DT única). És a dir que, a partir de llavors, hi ha dos tipus de lloguers: els perfeccionats durant la vigència de la LAU 1964 (i, per tant, subjectes a pròrroga forçosa *ex lege*) i els perfeccionats després





de l'entrada en vigor del Decret Boyer, als quals no resulta aplicable la pròrroga forçosa per ministeri de la llei.

No obstant això, com bé diu FAJARDO FERNÁNDEZ<sup>(7)</sup>, la qüestió no va resultar tan senzilla, ja que certament una bona part dels contractes d'arrendament conclosos sota la vigència del Decret Boyer en les seves clàusules contenien un pacte de pròrroga forçosa convencional, entesa com l'acord mitjançant el qual d'arrendatari disposava de la facultat de prorrogar potestativament el contracte, sense que l'arrendador s'hi pogués oposar, ja que així s'havia obligat.

La inclusió d'aquestes clàusules es devia a diversos motius. En alguns casos sí que responia efectivament a la veritable voluntat dels contractants, però en d'altres era el resultat de certes inèrcies, com l'arrossegament de les clàusules d'estil, l'ús de formularis tipus (com en el cas que ens ocupa) o el desconeixement sobre la reforma legal operada pel RD-L 2/1985. Aquesta situació (localitzada temporalment entre l'entrada en vigor del Decret Boyer i l'ulterior reforma de la LAU al 1994) serà l'origen d'una doctrina jurisprudencial diferent, confusa i en moltes ocasions contradictòria sobre la validesa i l'abast dels pactes de pròrroga forçosa convencional<sup>(8)</sup>. En això entrarem més endavant.

### 2.3. El retorn a la pròrroga forçosa *ex lege*, subjecta a (moltes) limitacions (1994)

Amb el mateix Govern socialista del PSOE, aquest cop a la V Legislatura, es va

promulgar la LAU 1994<sup>(9)</sup>, que va suposar una modernització completa de la regulació, que ara era menys complexa i menys extensa. El més destacable, en el que ara interessa, era la reintroducció de la pròrroga forçosa (aquest cop fortament reduïda i subjecta a múltiples limitacions). Segons que es diu en l'anàlisi que va fer VATTIER FUENZALIDA poc després d'un any des de l'entrada en vigor de la LAU 1994 i en la línia de les afirmacions establertes pel legislador en l'exposició de motius de la LAU 1994, la nova regulació buscava establir les bases per a l'equilibri de les posicions d'arrendatari i arrendador i apuntava a augmentar l'oferta d'arrendaments de lloguer; tot això amb la intenció de situar la figura de l'arrendament com a pedra angular de la política nacional d'habitatge i com una alternativa viable a l'adquisició d'habitatges mitjançant un préstec hipotecari<sup>(10)</sup>.

Concretament, l'art. 9 LAU 1994 estableix un termini mínim de durada del contracte d'arrendament i una pròrroga legal forçosa, a voluntat de l'arrendatari, de fins a cinc anys si el pacte havia previst una durada inferior i –addicionalment– una “superpròrroga” de tres anys més.

Aquesta “superpròrroga” triennial, prevista en l'article 10 de la LAU 1994, funcionava de la manera següent: si arribat el termini de la pròrroga legal mínima de 5 anys ni l'arrendador ni l'arrendatari manifestaven la seva voluntat de posar fi a l'arrendament, el contracte es prorrogava anualment fins un màxim de 3 anys, que eren potestatius per l'arrendatari (que podia

posar fi a l'arrendament avisant prèviament a la propietat amb un mes d'antelació a la data de finalització de qualsevol de les anualitats) i obligatoris per l'arrendador<sup>(11)</sup>.

Amb el mateix Govern socialista del PSOE, aquest cop a la V Legislatura, es va promulgar la LAU 1994 (9), que va suposar una modernització completa de la regulació, que ara era menys complexa i menys extensa

En total, doncs, el contracte tenia una durada legal mínima de 5 anys, eventualment ampliables fins a un total de 8 anys.

### 2.4. Tornem-hi amb la pròrroga forçosa *ex lege*, subjecta a (moltes més) limitacions (2013)

El 2012, i en el marc de la crisi econòmica iniciada el 2008, l'Institut Nacional d'Estadística (INE) va publicar un estudi en el qual es feia constar que només 1,8 milions d'habitatges a Espanya estaven subjectes a un contracte d'arrendament, mentre que prop de 3 milions d'habitatges continuaven completament desocupats. Aquest va ser un dels motius que van dur el Govern de Mariano Rajoy a impulsar una nova reforma de la LAU 1994, l'objectiu últim de la qual era flexibilitzar el mercat de lloguer mitjançant l'oferta de més garanties als propietaris. En aquest sentit, alguns autors, com PÉREZ CONESA, remarcaven la necessitat d'enfocar l'acció del legislador a millorar la confiança dels propietaris en la regulació de l'arrendament, no solament mitjançant la modificació dels terminis mínims de durada de l'arrendament, sinó també per altres mitjans, com la millora en la celeritat dels jutjats en la resolució de casos i procurant establir procediments de desnonament més àgils i dinàmics; sense deixar de procurar per això la protecció deguda als arrendataris<sup>(12)</sup>.

Aquesta reforma es va materialitzar, finalment, a través de la Llei 4/2013, de 4 de juny, de mesures de flexibilització i foment del mercat del lloguer d'habitatges, que va modificar la redacció dels arts. 9 i 10 LAU 1994, establint un termini mínim de durada nou i escurçat, ara de 3 anys. Per la seva banda, la “superpròrroga” de l'art. 10

passava a ser de tan sols un any, sempre que l'arrendador no la impedís. És a dir, que, amb aquesta reforma, la durada mínima de l'arrendament d'habitatge es va reduir a la meitat, en comparació amb la durada que establiria la redacció primigènia de la LAU 1994.

A continuació, no procedirem a explicar les reformes posteriors de la LAU, perquè no tenen influència pràctica sobre el cas que hem de resoldre. Si el lector desitja llegir una breu ressenya sobre les modificacions operades en la legislació d'arrendaments urbans durant els anys 2018 i 2019, la pot trobar a l'epíleg d'aquest article.

### 3. La reconducció tàcita en el Codi civil

L'aplicació del Codi civil espanyol en matèria d'arrendaments de finques urbanes (arts. 1580-1582 CC) queda desplaçada per l'aplicació preferent de la regulació especial de l'arrendament (LAU), en virtut del principi *lex specialis derogat legi generali* i perquè és més protectora per a l'arrendatari. No obstant això, si que s'aplica a aquests arrendaments la institució de la reconducció tàcita, recollida en els articles 1566, 1577 i 1581 del CC. Concretament, el contingut literal de l'art. 1566 estableix que:

*"Si al terminar el contrato, permanece el arrendatario disfrutando quince días de la cosa arrendada con aquiescencia del arrendador, se entiende que hay tácita reconducción por el tiempo que establecen los artículos 1577 y 1581, a menos que haya precedido requerimiento"*

Per la seva banda, l'article 1581 CC disposa el següent:

*"Si no se hubiese fijado plazo al arrendamiento, se entiende hecho por años cuando se ha fijado un alquiler anual, por meses cuando es mensual, por días cuando es diario (...)"*

De la interpretació conjunta d'ambdós preceptes s'infereix que, un cop extingit l'arrendament sense possibilitat que s'apliquin les prorrogues legals, el contracte es "renova". Efectivament, si l'arrendatari continua gaudint durant quinze dies de l'immoble arrendat sense que l'arrendador s'hi oposi, l'arrendament s'entén renovat d'any en any si el preu total de la renda es va pactar en el còmput anual, de mes en mes si aquesta renda es va pactar en



còmput mensual, o fins i tot de dia en dia, si la renda es merités diàriament. En el cas que el lector no estigui familiaritzat amb el funcionament particular de la reconducció tàcita i volgués saber-ne més, a l'epíleg d'aquest article trobarà un cas exemplificatiu que pretén contribuir a aclarir els seus dubtes <sup>(13)</sup>.

És important destacar que la reconducció tàcita no és una prorroga del contracte, sinó que dona lloc a un contracte diferent, a diferència de les prorrogues legals previstes en els articles 9 i 10 LAU 1994. Així ho ve confirmant de manera constant i des de fa temps la jurisprudència del Tribunal Suprem, que ha reiterat que la prorroga contractual suposa una continuació del contracte en la seva integritat, mentre que la reconducció tàcita comporta una novació contractual de la qual sorgeix un nou contracte i diferent de l'anterior (ho podem veure, per exemple, en les STSS 20 de novembre de 1909, 15 de desembre de 1953 i 26 d'octubre de 1964) <sup>(14)</sup>.

### 4. El temps en els contractes d'arrendament d'habitatge en els quals no es pacta un termini de durada

#### 4.1. La invalidesa de la clàusula de durada indefinida a l'empara del Codi civil

Abans d'entrar en matèria, cal tenir en compte la importància del temps en la vida i l'efectivitat de les relacions contractuals. Resulta evident que encara que els articles

1091 i 1255 CC consagren el principi de llibertat de pactes, els principis generals del Dret ens obliguen a analitzar que el concepte d'obligació, en la seva accepció actual, ha de ser de naturalesa essencialment temporal. Aquesta evolució del concepte d'obligació respon fonamentalment a la voluntat d'evitar l'establiment de negocis jurídics que, a causa de la seva configuració, perpetuïn en excés o *ad infinitum* la seva durada en el temps.

En línia amb aquestes afirmacions, podem asseverar que el contracte d'arrendament és un negoci jurídic de naturalesa temporal, perquè el "temps determinat" és un element capital en tot arrendament (art. 1543 CC). Díez-PICAZO, quan reflexiona quina pot ser la finalitat intrínseca que va motivar el legislador a introduir la noció de "temps determinat" en el precepte esmentat, apunta que potser es pretenia evitar que els contractes de cessió d'ús i de gaudi es configuressin a perpetuïtat, deixant de ser d'aquesta manera arrendaments en sentit estricte per esdevenir censos emfitèutics (arts. 1605, 1608 i 1628 i ss. CC); o que, alternativament, es volia posar l'accent en el fet que el consentiment contractual atorgat per les parts havia de recaure concretament i forçosament en la durada de l'ús i el gaudi que es lliura a l'arrendatari, de manera que sense aquesta concreció no hi havia un contracte vàlid. No obstant això, finalment Díez-PICAZO descarta aquesta darrera tesi, en constatar que la jurisprudència majoritària prefereix integrar el contracte que declarar-lo nul per manca d'un element essencial <sup>(15)</sup>.



El corrent jurisprudencial del Tribunal Suprem que predica la temporalitat com a pedra angular del contracte d'arrendament s'ha mantingut estable en el decurs de les darreres dècades. D'aquesta manera, segons RODRÍGUEZ GIL <sup>(16)</sup>, les STS de 21 de maig de 1958, de 20 de febrer de 1960, de 19 de gener de 1979 i de 7 de juny de 1979, ja *essencialitzaven* el requisit de la temporalitat, declarant incompatible el termini indefinit amb el concepte d'arrendament. Les resolucions més recents continuen mantenint aquest criteri jurisprudencial: n'hi ha prou de citar, per a totes, la Sentència del Tribunal Suprem (Sala Primera) núm. 490/2009, de 22 de juny.

**4.2. I què passa si la clàusula per la qual s'estableix una durada indefinida és nul·la? Vies d'integració utilitzades per la jurisprudència contradictòria del Tribunal Suprem i vies proposades per la doctrina**

Amb tot, no s'han dissipat totalment els dubtes sobre si la nul·litat de la clàusula de durada indefinida necessàriament condueix a la nul·litat de tot el contracte o si pot ser objecte d'interpretació per tal de preservar-ne la validesa. Tant la doctrina com la jurisprudència han mantingut interpretacions diverses.

El Tribunal Suprem només ha apreciat la nul·litat de la totalitat del contracte com a conseqüència de la inserció d'una clàusula

de durada indefinida en comptades ocasions. Com ja hem dit, la majoria de pronunciaments prefereixen esforçar-se a integrar la clàusula nul·la, salvaguardant d'aquesta manera la integritat del negoci jurídic a l'empara del cànon hermenèutic cristal·litzat en el principi de conservació dels contractes <sup>(17)</sup>. La mateixa opinió té CARRASCO PERERA, que afirma que la nul·litat de la pròrroga indefinida no ha de comportar la nul·litat del contracte, sinó que simplement significa que l'arrendador no resultarà obligat per aquest pacte de durada indefinida <sup>(18)</sup>.

Vegem llavors quines vies d'integració contractual ens ofereixen tant la legislació aplicable com la doctrina i la jurisprudència.

**4.2.1. Primera possibilitat: el pacte de durada indefinida equival a pactar la submissió al règim de pròrroga forçosa si és prou explícit i concret**

La jurisprudència (ja des de 1993) ha fallat en múltiples ocasions a favor de considerar com a vàlids els pactes de pròrroga forçosa indefinida subscrits per arrendador i arrendatari des de l'entrada en vigor del Decret Boyer en endavant (és a dir, un cop va quedar derogada la pròrroga indefinida forçosa *ex lege* prevista a la LAU 1964), sempre que aquests acords fossin prou clars i explícits <sup>(19)</sup>.

De l'anàlisi de la jurisprudència del Tribunal Suprem en aquesta matèria es pot

interpretar que en la majoria d'ocasions en què el Tribunal s'ha pronunciat sobre la validesa dels pactes de pròrroga forçosa ha estat perquè l'arrendatari ha intentat argüir en seu judicial que la clàusula en la qual s'estableix simplement una "durada indefinida" del contracte equival a subscriure una pròrroga forçosa. I és precisament aquesta equiparació la que no tolera el Tribunal Suprem.

**Per exemple, podem portar a col·lació la STS 490/2009 ja esmentada abans, de 22 de juny (RJ/2009/3412), en la qual es dirimeix un cas que les parts van establir un termini de durada indefinit**

Per exemple, podem portar a col·lació la STS 490/2009 ja esmentada abans, de 22 de juny (RJ/2009/3412), en la qual es dirimeix un cas que les parts van establir un termini de durada indefinit. En aquesta resolució, el TS determina que, després de l'entrada en vigor del Decret Boyer, no resulta d'aplicació als nous contractes la renovació temporal automàtica que, per imperatiu legal, regulava l'art. 57 de la LAU 1964; però això no exclou que les parts es puguin subjectar voluntàriament a l'esmentat règim de pròrroga forçosa en virtut del principi de llibertat contractual consagrat en l'art. 1255 CC. Així cal deduir-ho tant de l'esmentada resolució com també de la STS 741/2010, de 22 de novembre (RJ/2011/568):

*"Pese a ello nada impide, en principio, que si las partes así lo acuerdan y en virtud del principio de libertad contractual consagrado en el artículo 1255 del Código Civil, los arrendamientos posteriores a la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 2/1985 [Decreto Boyer] puedan someterse al régimen de prórroga forzosa establecido en el artículo 57 LAU 1964."*

Aquest pacte, però, haurà de ser exprés, inequívoc, meridià i transparent. No resulta vàlid, doncs, assenyalar parcialment la mera indefinició temporal de l'arrendament per entendre que els contractants se sotmeten *motu proprio* a l'estatut de la pròrroga forçosa. Així ho afirma, entre altres <sup>(20)</sup>, la STS núm. 204/2013 relativament recent, de 20 de març, que cassa la resolució dictada en apel·lació, ja que el criteri mantingut per l'Audiència Provincial de Barcelona





contravenia la jurisprudència majoritària del Suprem en aquesta matèria.

La SAP Barcelona (Secció 4a), d'11 de novembre de 2009, en la resolució cassada, entenia que la inclusió del terme "indefinit" en els contractes d'arrendament subjectes al Decret Boyer equivalia a la seva subjecció al règim de la pròrroga forçosa. El Suprem va estimar el recurs de cassació basant-se en la doctrina jurisprudencial assentada en ocasions anteriors, afirmant que l'abast que s'ha de donar a l'expressió "temps indefinit" no pot ser equivalent a l'acolliment del règim de pròrroga forçosa de l'article 57 LAU 1964, perquè aquest pacte requereix una deducció inequívoca que es desprengui de l'articulat del contracte.

**Un cas clar en què el TS va acollir la validesa de la pròrroga forçosa subscrita per les parts és el plasmal en la STS (Sala Primera), núm. 611/2013, de 16 d'octubre, relativa a un contracte d'arrendament de local de negoci perfeccionat el 8 d'abril de 1988 i, per tant, subjecte a les disposicions de la LAU 1964 matisades per l'art. 9 del Decret Boyer, que eliminava la pròrroga forçosa per ministeri de la llei**

Un cas clar en què el TS va acollir la validesa de la pròrroga forçosa subscrita per les parts és el plasmal en la STS (Sala Primera), núm. 611/2013, de 16 d'octubre, relativa a un contracte d'arrendament de local de negoci perfeccionat el 8 d'abril de 1988 i, per tant, subjecte a les disposicions de la LAU 1964 matisades per l'art. 9 del Decret Boyer, que eliminava la pròrroga forçosa per ministeri de la llei. En la resolució esmentada, el Tribunal Suprem conclou que la literalitat del pacte assolit per les parts no permet dilucidar que aquestes es volguessin sotmetre lliurement i voluntàriament al pacte de pròrroga forçosa en el termes previstos a la LAU 1964, malgrat que l'art. 57 i concordants d'aquesta llei no estaven en vigor. No obstant això, i segons posa de manifest FAJARDO FERNÁNDEZ <sup>(21)</sup>, en l'àmbit dels arrendaments de local de negoci aquest corrent jurisprudencial ha quedat superat i el Tribunal Suprem s'inclina per integrar la clàusula mitjançant les DT Segona i Tercera



LAU 1964 i nega que es pugui permetre l'aplicació d'una pròrroga forçosa d'efectes potencialment perpetus (vid. SSTs núm. 137/2015, de 12 de març i núm. 324/2015, de 8 de juny).

#### **4.2.2. Segona possibilitat: el pacte vàlid de durada indefinida s'ha d'integrar, equiparant-se al termini màxim previst per a l'usdefruit constituït a favor de persones jurídiques**

Una part de la jurisprudència del Tribunal Suprem s'inclina, en canvi, per integrar la clàusula de durada indefinida mitjançant l'aplicació analògica del termini que fixa l'article 513 CC per al dret real d'usdefruit constituït a favor de persones jurídiques. En aquest sentit es pronuncia la STS 582/2009, de 9 de setembre (RJ/2009/4585) i, en casos molt similars, les STSS 444/2010, de 14 de juliol (RJ/2010/3907) i de 14 de novembre de 2012 [RJ 10434].

Seguint aquest corrent jurisprudencial del Tribunal Suprem, per integrar les clàusules de durada indefinida contingudes en contractes d'arrendament per a ús diferent d'habitatge perfeccionats sobre immobles situats a Catalunya, i tenint en compte els principis de territorialitat i preferència del Dret civil català consagrats en els articles 111-3 i 111-5 CCCat, hauríem d'acudir al que es disposa a l'art. 561-3.4 del Codi civil de Catalunya, que estableix que: "L'usdefruit a favor d'una persona jurídica no es pot constituir per una durada superior a noranta-nou anys. Si el títol de constitució

*no estableix una altra cosa, es presumeix constituït per trenta anys."*

No obstant això, abans d'entrar a revisar el que diu la jurisprudència sobre aquest aspecte, hauríem de precisar que aquestes resolucions dirimeixen controvèrsies sorgides al voltant de clàusules de durada indefinida en arrendaments per a ús diferent d'habitatge, per la qual cosa apriorísticament no resultarien d'utilitat per aclarir les llacunes interpretatives de les clàusules del contracte en els casos que ens trobem davant un arrendament d'habitatge.

Vegem, per exemple, el cas de la STS 582/2009, de 9 de setembre. En aquest cas l'arrendadora havia arrendat diversos locals de negoci a diverses societats mercantils mitjançant sengles contractes d'arrendament subscrits en data 1 de desembre de 1998 i, per tant, sotmesos als preceptes de la LAU 1994. En cadascun d'aquests contractes constava una clàusula sobre la durada amb el contingut literal següent:

*"El present contracte entra en vigor avui, data del seu atorgament (1 de desembre de 1998). La seva durada, lliurement estipulada per les parts contractants és d'UN ANY, prorrogable, potestativament per l'entitat arrendatària i obligatòriament per l'arrendadora, per períodes successius de la mateixa durada, la qual cosa es produirà de manera automàtica, sense que, per tant, hagi d'haver-hi a aquest efecte cap tipus de notificació."*



Com podem observar, es tracta d'una clàusula detallada i expressa, de la qual podem extreure que la voluntat dels contractants era sotmetre's –en principi– a un pacte de durada indefinida. Així doncs, es complirien els requisits de concreció i de claredat exigits per la jurisprudència del Suprem dels quals hem parlat a l'apartat anterior.

Finalment, i inspirant-nos en algunes solucions proposades per la doctrina, la Sala Primera arriba a la conclusió que és necessari integrar la clàusula i, per això, resulta oportú aplicar analògicament el termini de 30 anys de durada màxima de l'usdefruit constituït a favor de persones jurídiques previst a l'article 515 CC, concloent llavors que *"en el presente caso (...) el arrendador no puede dar por extinguidos en este momento unos contratos de arrendamiento sobre local de negocio celebrados el 1 de diciembre de 1998, pues se halla vinculado por la cláusula establecida sobre duración en cada uno de ellos por treinta años, esto es hasta la misma fecha del año 2028, lo que resulta además acorde con las exigencias de la buena fe y la contemplación de circunstancias tales como las expectativas de uso del arrendatario y las posibles inversiones realizadas (...)"*

Com bé destaca FAJARDO FERNÁNDEZ, aquesta STS 582/2009, de 9 de setembre, és la primera resolució del Suprem que afirma al mateix temps que, encara que la pròrroga convencional que figura en el contracte sense cap límit temporal és vàlida, no resulta admissible la seva prolongació indefinida, que ha de ser corregida i integrada pels

tribunals mitjançant la imposició d'un límit temporal.

Finalment, al nostre parer, no seria impossible argüir que la solució proposada pel Tribunal Suprem en la STS 582/2009, de 9 de setembre de 2009, i en les altres dues sentències concordants és extrapolable a arrendaments d'habitatge: en aquest cas, la clàusula hauria de ser interpretada pel jutjat de conformitat amb el que es disposa en l'art. 561-3.3 CCCat, corresponent el límit temporal màxim de l'arrendament amb la durada màxima de l'usdefruit constituït a favor de persona física sense determinació d'un termini concret; és a dir, que l'arrendament s'extingiria amb la mort de l'arrendatari i no abans. No obstant això, no s'ha de perdre de vista que, al cap i a la fi, es tracta d'una interpretació una mica forçada, ja que analògicament s'està aplicant un termini de durada previst per a un dret real a una obligació de naturalesa contractual.

**4.2.3. Contractes perfeccionats des del 9 de maig de 1985 fins a l'1 de gener de 1995: el pacte genèric de "durada indefinida" no equival a la pròrroga forçosa indefinida i és equiparable a la no-fixació del termini, de manera que procedeix la reconducció tàcita. La controvèrsia sobre la DT primera LAU 1994**

Algunes resolucions de la jurisprudència menor i del TS conclouen que la fixació d'una

durada "indefinida" resulta equiparable a la no-fixació del termini, raó per la qual, abans de l'entrada en vigor de la LAU 1994 i del seu article 9.2, aquesta manca d'un element essencial de l'arrendament s'havia d'integrar mitjançant l'aplicació de la reconducció tàcita <sup>(22)</sup>.

Per exemple, cal esmentar aquí l'STS 741/2010, de 22 de novembre (RJ/2011/568), ja citada. En aquest cas ens trobem davant un contracte signat l'1 d'agost de 1987 (i, per tant, sotmès al Decret Boyer quant a la derogació de la pròrroga forçosa *ex lege*), en el qual trobem una clàusula de "durada indefinida".

**Asseverant que la clàusula de durada "indefinida" pactada per les parts no té naturalesa de pacte de submissió al règim de pròrroga forçosa de la LAU 1964 perquè manca de la claredat i la contundència exigides per la jurisprudència de l'alt tribunal, el Tribunal Suprem procedeix a integrar la manca de fixació de la durada de l'arrendament utilitzant conjuntament els articles 1566 i 1581 CC, com també la disposició transitòria primera de la LAU 1994**

Asseverant que la clàusula de durada "indefinida" pactada per les parts no té naturalesa de pacte de submissió al règim de pròrroga forçosa de la LAU 1964 perquè manca de la claredat i la contundència exigides per la jurisprudència de l'alt tribunal, el Tribunal Suprem procedeix a integrar la manca de fixació de la durada de l'arrendament utilitzant conjuntament els articles 1566 i 1581 CC, com també la disposició transitòria primera de la LAU 1994. Vegem com:

El TS afirma que, quan l'arrendador i l'arrendatari es limiten a establir una durada "per temps indefinit", en realitat no estan assenyalant cap termini. Per tant, per determinar i proporcionar certesa sobre quina ha de ser la durada del contracte, hem d'acudir als articles 1543, 1566 i 1581 del Codi civil, preceptes que "tenen caràcter de dret supletori de la legislació especial", però que resulten d'aplicació per integrar la llacuna contractual. D'aquesta manera, s'ha de tenir en compte el que assenyalava l'article

1581 CC, passant després a operar el mecanisme de la reconducció tàcita segons hem explicat a l'apartat 3 d'aquest text.

No obstant això, en el cas dirimit pel Tribunal Suprem concorre una circumstància més que hem de tenir en compte: el contracte es va concertar sota la vigència del Decret Boyer, però el 2010 ja estaven vigents les disposicions de la LAU 1994, per la qual cosa haurem de veure quines solucions ens ofereix el dret transitori de la LAU 1994.

A aquest efecte, la disposició transitòria (DT) primera de la LAU 1994 (aplicable als contractes d'arrendament d'habitatge celebrats a partir del 9 de maig de 1985) en el seu incís primer indica que:

“1. Els contractes d'arrendament d'habitatge subscrits a partir del 9 de maig de 1985 que subsisteixin en la data d'entrada en vigor d'aquesta Llei es continuen regint pel que disposa l'article 9è del Reial decret llei 2/1985, de 30 d'abril, sobre mesures de política econòmica, i pel que disposa per al contracte d'inquilinat el text refós de la Llei d'arrendaments urbans, aprovat pel Decret 4104/1964, de 24 de desembre.

**No obstant això, en el cas dirimit pel Tribunal Suprem concorre una circumstància més que hem de tenir en compte: el contracte es va concertar sota la vigència del Decret Boyer, però el 2010 ja estaven vigents les disposicions de la LAU 1994, per la qual cosa haurem de veure quines solucions ens ofereix el dret transitori de la LAU 1994**

És aplicable a aquests contractes el que disposen els apartats 2 i 3 de la disposició transitòria segona.

La reconducció tàcita que preveu l'article 1566 del Codi civil ho és per un termini de tres anys, sense perjudici de la facultat de no-renovació que preveu l'article 9 d'aquesta Llei. L'arrendament renovat es regeix pel que disposa aquesta Llei per als arrendaments d'habitatge.”

Així doncs, segons la DT primera LAU 1994 era d'aplicació al contracte en qüestió



la reconducció tàcita “especial” de 3 anys, passant llavors a regir-se el contracte per les disposicions de la LAU 1994. I és precisament aquesta la solució que tant el jutjat de primera instància com l'Audiència provincial i el Tribunal Suprem donen al cas litigiós dirimit en la STS 741/2010, de 22 de setembre: el contracte es va anar renovant contínuament mitjançant reconducció tàcita “estàndard” del 1581 CC des de l'1 d'agost de 1987 fins a l'1 d'agost de 1995, moment en el qual –ja vigent la LAU 1994– l'arrendament va quedar renovat fins a l'1 d'agost de 1998 en aplicació de la DT primera.

A més, la sentència de primera instància indicava que després d'aquesta reconducció tàcita triennal de caràcter especial prevista a la DT primera LAU 1994, si cap de les parts no manifestava la seva voluntat en contra, l'arrendament s'havia de renovar per tres anys més (1 d'agost de 1998 – 1 d'agost de 2001). L'aplicació preceptiva d'aquesta pròrroga triennal de la durada del contracte troba el seu fonament en la tesi que la reconducció tàcita triennal de la DT primera LAU 1994 venia a substituir el termini mínim legal de 5 anys previst per l'art. 9 LAU 1994, per la qual cosa el contracte després de la seva extinció passava a quedar subjecte a la “superpròrroga” triennal de l'art. 10 d'aquest text normatiu. Aquesta opció abans estava avalada per la jurisprudència (STS de 27 de juny de 1989 i SSAP Balears de 25 de novembre de 2002) i per part de la doctrina <sup>(23)</sup>, però va ser rebutjada ulteriorment pel Tribunal Suprem, com veurem a continuació.

El jutjat de primera instància acaba el seu raonament (ulteriorment, com hem dit, confirmat tant en apel·lació com en cassació) assenyalant que després del final del termini de tres anys previst a l'article 10 LAU 1994 (és a dir, després de l'1 d'agost de 2001 d'ara endavant), l'arrendament va anar fent una novació en virtut del mecanisme de la reconducció tàcita ex arts 1566 i 1581 CC.

Una part de la doctrina va manifestar la seva oposició a la tesi que després de la reconducció tàcita triennal de la DT primera LAU 1994 s'hagués d'aplicar la “superpròrroga” de l'art. 10 LAU o la reconducció tàcita estàndard de l'art. 1566 CC, afirmant que el contingut literal d'aquesta DT dona peu a considerar que el que realment era procedent era aplicar el termini mínim legal de cinc anys previst en l'article 9 LAU 1994. En aquest sentit es va pronunciar GUILARTE GUTIÉRREZ <sup>(24)</sup>, afirmant que, després del final de la reconducció tàcita triennal, l'arrendatari podia renovar unilateralment el contracte anualment uns altres dos anys, fins a completar el termini mínim de 5 anys previst en la redacció originària de l'art. 9 LAU 1994.

No obstant això, aquesta hipòtesi no ha estat compartida per la jurisprudència del Tribunal Suprem, que en les seves resolucions més recents descarta que, després de la reconducció tàcita triennal de la DT primera, hagi de resultar d'aplicació el termini mínim previst en els arts. 9 i 10 LAU 1994.





Així, entre altres, la STS núm. 246/2013, de 16 d'abril, en la qual es resol sobre un contracte concertat l'1 d'abril de 1986, un cop ja havia entrat en vigor el Decret Boyer. L'arrendament es va concertar per un termini de tres anys, per la qual cosa l'1 d'abril de 1989 el termini ja havia expirat i a partir d'aquesta data el contracte va entrar en reconducció tàcita ex art. 1566 CC, sense que constés oposició de les parts durant els anys següents. Arribat l'1 de gener de 1995 va entrar en vigor la LAU 1994, i s'havia de considerar el que es disposa a la DT primera, que establia aquesta reconducció tàcita triennal de caràcter especial. Els magistrats afirmen que l'1 de gener de 1998 es va extingir la reconducció tàcita especial de la DT primera i que, transcorregut aquest termini, no és possible aplicar la reconducció tàcita estàndard consagrada en els arts. 1566 i 1581 CC.

El Tribunal Suprem apuntala aquí la seva decisió sobre criteris d'especialitat i, particularment, a l'empara de l'art. 4 CC, que imposa *–sensu contrario–* que prioritàriament ha de considerar les normes que preveuen un supòsit específic. Destaca la resolució que la DT primera LAU 1994 preveu una regulació concreta sobre durada contractual per als contractes perfeccionats sota el Decret Boyer i que, si el legislador hagués volgut l'aplicació d'una doble pròrroga (la reconducció tàcita especial triennal més, el termini mínim de l'art. 9 o la superpròrroga de

l'art. 10 LAU 1994), així ho hauria previst expressament<sup>(25)</sup>.

**4.2.4. Contractes perfeccionats des de l'1 de gener de 1995 fins a l'actualitat: la fixació genèrica d'un termini de "durada indefinida" o de "temps indefinit" provocarà que el contracte d'arrendament duri un any, sens perjudici de les pròrroques forçoses establertes per llei**

El text original de la LAU 1994 preveia en l'art. 9.2 una previsió que intentava atorgar una solució preventiva als casos en què les parts no fixessin amb tota la claredat la durada del contracte d'arrendament que subscrivien, i la redacció d'aquest precepte no ha patit cap canvi fins als nostres dies. Concretament, l'art. 9.2 LAU literalment estableix que:

*"S'entenen subscrits per un any els arrendaments per als quals no s'ha estipulat un termini de durada o aquest és indeterminat, sense perjudici del dret de pròrroga anual per a l'arrendatari, en els termes resultants de l'apartat anterior."*

De la lectura de l'article s'infereix, sense cap mena de dubte, que aquells contractes d'arrendament subjectes al règim de la LAU 1994 i que no continguin una clàusula en la qual s'estableixi la durada del contracte (o de la qual es pugui entendre tàcticament que la voluntat de les parts ha estat pactar una durada determinada), s'entendran celebrats per un any.

És cert, lamentablement, que l'article 9.2 LAU no fa esment expressament que la presumpció també resulti aplicable en aquells casos en els quals es pacta un termini de durada que les parts qualifiquen simplement d'"indefinit". De fet, només els avatars del destí van voler que no fos així, ja que com posa de manifest COLÁS ESCANDÓN, durant la tramitació parlamentària de la LAU 1994 en el Congrés dels Diputats, el grup parlamentari d'Esquerra Republicana de Catalunya (ERC) va proposar una redacció més àmplia del precepte, de manera que englobés totes les situacions habituals en què s'utilitzessin *"términos o expresiones iguales o similares a las de indeterminado, indefinido, o sujeto a pròrroga forzosa"*; tot això en *"aras de evitar distintas interpretaciones y el general confusionismo*

*que vienen mereciendo por los Tribunales estas distintas interpretaciones, es conveniente consignarlas para cerrar definitivamente cualquier tipo de discusión"*.<sup>(26)</sup> Finalment, l'esmena no va prosperar, però això no treu que el raonament de fons de la proposta fos correcte i que hauria contribuït a aclarir la qüestió.

No obstant això, la redacció inapropiada que ens ha deixat el legislador pot i ha de ser esmenada mitjançant l'ús dels criteris hermenèutics corresponents.

En aquest cas, hem de tenir en compte que els tribunals s'han inclinat en diverses ocasions per considerar que establir un termini *"indefinit"* equival a no establir cap termini, fet que comporta que, si el contracte arriba a les mans del jutgador, aquest es vegi obligat a integrar-lo per via interpretativa i/o analògica (p. ex. STS 741/2010, de 22 de novembre i SAP Balears, de 20 d'abril de 2004): Justament el mateix que pretenien evitar les esmenes proposades al Congrés, com hem vist.

**De la lectura de l'article s'infereix, sense cap mena de dubte, que aquells contractes d'arrendament subjectes al règim de la LAU 1994 i que no continguin una clàusula en la qual s'estableixi la durada del contracte (o de la qual es pugui entendre tàcticament que la voluntat de les parts ha estat pactar una durada determinada), s'entendran celebrats per un any**

En aquest sentit, COLÁS ESCANDÓN, citant jurisprudència del Tribunal Suprem, conclou que la fixació d'un termini *"indefinit"* també pot ser integrada mitjançant la previsió de l'art. 9.2 LAU 1994, atribuint una durada d'un any a l'arrendament de què es tracti.

Cal destacar en el fet que COLÁS ESCANDÓN afirma que, atès que els arrendaments d'habitatge estan subjectes a la LAU 1994 (i, més específicament, al seu títol II, que és dret imperatiu de conformitat amb l'art. 4 del mateix cos legal), que constitueix legislació sectorial especial i, per tant, és d'aplicació preferent al Codi civil, tots els arrendaments d'habitatge *"per als quals no s'ha estipulat un termini"* s'han

d'entendre celebrats per un any. És a dir, considera que *"temps indefinit"* equival a no-fixació de termini; conceptes que a priori no signifiquen el mateix, però que –com hem vist– tradicionalment han estat equiparats per la jurisprudència del Tribunal Suprem.

Però això no és així per als arrendaments per a un ús diferent del d'habitatge, ja que encara que també estan regulats a la LAU 1994, el títol III no preveu un precepte de naturalesa anàloga a l'art. 9.2 per a aquesta classe d'arrendaments. Així doncs, els arrendaments per a un ús diferent del d'habitatge en els quals no es fixi un termini o es fixi un termini indeterminat o *"indefinit"* s'hauran d'integrar per via de l'art. 1581 CC, per la qual cosa passarà a operar immediatament la reconducció tàcita.

Malgrat tot, com hem vist a l'apartat 4.2.2, aquesta no és la solució que aplica el Tribunal Suprem, que prioritza l'analogia amb l'usdefruit atorgat a favor de persona jurídica. Cal concloure, doncs, que realment l'art. 1581 CC només servirà per a solucionar la no-fixació de termini o la fixació de termini indeterminat/indefinit en aquells casos que l'arrendatari que subscriu un contracte d'arrendament per a un ús diferent del d'habitatge sigui una persona física.

## 5. La interpretació de la clàusula de temps indefinit en el contracte que va arribar a ClinHab

Un cop exposades totes les consideracions jurídiques i tècniques, ara tornem a les circumstàncies del cas concret que ha motivat la redacció d'aquest article.

Recordem que l'arrendament objecte de consulta va ser perfeccionat per les parts l'1 de gener de 1993 i, per tant, va ser celebrat mentre estava en vigor el Decret Boyer, que va entrar en vigor el 9 de maig de 1985. Així doncs, originàriament el contracte estava sotmès a les normes de la LAU 1964 i a l'article 9 del Decret Boyer, precepte que establia que els contractes d'arrendament tindrien *"la duración que libremente estipulen las partes contratantes, sin que les sea aplicable forzosamente el régimen de prórroga establecido por el artículo 57 de la Ley de Arrendamientos Urbanos"*.

Però la consulta es presenta a mitjan 2018, quan ja està en vigor la LAU 1994 modificada per les seves reformes



subsegüents, per la qual cosa tenint en compte la configuració particular temporal del supòsit, haurem d'estar atents al que disposa el dret transitori i, més específicament, al que estableix la DT primera LAU 1994 sobre el que hem parlat *ut supra* en l'epígraf 4.2.3 *in fine* i en virtut de la qual els contractes perfeccionats sota el Decret Boyer que entressin en reconducció tàcita un cop iniciada la vigència de la LAU 1994 serien prorrogats per tres anys, en lloc de per al període anual/mensual/diari previst en l'art. 1581 CC.

Concretament, el text literal del contracte que va arribar a ClinHab diu el següent en referència a la fixació del preu i a la durada de l'arrendament:

*"Hem contractat l'arrendament de l'immoble urbà que ha estat identificat a l'encapçalament d'aquest contracte, per temps indefinit i preu de CENT NORANTA-DOS MIL pessetes a l'any, pagables per mesos anticipats, amb les altres condicions que s'estamparan al dors."*

Com es pot veure, la clàusula és certament parca a l'hora d'establir quina serà la durada del contracte, en haver-se plasmat en un formulari tipus, que ja hem explicat a l'inici d'aquest article. Per tant, no concorren els requisits exigits per la jurisprudència per apreciar que la intenció de les parts era acollir-se convencionalment a una prorroga forçosa equivalent a la prevista en l'article 57 LAU 1964, perquè la clàusula esmentada manca de la concreció, la claredat i la contundència necessàries.

No hi ha aquest pacte exprés, inequívoc, meridià i transparent que requereixen les resolucions del Tribunal Suprem en la matèria.

No estem doncs davant un pacte vàlid de durada indefinida, per la qual cosa no seria possible integrar-lo a través de l'aplicació analògica de l'article 561-3.3 del Codi civil de Catalunya, relatiu a la determinació del termini de durada del dret real d'usdefruit constituït a favor de persona física per al qual no s'ha fixat un termini concret.

I, finalment, tampoc no som davant un arrendament subscrit durant la vigència de la LAU 1994, per la qual cosa no és possible integrar la llacuna temporal aplicant l'art. 9.2 LAU 1994, que disposa que s'entendran celebrats per un any els arrendaments per als quals les parts no hagin estipulat un termini de durada o aquest sigui indeterminat.

Tenint en consideració les afirmacions anteriors, només ens queda una via per seguir: la hipòtesi mantinguda en l'apartat 4.2.4 i recolzada per la jurisprudència del Tribunal Suprem més prolíxa. Per tant, la manca de fixació de la durada concreta i determinada de l'arrendament en el nostre cas s'ha de solucionar a través de l'aplicació de la figura de la reconducció tàcita (arts. 1566 i 1581 CC).

A la vista de la jurisprudència i de la doctrina esmentades en aquest apartat 4.2.4 d'aquest article, podem contestar a la consultant que l'arrendament perfeccionat



pel seu marit i pels actuals llogaters de l'habitatge es va concertar per un any i es va renovar anualment, perquè el preu de l'arrendament es fixava en còmput anual i després es concretava que es pagaria per mesos. Aquest darrer aspecte ha estat àmpliament discutit per la doctrina i també ha estat objecte d'oscil·lacions importants en la jurisprudència menor la qüestió de què passava amb la durada de la reconducció tàcita quan el contracte d'arrendament contenia una clàusula de preu en la qual es pactava un preu global anual que després s'abona mensualment, com és habitual en els usos del mercat immobiliari. Quin criteri s'ha de tenir en compte per determinar l'extensió en el temps del contracte nascut de la reconducció tàcita: el mensual o l'annual?

Doncs bé, afortunadament la recent STS (Sala Primera) núm. 530/2018, de 26 de setembre, ha aclarit definitivament aquest dubte. En essència, aquesta resolució reconeix que les audiències provincials han resolt aquest problema de manera dissemblant, algunes preferint seguir el termini en què efectivament es pagava la renda (SAP Santa Cruz de Tenerife, de 18 d'abril de 2007, i SAP Guadalajara, de 20 de juliol de 2007, entre altres), mentre que un altre sector s'inclinava per basar-se en el termini de fixació global de la renda (p. ex. SAP Madrid –Secció 14a– de 19 de gener de 1998, SAP Santa Cruz de Tenerife –Secció 4a– de 23 de setembre de 2002, SAP Sevilla –Secció 2a– de 27 de febrer de 2009, SAP Barcelona –Secció 13a– de 12 de juliol de 2011 i SAP Barcelona –Secció 4a–,

de 18 de juny de 2012). Davant aquesta disparitat de criteris, el Tribunal Suprem decideix uniformitzar el criteri interpretatiu del 1581 CC i, en poques paraules, ve a dir que no és lògic entendre que el mer fraccionament mensual d'una renda fixada anualment determini que la durada del contracte és mensual. Sens dubte, la doctrina jurisprudencial que estableix aquesta resolució tindrà repercussions importants en l'àmbit dels arrendaments urbans i resultarà àmpliament beneficiosa per als interessos dels arrendataris, que es podran acollir a un període de reconducció tàcita més llarg que abans.

Seguint els raonaments anteriors, en el nostre cas, cada any que transcorria després de la firma del contracte naixia un nou contracte diferent de l'anterior, però que requeia sobre el mateix habitatge. Així, podem afirmar que la reconducció tàcita es va produir l'1 de gener de 1994, un any després de la signatura del contracte, i que aquesta es va tornar a produir l'1 de gener de 1995. No obstant això, aquesta segona reconducció tàcita produïda l'1 de gener de 1995 estava subjecta al que disposa la DT primera LAU 1994 (ja que aquesta llei va entrar en vigor precisament l'1 de gener de 1995); per la qual cosa va entrar en joc el termini de reconducció tàcita triennal de la DT primera LAU 1994, renovant-se *ipso iure* l'arrendament fins a l'1 de gener de 1998.

No escau argüir que, arribat l'1 de gener de 1998 i extingit el termini especial de reconducció tàcita triennal, havia d'entrar en joc el termini mínim de l'art. 9 LAU

1994 o la "superpròrroga" de l'art. 10 LAU 1994. Com ja hem dit anteriorment, així ho disposen –entre altres– l'abans esmentada STS núm. 246/2013, de 16 d'abril, i algunes resolucions de la jurisprudència menor, com la SAP Barcelona (Secció 13a), núm. 157/2013, de 15 de març i SAP Madrid (Secció 18a), núm. 488/2004, de 28 de juliol.

Des d'aquell 1 de gener de 1998, davant la passivitat d'ambdues parts, l'arrendament s'ha anat renovant anualment a través del mecanisme de la reconducció tàcita "estàndard" previst en el Codi civil, això. Amb tot, això no cal que sigui així en el futur: si la nova propietària de l'habitatge vol extingir l'arrendament, només ho ha de comunicar fefaentment als arrendataris abans de l'1 de gener de l'any següent, ja que serà llavors quan, eventualment, entri en joc per enèsim cop la reconducció tàcita.

**No escau argüir que, arribat l'1 de gener de 1998 i extingit el termini especial de reconducció tàcita triennal, havia d'entrar en joc el termini mínim de l'art. 9 LAU 1994 o la "superpròrroga" de l'art. 10 LAU 1994**

En vista de la solució trobada, i si se'm permet l'expressió, crec que cal preguntar-se si, per a aquest viatge calia tant d'esforç. En el fons, el que demostra el nostre cas és que res no impedeix que la durada de l'arrendament sigui "indefinida" mentre es mantingui la possibilitat que qualsevol de les parts desisteixin en qualsevol moment (o, almenys, un cop transcorregut el termini mínim de durada previst legalment).

Aquesta noció és la preconitzada, precisament, per la mateixa existència del mecanisme de la reconducció tàcita, el fonament del qual es basa justament en aquest principi: les parts poden prolongar la durada de l'arrendament el temps que els plagui, fins que una vulgui posar fi a la relació contractual, i a ningú se li acudeix pensar que això podria resultar contrari ni a l'ordre públic ni al contingut literal de l'article 1543 del Codi civil. A més, si els tribunals haguessin decidit directament integrar la indefinició o la no-previsió de la durada de l'arrendament a través d'aquesta interpretació, s'haurien estalviat disquisicions i analogies que potser, a



efectes pràctics, resultaven totalment innecessàries.

## 6. Epíleg: resum succint sobre les darreres modificacions de la LAU (2018 i 2019). Cas exemplificatiu sobre el funcionament de la reconducció tàcita regulada en el Codi civil

Tal com hem anunciat anteriorment, i un cop liquidada la resolució del cas que va ser objecte de consulta a ClinHab, ara passem a fer unes breus consideracions sobre les reformes de la LAU operades mitjançant l'efímer Reial decret llei 21/2018 i el Reial decret llei 7/2019 recentment convalidat.

Finalment, i per a aquells lectors que siguin profans en la matèria, incloem un petit cas la finalitat del qual és aclarir el funcionament de la reconducció tàcita sota la legislació vigent en la data de publicació d'aquest article.

### 6.1. La reforma de la LAU amb la vigència més breu de la història. Distinció entre arrendador persona física i arrendador persona jurídica en la fixació del termini mínim (19 de desembre de 2018 – 22 de gener de 2019)

A la darrereria de l'any 2018, el Govern de Pedro Sánchez va decidir fer front a l'exorbitant pujada de preus del lloguer d'habitatges a les grans ciutats del país fent una modificació substancial de la legislació d'arrendaments urbans.

D'aquesta voluntat va sorgir el Reial decret llei 21/2018, de 14 de desembre, de mesures urgents en matèria d'habitatge i lloguer<sup>(27)</sup>, l'exposició de motius del qual comença posant de relleu la ineficàcia de la reforma promoguda l'any 2013 per l'executiu del president Rajoy. Així es justifica la promulgació del Decret llei afirmant que la reforma que el va precedir no va provocar l'increment esperat en l'oferta d'habitatge i en la moderació dels preus del lloguer i que, a més, ha tingut efectes perniciosos, en relegar l'arrendatari a una situació possessòria inestable, dèbil i insegura davant les prerrogatives de la propietat.

El preàmbul apuntes la situació de necessitat extraordinària i urgent que ha de motivar el dictat de tot el Reial decret llei



sobre la base de la depauperada conjuntura econòmica que pateix una bona part de la societat espanyola<sup>(28)</sup>, com també sobre la influència que ha tingut el creixement exponencial dels lloguers turístics d'habitatges en l'augment dels preus del mercat immobiliari, particularment en nuclis urbans amb una forta afluència de turistes, com ara Madrid, Barcelona, Les Palmes de Gran Canària, Màlaga i Santa Cruz de Tenerife.

No obstant això, alguns autors ja han apuntat que aquesta situació de necessitat urgent predicada pel Govern era, pel cap baix, qüestionable i en realitat es tracta d'una situació causada per un cúmul de problemes estructurals als quals aquest Govern i els que l'han precedit no han sabut donar resposta<sup>(29)</sup>.

Entre les novetats, va despuntar la redacció que el Reial decret llei 21/2018 donava als articles 9 i 10 de la LAU 1994, establint un termini mínim de durada de cinc anys si l'arrendador era una persona física, o de set anys, en el cas que l'arrendador fos una persona jurídica. Sobre la "superpròrroga" de l'art. 10 LAU, aquesta retornava a la seva configuració primigènica, establint una pròrroga de tres anys en els mateixos termes ja explicats anteriorment a l'apartat 2.3 d'aquest article.

Tant la modificació del termini mínim com la modulació de la seva durada en funció de la naturalesa física o jurídica de la persona arrendatària eren reformes que anaven en la línia del que ja havien proposat durant els

mesos anteriors tant la Plataforma d'Afectats per la Hipoteca (PAH)<sup>(30)</sup> com el Grup Parlamentari de PODEMOS al Congrés dels Diputats<sup>(31)</sup>.

No obstant això, els canvis introduïts pel Reial decret llei 21/2018 no van aconseguir satisfer als llavors socis del Govern, que, segons van manifestar en sessió plenària de 22 de gener de 2019<sup>(32)</sup>, volien que la modificació de la LAU inclogués –entre altres reformes– un mecanisme de limitació de l'increment dels preus del lloguer, a l'estil del fre del preu dels lloguers previst en la legislació d'arrendaments alemanya, conegut com *Mietpreisbremse*, aplicable a les grans ciutats i que actua impedit al propietari exigir una xifra superior al 110% de la mitjana dels lloguers perfeccionats respecte a habitatges situats a la mateixa zona i amb característiques similars d'espai, habitabilitat i qualitat dels acabats<sup>(33)</sup>. Una regulació similar existeix a França, la legislació de la qual permet la limitació de l'increment de preus en aquelles localitats amb més de 50.000 habitants i en les quals hi hagin serioses dificultats d'accés a l'habitatge en lloguer a causa de la manca de parc públic d'habitatge i de les rendes elevades exigides pels arrendadors, entre altres factors<sup>(34)</sup>.

Finalment, i com s'anava avançant, el Reial decret llei 21/2018 no va ser convalidat pel Congrés dels Diputats, amb els vots en contra del Partit Popular, Units Podem, Ciutadans, Esquerra Republicana de Catalunya, Unió del Poble Navarrès, Bildu i Foro Astúries. La no-convalidació



va suposar la tornada a la regulació continguda en la redacció de la LAU 1994 immediatament anterior a la seva promulgació, en els termes de l'apartat 2.4 d'aquest article.

Una qüestió diferent és què passa amb els contractes celebrats sota la seva vigència, tenint en compte l'existència de disposicions transitòries en la resolució derogatòria del Reial decret llei 21/2018 <sup>(35)</sup>. El corrent doctrinal majoritari s'inclina per entendre que la derogació només té efectes *ex nunc*, per la qual cosa els contractes perfeccionats durant la vigència del Reial decret llei 21/2018 continuaran regint-se pels preceptes d'aquesta norma.

En un primer moment, semblava que la qüestió distava de ser completament pacífica <sup>(36)</sup>, però durant les darreres setmanes la doctrina més autoritzada ha confirmat que, a l'empenta de l'art. 9.3 de la nostra Constitució, s'ha d'entendre que els contractes perfeccionats entre el 19 de desembre de 2018 i el 22 de gener de 2019 tenen la durada prevista en el RDL 21/2018 i es regeixen pels preceptes d'aquest cos legal <sup>(37)</sup>.

#### **6.2. El Reial decret llei 7/2019 i la seva convalidació efectiva. Consolidació de les reformes propugnades pel Govern de Pedro Sánchez (6 de març de 2019 – present)**

El Reial decret llei 7/2019, d'1 de març, de mesures urgents en matèria

d'habitatge il·lloguer <sup>(39)</sup> és, com s'esperava, hereu directe del RDL 21/2018, ja que torna a introduir en l'ordenament jurídic moltes de les modificacions que s'havien operat a través d'aquest i que van resultar derogades per la seva no-convalidació.

Concretament, el termini de durada dels arrendaments passa de nou a ser de 5 anys si l'arrendador és persona física i de 7 anys si l'arrendador és persona jurídica, amb una superpròrroga de 3 anys, tal com es preveia en el RDL 21/2018.

Sense pretensió d'analitzar a fons el contingut del RDL 7/2019, podem destacar algunes de les novetats, com ara l'alteració del règim jurídic aplicable als habitatges "sumptuaris" o de luxe, que segons la nova redacció de l'art. 4.2 LAU passen a regir-se principalment per la voluntat de les parts i –només en defecte d'això– pels preceptes del títol II LAU. També resulta interessant, per exemple, la supressió de la necessitat d'inscripció dels contractes d'arrendament en el Registre de la Propietat perquè tinguin efectes *erga omnes* (arts. 7.2, 13 i 14 LAU) i la introducció d'una figura que podríem batejar com la "protecció del tercer arrendatari", continguda en l'art. 13.3 LAU i en virtut de la qual l'arrendatari que hagi concertat el lloguer amb la persona que sense ser propietari aparegui com a tal al Registre de la Propietat (o que aparenti ser-ho en virtut de l'estat de coses imputable al verdader propietari) podrà continuar en l'ús de l'habitatge durant un període de 5 o 7 anys, en funció de si l'arrendador era persona física o jurídica.

Finalment, en data de 3 d'abril de 2019, el RDL 7/2019 va ser convalidat definitivament per la Diputació permanent del Congrés, amb el vot favorable del PSOE, Units Podem, ERC, PDeCAT, PNB, Compromís i EH-Bildu <sup>(40)</sup>. Cal preveure que, davant el resultat de les darreres eleccions generals, la nova redacció de la LAU gaudeixi de certa estabilitat i ens acompanyi durant els anys vinents.

#### **6.3. Supòsit de fet relatiu al funcionament de la reconducció tàcita ex arts. 1566 i 1581 del Codi civil espanyol**

Un exemple ajudarà a aclarir el funcionament del mecanisme de la

reconducció tàcita. Imaginem un contracte d'arrendament perfeccionat amb un arrendador persona física l'1 de maig d'aquest any 2019 i que, per tant, es regeix pels preceptes de la LAU 1994 en la seva versió vigent, després de la reforma operada pel RDL 7/2019. Les parts fixen un termini de durada d'un any (sens perjudici de la peremptòria aplicació de la pròrroga legal fixada per la LAU) i, com és habitual, fixen que les quotes de pagament del preu anual de l'arrendament es pagaran a principis de cada mes.

Així, passa el primer any, el segon, el tercer, el quart i el cinquè, i finalitza la pròrroga *ex lege* prevista en l'art. 9.1 LAU. En data d'1 de maig de 2024, ni l'arrendador ni l'arrendatari han notificat a l'altra part la seva voluntat de no prorrogar el contracte del contracte amb l'antelació exigida per la llei (4 mesos si el que vol finalitzar el contracte és l'arrendador i 2 mesos si és l'arrendatari), per la qual cosa entra en joc la comunament denominada "superpròrroga" prevista a l'art. 10 LAU i l'arrendament es prolonga per terminis anuals fins a un màxim de tres anys més.

Finalment, l'1 de maig de 2027, ni l'arrendador ni l'arrendatari s'han preocupat de concloure un nou contracte o de fer una novació de les condicions del contracte ja existent. Passen quinze dies i l'arrendatari continua en possessió de l'immoble sense oposició de la propietat. És llavors que, en virtut de l'art. 1566 CC, la reconducció tàcita desplega els seus efectes: la inacció de les parts haurà donat lloc a un contracte nou (el termini de durada ordinari del qual serà d'un any, ja que el preu de l'arrendament és una suma anual que se sol abonar per mensualitats), que durarà fins a l'1 de maig de 2028, moment en el qual, si l'arrendatari passa uns altres quinze dies vivint a l'habitatge sense que hi hagi oposició de l'arrendador, novament naixerà un altre contracte d'arrendament diferent de l'anterior els efectes del qual es prolongaran fins a l'1 de maig de 2029. Aquest cicle de renovació de l'arrendament es continuarà produint cada any fins que una de les dues parts –arrendador o arrendatari– comuniqui a la contrapart la seva voluntat que l'arrendament finalitzi.

## NOTES

\* Exestudiant en pràctiques i col·laborador de ClinHab i, en el moment de començar a escriure aquestes línies, alumne del Màster d'Accés a l'Advocacia per la Universitat de Barcelona i estudiant en pràctiques al despatx d'advocats Rousaud Costas Duran S.L.P (RCD).

(1) [www.clinhab.com](http://www.clinhab.com)

(2) Vid. ARROYO AMAYUELAS, Esther, "Dación en pago y novación de préstamo hipotecario: en busca de los herederos llamados. Problemas prácticos en una consulta a ClinHab y otros supuestos imaginables. Un excursus en la interrogatio in iure", *La Notaría*, 2014, núm. 1, p. 35-42. Sobre la funció, finalitat i activitats de la Clínica, vid. ARROYO AMAYUELAS, Esther; VIOLA DEMESTRE, Isabel; ANDERSON, Miriam, "ClinHab: Docencia y compromiso social", *Revista de Educación y Derecho*, 2015, núm. 11, p. 1-28. Una selecció de dictàmens, dins: Anderson, M. – Arroyo, E. -, Semestre, I. "Clinhab. Consultes sobre habitatge i dret privat", Barcelona, *Publicacions de la U. Barcelona*, 2015 (eBook). Disponible a [https://www.researchgate.net/publication/311395932\\_ClinHab\\_Consultes\\_sobre\\_habitatge\\_i\\_dret\\_privat](https://www.researchgate.net/publication/311395932_ClinHab_Consultes_sobre_habitatge_i_dret_privat) (última consulta: 13/12/2018).

(3) Publicat al BOE núm. 312, de 29 de desembre de 1964, p. 17387 i s. Va entrar en vigor l'1 de gener de 1965, segons la seva Disposició final (DF) 1a.

(4) Així ho recull RGELICH COMELLES en realitzar un breu repàs de la història de la institució forçosa en la legislació sectorial de l'arrendament. Concretament, especifica que la pròrroga forçosa va ser establerta per primer cop en aquest aquell Reial decret, de 21 de juny de 1920, els termes i l'abast del qual van ser modificats tant durant el període de la dictadura de Primo de Rivera (1925) i de la denominada "Dictablanda" de l'almirall Aznar, com durant el Bienni social-azañista de la II República (1931). Ulteriorment, ja acabada la Guerra Civil i durant la dictadura franquista es va promulgar la primera Llei d'arrendaments urbans, de 31 de desembre de 1946, que incrementava fortament la protecció de l'arrendatari, concedint-li el benefici de la pròrroga forçosa amb caràcter irrenunciable i estenent-la a través de subrogacions *inter vivos* y *mortis causa* a favor del cònjuge i parents de l'arrendatari primogènit. Per a una perspectiva més específica i concreta de l'evolució gradual de les normes sobre arrendaments urbans, vid. "La evolución histórica del arrendamiento forzoso de vivienda: de la imposición a la expropiación", *e-S Legal History Review*, juny 2017, núm. 25, p. 15-35. Disponible a: [https://www.researchgate.net/publication/318277480\\_La\\_evolucion\\_historica\\_del\\_arrendamiento\\_](https://www.researchgate.net/publication/318277480_La_evolucion_historica_del_arrendamiento_)

forzoso\_de\_vivienda\_de\_la\_imposicion\_a\_la\_expropiación (última consulta: 28/11/2018).

(5) El precepte esmentat continua essent controvertit en els nostres dies. En la doctrina podem trobar opinions crítiques amb alguns autors defensant que, atesa la parquedat dels terminis mínims de durada establerts per la LAU després de la seva reforma de 2013 (3 anys), era convenient eliminar aquesta facultat de l'arrendador per no perjudicar en excés l'arrendatari la vinculació temporal del qual amb l'immoble arrendat ja era considerablement débil; al que se sumava que, transcorregut un any de contracte, l'arrendador podia expulsar-lo de l'habitatge de manera certament "sobtada", concedint-li un breu termini de dos mesos per buscar un altre habitatge i gestionar la signatura d'un nou contracte i la mudança a la nova llar. Aquestes mateixes raons són les que han motivat la reforma de l'art. 9.3 a través del RD-L 7/2019, que ha endurit els requisits que ha de complir l'arrendador per poder executar la tal potestat. Una opinió crítica amb la redacció del precepte es pot trobar en l'article elaborat per GSELL, Beate; ARTZ, Markus i ARROYO AMAYUELAS, Esther. "La protección del arrendatario de vivienda en el Derecho privado alemán y español: dos modelos antagónicos", *Revista Eletrónica de Direito (RED) de la Universidade do Porto*, octubre 2017, núm. 3, pàgs. 22-25.

(6) Publicat al BOE núm. 111, de 9 de maig de 1985, p. 13176 a 13177. Va entrar en vigor el mateix dia 9 de maig de 1985, de conformitat amb la seva DF Única.

(7) FAJARDO FERNÁNDEZ, Javier. "Arrendamientos con prórroga convencional", *Anuario de Derecho Civil*, 2016, volum LXIX, fasc. IV, p. 1322 i 1329.

(8) En relació amb l'evolució de la jurisprudència en aquest àmbit, es pot consultar l'anàlisi realitzada per FAJARDO FERNÁNDEZ en el seu article "Arrendamientos con prórroga convencional" ja esmentat *ut supra*, on l'autor aborda un examen sobre les més de 70 sentències dictades pel Tribunal Suprem sobre pactes de pròrroga forçosa convencional en contractes d'arrendament, destacant les més recents i les que han estat més rellevants pels múltiples canvis de criteri jurisprudencial produïts des de 1985. Encara que la major part de l'article de FAJARDO FERNÁNDEZ gira al voltant de la problemàtica inclusió d'aquestes clàusules en contractes d'arrendament de local de negoci i, per tant, la seva extensió al nostre cas és limitada, les seves consideracions han estat útils per posar llum a la problemàtica que aquí es tracta.

(9) Publicada al BOE núm. 282, de 25 de novembre de 1994. En virtut de la seva DF

segona, va entrar en vigor l'1 de gener de 1995.

(10) Vid. VATTIER FUENZALIDA, Carlos. "Antecedentes históricos y legislativos", dins LASARTE ÁLVAREZ, Carlos (Coord). *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos: Ley 29/1994, de 24 de noviembre*, Ed. Tecnos, Madrid, 1996, p. 43-45.

(11) Sobre el funcionament de la pròrroga legal mínima i de la superpròrroga en el marc de la LAU 1994 resulten il·lustratius alguns dictàmens dels recollits a ANDERSON, Miriam; ARROYO AMAYUELAS, Esther; VIOLA DEMESTRE, Isabel. "ClinHab. Consultes sobre Habitatge i Dret Privat", Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, 2015, p. 87 i ss.

(12) PÉREZ CONESA, Carmen. "Arrendamientos de vivienda y desahucios: su reforma: estudio de las modificaciones introducidas por la Ley 4/2013, de 4 de junio". Ed. Aranzadi, Pamplona, 2013.

(13) Concretament, el cas pràctic es troba ubicat a l'epígraf 6.3.

(14) Per a més informació, vid. COLAS ESCANDÓN, Ana María, "Comentario al Art. 10 LAU", dins RODRÍGUEZ-CANO BERCOVITZ, Rodrigo (Coord.), *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, 6a ed., Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2013, p. 363 i 364.

(15) DIEZ-PICAZO, Luis. "Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial – Tomo IV. Las particulares relaciones obligatorias", Ed. Thomson Reuters, 1a edició, 2010, p. 259-261.

(16) RODRÍGUEZ GIL, Jacinto. "Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil", Ed. Civitas, 1985, p. 2169.

(17) COLAS ESCANDÓN, *Op. cit.*, p. 298-299.

(18) CARRASCO PERERA, Ángel. "Derecho de Contratos", Ed. Thomson Reuters – Aranzadi, 2017, 2ª edició, p. 642-643.

(19) Vid. STSS 16 juny 1993 [RJ 4840], 23 octubre 2014 [RJ 5090] i 29 de desembre 2009 [RJ 2010, 405], esmentades a FAJARDO FERNÁNDEZ, Javier. *op cit.*, p. 1359. Les dues primeres assenten amb rotunditat que la voluntat de les parts d'acordar la pròrroga convencional s'ha de plasmar en el contracte de manera inequívoca, clara i terminant, mentre que la tercera afirma que l'arrendament s'ha de presumir temporal, en concordança amb el que consagra l'article 1543 CC respecte del "temps determinat".

(20) Sobre aquest aspecte, vid. també les SSTs 15 d'octubre de 1996, 9 de setembre de 2009, 820/2009, de 18 de desembre i 88/2016, de 19 de febrer.

(21) FAJARDO FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 1342.

(22) Vid. *supra*, epígraf 3.

(23) GÓMEZ DE LA ESCALERA, CARLOS. "La duración del contrato en el supuesto de los





- arrendamientos de vivienda”, a BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo. *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2002, p. 1220-1222.
- (24) CRESPO ALLUÉ, Fernando; GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente (Dirs.). *“Código de Arrendamientos Urbanos”*, Ed. Thomson Reuters, Pamplona, 2014, 1a edició, p. 993 a 995. GUILARTE GUTIÉRREZ s’alinea amb VALLADARES RASCÓN, afirmant que l’aplicació de la reconducció tàctica triennal no impedeix l’operativitat del termini mínim de l’art. 9 LAU 1994, i que la vigència del contracte s’ha de prorrogar obligatòriament a instància de l’arrendatari fins que aquest assoleixi els cinc anys de durada. És més, aquest també apunta que, tant en el cas que aquesta tesi s’assumeixi i que l’arrendament es prorrogui per un bienni més, en el cas que aquesta es rebutgi i es propugni que després de la reconducció tàctica triennal no ha de resultar d’aplicació l’art. 9 LAU 1994, ha d’entrar en joc –a més– la “superpròrroga” de l’art. 10 d’aquest cos legal.
- (25) En el mateix sentit també es pronuncien la SAP Barcelona (Secció 13a), núm. 157/2013, de 15 de març, i la més pretèrita SAP Madrid (Secció 18a), núm. 488/2004, de 28 de juliol.
- (26) COLÁS ESCANDÓN, *op. cit.*, p. 299, peu de pàgina núm. 23.
- (27) Va entrar en vigor el mateix dia de la seva publicació al BOE (BOE núm. 304, de 18 de desembre de 2018). A l’empara de la seva Disposició Final Tercera; i va ser derogat el 22 de gener de 2019 mitjançant Resolució, de 22 de gener de 2019, del Congrés dels Diputats, per la qual s’ordena la publicació de l’Acord de Derogació del Reial decret llei 21/2018 (publicat al BOE núm. 21, de 24 de gener de 2019, Sec. I, p. 5867).
- (28) El mateix preàmbul del Reial decret llei 21/2018 fa referència a un informe de l’Oficina Europea d’Estadística (EUROSTAT) que assenyalava que, a l’any 2017, prop del 42% de les llars espanyoles dedicaven més del 40% dels ingressos mensuals a complir amb les obligacions de pagament derivades del lloguer.
- (29) En aquest sentit es va pronunciar MARTÍNEZ DE SANTOS justament la jornada anterior que el Reial decret llei 21/2018, de 14 de desembre, fos derogat pel Congrés. Vegeu “Tres interrogantes sobre el Real Decreto-Ley 21/2018, de 14 de diciembre, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler”, *Diario La Ley*, n. 9341, Secció Doctrina, 21 de gener de 2019, Editorial Wolters Kluwer.
- (30) L’anomenat projecte de la Llei d’habitatge de la PAH, titulat “Llei d’emergència habitacional en famílies vulnerables en l’àmbit habitacional i de la pobresa energètica” [sic], propugna un augment de la protecció de la figura de l’arrendatari i busca establir, a més, mesures per evitar el desnonament de persones que es troben en situació d’exclusió i nous mecanismes de segona oportunitat. Concretament, planteja que, si l’arrendador és una persona física que compta amb fins a 5 habitatges en règim de propietat, l’arrendament s’hauria de prorrogar obligatòriament de manera anual fins a assolir una durada de 5 anys. En canvi, si l’arrendador és una persona jurídica o, alternativament, una persona física que sigui propietària de més de 6 o més habitatges, l’arrendament s’hauria de prorrogar *ex lege* fins a assolir una durada de 10 anys. El text del projecte de la PAH consultables pot consultar a <http://las5delapah.com/wp-content/uploads/2018/01/Ley-Vivienda-PAH.pdf> (darrera consulta: 14/1/2019).
- (31) En data de 13 d’abril de 2018, el Grup Parlamentari Confederal d’Units Podem –En Comú Podem– En marea va presentar una Proposició de llei titulada “Proposició de llei per a regular els lloguers abusius i millorar les garanties i l’accés a l’habitatge de lloguer”, en la qual es propugnava la reforma de diversos articles de la LAU per pal·liar l’increment continu dels preus del lloguer, particularment en les anomenades “àrees urbanes amb mercat d’habitatge tensionat”. En aquestes àrees que serien declarades pels Governos de les comunitats autònomes i pels ajuntaments de Barcelona i Madrid en sengles municipis, podrien imposar restriccions a la lliure fixació dels preus de la renda. Per si no fos prou, en aquesta proposició s’opta per reescriure els articles 9 i 10 de la LAU actual, introduint una mena de “pròrroga forçosa limitada” per a aquells casos en què els arrendadors fossin persones jurídiques. Segons el contingut literal del precepte, si la part arrendadora és una persona jurídica, el contracte s’ha de prorrogar obligatòriament transcorreguts cinc anys des de la seva perfecció, excepte si hi ha una raó legítima o proporcional que justifiqui la no-renovació del contracte per incompliment manifest de l’arrendatari amb les seves obligacions convencionals i legals.
- (32) El Diari de sessions del Congrés dels Diputats corresponent al dia 22 de gener de 2019 es pot consultar a l’enllaç següent: [http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L12/CONG/DS/PL/DSCD-12-PL-175.PDF](http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/DS/PL/DSCD-12-PL-175.PDF) (darrera consulta: 31/1/2019).
- (33) Per conèixer amb més detall la normativa d’arrendaments vigent a Alemanya i la seva comparativa amb la legislació espanyola es pot consultar GSELL; ARTZ; ARROYO AMAYUELAS, *op. cit.*
- (34) Vid. articles 17 i 18 de la Loi n.º 89-462 du 6 juillet 1989, tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n.º 86-1290 du 23 décembre 1986. El text original és accessible a través de l’enllaç següent: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000006069108> (Última consulta: 14/5/2019).
- (35) En aquest sentit, com que no es preveu un règim transitori, la Resolució de 22 de gener de 2019, del Congrés dels Diputats, per la qual s’ordena la publicació de l’Acord de derogació del Reial decret llei 21/2018, no fa una altra cosa que seguir el camí de les resolucions que van derogar altres Reials decrets llei, com ara el Reial decret llei 4/2017, de 24 de febrer, pel qual es modifica el règim dels treballadors per a la prestació del servei portuari de manipulació de mercaderies i el Reial decret llei 1/2006, de 20 de gener, pel qual es modifiquen els tipus impositius del l’impost sobre les tasques del tabac.
- (36) Vid. TENA ARREGUI, Rodrigo. “Decretos-leyes de gobiernos en minoría. Efectos de la no convalidación del Real Decreto-Ley 21/2018 en materia de arrendamientos.” *Hay Derecho* [en línia]. 23 de gener de 2019. <https://hayderecho.expansion.com/2019/01/23/efectos-de-la-no-convalidacion-del-real-decreto-ley-21-2018-en-materia-de-arrendamientos/> (Última consulta: 8/2/2019).
- (37) Vegeu MAGRO SERVET, Vicente (Coord.) “Sobre el régimen jurídico aplicable de los contratos de arrendamientos celebrados en el periodo de vigencia del Real Decreto 21/2018, de 14 de diciembre del alquiler.” *Revista de Jurisprudencia Lefebvre – El Derecho*, núm. 2, abril 2019, Secció Foro Abierto [Civil] (EDC 2019/558804). En el breu article, el magistrat del Tribunal Suprem i els altres cinc juristes que analitzen la qüestió (quatre magistrats i un advocat) conclouen que la no-convalidació d’un Reial decret llei únicament produirà efectes en el futur, essent plenament vàlids els actes jurídics realitzats a l’empara d’aquest abans de la seva derogació, per la qual cosa els contractes d’arrendament conclosos durant la vigència del Reial decret llei 21/2018 es continuen regint per les seves disposicions.
- (38) Va entrar en vigor l’endemà de la seva publicació al BOE (BOE núm. 55, de 5 de març), a l’empara de la seva Disposició Final Tercera, és a dir, el 6 de març de 2019).
- (39) El Diari de Sessions de la Diputació Permanent del Congrés dels Diputats corresponent al dia 3 d’abril de 2019 es pot consultar a l’enllaç següent: [http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L12/CONG/DS/PL/DSCD-12-PL-185.PDF](http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/DS/PL/DSCD-12-PL-185.PDF)

## El dret privat en el nou paradigma digital

*Els nous problemes derivats de la digitalització exigeixen una millor comprensió del Dret privat per fer front a nous problemes i molt complexos. Sens dubte, l'harmonització jurídica a Europa pot contribuir a solucionar-los. Últimament aquesta s'ha vist afavorida amb noves directives sobre compravenda de béns i continguts digitals; directives i reglaments que disciplinen l'activitat de les plataformes que actuen com a intermediaris o mercats en línia; i fins i tot unes altres que plantegen novetats al voltant de les obres protegides amb drets d'autor i que també incideixen en la funció dels prestadors de serveis per compartir continguts en línia. És legislació que gira al voltant del comerç electrònic i les estructures digitals de la contractació, que tant revolucionen l'economia, amb xifres de negoci que creixen any rere any, com produeixen canvis profunds en els drets privats nacionals. Les normes que s'acaben d'esmentar no són les úniques; venen flanquejades per tantes altres com el Reglament sobre protecció de dades o sobre blanqueig injustificat, la Directiva sobre privacitat o el paquet de les que integren l'anomenat new deal o nou pacte per a la protecció dels consumidors. La intel·ligència artificial exerceix un paper determinant en la contractació, en relació amb el big data i l'emparellament de contractants, però no són menors els reptes en l'àmbit extracontractual i, particularment, en relació amb la conducció autònoma.*

*Sobre tot això es va discutir en el Congrés internacional dels passats dies 3 i 4 d'octubre de 2019, organitzat en el marc de les activitats del grup de recerca del professor Sergio Cámara Lapuente (Projecte R+D+I DER2017-84748-R) i de la Càtedra Jean Monnet de Dret privat europeu de la Universitat de Barcelona, de la qual és titular la professora Esther Arroyo Amayuelas, que també van comptar amb el suport del Grup de Recerca (2017SGR 151) i el Projecte R+D+I DER2017-82129. Com moltes altres vegades, els organitzadors van gaudir de l'ajuda material i intel·lectual del Col·legi de Notaris de Catalunya i, particularment, del Notari de Barcelona, el Dr. Àngel Serrano. Ens congratulem d'haver pogut comptar amb els millors juristes espanyols i europeus i de poder oferir ara un breu resum de les seves ponències a les pàgines d'aquesta revista. El llibre amb continguts ampliats seguirà en breu a l'editorial Marcial Pons.*

*Esther Arroyo Amayuelas  
Sergio Cámara Lapuente  
Àngel Serrano de Nicolás*



## Les Directives 2019/770 i 2019/771. Introducció i àmbit d'aplicació

Jorge Morais Carvalho \*

La Directiva (UE) 2019/770 del Parlament Europeu i del Consell, de 20 de maig de 2019, relativa a determinats aspectes dels contractes de subministrament de continguts i serveis digitals, i la Directiva (UE) 2019/771 del Parlament Europeu i del Consell, de 20 de maig de 2019, relativa a determinats aspectes dels contractes de compravenda de béns, per la qual es modifiquen el Reglament (CE) n. 2017/2394 i la Directiva 2009/22/CE i es deroga la Directiva 1999/44/CE, es van publicar al Diari Oficial de la Unió Europea el 22 de maig de 2019.

Les dues directives són complementàries i no coincideixen en cap cas en el seu àmbit d'aplicació objectiu. Els assumptes tractats són essencialment els mateixos: conformitat dels productes o continguts digitals amb el contracte; mesures correctores en cas de manca de conformitat; modalitats per a l'exercici d'aquestes mesures correctores.

Aquestes directives representen un repte important per al Dret del consum a escala europea. Els àmbits de la legislació s'harmonitzen cada cop més acostant-se més a una regulació global dels contractes de consum a l'entorn de la Unió Europea.

Encara que la Directiva atorga més llibertat als Estats membres que la Directiva 2019/770, les similituds entre les dues directives són clarament més significatives que les diferències.

Quant a la venda de béns de consum, un dels principals efectes de la Directiva 2019/771 serà la reducció del nivell de protecció dels consumidors en molts Estats membres.

La Directiva 2019/770 és innovadora en la mesura que els contractes de subministrament de continguts i de serveis digitals no estaven regulats per la legislació de la Unió Europea.

Sobre l'àmbit subjectiu d'aplicació, les directives plantegen una qüestió interessant sobre les plataformes digitals. Als considerants s'estableix que la plataforma serà considerada un professional si actua *"en qualitat de soci contractual directe del consumidor"*. Quan no actui *"en qualitat de soci contractual directe del consumidor"* (o sigui, quan no tingui una relació contractual directa amb el consumidor), els Estats membres són lliures de qualificar el prestador de la plataforma també d'empresari i considerarlo responsable davant el consumidor per qualsevol manca de conformitat del bé, contingut digital o servei digital.

Pel que fa a l'àmbit objectiu d'aplicació, la Directiva 2019/771 s'aplica als contractes de compravenda i als contractes *"de subministrament de béns que s'han de fabricar o produir"*. Només es cobreixen els contractes pels quals *"el consumidor paga o es compromet a pagar-ne el preu"*. No s'aplica als contractes coberts per la Directiva 2019/770. La Directiva 2019/771 també s'aplica plenament als anomenats *"béns amb elements digitals"*, incloent en el seu àmbit d'aplicació *"bienes con elementos digitales, contenidos o servicios digitales que estén incorporados a los bienes o interconectados con ellos, (...) y que se suministren con los bienes con arreglo al contrato de compraventa, con independencia de si dichos contenidos o servicios digitales son suministrados por el vendedor o por un tercero"*.

La Directiva 2019/770 s'aplica als contractes de subministrament de continguts o serveis digitals. Per a l'aplicació del seu règim hi ha d'haver una contraprestació, però aquesta contraprestació no ha de ser en diners, sinó que pot resultar de la facilitació de dades personals. Malgrat que s'ha evitat la referència a una *"contraprestació"*, a diferència de les versions anteriors de la directiva, utilitzant una terminologia més neutral, el fet és que les dades personals es poden considerar en aquest cas una contraprestació.

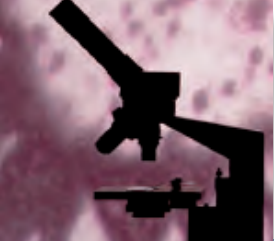
La Directiva 2019/770 s'aplica als contractes relatius a un suport material que serveixi exclusivament com a portador de continguts digitals. Aquest és el cas, per exemple, d'un CD de música. En aquest cas, les normes de la Directiva relatives al subministrament de continguts o serveis digitals no són aplicables, i s'apliquen les normes de la Directiva 2011/83/UE que regulen el lliurament i la transferència del risc.

Els Estats membres poden ampliar la protecció que ofereixen aquests règims a altres contractes. Així, per exemple, el règim de la Directiva 2019/771 es pot aplicar als contractes d'arrendament financer i el règim de la Directiva 2019/770 es pot ampliar a altres contractes relatius a serveis.

També és possible adoptar un règim jurídic unificat sobre la conformitat i la manca de conformitats per a tots els contractes celebrats amb consumidors, sempre que aquest règim únic integri les especialitats contingudes a les dues directives.

\* Professor auxiliar i investigador del CEDIS– Centro de Investigación & Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade. Diretor de NOVA Consumer Lab e de NOVA Law &Tech (U. Nova de Lisboa). Aquest treball, síntesi de la ponència presentada al Congrés Internacional El dret privat en el nou paradigma digital (octubre 2019), s'emmarca en el Projecte R+D (Retos) DER2017-84748-R: *Mercat Únic Digital Europeu i Protecció dels Consumidors: perfilant els drets de les parts en els contractes de subministrament de continguts digitals*, del qual és investigador principal el prof. Sergio Cámara Lapuente.





## Pactes sobre la manca de conformitat a les Directives 2019/770 i 2019/771

Markus Artz \*

### I. Caràcter imperatiu de les normes sobre protecció dels consumidors

El Dret civil es basa fonamentalment en el principi de l'autonomia privada. Els ciutadans, com a socis i adversaris en peu d'igualtat, han de modelar les seves relacions jurídiques entre ells. Sobretot, han de celebrar contractes lliurement entre ells i, d'aquesta manera, fer valdre els seus interessos jurídics i econòmics.

No obstant això, s'ha demostrat que hi ha un desequilibri estructural entre les empreses i els consumidors. Els consumidors sovint no tenen una llibertat contractual real i material. Per esmenar aquest dèficit, durant les darreres dècades s'ha desenvolupat el Dret contractual privat dels consumidors. La Unió europea i els seus predecessors també han donat un impuls decisiu en aquest sentit.

En el Dret civil substantiu hi ha nombrosos instruments de protecció dels consumidors. Entre aquests s'inclouen, per exemple, el dret de desistiment, les obligacions d'informació i els drets específics de garantia en cas de defectes, que també seran objecte d'aquesta conferència.

Els drets especials dels consumidors només poden ser efectius si no es posen a disposició de les parts del contracte. El comerciant no ha de poder acordar amb el consumidor que determinats drets del consumidor no existeixen en el seu cas. El consumidor tampoc no té la possibilitat de renunciar anticipadament a determinats drets.

Les directives europees garanteixen el caràcter imperatiu de la protecció del consumidor en cada cas mitjançant una regla expressa. En el cas de les noves

directives, la disposició es troba en els articles 21 i 22. Com que el problema al qual em vull referir avui es planteja paral·lelament a les dues noves directives, m'agradaria limitar-me a la Directiva 2019/771.

### II. Un acord de qualitat negativa com a amenaça per a la protecció efectiva dels consumidors

És evident que un comerciant no pot, mitjançant un acord, privar un consumidor dels remeis individuals quan ven un bé defectuós. No obstant això, hi ha un gran perill per a la protecció del consumidor si, en lloc d'excloure els drets individuals del consumidor, d'entrada es pacta una qualitat que té en compte els defectes dels béns. Això pot tenir com a conseqüència que els productes no es considerin defectuosos i que no es plantegi en absolut la qüestió de la garantia. Si fos així, el consumidor es veuria privat de tot remei en virtut de la garantia, ja que els béns no derivarien de la qualitat acordada. L'art. 7.5 sembla eludir a una regla d'aquestes característiques.

### III. Conformitat contractual: canvi a un enfocament objectiu

Per entendre la regulació, primer ens hem d'adonar que el sistema canvia el concepte subjectiu al concepte objectiu de la conformitat contractual dels béns. Segons la nova Directiva, la conformitat dels béns amb el contracte es determina en principi per criteris objectius, a diferència del que passava en el passat. Això també inclou, per exemple, la durabilitat dels béns o l'obligació de dur a terme actualitzacions. Segons l'art. 6 de la Directiva, els criteris subjectius de conformitat amb el contracte es refereixen, particularment, a qüestions

de qualitat i ús previst, que es poden ignorar en aquest cas.

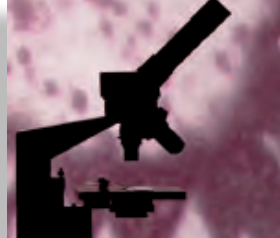
La relació entre la conformitat del contracte que s'ha de determinar d'acord amb criteris objectius i la possibilitat de celebrar un acord diferent. Segons el model regulador de l'art. 7.5, el venedor ha d'informar el consumidor, en la fase precontractual, expressament i per separat, de la desviació de característiques determinades dels béns de les característiques objectives generals. D'altra banda, és necessari un consentiment qualificat i explícit del consumidor. En relació amb aquest punt, es pot discutir si els considerants 36 i 49 afirmen el mateix.

Un exemple mostra les dificultats d'un acord d'aquest tipus. Segons la Directiva sobre compravenda de béns, el venedor també està obligat a subministrar actualitzacions per als béns amb contingut digital. Això es desprèn de l'art. 7.3. Aquesta obligació està subjecta tant al principi de plena harmonització com al caràcter imperatiu en favor del consumidor de conformitat amb l'art. 21. Per tant, com es pot fer front a la situació en la qual el comerciant informa anticipadament el consumidor que no proporcionarà informació actualitzada sobre el producte amb el consentiment del consumidor? Sorgeixen molts problemes i preguntes.

### IV. naturalesa jurídica de l'acord

En primer lloc, es planteja la qüestió de la naturalesa jurídica del tal acord de conformitat amb l'art. 7.5 de la Directiva: constitueix una modificació del contracte de venda o és un contracte independent sobre el contingut futur del servei?

\* Catedràtic de Dret Civil, Dret Privat Europeu, Dret Mercantil, Econòmic i Comparat (U. de Bielefeld). Aquest treball, síntesi de la ponència presentada al Congrés Internacional El Dret privat en el nou paradigma digital (octubre 2019), s'emmarca en el Projecte R+D (Retos) DER2017-84748-R: *Mercat Únic Digital Europeu i Protecció dels Consumidors: perfilant els drets de les parts en els contractes de subministrament de continguts digitals*, del qual és investigador principal el prof. Sergio Cámara Lapuente..



#### V. Forma i aplicació concreta de l'acord

És obvi que, quan es va introduir aquesta disposició, el centre d'atenció era, principalment o, fins i tot, exclusivament, la celebració d'un contracte per internet, és a dir, la compravenda en línia. El venedor informa al comprador al lloc web que no proporciona actualitzacions i el comprador accepta marcant una casella. En aquest cas, és probable entendre que, posteriorment, s'ha arribat a un acord d'aquest tipus.

Però com es fa això en una compraventa al detall en una papereria? El venedor i el comprador haurien de celebrar l'acord corresponent a la tenda. No hi ha requisits formals, per la qual cosa això també es pot fer oralment. En aquest cas és molt dubtós que es pugui renunciar a les obligacions de l'empresari sobre una base tan fina. A més, es planteja la qüestió important de la càrrega de la prova.

#### VI. Clàusules abusives

Les empreses es comprometen a excloure l'obligació d'entregar actualitzacions, no cas per cas, sinó de manera regular, la qual cosa porta a l'aplicabilitat de la Llei sobre condicions generals de la contractació. Per tant, sempre s'ha d'examinar si tals acords preformulats, que porten a la renúncia del consumidor als serveis, són transparents i no suposen un desavantatge irraonable per al consumidor.

#### VII. Exclusió de garantia

Això em porta al problema central de la discriminació irraonable del consumidor a través de l'exclusió dels serveis oferts per la Llei. L'empresari proporciona béns amb elements digitals i, per tant, està obligat a proporcionar

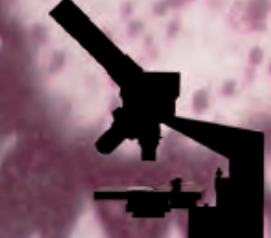
actualitzacions. Per deixar clar l'exemple, cal imaginar un producte que necessiti les actualitzacions per garantir-ne la funcionalitat. Per exemple, un cotxe modern els complements electrònics del qual s'han d'actualitzar en intervals regulars.

En aquest cas, pot ser compatible amb els principis de la legislació sobre protecció del consumidor que el comerciant només vengui amb la condició que el consumidor accepti no rebre actualitzacions? Això és compatible amb el principi del caràcter imperatiu de l'art. 21 de la Directiva?

Dirk Staudenmayer, cap de la unitat de Dret contractual de la Direcció General de Justícia i Protecció dels Consumidors, creu que un empresari que no vulgui actualitzar la informació simplement patirà un desavantatge competitiu. Pel que sembla, no veu cap problema amb l'admissibilitat d'aquest acord.

Al meu parer, cal veure quina és la importància de les actualitzacions per a la funcionalitat del producte. No es pot permetre la venda d'un producte nou al consumidor, la funcionalitat del qual depengui de la instal·lació regular d'actualitzacions, a força d'excloure anticipadament l'actualització corresponent. Això posaria en perill de forma injustificada la consecució de la finalitat del contracte. A més, un acord d'aquest tipus s'ha de considerar com una limitació irraonable de l'obligació legal de garantia.

L'art. 7.5 de la Directiva s'ha d'interpretar restrictivament sobre l'objecte del contracte i dels principis de la legislació sobre protecció dels consumidors.



## Terminis per a exercir les mesures correctores en el cas de vicis ocults segons les Directives 2019/770 i 2019/771

Beate Gsel \*

1. La Directiva de continguts i serveis digitals 2019/770 i la Directiva de compravenda de béns 2019/771 han regulat els terminis per a exercir les mesures correctores per manca de conformitat. En aquest context es planteja la qüestió dels terminis aplicables en el cas de vicis ocults o redhibitoris, que només es detecten un temps després del lliurament del bé respectiu o del subministrament del contingut o servei digital.

El tema és rellevant almenys per dues raons: primerament, perquè l'efectivitat de la mesura correctora en el cas de prestació defectuosa depèn precisament del fet que el consumidor disposi de temps suficient per fer valdre els seus drets. Com que és usual que ja hagin transcorregut els terminis de responsabilitat del venedor quan els defectes ocults són manifestos, les mesures correctores tenen poca utilitat pràctica. En segon lloc, el tema té especial importància per als contractes sobre continguts digitals, ja que aquests no solen tenir l'estructura d'una compravenda típica, en la qual es canvien béns per diners un sol cop. Més aviat, l'execució d'aquests contractes normalment és a llarg termini, i sovint es refereixen a una obligació de subministrament continu de continguts o serveis digitals. I precisament perquè aquests contractes se solen executar a llarg termini, els requisits per a la conformitat no es poden relacionar amb un marc temporal únic, sinó que s'han de complir durant un cert període de temps que, consegüentment, ha de ser definit per la llei.

2. El tractament dels períodes de responsabilitat en ambdues directives es pot resumir de la manera següent: si els béns i els continguts o serveis digitals s'han

de subministrar en un sol acte o en una sèrie d'actes individuals de subministrament, el venedor o l'empresari serà responsable dels defectes que hi hagi en el moment de l'acte de subministrament, si es manifesten en un termini de dos anys a partir de l'acte de subministrament respectiu.

En canvi, segons ambdues directives, els continguts i els serveis digitals que s'hagin de subministrar de forma contínua han d'estar lliures de defectes al llarg de tota la durada del contracte de subministrament. No hi ha cap termini de responsabilitat europeu que limiti les mesures correctores a favor del consumidor en el cas de vicis ocults que s'hagin produït durant la vigència del contracte, però que només es manifestin després, és a dir, quan el contracte ja s'ha extingit.

3. D'acord amb ambdues directives, els Estats membres han de vetllar perquè els terminis de prescripció nacionals no es puguin configurar de tal manera que s'impedeixi al consumidor exercir les mesures correctores per a esmenar defectes que s'hagin manifestat durant el termini de responsabilitat europeu.

No obstant això, pel que fa a la situació dels continguts o serveis digitals que s'hagin de subministrar contínuament, hi ha una diferència entre les dues directives, que és difícil de justificar: d'acord amb la Directiva de compravenda, els terminis de prescripció nacionals no poden restringir l'exercici de les mesures correctores per manca de conformitat que s'hagin manifestat durant el termini de responsabilitat europeu. Al contrari, la Directiva sobre continguts i serveis digitals s'ha redactat de tal manera que els terminis de prescripció nacionals han de permetre

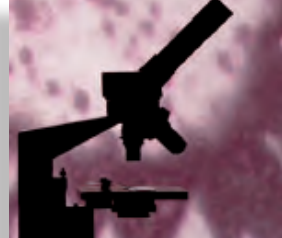
al consumidor exercir mesures correctores tant respecte dels defectes que es produeixin i es manifestin durant la vigència del contracte, com dels que es produeixin durant la vigència del contracte però que es manifestin després. Si aquesta redacció s'entén literalment, el consumidor ha de poder exercir efectivament els seus drets respecte de qualsevol defecte que tingui lloc mentre duri el contracte. En aquest sentit, la legislació nacional en matèria de prescripció sempre hauria de garantir que el termini de prescripció nacional no pugui expirar si el defecte es va produir durant el període de responsabilitat europeu, la qual cosa s'aplicaria fins i tot si el defecte no es descobreix dins aquest període.

4. En una valoració global, es pot dir que ambdues directives, en principi, regulen de manera adequada els terminis de les mesures correctores disponibles per als consumidors en el cas de manca de conformitat. No obstant això, persisteixen diferències entre les dues directives, particularment pel que fa al dret dels Estats membres d'establir terminis de prescripció nacionals per reduir el termini de responsabilitat europeu, a l'obligació de notificar o d'informar sobre la manca de conformitat i a l'atribució de la càrrega de la prova a l'empresari.

Aquestes diferències no semblen estar plenament justificades i donen lloc a un tractament diferent dels vicis ocults a les dues directives. Finalment, l'efecte harmonitzador dels terminis d'ambdues directives és considerablement limitat, ja que només estipulen períodes mínims de responsabilitat del venedor i permeten als Estats membres mantenir o introduir terminis més llargs.

\* Catedràtica de Dret Civil, Dret Processal Civil i Dret Privati Processal Europeu (U. Ludwig-Maximilian de Munic). Aquest treball, síntesi de la ponència exposada al Congrés Internacional El Dret privat en el nou paradigma digital (octubre 2019), s'emmarca en el Projecte R+D (Retos) DER2017-84748-R: *Mercat Únic Digital Europeu i Protecció dels Consumidors: perfilant els drets de les parts en els contractes de subministrament de continguts digitals*, del qual és investigador principal el prof. Sergio Cámara Lapuente. Traducció a càrrec del col·laborador científic Rodrigo Pontes Araldi, L.M. (Munic)..





## Remeis per manca de conformitat en contractes de llarga durada o amb diverses prestacions

Lidia Arnau Raventós \*

Davant un esquema contractual objectivament simple, del qual hauria partit la Directiva 99/44, les Directives 2019/770 i 2019/771 es presenten, explícitament, molt més receptives davant estructures de més complexitat, ja sigui perquè el seu objecte és plural (així: més d'un bé per lliurar o més d'un element digital per subministrar en un sol o en diversos actes de compliment), ja sigui perquè satisfer la prestació deguda exigeix un acte continuat en el temps.

La pluralitat objectiva (especialment en aquells casos en els quals les diverses prestacions no comparteixen una mateixa naturalesa) pot arribar a incidir en la tipologia contractual; n'hi ha prou que aquesta naturalesa esdevingui un índex delimitador del tipus contractual. La pregunta subsegüent és si s'aplicarà o no la Directiva 2019/771 si el professional, a canvi de preu, a més de lliurar un bé, es compromet a realitzar una activitat o, en fi, si regirà o no la Directiva 2019/770 si el professional assumeix, no només el subministrament de determinats elements digitals, sinó, a més, altres prestacions. Considerant aquesta possible incidència (a saber: la de l'objecte de la descripció del tipus) i les diferents combinacions que propicia aquella pluralitat objectiva, les Directives 2019/770 i 2019/771 suggereixen algunes reflexions a propòsit de l'escenari més simple. En aquest sentit, la Directiva 2019/771 preveu expressament la compravenda d'una pluralitat de béns i no hi ha cap dubte que el contracte regulat a la Directiva 2019/770 també pot recaure en diversos elements digitals.

Pel que fa a la Directiva 2019/771, no és una novetat. La Directiva 2011/83, del Parlament i del Consell, de 25 d'octubre, sobre els drets dels consumidors, ja va confirmar aquesta pluralitat objectiva en el marc d'un contracte de compravenda;

ho va fer, encara que amb unes altres finalitats (concretament, per determinar el dies a quo del còmput per al termini per desistir), a l'art. 9; el precepte avala l'existència d'un contracte únic, no només quan l'únic bé comprat s'hagi d'entregar per peces o components, sinó també quan "es van encarregar" "a la mateixa comanda" "diversos béns"... i es descarta d'aquesta manera entendre celebrades tantes vendes diferents com béns diferents es tracti d'adquirir.

Aquella receptivitat s'implementa preveient la quantitat com a criteri de conformitat i regulant l'abast de la facultat resolutòria quan només una o algunes de les prestacions satisfetes no són conformes.

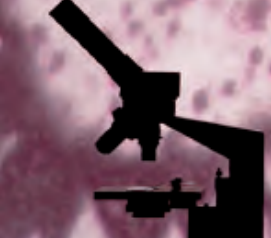
La quantitat com a requisit subjectiu per a la conformitat de la prestació (considerant 26 i art. 6.a Directiva 2019/771; considerant 42 i 7 Directiva 2019/770) no s'acompanya, ni en un text ni en l'altre, d'una norma com la que, en canvi, sí que recollia l'art. 130.2 CESL segons la qual el comprador només es podia negar a rebre un pagament parcial si tenia un interès legítim. La qüestió (la de si cal imposar o no un pagament parcial al creditor) seguirà doncs quedant al marge d'aquests textos i de l'harmonització que imposen, i s'haurà de continuar resolent aplicant normes internes. D'altra banda, la quantitat com a requisit de la conformitat de la prestació casa malament, a la Directiva 2019/771, amb els remeis del primer nivell (art. 13) i és que no es tracta de reparar o de substituir res, sinó de lliurar el que manca. A propòsit del lliurament, la presència de la quantitat en l'art. 6.a Directiva 2019/771 reflecteix l'opció prèvia de preveure el supòsit posant l'atenció més en la part satisfeta (que, es dirà, no és conforme perquè no s'ha lliurat tot o no s'han subministrat tots els elements), que en la que no s'ha satisfet, perquè si s'hagués

fet això darrer hi hauria hagut la possibilitat d'aplicar, no normes de conformitat, sinó les que regulen l'obligació de lliurar els béns (art. 18 Directiva 2011/83) o de subministrar els elements digitals (art. 5 i 13 Directiva 2019/770).

L'article 16.2 Directiva 2019/771 versa sobre la manca de conformitat que presenten només alguns béns lliurats i ho fa amb la intenció de delimitar l'abast de la facultat de resolució en aquests casos. Per tal que el seu exercici sigui procedent, s'exigeix que "hi hagi motius per a la resolució d'aquest contracte". Literalment, doncs, es descarta que els requisits de la resolució s'hagin d'apreciar només en relació amb el o els béns no conformes. Si només és en relació amb aquests que la manca de conformitat es considera greu (i, en canvi, aquesta gravetat no s'aprecia quan en preveu la manca de conformitat sobre tots els béns que s'han comprat), vincular la manca de conformitat només amb els béns que la presenten permetria resoldre parcialment el contracte de forma directa, sense necessitat d'intentar abans altres remeis d'esmena art. 13.4.c). No obstant això, el precepte sembla donar a entendre que la resolució hagi de procedir en relació amb el tot (perquè ha de concórrer una causa de resolució d'aquest contracte) per, si es prefereix, només resoldre'n una part. El precepte, a més, no diu res sobre el preu (ho feia, en canvi, l'art. 117 CESL), però sí que delimita objectivament l'àmbit d'aquella ineficàcia: al marge del bé no conforme, pot afectar "a cualesquiera otro que el consumidor hubiera adquirido junto con el no conforme si no se puede razonablemente esperar que el consumidor acepte conservarlo".

A la Directiva 2019/771 no hi ha cap altra projecció explícita d'aquesta pluralitat

\* Professora agregada de Dret Civil (U. de Barcelona), Aquest treball, síntesi de la ponència presentada al Congrés Internacional El Dret privat europeu en el nou paradigma digital (octubre 2019), s'emmarca en el Projecte DER2017-82129-P, en les activitats de la Càtedra Jean Monnet de Dret Privat Europeu i en les del Grup de Dret Civil Català de la U. Barcelona (2017 SGR 151).



en matèria de remeis. En canvi, l'art. 113.3 CESL desplegava una altra variant a propòsit de la facultat de suspendre el mateix compliment: la suspensió parcial, que procedeix si l'incompliment del venedor havia estat només parcial. L'art. 13.6 Directiva 2019/771 sembla barrar el pas a aquesta possibilitat en assenyalar que el consumidor tindrà dret a suspendre "qualsevol part" pendent del preu (o part de l'import) fins que el venedor hagi complert les seves obligacions derivades del contracte. Al marge de la suspensió, el model que proporciona l'art. 16.2, en admetre la resolució parcial, suggereix traslladar aquesta mateixa parcialitat a l'altre remei contractual (la reducció

i, per descomptat, als obligacionals. L'escenari resultant és el d'una acumulació parcial concurrent de remeis (diferents o no), vinculat cadascun a la manca de conformitat que presenta, individualment, cada un dels béns.

A la Directiva 2019/770 no hi ha una norma equivalent a la que conté el 16.2 Directiva 2019/771. En aquest sentit, es proposa recórrer a la seva aplicació analògica si, quan es contracten diversos elements digitals, els uns són conformes i els altres no. Només el considerant 15è Directiva 2019/770 esmenta la facultat de suspendre el propi compliment, presentant-la com una d'aquelles matèries

que, com que no es regulen en el text, queden a expenses del que pugui establir el Dret intern. D'altra banda, l'art. 16.1, paràgraf 2n, Directiva 2019/770 preveu una situació diferent, però que també s'ha anat identificant amb una resolució parcial. Concretament versa sobre el contracte de subministrament d'elements digitals durant un període de temps. En aquest marc, si la manca de conformitat és sobrevinguda, els efectes restitutoris s'han de limitar a l'espai temporal en el qual s'han produït. El supòsit permet assajar un segon escenari que també propicia una concurrència de remeis, cadascun projectat sobre una franja de temps diferent.

## Disponibilitat de les dades i continguts generats pels usuaris de serveis digitals després de la resolució contractual

Sergio Cámara Lapuente \*

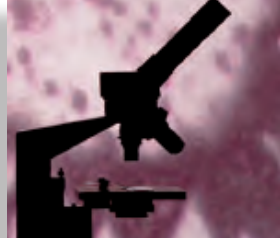
### I. Resolució del contracte, dades personals i dades no personals

Des del mateix instant en què el legislador europeu es va començar a plantejar les regles distintives que podrien regir els contractes de consum sobre continguts i serveis digitals, va ocupar un paper central quina havia de ser la destinació de les dades (personals i no personals) que l'usuari havia facilitat a l'empresari, quan, arribat el cas, la relació jurídica acabés. La Directiva (UE) 2019/770, de 20 de maig de 2019 –relativa a determinats aspectes dels contractes de subministrament de continguts i de serveis digitals– que inclou al seu àmbit d'aplicació tant els contractes en els quals es va pagar un preu com, amb matisos, els contractes en els quals només es van facilitar dades personals i els contractes mixtos (preu

més dades personals) aborda la qüestió al caire del remei o mesura correctora central davant la manca de conformitat, més detallada de l'articulat: la resolució. Atès que la restitució de les contraprestacions intercanviades per les parts contractants és característica de la resolució, calia pronunciar-se sobre què passaria amb les dades personals facilitades a l'empresari o recopilades per aquest, tant per complir les seves obligacions com per afavorir el seu model de negoci, i amb els continguts generats i compartits pels usuaris que no sempre serveixen per a identificar-ne el creador. Naturalment, a la base d'aquesta concepció "restitutòria" es troben dues teories modernes sotmeses a un debat aferrissat en els darrers anys: les dades com a objecte possible de propietat i les dades personals com a possible contraprestació contractual.

En aquest context, la Directiva 2019/770 admet finalment tres causes de resolució dels contractes que cobreix: la manca de subministrament (art. 13), la manca de conformitat (art. 14) i la modificació dels continguts o serveis que afecti negativament el consumidor (art. 19.3). El règim de la resolució es troba en els arts. 15 al 18 de la Directiva, en els quals es desglossen les obligacions de l'empresari (art. 16) i del consumidor (art. 17) en el cas que aquest exerceixi aquest dret en els casos previstos. Particularment, l'extens art. 16 estableix que l'empresari ha de reemborsar el consumidor els imports pagats (art. 16.1), *"se abstendrá de utilizar cualquier contenido distinto de los datos personales, que el consumidor hubiese facilitado o creado al utilizar los contenidos o servicios digitales suministrados por el empresario"* (16.3, amb diverses excepcions), *"pondrá a disposición*

\* Catedràtic de Dret Civil (U. La Rioja). Aquest treball, síntesi de la ponència exposada al Congrés Internacional El Dret privat europeu en el nou paradigma digital (octubre 2019), s'emmarca en el Projecte R+D (Retos) DER2017-84748-R: *Mercat Únic Digital Europeu i Protecció dels Consumidors: perfilant els drets de les parts en els contractes de subministrament de continguts digitals*, del qual és investigador principal el prof. Sergio Cámara Lapuente.



del consumidor” sense cap càrrec aquests continguts (16.4) i, respecte de les dades personals del consumidor, amb una remissió escarida, l’art. 16.2 estableix que *“el empresario cumplirá las obligaciones aplicables de conformidad con el Reglamento (UE) 2016/679”*.

En la Proposta inicial de la Directiva presentada per la Comissió europea el 9 de desembre de 2015 [COM(2015) 634 final] ja apareixien aquestes dues obligacions noves de l’empresari “d’abstenir-se de l’ús” i de “posar a disposició” del consumidor les dades; però en aquests inicis de la tramitació, ambdues obligacions requereien sobre les “contraprestacions no dineràries” facilitades pel consumidor i sobre “qualssevol altres dades recollides pel proveïdor”; és a dir, els dos nous drets del consumidor en resoldre el contracte –ja que cal entendre que les obligacions retolades així pel legislador comporten drets subjectius autèntics del consumidor– es referien tant a dades personals com a altres dades/continguts. Aquest plantejament general i unitari va tenir un punt d’inflexió transcendental en la tramitació arran de l’Informe sobre la Directiva emès pel Supervisor Europeu de Protecció de Dades (SEPD) (Dictamen 4/2017, de 14 de març, p. 3 i 10), en el qual va rebutjar la idea que “els ciutadans puguin pagar amb les seves dades de la mateixa manera que amb els seus diners”, apel·lant al vessant iusfonamental de la protecció de les dades. Tant el Parlament Europeu com el Consell de la UE, en les seves esmenes al text inicial van eliminar el 2017 formalment la idea de “contraprestació” en dades personals i van

remetre els drets de l’usuari digital respecte d’aquests, també en el cas de resolució contractual, al Reglament General sobre Protecció de Dades (RGPD) de 2016, amb els seus nous drets de supressió i –després de molts revessos i canvis– de portabilitat; en la versió aprovada de la Directiva 2019/770, el considerant 24 recull gairebé literalment la idea esmentada de l’informe del SEPD: *“al tiempo que reconoce plenamente que la protección de datos personales es un derecho fundamental, por lo que los datos personales no pueden considerarse una mercancía, la presente Directiva debe garantizar que los consumidores (...) tengan derecho a medidas correctoras contractuales”*.

## II. Drets en joc: supressió, portabilitat, abstenció d’ús i recuperació

Per tant, segons l’art. 16 de la Directiva 2019/770 vigent, el consumidor té drets diferents en relació amb la disponibilitat de les seves dades quan hagi celebrat un contracte de subministrament de continguts i serveis digitals: si aquestes dades són personals, té els drets consagrats pel RGPD i, particularment, el de *supressió/obliti* (art. 17 RGPD) i el de portabilitat (art. 20) que, d’altra banda, pot exercir en qualsevol moment –no només en el cas de resolució, ni tan sols d’extinció dels contractes; també, fins i tot, durant la relació jurídica– i contra qualsevol responsable del tractament –i no solament davant la seva contrapart contractual–; *si les dades no són personals*, la qual cosa en redueix extremadament l’àmbit, atesa l’aplicació consolidada extensiva del que es considera informació

que es pot vincular a un individu concret identificable (art. 4 RGPD), el consumidor, només si té el dret de resolució consagrat en la Directiva, pot exigir que l’empresari s’abstingui d’utilitzar els continguts que va generar en utilitzar els continguts o serveis digitals d’aquest i pot recuperar aquests continguts digitals (no personals) *“sin cargo alguno y sin impedimentos por parte del empresario, en un plazo razonable y en un formato utilizado habitualmente y legible electrónicamente”*.

És òbvia la temptació d’emparellar uns drets paral·lels (“supressió” del RGPD amb “impedir l’ús” de la Directiva; “portabilitat” de dades del RGPD amb “recuperació” de continguts de la Directiva), però diferents en nombrosos aspectes substancials. La conclusió d’aquest examen de diferències és que els dos drets de la Directiva 2019/770 estan atenuats o rebaixats respecte dels seus corespectius models de RGPD, tant pel seu control menor i facultats que comporten per a l’usuari, com per les àmplies excepcions amb les quals la Directiva –en la seva fase final de tramitació des de mitjan 2017– els ha limitat. I la justificació d’aquesta *jibarització* de drets no resulta tan evident amb la mera referència al caràcter reforçat que mereix la protecció dels aspectes inherents a la personalitat, particularment quan, durant el procés legislatiu, es va evidenciar que tant portabilitat com recuperació atenen sobretot a potenciar la competència efectiva entre operadors del mercat únic digital.

En aquest resum no és procedent entrar en el detall de les diferències entre els drets esmentats, però cal cridar l’atenció almenys sobre dos aspectes: en primer lloc, el deure de l’empresari d’abstenir-se d’utilitzar els continguts del consumidor després de la resolució és una obligació de *non faciendo* en la Directiva, però no s’estableix com un deure positiu de suprimir aquesta informació, com sí que passa en l’art. 17 RGPD (via destrucció, sobreescritura o anonimització irreversible de les dades personals), per la qual cosa aquesta abstenció s’assembla més a les tècniques de bloqueig pròpies del dret a la limitació del tractament (art. 18 RGPD, considerant 67).

En segon lloc, així com en el dret a la portabilitat de les dades personals de l’art. 20 RGPD l’interessat pot exigir la



transmissió directa de les seves dades personals de responsable a responsable “si tècnicament és possible”, aquesta facultat no es preveu en absolut en el dret fixat a la Directiva de recuperar els continguts; però resulta més censurable –ja que aquesta “portabilitat directa” constitueix més un desig que una imposició legal segons el considerant 68 RGPD– que l’art. 16.4 de la Directiva 2019/770 no faci cap esment al dret de l’usuari de serveis digitals a la “portabilitat indirecta” o pels mitjans propis de l’interessat que l’art. 20.1 RGOD sí que garanteix, en el sentit que aquest pot transmetre a un altre responsable el tractament de dades personals que ja va facilitar abans a un altre; i ho pot fer “sin que lo impida el responsable al que se los hubiera facilitado”. En l’àmbit dels continguts generats pels usuaris que no siguin dades personals (una foto d’un paisatge que no permeti identificar-ne l’autor, qui la carrega sota un pseudònim en una xarxa social, un vídeo amb les mateixes característiques a Youtube, una construcció en un joc en línia, continguts sense dades personals desats al núvol?), la qüestió de poder portar o migrar aquests continguts a altres plataformes o operadors queda totalment relegada a les condicions generals dels contractes acceptades, amb la cessió usual de llicència perpètua (encara que, ara com ara, no exclusiva) per part de l’usuari respecte dels continguts que generi.

Un altre aspecte que mereix una anàlisi crítica del règim de la Directiva 2019/770 són les excepcions establertes a aquests dos nous drets del consumidor que resol el contracte, que no tenen una correlació exacta (ni aproximada en diversos casos) en els arts. 17.3, 20.3 i 20.4 RGPD. L’art. 16.3 de la Directiva estableix quatre supòsits en els quals no operarà el deure d’abstenció d’ús dels continguts de l’usuari per part de l’empresari, i les tres primeres excepcions també s’apliquen al dret de recuperació dels continguts per l’usuari. Segons el precepte esmentat, això passarà quan aquest contingut diferent de les dades personals: “a) **no tenga ninguna utilidad fuera del contexto de los contenidos o servicios digitales suministrados por el empresario;** b) **esté exclusivamente relacionado con la actividad del consumidor durante el uso de los contenidos o servicios digitales suministrados por el empresario;** c) **haya sido agregado con otros datos por el empresario y no pueda desagregarse o solo pueda desagregar se realizando esfuerzos**



*desproporcionados, o d) haya sido **generado conjuntamente** por el consumidor y otras personas, y otros consumidores **puedan continuar haciendo uso del contenido**”.*

La darrera excepció, que no s’aplica al dret del consumidor a recuperar els seus continguts però sí a eliminar-los, prové de la proposta inicial de la Comissió Europea de 2015 i té un cert paral·lelisme, respectable, amb el límit al dret de supressió per respecte al dret a la llibertat d’expressió i d’informació (art. 17.3.a RGPD). Les altres tres, d’introducció tardana en la tramitació parlamentària, tenen una mica més de sentit pel deure d’abstenció d’ús que pel deure de posada a disposició per part de l’empresari, en l’àmbit del qual, al meu parer, són un excés normatiu favorable a la indústria. Els considerants de la directiva tan loquaços en exemples respecte de la resta de l’articulat, no aporten pràcticament res (considerants 69 i 71), tret respecte del dret a recuperar “en tales casos, **los contenidos no tienen ninguna utilidad ni interés práctico relevantes para el consumidor, a la vez que se tienen en cuenta los intereses del empresario**”. Aquesta afirmació és manifestament excessiva, ja que sí que és possible imaginar situacions en les quals el consumidor tingui interès en aquests continguts (conèixer i avaluar la seva pròpia activitat, recuperar sense portar o reutilitzar amb altres finalitats, fins i tot simplement de record). Ni tan sols s’ha previst una clàusula d’equilibri com la que proposava el Parlament Europeu per a les tres excepcions, és a

dir, que no sigui possible d’abstenir-se o de posar a disposició sense fer un “esforç desproporcionat i irraonable”.

### III. Però... a quines dades o continguts (no personals) fa referència la Directiva 2019/770?

Un cop examinats els nous drets de la directiva i havent entès com s’arriba en la tramitació al seu molt limitat àmbit d’aplicació (per raó de les escasses facultats i àmplies excepcions), cal preguntar-se a quin “contingut diferent de les dades personals” fa referència l’art. 16 de la Directiva. De nou, no hi ha gaires pistes en els tan il·lustratius considerants en altres punts. Òbviament no són dades personals ni les dades anònimes ni el contingut digital adquirit per l’usuari del proveïdor; però els drets annexos al de resolució no semblen estar pensats precisament per a aquests béns, sinó per als usualment anomenats “continguts generats pels usuaris”, sempre que no siguin dades personals (no ho serien un autoretrat o *selfie* pujat a una xarxa social). I encara dins aquest tipus de continguts, cal preguntar-se si entre els “*facilitats*” a l’empresari i per tant, recuperables o, al seu torn, inutilitzables s’inclouen els “*recopilats*” per aquest en observar el comportament de l’usuari a l’entorn digital, és a dir, sense un subministrament actiu i conscient del consumidor.

Doncs bé, així com respecte del dret de portabilitat consagrat en l’art. 20 RGPD, la interpretació implementada per les autoritats de control de dades dels Estats

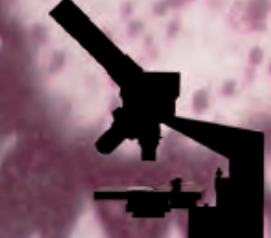


membres (Grup de Treball de l'art. 29 i el seu successor institucional) inclou tant els facilitats com els recopilats amb l'ús i aquesta interpretació s'acull en la nova Directiva (cfr. considerants 24 i 38), en canvi, respecte dels continguts que no siguin dades personals només s'inclouen els "facilitats o creats" en emprar els serveis (arts. 16.3 i 16.4 Directiva), perquè si està *"exclusivamente relacionado con la actividad del consumidor durante el uso"* s'inclourà en una de les excepcions. Es tracta d'una nova rebaixa del nivell de protecció del consumidor respecte del que podria haver estat una norma més ponderada per a tots els interessos en joc.

#### IV. Consideracions crítiques finals

La intersecció de la normativa de protecció de dades personals i els nous drets contractuals dels consumidors definits per la Directiva 2019/770 exigeix sens dubte abordar molts altres aspectes, com els que es tracten a la ponència que aquí es resumeix: l'anàlisi concreta de les regles i de les excepcions tant del dret de supressió/abstenció com del dret de portabilitat/recuperació del RGPD i de la Directiva, la forma del seu exercici, la prova de la seva execució o la interacció d'ambdós parells de drets, que es poden exercir de forma autònoma o conjunta (v. gr., portabilitat sense supressió o portabilitat amb supressió), etc.

Concloem aquí amb algunes idees crítiques finals: 1) La Directiva no preveu la possibilitat d'estendre els nous drets (abstenció d'ús i recuperació) a altres causes d'extinció del contracte de subministrament de continguts i serveis digitals, diferents de la resolució; els Estats membres en la transposició han de preveure aquesta possibilitat i res no impedeix que agafin el model de RGPD, més proteccionista, en lloc del de la Directiva per als continguts no personals. 2) Encara que no és aparent en l'articulat de la Directiva, el dret de recuperació durant la relació contractual, abans de produir-se una resolució, podria quedar cobert per les expectatives legítimes del consumidor ex art. 8.1.b Directiva. 3) El balanç general que resulta de les facultats, excepcions i objecte sobre el qual recauen els dos nous drets de la Directiva en el cas de resolució parla d'un contingut pràcticament buit, ja que, a més, la directiva tampoc no s'aplica quan les dades personals facilitades pel consumidor són tractades exclusivament per l'empresari per subministrar els continguts o serveis digitals o per complir requisits legals (art. 3.1).4). No obstant això, atès el caràcter expansiu del concepte de "dada personal" i la remissió expressa de la Directiva (art. 16.2) a l'RGPD, l'usuari pot trobar en els drets de supressió o oblit i portabilitat del Reglament una eina de protecció dels seus interessos més eficaç que els drets d'una Directiva recentment estrenats, d'altra banda, pionera en la defensa contractual dels usuaris digitals.



## El paper de la protecció de dades personals en la contractació en línia de béns, continguts i serveis digitals

Rosa M<sup>a</sup> García Pérez \*

Iniciatives recents i accions legislatives empreses per la Unió Europea en matèria de consumidors, després del llançament de la seva Estratègia per a un Mercat Únic Digital al maig de 2015, s'han fet ressò del nou model de negoci que, liderat per grans empreses tecnològiques, coexisteix en l'economia digital juntament amb el sistema tradicional de contractació de béns i serveis de base monetària. Es tracta d'un model basat en transaccions digitals amb dades personals, la majoria de vegades fonamentat en contractes no negociats individualment; contractes que l'interessat-consumidor percep com un accés gratuït a béns, continguts o serveis digitals. I per això les dades personals i el seu règim de protecció, el marc principal normatiu del qual és el Reglament UE/2016/679, Reglament General de Protecció de Dades europeu (RGPD), han iniciat una incursió complexa en el Dret contractual.

El primer punt d'inflexió, i en breu no serà l'únic, ha arribat de la mà de la Directiva UE/2019/770, de 20 de maig de 2019, sobre alguns aspectes relacionats amb els contractes de subministrament de contingut digital i serveis digitals (**DCDig.**). Aquesta directiva només és la punta de llança d'una nova manera de relacionar-se normativa de protecció de dades personals i normativa de consum. El panorama no quedaria complet sense esmentar altres mesures emmarcades en el procés emprès a nivell europeu de revisió, modernització i adaptació de les regles de protecció de consumidors a l'entorn tecnològic, en el marc de la iniciativa "New Deal for Consumers", inclosa en el Programa de Treball de la Comissió Europea el passat 11 d'abril de 2018. Es tracta de dues propostes de Directiva que estan ultimant la seva tramitació legislativa: d'una

banda, la Directiva del Parlament Europeu i del Consell per la qual es modifiquen la Directiva 93/13/CEE del Consell, de 5 d'abril de 1993, la Directiva 98/6/CE del Parlament europeu i del Consell, la Directiva 2005/29/CE del Parlament Europeu i del Consell i la Directiva 2011/83/UE del Parlament Europeu i del Consell, en relació amb la millora de l'aplicació i la modernització de les normes de protecció dels consumidors de la UE, aprovada pel Consell el passat 8 de novembre [Brussel·les, 11 de novembre de 2019 (OR. en) 13934/19] i, d'altra banda, la Resolució legislativa [P8-TA-PROV(2019)0222] del Parlament Europeu, de 26 de març de 2019, sobre la proposta de Directiva del Parlament Europeu i del Consell relativa a les accions de representació per a la protecció dels interessos col·lectius dels consumidors i per la qual es deroga la Directiva 2009/22/CE. El 5 d'octubre de 2018 el Supervisor Europeu de Protecció de Dades (SEPD) va tenir l'oportunitat de pronunciar-se sobre ambdues propostes i la seva interferència amb la normativa de protecció de dades en la seva Opinió 8/2018 on the legislative package "A New Deal for Consumers".

La ponència centra el seu interès en la recent **DCDig. i la seva interacció amb el RGPD**. La imbricació del dret fonamental a la protecció de dades en l'àmbit contractual adquireix amb aquesta Directiva un aspecte complex, polièdric i, a vegades, no fàcilment compatible amb la concepció i la configuració a nivell europeu del dret a la protecció de dades personals, especialment, des d'una doble perspectiva.

En primer lloc, per la via de reconèixer l'existència de reciprocitat en aquells contractes en els quals el consumidor permeti el tractament de les seves dades

personals a canvi d'accedir a prestacions digitals, atorgant-li la mateixa protecció que si la seva contraprestació hagués estat dinerària. És, sens dubte, una de les novetats més importants de la norma, la finalitat de la qual és, com diu la mateixa **DCDig.**, garantir que els consumidors, en el context d'aquests models de negoci, tinguin dret a mesures correctores contractuals (considerant 24). Des d'aquest punt de vista, s'introdueix en la dinàmica contractual la monetització de les dades personals i la seva consideració com a contraprestació.

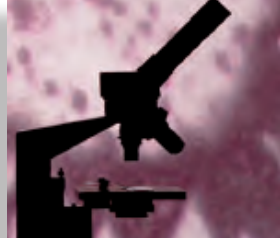
En segon lloc, per la incidència que la normativa de protecció de dades i, particularment, la seva contravenció, pot tenir com a criteri de validesa i eficàcia contractual.

Aquesta doble via d'interacció RGPD-DCDig. suscita múltiples nivells en els quals es posa de manifest la tensió entre dos aproximacions regulatòries contraposades; tensió que ha estat present al llarg de tota la tramitació legislativa, resolta en el text final de la **Directiva** amb una referència expressa a la prioritat d'aplicació del RGPD en el cas de conflicte amb les disposicions de la Directiva (art. 3.8 DCDig.).

No obstant aquesta prioritat, hi ha aspectes de la Directiva que, un cop posats en contacte amb el règim normatiu de protecció de dades, continuen essent font de fricció, particularment aquesta intervenció ha centrat el seu enfocament, per una banda, en la concreció de la base jurídica que, de conformitat amb les previsions de l'article 6 RGPD, fonamenta els tractaments derivats de contractes als quals resulta aplicable la **DCDig. (consentiment ex art. 6.1.a RGPD?; execució d'un contracte ex art. 6.1.b RGPD?; interès**

\* Professora Titular de Dret civil (Universitat de Granada). Aquest treball, síntesi de la ponència exposada al Congrés Internacional El Dret privat en el nou paradigma digital (octubre al 2019), s'emmarca en el Projecte I + D (Reptes) DER2017-84748-R: Mercat Únic Digital Europeu i Protecció dels consumidors: perfilant els drets de les parts en contractes de subministrament de continguts digitals, de què és investigador principal el Prof. Sergio Cambra Lapuente.





**legítim ex art. 6.1.f RGPD?);** i, d'altra banda, en la incidència dels principis i de les obligacions imposades pel RGPD al responsable del tractament de dades-proveïdor en l'avaluació dels criteris subjectius i objectius de conformitat amb el contracte dels continguts i dels serveis digitals.

El primer dels aspectes ressenyats, la fixació de base legal del tractament de dades personals, particularment en aquelles dades facilitades per ser tractades pel proveïdor amb finalitats diferents del subministrament de continguts o serveis digitals o el compliment de requisits legals, no és una qüestió trivial, ni des de l'òptica de la normativa de protecció de dades (ad. ex., contingut obligatori del deure d'informació ex arts. 13.1c, 14.1.ci 14.2.b RGPD, amplitud dels drets dels interessats establerts en els arts. 15 a 22 RGPD...), ni des de la perspectiva de les repercussions que sobre el mateix contracte de subministrament puguin tenir l'opció per l'una o les altres (v.gr., si la licitud del tractament és el consentiment del titular

de les dades, la seva revocació comporta la resolució contractual? Implicaria deixar la validesa i el compliment del contracte a l'arbitri d'una de les parts?...)

El segon aspecte, relatiu al compliment pel proveïdor dels principis que, de conformitat amb l'article 5 RGPD, han de ser observats en qualsevol tractament de dades personals, implica respondre la qüestió següent: un tractament de dades realitzat pel subministrador que infringeixi algun dels principis de licitud, transparència, limitació de la finalitat, minimització, etc., pot determinar, al marge dels mecanismes de reacció propis del dret fonamental a la protecció de dades, una manca de conformitat activadora de les mesures correctores establertes per la DCDig.?

Encara que sense plasmació en el text articulat de la **DCDig.**, aquesta qüestió és **atesa** en el considerant 48, en afirmar que *"una falta de cumplimiento de los requisitos previstos en el Reglamento (UE) 2016/679,*

*incluidos principios básicos como los relativos a la minimización de datos, la protección de datos desde el diseño y la protección de datos por defecto, pueden considerarse asimismo, dependiendo de las circunstancias del caso, una falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales con los requisitos subjetivos u objetivos de conformidad establecidos en la presente Directiva".* Aquest enfocament parcial, segons les circumstàncies del cas i il·lustrat amb exemples en el mateix considerant, pot, al meu parer, portar-se molt més lluny. Una interpretació adequada de la normativa contractual i dels articles 7 (Requisits objectius de conformitat) i 8 (Requisits subjectius de conformitat) de la DCDig. desembocarà, sens dubte, en una major interacció del RGPD en la conformitat dels continguts o dels serveis digitals amb el contracte i la consegüent activació, si és el cas, de les mesures correctores contractuals que, sens perjudici de les vies de reacció ex normativa protecció de dades, s'atribueixen al consumidor en el cas de manca de conformitat o incompliment del subministrament.

## Conclusió de contractes en plataformes online

Joana Campos Carvalho \*

Les plataformes en línia són espais virtuals que permeten el contacte entre dos o més grups d'usuaris, de manera que els genera un valor, ja que sense elles aquest contacte no es produiria o, almenys, no es produiria d'una manera tan eficient.

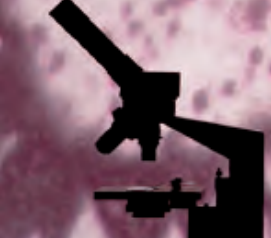
També es poden descriure com intermediaris entre dos o més grups d'usuaris que estan connectats per efectes indirectes de xarxa. Aquesta definició prové del camp de l'economia, on aquesta realitat ha estat estudiada sota el concepte de mercat bilateral o multilateral.

Els mercats bilaterals o multilaterals principalment es caracteritzen per tres elements: i) l'existència d'almenys dos grups separats d'usuaris que utilitzen la plataforma com intermediària; ii) l'existència d'efectes intermedis de xarxa, la qual cosa significa que el valor que un usuari obté de l'ús de la plataforma augmenta en funció del nombre d'usuaris de l'altre grup; iii) la manca de neutralitat de l'estructura de preus, la qual cosa significa que la plataforma pot influir en el volum de transaccions augmentant el preu d'ús de la plataforma per a un grup i disminuint el preu d'ús per

a l'altre grup. Aquesta característica justifica que les plataformes tractin sovint un grup d'usuaris com generador de beneficis i l'altre com finançament neutre o fins i tot de pèrdues.

El concepte de plataformes en línia inclou categories diferents, com les xarxes socials o els jocs en línia amb multitud de jugadors. No obstant això, en l'àmbit del dret contractual, la categoria important és la dels anomenats creadors de mercat, emparelladors o mercats. Aquest tipus de plataformes inclou totes les que permeten la conclusió de con-

\* Doctoranda i professora visitant a NOVA Direito, Lisboa, Portugal. Investigadora del CEDIS (Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade i investigadora del FCT - Fundação para a Ciência e a Tecnologia). Aquest treball, síntesi de la ponència presentada al Congrés Internacional El dret privat en el nou paradigma digital (octubre 2019), s'emmarca en el Projecte R+D (Retos) DER2017-84748-R: *Mercat Únic Digital Europeu i Protecció dels Consumidors: perfilant els drets de les parts en els contractes de subministrament de continguts digitals*, del qual és investigador principal el prof. Sergio Cámara Lapuente. Traducció a càrrec de la prof. Esther Arroyo Amayuelas.



tractes en línia o que, almenys, permeten als usuaris trobar la contrapart per a concloure un contracte al marge de la plataforma.

Els mercats en línia han canviat dràsticament l'estructura de les transaccions. Tradicionalment, per a la compra d'un bé o la prestació d'un servei, només es necessitava un contracte entre el proveïdor i el client. En canvi, en els mercats en línia, per cada transacció hi ha tres contractes: i) entre el proveïdor i la plataforma –per regular les condicions d'ús de la plataforma per part del proveïdor–; ii) entre el client i la plataforma –per regular les condicions d'ús de la plataforma per part del client–; iii) entre el proveïdor i el client –que dona lloc al contracte principal, que és el que justifica l'existència dels altres dos.

Aquesta estructura triangular planteja nombroses qüestions, ja que molts drets contractuals europeus encara no tenen en compte les especialitats d'aquests models de negoci.

M'agradaria fer referència breument a una d'aquestes qüestions. No és clar quin és o hauria de ser el paper de la plataforma

en relació amb el contracte principal, és a dir, el contracte conclòs entre els usuaris i la plataforma.

D'una banda, no tots els operadors dels mercats són iguals. Hi ha models de negoci molt diferents. Mentre que mercats com *OLX* o *Craigslist* només proporcionen realment un espai en línia en el qual els usuaris es poden reunir, altres mercats com *Amazon* o *Airbnb* assumeixen un paper molt important en relació amb el contracte principal: proporcionen els mitjans per concloure'l, gestionen els pagaments, dissenyen les condicions generals de la contractació que resulten d'aplicació, resolen els conflictes que es poden generar, etc. Per tant, aquests diferents tipus d'operadors de plataformes haurien de rebre un tractament específic. D'altra banda, resulta evident que aquest darrer tipus de plataformes no són "mers intermediaris". I com que tenen una influència decisiva sobre el contracte conclòs, haurien de tenir algunes obligacions i, probablement, també assumir una part del risc.

La Unió Europea ha abordat el tema tímidament fins ara. Només inclou algunes

obligacions a la Directiva que forma part del conegut com a "Nou Pacte pels Consumidors", aprovada recentment pel Consell, el passat 8 de novembre de 2019.

En aquest sentit, cal destacar el Projecte de Normes Model sobre Plataformes d'Intermediació en línia (*Draft Model Rules on Online Intermediary Platforms*), elaborat per l'Institut de Dret Europeu (*European Law Institute, ELI*) que inclou, a més d'alguns deures molt importants, una norma que estableix la responsabilitat conjunta de l'operador de la plataforma quan aquest tingui el control sobre el proveïdor. Aquest criteri haurà de ser tingut en compte pels tribunals, a la vista de les circumstàncies que mostren l'existència d'aquest control, com es podria deduir de clàusules com les següents: "L'operador de la plataforma pot retenir els pagaments realitzats pels clients en el marc dels contractes conclusos entre el proveïdor i el client"; o "Les condicions del contracte entre el proveïdor i el client venen determinades essencialment per l'operador de la plataforma".

## La necessitat d'actualitzar la Directiva de Comerç Electrònic

Esther Arroyo Amayuelas \*

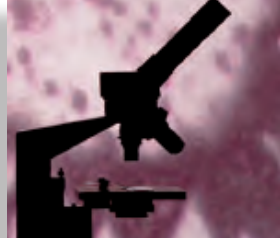
### 1. Introducció

La Unió europea actualitza permanentment el seu Dret privat com a conseqüència de la revolució digital. La Comissió fins ara presidida per Jean-Claude Juncker ha aprovat noves regles per a la venda de béns, les transaccions de continguts i de serveis digitals i la lleialtat i la transparència de les plataformes en línia. Correspon ara a la Comissió Europea que Ursula von der Leyer presidirà els

propers anys (2019-2024) afrontar nous reptes i, entre aquests, el d'actualitzar la Directiva 2000/31, de 8 de juny de 2000, sobre comerç electrònic (= DCE). En efecte, el rol i les possibilitats de la indústria d'internet ja va començar a ser qüestionat per la Comissió Europea anterior, però després de nombrosos estudis i consultes públiques, els plans no van passar per modificar la DCE, sinó per abordar el problema en relació amb àrees especialment sensibles, com el copyright, el

terrorisme, la incitació a l'odi, la pornografia infantil o altres continguts visuals nocius, mitjançant l'adopció de legislació especial i el foment de l'autoregulació de les empreses (SWD(2016) 172 final, p. 7; COM(2017) 555 final; C(2018) 1177 final; SWD(2018) 408 final). Així que la posada al dia de la DCE haurà de coexistir i completar necessàriament aquesta legislació, la finalitat de la qual ja no és preservar els ports segurs amb els quals compten ara els prestadors de serveis d'intermediació

\* Titular de la Càtedra Jean Monnet de Dret Privat Europeu (U. Barcelona). Aquest treball, síntesi de la ponència presentada al Congrés Internacional *El Dret privat europeu en el nou paradigma digital* (octubre 2019), també s'emmarca en el Projecte DER2017-82129-P i en les activitats del Grup de Dret Civil Català de la U. Barcelona (2017 SGR 151).



(arts. 12-14 DCE), sinó prevenir que les noves estructures digitals (plataformes) promoguin i difonguin activitats il·lícites (Savin, Andrej, "EU Regulatory Models for Platforms on the Content Carrier Layers: Convergence and Changing Policy Patterns", Nordic Journal of Commercial Law, 2018, 7, p. 9-37), de conformitat amb la responsabilitat social que se'ls atribueix (Taddeo, Mariarosaria – Floridi, Luciano (eds), *The Responsibilities of Online Service Providers*, Springer, Schwitserland, 2017). Per això, a més de combatre les il·legalitats, s'ha d'evitar que tinguin lloc altres continguts igualment danyosos (com ara les fake news). El risc és que un excés de zel afecti la llibertat d'expressió i d'informació i la llibertat d'empresa, això si s'acaben imposant mesures de control molt costoses als intermediaris.

En les pàgines següents em centraré en el que és essencial: és a dir, en el que una futura nova directiva o reglament de serveis digitals hauria d'incloure sobre la base de les insuficiències o llacunes detectades en la norma actual: a) modernitzar les activitats contingudes en els arts. 12-14 DCE; b) determinar els criteris que han de servir per a qualificar l'intermediari; c) establir els contorns del deure de diligència dels intermediaris, i d) establir mecanismes harmonitzats de moderació de continguts. Són qüestions que apareixen referenciades en un document de la Comissió Europea que, obstant amb tot, encara no existeix oficialment (Document de la DG Connect, que s'ha filtrat, disponible a: [https://netzpolitik.org/2019/leaked-document-eu-](https://netzpolitik.org/2019/leaked-document-eu-commission-mulls-new-law-to-regulate-online-platforms/)

[commission-mulls-new-law-to-regulate-online-platforms/](https://netzpolitik.org/2019/leaked-document-eu-commission-mulls-new-law-to-regulate-online-platforms/)) (data de la darrera consulta: 17 d'octubre de 2019).

## II. Els serveis digitals en l'actualitat

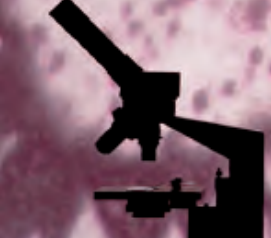
A la DCE, l'única activitat dels intermediaris que mereix tenir en compte és la dels qui transmeten o allotgen continguts de tercers, que són activitats que poden o no ser desenvolupades per proveïdors d'intermediació diferents. Particularment: a) accés, que facilita a l'usuari la connexió a la xarxa i que té una funció merament tècnica de transmissió d'informació (art. 12); b) emmagatzematge automàtic, intermediari i temporal amb la finalitat de reduir el temps de transmissió de la informació i evitar que internet se satura com a conseqüència d'una demanda elevada del mateix material (art. 13); c) emmagatzematge permanent o hosting de les dades facilitades pel destinatari del servei en els servidors del proveïdor connectats a internet (art. 14). Alguns proveïdors tant poden ser considerats d'accés com d'allotjament i d'altres, d'altra banda, és difícil d'encaixar-los en alguna d'aquestes categories (a propòsit del lloguer de noms de domini (STJUE C-521/17 SNB-REACT). Algunes activitats dels intermediaris que no es preveuen en la DCE reben protecció específica dels Estats membres (plataformes de compartició de software o vídeos; plataformes de comerç electrònic en les quals els béns pertanyen a tercers; xarxes socials; serveis peer-2-peer; blogs o fòrums de discussió) i altres vegades ha estat la jurisprudència europea

la que ha aclarit si s'aplica el port segur (p. ex. a un proveïdor d'accés a una xarxa wi-fi, STJUE C-484/14, McFadden), si bé les solucions no han estat unívokes per a les eines de localització d'informació: així, el TJUE ha exclòs la responsabilitat dels motors de cerca pels anuncis que enllacen amb llocs web de tercers que ofereixen a la venda productes falsificats o sense el consentiment del titular de la marca (C-236/08 i C-238/08 Google France), però no ha fet el mateix amb els proveïdors d'enllaços, que han estat considerats responsables d'un acte de comunicació pública o d'explotació d'actes relacionats amb els drets d'autor (STJUE C-160/15 GS Media BV; STJUE C-527/15, Stichting Brein Jack; STJUE C-610/15 Ziggo; però vid. STJUE C-466/12, Nils Svensson) o responsables de la indexació i llistat d'informació amb dades personals (STJUE C-131/12, Google Spain). A més, els motors de cerca són tractats com proveïdors de hosting en alguns països (Espanya, entre ells) i en altres com proveïdors d'accés (COM(2003) 702 final, p. 13, n 69; SEC(2011)1641/2, p. 27), amb les conseqüències que això comporta a l'hora d'aplicar les exempcions de responsabilitat sobre la base de la possibilitat de conèixer l'il·lícit (STJUE C-484/14, McFadden).

## III. Intermediari o proveïdor?

Sembla que la dada rellevant per gaudir del port segur és que l'activitat que el prestador duu a terme sigui merament tècnica, automàtica i passiva (considerant 42 DCE, STJUE C-236/08 – C-238/08, Google France). És a dir, que només gaudiria del privilegi de l'exempció de responsabilitat el prestador que no desenvolupés un rol actiu. Ho és, per exemple, el paper que duu a terme eBay en l'assistència als venedors i en la promoció i el foment de les vendes de productes falsificats perquè se suposa que aquesta promoció comporta una distribució que li proporciona el coneixement i el control de les ofertes il·lícites de venda que emmagatzema, segons la STJUE C-324/09 L'Oréal. Però no és tan evident el desenvolupament d'un rol actiu en altres casos que no tenen res a veure amb la infracció de la marca d'un mercat en línia. Realment, una cosa és determinar la responsabilitat dels proveïdors d'allotjament per aquest presumpte coneixement i control de continguts il·lícits; i una altra, molt diferent, és determinar si les plataformes que invoquen l'exempció de responsabilitat de l'art. 14 DCE compleixen,





realment, funcions d'intermediació. El primer cas exigeix deixar d'utilitzar les expressions "rol actiu/rol passiu" que perjudiquen els intermediaris la funció dels quals sempre exigeix una certa activitat (vgr. motors de cerca) i reemplaçar-les pel seu significat real. És apropiat és, doncs, referir-se al "grau de control", al desenvolupament de "funcions editorials" o al "coneixement real de l'il·lícit". El segon cas exigeix establir quins criteris identifiquen les plataformes que actuen com a proveïdors malgrat reclamar per a elles un rol diferent (STJUE C-434/15 *Uber Spain* STJUE C-320/16 *Uber France*; art. 19.2 *ELI Model Rules on online platforms*).

#### IV. La diligència de l'operador econòmic: l'adopció de mesures proactives

La Comissió insta a adoptar nous enfocaments d'investigació i d'innovació per desenvolupar programes de filtratge i bloqueig i assumeix que aquesta càrrega és un deure de les empreses (COM(2017) 555 final, p. 14). Amb tot, ja s'ha dit que només el proveïdor passiu pot gaudir del port segur. Hi ha, doncs, el risc que l'adopció voluntària de mesures proactives s'identifiqui amb un coneixement de la il·legalitat que acabi qualificant el proveïdor com "actiu". No és gaire raonable si, al cap i a la fi, aquest coneixement serveix, precisament, per a eliminar-lo; però per conjurar el risc, els documents institucionals reiteren *ad nauseam* que les mesures voluntàries adoptades per a augmentar la confiança i oferir un servei més competitiu no han de dur a aquest resultat (COM(2016) 356 final, p. 9; COM (2017) 555 final, p. 12, 13; Considerant. 27, arts.18, 36-37 C(2018) 1177 final). Segons sembla, es tractaria d'aplicar la norma del "bon samarità" (Sartor, Giovanni, "Providers Liability: From the eCommerce Directive to the future", *In-Dept Analysis for the IMCO Committee*, IP/A/IMCO/2017-07, octubre 2017, p. 27, 29). El que passa és que cap d'aquests documents aclareix les conseqüències que tindria que, malgrat que s'actui de bona fe (amb totes les garanties i salvaguardes), els proveïdors no eliminessin els continguts que resultessin ser il·lícits o impedissin l'accés a continguts que no ho fossin. Amb bon criteri s'ha suggerit que en aquests casos l'acció de responsabilitat contra els proveïdors només hauria de tenir lloc davant errors sistèmics (House of Lords. Select Committee on Communications. 2nd Report of Session 2017-2019, "Regulating in

a digital world", imprès el 26 de febrer i publicat el 9 de març de 2019 p. 53-54, 55). El document que s'ha filtrat fa referència breument a la necessitat d'aclarir l'absència de responsabilitat "per l'adopció de mesures proactives".

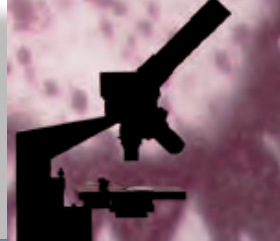
#### V. Mecanismes de moderació de continguts

Una de les mancances més destacades de la DCE és la no-inclusió de cap regla sobre procediments privats de *notice and take down* (avis a l'intermediari de l'existència de contingut il·lícit a les xarxes i eliminació subsegüent d'aquest contingut a petició del notificant, normalment la víctima). Retirar informació il·legal sense que sigui necessari esperar que una ordre judicial ho autoritzi estalvia temps i diners, però això deixa en mans dels privats com ha de ser el comportament dels usuaris i, per això, la regulació ha d'anar acompanyada de la possibilitat d'accedir fàcilment a procediments judicials o extrajudicials de resolució del litigi. A més, l'eficàcia d'aquests procediments requereix transparència a l'hora d'explicar els criteris que es fan servir i el percentatge anual i el tipus de continguts remoguts i, si és el cas, la revisió prèvia de la retirada per persones expertes. El sistema hauria de prevenir o minimitzar les reclamacions abusives i potser això podria contribuir a fer que, després de rebre una contranotificació defensant el contingut allotjat, el proveïdor de serveis pogués reposar els continguts, de manera que la càrrega d'iniciar el procediment recaigués sobre el titular del dret. Tanmateix, s'haurien d'aclarir les polítiques de retirada o de bloqueig de l'accés a continguts per evitar la violació de drets fonamentals. Totes aquestes són qüestions que ja estan presents a les Recomanacions de la Comissió (C(2018) 1177 final) i que en part ja desenvolupen actes legislatius recents (vgr. art. 17 (9) Directiva (EU) *Copyright*). El document que s'ha filtrat anuncia l'adopció de mesures que salvaguarden els drets fonamentals i, a més, suggereix la possibilitat d'adoptar diferents mesures en funció del tipus d'activitat i de contingut.

#### V. Reflexions finals

En el món d'internet, el repte és protegir les víctimes, sense incórrer en el risc de

danyar als creadors, perjudicar la llibertat d'expressió i d'informació, o enfonsar el negoci de les empreses. L'economia digital i, amb ella, la rellevància creixent de les plataformes en línia ha incrementat la tendència a imposar controls preventius als intermediaris, gràcies al fet que els avanços tecnològics permeten l'adopció de mesures fiables i proporcionades per a la detecció i el bloqueig de continguts il·lícits. Molts jutges nacionals han acabat imposant l'obligació d'actuar en funció de la capacitat tècnica de les grans empreses (crític, Frosio, Giancarlo, 'The Death of "No Monitoring Obligations" A Story of Untameable Monsters', *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law*, 2017, 8, p. 199-215) i la recent STJUE C-18/18, *Eva Glawischnig-Piesczek* dona a entendre que això no vulnera l'art. 15 DCE. La tendència a imposar mesures de control també es pot observar a nivell legislatiu. La nova Directiva Copyright obliga els grans proveïdors d'allotjament en línia (als quals no tracta com intermediaris de *hosting*) a dur a terme una verificació automàtica (filtratge i bloqueig) dels continguts per tal d'evitar la responsabilitat per la difusió d'obres no autoritzades [art. 17 (4) (b) i (c)]; a més, els Estats membres poden imposar als proveïdors de plataformes d'intercanvi de vídeos mesures de control més detallades o més estrictes que les previstes en la Directiva de serveis de mitjans audiovisuals (nou art. 28 bis 6 Directiva de serveis audiovisuals); els proveïdors d'allotjament també es poden veure obligats a aplicar mesures proactives per impedir la difusió de continguts terroristes (COM(2018) 640 final, Cdo. 19, art. 6). Com era d'esperar, la Comissió Europea preveu actualitzar la Directiva sobre comerç electrònic amb aquesta mateixa orientació. És a dir, no solament s'exigirà als intermediaris que reaccionin (ràpidament) davant les queixes dels usuaris, sinó que, a més, se'ls permetrà buscar les il·legalitats pel seu compte. És important que, per primera vegada, es prevegi la necessitat d'establir mesures específiques per conèixer la transparència de l'algorisme davant les tecnologies automàtiques de filtratge. I és que la tecnologia no solament no sempre pot detectar les il·legalitats, sinó que a més pot tenir efectes discriminatoris i contraris als drets fonamentals.



## Responsabilitat civil i diligència dels intermediaris des de la perspectiva de la Propietat Intel·lectual

Gerald Spindler \*

### I. Introducció

La responsabilitat jurídica dels intermediaris d'Internet ha estat un tema candent des de mitjan anys noranta. Després que la Unió Europea i diversos Estats introduïssin privilegis de port segur per als intermediaris amb la finalitat de protegir-los de riscos excessius, es va iniciar un moviment en sentit contrari, encapçalat pels titulars de drets de propietat intel·lectual, que es van adonar, amb l'auge de Napster i la compressió d'àrxiu MP3, que el seu principal model de negoci es veuria greument amenaçat per les noves tecnologies, particularment per l'intercanvi a través d'intermediaris d'Internet d'àrxiu protegits per drets d'autor, com música, pel·lícules, llibres, etc. En conseqüència, no és estrany que la indústria dels drets d'autor comencés a presentar demandes massives amb el canvi de segle, en primer lloc centrant-se en els requeriments contra plataformes que evidentment incorrien en pirateria o la fomentaven i contribuïen a la seva expansió. Alhora, a penes es van veure reclamacions per danys i perjudicis, perquè la creença generalitzada era que els privilegis del port segur dels arts. 12-15 de la Directiva 2000/31/CE sobre comerç electrònic blindaven els intermediaris. Amb l'èxit amarg de YouTube i altres plataformes que generaven uns beneficis enormes, la indústria dels drets de propietat intel·lectual va tenir un nou estímul per atacar aquestes plataformes, ja que afirmaven que patien un "dèficit de valor" (*value gap*), la qual cosa significa que YouTube es beneficiava d'uns ingressos publicitaris enormes en permetre als usuaris carregar i distribuir el contingut generat pels mateixos usuaris, sovint combinat amb material protegit per drets d'autor com els vídeos musicals, mentre que els titulars dels

drets d'autor no es beneficiaven de la mateixa manera en no haver concedit llicències per aquests continguts generats pels usuaris i alhora havien de perseguir aquests usuaris que utilitzaven les seves obres (sense permís i amb abús). No obstant això, intentar perseguir els usuaris va resultar ser bastant ineficaç, mentre que era (i és) molt més fàcil demandar l'operador de la plataforma com YouTube.

Paralelament, el Tribunal de Justícia de la Unió Europea (TJUE) va començar a desenvolupar el concepte de dret de posada a disposició del públic consagrat en l'article 3 de la Directiva 2001/29/CE de drets d'autor en la societat de la informació. El TJUE va expandir el dret des de les meres infraccions directes fins a incloure també qualsevol tipus de conducta auxiliar o contributiva –malgrat que a vegades semblava confirmar-se que "mals casos generen mal Dret". Així, el TJUE va declarar infractors de l'art. 3 de la Directiva 2001/29/CE els productors de *hardware* que incloïen extensions que portaven a l'usuari a continguts il·legals (cas *Filmsteper*). També *Pirate Bay* havia estat qualificada com infractor directe, ja que *Pirate Bay* contenia informació sobre com utilitzar les plataformes de pirateria, fins i tot encara que *Pirate Bay* no allotjava cap mena de contingut de música, pel·lícules, etc. il·lícits (cas *Pirate Bay*). D'aquesta manera, fins i tot més enllà de les accions de cessació, que sempre desembocaven en l'adopció de mesures d'advertència i de retirada, el Tribunal va declarar aquests "intermediaris" responsables de danys i perjudicis. En aquest context, el Tribunal Suprem Federal alemany va preguntar al Tribunal de Justícia de la Unió Europea si YouTube també havia de ser tractat com infractor directe, ja que YouTube potencia la distribució

il·lícita de contingut protegit per propietat intel·lectual.

### II. La nova Directiva sobre drets d'autor i drets afins en el mercat únic digital

El nou art. 17 de la Directiva (UE) 2019/770 adoptada recentment, de 17 d'abril de 2019, encaixa directament en aquesta evolució. L'art. 17.1 de la Directiva 2019/770 adopta el plantejament del TJUE en declarar responsable l'intermediari si no intenta obtenir les llicències pertinents dels titulars dels drets. L'art. 17.1 de la Directiva estén el dret de posar a disposició del públic (i de la radiodifusió pública, com l'*streaming*) explícitament als intermediaris, encara que tradicionalment hagin estat tractats com a actors auxiliars (segons les lleis nacionals).

#### 1. Àmbit d'aplicació

No obstant això, l'art. 17 de la Directiva no s'aplica a tots els intermediaris (proveïdors d'allotjament). L'art. 26 de la Directiva tracta de delimitar l'àmbit d'aplicació de l'art. 17 a aquells proveïdors que emmagatzemen una gran quantitat de continguts (generats per l'usuari) amb la finalitat de compartir-los amb altres, i de forma organitzada i "publicitada" (el servei els "organitza i promou amb finalitats lucratives"). La publicitat en aquest cas significa només màrqueting en general, no promoció directa dels continguts generats per l'usuari. L'objectiu principal d'aquesta definició és incloure tot tipus de serveis que puguin substituir els canals clàssics de distribució. A més, els proveïdors de serveis d'allotjament al núvol que es dediquen principalment a la distribució de continguts pirates s'inclouen en aquesta definició, encara que no s'esmentin de manera directa.

\* Catedràtic de Dret Civil, Mercantil i Econòmic, Dret Comparat i de les Telecomunicacions (U. de Göttingen). Aquest treball, síntesi de la ponència presentada al Congrés Internacional El Dret privat en el nou paradigma digital (octubre 2019), s'emmarca en el Projecte R+D (Retos) DER2017-84748-R: *Mercat Únic Digital Europeu i Protecció dels Consumidors: perfilant els drets de les parts en els contractes de subministrament de continguts digitals*, del qual és investigador principal el prof. Sergio Cámara Lapuente. Traducció a càrrec d'aquest darrer.

Atesa l'amplitud de la definició, no és estrany que el legislador de la UE s'esforcés per delimitar l'àmbit d'aplicació durant les negociacions. En general, s'inclouen tots els serveis no comercials com la Viquipèdia o el repositori científics. També, fins i tot les plataformes d'intercanvi comercial com Amazon o Ebay n'estan exemptes, ja que els seu model principal de negoci no se centra en el contingut generat per l'usuari. A més, els proveïdors de serveis comercials d'emmagatzematge al núvol com Google Drive i similars tampoc no s'inclouen en l'art. 2.6 de la Directiva 2019/790. No obstant això, encara queden zones grises, ja que els serveis solen oscil·lar entre la comunicació massiva i la individual.

## 2. El plantejament general

L'enfocament general de l'art. 17 consisteix en dos passos: en primer lloc, el proveïdor ha d'obtenir llicències per al contingut allotjat, fent tots els esforços raonables. En el cas que no obtingui les llicències, ha de demostrar que impedeix la càrrega de continguts generats pels usuaris d'acord amb els millors estàndards industrials disponibles i sobre la base de la informació que els titulars dels drets li han proporcionat (art. 17.4.b Directiva 2019/790). L'article 14 de la Directiva 2000/31 sobre comerç electrònic i el privilegi del port segur no s'apliquen. Finalment, si el proveïdor rep la notificació d'un titular de drets que denuncia un contingut il·lícit generat per un usuari, el proveïdor ha d'eliminar aquest contingut i bloquejar qualsevol intent de l'usuari (i d'altres) de tornar a pujar-lo (notificació i suspensió, ex art. 17.4.c Directiva 2019/7890). Només si el proveïdor compleix aquesta prova de dos passos, es beneficiarà d'un privilegi respecte de la responsabilitat civil.

No obstant això, en referència a les llicències, ni els titulars de drets ni els proveïdors estan obligats a atorgar una llicència; un proveïdor només està obligat a realitzar tots els esforços necessaris per obtenir un "permís" (la qual cosa a la pràctica significa, en la majoria de casos, una llicència).

Si el proveïdor ha obtingut una llicència, aquesta també cobreix qualsevol acció de l'usuari, sempre que l'usuari actuï sense ànim de lucre. Per tant, qualsevol líder d'opinió (influencer, etc.) a YouTube que

s'hagi de qualificar que actua amb finalitats de màrqueting comercial no està cobert per aquesta extensió de les llicències. D'altra banda, continua sense ser clar si els titulars de drets són remunerats doblement, un cop per l'usuari comercial i l'altre pel proveïdor de serveis d'allotjament, la qual cosa reflecteix l'enfocament problemàtic adoptat per l'article 17 (i pel TJUE) en considerar una infracció directa la d'algú que només actua com a auxiliar.

Examinant més en detall, l'art. 17.4.a-c de la Directiva 2019/790 genera moltes preguntes: com que l'art. 17 es refereix a "normes sectorials estrictes de diligència professional", no és clar qui les ha de definir, si participaran altres parts interessades diferents de la indústria, etc. El seu paper en el procés judicial també és indefinit: si s'utilitzaran com a prova *prima facie* en els procediments o si només són un punt de referència substantiu.

A més, els comentaris de l'art. 17 sovint es refereixen al principi de proporcionalitat, consagrat en l'art. 5 de la mateixa Directiva 2019/790, el qual justifica, particularment, que alguns (petits) proveïdors no hagin de respectar la norma dels filtres de càrrega i que les obligacions d'obtenir llicències no es tradueixin en una obligació general de control (que s'hauria d'excloure). No obstant això, aquesta interpretació no té en compte l'exempció de les empreses de nova creació (*starts up*) que hi ha a l'art. 17.6 de la Directiva, el qual ha estat objecte d'un debat intens durant el procés d'adopció de la norma. Per tant, el principi de proporcionalitat no es pot considerar un privilegi pels proveïdors més petits. A més, pel que fa a l'art. 17.1.4.a, no hi ha manera de negar que un proveïdor hagi de comprovar tots els continguts de la seva plataforma si vol obtenir una llicència. Per tant, encara que la Directiva 2019/790 tracta d'evitar una obligació general de supervisió, és difícil sostraurer-hi al fet que els proveïdors han d'examinar tot el contingut de la seva plataforma per determinar si necessiten una llicència, que clarament és una obligació de supervisió en general i sense notificació dels titulars dels drets, que el TJUE havia considerat contrària als drets fonamentals europeus en el cas *SABAM/Netlog*.

Això s'emfatitza fins i tot pel que fa als mecanismes de correcció de l'art. 17.7 i 17.9

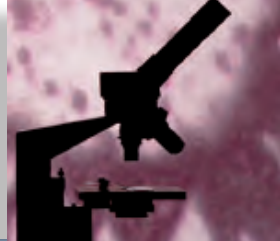


de la Directiva 2019/790 que tenen per objecte mantenir la llibertat d'expressió. En primer lloc, en l'art. 17.7 només s'esmenten unes poques limitacions, com el dret de cita o pastitx, però no d'altres, com ara per a finalitats de recerca científica, tal com es consagra en l'art. 5.3.a de la Directiva 2001/29 sobre la societat de la informació. En segon lloc, el mecanisme continua sense ser clar, perquè, en particular, no se sap si els usuaris tenen un dret subjectiu de reclamar respecte de les limitacions. A més, la Directiva 2019/790 no conté cap disposició sobre la responsabilitat dels "trolls de drets d'autor", és a dir, les persones que fan un ús indegut de les notificacions de propietat intel·lectual, com també sobre la responsabilitat dels usuaris que intenten marcar els seus continguts *com emparats* pel dret de cita.

## III. Perspectives

Finalment, però no per això menys important, l'art 17 de la Directiva 2019/790 sembla que és un primer assaig de les properes iniciatives europees destinades a abandonar els privilegis del port segur contingudes en la Directiva 2000/31 sobre comerç electrònic. Es rumoreja que la Comissió Europea reflexionarà sobre una nova Directiva de Serveis Digitals que hauria de substituir els privilegis tradicionals de port segur i que es podria basar més en un enfocament de negligència que en un procediment de notificació i retirada de continguts.





## Els usos en línia de les publicacions de premsa: drets vells, límits nous

José Manuel Ventura Ventura \*

1. Amb la finalitat de protegir les editorials de publicacions de premsa davant els usos, totals o parcials, de les seves publicacions per part de tercers, l'art. 15 de la Directiva (UE) 2019/790 –del Parlament Europeu i del Consell, de 17 d'abril de 2019, sobre els drets d'autor i drets afins en el mercat únic digital– obliga els Estats membres a reconèixer-los dos drets de propietat intel·lectual ja coneguts en l'àmbit comunitari: el dret de reproducció i el *dret de posada a disposició del públic*, previstos en l'art. 2 i en l'art. 3.2, respectivament, de la Directiva 2001/29/CE.

La concessió d'aquests drets –que durant la tramitació de la Directiva va ser molt contestada des de l'àmbit acadèmic– va venir precedida per una consulta pública que la Comissió Europea va plantejar entre el 23/3/2016 i el 15/6/2016 sobre el rol dels editors de premsa en la cadena de valor del mercat d'autor, i emparenta amb les iniciatives legislatives adoptades sobre el tema a Alemanya (2013) i a Espanya (2014), de signe ben diferent, que van servir per posar de manifest la dimensió clarament transfronterera de la matèria, com recorda el considerant (83) de la Directiva.

Les raons al·ludides com justificatives de la concessió d'aquests drets són d'índole patrimonial i, en connexió amb aquestes, de facilitació de la legitimació processal, amb el “punt de mira” posat en els nous serveis en línia que han anat fent ús de les publicacions de premsa: els anomenats *agregadors de notícies* (com ara *Menéame*) i els serveis de seguiment de mitjans de comunicació (com ara *Squid-Noticias*), el model de negoci del qual es basa en gran part en la seva reutilització. En aquest sentit es posa l'accent en la inversió econòmica important que han de fer les editorials per

generar notícies i en la conveniència que van comptar amb un instrument jurídic específic per reaccionar contra els usos indeguts, essent molt expressiva, en aquest sentit, la darrera part del considerant (54) de la Directiva.

2. Els drets de titularitat dels quals ostentaran les editorials (concepte que inclou els prestadors de serveis com editorials de notícies o agències de notícies) tenen com a objecte el que la Directiva anomena una *“publicació de premsa”*, definida en el seu art. 2.4 com *“una recopilación compuesta principalmente por obras literarias de carácter periodístico, pero que también puede incluir otras obras u otras prestaciones, y que: a) constituye un elemento unitario dentro de una publicación periódica o actualizada regularmente bajo un único título, como un periódico o una revista de interés general o especial; b) tiene por finalidad proporcionar al público en general información sobre noticias u otros temas, y c) se publica en cualquier medio de comunicación por iniciativa y bajo la responsabilidad editorial y el control de un prestador de servicios”*, exclouent expressament les revistes científiques d'aquest concepte, en el qual queden compresos els diaris de publicació diària o les revistes setmanals o mensuals d'interès general o especial, com s'esmenta expressament en el considerant (56) de la Directiva, i sense que això sigui obstacle per invocar la protecció que la publicació es faci en suport paper.

3. Els drets esmentats *supra* (1.) tenen el caràcter d'exclusius, la qual cosa implica que després de la transposició de la Directiva (que té coma data límit el 7/6/2021) l'ús lícit de les publicacions de premsa requerirà, necessàriament, el consentiment de les editorials, que previsiblement el donaran a

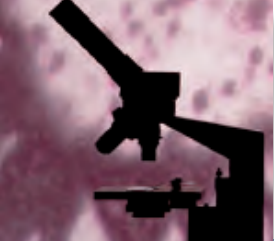
canvi d'una retribució sobre la quantia de la qual no es pot avançar res.

Malgrat que l'art. 15 de la Directiva no els qualifica expressament com a tals, s'han de conceptualitzar com afins, segons resulta del considerant (55), i això permet pensar que el legislador comunitari s'ha inclinat per la solució de la legislació alemanya, que l'any 2013 va concedir a les editorials un dret connex o afí (l'anomenat *Presse-leistungsschutzrecht*), a diferència del que va succeir a Espanya, on, partint de la consideració que totes les aportacions a una publicació de premsa presenten el nivell d'originalitat suficient per ser protegides mitjançant un dret d'autor (o, potser, considerant el diari com una obra col·lectiva), l'any 2014 es va introduir un límit (art. 32.2) en el Llibre 1r del Text refós de la Llei de propietat intel·lectual (TRLPI), fent innecessària l'autorització del titular, al qui es va compensar amb un simple dret de remuneració, de caràcter *irrenunciable*.

Els drets es concedeixen per un termini breu, de tan sols 2 anys (a comptar des de la data de publicació), la qual cosa té sentit si es pensa en la rapidesa amb la qual les notícies deixen de tenir actualitat. I, com preveu l'art. 15.2 de la Directiva, no afectaran de cap manera els drets dels autors o d'altres titulars –davant els quals no es podran invocar– sobre els objectes sobre els quals es projecten respectivament.

4. Com era inevitable, els drets que ara es concedeixen a les editorials de publicacions de premsa estan sotmesos a límits que es fixen per remissió a l'art. 5 de la Directiva 2001/29/CE. Però, a més, en el mateix art. 15.1 de la Directiva s'esmenten expressament tres casos que el titular no podrà al·legar, que no podrà invocar-los: 1r) davant

\* Professor contractat doctor en Dret civil (U. La Rioja). Aquest treball, síntesi de la ponència presentada al Congrés Internacional El Dret privat en el nou paradigma digital (octubre 2019), s'emmarca en el Projecte R+D (Retos) DER2017-84748-R: *Mercat Únic Digital Europeu i Protecció dels Consumidors: perfilant els drets de les parts en els contractes de subministrament de continguts digitals*, del qual és investigador principal el prof. Sergio Cámara Lapuente.



l'ús privat o no comercial de les publicacions de premsa per part d'usuaris individuals; 2n) davant l'ús d'hipervincles, i 3r) per perseguir l'ús de *paraules soltes o extractes molt breus* d'una publicació de premsa (incís en el qual sembla que es vol reflectir la institució de l'ús innocu), cosa que a la pràctica presumiblement plantejarà problemes, i el considerant (58) surt al pas d'una possible interpretació de l'expressió "*extractes molt breus*" que acaba per fer ineficaços els drets d'autor concedits.

5. La transposició de la Directiva comportarà indubtablement per si l'ampliació

del Llibre 2n del TRLPI, per incorporar-hi els nous titulars dels drets afins esmentats. I, en principi, suposarà la derogació del paràgraf 1r de l'art. 32.2, perquè resultarà incompatible la convivència d'aquests drets –de gestió individual– sobre un objecte l'ús del qual sense autorització genera avui dia el dret –de gestió col·lectiva obligatòria– al cobrament d'una remuneració, tret que s'entengui que el dret actual de simple remuneració té un objecte diferent, "gravant", justament, l'ús del que no queda inclòs en el d'aquests: les paraules soltes i els

extractes molt breus d'una publicació de premsa, per la qual cosa seria necessari concloure que aquests equivalen als *fragments no significatius de continguts* als quals fa referència la norma espanyola.

Les raons esmentades supra (1) de facilitació de la legislació processal permetran a les editorials de publicacions de premsa comparèixer en judici, després de la transposició corresponent de la Directiva, com a titulars originaris de l'objecte litigiós (art. 10 de la Llei d'enjudiciament civil) i no com a simples concessionaris de drets sorgits d'altres subjectes.

## Mesures contra el bloqueig geogràfic injustificat, contractes de consum conclosos per via electrònica i normes de Dret Internacional Privat

Raúl Lafuente Sánchez \*

La contractació en línia funciona des de ja fa algunes dècades amb diferents resultats, segons el perfil de consumidor que hi ha a cada país i dels mercats triats per les empreses i prestadors de serveis per desenvolupar la seva activitat. Si bé l'experiència existent en aquesta matèria es pot considerar positiva, cal no oblidar els obstacles que encara subsisteixen per aconseguir un veritable mercat únic digital a la Unió Europea. Un d'aquests, el bloqueig geogràfic, que permetria als comerciants discriminar a l'hora de comercialitzar els seus productes en funció de la nacionalitat, del lloc de residència o de l'establiment dels consumidors, ha quedat prohibit arran de l'aplicació del Reglament (UE) 2018/302 del Parlament Europeu i del Consell, de 28 de febrer de 2018, sobre mesures destinades a impedir el bloqueig geogràfic injustificat i altres formes de discriminació per raó de nacionalitat, del

lloc de residència o del lloc de l'establiment dels clients en el mercat interior, des de desembre de 2018.

### I. Objecte i àmbit d'aplicació del Reglament sobre bloqueig geogràfic

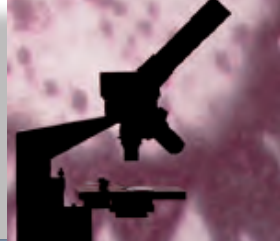
El Reglament sobre bloqueig geogràfic té com a finalitat eliminar la discriminació directa i indirecta basada en la nacionalitat, el lloc de residència o el lloc de l'establiment dels clients. Per assolir aquest objectiu, prohibeix als comerciants l'ús de mesures tecnològiques o d'un altre tipus amb la finalitat de bloquejar o limitar l'accés dels clients a les seves interfícies en línia.

El seu àmbit d'aplicació, que comprèn tots els Estats que formen part de l'EEE, es circumscriu a situacions transfrontereres i no és aplicable a situacions purament inter-

nes d'un Estat membre. D'aquesta manera, tot professional –comerciant o prestador de serveis que desenvolupi la seva activitat en el mercat de la Unió Europea– està obligat a complir totes les disposicions d'aquest Reglament i és indiferent si es troba domiciliat a un Estat membre o a un tercer Estat, garantint així una competència lleial i igualitària per a tots els operadors que actuen en l'àmbit territorial del Reglament.

Al seu torn, aquesta norma atorga protecció als clients, tant si es tracta de consumidors –nacionals d'un Estat membre o nacionals de tercers Estats amb residència habitual a un Estat membre–, com d'empreses –que tinguin el seu establiment en un Estat membre– sempre que adquireixin un producte o rebin un servei per al seu ús final al territori de la Unió Europea en el qual resideixen o es troben temporalment.

\* Professor titular acreditat de Dret Internacional Privat (U. d'Alacant). Aquest treball, síntesi de la ponència presentada al Congrés Internacional El Dret privat en el nou paradigma digital (octubre 2019), s'emmarca en el Projecte R+D (Retos) DER2017-84748-R: *Mercat Únic Digital Europeu i Protecció dels Consumidors: perfilant els drets de les parts en els contractes de subministrament de continguts digitals*, del qual és investigador principal el prof. Sergio Cámara Lapuente.



D'altra banda, si bé el Reglament no s'aplica a les activitats excloses de l'àmbit d'aplicació de la Directiva relativa als serveis en el mercat interior –per exemple, els serveis en l'àmbit del transport, els serveis financers, els serveis audiovisuals o els relacionats amb el sector del joc–, el seu contingut resulta rellevant ja que pot afectar, d'una banda, la protecció dels drets del consumidor i, d'una altra, dels comerciants, especialment de les petites i mitjanes empreses. Finalment, el Reglament s'aplica tant a les vendes en línia com fora de línia, per la qual cosa comprèn, igualment, aquelles transaccions que es realitzin a través del que s'anomenen canals integrats (multicanal).

## II. Interacció entre el Reglament i les normes de Dret internacional privat

En l'àmbit de la contractació B2C en el mercat únic digital, entren en conflicte les normes de Dret internacional privat i, en particular, les relatives a la protecció del consumidor previstes en l'article 17.1 c) del Reglament Brussel·les I bis i l'article 6.1 b) del Reglament Roma I, que estableixen la possibilitat que els consumidors puguin demandar davant els tribunals de l'Estat membre de la seva residència habitual i que s'apliqui la llei del fòrum, sempre que es pugui acreditar que el comerciant o prestador de serveis ha dirigit la seva activitat a l'Estat membre del domicili o residència habitual del consumidor.

Doncs bé, el Reglament sobre bloqueig geogràfic estableix que no es derivarà del seu compliment que el comerciant dirigeixi les seves activitats al domicili o residència habitual del consumidor en el sentit del que es disposa en els Reglaments Brussel·les I bis i Roma I.

## III. El concepte “d’activitat dirigida” a l'Estat membre del consumidor

El TJUE, en les seves decisions *Pammer i Alpenhof*, *Mühlleitner*, *Emreki Kam-pik* ha tingut l'oportunitat d'interpretar l'expressió “dirigir les activitats” a l'Estat membre del domicili o residència habitual del consumidor recollida en les normes de Dret internacional privat

esmentades i se'n dedueix que opta per una protecció clara del consumidor, ja que la interpretació que ha dut a terme adquireix una dimensió molt àmplia que pot o no coincidir amb la voluntat real dels comerciants i prestadors de serveis. Aquesta afirmació té el seu fonament en l'extens catàleg d'indícis (sense caràcter exhaustiu, per la qual cosa es podrien ampliar en el futur) que ha elaborat el TJUE per justificar que un comerciant (o el seu web) tenen la voluntat de dirigir la seva activitat cap a l'Estat del domicili del consumidor, si bé és cert que caldrà avaluar i graduar en cada cas concret la concurrència d'un o de diversos d'aquests indicis.

Al meu parer, si bé el consumidor representa la part més dèbil en la relació contractual, i com a tal ha de ser objecte de protecció, no es tracta d'aprofundir en el desequilibri entre les parts des de la perspectiva del comerciant, sinó que caldrà analitzar en cada cas concret tant els indicis que concorren en pàgina el seu lloc web com les mesures actives que hagi adoptat per adreçar la seva activitat al mercat de conquesta o, a *sensu contrario*, les adoptades per evitar les relacions amb el fòrum del consumidor. Perquè una protecció exorbitant del consumidor podria trencar l'equilibri que hi ha d'haver entre l'interès de l'Estat –la protecció dels seus ciutadans designant competents els seus tribunals– i el dels comerciants o prestadors de serveis que es veuen sotmesos als tribunals del demandant i a la llei del seu Estat. Malgrat això, entenc que les condicions que imposa el TJUE respecten l'equilibri desitjable que hi ha d'haver entre les parts i resulten perfectament compatibles amb el dret a la tutela judicial efectiva sense que es pugui plantejar una possible indefensió per cap de les parts.

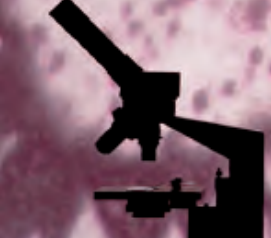
## IV. Coexistència entre la prohibició de bloqueig geogràfic per part del comerciant i la voluntat de “dirigir les seves activitats” a l'Estat membre del consumidor

En aquest context, considerar que el Reglament sobre bloqueig geogràfic injustificat implica que el comerciant ha dirigit la seva activitat a tot el territori des

del qual seva el seu web és accessible, seria aprofundir en aquesta interpretació generosa que el Tribunal ja ha encunyat afavorint encara més la protecció del consumidor. Per aquest motiu, el mateix reglament s'afanya a rebutjar aquesta interpretació. I així, l'aplicació del Reglament sobre bloqueig geogràfic ha de ser compatible amb l'aplicació de les normes de Dret internacional privat previstes en els Reglaments Brussel·les I bis i Roma I en matèria de contractes de consum, qualificant l'accés a la interfície del comerciant i l'acció de dirigir les seves activitats comercials a l'Estat membre del domicili o residència habitual del consumidor com dues accions clarament diferenciades.

Per tant, es podria afirmar: i) que l'aplicació del Reglament sobre bloqueig geogràfic no interfereix en la interpretació i l'aplicació dels indicis definits pel TJUE respecte del concepte “d’activitat dirigida” a l'Estat membre del consumidor; ii) que aquests criteris continuen plenament vigents i aplicables en el marc de l'activitat regulada pel Reglament sobre bloqueig geogràfic per identificar quan un comerciant ha dirigit la seva activitat a l'Estat membre del consumidor per tal d'activar la protecció prevista pels Reglaments Brussel·les I bis i Roma I; iii) que no resulta necessària una reinterpretació ni modificació d'aquests criteris sinó més aviat la seva adaptació a la nova situació plantejada després de l'entrada en vigor del Reglament sobre bloqueig geogràfic, i iv) que a recer de l'aplicació del Reglament esmentat i de l'observança per part dels comerciants de la prohibició de les pràctiques de bloqueig injustificat que regula, es podrien inferir altres elements o indicis compatibles amb el que ja han estat definits pel TJUE amb la finalitat d'identificar si un comerciant ha “dirigit la seva activitat” a l'Estat membre del consumidor –per exemple, la llibertat del comerciant per organitzar la seva activitat comercial, el territori designat per a lliurar els productes o serveis, el compliment dels requisits legals nacionals no contractuals del país del consumidor, o el caràcter actiu o passiu del seu web–; indicis que, en qualsevol cas, haurien de ser ratificats o rebutjats pel TJUE en la seva jurisprudència futura.





## Conducció autònoma i responsabilitat civil

Mónica Navarro Michel \*

El Parlament Europeu, en la seva Resolució de 16 de febrer de 2017, amb recomanacions destinades a la Comissió sobre normes de Dret civil sobre robòtica, va destacar que el sector de l'automòbil és el que necessita normes amb més urgència que garanteixin el desenvolupament transfronterer dels vehicles autònoms i els automatitzats, i que una de les qüestions fonamentals a abordar és la responsabilitat civil a nivell europeu, per evitar la fragmentació dels enfocaments normatius que podrien obstaculitzar la implementació dels sistemes de transport autònoms i posar en perill la competitivitat europea. Per tant, cal analitzar si les normes actuals sobre responsabilitat civil, que fonamentalment són els accidents de circulació i les de productes defectuosos, resulten aplicables als vehicles autònoms i automatitzats o si, al contrari, és necessari introduir canvis per a una adequació eficient a la nova realitat que, tard o d'hora, entrarà en el mercat.

Cal distingir entre conducció autònoma i conducció automatitzada. Segons les definicions de la SAE Internacional (Society of Automotive Engineers), hi ha sis nivells d'automatització, i només els dos darrers són, pròpiament, autònoms. El nivell 0 correspon a la conducció manual sense dispositius d'assistència, encara que és compatible amb el fre automàtic. Els vehicles de nivell 1 i 2 tenen un o diversos dispositius d'assistència en la direcció i/o velocitat. Aquests tres primers nivells exigeixen al conductor humà estar al comandament del vehicle i controlar-lo en tot moment. En el nivell 3, el vehicle ja pot assumir algunes tasques de conducció, i controlar el seu entorn, però el conductor humà ha d'estar en condicions d'assumir la conducció, en qualsevol moment, si és requerit pel vehicle. Per això, ha d'estar atent al vehicle i aquest és precisament el repte que té per al conductor humà, ja que s'ha demostrat que els humans "desconnecten" si han de parar atenció a activitats avorrides (que no és

conduir, sinó estar atent a la conducció del vehicle automatitzat). Si el vehicle, en detectar alguna situació de perill, requereix al conductor humà que assumeixi la conducció, la resposta de la persona ha de ser ràpida, i difícilment ho pot ser quan hagi deixat de parar atenció. El repte dels vehicles de nivell 3 és com assegurar el trànsit ràpid de la conducció automatitzada a la conducció humana. Els nivells 4 i 5 són, pròpiament, de vehicles autònoms, i la diferència rau en el fet que el vehicle de nivell 4 serà autònom en determinades condicions (meteorològiques i geogràfiques) i el de nivell 5 ho serà en totes les conduccions possibles.

Actualment, els vehicles de nivell 4 i 5 que circulen a Espanya estan en període de proves i han obtingut una autorització prèvia d'acord amb la Instrucció 15/V-113, de 13 de novembre de 2015, sobre autorització de proves o assajos de recerca realitzats amb vehicles de conducció automatitzada en vies obertes al trànsit en general, aprovada per la Direcció General de Trànsit (DGT). Aquesta regulació brinda la primera definició de vehicle autònom, entenent com a tal *"todo vehículo con capacidad motriz equipado con tecnología que permita su manejo o conducción sin precisar la forma activa de control o supervisión de un conductor, tanto si dicha tecnología autónoma estuviera activada o desactivada, de forma permanente o temporal."*

Els vehicles autònoms de nivell 4 (quan circulen de manera autònoma) i els de nivell 5 no tenen un conductor humà; les persones que, si és el cas, els ocupen, tenen la condició de passatgers. Llavors la responsabilitat no es pot centrar en el conductor humà, sinó en el propietari no conductor. No obstant això, la regulació vigent actualment d'accidents de circulació, Reial decret legislatiu 8/2004, de 29 d'octubre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei sobre responsabilitat civil i assegurança en la circulació de vehicles de motor (LRCSCVM), està pensada per al pro-

pietari que té una relació de dependència amb el conductor (típicament, la relació empresari-dependent). La LRCSCVM hauria d'incloure una norma per establir que, en el cas d'accident causat pel vehicle de nivell 4 i 5, serà responsable el propietari del vehicle. La regulació actual imposa responsabilitat civil pels danys causats a les persones, per assegurar que el perjudicat obtingui una indemnització, i responsabilitat subjectiva per danys causats a les coses. Caldria aplicar un mateix criteri d'imputació objectiu als danys causats per vehicles autònoms, també pels danys causats a les coses, ja que difícilment es pot analitzar la negligència del conductor si no hi ha un humà a càrrec d'aquesta conducció.

El vehicle autònom també pot ser un producte defectuós, segons el Reial decret legislatiu 1/2007, de 16 de novembre, pel qual s'aprova el Text refós de la Llei general per a la defensa dels consumidors i usuaris (TRLGDCU). El fabricant del producte final respon per tots els components, inclòs el software. L'actualització posterior del software per internet ha plantejat problemes jurídics (és un producte? és un servei?), sobre els quals les noves Directives de 2019 sobre contractes de subministrament de continguts digitals i sobre compravenda de béns projecta llum. La definició de producte defectuós està vinculada a la frustració de les expectatives legítimes de seguretat del gran públic i, en relació amb els vehicles autònoms, sembla que aquestes expectatives són elevades, atesa la presentació que fan els fabricants dels vehicles autònoms, a vegades, per sobre de les possibilitats reals del vehicle. També caldrà veure quin paper tenen en aquesta presentació els concessionaris de vehicles. A més del defecte d'informació, el vehicle pot tenir un defecte de fabricació o de disseny i aquest darrer és el que presenta més particularitats. Una de les qüestions que caldria analitzar amb deteniment gira al voltant de l'excepció de

\* Professora agregada de Dret Civil (U. Barcelona). Aquest treball, síntesi de la ponència presentada en el Congrés Internacional *El Dret privat en el nou paradigma digital* (octubre 2019), forma part de les activitats de la Càtedra Jean Monnet de Dret Privat Europeu de la U. Barcelona.



riscos de desenvolupament, que permet al productor quedar exonerat de responsabilitats si l'estat dels coneixements científics i tècnics existents en el moment de la posada en circulació del producte no permet apreciar l'existència del defecte. Aquesta excepció protegeix els sectors emergents de la indústria, però cal plantejar si, per generar confiança en el mercat, el legislador hauria d'eliminar la possibilitat d'al·legació de l'excepció de riscos de desenvolupament, com ja fa respecte dels medicaments i dels aliments.

També s'ha plantejat la possibilitat de fer una llei específica per als vehicles autònoms, com robots que són. No obstant això, no sembla que l'autonomia dels vehicles autònoms els porti a adoptar decisions absolutament imprevisibles que és, en definitiva, el que justificaria aquesta responsabilitat pròpia, amb atribució, si és el cas, de responsabilitat jurídica. Els vehicles autònoms no deixen de ser instruments en mans d'altres agents, com el fabricant o el propietari, en els quals es canalitza la responsabilitat. En qualsevol cas, crec que la seva responsabilitat ha de ser objecti-

va. És cert que la responsabilitat objectiva està vinculada a activitat perilloses (trens, aeronaus) i pot semblar contradictori mantenir aquest criteri d'imputació a una activitat (la conducció autònoma) que està cridada a reduir el risc d'accidents de circulació. Malgrat això, la finalitat d'assegurar l'obtenció d'una indemnització al perjudicat i la generació de confiança en aquest sector emergent, aconsellen el manteniment de criteris objectius d'imputació de responsabilitat pels danys causats per vehicles autònoms.

## Voluntats digitals en el cas de mort

M. Esperança Ginebra Molins \*

### I. Introducció: què passa amb el nostre "rastre digital" quan morim? I amb el nostre "patrimoni digital"?

L'activitat quotidiana de qualsevol persona avui deixa "rastre digital". Cada cop que creem un compte o un perfil, enviem un correu electrònic, compartim fotografies amb amics a través de xarxes socials, emmagatzemem documents o fotografies en el núvol, accedim a béns i serveis que es presten a través d'internet... augmentem la nostra presència en línia, el nostre "rastre digital". Alhora, des d'una perspectiva patrimonial "creem / adquirim / obtenim el dret a usar o a accedir a" "béns / continguts" digitals, "contractem / utilitzem" serveis digitals (amb diferents finalitats: emmagatzematge, accés a continguts, comunicació, o fins i totde caràcter mixt). I, en la mesura que tot això tingui contingut econòmic, nodrim el nostre "patrimoni digital".

Què passa amb el nostre "rastre digital" –en sí potencialment etern– quan morim? I amb el nostre "patrimoni digital"? Quina

és la destinació dels béns i serveis digitals que deixem en morir? Què passarà amb els nostres comptes de LinkedIn no Facebook? I amb les de correu electrònic? Els nostres éssers estimats i/o hereus podran accedir-hi i als continguts que contenen? Algú podrà cancel·lar-los? Convé tenir en compte en aquest sentit que a vegades els perfils els titulars dels quals han mort segueixen interactuant en el món digital (publicant aniversaris, recomanant amistats...). Convindria evitar que Twitter recomanés seguir, que Facebook proposés fer amistat, que LinkedIn invités a connectar amb persones mortes o a felicitar-les pels seu aniversari en una determinada empresa...

Podem preveure alguna cosa sobre tot això? Què passa si no preveiem res?

### II. "Rastre digital": "identitat digital" i "patrimoni digital". Aproximació personal i/o patrimonial

Quan ens referim al "rastre digital" d'una persona hem de tenir en compte qüestions

molt diverses, tant eminentment personals –relacionades amb la "identitat digital"– (dades personals, dret a la intimitat/privacitat, secret de les comunicacions...), com patrimonials (vid. GARCÍA HERRERA, V. "La disposición sucesoria del patrimonio digital", *Actualidad Civil*, n. 7-8, 2017; CÁMARA LAPUENTE, S., "La sucesión mortis causa en el patrimonio digital", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Volum 59, 2019, p. 399 [text disponible a: [http://www.cnotarial-madrid.org/NV1024/Paginas/TOMOS\\_ACADEMIA/059-07-SERGIO\\_CAMARA.pdf](http://www.cnotarial-madrid.org/NV1024/Paginas/TOMOS_ACADEMIA/059-07-SERGIO_CAMARA.pdf) [data de la consulta: 04/10/2019]]). Alhora, des d'aquest darrer punt de vista, el "patrimoni digital" comprèn elements molt dispars i heterogenis, que a vegades permeten aglutinar-se amb expressions com "béns digitals", "continguts digitals", "actius digitals", "béns i serveis digitals"...

El fet que en el "rastre digital" s'hi puguin veure involucrats tant aspectes de caràcter netament personal com patrimonial –que, a més, apareixen entremesclats o interrelacionats– determina que

\* Professora titular de Dret Civil (U. de Barcelona). Aquest treball, síntesi de la ponència presentada al Congrés Internacional El dret privat en el nou paradigma digital (octubre 2019), s'emmarca en el Projecte DER2017-82129 i en les activitats del Grup de Dret Civil Català de la U. Barcelona (2017 SGR 151).

l'aproximació al "rastre digital" deixat per una persona en morir es pugui fer: o bé des d'una perspectiva eminentment patrimonial-successòria, de la destinació del "patrimoni digital" després de la defunció del titular, de la seva "heretabilitat" o no...; o bé des d'una perspectiva eminentment personal, de la protecció post mortem de la intimitat/privacitat, de les dades personals o, en suma, de la personalitat pretèrita del mort.

La interacció de tots dos punts de vista queda patent en diversos casos plantejats en les darreres dècades en la pràctica nord-americana. En aquests es posa de manifest la tensió o el "estira-i-arronsa" entre la perspectiva purament patrimonial (de la pretesa "propietat", "transmissibilitat" o "heretabilitat") i la perspectiva purament personal (de la protecció de la privacitat i de les dades personals, no només del mort, sinó també de tercers) [sobre això, vid. LÓPEZ, A. B., "Posthumous privacy, decedent intent, and post-mortem access to digital assets", *Geo. Mason L. Review*, Vol. 24:1, 2016-2017, p. 183; GINEBRA MOLINS, M. E., "Morir en la era digital: «Voluntades digitales», intimidad y protección de datos personales", en MADRID PARRA, A. -Dir., *Derecho mercantil y tecnología*, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, p. 126-128]. I, com no podia ser d'una altra manera, la qüestió també s'ha plantejat a Europa, on destaca la sentència del Tribunal Federal alemany (*Bundesgerichtshof*), de 12 de juliol de 2018, en la qual prima la perspectiva successòria (sobre això, vid. CÁMARA LAPUENTE, S., "La sucesión mortis causa...", op. loc. cit., 2019, p. 379-381).

Aquest doble enfocament, personal i patrimonial, també es manifesta a nivell legislatiu en els diferents ordenaments que fins avui han regulat aquesta matèria. Així, respon a un punt de vista essencialment patrimonial, de la successió o de l'administració de l'herència, per exemple, la Llei model aprovada per la Uniform Law Commission el 2014 i modificada el 2015 (la Revised Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act [RUFADAA], que ha estat adoptada per la majoria d'Estat dels Estats Units, amb singularitats [sobre els Estats que han promulgat lleis basades en la RUFADAA, vid. <https://www.uniformlaws.org/committees/community-home?CommunityKey=f7237fc4-74c2-4728-81c6-b39a91ecd22>]). En canvi, la recent Llei portuguesa 58/2019, de 8



d'agost, per la qual es regula l'execució en l'ordenament jurídic portuguès del Reglament general de protecció de dades europeu (Reglament [UE] 2016/679, del Parlament Europeu i del Consell, de 27 d'abril de 2017 [RGPD]) aborda la qüestió des de la perspectiva de la protecció de dades personals (art. 17 Llei portuguesa 58/2019, de 8 d'agost). Per la seva banda, la legislació francesa (primer a través de la Llei n.2016-1321, de 7 d'octubre de 2016, pour une République numérique i, posteriorment, a través de l'Ordonnance n. 2018-1125, de 12 de desembre de 2018) també enfoca la qüestió des de la perspectiva de la protecció de dades de caràcter personal, si bé, a manca d'instruccions deixades pel mort o d'una menció contrària en aquestes, preveu que els hereus puguin actuar en la mesura necessària per organitzar i gestionar la successió. El legislador italià també adopta la perspectiva de la protecció de dades personals en el nou art. 2 terdecies del Codi civil en matèria de protecció de dades personals (introduït pel Decret legislatiu de 10 d'agost de 2018, n. 101); no obstant això, aquest precepte preveu que, en el cas que l'interessat hagi prohibit exercir els drets als quals es refereixen els arts. 15 a 22 RGPD, aquesta prohibició no tindrà efectes perjudicials per a l'exercici de drets patrimonials derivats de la defunció de l'interessat per part de tercers.

Pel que fa a la legislació espanyola, mentre que la Llei catalana 10/2017, de 27 de juny, de les voluntats digitals i de

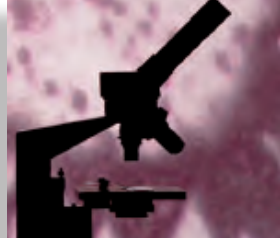
modificació dels llibres segon i quart del Codi civil de Catalunya (CCCat), adopta un punt de vista essencialment patrimonial de l'administració de l'herència, la Llei orgànica 3/2018, de 5 de desembre, de protecció de dades personals i garantia dels drets digitals [LOPD], en canvi parteix en principi d'un enfocament personal de la protecció de dades de les persones mortes (art. 3 LOPD); no obstant això, aquesta mateixa llei adopta un punt de vista més aviat patrimonial en regular el mal anomenat "dret al testament digital" (art. 96 LOPD).

### III. "Patrimoni digital" i herència

Des d'un punt de vista patrimonial, els béns que constitueixen el patrimoni digital de la persona i que no s'extingeixen amb la seva mort s'integren a l'herència (vid. arts. 659 Codi civil espanyol [CC] i 411-1 CCCat). En principi, no és possible parlar d'una "herència digital" com una cosa diferent de "l'herència analògica". Precisament, sobre la base d'això, hi ha qui considera que alguna de les noves regulacions que aborden la qüestió, com la catalana, resulta innecessària, que es tracta de "lleis de màrqueting" o que simplement compleixen una funció pedagògica.

En principi, si es tracta d'un arxiu digital guardat en un suport físic, (per exemple, un disc dur intern o extern, un dispositiu mòbil, un pen drive, un CD o DVD...), la propietat de l'arxiu seguirà la destinació del suport en el qual es troba emmagatzemat (GARCÍA HERRERA, V. "La disposición sucesoria",





op. loc. cit., 2017); o, més exactament, la transmissió de la propietat del dispositiu permetrà accedir, en principi (si no és que estiguin protegits per contrasenyes...) als actius digitals que hi ha desats; si bé res no impedirà distingir-los. No obstant això, aquest tipus d'arxius digitals són els que plantegen menys problemes.

Ara bé, si es tracta de continguts desats en un compte o plataforma en línia, la qüestió es complica, ja que, d'una banda, apareix un tercer amb qui el causant havia establert una relació contractual i, de l'altra, cobra rellevància la idea "d'accés". És precisament en aquests "arxius" o "continguts" en els quals el legislador sol centrar la seva atenció (vid. per exemple, en aquest sentit, els arts. 96 LOPD i 411-10 CCCat).

D'altra banda, en alguns casos, la percepció o sensació de "propietat" (i de transmissibilitat mortis causa) de determinats "arxius" o "continguts" digitals que pot tenir la persona no respon a la realitat. Això es pot produir, per exemple, quan el causant ostentava solament una llicència d'ús no transmissible, com sol passar en el cas de llicències per l'ús de materials protegits per drets d'autor, com música, imatges, software... En aquest sentit, pot no resultar equiparable, a l'efecte "de l'heretabilitat", una col·lecció de llibres o una biblioteca integrada per volums en paper i una altra d'audiollibres o ebooks adquirits a través d'Amazon, o una col·lecció de vinils o de CD i una altra de música descarregada a través d'iTunes.

#### IV. La Llei catalana 10/2017, de 27 de juny, de les voluntats digitals i de modificació dels llibres segon i quart del Codi civil de Catalunya

Aquesta llei –pionera en regular aquesta matèria en el context plurilegislatiu espanyol– distingeix segons si la persona ha expressat o no les seves "voluntats digitals", enteses com les disposicions establertes per una persona perquè, després de la seva mort, l'hereu o el marmessor universal, si és el cas, o la persona designada per executar-les –"marmessor digital", a mode de "marmessor particular" (arts. 894 CC i 429-12.1 CCCat)– actuï davant els prestadors de serveis digitals amb els qui el causant tingui comptes actius (art. 411-10.1 CCCat).

Amb caràcter general, encara que el causant hagi manifestat les seves "voluntats digitals", la llei catalana es mostra totalment respectuosa amb el contingut del contracte subscrit entre l'usuari mort i el prestador de serveis, admetent que pot no haver-hi opció per al lliurament dels arxius digitals. Això contrasta amb les solucions adoptades a França i als Estats Units. En aquest sentit, la Llei model nord-americana de 2015 (RUFADAA) fa prevaldre la voluntat manifestada (a través d'una "online tool" o bé en testament), per sobre de les condicions generals pactades. Per la seva banda, la llei francesa preveu que les condicions generals de la contractació contràries a la voluntat digital siguin considerades no escrites (art. 85.I, al final, Llei n° 78-17 de 6 de gener de 1978, *relative*

*a l'informatique aux lichiers et aux libertés*, en la redacció donada al mateix per l'ordenança de 12 de desembre de 2018).

A més, en qualsevol cas, si el causant no ho ha establert altrament en les seves "voluntats digitals", la persona a qui correspon executar-les ("marmessor digital", hereu o marmessor universal) no pot tenir accés als continguts dels seus comptes i arxius digitals, llevat que obtingui l'autorització judicial corresponent (art. 411-10.6 CCCat). En aquest punt, la regulació catalana s'assemblaria *mutatis mutandi*, al que es preveu en la Secció 7 de la RUFADAA, que, a manca de consentiment (i sempre que l'usuari o un tribunal no ho hagi prohibit), únicament permet accedir al catàleg de comunicacions i no al contingut dels missatges: per la seva banda, l'Ordenança francesa de 2018 (art. 84.II, Llei n° 78-17 de 6 de gener de 1978, *relative a l'informatique aux lichiers et aux libertés*, en la redacció donada al mateix per l'ordenança de 12 de desembre de 2018) –com anteriorment l'art. 40-1.III de la Llei relativa a la informàtica de 1978, en la redacció donada per la Llei n. 2016-1321, de 7 d'octubre de 2016, *pour une République numérique*–, si no hi ha instruccions permet als hereus facultats molt limitades, només en la mesura necessària per administrar i gestionar l'herència o per procurar que els responsables de les dades tinguin en compte la defunció.

Des del punt de vista formal, la previsió legal que les "voluntats legals" es poguessin ordenar, a més dels negocis jurídics *mortis causa* que regula el Dret català (testament, codicil i memòria testamentària), a través del "document de voluntats digitals" –que caldria inscriure en el Registre electrònic d'últimes voluntats– (arts. 411-10.3 i 421-24 CCCat i preàmbul-II, §§ 6, 7 y 9– Llei 10/2017, de 27 de juny) s'ha vist afectat per la STC 7/2019, de 17 de gener de 2019. Aquesta sentència, sobre la base de la competència exclusiva de l'Estat sobre ordenació dels registres[i instruments] públics (art. 149.1.8 CE), declara inconstitucional i nul no només les referències que feia la Llei catalana a aquest registre, sinó també, amb un excés evident, la referència que feien al "document de voluntats digitals" els preceptes impugnats. No obstant això, l'art.411-10.4 CCCat continua fent referència al "document de voluntats digitals".

## V. La Llei orgànica 3/2018, de 5 de desembre, de protecció de dades personals i garantia dels drets digitals: les “dades de les persones mortes” i l’anomenat “testament digital”

L’ús per les persones físiques de les xarxes socials i, en general, dels serveis de la societat de la informació comporta que la seva informació personal sigui objecte de tractament, difusió i accés per part de tercers després de la seva mort.

Segons l’art. 96 LOPD, les persones vinculades al mort per raons familiars o de fet, com també els seus hereus es podran dirigir als prestadors de serveis de la societat de la informació amb l’objecte d’accedir a aquests continguts i impartir-los les instruccions que considerin oportunes sobre la seva utilització, destinació o supressió; com a excepció, les persones esmentades no podran accedir als continguts del causant, ni sol·licitar-ne la modificació o eliminació, quan la persona morta ho hagués prohibit expressament o així ho estableixi una llei

En aquest sentit, l’art. 2.4 Reial decret 1720/2007, de 21 de desembre, pel qual es va aprovar el Reglament de desenvolupament de la Llei orgànica 15/1999, de 13 de desembre, de protecció de dades de caràcter personal, després d’afirmar que “[E]ste reglamento no será de aplicación a los datos referidos a personas fallecidas”, permetia que “personas vinculadas amb el mort” “per raons familiars o anàlogues”, prèvia acreditació de l’òbit, es poguessin dirigir als prestadors de serveis sol·licitant, “cuando hubiere lugar a ello”, la cancel·lació de les dades.

Posteriorment, l’aprovació del RGPD ha portat el legislador espanyol a intentar

adaptar la seva legislació a la nova normativa comunitària. Ara bé, pel que fa a les persones mortes, el considerant 27 del RGPD estableix que “[E]l presente Reglamento no se aplica a la protección de datos personales de personas fallecidas”. No obstant això, el propi mateix considerant 27 afegeix: “[L]os Estados miembros son competentes para establecer normas relativas al tratamiento de los datos personales de estas”.

En aquest context, la LOPD, després d’excloure de l’àmbit d’aplicació de la Llei el tractament de les dades de persones mortes, “sin perjuicio de lo establecido en el artículo 3” (art. 2.2.b LOPD), permet que les persones vinculades al mort per raons familiars o de fet o els seus hereus –si no és que la persona morta ho hagués prohibit expressament o així resulti de la llei– o les persones o institucions que el mort hagués designat expressament poden sol·licitar-hi l’accés, com també la seva rectificació o supressió, si és el cas, amb subjecció a les instruccions del mort (art. 3 i preàmbul V, § 3, LOPD). D’altra banda, des de la perspectiva de l’accés als “continguts” digitals de les persones mortes gestionats per tercers, i en termes molt similars als de l’art. 3 LOPD, l’art. 96 LOPD fa referència al mal anomenat “testament digital”.

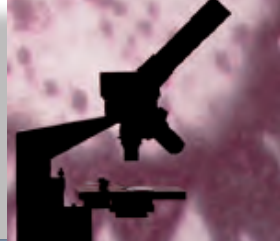
Segons l’art. 96 LOPD, les persones vinculades al mort per raons familiars o de fet, com també els seus hereus es podran dirigir als prestadors de serveis de la societat de la informació amb l’objecte d’accedir a aquests continguts i impartir-los les instruccions que considerin oportunes sobre la seva utilització, destinació o supressió; com a excepció, les persones esmentades no podran accedir als continguts del causant, ni sol·licitar-ne la modificació o eliminació, quan la persona morta ho hagués prohibit expressament o així ho estableixi una llei; aquesta prohibició no afectarà al dret dels hereus d’accedir als continguts que poguessin formar part del cabal relict (art. 96.1.a LOPD). El marmessor testamentari també podrà sol·licitar, de conformitat amb les instruccions rebudes, l’accés als continguts per complir aquestes

instruccions, com també aquella persona o institució la qual el causant hagués designat expressament per a això (art. 96.1.b LOPD). En el cas de persones mortes menors d’edat, aquestes facultats també podran ser exercides pels seus representants legals o, en el marc de les seves competències, pel Ministeri Fiscal (art. 96.1.c LOPD); i, en el cas de defunció de persones amb discapacitat, aquestes facultats també es podran exercir pels qui haguessin estat designats per a l’exercici de funcions de suport (art. 96.1.d LOPD).

D’acord amb l’art. 96.2 LOPD; totes aquestes persones legitimades segons l’art. 96.1 LOPD podran decidir sobre el manteniment o l’eliminació dels perfils personals de persones mortes en xarxes socials o serveis equivalents, tret que el causant hagués decidit sobre aquesta circumstància, i en aquest cas caldrà atènyer-se a les seves instruccions. Mitjançant reial decret s’establiran els requisits i les condicions per acreditar la validesa i la vigència dels “mandats” (cfr. no obstant això, l’art. 1732 Codi civil espanyol i 622-33 CCCat) i instruccions i, si és el cas, el seu registre, que pot coincidir amb el que es preveu en l’article 3 d’aquesta Llei orgànica.

Així, la LOPD parteix, tant en relació amb les dades de les persones mortes, com als seus “continguts” digitals, de la legitimació d’accés com a regla, excepte prohibició expressa. A més, estableix una legitimació molt àmplia, i a favor d’un gran nombre de persones, entre les quals, a més, no preveu cap prelatió, a diferència del que estableixen les legislacions francesa (art. 85 Ordenança de 12 de desembre de 2018), catalana (art. 411-10 CCCat) i portuguesa (art. 17 Llei portuguesa 58/2019, de 8 d’agost).

Permetre la intervenció de tantes persones legitimades, identificades, a més, de manera tan imprecisa i indeterminada (en què és suficient un vincle amb el causant per raons familiars o de fet), per defecte, i amb facultats tan àmplies, a més de semblar excessiu, pot plantejar problemes en la pràctica.



## L'estat de *flow* i comerç electrònic: hi ha diferències en la conducta de compra dels consumidors segons el dispositiu electrònic utilitzat?

Agustín V. Ruiz Vega y Consuelo Riaño Gil \*

### I. Introducció

Aquest document se centra en l'anàlisi de la conducta de compra dels consumidors en entorns digitals, com també en les repercussions econòmiques i jurídiques d'aquestes conductes. Per això, s'ha considerat necessari començar l'anàlisi amb una descripció de l'evolució del comerç electrònic a Espanya, centrant-nos exclusivament en l'anomenat B2C (compravendes en entorns digitals entre empreses i consumidors finals).

A partir dels informes anuals de l'Observatori Nacional de les Telecomunicacions i la Societat de la Informació (en endavant, ONTSI), les tendències principals que s'han detectat en l'evolució del comerç electrònic a Espanya són les següents:

(a) Generalització de la part de la població que són internautes actius. Així, el nombre d'internautes ha anat creixent de manera progressiva: l'any 2000 el percentatge d'espanyols que eren internautes només era el 22,5% de la població. L'any 2006 el 50% de la població espanyola més gran de 14 anys ja utilitzava internet de manera més o menys regular; aquest percentatge era del 69,9% el 2012 i el 2017 es va arribar fins al 86,4% de la població espanyola.

(b) La proporció d'internautes que realitzen compres en línia ha tingut una evolució similar a la indicada en relació amb el nombre d'internautes encara que amb un retard temporal. Així, l'any 2000 només el 12,7% dels internautes feien compres en línia al llarg de l'any, de manera més o menys freqüent. Aquest percentatge ha anat creixent de forma constant i va assolir el 27,3% l'any

2006, era del 50,7% l'any 2011 i va arribar fins al 67,4% el 2017.

(c) La xifra de negoci del comerç electrònic també ha anat creixent de manera constant. Durant l'any 2007 l'import total de compres realitzades per consumidors residents a Espanya era de 5.911 milions d'euros, quantia que s'havia duplicat el 2012 (12.582 milions d'euros). Durant els darrers anys no solament ha continuat augmentant la xifra de negoci total, sinó que també ho ha fet amb unes taxes de creixement superiors al 20%: 20.745 milions d'euros el 2015; 25.354 milions el 2016 i 31.347 milions d'euros el 2017. Per tant, el comerç electrònic augmenta la seva quota de mercat a costa del comerç tradicional en entorns físics, de manera similar al que passa en altres països del nostre entorn.

(d) La xifra de negocis indicada en l'apartat anterior és la conseqüència d'una tendència cap a la generalització de les compres en contextos digitals per al conjunt de la població, com mostren dos indicadors. D'una banda, la compra mitjana anual de cada internauta comprador el 2017 va ser de 1.366 euros, superant la xifra de 1.198 euros de l'any anterior i gairebé duplicant l'import corresponent al 2008 (749 euros de mitjana per internauta). D'altra banda, el nombre de categories de productes diferents que compra cada internauta al llarg de l'any ha anat creixent fins a les 4,39 categories de mitjana el 2017. Ara com ara, les categories més comprades en mercats digitals són actualment serveis turístics i productes de moda.

(e) El perfil dels internautes compradors residents a Espanya es pot resumir de la manera següent: predomini dels compra-

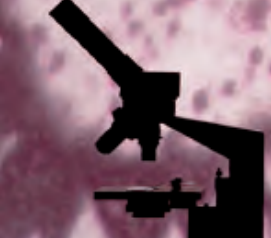
dors masculins, amb edats compreses entre 25 i 49 anys, amb estudis secundaris/superiors i que resideixen en hàbitats superiors a 100.000 habitants. No obstant això, aquest perfil varia molt en funció de la categoria de producte comprada; així, en el cas de la moda els compradors són dones predominantment, d'edats compreses entre 15 i 34 anys i residents en hàbitats rurals o en poblacions inferiors a 50.000 habitants.

### II. L'estat de flux o de *flow*

L'estat de flux o de *flow* es defineix com un estat mental que assoleix una persona quan es troba totalment involucrada i immersa en una activitat a causa del gaudi que la realització d'aquesta activitat li reporta, tal com afirma el psicòleg polonès Csikszentmihalyi, pioner en el seu estudi (Csikszentmihalyi, M., "Play and intrinsic rewards", *Journal of humanistic psychology*, 1975, p. 41-63). Quan s'observa la conducta dels consumidors que visiten dominis webs d'empreses per conèixer-ne les ofertes comercials i, si és el cas, fer compres en línia, és habitual detectar que aquestes persones senten que han estat un temps relativament curt navegant per internet, però una mesura objectiva del temps contradiu aquest sentiment. Això es deu al fet que han experimentat l'estat de *flow* esmentat, perquè almenys s'han complert les condicions següents: un control elevat de la situació percebuda per part dels consumidors, un grau de concentració alt en la tasca que feien, un sentiment de gaudi o diversió amb l'activitat de compra en el mercat digital i un grau intens de curiositat per conèixer en detall les característiques de les ofertes comercials dels dominis webs visitats.

\* Catedràtic i professora titular de comercialització i investigació de mercat, respectivament (U. La Rioja). Aquest treball, síntesi de la ponència presentada al Congrés Internacional El dret privat en el nou paradigma digital (octubre 2019), s'emmarca en el Projecte R+D (Retos) DER2017-84748-R: *Mercat Únic Digital Europeu i Protecció dels Consumidors: perfilant els drets de les parts en els contractes de subministrament de continguts digitals*, del qual és investigador principal el prof. Sergio Cámara Lapuente.





Aconseguir que els consumidors sentin aquest estat de *flow* és molt aconsellable per a les empreses que ofereixen els seus béns i serveis en mercats digitals, ja que estudis previs han demostrat que com més intens és l'estat de *flow*:

1) Es redueix la sensibilitat al preu dels internautes compradors potencials, fan compres més impulsives i no necessàriament adquireixen el producte més barat.

2) Augmenta la valoració positiva de l'experiència de compra viscuda.

**S'ha dut a terme un estudi empíric entre internautes residents a Espanya més grans de 14 anys que han visitat llocs web de distribuïdors detallistes monomarca de moda. L'objectiu principal de l'estudi ha estat analitzar les causes i les conseqüències de l'estat de flux per tal de conèixer quins en són els aspectes clau.**

3) S'incrementa el grau de satisfacció de l'internauta comprador amb la visita i/o compra realitzada en el lloc web (O'Cass, A. i Carlson, J., "Examining the effects of website-induced *flow* in professional sporting team websites", *Internet Research*, 20-2, 2010, p. 115-134; Deng, L.; Turner, D.E.; Gehling, R. i Prince, B., "User experience, satisfaction, and continual usage intention of IT", *European Journal of Information Systems*, 19-1, 2010, p. 60-75).

4) Millora l'actitud del comprador cap a les tendes virtuals visitades (Hsu, C.L.; Chang, K.C. y Chen, M.C., "The impact of website quality on customer satisfaction and purchase intention. Perceived playfulness and perceived *flow* as mediators", *Information Systems and e-Business Management*, 10-4, 2012, p. 549-570).

5) Augmenta la intenció de compra futura dels internautes compradors en el lloc web que ha generat aquest estat de flux.

6) Potencia que els consumidors tornin a visitar el lloc web en el futur.

7) Intensifica la realització de recomanacions positives per part dels internautes compradors, per la qual cosa permet a les empreses captar nous trànsits de visitants fins als seus llocs web.

En definitiva, pels motius exposats es pot concloure que la generació d'estat de flux és més interessant per a les empreses que comercialitzen els seus productes en mercats electrònics perquè permet tant obtenir beneficis a curt termini com millorar a mitjà i llarg termini la seva posició competitiva en el mercat. Des de la perspectiva dels oferents, els dissenys de llocs web que generen estat de flux ajuden a potenciar els seus negocis i a diferenciar-los de la seva competència.

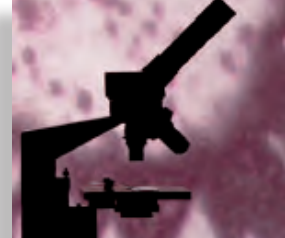
### III. Anàlisi de l'estat de *flow* en productes de moda entre els internautes espanyols

S'ha dut a terme un estudi empíric entre internautes residents a Espanya més grans de 14 anys que han visitat llocs web de distribuïdors detallistes monomarca de moda. L'objectiu principal de l'estudi ha estat analitzar les causes i les conseqüències de l'estat de flux per tal de conèixer quins en són els aspectes clau. Un segon objectiu complementari ha estat analitzar de forma diferenciada la conducta dels internautes compradors segons el seu dispositiu de navegació a fi de conèixer si hi ha diferències estadísticament significatives segons el context de navegació i/o compra utilitzat pels clients. La mostra està formada per 300 enquestes vàlides que han respost posteriorment a un qüestionari durant el 2018. Aquesta informació ha estat analitzada mitjançant sistema d'equacions estructurals basades en covariàncies per respondre al primer dels objectius esmentats. El segon objectiu ha requerit aplicar una anàlisi

multigrups. A continuació, s'exposen els resultats més rellevants obtinguts, obviant els informes estadístics atès el context d'aquesta publicació.

Respecte del primer dels objectius de l'estudi, la primera qüestió que cal respondre és quins són els aspectes que generen estat de flux. A la vista dels resultats de la taula 1 i, en general a partir dels valors dels coeficients beta del model estadístic, es pot concloure: (i) la qualitat estètica del lloc web (CE) o aparença visual de la interfície del lloc web a nivell global és la font principal que genera *flow* entre els consumidors; (ii) el segon factor que més flux genera entre els internautes compradors és la qualitat dels continguts del lloc web (CC), entesa com el valor que percep l'usuari sobre els diferents recursos informatius que ofereix un lloc web; (iii) encara que de forma molt menor, la facilitat percebuda d'ús del lloc web per part dels usuaris (FU) en un determinat domini web mentre hi estan navegant, també genera estat de flux, (iv) finalment, la privacitat i la seguretat percebudes del lloc web no exerceixen un efecte significatiu en la generació de l'Estat de flux.

Així mateix, també s'ha detectat que la generació de l'estat de *flow* té diverses conseqüències en la conducta dels internautes compradors: (a) potencia la distorsió percebuda del temps (DT), fenomen pel qual un individu perd la noció del temps; (b) intensifica l'experiència positiva amb la visita al lloc web (EXPV), ja que els internautes tenen uns sentiments agradables en relació amb el lloc web visitat per recollir informació i, si és el cas, fer les compres en línia; (c) a més, l'estat de *flow* potencia significativament tant la intenció de compra futura en el lloc web (ICF) dels productes oferts per l'empresa com la seva intenció de recomanar positivament aquest domini web (IR) entre el seu cercle de familiars i amistats, i també a través dels coneguts amb els quals contacta mitjançant dispositius electrònics, com ara xarxes socials. A més, crida l'atenció que la generació d'estat de flux afecta de manera similar totes les conductes ressenyades.



Taula 1: Antecedents i conseqüències de l'estat de flux

| Hipòtesi      | Coefficient $\beta$ | Estadístic T |
|---------------|---------------------|--------------|
| H1: CE→FLOW   | 0,461               | 7,076***     |
| H2: FU→FLOW   | 0,116               | 1,984**      |
| H3: PS→FLOW   | 0,042               | 1,004        |
| H4: CC→FLOW   | 0,306               | 5,955***     |
| H5: FLOW→DT   | 0,686               | 20,140***    |
| H6: FLOW→EXPV | 0,755               | 27,196***    |
| H7: FLOW→ICF  | 0,665               | 21,790***    |
| H8: FLOW→IR   | 0,640               | 17,698***    |

Nivell de significació: \*\*\* $p < 0,01$ ; \*\* $p < 0,05$ ; \* $p < 0,1$

Antecedents del flow: CE: Qualitat estètica; FU: Facilitat d'ús; PS: Manca de privacitat i seguretat; CC: Qualitat del producte

Conseqüència del flow: DT: Distorsió dels temps; EXPV: Experiència amb la visita; ICF: Intensió de compra futura; IR: Intenció de recomanar

El segon objectiu de l'estudi ha estat analitzar si els resultats descrits difereixen o no segons el dispositiu de navegació utilitzat pels internautes. La motivació d'aquesta qüestió respon al fet que els internautes estan diversificant els dispositius electrònics utilitzats per accedir als llocs web, ja que, a més d'utilitzar ordinadors de taula, actualment utilitzen altres dispositius, com un web mòbil o bé una app específica per a telèfons mòbils. En aquest sentit, convé tenir present que Espanya lidera el rànquing mundial de penetració de telèfons intel·ligents (88% d'usuaris únics), que són el dispositiu més utilitzat pels espanyols per accedir a la xarxa (94,6%) i, a més, creix l'ús del telèfon mòbil per fer compres.

A la vista dels resultats que deriven de l'anàlisi multigrup realitzat, les conclusions més significatives són:

a) Hi ha diferències importants respecte de les causes que generen estat de flux segons el dispositiu electrònic utilitzat en relació amb dos aspectes: la qualitat estètica del lloc web no genera significativament estat de flux quan s'utilitza una app, la facilitat d'ús del lloc web només contribueix

a generar *flow* si els internautes utilitzen un web mòbil. A més, la qualitat dels continguts influeix significativament en la formació d'estat de flux en tots els dispositius electrònics. En canvi, la privacitat i la seguretat percebudes no generen estat de *flow* en cap dels dispositius analitzats.

b) Les conseqüències de l'estat de *flow* sobre la conducta dels consumidors no varien qualitativament respecte al que ja s'ha exposat per a l'anàlisi del mercat de moda. Les úniques diferències existents són respecte de la intensitat dels efectes de l'estat de flux sobre les respostes conductuals dels consumidors. Així, la intenció de compra futura en el lloc web és més gran quan s'utilitza un ordinador, l'experiència amb la visita al lloc web, la intenció de recomanació i de distorsió del temps són més intenses quan s'utilitza un web mòbil i, finalment, quan s'utilitza una app és quan l'estat de flux influeix menys sobre les conductes esmentades.

#### IV. Conclusions finals

Els resultats exposats permeten afirmar que, des de la perspectiva de les

empreses que ofereixen els seus béns i serveis a través d'internet, és aconsellable generar estat de *flow*, per la qual cosa els conceptes analitzats són útils ja que permeten fixar directrius sobre com ajustar el disseny dels dominis web per aconseguir-ho. A més, per a les empreses el fet d'utilitzar diferents canals de distribució en mercats digitals els permet augmentar els mecanismes per accedir als consumidors, no només a través d'ordinadors i tauletes, també a través del telèfon mòbil, tant en versió web com en versió app.

Una segona conclusió és que l'estat de *flow* influeix molt més en la intenció de compra quan l'internauta accedeix al lloc web a través d'ordinador (49,8% del total) o a través del web mòbil (35,7%). Finalment, una implicació jurídica d'aquest estudi és la necessitat d'incrementar els mecanismes legals de defensa del consumidor de manera que siguin més garantistes en aquells contextos de compra en els quals l'estat de flux podria fer que els consumidors adoptessin les seves decisions de compra de forma més impulsiva que cognitiva.

Finalment, s'ha detectat que hi ha una paradoxa de la privacitat en la conducta dels consumidors que cerquen informació sobre productes i/o fan compres a internet. D'una banda, els internautes manifesten preocupació pels usos que es donarà a la informació personal –tant privada com financera– que faciliten durant les seves compres en línia. D'altra banda, el nivell de protecció de les seves dades personals quan naveguen és molt baix, motiu pel qual no genera estat de flux ni a nivell global ni en cap altre dels tres tipus de dispositius de navegació analitzats. Aquesta dicotomia entre l'actitud dels consumidors i la seva conducta o comportament quan fan compres en mercats digitals sembla que requereix algun tipus de resposta legal que garanteixi la protecció efectiva dels consumidors.

# Survey on China's Intellectual Property Judicial Reform

**Li Xiaoming**

*Associate professor*

*Xi'an Jiaotong University Law School*

**Liao Qian <sup>(1)</sup>**

*Graduate student*

*Xi'an Jiaotong University Law School*

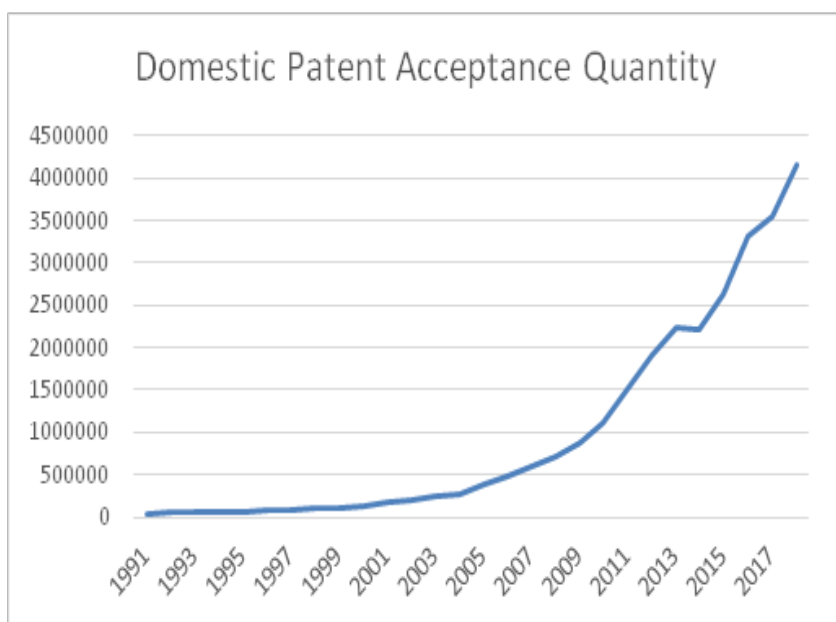
In recent years, based on the policy of governing the country by law comprehensively and the rapid development of intellectual property rights system, China is actively promoting judicial reform in the field of intellectual property trials. The current measures include the establishment of specialized courts in intellectual property cases, intellectual property courts that cross-regional trials, the "three-in-one" pilot in some courts and the establishment of specialized appellate bodies. In general, a relatively complete intellectual property special trial system has been formed, and the professionalization and efficiency of intellectual property justice has gradually being realized.

**Keywords:** Intellectual Property Courts; The tribunal of Supreme People's Court of intellectual property ; Cross-regional jurisdiction ; three-in-one

## 1. Background of China's Intellectual Property Judicial Reform

### 1.1. Development of intellectual property creation and use

Since China joined WTO in 2001, the number of domestic patent applications has continued to grow at a high rate, as shown in the following figure. According to the SIPO <sup>(2)</sup> (State Intellectual Property Office ) data statistics in 2001-2000, China domestic patent pending number is 831,662, between 2001-2010 was 5,045,678, while in 2011-2018, the figure soared to 21,489,773. The growth rate is far ahead of other countries in the world.



China is not only leading in the number of patent applications. In fact, as the world's second largest economic entity, China's economic achievements are inseparable from the transformation and utilization of intellectual property rights. Taking China's Huawei company as an example, according to market research data of IDC, the international data company shows that in 2018, Huawei's global market share surpassed Apple for the first time, ranking second in the world. As of July 29, 2019, Huawei had a total of 56,610 invention patents, 760 utility model patents, and 1,200 design patents <sup>(3)</sup>.

In 2008, the SIPO( State Intellectual Property Office) of China initiated the pilot project of IP pledge financing. Accord-

ing to the latest statistics of the office, the total annual pledge financing of patents, trademarks and copyrights in China exceeds 100 billion yuan. According to the 2018 Patent Investigation Report of the office, the effective patent implementation rate in China reached 52.6% in 2018, and the industrialization rate of effective patents was 36.3% overall. The overall patent licensing rate and transfer rate have been greatly improved in recent years.

In general, China's intellectual property creation speed and utilization efficiency have developed rapidly in the past 20 years, and the matching judicial protection system is gradually improving.





## 1.2. Development of judicial protection of intellectual property rights

In 2018, the local courts at all levels in China received 283,414 first-instance IPR civil cases and concluded 273,945 cases, which were 40.97% and 41.99% higher than 2017 respectively <sup>(4)</sup>. Behind such a large number of cases is China's gradually mature intellectual property judicial protection system.

China's intellectual property system was established and developed along with reform and opening up. At present, the basic positioning of judicial protection in the protection of intellectual property rights has been established (Kong, Xiangjun, 2015). After 40 years of development, in terms of legislation, China has basically established an intellectual property legal system that is in line with internationally accepted rules and has a relatively complete category, and has joined almost all major international intellectual property conventions.

In the judiciary, China has successively established special intellectual property courts and tribunals, as well as a unified appellate body at the national level, in response to issues such as inconsistent standards and low efficiency in the original intellectual property trials.

Through the reform of the intellectual property judicial system and the trial mechanism in the past decade, the judicial trial efficiency of intellectual property rights has steadily increased, and the social satisfaction of intellectual property protection has also increased (YI, Jiming, 2018). Generally speaking, China's intellectual property judicial protection system is becoming more and more complete, and it has basically been able to meet the current economic and social needs.

## 2 Major initiatives in the judicial reform of intellectual property rights

### 2.1. Beijing, Shanghai, Guangzhou Intellectual Property Court

In 2014, according to the *Supreme People's Court's Regulations on the Jurisdiction of Intellectual Property Courts in Beijing, Shanghai, and Guangzhou*, three cities successively established intellectual property courts. These three courts mainly have jurisdiction over civil and administrative first-instance cases which need strong technical and professional skills, civil and administrative



cases that are appealed according to the first-instance judgments and rulings made by the primary courts. In particular, the Beijing Intellectual Property Court and the Shanghai IPC can hear cases in which the IPR civil judgments, rulings, and mediation documents have been re-examined in the primary courts. In addition, the first-instance IPR authorization and administrative cases that are not subject to the ruling or decision of the administrative department of the State Council are also subject to the jurisdiction of the Beijing Intellectual Property Court.

According to the Supreme People's Court's "Report on the Work of Intellectual Property Courts" on August 29, 2017, as of June 2017, there were more than 46,000 cases in three specialized courts and 33,000 were heard. Among them, there were nearly 13,000 intellectual property civil and administrative cases in the first instance, and nearly 8,300 were concluded

This will enable the same intellectual property case to be recognized by the same collegiate bench in a relatively uniform time and space, and the legal norms should be applied relatively uniformly. Con-

flicts of application of legal remedies have been avoided. The difference in fact finding and legal application of the same case or similar cases caused by different courts is prevented.

According to the Supreme People's Court's "Report on the Work of Intellectual Property Courts" on August 29, 2017, as of June 2017, there were more than 46,000 cases in three specialized courts and 33,000 were heard. Among them, there were nearly 13,000 intellectual property civil and administrative cases in the first instance, and nearly 8,300 were concluded.

In short, these three specialized courts not only played the role of trial and judicial review and supervision, but also promoted the modernization of intellectual property trial systems and capabilities, and significantly improved the efficiency of trials.

### 2.2. Intellectual Property Tribunal

Since the beginning of 2017 to October, 2019, through the application of the Provincial High People's Court and the approval of Supreme People's Court, 20 IP tribunals were established in the Intermediate People's Court in 20 major cities across the country. The layout of the 20 IP tribunals is based on the level of regional economic development and the number of IP cases, mainly concentrated in the developed areas of the central and eastern regions of



China. The jurisdiction is centered on the developed coastal provinces and basically radiates most of China.

The 20 IP tribunals are primarily responsible for governing two types of cases. The first is technical first-instance case except criminal case. The second is the second-instance non-technical cases heard by primary courts. Although named after the city, the area under the jurisdiction of most intellectual property tribunal is not limited to the city in which it is located. This is an innovation of the IP tribunal in cross-regional jurisdiction. In addition, unlike the three intellectual property courts previously established, these 20 intellectual property tribunals have criminal case jurisdiction, and some of them also have first-instance jurisdiction in criminal cases.

### 2.3. Three-in-one

Three-in-one adjudication system combines adjudication of civil, administrative, criminal cases to unifying adjudication standards, optimize allocation of judicial resources, and improve trial quality, especially in complex a cross case. (Zhang, Xiaowei. 2013)

In fact, of the 20 IP courts that have been established, 16 have the first-instance jurisdiction of civil, administrative, and criminal cases<sup>(5)</sup>, and the other four are simultaneously have first-instance jurisdiction in civil

and administrative cases. The Supreme Court's Intellectual Property Court, and the three Intellectual Property Courts have jurisdiction over civil and administrative cases and do not have criminal jurisdiction. It can be said that the current mode of trial is a recombination of "two-in-one" and "three-in-one". The difference is whether the criminal jurisdiction should be granted to a specialized judiciary.

In practice, the initial review of intellectual property criminal cases is usually conducted in the primary courts. Less than 10% of the first instance of intellectual property criminal cases were conducted in the Intermediate People's Court. Among the 20 intellectual property tribunals, the Tribunals of Chengdu, Changsha, Zhengzhou and Wuhan only have criminal second-instance jurisdiction. The remaining 16 ones have the jurisdiction of some first-instance and second-instance criminal cases in the cities. However, as of now, according to data released by the website of the Judicial Data Application Research Center of Jilin University, only the Zhengzhou Intermediate People's Court (with an intellectual property court) has tried four criminal first-instance cases, while other intellectual property tribunals have not recorded any.

In general, the situation in which most IPR criminal cases are still under the jurisdiction of the primary courts has not been fundamentally changed. Cases heard by

IP courts are still dominated by civil and administrative cases. Criminal cases of intellectual property rights that are difficult to hear and require more evidence are still excluded.

### 2.4. Supreme Court Intellectual Property Tribunal

At the end of 2018, the Intellectual Property Tribunal of the Supreme People's Court was established. As the permanent institution sent by the Supreme People's Court, on behalf of the Supreme People's Court, made judgments, rulings, and mediations. The tribunal heard second-instance civil and administrative cases which against the trial of high people's courts, intellectual property courts, and intermediate people's courts.

The establishment of the Intellectual Property Tribunal of the Supreme People's Court was mainly to resolve the different standards of trials caused by the different courts of appeal in the intellectual property trial system. The different institutions of appealing may easily lead to conflicts in the application of law, and draw different conclusions on similar cases, which is not conducive to the maintenance of judicial credibility.

However, the Intellectual Property Tribunal of the Supreme People's Court not reviews criminal cases. Therefore, the second instance of a criminal case will continue to be under the jurisdiction of the Provincial High Court. This leads to criminal cases to be excluded from the special jurisdiction system once again.

## 3. Related disputes and prospects

### 3.1. Intellectual property court jurisdiction Inconsistent

The first inconsistency in the jurisdiction of the 20 intellectual property tribunals is the existence of criminal first-instance jurisdiction. Of these, 16 ones have jurisdiction over the first instance of criminal cases, and the other 4 ones do not. The Intellectual Property Courts of Beijing, Shanghai and Guangzhou, which have the same level as the Intellectual Property Tribunal, have no criminal jurisdiction at all.

The second inconsistency is that in these IP Tribunals, except for the Shenzhen and Tianjin IP Tribunals, the remaining 18 IP



Tribunals have cross-regional jurisdiction. Some of those hear intellectual property cases in the provinces which located, and some hear intellectual property cases in several cities within one province.

As the most basic level of the special trial system for intellectual property rights, the jurisdiction of the Intellectual Property Tribunals is not completely consistent, and the jurisdiction of the grassroots people's courts and high people's courts connected with them may be different, which may be detrimental to the overall integration of the intellectual property rights judicial system.

### 3.2. Review Unclear relationship

According to the "Regulations of 2018"<sup>(6)</sup>, the newly established Intellectual Property Court of the Supreme People's Court mainly hear cases other than criminal cases, which are appealed by first-instance judgments and rulings made by people's courts at or above the intermediate level. This means that its nature is equivalent to the uniform appeal court at the national level, and as the Supreme Court's dispatched institution, the level is consistent with the Supreme Court.

This means that the nature of the Intellectual Property Tribunal of the Supreme People's Court is an unified appeal court at the national level, and it is the highest-ranking judicial organ of China, and the level is also the highest level

This means that the nature of the Intellectual Property Tribunal of the Supreme People's Court is an unified appeal court at the national level, and it is the highest-ranking judicial organ of China, and the level is also the highest level. However, for China's much-needed IP appeal institutions, scholars' recommendations are generally to position them as high courts. For example, a scholar's suggestion is to set up a high-level intellectual property court in the capital, only accepting second-instance cases and not accepting first-instance cases. The retrial of intellectual property cases is borne by the Supreme Court (Cao, Xinming, 2014). Another scholar's suggestion is also to establish a high court-level appellate body



in the capital. This institution will focus on intellectual property rights authorization dispute cases and technical infringement appeal cases (Wu, Handong, 2015). However, After the Supreme Court established the Intellectual Property Tribunal of the Supreme People's Court, it still retained the Intellectual Property Tribunal of the Supreme People's Court. It is not clearly that the reformed model is a two-tier system or a three-tier system of the IP Court of the Supreme People's Court.

Some scholars believe that this practice is equivalent to "trial review" of patent second-instance cases originally attributed to the local high-level people's court. By raising the trial level of the second instance of patent cases, a so-called "flying appeal" mechanism was formed (Yi, Jiming, 2019). However, two judges of the IP Court of the Supreme People's Court, believe that China's appeal mechanism is significantly different from the leap appeal system represented by Germany and Japan. The leap appeal means that if the original defendant has no objection to the facts ascertained in the preliminary examination procedure, the consent of the two parties may be skipped and the third trial (the highest) court may be appealed directly. The purpose of the leap appeal system is to reduce the cost of litigation by reducing the trial level. The Chinese appeal system has not reduced the trial level. It only changed the court

of second instance from the high people's courts to the Supreme People's Court and raised the level of the second instance court (Li, Jian & Liao Jibo, 2019).

As the basic institution of the intellectual property special jurisdiction system, the intellectual property court must fully play its functions and the smooth operation of the whole system

As the basic institution of the intellectual property special jurisdiction system, the intellectual property court must fully play its functions and the smooth operation of the whole system. Therefore, in the process of judicial reform, it is necessary to clarify the whereabouts of various IPR cases at different stages, and gradually clarify the trial relationship of the various IPR cases.

### 3.3. Regional distribution is not reasonable

As mentioned above, the current 20 IP Tribunals are distributed in 17 provincial-level administrative divisions across the country. There are 12 provinces and many cities still not covered by the new jurisdiction system.





The number of intellectual property cases (including three types of lawsuits) in these 12 provinces (autonomous regions/municipalities) in 2018 was 3,561, accounting for 10.5% of the country <sup>(7)</sup>. This is not a small scale which should be ignored.

China's adoption of such reform measures may be attributed to the great difficulty of managing a very large society. It is unrealistic to set up a system of specialized jurisdictions covering the whole country in a short time. Therefore, pilot and batch approval may be more appropriate.

In order to deepen judicial reform, the consideration of unified intellectual property trial standards, and the realization of special jurisdiction over intellectual property cases nationwide is necessary. But for the 12 provinces (autonomous regions/municipalities) that have not yet been covered, is it still to set up an intellectual property court in the central cities of the provinces, or is it to set up several IP courts with inter-provincial jurisdiction?

If the IP Tribunals continue to be established according to the provincial administrative units, the vast extent of China's size will lead to a too fragmented pattern of judicial institutions, and the unification of facts and refereeing standards will not be guaranteed. It is more appropriate to wait for the time to mature and choose several upgrades to IP Courts in IP Tribunals across jurisdictions. These cross-regional intellectual property courts can centrally govern technical cases in a larger geographical area, thus completing the construction of specialized jurisdictions at the intermediate people's court level (Zhang, Lingling, 2018).

In addition, intellectual property courts in some central cities can be explored to cross-province jurisdictions in neighboring provinces. Or, based on the intellectual property court, set up a court for inter-provincial jurisdiction. While preventing local protectionism and ensuring the relative unification of judicial standards, it can also avoid the loss of professional talent caused by geographical changes and the decline of trials quality.

## 4. Conclusions

In recent years, judicial reform has enabled China to establish a relatively complete special intellectual property trial system, and the trial of intellectual property cases has gradually become more specialized. In general, the division of jurisdiction of intellectual property cases will be more reasonable, and the trial standards for intellectual property cases will be more uniform. However, there are also some problems to be solved, such as rationalizing the trial relationship between the various judicial institutions to rationally allocate judicial resources, and achieving comprehensive coverage of specialized jurisdictions to ensure the speciality of intellectual property trials.

## REFERENCES:

- Kong, Xiangjun. (2015) Discussion on Several Issues of China's Current Intellectual Property Judicial Protection——Rethinking on Intellectual Property Judicial Policy and Its Trend. *Intellectual Property*, 01, 3-15.
- Yi, Jiming. (2018). The Status Quo and Direction of Judicial Protection of Intellectual Property in China. *Journal of Northwest University(Philosophy and Social Sciences)*, 48(05),50-63.
- Zhang, Xiaowei. (2013). Review and Reflection on the Reform of Intellectual Property's "Three-in-One" Reform. *Intellectual Property*, 06, 68-71.
- Cao, Xinming. (2014). Establishment of Intellectual Property Court: Important Measures for Rule of Law and Modernization of State Administration. *Legal and Social Development*, 20(05), 60-62.
- Wu, Handong. (2015). Construction of China's Intellectual Property Court: Pilot Samples and Basic Trends. *Law Application*, 10, 2-5.
- Yi, Jiming. (2019). Intellectual Property Court in the Reform of Judicial System. The law applies, 03, 28-38.

- Li, Jian & Liao Jibo. (2019). The Appeal Mechanism of Intellectual Property Cases at the National Level: History, Current Situation and Prospects. *Law Application*, 01, 71-75.

- Zhang, Lingling. (2018). Preliminary Conception of Perfecting China's Intellectual Property Court System. *Intellectual Property*, 03, 27-36.

- i. Data Source: China National Intellectual Property Office website: <http://www.cnipa.gov.cn>.
- ii. Patent industrialization rate=Number of patents used to produce products and put them on the market/The number of valid patents owned.
- iii. Data Source : Judicial Data Application Research Center of Jilin University website: <http://www.jlulbd.com>.

## NOTES

- (1) Li Xiaoming, Ph. D., Associate Professor of the law school, Xi'an Jiaotong University; Liao Qian, post-graduate student of the law school, Xi'an Jiaotong University
- (2) In 2018, with the approval of the central government, the abbreviation of the State Intellectual Property Office has been changed from the original "SIPO" to "CNIPA", which is the abbreviation of "China National Intellectual Property Administration".
- (3) Data Source: China National Intellectual Property Office website: <http://www.cnipa.gov.cn>.
- (4) 2018 Judicial Protection of Intellectual Property Rights in Chinese Courts.
- (5) The criminal first-instance jurisdiction is still limited to the case within the city, and has not yet broken through the region.
- (6) 2018 Decision on Several Issues Concerning Litigation Procedures in Patent and Other Intellectual Property Cases
- (7) Data Source : Judicial Data Application Research Center of Jilin University website: <http://www.jlulbd.com>.

# Estudi sobre la reforma judicial de la propietat intel·lectual a la Xina

**Li Xiaoming**

*Professor Associat*

*Facultat de Dret Universitat Xi'an Jiaotong*

**Liao Qian <sup>(1)</sup>**

*Estudiant postgrau*

*Facultat de Dret Universitat Xi'an Jiaotong*

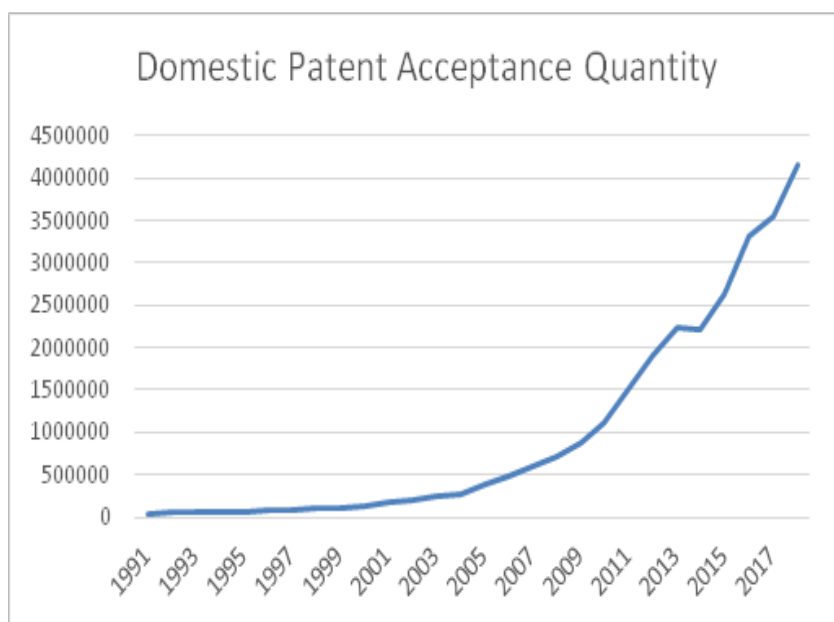
En els darrers anys, basant-se en la política de governar el país integralment per llei i del ràpid desenvolupament del sistema de drets de propietat intel·lectual, la Xina ha impulsat activament una reforma judicial en l'àmbit dels procediments sobre propietat intel·lectual. Les mesures actuals inclouen la creació de tribunals especialitzats en propietat intel·lectual, tribunals de propietat intel·lectual de processos judicials transregionals, el projecte pilot "tres en un" en alguns tribunals i l'establiment d'òrgans d'apel·lació especialitzats. En general, s'ha format un sistema d'enjudiciament especial en matèria de propietat intel·lectual relativament complet que està arribant gradualment a la professionalització i l'eficiència de la justícia en aquesta disciplina.

**Paraules clau:** tribunals de propietat intel·lectual; tribunal popular suprem de propietat intel·lectual; jurisdicció transregional; tres en un.

## 1. Antecedents de la reforma judicial de la propietat intel·lectual a la Xina

### 1.1. Desenvolupament de la creació i l'ús de la propietat intel·lectual

Des que la Xina es va adherir a l'OMC el 2001, el nombre de sol·licituds de patents nacionals ha crescut a un ritme elevat, com mostra el gràfic. Segons les estadístiques de la SIPO (State Intellectual Property Office, Oficina Estatal de Propietat intel·lectual)<sup>(2)</sup>, el 2000-2001 el nombre de patents nacionals pendents a la Xina era de 831.662; entre 2001 i 2010 era de 5.045.678, mentre que en el període 2011-2018 la xifra es va disparar a 21.489.773. La taxa de creixement és molt superior a la d'altres països del món.



La Xina no solament és líder en el nombre de sol·licituds de patents. En efecte, com a segona major potència econòmica del món, els èxits econòmics de la Xina són inseparables de la transformació i la utilització dels drets de propietat intel·lectual. Per exemple, segons les dades d'un estudi de mercat d'IDC, la companyia internacional de dades, el 2018 la quota global de mercat de la companyia Huawei de la Xina va superar per primera vegada la d'Apple, i va passar a ocupar el segon lloc del món. El 29 de juliol de 2019 Huawei tenia un total de 56.610 patents d'invenció, 760 patents de models d'utilitat i 1.200 patents de disseny<sup>(3)</sup>.

El 2008 la SIPO de la Xina va posar en marxa el projecte pilot de finançament de compromisos en propietat intel·lectual. Se-

gons les últimes estadístiques de l'Oficina, el finançament total anual de compromisos de patents, marques i drets d'autor a la Xina supera els 100.000 milions de iuans. D'acord amb l'Informe de Recerca de Patents de 2018 de l'Oficina, la taxa efectiva d'implementació de patents a la Xina va arribar al 52,6% el 2018 i la taxa d'industrialització efectiva de patents va ser del 36,3% globalment. La taxa global de llicències de patents i la taxa de transferència han millorat considerablement en els darrers anys.

En general, la velocitat de creació i l'eficiència d'utilització de la propietat intel·lectual a la Xina s'han desenvolupat ràpidament en els darrers 20 anys i el sistema de protecció judicial corresponent millora progressivament.



## 1.2. Desenvolupament de la protecció judicial dels drets de propietat intel·lectual

El 2018 els tribunals locals de tots els nivells de la Xina van rebre 283.414 casos civils de drets de propietat intel·lectual (DPI) en primera instància i van tancar 273.945 casos, xifres superiors en un 40,97% i un 41,99% a 2017 respectivament <sup>(4)</sup>. Darrere aquesta xifra important de casos hi ha el sistema de protecció judicial de la propietat intel·lectual de la Xina, madurat gradualment.

El sistema de propietat intel·lectual de la Xina es va instituir i es va desenvolupar amb la reforma i l'obertura. Actualment, s'ha establert el posicionament bàsic de protecció judicial en la protecció dels drets de propietat intel·lectual (Kong, Xiangjun, 2015). Després de 40 anys de desenvolupament, en termes de legislació la Xina ha creat bàsicament un sistema jurídic de propietat intel·lectual en coherència amb les normes acceptades internacionalment i té una categoria relativament completa; a més, s'ha adherit a gairebé tots els principals convenis internacionals sobre propietat intel·lectual.

En la judicatura, la Xina ha creat successivament corts i tribunals especials de propietat intel·lectual, com també un òrgan unificat d'apel·lació a nivell nacional en resposta a qüestions com normes incoherents i la baixa eficiència en els processos sobre propietat intel·lectual en primera instància.

Mitjançant la reforma del sistema judicial de propietat intel·lectual i del mecanisme d'enjudiciament en la passada dècada, ha millorat constantment l'eficiència dels processos judicials en matèria de drets de propietat intel·lectual i també ha augmentat la satisfacció social sobre la protecció de la propietat intel·lectual (YI, Jiming, 2018). En general, el sistema de protecció judicial de la propietat intel·lectual a la Xina és cada cop més complet i ha estat capaç de satisfer les necessitats econòmiques i socials actuals.

## 2. Principals iniciatives en la reforma judicial de drets de propietat intel·lectual

### 2.1. Tribunal de Propietat Intel·lectual de Pequín, Xangai, Canton

El 2014, a partir del Reglament del Tribunal Popular Suprem sobre jurisdicció dels



Tribunals de Propietat Intel·lectual de Pequín, Xangai i Canton, les tres ciutats van crear successivament tribunals de propietat intel·lectual. Aquests tres tribunals tenen competència principalment en casos civils i administratius de primera instància que requereixen una sòlida capacitat tècnica i professional i en apel·lacions de casos civils i administratius d'acord amb les sentències i les resolucions de primera instància dictades pels tribunals de primera instància. En particular, el Tribunal de Propietat Intel·lectual de Pequín i el Tribunal de Propietat Intel·lectual de Xangai poden conèixer de casos en què les sentències, resolucions i documents de mediació en matèria de drets de propietat intel·lectual han estat revisats als tribunals de primera instància. A més, els casos administratius i de concessió de DPI en primera instància que no estan sotmesos a la decisió del departament administratiu del Consell d'Estat també estan subjectes a la competència del Tribunal de Propietat Intel·lectual de Pequín.

Això permetrà que el mateix cas de propietat intel·lectual sigui conegut per la mateixa sala col·legiada en un temps i espai relativament semblants i que les normes jurídiques s'apliquin de manera relativament uniforme. S'han evitat els conflictes d'aplicació dels recursos legals. Es prevenen així també diferències en la investigació i l'aplicació legal del mateix cas o de casos similars enjudiciats per diferents tribunals.

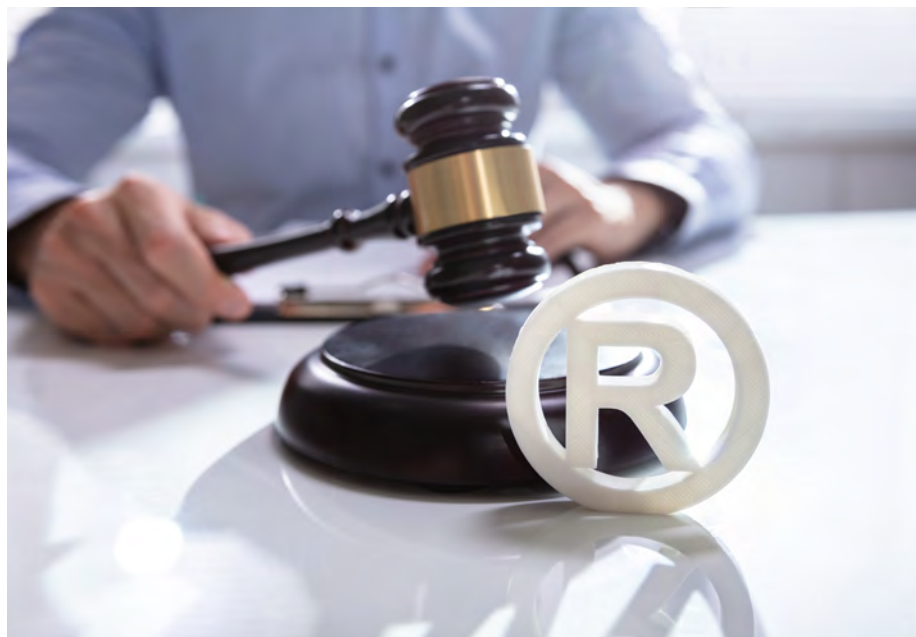
Segons l'Informe sobre el treball dels tribunals de propietat intel·lectual del Tribunal Popular Suprem, de 29 d'agost de 2017, fins al juny de 2017 hi havia més de 46.000 casos en els tres tribunals especialitzats i en van ser atesos 33.000. Entre aquests, hi havia gairebé 13.000 casos civils i administratius de propietat intel·lectual en primera instància i es van tancar gairebé 8.300 casos.

En resum, aquests tres tribunals especialitzats no solament van exercir la funció d'enjudiciament i revisió i supervisió judicial, sinó que també van promoure la modernització dels sistemes i la capacitat d'enjudiciament en matèria de propietat intel·lectual i van millorar considerablement l'eficiència dels processos.

### 2.2. El Tribunal de Propietat Intel·lectual

Des de principis de 2017 fins a l'octubre de 2019, mitjançant la implementació del Tribunal Popular Superior Provincial i l'aprovació del Tribunal Popular Suprem, es van crear 20 tribunals de propietat intel·lectual als tribunals populars intermedis de les 20 ciutats més importants del país. La disposició dels 20 tribunals de PI es basa en el nivell de desenvolupament econòmic regional i en el nombre de casos de PI, concentrats principalment a les zones desenvolupades de les regions central i oriental de la Xina. La jurisdicció se centra a les províncies





costaneres desenvolupades i irradia bàsicament a la major part de la Xina.

Els 20 tribunals de PI són fonamentalment responsables de gestionar dos tipus de casos. El primer tipus són els casos tècnics de primera instància, excepte els casos penals. El segon tipus són els casos de segona instància no tècnics coneguts dels tribunals de primera instància. Encara que porten el nom de la ciutat, la zona de jurisdicció de la majoria dels tribunals de propietat intel·lectual no es limita a la ciutat en la qual es troben. Això és una innovació per al tribunal de PI en la jurisdicció transregional. A més, a diferència dels tres tribunals de propietat intel·lectual indicats abans, aquests 20 tribunals de propietat intel·lectual tenen competència en casos penals i alguns també tenen competència en primera instància en procediments penals.

### 2.3. Tres en un

El sistema d'adjudicació tres en un combina l'adjudicació de casos civils, administratius i penals per unificar les normes d'adjudicació, optimitzar l'assignació de recursos judicials i millorar la qualitat dels processos, especialment en els casos complexos creuats (Zhang, Xiaowei, 2013).

En efecte, dels 20 tribunals de PI establerts, 16 tenen competència en primera instància en procediments civils, administratius i penals <sup>(5)</sup>, i els altres quatre tenen

simultàniament competència en primera instància en procediments civils i administratius. El Tribunal de Propietat Intel·lectual del Tribunal Suprem i els tres Tribunals de Propietat Intel·lectual tenen competència en procediments civils i administratius i no tenen atribuïda la competència penal. Es pot dir que la forma actual d'enjudiciament és una recombinació de "dos en un" i "tres en un". La divergència és si la jurisdicció penal s'ha d'atribuir a un òrgan judicial especialitzat.

A la pràctica, l'examen inicial dels procediments penals relacionats amb la propietat intel·lectual s'acostuma a fer als tribunals de primera instància. Menys del 10% dels procediments penals de primera instància en matèria de propietat intel·lectual es van enjudiciar al Tribunal Popular Intermedi. Dels 20 tribunals de propietat intel·lectual, els tribunals de Chengdu, Changsha, Zhengzhou i Wuhan només tenen competència penal en segona instància. La resta té competència en alguns procediments penals de primera i segona instància a les ciutats. No obstant això, fins ara, segons les dades publicades al lloc web del Centre de Recerca Judicial d'Aplicació de Dades de la Universitat de Jilin, només el Tribunal Popular Intermedi de Zhengzhou (amb sala de propietat intel·lectual) ha jutjat quatre casos penals en primera instància, mentre que els altres tribunals de propietat intel·lectual no n'han registrat cap.

En general, la situació del fet que la majoria de casos penals de DPI segueixen sota la jurisdicció dels tribunals de primera instància no ha canviat substancialment. Els casos coneguts pels tribunals de propietat intel·lectual continuen essent dominats per casos civils i administratius. Encara s'exclouen els casos penals de drets de propietat intel·lectual que són difícils de conèixer i requereixen més proves.

### 2.4. Tribunal Suprem de Propietat Intel·lectual

A la darrereria de 2018 es va crear el Tribunal de Propietat Intel·lectual del Tribunal Popular Suprem. Com a òrgan permanent del Tribunal Popular Suprem, ha dictat sentències, resolucions i mediacions per compte del Tribunal Popular Suprem. El Tribunal coneix de procediments civils i administratius de segona instància interposats contra els processos dels tribunals populars superiors, tribunals de propietat intel·lectual i tribunals populars intermedis.

La creació del Tribunal de Propietat Intel·lectual del Tribunal Popular Suprem tenia per objecte principalment resoldre els diferents criteris dels processos enjudiciats pels diferents tribunals d'apel·lació en el sistema d'enjudiciament en matèria de propietat intel·lectual. Els diversos òrgans d'apel·lació poden portar fàcilment a conflictes en l'aplicació de la llei i extreure conclusions diferents en casos similars, cosa que no afavoreix el manteniment de la credibilitat judicial.

No obstant això, el Tribunal de Propietat Intel·lectual del Tribunal Popular Suprem no coneix de procediments penals. Per tant, la segona instància d'un procediment penal continuarà sent competència del Tribunal Superior Provincial. Això vol dir que els procediments penals tornen a quedar exclosos del sistema de jurisdicció especial.

## 3. Discussions relacionades i perspectives

### 3.1. Incoherència de la competència del tribunal de propietat intel·lectual

La primera incoherència en la competència dels 20 tribunals de propietat intel·lectual és l'existència de competència penal en primera instància. D'aquests tribunals,

16 tenen competència en casos penals en primera instància i els altres 4, no. Els tribunals de propietat intel·lectual de Pequín, Xangai i Canton, que tenen el mateix nivell que el Tribunal de Propietat Intel·lectual, no tenen competència penal.

La segona incoherència és que, llevat dels tribunals de Shenzhen i Tianjin, els 18 tribunals de PI restants tenen competència transregional. Alguns d'aquests coneixen de casos de propietat intel·lectual a les províncies en què estan situats i casos de propietat intel·lectual a diverses ciutats d'una mateixa província.

Com a nivell més bàsic del sistema especial d'enjudiciament de drets de propietat intel·lectual, la competència dels tribunals de propietat intel·lectual no és totalment coherent i pot ser diferent la competència dels tribunals populars bàsics i dels tribunals populars superiors relacionats amb aquests, cosa que pot ser perjudicial per a la integració global del sistema judicial de drets de propietat intel·lectual.

### 3.2. Revisió d'una relació poc clara

Segons el Reglament de 2018<sup>(6)</sup>, el Tribunal de Propietat Intel·lectual del Tribunal Popular Suprem creat recentment s'ocupa principalment de casos que no són penals, que són objecte de recurs contra sentències de primera instància i sentències dictades per tribunals populars de nivell intermedi o superior. Això vol dir que la seva naturalesa és equivalent a la d'un tribunal d'apel·lació unificat a nivell nacional i, com a òrgan que emana del Tribunal Suprem, el nivell és coherent amb el Tribunal Suprem.

Això vol dir que la naturalesa del Tribunal de Propietat Intel·lectual del Tribunal Popular Suprem és la d'un tribunal d'apel·lació unificat a nivell nacional i és l'òrgan judicial de més rang a la Xina, i és també el nivell més alt. No obstant això, per als molt necessaris òrgans xinesos d'apel·lació en matèria de propietat intel·lectual, els experts recomanen situar-los en general com tribunals superiors. Per exemple, un dels experts suggereix establir un tribunal de propietat intel·lectual d'instància superior a la capital que accepti només casos de segona instància i no casos de primera instància. El Tribunal Suprem (Cao, Xinming, 2014) ha d'assumir el reenjudiciament dels casos de propietat intel·lectual. Un altre expert recomana també establir un òrgan d'apel·lació d'ins-



tància superior a la capital. Aquest òrgan se centraria en els casos de controvèrsia en la concessió de drets de propietat intel·lectual i en els casos de recursos per infraccions tècniques (Wu, Handong, 2015). No obstant això, després que el Tribunal Suprem creés el Tribunal de Propietat Intel·lectual del Tribunal Popular Suprem, va continuar mantenint el Tribunal de Propietat Intel·lectual del Tribunal Popular Suprem. No és clar si el model reformat del Tribunal de Propietat Intel·lectual del Tribunal Popular Suprem és un sistema de dos nivells o un sistema de tres nivells.

Alguns estudiosos consideren que aquesta pràctica és equivalent a la "revisió dels processos" dels casos de patents de segona instància assignats originalment als tribunals populars locals de nivell superior. En elevar el nivell d'enjudiciament de segona instància en els casos de patents, s'ha format un mecanisme anomenat de "recurs volador" (Yi, Jiming, 2019). Amb tot, dos jutges del Tribunal de Propietat Intel·lectual del Tribunal Popular Suprem consideren que el mecanisme d'apel·lació a la Xina és significativament diferent del sistema d'apel·lació "per salt" representat per Alemanya i el Japó. L'apel·lació "per salt" significa que, si el demandat original no té cap objecció als fets establerts en el procés d'instrucció preliminar, es pot ometre el consentiment de les dues parts i pot recórrer al tribunal de tercera instància (el més alt) directament. L'objectiu del siste-

ma d'apel·lació "per salt" és reduir el cost del litigi en reduir el nombre d'instàncies. El sistema d'apel·lació xinès no ha reduït el nombre d'instàncies. Només ha canviat el tribunal de segona instància des dels tribunals populars superiors al Tribunal Popular Suprem i ha elevat el nivell del tribunal de segona instància (Li, Jian y Liao Jibo, 2019).

Com a òrgan bàsic de la jurisdicció especial de propietat intel·lectual, el Tribunal de Propietat Intel·lectual ha de desenvolupar plenament les seves funcions i garantir el bon funcionament de tot el sistema. Per tant, en el procés de reforma judicial, cal aclarir el parador de diversos casos de DPI en diferents etapes i definir gradualment la relació d'enjudiciament dels diferents casos de DPI.

### 3.3. La distribució regional no és raonable

Com s'ha esmentat anteriorment, els actuals 20 tribunals de PI estan distribuïts en 17 divisions administratives de nivell provincial a tot el país. Hi ha 12 províncies i moltes ciutats que encara no estan cobertes per la nova jurisdicció.

El nombre de casos de propietat intel·lectual (inclosos tres tipus de demandes) en aquestes 12 províncies (regions autònomes/districtes) el 2018 era de 3.561, cosa que representa el 10,5% de país<sup>(7)</sup>. No es



tracta d'una xifra petita que es pugui ignorar.

L'adopció per part de la Xina d'aquestes mesures de reforma es pot atribuir a la gran dificultat de gestionar una societat tan gran. No és realista establir en poc temps un sistema de jurisdiccions especialitzades que abasti tot el país. Per tant, pot ser més apropiada l'aprovació de pilots i lots.

Per aprofundir en la reforma judicial, és necessari l'establiment de normes unificades d'enjudiciament en matèria de propietat intel·lectual i també l'aplicació de la competència especial als casos de propietat intel·lectual a tot el país. Però per a les 12 províncies (regions autònomes/districtes) que encara no han estat cobertes, cal crear un tribunal de propietat intel·lectual a les ciutats principals de les províncies o s'han de crear diversos tribunals de propietat intel·lectual amb jurisdicció interprovincial?

Si els Tribunals de PI es continuen creant d'acord amb les unitats administratives provincials, les grans dimensions de la Xina portaran a un model massa fragmentat d'òrgans judicials i no es podran garantir la unificació dels fets i les normes d'arbitratge. És més convenient esperar que arribi el moment per madurar i optar per diverses millores als òrgans de propietat intel·lectual dels tribunals de propietat intel·lectual de totes les jurisdiccions. Aquests òrgans transregionals de propietat intel·lectual podran conèixer centralment de casos tècnics en una zona geogràfica més àmplia, completant així la construcció de jurisdiccions especialitzades en el nivell de tribunals populars intermedis (Zhang, Lingling, 2018).

A més, es poden sondejar tribunals de propietat intel·lectual en algunes ciutats centrals en jurisdiccions interprovincials de províncies veïnes. O bé, basant-se en el tribunal de propietat intel·lectual, crear un tribunal de jurisdicció interprovincial. Al mateix temps que s'impedeix el proteccionisme local i es garanteix la relativa unificació de les normes judicials, també es pot evitar la pèrdua de talent professional a causa dels canvis geogràfics i el deteriorament de la qualitat dels processos.

#### 4. Conclusions

En els darrers anys, la reforma judicial ha permès a la Xina establir un sistema d'enjudiciament especial en matèria de propietat intel·lectual relativament complet i l'enjudiciament de casos de propietat intel·lectual s'ha especialitzat gradualment. En general, serà més raonable la divisió de la jurisdicció dels casos de propietat intel·lectual i les normes d'enjudiciament per als casos de propietat intel·lectual seran més uniformes. Amb tot, també hi ha alguns problemes que s'han de resoldre, com la racionalització de la relació d'enjudiciament entre els diferents òrgans judicials per assignar racionalment els recursos judicials i aconseguir una cobertura àmplia de jurisdiccions especialitzades per garantir l'especialitat dels processos de propietat intel·lectual.

#### BIBLIOGRAFIA

Kong, Xiangjun, (2015). Discussion on Several Issues of China's Current Intellectual Property Judicial Protection -Rethinking on Intellectual Property Judicial Policy and Its Trend. *Intellectual Property*, 01, 3-15.

Yi, Jiming, (2018). The Status Quo and Direction of Judicial Protection of Intellectual Property in China. *Journal of Northwest University(Philosophy and Social Sciences)*, 48(05),50-63.

Zhang, Xiaowei, (2013). Review and Reflection on the Reform of Intellectual Property's "Three-in-One" Reform. *Intellectual Property*, 06, 68-71.

Cao, Xinming, (2014). Establishment of Intellectual Property Court: Important Measures for Rule of Law and Modernization of State Administration. *Legal and Social Development*, 20(05), 60-62.

Wu, Handong, (2015). Construction of China's Intellectual Property Court: Pilot Samples and Basic Trends. *Law Application*, 10, 2-5.

Yi, Jiming, (2019). Intellectual Property Court in the Reform of Judicial System. *The law applies*, 03, 28-38.

Li, Jian & Liao Jibo, (2019). The Appeal Mechanism of Intellectual Property Cases at the National Level: History, Current Situation and Prospects. *Law Application*, 01, 71-75.

Zhang, Lingling, (2018). Preliminary Conception of Perfecting China's Intellectual Property Court System. *Intellectual Property*, 03, 27-36.

i. Font: lloc web de la Oficina Nacional de Propietat Intel·lectual de la Xina: <http://www.cnipa.gov.cn>.

ii. Taxa d'industrialització de patents=Nombre de patents utilitzades per produir productes i posar-los al mercat/ Nombre de patents vàlides en propietat.

iii. Font: Judicial Data Application Research Center del lloc web de la Universitat de Jilin: <http://www.jlulbd.com>.

#### NOTES

- (1) Li Xiaoming, Ph. D., professor associat de la Facultat de Dret de la Universitat de Xi'an Jiaotong; Liao Qian, estudiant postgraduat de la Facultat de Dret de la Universitat de Xi'an Jiaotong.
- (2) El 2018, amb l'aprovació del Govern central, l'abreviatura de l'Oficina Estatal de Propietat Intel·lectual es va canviar de la "SIPO" original a "CNIPA", que és l'abreviació de "China National Intellectual Property Administration" (Administració de la Propietat Intel·lectual Nacional de la Xina).
- (3) Font: Oficina Nacional de Propiedad Intelectual de China, sitio web: <http://www.cnipa.gov.cn>.
- (4) 2018 Judicial Protection of Intellectual Property Rights in Chinese Courts.
- (5) La jurisdicció penal de primera instància segueix estant limitada a el cas dins de la ciutat i encara no s'ha obert camí a la regió.
- (6) 2018 Decision on Several Issues Concerning Litigation Procedures in Patent and Other Intellectual Property Cases
- (7) Font: Judicial Data Application Research Center del sitio web de la Universidad de Jilin: <http://www.jlulbd.com>.



## L'assistència financera als socis (\*)

Javier Martínez Lehmann  
Notari de Barcelona

En aquest article faré una crítica a la regulació actual, en seu de societats de capital, a l'hora d'adquirir les accions o les participacions pròpies o de la societat dominant. També faré una referència a la prohibició d'acceptar les accions o les participacions en garantia de crèdits.

El fonament originari de la normativa actual no és altre que evitar que el patrimoni de la societat, nodrit de manera estructural pels desemborsaments dels socis en la constitució de la companyia o les seves ampliacions, quedi diluït o ajornat per "mers crèdits" contra els socis, ja que aquesta operativa si fos admesa incondicionalment podria produir distorsions comptables. Així, els considerants 40, 41, 42 i 43 de la Directiva 2017/1132 estableixen *"la necesidad de adoptar medidas necesarias para preservar el capital, garantía de los acreedores, prohibiendo cualquier reducción del mismo, mediante distribuciones indebidas a los accionistas y limitando la posibilidad para la sociedad anónima de adquirir sus propias acciones"*, i aquestes limitacions s'han d'aplicar a les adquisicions realitzades per una persona que actua en nom propi però per compte de la societat o bé que se serveixi d'una societat en la qual la societat en qüestió tingui una posició o influència dominant. Aquesta també convida a estendre el règim o cauteles previstes en aquesta directiva per a



les SA també a les societats de responsabilitat limitada.

Un altre risc afegit són els possibles abusos de la majoria diluint o rebaixant el percentatge de dissidents amb compres per part de socis alineats amb l'òrgan d'administració i amb el suport financer de la societat.

De la mateixa manera, sol·licitar finançament a la societat per part d'un soci oferint com a garantia la pignoració de les seves accions o participacions pròpies posaria in-

directament en risc les restriccions en seu d'autocartera, en cas d'execució.

Aquest perill ja es va veure en el primer quart del segle xx al Regne Unit, Act 1929 i 1948 i acollit pel legislador en les seves normes successives. Aviat la doctrina va alertar dels riscos que la tal prohibició implicava per a les societats i va demanar una flexibilització del rigor normatiu. Les Act 1981 i 1985 han relaxat el rigorisme existent fins aleshores.

Les directives comunitàries van seguir el mateix camí; així, la primera Directiva comunitària 77/91 va acollir de manera acrítica la prohibició, que va ser mitigada en la següent directiva de 2006 i l'actual de 2017, de la qual parlaré a continuació. Avui sembla que és necessari flexibilitzar el rigor normatiu en el Dret espanyol. Cal tenir en compte que als EUA no es prohibeix l'assistència financera i les possibles conseqüències negatives per als creditors o socis es reconduïxen al règim de responsabilitat dels administradors o a la Llei d'insol·vències.

El que crida més l'atenció és que el legislador espanyol hagi mantingut la prohibició de l'assistència financera en l'àmbit de les SL, on el joc de l'autonomia dels socis i el règim de responsabilitat dels administradors i fins i tot dels socis podrien evitar els possibles riscos dels creditors. El problema seria menor si no fos perquè resta flexibilitat i competitivitat a les empreses espanyoles

El que crida més l'atenció és que el legislador espanyol hagi mantingut la prohibició de l'assistència financera en l'àmbit de les SL, on el joc de l'autonomia dels socis i el règim de responsabilitat dels administradors i fins i tot dels socis podrien evitar els possibles riscos dels creditors. El problema seria menor si no fos perquè resta flexibilitat i competitivitat a les empreses espanyoles. Vull posar èmfasi en el desavantatge empresarial que aquesta norma pot produir, ja que el finançament per a la incorporació d'un soci o per facilitar als qui queden l'adquisició de les accions o participacions d'un soci que surt de la companyia, voluntàriament o involuntàriament (defunció) és una cosa útil. L'element, o factor personal, en una pime és fonamental i els recursos de la societat han de poder finançar situacions com les esmentades, sempre que els possibles riscos de creditors o socis minoritaris quedin protegits. El que és bo per als socis i per a la societat també ho ha de ser per als seus creditors. Prohibir per evitar riscos és una mala pràctica legislativa que parteix d'un error conceptual.

El problema va haver de ser esquivat en l'àmbit de les fusions o les escissions,



ja que, el que en principi podia ser una operació innòcua des del punt de vista jurídic com és l'adquisició d'accions o de participacions en una altra societat, podia donar lloc a la vulneració de la prohibició d'assistència financera quan la societat prestatària (per rebre assistència de la matriu) i adquirent forma part d'una operació d'absorció, i integra el seu patrimoni o el de la societat adquirida en el de l'absorbent, el qual està format per accions o participacions pròpies o de la matriu. Així, l'article 35 LME, per la raó esmentada, soluciona el problema de manera tangencial: "En caso de fusión entre dos o más sociedades, si alguna de ellas hubiera contraído deudas en los tres años inmediatamente anteriores para adquirir el control de otra que participe en la operación de fusión o para adquirir activos de la misma esenciales para su normal explotación o que sean de importancia por su valor patrimonial, serán de aplicación las siguientes reglas:

- 1.º El proyecto de fusión **deberá indicar los recursos y los plazos previstos para la satisfacción por la sociedad resultante de las deudas contraídas para la adquisición del control o de los activos.**

- 2.º El informe de los administradores sobre el proyecto de fusión debe indicar las razones que hubieran justificado la adquisición del control o de los activos y que justifiquen, en su caso, la operación de fusión y contener un plan económico y financiero, con expresión de los recursos

y la descripción de los objetivos que se pretenden conseguir.

- 3.º El informe de los expertos sobre el proyecto de fusión debe contener un juicio sobre la razonabilidad de las indicaciones a que se refieren los dos números anteriores, determinando además si existe asistència financera.

*En estos supuestos será necesario el informe de expertos, incluso cuando se trate de acuerdo unánime de fusión. Este informe interesa sobre todo a los acreedores, para evitar que el capital esté formado por créditos."*

Abans d'analitzar la normativa nacional i la comunitària faré unes consideracions generals relacionades amb l'assistència financera:

1) En qualsevol cas, tota norma prohibitiva ha de ser objecte d'interpretació restrictiva (art. 4 CC), tenint en compte el bé jurídic que es tracta de protegir.

2) Ara que la regulació de la publicitat de les fidúcies és actualitat i a propòsit de l'adquisició per persona interposada, l'art. 246 del Cco ens diu "Quan el comissionista contracta en nom propi no té necessitat de declarar qui és el seu comitent, i queda obligat d'una manera directa, com si el negoci fos seu, amb les persones amb les quals contracti, les quals no tenen cap acció contra el comitent, ni aquest contra elles, exceptuant-ne sempre les accions que cor-



responguin respectivament al comitent i al comissionista entre si.”

En consonància amb l’art. 156 LSC: 1. “Es reputa nul qualsevol acord entre la societat i una altra persona en virtut del qual aquesta s’obligui o es legítimi per fer en nom propi però per compte d’aquella alguna de les operacions que en aquest capítol es prohibeix realitzar a la societat.

Els negocis que faci la persona interposada amb tercers s’entenen efectuats per compte propi i no produeixen cap efecte sobre la societat.

2. Els negocis que faci la persona interposada, quan la seva realització no estigui prohibida a la societat, així com les participacions o accions pròpies, o de la societat dominant, sobre les quals recaiguin aquests negocis, queden sotmesos a les disposicions d’aquest capítol.”

**La Directiva comunitària 2017/1132** en l’article 59.2 ens diu “*si las acciones de una sociedad hubieran sido suscritas por una persona que actuase en nombre propio pero por cuenta de esta sociedad, se considerará que el suscriptor las ha suscrito por su propia cuenta*”.

3) Diu l’art. 158 de la LSC: “Les disposicions d’aquest capítol referides a operacions que tenen per objecte participacions o accions de la societat dominant són aplicables encara que la societat que les faci no sigui de nacionalitat espanyola.”

## ASSISTÈNCIA FINANCERA A SOCIS I ADMINISTRADORS

a) **Art. 162 de la LSC** quan ens diu “1. A la societat de responsabilitat limitada la junta general, mitjançant un acord concret per a cada cas, pot anticipar fons, concedir crèdits o préstecs, prestar garanties i facilitar assistència financera als seus socis i administradors.

2. No és necessari l’acord de la junta general per dur a terme els actes anteriors a favor d’una altra societat pertanyent al mateix grup.”

b) Si es tracta d’una **Societat Anònima**, no forma part de la discrecionalitat dels administradors realitzar operacions que els puguin afectar personalment a ells o a persones vinculades (art. 226.2 LSC). L’atorgament de finançament es pot fer sempre que es faci en condicions estàndards (de mercat) i siguin d’escassa rellevància (229.1a LSC) i cal obtenir l’autorització oportuna de l’òrgan d’administració (assegurada la seva independència) o si es tracta d’un administrador únic, de la junta.

En el cas que l’operació sigui superior al 10% dels actius socials o bé que es faci en condicions de mercat, s’exigirà l’acord previ de la junta, assegurada la innocuïtat de l’operació autoritzada per al patrimoni social o, si és el cas, la seva realització en condicions de mercat i transparència del procés (art. 230 LSC). Aquest règim s’aplicarà a les persones vinculades amb els administra-

dors en les societats limitades (art. 231 i 232 LSC).

En relació amb l’assistència financera prestada a socis no administradors i no vinculats amb aquests, en l’àmbit de les societats anònimes, continuarà el règim ordinari de les operacions que no formen part de l’objecte social i, per tant, es reconduiran a l’àmbit de la responsabilitat social, en poder ser un acte contrari a l’objecte estatutari, art. 234 LSC i 236 LSC. Cal tenir present que els administradors han de respondre davant la societat, davant els socis i davant els creditors socials, del dany que causin per actes o omissions contraris a la Llei o als estatuts o per danys realitzats incomplint els deures inherents al desenvolupament del càrrec, sempre que hagin intervingut dol o culpa. La culpabilitat es presumirà, llevat que hi hagi prova en contra, quan l’acte sigui contrari a la Llei o als estatuts socials.

En qualsevol cas, el finançament prestat als administradors o tercers vinculats amb la societat s’ha de reflectir en la memòria segons la norma 7 i 12 de l’article 260 LSC.

## ASSISTÈNCIA FINANCERA PER A L’ADQUISICIÓ D’ACCIONS I PARTICIPACIONS

### Article 143. Negocis prohibits a la societat de responsabilitat limitada

“2. La societat de responsabilitat limitada no pot anticipar fons, concedir crèdits o préstecs, prestar garantia, ni facilitar assistència financera per a l’adquisició de les seves pròpies participacions o de les participacions creades o les accions emeses per societat del grup a què la societat pertanyi.”

La redacció d’aquest darrer incís no és del tot clara, però s’ha d’entendre la restricció per a l’adquisició de participacions pròpies o accions o participacions de la societat dominant, en connexió amb les restriccions en l’adquisició derivativa (art. 140 LSC).

### Article 150. Assistència financera per a l’adquisició d’accions pròpies i de participacions o accions de la societat dominant

“1. La societat anònima no pot anticipar fons, concedir crèdits o préstecs, prestar garanties ni facilitar cap tipus d’assistència financera per a l’adquisició de les seves accions o de participacions o accions de la seva societat dominant per un tercer.



2. La prohibició que estableix l'apartat anterior no s'aplica als negocis dirigits a facilitar al personal de l'empresa l'adquisició de les accions de la mateixa societat o de participacions o accions de qualsevol altra societat pertanyent al mateix grup.

3. La prohibició que estableix l'apartat primer no s'aplica a les operacions efectuades per bancs i altres entitats de crèdit en l'àmbit de les operacions ordinàries pròpies del seu objecte social que se sufraguin amb càrrec a béns lliures de la societat."

En el patrimoni net del balanç, la societat ha d'establir una reserva equivalent a l'import dels crèdits anotats en l'actiu.

Cal tenir present que el que la Llei prohibeix és l'adquisició d'accions pròpies o de la societat dominant, el que no restringeix és que es presti assistència per a l'adquisició d'accions o participacions de les filials, malgrat que això pot derivar de manera sobrevinguda amb els problemes que ja vam veure en matèria de fusions.

Tornem a criticar el rigor excessiu del legislador (RDGRN 23/11/2012 i 4/7/1995) amb la prohibició esmentada, l'esperit o finalitat de la qual és la mateixa, encara que no coincideixi la literalitat. Així, l'article parla de "préstecs o crèdits" i l'article 150, de "préstecs". S'utilitzen expressions genèriques com anticipació de fons o qualsevol tipus d'assistència financera, amb la finalitat clara d'evitar la discussió de si l'acte concret o contracte es qualifica com a préstec o crèdit i així evitar el frau de llei. Per tant, hem d'incloure en la prohibició el repartiment indegut o anticipat de dividendes amb aquesta finalitat o bé una ampliació de capital feta amb càrrec a fons propis acordada per ell o els socis majoritaris.

Més dubtes encara genera el fet que la societat pugui vendre les seves accions o participacions en autocartera concedint un fraccionament o ajornament en el pagament, quan es fa en condicions de mercat. Des del meu punt de vista, aquesta facilitat de pagament no s'ha de considerar com un supòsit d'assistència financera, en no haver-hi avançament de fons de la societat i, per tant, despatrimonialització d'aquesta. Aquesta possibilitat no queda proscria expressament en els articles 141 i 145 LSC, fins i tot la Directiva 1132/2017 parla de préstecs, avançament de fons o prestació de garanties. No obstant això, aquest no va ser el criteri del TS en sentència de 1r d'octubre



de 2018. Insisteixo, crec que caldrà analitzar cada cas per fer la valoració.

No podem oblidar que el mateix TS, en sentència de 27 de març 2019, va admetre l'autocartera fora dels supòsits legals quan aquesta situació era transitòria, formava part d'una sèrie de negocis complexos de reestructuració, i no hi havia risc de despatrimonialització de la companyia. Tampoc podem deixar de banda el supòsit previst en l'art. 60.2 de la Directiva *"la legislación de un estado miembro podrá autorizar una excepción a la necesaria autorización de junta, cuando la adquisición de las acciones propias sea necesaria para evitar a la sociedad un perjuicio grave e inminente. Debiendo en tal caso informar el órgano de administración a la junta de dicha adquisición"*.

El rigor legal exclou qualsevol tipus d'assistència financera, sense que exigeixi simultaneïtat en ambdós negocis, assistència i adquisició. Aquesta assistència pot ser anterior, simultània o posterior. Veiem que, en certs casos, a la societat financeradora se li escapa el control de la vulneració de la prohibició, la qual cosa fa que aquesta a vegades pugui estar destinada a una ineficàcia claudicant o donar lloc a situacions fràgils.

Sens dubte, la manca de simultaneïtat en la prestació de finançament i l'adquisició de les participacions o accions pròpies pot facilitar el frau de llei, retardant els temps entre l'una i l'altra operació o bé procurant la ruptura del nexa causal entre aquestes. Així mateix, exclou la prestació de garanties

a tercers ja siguin reals o personals, com la fiança.

I és que arribats a aquest punt hem de recordar el criteri europeu per admetre l'assistència financera, en la qual, seguint Aguilar Alfaro, possiblement seria d'invocació directa a Espanya, a més del fet que aquesta prohibició presenti alguns dubtes de constitucionalitat (art. 33 i 38). Insisteixo que aquestes no són proporcionals amb els riscos que proven d'evitar, quan això no afecta ni el capital ni les reserves indisponibles i aquestes operacions es porten a terme amb transparència i condicions de mercat.

Veiem també que per a les societats anònimes s'exceptua la prohibició quan la seva finalitat sigui facilitar al personal de l'empresa l'adquisició d'accions de la mateixa empresa o accions o participacions de societats del grup. Per tant, s'hauria de poder admetre l'assistència financera en aquells en què concorri un contracte amb els caràcters "d'alienat i dependència".

Si analitzem la Directiva comunitària 1132/2017 en l'article 64 permet l'assistència financera per a l'adquisició de les seves accions, sempre sota la responsabilitat de l'òrgan d'administració o de direcció, en condicions de mercat "justes", especialment respecte de l'interès i de les garanties que la societat rep pels préstecs i avançaments. Exigeix analitzar la situació financera o creditícia del tercer, que l'operació sigui aprovada per la junta amb



majoria de 2/3 dels vots corresponents als títols o del capital subscrit, tret que el quòrum sigui almenys de la meitat i, en aquest cas, serà suficient la majoria simple. L'òrgan d'administració haurà de fer un informe sobre la viabilitat de l'operació que ha de ser objecte de publicitat en el Registre mercantil.

La directiva preveu com un supòsit especial l'assistència financera total, quan es finança totalment, exigint en aquest cas que la sortida de fons no impliqui una reducció de l'actiu net de manera que quedi per sota del capital subscrit augmentant-lo amb les reserves que no siguin distribuïbles per llei o estatuts. També s'han de descomptar a l'actiu net els recursos utilitzats per a l'adquisició de la mateixa societat (o els tres que actuen per compte seu) de les seves accions. Per evitar el perjudici als creditors, la societat haurà de crear en el passiu del balanç una reserva que s'ha de mantenir fins que es reintegri l'assistència financera total. A més, la directiva preveu l'assistència financera per als casos d'ampliacions de capital (originària) i exigeix a més que el valor o el preu siguin justos, respectant alhora els límits de l'art. 56 (límits del repartiment de dividends), com també per als supòsits de frau ja previstos al principi.

Com a conclusió veiem que el legislador europeu soluciona els possibles riscos dels socis i creditors de manera paral·lela a la tinença d'accions pròpies (majories i reserves).

I és que arribats a aquest punt hem de recordar que la ubicació de la regulació de l'assistència financera es troba en el capítol VI del títol IV a propòsit dels negocis sobre les mateixes participacions i accions, la qual cosa ja delata que el problema o risc subjacent és el mateix, i això ens porta a la qüestió següent: règim sancionador.

Curiosament, la Llei sí que regula amb detall les conseqüències de la vulneració de la Llei en les adquisicions derivatives d'accions o de participacions, amb el matís ja indicat en les sentències del TS. En canvi, la Llei no diu res per al cas de l'assistència financera, amb la qual cosa caldria entendre aplicable la sanció de nul·litat quan es vulnerin les normes imperatives o bé, segons el meu criteri, recórrer a la interpretació sistemàtica i teleològica de la Llei, que cobreix amb la normativa europea. És per això que no cal predicar de manera sistemàtica en tota assistència financera la nul·litat de ple dret i sí que cal posar en joc els límits legals en matèria d'adquisició d'accions o participacions com també els límits generals a l'exercici del dret, com són la bona fe i l'abús de dret (art. 7 CC) i la il·licitud de la causa. Sembla que la societat no pot finançar el que ella no pot fer per ella mateixa. Quan en l'assistència financera s'utilitzen recursos disponibles, sense que aquests formin part de la garantia mínima legal o estatutària dels creditors, tenint en compte les accions o les participacions en cartera, dotant si és el cas la reserva oportuna (ex 142.2 i 148c), els interessos en joc queden protegits, en qualsevol cas l'operació hau-

rà de ser aprovada per junta i realitzada en condicions de mercat.

Ahora cal tenir present que el "principi *favor negoti*" exigeix que la declaració de nul·litat de l'assistència financera no es traslladi al negoci adquisitiu, llevat en els supòsits que la ineficàcia de l'assistència i la seva il·licitud es connecti i afecti la causa del negoci d'adquisició. Sobre la nul·litat parcial i limitada a l'assistència financera, vegeu STS 541/2018 de 1r d'octubre.

No només hem de centrar la il·licitud de l'assistència a l'àmbit del negoci, sinó també recordar la responsabilitat dels administradors que formen la voluntat societària en la seva celebració, art. 238 de la LSC, o fins i tot en l'àmbit penal, així l'art. 295 del Codi penal.

No acabarem aquesta secció sense fer esment al règim administratiu sancionador, que sota la rúbrica de disposicions comunes secció 5, es recull en l'article 57 LSC.

## ACEPTACIÓ D'ACCIONS I PARTICIPACIONS EN GARANTIA

Començarem amb l'article 66 de la Directiva: "*La aceptación en prenda por la sociedad de sus propias acciones, bien por sí misma o bien por una persona que actúe en su propio nombre pero por cuenta de la sociedad, se asimilará a las adquisiciones indicadas en los artículos 60, 61.1, 63 y 64.*"

Aquests articles tracten les restriccions en les adquisicions d'accions pròpies, excepcions, règim jurídic i prohibició d'assistència financera. Veiem per tant que es parteix de la seva admissió limitada, sempre que les operacions siguin autoritzades per la junta, no produeixi una reducció de la solvència o del patrimoni de la companyia, en relació amb la garantia legal del capital i reserves indisponibles i, finalment, restringint si és el cas el volum d'accions pròpies en cartera i restringint-ne els drets polítics.

### Article 143. Negocis prohibits a la societat de responsabilitat limitada

"1. La societat de responsabilitat limitada no pot acceptar en penyora o en una altra forma de garantia les seves pròpies participacions ni les participacions creades ni les accions emeses per societat del grup a què pertanyi." Aquest article cal connectar-lo amb l'article 162 i article 140.1C i 109 LEC (per al cas que s'hagués previst el dret



preferent d'adquisició a favor de la societat en els procediments de constrenyiment) la qual cosa genera problemes de difícil solució, en no haver-hi sempre i en tot cas risc d'autocartera o bé estar permesa.

Què passa si un soci ofereix en garantia les seves accions o participacions per a assegurar un crèdit "ex novo" com un préstec o un deute ja existent amb la companyia derivat de relacions comercials? Què passaria si deixa de pagar encara que no hagi donat en garantia les seves accions o participacions? Les accions o participacions de l'incomplidor queden fora de la responsabilitat universal? No és cert que la mateixa societat, a l'hora de concedir un préstec, té en compte el patrimoni del deutor, incloses les seves pròpies accions o participacions? Quina raó de pes exclou poder afectar de manera directa i voluntària, per exemple

un dret real de penyora, unes accions o participacions que podrien ser adjudicades a la societat via procediment executiu ordinari, fent que es perdi amb això, tota preferència?

Resulta difícil la separació conceptual d'aquesta prohibició amb els riscos advertits al llarg d'aquest article.

**Amb més encert i lògica, l'article 149 diu:**

1. La societat anònima només pot acceptar en penyora o en una altra forma de garantia les seves pròpies accions, o les participacions creades o les accions emeses per la societat dominant, dins dels límits i amb els mateixos requisits aplicables a la seva adquisició.

2. El que disposa l'apartat anterior no s'aplica a les operacions fetes en l'àmbit de les activitats ordinàries dels bancs i altres entitats de crèdit. Aquestes operacions, tanmateix, han de complir el requisit a què es refereix la lletra c de l'article anterior.

3. El que estableix l'article anterior és aplicable, en el que sigui compatible, a les participacions o accions posseïdes en concepte de penyora o d'una altra forma de garantia (règim d'accions pròpies i de les participacions o accions de la societat dominant).

---

\* Ponència presentada a la Jornada "Notariat i Empresa: una visió pràctica", coorganitzada juntament amb Foment del Treball, celebrada el 14 d'octubre de 2019.



# Sentències del Tribunal Suprem

Datades des de setembre a desembre de 2019

Redacció Lefebvre

## TREBALL I EMPRESA

### Extinció de contracte de treball per faltes d'assistència

*Ref. EDE 2019/712940, STC, Ple de 16 octubre 2019, rec. 2960/2019. Ponent: Sr. Andrés Ollero Tassara*

RESUM: Extinció del contracte de treball per causes objectives si hi ha faltes d'assistència justificades però intermitents. El Ple del TC ha avalat la licitud de l'acomiadament objectiu per absentisme si hi ha faltes d'assistència fins i tot justificades però intermitents. Encara que el legislador ha adoptat una mesura que limita el dret al treball, en el seu vessant de dret a l'estabilitat en l'ocupació, ho ha fet amb una finalitat legítima com és evitar l'increment indegut dels costos que les absències a la feina suposen per a les empreses, que troba fonament constitucional en la llibertat d'empresa i la defensa de la productivitat (FJ 6).

ITER PROCESSAL: Plantejada una qüestió d'inconstitucionalitat respecte de l'art. 52 d) del text refós de la Llei de l'Estatut dels Treballadors (LET), aprovat pel Reial decret legislatiu 2/2015, de 23 d'octubre, en la mesura que permet a l'empresari extingir la relació laboral per causa d'absentisme derivat de malalties intermitents de curta durada del treballador que hagin donat lloc o no a l'expedició de comunicacions oficials de baixa mèdica. El TC desestima i assenyalava que respon a una finalitat legítima com és evitar l'increment indegut dels costos que les absències a la feina suposen per a les empreses.

### Acomiadament de treballador especialment sensible als riscos del seu lloc de treball

*Ref. EDE 2019/682957, STJUE d'11 setembre 2019, C-397/18*

RESUM: Acomiadament de treballador especialment sensible als riscos derivats de la feina. Criteris a seguir per l'empresa. El TJUE es pronuncia sobre els criteris que han de seguir les empreses perquè

l'acomiadament objectiu d'un treballador especialment sensible als riscos derivats del treball sigui procedent. L'empresa té el deure de provar que va fer tots els ajustos i les remodelacions raonables al lloc de treball del treballador abans d'executar l'acomiadament, si no es compleix aquest requisit, l'acomiadament s'ha de presumir discriminatori (FJ 52-75).

ITER PROCESSAL. La petició de decisió prejudicial té per objecte la interpretació de la Directiva 2000/78/CE del Consell, de 27 de novembre de 2000, relativa a l'establiment d'un marc general per a la igualtat de tracte en el treball i l'ocupació. Aquesta petició s'ha presentat en el context d'un litigi relatiu a la legalitat d'un acomiadament per causes objectives. El TJUE estableix que l'empresa ha de provar que va fer tots els ajustos i les remodelacions raonables al lloc de treball del treballador abans d'executar l'acomiadament o es presumiria discriminatori.

### Discriminació dels treballadors fixos discontinus per a aconseguir triennis

*Ref. EDE 2019/708816, ATJUE de 15 octubre 2019, C-439/18*

RESUM: Discriminació per la Llei laboral espanyola dels treballadors fixos discontinus a l'hora de calcular els períodes d'antiguitat per a poder aconseguir triennis. Declara que la normativa europea s'oposa a la normativa i pràctica empresarial espanyoles, de conformitat amb les quals, en el cas de treballadors fixos discontinus, a l'efecte del càlcul de l'antiguitat requerida per a poder percebre triennis en concepte de complements retributius, només es computen els períodes efectivament treballats, excloent els períodes en els quals no s'ha treballat, cosa que no passa amb els treballadors a temps complet (FJ 24-66).

ITER PROCESSAL. Les peticions de decisió prejudicial tenen per objecte la interpretació de la clàusula 4 de l'Acord marc sobre el treball a temps parcial, celebrat el 6 de juny de 1997, que figura a



l'annex de la Directiva 97/81/CE del Consell, de 15 de desembre de 1997, relativa a l'Acord marc sobre el treball a temps parcial conclòs per l'UNICE, el CEEP i la CES, i dels articles 2, apartat 1, lletra b), i 14, apartat 1, de la Directiva 2006/54/CE del Parlament Europeu i del Consell, de 5 de juliol de 2006, relativa a l'aplicació del principi d'igualtat d'oportunitats i d'igualtat de tracte entre homes i dones en assumptes de treball i ocupació. Aquestes peticions s'han presentat en el marc de sengles litigis entre dues treballadores, per una banda, i l'Agència estatal de l'Administració tributària, de l'altra, en relació amb el càlcul de la seva antiguitat com a treballadores fixes discontinues a l'efecte de poder percebre triennis. EL TJUE ha dictaminat que la normativa espanyola va discriminar aquestes treballadores perquè només es computen els períodes treballats efectivament, exclouent els períodes en els quals no s'ha treballat, cosa que no passa amb els treballadors a temps complet.

### **Invalidesa del contracte d'interinitat per a substituir treballadors de vacances**

*Ref. EDE 2019/739702, STS Sala 4a, de 30 octubre 2019, rec. 1070/2017*  
*Ponent: Sra. María Lourdes Arastey Sahún*

RESUM: El contracte d'interinitat no és vàlid per a substituir treballadors de vacances. El TS declara improcedent l'acomiadament d'una treballadora que durant vuit anys va signar 242 contractes successius d'interinitat per substitució. El fet que els treballadors de la plantilla exerceixen els seus drets al descans i a les vacances és una circumstància previsible i, consegüentment, no s'ajusta a Dret la cobertura temporal de les seves funcions acudint a la via d'interinitat per substitució (FJ 2).

ITER PROCESSAL: La treballadora demandant acudeix a la cassació per a unificació de doctrina davant la sentència de la Sala Social del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, que confirma la dictada pel Jutjat Social, desestimària de la seva demanda d'acomiadament. El TS declara improcedent l'acomiadament i estableix la invalidesa del contracte d'interinitat per substitució per a substituir treballadors de vacances.

### **Dret al pla d'igualtat de l'empresa usuària dels treballadors de les ETT**

*Ref. EDE 2019/734462, STS Sala 4a de 13 novembre 2019, rec. 75/2018*  
*Ponent: Sr. Ángel Antonio Blasco Pellicer*

RESUM: Els treballadors de les ETT tenen dret al pla d'igualtat de l'empresa usuària. El TS ha establert que els treballadors contractats a través d'empreses de treball temporal tenen dret que se'ls apliquin les mesures contingudes en el pla d'igualtat de l'empresa usuària. La igualtat de tracte i d'oportunitats entre dones i homes és un principi informador de l'ordenament jurídic i, com a tal, s'ha d'integrar i observar en la interpretació i l'aplicació de les normes jurídiques (FJ 2 i 3).

ITER PROCESSAL: L'AN va estimar les demandes deduïdes per diversos sindicats sobre conflicte col·lectiu i va declarar el dret del personal contractat, a través de les empreses de treball temporal, que se'ls apliquin les mesures acordades en el pla d'igualtat. El TS confirma la sentència per la qual s'ha recorregut i reconeix el tal dret als treballadors temporals.

## **SEGURETAT SOCIAL**

### **Denegada prestació de supervivència en mancar el requisit de convivència**

*Ref. EDE 2019/704514, STS Sala 4a de 13 setembre 2019, rec. 1462/2017.*  
*Ponent: Sra. M. Luisa Segoviano Astaburuaga*

RESUM: Denegació de prestació de supervivència per mancar el requisit de convivència. El TS avala denegar la prestació de supervivència perquè manca el requisit de convivència. El fet que el causant es trobés en una residència des de feia més de dos anys, abans de la seva defunció, en una localitat diferent de la localitat en la qual la filla tenia el domicili, suposa que no es compleix el requisit de convivència exigida per lucrar la prestació a favor de familiars (FJ 2).

ITER PROCESSAL: El Jutjat Social va estimar la demanda contra l'INSS i la Tresoreria i va declarar el dret a favor de l'actora sobre prestació a favor de familiars. D'altra banda, el TSJ va determinar que no era procedent la prestació perquè mancava el requisit de la convivència, fet que confirma el TS.

### **Complement per mínims. Consideració com a rendiment del treball de les pensions reconegudes a l'estranger**

*Ref. EDE 2019/731704, STS Sala 4a de 23 octubre 2019, rec. 2158/2017.*  
*Ponent: Sr. Sebastián Moralo Gallego*

RESUM: Consideració com a rendiment del treball les pensions reconegudes a l'estranger. Càlcul del dret de complement per mínims. El Ple de la Sala Quarta del TS estableix que, per calcular el dret de complement per mínims, la doctrina correcta és la que obliga a comptabilitzar totes les prestacions percebudes pel pensionista d'una entitat estrangera, que són considerades ingressos o rendiments del treball. Així, rectifica la doctrina existent fins llavors en aquesta Sala, quan s'eximia del tal còmput les pensions reconegudes a l'estranger (Fj 5 i 6). S'emet vot particular de la Magistrada Excm. Sra. Rosa Maria Viroles Piñol.

ITER PROCESSAL: La qüestió objecte d'aquest recurs de cassació per a la unificació de doctrina és determinar si la renda que percep l'actora del fons de pensions per a treballadors d'un hotel a l'estranger, en el qual va prestar serveis, s'ha de computar a l'efecte d'establir si té dret a percebre els complements per mínims de la pensió d'incapacitat permanent absoluta del RETA a càrrec de la Seguretat Social espanyola. El Jutjat Social va entendre que no s'havia de computar, de la mateixa manera que el TSJ, en no haver estat reconeguda a l'empara d'un conveni bilateral o multilateral de la Seguretat Social, per la qual cosa no s'ha de sumar la pensió espanyola als efectes del complement per mínims. El TS, en canvi, estableix que la doctrina correcta és la que obliga a comptabilitzar totes les prestacions que el pensionista pugui percebre d'una entitat estrangera, que seran considerades ingressos o rendiments del treball.

## **PROTECCIÓ DE DADES**

### **Limitació del dret a l'oblit als ciutadans europeus dins la Unió**

*Ref. EDE 2019/689798, STUE de 24 setembre 2019, C-5077/17*

RESUM: Limitació del dret a l'oblit als ciutadans europeus dins la Unió. El TJUE limita el dret a l'oblit als ciutadans europeus dins la



# Sentències

Unió, diu que el gestor d'un motor de cerca no està obligat a retirar els enllaços en totes les versions, sinó únicament a la UE. El Dret de la Unió obliga el gestor d'un motor de cerca a retirar els enllaços en les versions del seu motor, que corresponguin al conjunt dels Estats membres i a adoptar mesures prou eficaces per garantir la protecció efectiva dels drets fonamentals de l'interessat (FJ 40-73).

**ITER PROCESSAL:** La petició de decisió prejudicial té per objecte la interpretació de la Directiva 95/46/CE del Parlament Europeu i del Consell, de 24 d'octubre de 1995, relativa a la protecció de les persones físiques pel que fa al tractament de dades personals i a la lliure circulació d'aquestes dades. Petició presentada en el context d'un litigi entre Google i la Comissió Nacional d'Informàtica i Llibertats de França, en relació amb una sanció imposada per aquesta última a Google, a causa de la negativa d'aquesta societat, després d'estimar una sol·licitud de retirada d'enllaços d'una llista de resultats, a procedir a la tal retirada en totes les extensions de nom de domini del seu motor de cerca. El TJUE ha dictaminat que el gestor d'un motor de cerca està obligat a retirar els enllaços en les versions del seu motor que corresponguin al conjunt dels Estats membres i a adoptar mesures prou eficaces per garantir la protecció efectiva dels drets fonamentals de l'interessat.

## DRET DE FAMÍLIA

### Extinció de l'ús de l'habitatge quan el beneficiari hi conviu amb un tercer

*Ref. EDE 2019/720797, STS Sala 1a, de 29 octubre 2019, rec. 1153/2019. Ponent: Sr. Francisco Javier Arroyo Fiestas*

**RESUM:** Extinció de l'ús de l'habitatge quan el beneficiari hi conviu amb un tercer. Es desnaturalitza el caràcter de l'habitatge. El TS deixa sense efecte l'atribució de l'habitatge que va ser familiar, a la menor i a la mare que la custodia, i assenyala que l'han d'abandonar en un termini d'un any. La introducció d'un tercer a l'habitatge familiar en una relació afectiva estable desnaturalitza el caràcter de l'habitatge perquè deixa de ser familiar, en el sentit que, mantenint-hi la menor, es forma una nova parella sentimental entre la seva mare i un tercer que gaudeix d'un habitatge que també és propietat del demandant (FJ 3).

**ITER PROCESSAL:** El Jutjat no va estimar la modificació de mesures sol·licitada pel demandant respecte de l'extinció del dret d'ús i gaudi de l'habitatge que va ser familiar, atorgat a favor de la demandada, perquè havien canviat les circumstàncies que es van tenir en compte en aquell moment, en haver-hi introduït actualment una nova parella sentimental. L'AP va mantenir l'atribució de l'ús de l'habitatge familiar a favor de la menor i la progenitora custòdia, però el TS deixa sense efecte aquesta atribució i ordena abandonar l'habitatge en un any.

## DRETS FONAMENTALS

### Lliure desenvolupament de la persona, dret a la intimitat personal

*Ref. EDE 2019/663065, STC de 18 juliol 2019, rec. 1595/2016. Ponent: Sr. Juan José González Rivas*

**RESUM:** Sol·licitud de canvi de sexe en el Registre Civil. El Ple del TC avala que els menors amb maduresa suficient i que es trobin en

una situació estable de transsexualitat puguin sol·licitar el canvi de sexe en el Registre Civil. S'emet vot particular per la magistrada Encarnació Roca Trias al qual s'adhereix el magistrat Alfredo Montoya Melgar.

**ITER PROCESSAL:** Aquesta qüestió d'inconstitucionalitat, plantejada pel Ple de la Sala Primera Civil del Tribunal Suprem, encara que formalment té per objecte l'art. 1 de la Llei 3/2007, de 15 de març, reguladora de la rectificació registral de la menció relativa al sexe de les persones, se circumscriu realment a l'incís "major d'edat", és a dir, a l'exigència de majoria d'edat de la persona per a poder sol·licitar la rectificació de la menció del seu sexe en el Registre Civil i, complementàriament, del seu nom en consonància amb aquest canvi. El TC declara que la inconstitucionalitat de l'article ho és en la mesura que s'aplica a menors d'edat amb maduresa suficient i que es troben en una situació estable de transsexualitat.

## Igualtat de tracte entre homes i dones

*Ref. EDE 2019/749032, STUE de 12 desembre 2019, C-450/18*

**RESUM:** El TJUE reconeix a un pare amb pensió d'invalidesa el complement per fill. El TJUE ha reconegut a un home amb pensió d'invalidesa el complement que tenen les dones amb dos o més fills. El complement per ser pare de dues filles va ser rebutjat per la Seguretat Social adduint que és en concepte de maternitat i es concedeix exclusivament a les dones. Els jutges europeus remarquen que la legislació espanyola concedeix un tracte menys favorable als homes que hagin tingut almenys dos fills biològics o adoptats, cosa que constitueix una discriminació directa per raó de sexe (FJ 25-67).

**ITER PROCESSAL:** La petició de decisió prejudicial té per objecte la interpretació de l'art. 157 TFUE i de la Directiva 2006/54/CE del Parlament Europeu i del Consell, de 5 de juliol de 2006, relativa a l'aplicació del principi d'igualtat d'oportunitats i igualtat de tracte entre homes i dones en assumptes de treball i ocupació. Aquesta petició s'ha presentat en el context d'un litigi entre un pare de dues filles i l'Institut Nacional de la Seguretat Social (INSS), en relació amb la negativa a concedir-li un complement de pensió que perceben les dones que hagin tingut almenys dos fills biològics o adoptats. El TJUE li reconeix el complement i diu que la legislació espanyola concedeix un tracte menys favorable als homes que hagin tingut almenys dos fills biològics o adoptats, cosa que constitueix una discriminació directa per raó de sexe.

## ACCIDENTS, ASSEGURANCES, INDEMNITZACIONS

### Dret a pròtesi de darrera generació com a reparació íntegra del dany en accident laboral

*Ref. EDE 2019/705551, STS Sala 4a de 10 octubre 2019, rec. 3494/2017. Ponent: Sr. Antonio Vicente Sempere Navarro*

**RESUM:** Dret a pròtesi de darrera generació com a reparació íntegra del dany en accident laboral. El TS ha reconegut el dret a un treballador, que va patir l'amputació de la mà dreta, que se li implantí una pròtesi, mioelèctrica de darrera generació i no la merament convencional que està prevista pels supòsits d'assistència sanitària ordinària. El principi de reparació íntegra del dany causat per l'accident de treball és que ha de seguir presidint la prestació d'assistència sa-





nitària. Això no equival a l'absència de límits o a la proclamació d'un deure de despesa incontrolat, sinó subjecte a les possibilitats raonables, però sense les restriccions del catàleg de prestacions sanitàries en contingència comuna (FJ 5).

ITER PROCESSAL: El Jutjat va donar la raó al treballador demandant i va reconèixer el seu dret a la prestació sanitària que consisteix en un implant de pròtesi de darrera generació. El TSJ va estimar el recurs de súplica de la mútua i va desestimar la demanda del treballador. El TS va reconèixer el dret que se li implanti una pròtesi mioelèctrica de darrera generació i no la merament convencional que està prevista per als supòsits d'assistència sanitària ordinària.

### **Termini de prescripció de l'acció contra asseguradora. Compravenda d'habitatge amb lliurament de quantitats anticipades**

*Ref. EDE 2019/601537, STS Sala 1a Ple, de 5 juny 2019, rec. 3020/2015. Ponent: Sr. Francisco Marín Castán*

RESUM: Compravenda d'habitatge amb lliurament de quantitats anticipades. Acció contra asseguradora. Termini de prescripció general. El Ple de la Sala 1a del TS considera que l'acció dels compradors contra l'asseguradora per a reintegrament de les quantitats anticipades a compte del preu de compra dels habitatges prescriu pel transcurs del termini general de quinze anys, a comptar des de la data de lliurament de l'habitatge, que resulta aplicable per raó de la llei. Aquesta preveu l'aplicació del termini general de prescripció de les accions personals per aquests casos, perquè, com que es preveuen garanties alternatives de devolució de les quantitats anticipades –contracte d'assegurança i aval solidari– no tindria sentit que el termini de prescripció de l'acció dels compradors fos més curt, ja que ambdues garanties han de ser contractades imperativament (FJ 3 i 4).

ITER PROCESSAL: El Jutjat va estimar la demanda dels compradors d'un habitatge en construcció contra l'asseguradora perquè els reintegrés les quantitats anticipades a compte del preu. L'AP va estimar el recurs d'apel·lació de l'asseguradora i va declarar la prescripció de l'acció exercida. El TS va confirmar la sentència de primera instància i va indicar que l'acció dels compradors contra l'asseguradora, pel reintegrament de les quantitats anticipades a compte del preu de compra dels habitatges, prescriu pel transcurs del termini general de quinze anys, a comptar des de la data de lliurament de l'habitatge.

### **Assegurances cumulatives: pòlissa de pèrdua de llicència**

*Ref. EDE 2019/730268, STS Sala 1a, de 14 novembre 2019, rec. 800/2017. Ponent: Sr. Pedro José Vela Torres*

RESUM: Assegurances cumulatives: pòlissa de pèrdua de llicència. El TS condemna l'asseguradora a abonar la quantia assegurada per pèrdua de llicència de pilot. En les assegurances de persones cumulatives no opera el principi d'indemnització efectiva, propi de les assegurances de danys, per la qual cosa les prestacions assegurades en les pòlisses d'assegurances de persones són acumulables entre elles sense distribució proporcional. Una clàusula contractual que impedeix que l'assegurat pugui percebre la totalitat de les sumes assegurades resulta clarament limitativa dels drets de l'assegurat (FJ 4).

ITER PROCESSAL: El Jutjat va estimar parcialment la demanda d'un pilot contra una asseguradora condemnant-la a indemnitzar-lo per la pèrdua definitiva de llicència, però va absoldre les dues altres asseguradores amb les quals tenia assegurat el mateix risc. L'AP va desestimar el recurs d'apel·lació del pilot, però el TS li va donar la raó en cassació en establir que en les assegurances de persones cumulatives no opera el principi d'indemnització efectiva, propi de les assegurances de danys, per la qual cosa les prestacions assegurades en les pòlisses d'assegurances de persones són acumulables entre elles sense distribució proporcional.

### **Indemnització al perjudicat absolt que hagi patit presó preventiva**

*Ref. EDE 2019/704554, STS Sala 3a de 10 octubre 2019, rec. 1348/2019. Ponent: Sr. César Tolosa Tribiño*

RESUM: Indemnització al perjudicat absolt que ha patit presó preventiva. Aplicació doctrina Tribunal Constitucional. El TS, aplicant la recent doctrina del TC, ha establert que la presó preventiva indeguda atorga dret a indemnització al perjudicat, en tots els supòsits d'absolució per qualsevol causa o de sobreseïment lliure. Respecte de la quantia de la indemnització per presó indeguda, la llei diu que s'establirà en funció del temps en privació de llibertat i de les conseqüències personals i familiars que s'hagin produït (FJ 7 i 8).

ITER PROCESSAL: L'AN va estimar parcialment la demanda contenciosa administrativa i va condemnar el Ministeri de Justícia a indemnitzar el recurrent per l'existència de dilacions indegudes en el seu procediment judicial, però va desestimar la pretensió del recurrent de ser indemnitzat per haver patit presó provisional en considerar que no era aplicable l'art. 294 LOPJ perquè es tracta d'un supòsit d'inexistència subjectiva (absolució per l'aplicació del principi de presumpció d'innocència). El TS, en canvi, va establir que la presó preventiva indeguda atorga dret a indemnització al perjudicat en tots els supòsits d'absolució per qualsevol causa o de sobreseïment lliure.

### **PRESÓ PERMANENT REVISABLE**

*Ref. EDE 2019/646207, STS Sala 2a de 18 juliol 2019, rec. 10043/2019. Ponent: Sr. Julián Sánchez Melgar*

RESUM: Presó permanent revisable per l'assassinat d'un bebè. En concórrer traïdoria i vulnerabilitat. El TS ha confirmat la condemna de presó permanent revisable per delictes d'assassinat i homicidi en grau de temptativa. Segons la Sala, la condició de la víctima menor de 16 anys suposa un fonament diferent que justifica la decisió del legislador i que no suposa un "bis in idem" que impedeixi l'aplicació de l'art. 140.1.1r CP 95 perquè concorre un fonament diferent per a cadascuna de les dues qualificacions, traïdoria i vulnerabilitat (FJ 6).

ITER PROCESSAL: L'AP, en procediment per Tribunal del Jurat, va condemnar l'acusat per delictes d'assassinat a la pena de presó permanent revisable. Interposat recurs d'apel·lació, el TSJ el desestima i confirma la condemna, de la mateixa manera que el TS en desestimar el recurs de cassació del condemnat i diu que no es vulnera el principi "non bis in idem" perquè concorre un fonament diferent per a cadascuna de les dues qualificacions, traïdoria i vulnerabilitat.



# Sentències

*Ref. EDE 2019/644286, STS Sala 2a de 3 juliol 2019, rec. 10116/2019. Ponent: Sra. Carmen Lamela Díaz*

**RESUM:** Lesions psíquiques. Aplicació de presó permanent revisable. El TS confirma la condemna de presó permanent revisable a un pare que va assassinar el seu fill per causar patiment psicològic a la seva exparella. El delictes és qualificat amb traïdoria i agreujat pel fet que la víctima era menor de setze anys, amb els agreujants de parentiu i de gènere, en concurs medial amb un delictes de lesions psíquiques a la seva exparella. L'acusat no tenia limitada la capacitat de voler i/o conèixer en el moment de la comissió dels fets i no és possible aplicar l'atenuant de confessió o reparació del dany (FJ 2).

**ITER PROCESSAL:** L'AP va dictar sentència condemnatòria, atès el veredictes de culpabilitat del Jurat, per delictes d'assassinat qualificat amb traïdoria i agreujat pel fet que la víctima era menor de setze anys, concorrent els agreujants de parentiu i de gènere, en concurs medial amb un delictes de lesions psíquiques a la seva exparella, a la pena de presó permanent revisable. La pena va ser confirmada en apel·lació pel TSJ i en cassació pel TS que diu que no és possible aplicar l'atenuant de confessió o reparació del dany.

## PROVA INDICIÀRIA

### **Criteris per valorar la suficiència d'indis si no hi ha prova directa en sentència condemnatòria**

*Ref. EDE 2019/724112, STS Sala 2a de 4 novembre 2019, rec. 10207/2019. Ponent: Sr. Vicente Magro Servet*

**RESUM:** Criteris per valorar la suficiència d'indis si no hi ha prova directa en sentència condemnatòria. El TS ha confirmat la condemna per delictes consumat d'assassinat en acceptar la valoració de la prova existent de contingut merament indicatiu però concloent, a manca de prova directa. Fixa una sèrie de criteris per valorar la suficiència d'indis quan no hi hagi prova directa en una sentència condemnatòria (FJ 2).

**ITER PROCESSAL:** L'AP, d'acord amb els termes del veredictes del Tribunal del Jurat, condemna per delictes consumat d'assassinat concorrent l'agreujant d'abús de superioritat. EL TSJ va confirmar la condemna, de la mateixa manera que el TS, el qual va acceptar la valoració de la prova existent de contingut merament indicatiu i va fixar uns criteris per valorar la suficiència d'indis a manca de prova directa.

## DELICTES ECONÒMICS

### **Falsificació de targetes de crèdit. Dany greu i perill provocat en el sistema financer**

*Ref. EDE 2019/715789, STS Sala 2a de 29 octubre 2019, rec. 1614/2018. Ponent: Sr. Vicente Magro Servet*

**RESUM:** Dany greu i perill provocat en el sistema financer. Delictes de falsificació de targetes de crèdit. El TS confirma la condemna per col·laborar en el clonatge de targetes de crèdit i utilitzar-les posteriorment per pagar compres que van ser carregades als titulars de les targetes copiades. Estableix el dany causat a tota la cadena comercial i personal, en atacar l'economia del subjecte passiu, l'entitat bancària que ha de rescabalar al perjudicat l'import de la quantitat distreta, provocant una afectació greu i atac al sistema financer i de compres

amb crèdit per la cadena de perjudicats que introdueix amb la seva conducta falsària (FJ 3).

**ITER PROCESSAL:** L'AP va dictar sentència condemnatòria per delictes continuat de falsificació de targetes de crèdit i de dèbit, en concurs medial amb un delictes continuat d'estafa. El TS confirma la condemna per col·laborar en el clonatge de targetes de crèdit i utilitzar-les posteriorment per pagar compres que van ser carregades als titulars de les targetes copiades i diu que aquesta conducta falsària produeix una afectació greu i un atac al sistema financer i de compres amb crèdit.

## CONSUMIDORS I USUÀRIS

### **Obligació de l'entitat bancària d'atendre la reestructuració de préstec hipotecari**

*Ref. EDE 2019/646250, STS Sala 1a de 9 juliol 2019, rec. 607/2017. Ponent: Sr. Ignacio Sancho Gargallo*

**RESUM:** Obligació de l'entitat bancària d'atendre la reestructuració de préstec hipotecari davant el risc d'exclusió dels prestataris. El TS ha condemnat una entitat bancària a reestructurar el préstec hipotecari d'una parella, que era al llindar d'exclusió. L'entitat va incomplir el seu deure legal d'atendre aquesta sol·licitud que es va presentar en termini i la va rebutjar per causes no previstes en el codi de bones pràctiques de mesures urgents de protecció de deutors hipotecaris sense recursos, al qual s'havia adherit voluntàriament (FJ 2).

**ITER PROCESSAL:** El Jutjat va desestimar la demanda d'una parella, en risc d'exclusió, contra l'entitat bancària sobre petició de reestructuració de préstec hipotecari. L'AP va desestimar el recurs d'apel·lació. Interposat recurs de cassació, el TS l'estima i condemna l'entitat bancària a reestructurar el préstec hipotecari en establir que l'entitat va incomplir el seu deure legal d'atendre aquesta sol·licitud que es va presentar en termini i la va rebutjar per causes no previstes en el codi de bones pràctiques de mesures urgents de protecció de deutors hipotecaris sense recursos.

### **Efectes de la nul·litat de clàusules de venciment anticipat de préstec hipotecaris**

*Ref. EDE 2019/682995, STS Sala 1a, Ple d'11 setembre 2019, rec. 1752/2014. Ponent: Sr. Pedro José Vela Torres*

**RESUM:** Efectes de la nul·litat de les clàusules de venciment anticipat de préstecs hipotecaris. El Ple de la Sala 1a del TS ha resolt sobre els efectes derivats de la nul·litat de les clàusules de venciment anticipat dels préstecs hipotecaris, després de resoldre's la qüestió plantejada al TJUE. La Sala rebutja el sobreseïment automàtic del procediment i possibilita la substitució de la clàusula abusiva per la disposició legal que regula el venciment anticipat o, dit d'una altra manera, els terminis mínims que ha de respectar el creditor per executar la hipoteca. Acudeix a la nova Llei de crèdit immobiliari per fixar el mínim de garanties per continuar l'execució (FJ 8 i 9).

**ITER PROCESSAL:** El Jutjat va estimar la demanda i va declarar nul·les algunes condicions del préstec hipotecari, sense que procedeixi la restitució de les quantitats pagades en excés. El banc va recórrer en apel·lació i l'AP va desestimar el recurs en l'essència. El TS



desestima els recursos extraordinaris per infracció processal i de cassació interposats pel banc i diu que s'ha de rebutjar el sobreseïment automàtic del procediment i possibilitar la substitució de la clàusula abusiva per la disposició legal que regula el venciment anticipat.

### **Exempció de pagament de deute per nul·litat de préstecs al consum**

*Ref. EDE 2019/691330, STS Sala 1a, Ple de 18 setembre 2019, rec. 509/2017. Ponent: Sra. M. de los Angeles Parra Lucán*

RESUM: Exempció de pagament de deute per nul·litat de préstecs al consum. Manca de consentiment. El TS ha exonerat una dona de retornar un deute de diversos préstecs al consum que el seu marit havia subscrit en nom seu sense el seu consentiment en falsificar la seva signatura. L'entitat és l'única que ha de suportar les conseqüències d'una actuació fraudulenta que va ser possible gràcies a la inobservança per la mateixa entitat de les seves normes internes, orientades a evitar el frau als clients (FJ 2).

ITER PROCESSAL: El Jutjat va estimar parcialment la demanda i va declarar la nul·litat dels contractes per manca de consentiment. L'AP va desestimar el recurs d'apel·lació i va confirmar la sentència objecte de recurs. El TS estima parcialment el recurs de cassació i eximeix del pagament del deute pels contractes nuls.

### **Nul·litat per abusiva de comissió per descoberts**

*Ref. EDE 2019/712998, STS Sala 1a, de 25 octubre 2019, rec. 725/2017. Ponent: Sr. Pedro Salas Carceller*

RESUM: Nul·litat per abusiva d'una comissió per descoberts aplicada per una entitat bancària. El TS s'ha pronunciat per primer cop sobre la comissió de reclamació de posicions deutes anul·lant per abusiva una clàusula utilitzada per una entitat bancària. No compleix les exigències del Banc d'Espanya per a aquest tipus de comissions, perquè preveu que es podrà reiterar i es planteja com una reclamació automàtica, no discrimina períodes de mora, de manera que n'hi ha prou amb la ineficàcia de la quota en la data de pagament prevista perquè, a més dels interessos moratoris, es produeixi la meritació de la comissió (FJ 4).

ITER PROCESSAL: El Jutjat va estimar la demanda de l'associació de consumidors i va condemnar l'entitat bancària a eliminar per abusiva la clàusula que estableix una comissió a càrrec del client per reclamació de posicions deutes. El banc va recórrer en apel·lació i l'AP va desestimar el recurs. El TS va confirmar l'anul·lació de la clàusula establint que no compleix les exigències del banc d'Espanya per a aquest tipus de comissions.

### **MERCAT BURSÀTIL**

#### **Responsabilitat de l'entitat bancària per facilitar informació imprecisa en el bescanvi de preferents per accions**

*Ref. EDE 2019/636538, STS Sala 1a Ple, de 2 juliol 2019, rec. 501/2017. Ponent: Sr. Pedro José Vela Torres*

RESUM: Responsabilitat de l'entitat bancària per facilitar informació imprecisa en el bescanvi de preferents per accions. El Ple de la Sa-

la 1a del TS determina la responsabilitat de l'entitat bancària per facilitar informació imprecisa en el bescanvi de preferents per accions. L'entitat ha de respondre per la inexactitud i les conseqüències perjudicials i s'han de computar, per determinar els danys indemnitzables, l'eventual obtenció d'avantatges experimentats per part del creditor, juntament amb els danys soferts, tot això a partir dels mateixos fets que van ocasionar la infracció obligacional. És imprescindible provar l'existència dels danys i perjudicis per qui els reclama (FJ 4 i 5).

ITER PROCESSAL: El Jutjat va desestimar íntegrament la demanda d'una mercantil contra una entitat bancària per incórrer en negligència en el compliment de les seves obligacions de diligència, lleialtat, deures d'informació i salvaguarda dels interessos de l'actora. L'AP va estimar el recurs d'apel·lació del banc i va deixar sense efecte la sentència objecte de recurs. El TS desestima el recurs de cassació i diu que l'entitat bancària ha de respondre per facilitar informació imprecisa en el bescanvi de preferents per accions.

#### **Acció d'anul·labilitat de compra d'accions en mercat secundari oficial**

*Ref. EDE 2019/627526, STS Sala 1a Ple, de 27 juny 2019, rec. 1000/2017. Ponent: Sr. Pedro José Vela Torres*

RESUM: Acció d'anul·labilitat de compra d'accions en mercat secundari oficial. Manca de legitimació passiva de la intermediària. El Ple de la Sala 1a del TS examina la qüestió de si, després de la compra d'unes accions a la borsa, en la qual actua com a intermediària la mateixa entitat emissora, aquesta té legitimació passiva en una acció de nul·litat del contracte de compra per error vici del consentiment. La legitimació passiva només correspon al venedor i no a qui ha actuat com a intermediari o comissionista en nom aliè, la intermediària només estaria legitimada passivament si hagués exercit una acció d'indemnització per danys i perjudicis per assessorament defectuós o per inexactitud del fullet (FJ 2).

ITER PROCESSAL: El Jutjat va estimar la demanda contra una entitat bancària i declara la nul·litat per vici del consentiment en el contracte d'adquisició d'accions en un mercat secundari oficial. El banc recorre en apel·lació i l'AP va estimar parcialment el recurs, revocant la nul·litat d'algunes compres d'accions. El TS desestima el recurs de cassació i estableix que la legitimació passiva només correspon al venedor i no a qui ha actuat com a intermediari o comissionista en nom aliè.

### **SUCCESSIONS**

#### **Termini per a impugnar el desheretament injust**

*Ref. EDE 2019/698346, STS Sala 1a Ple de 25 setembre 2019, rec. 378/2017. Ponent: Sr. Antonio Salas Carceller*

RESUM: Termini per a impugnar el desheretament injust. El Ple de la Sala 1a del TS declara com a doctrina jurisprudencial que l'acció per a impugnar el desheretament que es considera injust està subjecta en el seu exercici al termini de quatre anys des que s'obre la successió i es pot conèixer el contingut del testament (FJ 2).

ITER PROCESSAL: El Jutjat va estimar parcialment la demanda i va declarar injust i nul el desheretament sofert per l'actor en el





# Sentències

testament de la seva mare. L'AP va estimar el recurs d'apel·lació i va revocar la sentència apel·lada per caducitat de l'acció, la qual cosa va confirmar el TS en cassació en establir que el termini per a impugnar el desheretament injust és de quatre anys des que s'obre la successió.

## ESTRANGERS

### Denegació de residència a l'estranger per antecedents de maltractament

*Ref. EDE 2019/702237, STS Sala 3a de 30 setembre 2019, rec. 7101/2018. Ponent: Sr. Octavio Juan Herrero Pina*

RESUM: Denegació de residència a l'estranger per antecedents de maltractament. El TS denega la residència temporal a Espanya al progenitor, d'origen estranger, d'una menor de nacionalitat espanyola, en haver estat condemnat en dues ocasions per delictes de violència domèstica i de gènere. S'han de valorar de manera convenient els antecedents penals per a determinades conductes delictives que incideixin directament en l'arrelament familiar i especialment en la necessària protecció del menor contra qualsevol forma de maltractament (FJ 5).

ITER PROCESSAL: El Jutjat va estimar el recurs contenciós administratiu interposat contra resolució de la Subdelegació del Govern desestimària de reposició contra la qual va denegar l'autorització de residència per les circumstàncies excepcionals sol·licitades, anul·lant aquestes resolucions i reconeixent el dret a obtenir l'autorització de residència per arrelament familiar. El TSJ desestima el recurs d'apel·lació. L'Advocat de l'Estat va interposar recurs de cassació davant el TS que és estimat, denegant finalment la residència al progenitor estranger, pare de menor espanyola, en haver estat condemnat per delictes de violència domèstica i de gènere.

## CONTAMINACIÓ ACÚSTICA

### Prohibició de l'ús de màquines de construcció durant els mesos d'estiu per soroll excessiu

*Ref. EDE 2019/717581, STS Sala 3a de 31 octubre 2019, rec. 1878/2016. Ponent: Sr. Francisco Javier Borrego Borrego*

RESUM: Prohibició de l'ús de màquines de construcció durant els mesos d'estiu per soroll excessiu justificada per la normativa europea i nacional. El TS considera ajustada a Dret l'ordenança d'un municipi mallorquí que prohibeix l'ús de màquines de construcció durant els mesos d'estiu per soroll excessiu. Aquesta prohibició és correcta i està justificada per la normativa europea i nacional relativa a emissions sonores a l'entorn provocades per les màquines d'ús a l'aire lliure. L'ordenança no prohibeix l'activitat d'edificació, afecta la limitació d'ús de les màquines picadores a una fase, la inicial en un procés d'edificació, però no a l'activitat d'edificació, i durant dos mesos (FJ 7).

ITER PROCESSAL: El TSJ declara nul i no conforme a Dret l'acord del ple de l'Ajuntament per qual s'aprova la modificació de l'ordenança municipal reguladora de sorolls i vibracions. El TS va estimar el recurs de cassació interposat i considera ajustada a Dret

l'ordenança municipal que prohibeix l'ús de màquines de construcció durant els mesos d'estiu per soroll excessiu.

## NOTARIS

### Abús del poder de representació

*Ref. EDE 2019/738080, STS Sala 1a Ple, de 27 novembre 2019, rec. 876/2019. Ponent: Sra. M.ª Ángeles Parra Lucán*

RESUM: Control judicial de l'ús abusiu del poder general atorgat per la venda d'immobles. El Ple de la Sala 1a del TS diu que, davant un poder de representació que no especifica de manera suficient les facultats conferides, l'apoderat només pot dur a terme actes d'administració, perquè cal que consti inequívocament l'atribució de facultats per a transigir, alienar, hipotecar o exercir qualsevol acte de domini rigorós. Però si en el poder es fa constar la facultat d'executar actes d'alienació no és necessari que, a més, s'especifiquin els béns concrets als quals aquesta facultats es refereix. D'altra banda, determina que la validesa i suficiència d'un poder no impedeix que els tribunals puguin apreciar la manca d'eficàcia del negoci celebrat en representació quan, en atenció a les circumstàncies, s'hagi fet un ús abusiu del poder (FJ 3).

ITER PROCESSAL: D'una banda, s'analitza la suficiència d'un poder amb especificació de la facultat de "vendre o alienar béns immobles", encara que no es designin els béns concrets sobre els quals l'apoderat pot realitzar les facultats conferides. D'altra banda, es valora si, en atenció a les circumstàncies concurrents, s'ha produït un abús del poder de representació i si els tercers tenien o podien tenir coneixement del caràcter abusiu o desviat de l'acte d'exercici del poder, amb la conseqüència de la ineficàcia del negoci estipulat pel representant amb els tercers. El Jutjat va desestimar la demanda que sol·licitava la nul·litat de totes les actuacions realitzades amb aquest poder. L'AP entén que es produeix una extralimitació de l'ús del poder per manca de coneixement quan se'n fa ús i sense estar expressament autoritzat es constitueix un gravamen o es realitza un acte de disposició sobre l'habitatge propietat de la demandant. El TS desestima el recurs de cassació i confirma la sentència objecte de recurs.

## JUTGES

### Denegació a un jutge de la seva rehabilitació en la carrera judicial

*Ref. EDE 2019/639031, STS Sala 3a de 02 juliol 2019, rec. 254/2018. Ponent: Sr. José Manuel Sieira Míguez*

RESUM: Denegació a un jutge de la seva rehabilitació en la carrera judicial després de complir una pena d'inhabilitació per delictes de prevaricació. El TS declara que la pèrdua de la condició de funcionari com a conseqüència de la imposició d'una pena d'inhabilitació no constitueix ni una sanció disciplinària ni l'execució per l'Administració dels efectes administratius d'una condemna penal. La pena d'inhabilitació especial actua, respecte del manteniment de la relació funcional, com una condició resolutòria que opera automàticament tan aviat com es produeix el fet determinant prevista a la Llei, que és la imposició de la sanció penal (FJ 2).



ITER PROCESSAL: El TS desestima el recurs contenciós administratiu interposat contra acord del Consell General del Poder Judicial sobre denegació de la sol·licitud de rehabilitació i reingrés al servei actiu en la carrera judicial i diu que la pena d'inhabilitació especial actua, respecte del manteniment de la relació funcional, com una condició resolutòria que opera de manera automàtica quan s'imposa la sanció penal.

## ADVOCATS

### **Nul·litat del límit de 75 anys per a integrar el torn d'ofici a Madrid**

*Ref. EDE 2019/744833, STS Sala 3a de 27 novembre 2019, rec. 5348/2018.  
Ponent: Sra. Inés Huerta Garicano*

RESUM: Nul·litat del límit de 75 anys per integrar el torn d'ofici a Madrid per ser discriminatori per raó d'edat. El TS declara nul el límit de 75 anys establert pel Col·legi d'Advocats de Madrid per a integrar-

se en el torn d'ofici. Entén que el Col·legi d'Advocats de Madrid no ha justificat les raons que el porten a establir aquest límit màxim d'edat, ni la veritable finalitat que es persegueix, que pot ser legítima, però que no ha estat evidenciada, la qual cosa ens porta a considerar discriminatori aquest límit màxim d'edat que, amb caràcter general, s'estableix pel torn d'ofici quan el tal límit d'edat no existeix per a l'exercici de la professió (FJ 5).

ITER PROCESSAL: L'objecte d'aquest recurs, d'acord amb el que s'estableix en la interlocutòria d'admissió, consisteix a determinar si és discriminatori el límit de 75 anys que s'estableix per a l'adscripció al torn d'ofici, excepte en matèria de recursos de cassació i d'emparedat i sens perjudici de concloure els assumptes que prèviament s'haguessin designat, sempre que romanguin com a lletrats en exercici. El TS declara nul aquest límit per ser discriminatori per al torn d'ofici quan aquest límit no existeix per a l'exercici privat de la professió.

# Sentències del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya

Víctor Esquirol Jiménez  
Notari del Masnou

## DRET TRANSITORI

**El Llibre II del CCCat s'aplica als efectes dels matrimonis celebrats abans de la seva entrada en vigor, però només per a les eventualitats futures, no per als efectes anteriors ja consumats.**

*Sentència n. 27/2019, de 28 de març (Ponent: M. Eugènia Alegret Burgués)*

Una persona reclama al seu cònjuge les quantitats que va pagar durant el matrimoni per les quotes del préstec hipotecari destinat a adquirir l'habitatge familiar, habitatge del qual és propietari el demandant. El punt central és determinar si és aplicable el CF o el Llibre II del CCCat, ja que totes dues normatives estableixen un règim diferent sobre el tema: en el CF (art. 4.1) el pagament d'aquestes quotes era despesa familiar "en la part que correspongui al valor del seu ús"; mentre que en el CCCat només ho són les despeses ordinàries de conservació, manteniment i reparació (art. 231-5.1.b). De la sentència examinada i de la recorreguda sembla que es dedueix que el matrimoni estava vigent en el moment d'entrar en vigor el CCCat (1 de gener de 2011), però que el pagament de les quotes va tenir lloc durant la vigència del CF.

El TSJC, casant la sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona, declara aplicable el CF, tot i la dicció de la DT 2a del Llibre II que el declara aplicable als efectes dels matrimonis contrets i subsistents el 1er de gener de 2011. El tribunal es basa en el fet que les disposicions transitòries del Llibre II estableixen una retroactivitat de grau mitjà o feble, que «sotmetria a l'imperi de la nova llei les relacions jurídiques nascudes abans, però per a les eventualitats futures, no per als efectes anteriors ja consumats» (FD 5è).

## INDIGNITAT PER A SUCCEIR

**El fet d'haver induït la testadora a atorgar un testament que és declarat nul per manca de capacitat, no és per sí sol causa d'indignitat.**

*Sentència n. 36/2019, de 20 de maig (Ponent: M. Eugènia Alegret Burgués)*

La sentència declara nul el testament per manca de capacitat de la causant, apreciada per la sentència recorreguda sobre la base de les proves pericials practicades, malgrat el judici de capacitat del Nota-

ri autoritzant i la intervenció de dos testimonis instrumentals a causa de la ceguesa de la testadora. Per cert, la sentència no té en compte la intervenció dels testimonis instrumentals en aquest punt, ja que no considera que la seva funció sigui apreciar la capacitat de la testadora, no havien tingut tracte anterior amb ella i eren amics de la parella del demandat. *Obiter dicta*, declara el TSJC que la qüestió de la capacitat de la testadora (que va atorgar el testament sota la vigència del CS, però que va morir durant la del CCCat) s'ha de jutjar per la llei més favorable al manteniment del testament (en aquest cas sense transcendència, ja que no hi ha diferències entre la redacció del CS i la del CCCat).

La sentència recorreguda havia declarat indigna de succeir la persona que va induir la causant a testar (hereu únic en el testament anul·lat i cohereu a l'atorgat anteriorment, que ara recobra validesa). El TSJC declara aplicable en aquesta qüestió el CCCat, ja que és en el moment de la delació que s'ha d'enjudiciar la capacitat successòria de l'hereu. En aquest punt, casa la sentència de l'Audiència Provincial de Girona ja que les causes d'indignitat han de ser provades de manera suficient per qui sosté la seva concurrència i veracitat i la seva interpretació ha de ser restrictiva, ja que suposa privar una persona de les atribucions successòries disposades en forma voluntària i per la llei. Mentre que en aquest cas, pel sol fet d'haver-se declarat la manca de capacitat de la testadora, no es pot «entender probado el cabal conocimiento por parte del recurrente del alcance de las facultades cognitivas de la madre, que no fueron advertidas en su día por el Notario, los testigos instrumentales ni los actores. El conocimiento de la causa de indignidad se revelaría en todo caso necesario como presupuesto del aprovechamiento del testamento, en el caso de que hubiese sido posible captar la voluntad de la causante atendido su estado» (FD 6à).

## PROPIETAT HORITZONTAL

**L'atribució de l'ús exclusiu d'un element comú a un element privatiu no es pot fonamentar en el consentiment tàcit de la comunitat.**

*Sentència n. 52/2019, d'11 de juliol (Ponent: Jordi Seguí Puntas)*

El propietari d'un element privatiu pretén el reconeixement a favor seu del dret d'ús exclusiu d'una terrassa que és element comú de





l'edifici. Aquesta pretensió es basa en la tolerància de la comunitat derivada de la seva passivitat prolongada i va ser reconeguda per l'Audiència Provincial de Barcelona.

El TSJC reconeix d'entrada que la declaració de voluntat en què consisteix el consentiment amb efectes jurídics pot ser expressa, tàcita o presumpta; i l'existència d'una doctrina jurisprudencial favorable a interpretar la passivitat en certes condicions de la comunitat davant obres notòries amb afectació d'elements comuns fetes sense autorització (STS de 12 de octubre de 1992, 3 octubre de 1998 i 5 de novembre de 2008). No obstant això, el mateix TS també recorda que la doctrina general és que el simple coneixement no equival a consentiment, mentre que és excepcional la doctrina que, en matèria de propietat horitzontal, permet l'alteració d'elements comuns duta a terme sense autorització (sempre que resulti innòcua, hagi estat tolerada durant anys i la seva reposició no generi cap benefici a la comunitat).

La regulació de la propietat horitzontal en el CCCat recolza aquest criteri a causa de l'exigència d'unanimitat per a l'acord exprés de vinculació de l'ús exclusiu de certs elements comuns a un o diversos elements privatis, ja que limita la figura del silenci com a expressió de la voluntat de la comunitat a un àmbit específic (obres que alteren un element comú sense autorització de la junta), la subjecta a condicionants molt precisos (art. 553-36.3) i no opera quan la dita alteració comporta l'ocupació d'aquest element. Això evidència, segons el parer del TSJC, el propòsit d'excloure de l'àmbit de la norma d'excepció les qüestions d'ordre possessori i dominical.

Les consideracions anteriors no obsten que un ús ininterromput de les terrasses en concepte de titular exclusiu d'aquest dret de gaudi pugui donar peu a una adquisició per usucapió d'aquest dret real limitat, qüestió que no entra a resoldre per no haver estat plantejada pel demandant.

## USUCAPIÓ ENTRE COMUNERS

**Requereix possessió exclusiva des de l'adquisició de la copropietat o la prova de la interversió del concepte possessori.**

*Sentència n. 54/2019, de 22 de juliol (Ponent: José Francisco Valls Gombau)*

Es pretén l'adquisició per usucapió d'una finca en la qual es porta a terme una explotació agrícola i ramadera per part d'un copropietari enfront dels altres. El pare de l'actor (hem de suposar que també *deuius* d'aquest) havia compartit la possessió amb alguns dels copropietaris fins a 11 anys abans d'interposar la demanda i portava la direcció de l'explotació de la finca. Des del dit moment aquesta havia estat posseïda exclusivament pel pare de l'actor i per aquest a la seva mort.

El TSJC resol que no pertoca la usucapió. Destaca el caràcter excepcional de la usucapió entre comuners, i cita la doctrina i la jurisprudència pròpia i del TS, de conformitat amb les quals la usu-

pió entre copropietaris té un caràcter excepcional ja que s'oposa al principi segons el qual cada comuner pot actuar en favor dels seus condominis, però no els pot perjudicar. A més, el concepte en què comença posseint l'usucapiant no és el d'amo sinó el de copropietari i aquesta interversió del concepte possessori requereix un comportament adequadament exterioritzat. A més a més, en el cas resolt el pare de l'actor va compartir la possessió i no concorre per tant la necessària possessió exclusiva i exclouent que requereix la usucapió, i és irrelevant que la direcció de l'explotació de la finca la portés el pare de l'actor perquè del que es tracta és de la propietat de l'immoble.

## CÒMPUT DE LA LLEGÍTIMA

**Les donacions no imputables a la llegítima, atorgades deu anys abans de l'obertura de la successió, no es computen per al càlcul de la llegítima.**

*Sentència n. 58/2019, de 25 de juliol (Ponent: M. Eugènia Alegret Burgués)*

La causant va fer donació de tots els seus béns a un dels seus fills 24 anys abans de morir sense establir el caràcter imputable de la donació i la resta de germans del donatari reclamen que aquesta donació es computi per al càlcul de la llegítima. Es basen en el fet que l'apartat 4 de l'art. 451-8 només té sentit si és per incloure en el còmput de la llegítima totes les donacions realitzades als legitimaris.

El TSJC denega la reclamació sobre la base de la interpretació gramatical de l'art. 451-5.b), que exclou del còmput de la llegítima el valor dels béns donats pel causant deu anys abans de la seva mort, amb l'excepció de les donacions imputables a la llegítima "que es computaran en tot cas, amb independència de la seva data". Per tant, les donacions no imputables no es computen si s'han atorgat deu anys abans de l'obertura de la successió.

Argumenta el tribunal que "la regla de l'art. 451-5 es troba en matèria de còmput de llegítima global, mentre que el paràgraf 4 de l'art. 451-8 es refereix a la manera de valorar les donacions i altres atribucions imputables a la llegítima individual [...], de manera que la remissió a l'art. 451-5 només pot venir referida a la seva lletra c) que és la que regula com s'han de valorar les donacions computables. Per tant, l'incís següent de l'art. 451-8.4 salvant que la seva imputació no està sotmesa al límit de 10 anys fixat per la lletra b) del dit article, no fa sinó reforçar la idea que les donacions imputables a la llegítima han de ser computades sempre. La regla b) de l'art. 451-5 i l'art. 451-8.4 CCCat són perfectament coherents ja que, si totes les donacions imputables a la llegítima s'han de descomptar de la llegítima individual, la regla lògica és que prèviament totes es computin per determinar la llegítima global".

Finalment, el criteri que només quan les donacions són imputables a la llegítima s'han de computar, encara que s'hagin atorgat abans dels 10 anys, resulta clarament del Preàmbul de el Llibre IV del CCCat i dels seus treballs preparatoris..

# Resum de les resolucions de la DGRN en recursos contra qualificacions mercantils i de la propietat

Publicades durant el segon semestre de 2019

Fernando Agustín Bonaga  
Notari de Calatayud

## AIGÜES

**R. 22 novembre 2019 (BOE 308, 24-XII-19: 18463)**

Suspèn la inscripció d'una sentència que declara el dret del recurrent d'aprofitar unes aigües privades subterrànies que s'han estat utilitzant des d'abans de l'1 de gener 1986 (data de l'entrada en vigor de la Llei d'Aigües de 1985), perquè no s'acredita la inscripció prèvia del dret en el Registre d'Aigües corresponent.

Les del supòsit són aigües de propietat privada preexistents conservades pel no-exercici, abans de l'1 de gener de 1989, de l'opció d'inscripció en el Registre d'Aigües prevista en les transitòries segona i tercera de la Llei d'aigües, per a la conversió del dret de propietat en titularitat privada de 50 anys amb la preferència subsegüent a la concessió. Aquesta propietat privada existent en entrar en vigor la Llei esmentada pot ser objecte d'inscripció en el Registre de la propietat, com a finca independent o com a qualitat de finca, tant si havia accedit al Registre abans d'aquesta vigència, com si es pretengués immatricular-la. Ara bé, per a això és imprescindible aportar: el títol o document principal en què la persona a favor de la qual s'hagi de practicar la inscripció basi immediatament el seu dret (art. 33 RH); i el certificat de l'Organisme de Conca o de l'Administració autonòmica competent (si és conca intracomunitària) acreditativa del contingut de la inscripció en el Catàleg d'Aprofitaments d'aigües privades, o negativa del mateix catàleg i del Registre d'Aigües.

## ANOTACIÓ PREVENTIVA

**R. 26 juliol 2019 (BOE 245, 11-X-19: 14599)**

Denega la cancel·lació -que es pretén per caducitat- de les anotacions d'embargament que es trobaven vigents en el moment de presentar-se una instància a través de la qual se'n sol·licitava la cancel·lació. Encara no havia transcorregut el termini de vigència de 4 anys establert per l'article 86 LH. Posteriorment, ambdues anotacions són prorrogades judicialment (una de les quals un mes abans de caducar; i l'altra ja feia mesos que estava caducada), de manera que, inscrita la pròrroga, es tracta d'un assentament que es trobava sota la tutela dels tribunals, per la qual cosa ara tampoc procedeix la cancel·lació per caducitat que es pretén de nou.

**R. 2 setembre 2019 (BOE 261, 30-X-19: 15559)**

Denega l'anotació d'un manament d'embargament per manca de tracte successiu, perquè les finques estan inscrites a nom de persones diferents dels executats.

**R. 6 setembre 2019 (BOE 265, 4-XI-19: 15777)**

Mitjançant sentència dictada en un procediment penal per alçament de béns es decreta "la nul·litat de totes les escriptures notariales i anotacions dels registres de la propietat relatives a transmissions patrimonials" realitzades per una determinada societat mercantil posteriorment a certa pòlissa mercantil. En virtut del que s'ordena, el registrador va cancel·lar les inscripcions practicades a favor dels querellats.



No obstant això, ara la Direcció confirma la qualificació registral, ja que denega la cancel·lació d'una anotació preventiva d'embargament practicada a favor d'una persona diferent i aliena al procediment penal. La cancel·lació pretesa vulneraria el principi de tutela judicial efectiva, manifestat registralment en el principi de tracte successiu. A més, l'anotació preventiva no té la naturalesa de les transmissions immobiliàries.

**R. 6 setembre 2019 (BOE 265, 4-XI-19: 15778)**

**R. 8 novembre 2019 (BOE 288, 30-XI-19: 17276)**

Presentat un manament d'adjudicació i de cancel·lació de càrregues, derivat de l'execució judicial d'una anotació d'embargament, la Direcció denega la cancel·lació de les càrregues posteriors a l'anotació executada, perquè aquesta està caducada en el moment de la presentació del títol qualificat.

És doctrina consolidada que la caducitat de les anotacions ordenades judicialment opera "ipso iure" un cop esgotat el termini de vigència (4 anys, ex art. 86 LH), encara que formalment l'assentament es cancel·li posteriorment, en el moment de practicar una nova inscripció o certificació. Esgotat el termini de l'anotació, o un cop cancel·lada: ja no es pot prorrogar; i els assentaments posteriors milloraran automàticament el seu rang, sense que ja puguin ser cancel·lats en virtut del manament de l'art. 175 RH, el qual només pot ordenar la cancel·lació dels assentaments no preferents.

**R. 5 novembre 2019 (BOE 285, 27-XI-19: 17063)**

Es refereix a un supòsit en el qual, caducat l'assentament de presentació d'una compravenda atorgada i presentada el 2018 i que llavors va ser qualificada negativament per no haver-se acreditat la liquidació de l'impost (article 254 LH), ara es torna a presentar quan ja consta inscrita sobre la finca una prohibició de disposar decretada el 2019 en un procediment penal de diligència prèvia, que abasta qualsevol acte d'alienació o transmissió.

La Direcció recorda la seva doctrina actual sobre l'eficàcia de les prohibicions de disposar i l'abast del tancament registral que provoquen. Les prohibicions voluntàries i les dictades en procediments civils, un cop anotades tanquen el Registre als actes dispositius voluntaris posteriors a la inscripció de la prohibició, però no impedeixen la validesa i la inscripció dels actes anteriors a la prohibició (article 145 RH), si bé la inscripció dels actes dispositius anteriors presentats després d'inscriure la prohibició de disposar no comporta la cancel·lació de la mateixa anotació de prohibició, sinó el seu arrossegament, de manera que correspondrà al titular l'adquisició de la qual ha estat inscrita després de l'anotació demanar-ne l'aixecament, de manera similar a com passa amb les anotacions d'embargament a través de les terceries de domini. En canvi, a les prohibicions decretades en processos penals i administratius se'ls aplica el principi de prioritat de l'article 17 LH, de manera que la seva anotació tanca el registre fins i tot als actes anteriors si es presenten després. En aquestes prohibicions hi ha un component d'ordre públic: la seguretat econòmica del deutor no pot prevaldre sobre els interessos públics.

En virtut d'aquesta doctrina, la Direcció confirma la denegació de la inscripció de compravenda qualificada sobre la base del component d'ordre públic i prevalença dels interessos públics.

**R. 22 novembre 2019 (BOE 308, 24-XII-19: 18464)**

Denega la cancel·lació, que es pretén per caducitat, d'una anotació preventiva d'embargament que va ser prorrogada abans del 8 de gener de 2001 (data d'entrada en vigor de la Llei d'enjudiciament civil vigent).

La Direcció recorda la seva doctrina sobre vigència d'anotacions preventives després de la Lec-2000. Hi ha tres situacions possibles:

Anotacions sol·licitades després de l'entrada en vigor de la Lec-2000: caduquen als 4 anys, però són susceptibles de pròrrogues successives (art. 86 LH redactat per la Lec-2000).

Anotacions practicades abans de la vigència de la Lec-2000: el mateix règim.

Anotacions prorrogades en virtut de manament presentat abans de l'entrada en vigor de la Lec-2000. El supòsit resolt respon a aquesta situació. La instrucció DGRN de 12 de desembre 2000 es refereix a aquestes anotacions, que els aplica transitòriament l'article 199-2 RH (derogat tàcitament després de la nova Lec): queden prorrogades indefinidament fins que la resolució judicial que posi fi al procediment sigui ferma. L'anotació no caduca automàticament en el moment que és ferma, sinó que, per analogia amb l'art. 157 LH, només es podrà demanar la cancel·lació als 6 mesos des de l'emissió de la resolució ferma en el procediment en què l'anotació i la seva pròrroga van ser decretades, per donar temps d'aquesta manera a l'anotant per presentar-la abans que l'anotat pugui realitzar alienacions a tercers.

## ARRENDAMENT

**R. 29 agost 2019 (BOE 261, 30-X-19: 15555)**

Suspèn la inscripció d'una escriptura de compravenda d'habitatge que es declara arrendat en virtut d'un contracte privat anterior al 1964, de la qual resulta que el Notari autoritzant remet a l'arrendatari per correu certificat amb certificat de lliurament una còpia simple de l'escriptura a l'efecte del seu dret de retracte d'arrendament, del resguard postal del lliurament resulta que l'enviament va ser "retornat, sobrant, absent de repartiment", deixant avís de l'arribada a la bústia.

La regulació de les notificacions i requeriments en els àmbits hipotecari i notarial s'han d'interpretar d'acord amb els requisits dels preceptes constitucionals que garanteixen el dret a la tutela judicial efectiva, la finalitat de la qual és garantir el coneixement efectiu del destinatari. Per la jurisprudència constitucional i civil n'hi ha prou per tenir per provada la notificació la notificació amb l'acta notarial acreditativa de l'enviament per correu certificat amb avís de lliurament, sempre que la remissió s'hagi fet al domicili designat per les parts segons el Registre i que resulti del certificat de lliurament que l'enviament ha estat lliurat degudament en aquest domicili. No obstant això, en els casos que el document no s'hagi pogut lliurar per la via postal indicada, l'acta de l'article 201 RN només acredita el mer fet de l'enviament per correu certificat, la remissió, la recepció pel Notari de l'avís de lliurament, com també la devolució de l'enviament per no haver-se pogut lliurar, però no produeix els efectes d'una notificació.



## BÉNS D'INTERÈS CULTURAL

**R. 25 juliol 2019 (BOE 239, 4-X-19: 14228)**

**R. 25 juliol 2019 (BOE 239, 4-X-19: 14229)**

Suspèn la inscripció d'una escriptura de compravenda atorgada el 1999 l'objecte de la qual es descrivia com una "coseta denominada Covachuela" confrontant per un dels costats amb una determinada església parroquial. Aquesta església estava catalogada com a monument historicoartístic nacional des de 1947, per la qual cosa va passar a ser bé d'interès cultural en virtut de les disposicions addicionals primeres, tant de la Llei 16/1985 de patrimoni històric espanyol, com de la Llei 4/1998 de patrimoni cultural valencià. A la part inferior de la terrassa lateral de l'església s'obren des de sempre unes "covetes", que serveixen de podi a l'edifici i que estan integrades, per tant, en l'estructura arquitectònica del monument, sense que obsti a aquest efecte que la primera referència com a béns d'interès cultural independent es contingui en una fitxa del catàleg municipal de béns de 2018.

En conseqüència, la finca objecte de la compravenda qualificada és part integrant d'un monument declarat bé d'interès cultural, per la qual cosa la seva inscripció exigeix la notificació prèvia a l'òrgan competent en matèria de cultura de cara al possible exercici dels drets de tanteig i de retracte, tot això de conformitat amb els articles 22 i 23 de la Llei valenciana 4/1998 esmentada.

## CERTIFICAT D'EFICIÈNCIA ENERGÈTICA

**R. 16 setembre 2019 (BOE 268, 7-XI-19: 15929)**

Admet la inscripció d'una escriptura de compravenda d'habitatge en la qual s'expressa que el transmissor s'obliga a obtenir i a aportar el certificat d'eficiència energètica tan aviat com sigui possible, de la qual cosa es deixarà constància mitjançant diligència.

Certament el Notari ha de fer el control de compliment de la legalitat respecte del lliurament del certificat i ha de reflectir-ho a l'escriptura. Perquè la falta de compliment de l'obligació de lliurament impedeixi la inscripció faria falta que així resultés d'una norma que imposés al registrador el deure de fer aquest control, com passa per exemple amb els mitjans de pagament o les llicències urbanístiques.

En aquest cas tampoc no s'ha produït una renúncia o exonera-  
ció de l'obligació, sinó que el lliurament es defereix a un moment posterior. Ni del RD 235/2013 ni de la mateixa escriptura resulta que l'aportació del certificat sigui un requisit establert com a condició per a l'eficàcia i la inscripció de la compravenda.

## CONCILIACIÓ

**R. 27 juny 2019 (BOE 177, 25-VII-19: 10880)**

Denega la tramitació d'un procediment de conciliació davant el registre de la propietat, previst en l'article 103 bis LH, el qual en les seves llacunes s'ha d'integrar per a la regulació de la Llei 15/2015 sobre la conciliació davant el lletrat de l'Administració de justícia. Així, segons l'article 139 de la Llei 15/2015 esmentada, tot

intent de conciliació té per objecte assolir un acord per evitar un plet, i s'ha d'inadmetre quan es pretengui l'ús d'aquest expedient per a altres finalitats que suposin un abús de dret manifest o frau de llei o processal.

En el supòsit resolt, es pretén utilitzar aquest procediment per obtenir el reconeixement de determinats drets relatius a un procediment judicial en tràmit i el recurs governatiu posterior, respecte de la qual cosa no hi ha cap dubte ni controvèrsia, de manera que la conciliació manca d'objecte. També es pretén utilitzar el procediment de conciliació per aconseguir la nul·litat i la cancel·lació total d'una inscripció determinada, en contra d'una sentència judicial ferma que ordenava la rectificació de la inscripció, però no la seva cancel·lació, de manera que la conciliació pretesa en aquest punt es refereix a una matèria indisponible.

**R. 24 juliol 2019 (BOE 231, 25-IX-19: 13612)**

Revoca la decisió del registrador que havia denegat tramitar un procediment de conciliació segons els previstos en l'article 103 bis LH.

En primer lloc, encara que certament no és possible iniciar un expedient de jurisdicció voluntària amb un objecte idèntic a un altre ja resolt (article 19-3 LJV), la veritat és que, de la mateixa manera que passa amb l'excepció processal de cosa jutjada (articles 414-1 i 412 LEC), han de ser els interessats els qui al·leguin en el moment de la compareixença la preexistència d'un expedient de jurisdicció voluntària amb el mateix objecte en què s'hagi dictat sentència ferma.

D'altra banda, en aquest supòsit es tracta d'una adquisició atorgada el 2006 per dos cònjuges casats en règim de guanys, però en aquest moment separats de fet. El marit manifesta que, encara que va comparèixer l'esposa, la compra es va fer amb fons propis d'ell. En el conveni regulador de divorci posterior es va pactar que els béns adquirits per cadascun d'ells posteriorment a l'1 de gener de 2005 es considerarien privats de l'adquirent. La sol·licitud actual de conciliació té per objecte que l'esposa s'avingui a reconèixer que la finca del supòsit, encara que està inscrita en règim de guanys, és privativa del marit. El registrador denega la conciliació sol·licitada per entendre que, atès que el conveni es referia a adquisicions realitzades per un sol cònjuge, no s'aplica a l'adquisició de 2006 en la qual van concórrer els dos; de manera que l'avenença sol·licitada es basa en una manifestació contrària a una altra d'anterior, en contravençió de l'article 95-6 RH. No obstant això, la Direcció entén que els efectes patrimonials del matrimoni, i entre ells la dissolució de la societat de guanys, és matèria conciliable; i que no hi ha cap confessió o asseveració que ho impedeixi.

## CONCURS I INSOLVÈNCIA

**R. 24 juliol 2019 (BOE 231, 25-IX-19: 13606)**

Denega l'expedició d'un certificat de domini i càrregues sol·licitada en un procediment d'execució hipotecària pel Jutjat de Primera Instància, per entendre que el jutge competent és el concursal.



Es tracta d'un supòsit molt específic no previst en la legislació concursal. El procediment es va iniciar correctament davant el jutge ordinari, després d'haver cessat els efectes del concurs perquè s'havia aprovat el conveni (article 133 LC). Però abans de sol·licitar-se l'expedició del certificat de domini i càrregues es va declarar l'obertura de la fase de liquidació per incompliment del conveni. A més, no es tracta d'un crèdit concursal, sinó d'un crèdit contra la massa que no es veu afectat pel contingut del conveni, que és de data anterior.

Acreditada l'existència dels pressupòsits que permeten l'execució separada, per la Direcció l'única cosa que s'ha produït és un canvi del jutjat competent, que passa a ser el mercantil. Aquesta solució és la que equilibra més adequadament el caràcter universal de la liquidació concursal amb el dret del creditor hipotecari a l'execució separada del seu crèdit.

#### **R. 6 agost 2019 (BOE 254, 22-X-19: 15145)**

Es refereix a una escriptura de dació en pagament de deutes realitzada per una societat declarada en concurs en fase de conveni, a favor d'un creditor. La dació té per objecte dues finques: una gravada amb hipoteca a favor del creditor cessionari; i l'altra (plaça de garatge) lliure de càrregues. La Direcció rebutja la cessió de la finca hipotecada i admet la de la finca lliure.

Respecte de la finca hipotecada resulta d'aplicació l'article 155-4 LC, que en la seva redacció aplicable al cas -igual que l'actual- exigia que la venda es fes en subhasta, llevat que el jutge autoritzi la venda directa o la cessió en pagament o per pagar el creditor privilegiat. Encara que sistemàticament aquest article s'ubica sota la rúbrica "De la fase de liquidació", la seva aplicació a la fase de conveni està fora de dubte, tant pel contingut del mateix article (que es refereix a "qualsevol estat del concurs"), com per la remissió de l'article 100-3.

No obstant això, la cessió de la finca lliure de càrregues es pot inscriure, perquè li resulta d'aplicació l'article 100-3 LC, el qual -tant en la seva redacció actual com en la vigent en el moment del supòsit- té per objecte evitar liquidacions globals del patrimoni encobertes, la qual cosa únicament pot passar en el cas de cessió total del patrimoni dels creditors, ja que si la cessió és parcial o singular -com en el cas resolt- el deutor continuarà ostentant actius, sense que es trenqui el principi de la *par conditio creditorum*.

#### **R. 18 setembre 2019 (BOE 269, 8-XI-19: 16032)**

Denega la inscripció d'un decret d'adjudicació i de manament de cancel·lació de càrregues dictat en fase de liquidació del concurs, per no haver estat dictat pel jutge concursal, sinó pel lletrat de l'Administració de Justícia del Jutjat Mercantil on es tramita el concurs.

La remissió que estableix l'article 149-2 LC a les regles del procediment de constrenyiment de la LEC, és sens perjudici de les especialitats necessàries que resulten del concurs, com ara allò relatiu a la valoració del bé o la impossibilitat d'adjudicació a l'executant (que en el cas del concurs és l'administrador concursal). I entre aquestes especialitats s'inclou la necessitat que sigui el jutge qui aprovi la rematada mitjançant interlocutòria i ordeni

la cancel·lació de les càrregues corresponents com a conseqüència de l'alienació (apartat cinquè de l'article 149).

#### **R. 20 setembre 2019 (BOE 273, 13-XI-19: 16280)**

Consta inscrita una hipoteca en garantia d'un deute aliè a l'hipotecant. La part deutora, després d'un intent infruïtós d'acord extrajudicial de pagament, va promoure procediment de concurs de creditors que va acabar mitjançant interlocutòria ferma del jutge mercantil que reconeixia al concursat el benefici de l'exoneració del passiu insatisfet (solució de segona oportunitat regulada a l'article 178 bis LC). En virtut d'aquesta interlocutòria, l'hipotecant no deutor ara sol·licita la cancel·lació de la hipoteca.

La Direcció ho denega. El precepte esmentat de la LC no deixa clars els efectes de l'exoneració respecte de l'hipotecant no deutor que, precisament per no ser deutor, no pot ser considerat garant anàleg al fiador, encara que els dos comparteixen el caràcter de garants d'un deute aliè amb caràcter accessori, és a dir, que en ambdós casos, l'extinció de l'obligació principal produeix la de la garantia accessòria. El recurs ha de ser desestimat. Primer, perquè a la interlocutòria manca un pronunciament exprés o inequívoc sobre l'abast de l'exoneració respecte de l'hipotecant no deutor, i més tenint en compte la manca de claredat de l'article 178 bis i els dubtes doctrinals sobre això. Segon, perquè la regla general de l'article 82 LH és que per a la cancel·lació de l'hipoteca és indispensable el consentiment del titular registral o, en defecte seu, resolució judicial dictada en procediment seguit contra aquest creditor; circumstàncies que no han quedat acreditades en aquest cas.

#### **R. 2 d'octubre 2019 (BOE 274, 14-XI-19: 16376)**

Denega la inscripció de la venda de tres finques, que es fa després d'haver estat adjudicades en un procediment de subhasta notarial seguit en compliment del pla de liquidació concursal del venedor. A l'anunci de la subhasta es va cometre l'error d'identificar els immobles ubicats en un terme municipal diferent del terme on es troben realment.

Certament, malgrat la incorrecta expressió del terme municipal de situació dels immobles, en els anuncis de subhasta consten altres dades d'identificació. No obstant això, la Direcció entén que en la subhasta que s'emmarca en un procediment concursal concorren diversos interessos dignes de protecció. Tant el deutor concursat com els creditors integrants de la massa passiva persegueixen que els béns es venguin pel major preu possible. És evident que la identificació correcta dels béns oferts en subhasta permetrà que puguin concórrer a la llicitació tots els interessats a adquirir les finques. Si algú està interessat a adquirir finques en un determinat terme municipal, difícilment concorrerà en una subhasta de béns ubicats en un altre.

### **CONDICIÓ**

#### **R. 29 d'agost 2019 (BOE 261, 30-X-19: 15554)**

Admet la inscripció d'una escriptura per la qual la SAREB ven a una altra societat una cartera de finques, algunes de les quals s'ubiquen a Catalunya. Part del preu de venda queda ajornat

i es garanteix mitjançant condició resolutòria expressa en els termes de l'article 1504 Cc. Entre altres, es convenen els pactes següents: que la resolució pot tenir lloc en cas d'impagament de qualsevol quantitat ajornada o dels seus interessos; que un cop requerit el pagament, el comprador ha de tenir un termini improrrogable de cinc dies per pagar; que el venedor pot retenir totes les quantitats pagades com a clàusula penal, i que la reinscripció a nom del venedor ha de tenir lloc amb la mera presentació -a més del títol del venedor i de la renúncia del comprador a qualsevol reclamació- de l'acta de requeriment al comprador. El registrador català denega la inscripció per entendre que els pactes ressenyats vulneren els apartats corresponents de l'article 621 Cc de Catalunya.

No obstant això, la Direcció, després de reconèixer la seva competència pel coneixement del recurs en no versar aquest sobre Dret especial català, sinó sobre Dret registral, considera aplicable la normativa estatal: articles 1504 i 1124 Cc, juntament amb la jurisprudència estatal aplicable, que resulta favorable a la inscripció pretesa. En l'escriptura qualificada es pacta expressament que aquesta escriptura es regirà i s'interpretarà d'acord amb el dret comú espanyol, comptant per a això amb un punt de connexió vàlid: el domicili social comú dels contractants, el lloc de celebració del contracte (Madrid) i el lloc de localització d'una part dels immobles. Particularment, l'article 10 Cc declara aplicable a les obligacions contractuals la llei que les parts s'hagin sotmès expressament, sempre que tingui alguna connexió amb el negoci de què es tracti; disposa també que la llei aplicable a una obligació s'ha d'estendre als requisits del seu compliment, a les conseqüències del seu incompliment i a la seva extinció.

## **R. 28 novembre 2019 (BOE 311, 27-XII-19: 18553)**

Admet la inscripció d'una compravenda de dues finques a les quals s'atribueix un "valor" respectiu de 141.500 € i 500 €, i es pacta un ajornament de tot el preu, que es garanteix amb condició resolutòria explícita dels articles 1504 Cc, 11 LH i 59 RH. El registrador exigeix la determinació de la part del preu ajornat del qual respon cada finca.

No obstant això, la Direcció entén que, tot i que en general aquesta determinació o distribució és necessària per a la inscripció, en el títol qualificat resulta inequívocament que el "valor" establert per a cada finca és equivalent al preu que s'ha de pagar per cadascuna. Dels articles 1281 i 1282 Cc resulta que la intenció evident dels contractants preval sobre les paraules utilitzades; i dels articles 1284 i 1285 Cc resulta que, si una clàusula del contracte admet diversos sentits, s'ha d'entendre el més adequat perquè faci efecte, i les clàusules del contracte s'han d'interpretar les unes per les altres atribuïnt a les dubtoses el sentit que resulti del seu conjunt.

## **CONFLICTE D'INTERESSOS**

### **R. 6 setembre 2019 (BOE 265, 4-XI-19: 15775)**

Denega la inscripció d'una escriptura d'herència d'un causant de veïnatge català que va morir intestat deixant dues filles menors que compareixen representades legalment per la mare, la

qual al seu torn intervé en nom propi i dret per fer constar que la constància del caràcter de guanys de la finca afectada, tant en el títol d'adquisició com en la inscripció registral, és errònia, ja que el règim econòmic del matrimoni dels cònjuges de veïnatge diferent que no han escollit la llei aplicable ha de ser el de la residència habitual immediatament posterior al matrimoni (article 9-2), la qual cosa en aquest cas determina que sigui el règim de separació de béns legal de Catalunya. No obstant això, la Direcció resol: que, procedint la inexactitud registral del títol, la rectificació pretesa exigeix el consentiment del titular afectat o resolució judicial; que en haver mort un dels titulars afectats les seves hereves han de prestar el consentiment; que, com que són aquestes menors, han de ser representades legalment, si bé és necessària la intervenció d'un defensor judicial en produir-se un conflicte d'interessos evident amb la mare, ja que el caràcter de guanys o privatiu dels béns afecta la determinació del contingut de l'herència.

### **R. 16 octubre 2019 (BOE 281, 22-XI-19: 16830)**

Exigeix la intervenció de defensor judicial per a inscriure una escriptura d'herència en la qual el cònjuge vidu, que al seu torn exerceix la potestat parental sobre un fill i legitimari, exerceix la facultat concedida en una *cautela socini*, optant -per a si i per al legitimari- per l'usdefruit universal, que afecta els béns gravats per la llegítima del representat. En aquest cas, la valoració d'inexistència de conflicte d'interessos no pot fer-la per el cònjuge vidu per si mateix.

## **CÒPIA ELECTRÒNICA**

### **R. 4 setembre 2019 (BOE 261, 30-X-19: 15566)**

Admet la inscripció d'una escriptura d'herència respecte de la qual la ratificació posterior d'una de les hereves -verbalment o representada en el títol- resulta de còpia autoritzada electrònica expedida i remesa per la notària autoritzant de la ratificació, la qual fa constar en el peu de la còpia que aquesta s'expedeix per a la seva remissió a la notària autoritzant de l'herència, amb validesa només per la finalitat concreta respecte de la qual va ser sol·licitada, que és la constància de la ratificació i lliurament a la part interessada.

El registrador denega la inscripció per entendre, sobre la base de la R. 17 juliol 2017 (veure resum en cursiva a continuació), 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 matisa la doctrina establerta per la resolució esmentada i entén que el trasllat a paper d'una còpia electrònica realitzada pel Notari de destinació és un document susceptible de ser utilitzat en el tràfic jurídic com una còpia autoritzada. Aquest trasllat no esgota el seu valor i efectes en l'expedient pel qual ha estat remès, sinó que es manté independent més enllà d'aquest amb el valor previst pels documents notariais; i d'aquí la diferència amb el trasllat a paper que poden fer altres funcionaris receptors, que té el caràcter de document públic però només en l'àmbit del procediment judicial o administratiu que empara el seu enviament telemàtic. En conseqüència,





aquest valor que manté el trasllat notarial és el que resulta de l'article 17-bis-5 LN: el de veritable còpia autoritzada.

D'acord amb l'anomenat principi de neutralitat tecnològica formulat per l'article 17-bis-1 LN, els instruments públics als quals es refereix aquest article no perden aquest caràcter pel sol fet d'estar redactats en suport electrònic; i entre aquests instruments públics es troben les còpies (article 221 RN). Les normes s'han d'interpretar d'acord amb la realitat social del moment que han estat aplicades i d'acord amb el seu esperit i finalitat (article 3 Cc).

Aclarint el que es va afirmar en la R. 17 juliol 2017, a la qual expressament s'al·ludeix, 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 seu trasllat a paper- deriva únicament de la finalitat concreta expressada en la seva expedició.

#### **R. 17 juliol 2017 (BOE 196, 17-VIII-17: 9819)**

Denega la inscripció d'una escriptura de compravenda, un dels atorgants de la qual intervé com a apoderat en virtut de trasllat a paper de còpia autoritzada telemàtica de poder, havent realitzat el trasllat un altre notari diferent de l'autoritzant de l'escriptura. La Direcció interpreta l'article 224-2 RN, en el sentit que la còpia autoritzada no només està limitada per la finalitat de la seva expedició, sinó que a més només pot ser utilitzada vàlidament pel Notari al qual es remet, a través d'alguna de les tres possibilitats concedides per l'article 224-4: incorporar a la seva matriu el trasllat de la còpia electrònica, traslladar-la a paper, deixant constància en el Llibre indicador; o ressenyar-ne el contingut en el document autoritzat per aquest. El trasllat a paper que duu a terme el Notari de destinació no és una còpia autoritzada i, en conseqüència, no està destinat a servir de títol en el tràfic jurídic, sinó a altres finalitats com pot ser la de guardar memòria de l'existència de la matriu. Els articles 17-1 i 17-bis-3 LN reserven el caràcter de còpia autoritzada a les expedides exclusivament pel Notari autoritzant, ja sigui en paper o en format electrònic. El trasllat a paper no pot servir de base al judici notarial de suficiència de facultats representatives. En conseqüència, el rebuig no ve determinat pel caràcter de testimoni del document exhibit al Notari autoritzant, sinó per la limitació d'efectes que els articles 17-bis LN i 224-4 RN estableixen per les còpies autoritzades electròniques i el seu trasllat a paper, limitació que ve determinada tant per la finalitat que s'hagi fet constar en aquesta com per la persona del Notari destinatari.

#### **COSTES**

##### **R. 6 juny 2019 (BOE 158, 3-VII-19: 9921)**

Denega la inscripció de la transmissió hereditària d'una finca ja immatriculada, exigint aportar certificat del Servei Perifèric de Costes acreditatiu que no s'envaeix el domini públic marítim-terrestre.

És doctrina consolidada, en els supòsits on es pretén la inscripció de transmissions que afecten el domini públic marítimoterrestre sota la vigència de l'article 36 Reglament de Costes aprovat per RD 876/2014, suspendre la inscripció si la finca intersecció o confrontant amb el domini públic d'acord amb la representació gràfica proporcionada per la Direcció General de Sostenibilitat de la Costa i del Mar, la qual ha de proporcionar-la a la DGRN en suport electrònic. Però mentre l'aplicació informàtica corresponent per al tractament de bases gràfiques no disposi de la informació gràfica corresponent a la línia de domini públic i zones d'afecció a servituds, l'única manera de determinar si hi ha intersecció o contigüitat serà el certificat del Servei Perifèric de Costes, l'aportació del qual només és exigible respecte de les finques que, segons el Registre, el cadastre i les altres dades a les quals tingui accés el registrador pel seu càrrec, confrontin amb el domini públic o puguin estar subjectes a les tals servituds.

En el supòsit resolt, les aplicacions informàtiques pel tractament de bases gràfiques no disposen de la representació gràfica georeferenciada de les zones de domini públic i servituds, per la qual cosa l'única manera per determinar la contigüitat o la intersecció és la certificació prèvia del Servei Perifèric de Costes. Els dubtes del registrador sobre la invasió no constitueixen una prova plena, però tampoc són meres sospites arbitràries, sinó que es basen en dades objectives: la descripció de la finca la situa en "zona contigua al mar"; d'acord amb l'aplicació informàtica auxiliar de representacions gràfiques del Col·legi de registradors, la finca envairia el domini públic; sobre la finca s'ha practicat a favor de l'Estat una anotació de demanda en la qual es demanda la nul·litat i la cancel·lació de la inscripció de domini dels titulars registrals.

##### **R. 24 de juliol 2019 (BOE 231, 25-IX-19: 13611)**

Suspèn la inscripció d'una escriptura de compravenda atorgada el 2009 però presentada actualment, ja vigent l'article 36-5 RD 876/2014, la qual es refereix a dues finques que, segons el registre, confronten amb zona marítimoterrestre, la qual cosa és confirmada per la cartografia cadastral i per certificat del Servei Perifèric de Costes.

La Direcció recorda la seva doctrina. L'article 36 vigent del Reglament de Costes ordena al registrador suspendre la inscripció de finques que interseccionen o confronten amb el domini públic d'acord amb la representació gràfica proporcionada per la Direcció General de Sostenibilitat de la Costa i del Mar, la qual ha de proporcionar-la a la DGRN en suport electrònic. Però mentre l'aplicació informàtica corresponent per al tractament de bases gràfiques no disposi de la informació gràfica corresponent a la línia de domini públic i zones d'afecció a servituds, l'única manera de determinar si hi ha intersecció o contigüitat és el certificat del Servei Perifèric de Costes, l'aportació del qual només és exigible respecte d'aquelles finques que, segons el Registre, el cadastre i les altres dades a les quals tingui accés el registrador pel seu càrrec, confrontin amb el domini públic o puguin estar subjectes a les tals servituds.

##### **R. 25 juliol 2019 (BOE 239, 4-X-19: 14225)**

Suspèn la inscripció d'una escriptura de declaració d'obra per antiguitat, a la qual s'acompanyen: certificat tècnic acreditatiu

d'una antiguitat anterior al Reglament de Costes vigent i superior al termini de prescripció de possibles infraccions urbanístiques; també certificat expedit pel cap de la Demarcació de Costes competent, en el qual consta que l'edificació s'ubica en zones de servituds de protecció i de trànsit.

La Direcció exigeix l'autorització o l'informe acreditatiu exigits pels articles 28, 48 i 49 RC per a la inscripció de construccions a les zones ressenyades. L'article 20-4-a LS imposa al registrador l'obligació de comprovar que el sòl no està afectat per una servitud d'ús públic general en la inscripció d'obres noves, la qual cosa en aquest cas resulta del certificat incorporat en el mateix títol.

## CURATELA

### R. 28 juny 2019 (BOE 177, 25-VII-19: 10882)

Denega la inscripció d'una escriptura d'adjudicació d'herència a favor dels quatre fills de la causant. Un manifesta actuar per si mateix i en nom i representació, com a curador, d'un altre dels germans, el qual es nega radicalment a atorgar l'herència amb els altres, la capacitat del qual va ser modificada judicialment de manera parcial (article 287 Cc) perquè pateix una psicosi esquizofrènica paranoide, i està sotmès a curatela pels actes de gestió i administració patrimonial. S'aporta interlocutòria en la qual es concedeix autorització judicial per a l'acceptació de l'herència pel curador en nom i representació del seu germà d'acord amb l'esborrany de l'escriptura que es va aportar al jutjat.

La curatela és un òrgan assistencial, que no substitueix, sinó que complementa la capacitat del que hi està subjecte, que és una persona capaç, cosa que en fa innecessària la representació. El sotmès a curatela sempre actua per si mateix, encara que no sempre per si sol. En conclusió, és necessari que el sotmès a curatela concorri en l'atorgament de l'escriptura.

## DEFENSA NACIONAL

### R. 6 novembre 2019 (BOE 285, 27-XI-19: 17066)

Denega la inscripció d'una escriptura de venda de finca rústica situada a Sóller (Mallorca) a una compradora de nacionalitat holandesa resident als Estats Units i casada en règim de comunitat holandès amb un ciutadà nord-americà, la qual adquireix per la seva societat conjugal.

És necessari acreditar l'obtenció de l'autorització mliar corresponent, perquè la finca està ubicada en una zona d'accés restringit a la propietat per part d'estrangers i un dels cònjuges adquirents té nacionalitat extracomunitària; tot això, de conformitat amb els articles 18 i 20 Llei 8/1975.

El Notari recurrent al·lega que el règim legal de comunitat holandès és similar a la societat de guanys, per la qual cosa el cònjuge nord-americà no adquireix la propietat de cap quota indivisa que permeti la seva disposició autònoma. No obstant això, la Direcció entén que, independentment de les diferències conegudes entre les comunitats romana i germànica, és innegable que, fins i tot abans de la dissolució i la liquidació d'una comunitat germànica, els béns adquirits per aquesta passen a ser de titulari-

tat conjunta d'ambdós cònjuges i no d'una societat o comunitat mancada de personalitat jurídica. El mateix criteri va servir a la Direcció per a denegar, en la R. 19 octubre 2017 (infra.), la inscripció d'una aportació de finca ubicada a Ceuta a la societat de guanys sense acreditació de l'autorització exigida d'acord amb la disposició final primera del Reglament que desenvolupa la Llei 8/1975.

I com que l'autorització esmentada s'hauria d'haver exigít en el mateix moment de l'autorització de l'escriptura, la seva absència constitueix una causa d'invalidesa i d'ineficàcia del contracte que n'impedeix la inscripció.

## DESCRIPCIÓ I GEOREFERENCIACIÓ DE FINQUES

### RECTIFICACIÓ DESCRIPTIVA TRAMITADA PEL REGISTRADOR

### R. 7 juny 2019 (BOE 159, 4-VII-19: 9969)

Suspèn la inscripció de la representació gràfica alternativa a la cadastral d'una finca, que es pretén per la via de l'article 199 LH, perquè entén raonables els dubtes del registrador, perquè hi ha oposició d'un confrontant que aporta documents fefaents, dels quals resulta l'existència d'un litigi relatiu a un camí inclòs a la base gràfica que es pretén inscriure, per la qual cosa no és pacífica la delimitació gràfica de la finca. Es pot acudir al procediment de delimitació i fitació de l'article 200 LH, sens perjudici de poder acudir al judici declaratiu corresponent (article 198 LH).

### R. 12 juny 2019 (BOE 163, 9-VII-19: 10148)

Suspèn la inscripció d'una representació gràfica alternativa a la cadastral, que es pretén pel procediment de l'article 199 LH, per considerar raonables els dubtes de la registradora sobre la possible invasió d'un vial de domini públic. A més, la incorporació de la representació gràfica suposa inscriure un excés de cabuda que la registradora considera procedent de l'annexió d'una superfície confrontant. La via apropiada per a això és la immatriculació prèvia d'aquesta superfície i la seva agrupació amb la finca.

### R. 19 juny 2019 (BOE 170, 17-VII-19: 10521)

Suspèn la inscripció d'una representació gràfica cadastral, que es pretén a través del procediment de l'article 199 LH, perquè s'ha produït l'oposició de dos confrontants, els quals aporten documentació acreditativa de l'existència d'un procediment judicial previ d'expedient de domini sobre accés de cabuda, que va acabar desestimant la pretensió de la promotora.

No es pot ignorar aquest pronunciament judicial previ. Queda com única possibilitat acudir al judici declaratiu (darrer paràgraf de l'article 198 LH).

### R. 4 juliol 2019 (BOE 179, 27-VII-19: 11020)

Denega la inscripció d'una escriptura de declaració d'obra en la qual simultàniament es rectifica la cabuda de la finca, sobre la base de certificació cadastral descriptiva i gràfica. Un cop realitzades per la registradora les notificacions i les actuacions previstes en l'article 199 LH, es rebutja la inscripció per possible invasió de domini públic, concretament un riu -no delimitat- segons informe de la Confederació Hidrogràfica competent.



#### **R. 10 juliol 2019 (BOE 184, 2-VIII-19: 11357)**

Suspèn la inscripció d'una representació gràfica alternativa a la cadastral, que es pretén a través del procediment de l'article 199 LH, per entendre que són raonables els dubtes registrals sobre la possible invasió de vials o camins de domini públic, la qual cosa resulta corroborat per l'oposició que formula la mateixa Administració municipal.

#### **R. 24 juliol 2019 (BOE 231, 25-IX-19: 13609)**

Suspèn la inscripció d'una representació gràfica alternativa a la cadastral, un cop seguit el procediment de l'article 199 LH, perquè entén que són raonables els dubtes del registrador, perquè hi ha oposició de confrontants que aporten documents fefaents en relació amb un informe tècnic topogràfic, de tot això resulta que no és pacífica la delimitació gràfica que es pretén inscriure i pot afectar els drets de tercers. Es pot acudir al procediment de delimitació i fitació de l'article 200 LH, sens perjudici de poder acudir al judici declaratiu corresponent (article 198 LH).

#### **R. 24 juliol 2019 (BOE 231, 25-IX-19: 13610)**

Admet la inscripció d'una representació gràfica cadastral, per la via de l'article 199 LH, malgrat que això implica la constància registral d'un excés de cabuda de gairebé el 25% de la superfície inscrita. La mera oposició de dos confrontants sense aportació de cap document que justifiqui les seves al·legacions no és suficient per derivar el procediment a la jurisdicció contenciosa.

Tampoc no és obstacle la mera referència que la finca procedeix d'una segregació d'una altra, sense apreciació de circumstàncies del cas concret. Després de la Llei 13/2015 és doctrina de la Direcció que la inscripció prèvia d'una segregació que s'empara en una llicència administrativa no impossibilita rectificar posteriorment la descripció de les finques resultants sense necessitat d'una nova llicència, sempre que les rectificacions preteses no impliquin una reordenació de terrenys a la resultant de la primera llicència.

#### **R. 6 agost 2019 (BOE 254, 22-X-19: 15147)**

Suspèn la inscripció d'una representació gràfica alternativa a la cadastral, un cop iniciat el procediment de l'article 199 LH, i entén que són raonables els dubtes del registrador, perquè es produeix l'oposició d'un confrontant que aporta documents fefaents i plans, dels quals resulta que no és pacífica la delimitació gràfica de la finca que es pretén inscriure. Es pot acudir al procediment de delimitació i de fitació de l'article 200 LH, sens perjudici de poder acudir al judici declaratiu corresponent (article 198 LH).

#### **R. 5 setembre 2019 (BOE 265, 4-XI-19: 15772)**

Suspèn la inscripció d'una rectificació descriptiva de finca, que el registrador denega abans de tramitar el procediment de l'article 199 LH, perquè té dubtes d'identitat que la Direcció considera justificats. Aquests dubtes resulten dels antecedents cadastrals, la localització i la identificació de les finques confrontants segons el Registre i el Cadastre. De tot això resulten indicis suficients que la reducció significativa de cabuda que es pretén inscriure altera la realitat física exterior que s'acota amb la descripció registral, de manera que es poden estar encobrint operacions de modificació d'entitats hipotecàries no documentades.

D'altra banda, també es rebutja la inscripció del canvi de naturalesa de la finca, de rústica a urbana, perquè no s'acredita la nomenclatura ni el número del carrer on s'ubica (d'acord amb l'article 437 RH), per la qual cosa no es pot apreciar la correspondència entre la finca rústica registrada i la parcel·la urbana cadastral.

#### **R. 16 setembre 2019 (BOE 268, 7-XI-19: 15930)**

Denega la inscripció d'una representació gràfica alternativa a la cadastral, perquè considera raonables els dubtes del registrador que es pretén inscriure una superfície confrontant addicional sense els requisits de la normativa hipotecària, sobre la base de les discordances existents entre les fites consignades en el títol i les que consten en el certificat tècnic on figuren les coordenades georeferenciades i la superfície que els correspon.

D'altra banda, malgrat que la Direcció considera que el mer transcurs de temps entre l'expedició del certificat tècnic i la presentació al Registre no implica necessàriament que s'estiguin encobrint modificacions hipotecàries (sobretot tenint en compte que a l'historial de la finca s'ha produït una venda sotmesa a condició suspensiva que no es va arribar a perfeccionar per manca de compliment de l'esdeveniment, circumstància que per si sola justificaria el retard en la presentació).

#### **R. 18 setembre 2019 (BOE 269, 8-XI-19: 16035)**

Denega una rectificació descriptiva, abans de dur a terme les actuacions de l'article 199 LH, per considerar que s'ha modificat la geometria de la finca, ja que va ser immatriculada amb 262 metres quadrats i ara es pretén fer constar una representació gràfica alternativa a la cadastral que suposa atribuir-li una superfície de 718 metres. La qualificació expressa, no ja dubtes, sinó la certesa que es pretén alterar la geometria de la finca registral inscrita.

És doctrina consolidada que els dubtes d'identitat poden ser manifestats pel registrador abans d'iniciar les actuacions de l'article 199 LH, evitant dilacions i tràmits innecessaris.

#### **R. 9 octubre 2019 (BOE 274, 14-XI-19: 16390)**

Revoca la qualificació que havia suspès la inscripció d'una representació alternativa a la cadastral, perquè el registrador ha manifestat que estimava les al·legacions presentades en el procediment de l'article 199 LH, però sense explicar-les ni extractar-les de cap manera i, per tant, sense que els interessats hagin pogut exercir el seu dret a defensar-se. La revocació de la qualificació per manca d'explicació dels dubtes d'identitat no implica la inscriptibilitat del document qualificat, sens perjudici que es pugui instar una nova nota de qualificació.

#### **R. 9 octubre 2019 (BOE 274, 14-XI-19: 16392)**

Suspèn la inscripció d'una representació gràfica alternativa a la cadastral perquè entén raonables els dubtes d'identitat posats de manifest pel registrador, basats sobretot en l'existència d'una desproporció enorme entre la superfície de la representació gràfica i la inscrita, sent la primera deu vegades major que la segona. A més, si bé per si no és obstacle per a la identitat el fet que una sola finca registral estigui formada per dues parcel·les cadastrals, la veritat és que en aquest cas de la cartografia cadastral resultaria



que estaríem davant una finca discontinua, la qual cosa no consta en la descripció registral.

## **R. 15 octubre 2019 (BOE 281, 22-XI-19: 16829)**

Consten immatriculades dues finques des de 2007. Ara es pretén la inscripció de la seva rectificació descriptiva. Respecte d'una de les finques, la Direcció ho denega i estima els dubtes d'identitat exposats pel registrador, ja que el que es pretén és la constància d'un gran excés de cabuda (de 69 a 527 metres quadrats) i una alteració de fites fixes, i això -encara que apareix recollit en una modificació del cadastre posterior a la immatriculació- posa de manifest la incorporació d'una porció de terreny adjacent.

No obstant això, en relació amb l'altra finca l'excés de cabuda que es pretén inscriure és una mica més del 4%; i el registrador simplement ha denegat la inscripció perquè no s'ha sol·licitat la inscripció parcial. La Direcció revoca la qualificació; l'article 425 RH disposa que, presentat un títol, s'entendrà, llevat que expressament se'n exclougui una part, que la presentació afecta tots els actes i finques que comprèn; per tant, si el registrador ha apreciat defectes sobre una finca i no sobre l'altra, ha de despatxar el títol respecte d'aquesta darrera sense requerir sol·licitud expressa d'inscripció parcial.

## **R. 24 octubre 2019 (BOE 281, 22-XI-19: 16843)**

Denega la inscripció d'una representació gràfica alternativa a la cadastral perquè considera raonables els dubtes registrals sobre la correspondència entre la finca registral i la representació que es pretén inscriure, que suposa un augment de la superfície inscrita i que s'han generat per l'oposició dels titulars registrals d'una finca confrontant, secundades pel titular d'un altre confrontant cadastral, per la seva possible invasió.

Encara que l'oposició dels confrontants manqui d'una total manca de fonamentació, corrobora que no és pacífica la delimitació de la finca, sense que la circumstància que l'informe de validació aportat positiu alteri aquesta conclusió. No obstant això, el recurs s'estima sobre les altres operacions contingudes en l'escriptura qualificada: transmissió del domini i declaració d'obra. Encara que l'excés de cabuda declarat no es pugui inscriure, en cabre físicament la porció de sol edificada en la superfície inscrita, aquestes operacions es poden inscriure amb la cabuda que consta en el registre.

## **R. 30 octubre 2019 (BOE 285, 27-XI-19: 17053)**

Admet la inscripció d'una representació gràfica cadastral, que havia estat rebutjada pel registrador, un cop realitzades les actuacions de l'article 199 LH, sobre la base de les al·legacions del titular de dues finques confrontants relatives a l'existència una controvèrsia judicial prèvia sobre un camí i reg existents entre les finques.

No obstant això, la Direcció estima les al·legacions del recurrent: el pronunciament judicial previ no es refereix a la delimitació de les finques, sinó a un interdicte sobre la possessió del camí i el reg; a més, les finques procedeixen de concentració parcel·laria. Efectivament, l'article 201-1-e LH no permet la tramitació de l'expedient regulat en aquest precepte (la qual cosa la Direcció entén també aplicable al regulat per l'article 199 LH) per

a la rectificació descriptiva de finques resultants d'expedients administratius de reorganització de la propietat, exigint en aquest cas la rectificació del títol original o la tramitació prèvia del procediment administratiu corresponent.

## **R. 5 novembre 2019 (BOE 285, 27-XI-19: 17062)**

El títol qualificat és una instància per la qual se sol·licita al registrador que requereixi a la Gerència Territorial del Cadastre perquè localitzi cadastralment una finca registral determinada i emeti certificat de la titularitat cadastral de determinades persones, tot això invocant la normativa sobre coordinació entre Registre i Cadastre.

La Direcció denega la sol·licitud, perquè no encaixa en cap de les previsions de la Llei 13/2015 ni en cap altra norma vigent. No correspon al registrador ni localitzar una finca registral determinada sobre la cartografia cadastral, ni requerir al Cadastre perquè ho faci, sinó que precisament és el mateix interessat qui ha d'aportar al registrador la representació gràfica de la finca registral de la qual sigui titular per inscriure-la d'acord amb els articles 9-b i 199 LH.

## **R. 14 novembre 2019 (BOE 290, 3-XII-19: 17391)**

Suspèn la inscripció d'una representació gràfica cadastral titularitat del Cabildo Insular de Tenerife perquè, un cop realitzades les actuacions previstes en l'article 199 LH, s'acull l'oposició d'un titular registral confrontant, el qual aporta documentació (fins i tot fotogràfica) en suport d'aquesta i a més al·lega que ja havia sol·licitat prèviament la inscripció de la representació gràfica alternativa a la cadastral de la seva finca, a la qual s'oposa precisament l'Administració recurrent. En definitiva, hi ha una controvèrsia entre confrontants amb possible invasió de les seves finques, la qual cosa excedeix aquest expedient registral.

## **R. 20 novembre 2019 (BOE 296, 10-XII-19: 17725)**

Suspèn la inscripció d'una representació gràfica alternativa a la cadastral, un cop iniciat el procediment de l'article 199 LH, perquè considera raonables els dubtes del registrador, en haver un augment de superfície respecte de la cabuda inscrita i haver-se produït l'oposició d'un confrontant que aporta un informe tècnic i fotografies superposades a la cartografia cadastral; de tot això resulta que no és pacífica la delimitació gràfica de la finca que es pretén inscriure, ja que es pot produir la invasió de la finca confrontant. 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. 20 novembre 2019 (BOE 296, 10-XII-19: 17727)**

Admet l'inici del procediment de l'article 199 LH en virtut d'instància privada amb signatura legitimada notarialment acompanyada de certificat cadastral descriptiu i gràfic del qual resulta la representació la inscripció de la qual es pretén inscriure.

L'exigència de document públic per iniciar aquest expedient manca de suport en el precepte esmentat. De l'anàlisi dels expedients notariais o registrals del Títol VI LH resulta que tots s'inicien mitjançant sol·licitud o instància privada. La instància privada reflecteix la voluntat i sol·licitud dels interessats, però no és el docu-



ment que s'inscriu, ja que el títol de la rectificació és el document notarial, judicial o administratiu en el qual el sol·licitant basa el seu dret i, per tant, en el cas resolt, és el certificat cadastral del qual resulta la representació gràfica que es pretén inscriure. De fet n'hi hauria prou amb la mera instància -amb signatura legitimada pel Notari, o bé estesa o ratificada davant el registrador- on consta la mera identificació de la referència cadastral de la parcel·la, ja que els registradors poden obtenir el certificat directament en la Seu Electrònica del Cadastre.

**R. 27 novembre 2019 (BOE 311, 27-XII-19: 18550)**

**R. 27 novembre 2019 (BOE 311, 27-XII-19: 18551)**

Suspèn la inscripció d'una representació gràfica cadastral perquè considera raonables els dubtes del registrador formulats després d'haver portat a terme les actuacions de l'article 199 LH, sobre la possible invasió d'una via pecuària confrontant, tenint en compte l'oposició que formula la mateixa Administració titular del bé demanial envaït.

**R. 28 novembre 2019 (BOE 311, 27-XII-19: 18555)**

Declara procedent l'inici de l'expedient de l'article 199 LH per a la inscripció d'una representació gràfica alternativa a la cadastral corresponent a una agrupació de finques, que suposa un excés del 40% de la cabuda inscrita.

La Direcció estima que precisament els dubtes d'idoneïtat al·legats pel registrador s'han de resoldre durant l'expedient. La magnitud de la diferència de superfície només pot impedir la tramitació de l'expedient quan la desproporció impedeixi identificar els recintes registral i georeferenciat, la qual cosa no resulta de la nota de qualificació. El canvi de naturalesa a urbana d'una part de la finca està justificat per un certificat municipal sobre correspondència de les finques registrals agrupades amb tres parcel·les cadastrals, dues de les quals són urbanes i sumen la mateixa superfície que la part de la finca que figura en el títol com a urbana. La circumstància que la finca procedeixi de segregació no impedeix rectificar posteriorment les finques resultants sense necessitat de llicència, sempre que la rectificació pretesa no impliqui una nova reordenació dels terrenys. Els dubtes sobre si la georeferenciació la inscripció de la qual es pretén envaeix el domini públic o privat confrontant la representació gràfica del qual no consta inscrita, precisament s'han de solucionar mitjançant la intervenció del titular en l'expedient. I tot això sens perjudici de la qualificació final que procedeixi sobre la base de les actuacions de l'expedient.

## **RECTIFICACIÓ DESCRIPTIVA TRAMITADA PEL NOTARI**

**R. 7 juny 2019 (BOE 159, 4-VII-19: 9968)**

En la inscripció d'una finca resultant d'agrupació consta la seva representació gràfica alternativa a la cadastral. Ara s'admet la inscripció de la rectificació de la seva superfície, per fer constar la que resulta del Cadastre, amb sol·licitud expressa en el títol que això es faci sobre la base de l'article 201-3-b LH, sense tramitar l'expedient de rectificació, per ser l'excés que es pretén inscriure menor de l'1% de la cabuda inscrita.

Malgrat la petita entitat de l'excés pretès, la Direcció no considera aplicable la via de l'article 201-3-b. Atès que consta inscrita

la georeferenciació gràfica de la finca, és improcedent qualsevol rectificació de superfície que no es realitzi amb una rectificació prèvia de la representació gràfica inscrita. Dels articles 9 i 10 LH no es pot deduir, com fa la qualificació, que un cop inscrita una georeferenciació aquesta esdevé inalterable. La possibilitat de rectificar una representació gràfica inscrita resulta de les normes generals sobre rectificació d'assentaments (article 40 LH).

**R. 20 juny 2019 (BOE 170, 17-VII-19: 10523)**

Suspèn la inscripció d'una acta notarial d'expedient de rectificació de cabuda de finques registrals perquè entre les parcel·les cadastrals confrontants amb les finques que es pretén rectificar, n'hi ha dues la titularitat de les quals es troba "en investigació" d'acord amb la Llei 33/2003. S'ha produït la notificació a la Gerència Territorial del Cadastre previnguda en l'article 201 LH, però aquesta notificació no compleix el requisit de notificar a l'Administració pública competent, ja que del procediment d'investigació esmentat pot resultar acreditat que la finca pertany a l'Administració General de l'Estat, i es desprèn de la legislació vigent que la notificació s'ha de realitzar als òrgans que correspongui l'administració del bé (article 38 Llei 33/2003).

**R. 26 juny 2019 (BOE 174, 22-VII-19: 10737)**

Suspèn la inscripció d'una acta notarial de rectificació descriptiva de l'article 201 LH perquè entén justificats els dubtes d'identitat del registrador, que es fonamenten en les alteracions en el perímetre i la superfície cadastral, segons resulta dels antecedents del Cadastre consultats d'ofici pel registrador, a la qual cosa cal afegir la magnitud de l'excés de cabuda que es pretén inscriure juntament amb l'alteració de les fites. Encara que queda exclosa la indefensió dels confrontants, donada la seva manca d'oposició, les circumstàncies del supòsit denoten un increment superficial a costa d'un terreny addicional confrontant amb l'encobriment d'un negoci de modificació d'entitat hipotecària.

**R. 26 setembre 2019 (BOE 273, 13-XI-19: 16291)**

Suspèn la inscripció d'una escriptura d'ampliació d'obra nova. La finca consta inscrita amb una superfície de 150 metres quadrats, si bé -amb caràcter previ a la declaració d'obra- es fa constar que la finca fa ara realment i segons el Cadastre 257 metres i té forma aproximadament rectangular. El Notari declara haver utilitzat personalment l'eina d'amidament de distàncies proporcionada pel visor de la cartografia cadastral de la Seu Electrònica del Cadastre per mesurar els quatre límits de la finca, la qual cosa dona lloc a una dada aproximada de 12 per 20 metres lineals; i sobre aquesta base emet un judici de notorietat abreujat en el sentit d'afirmar que la cabuda inscrita és evidentment una dada errònia respecte de la qual se sol·licita la rectificació i la substitució pel declarat que sens dubte és molt més proper a la realitat.

No obstant això, la Direcció entén que els procediments legals de rectificació d'errors registrals de l'article 40 LH no es poden suplir mitjançant un "judici de notorietat abreujat", sense que tampoc no s'hagi aportat en aquest cas la documentació fefaent independentment de la voluntat dels interessats (concretament, els plànols de la parcel·lació urbanística de la qual va

sorgir la finca), que permetria una rectificació tabular per mera petició de part. Efectivament, la finca del supòsit és una de les procedents d'una segregació realitzada per la Diputació Provincial de Sevilla fa 37 anys. La finca matriu va ser segregada en 72 parcel·les destinades a habitatge que van passar tots a tenir com a annex una participació indivisa a la resta de la finca, el qual va quedar configurat amb una forma sensiblement irregular per estar constituït pels vials i zones comunes que envolten les cases segregades. En conseqüència, es denega la inscripció de l'excés de cabuda per considerar justificats els dubtes -més aviat de certesa- del registrador que la rectificació superficial pretesa afecta el procediment de parcel·lació administratiu que va originar la finca.

Ara bé, s'admet la inscripció de la declaració d'obra, malgrat que s'ha denegat l'excés de cabuda de la parcel·la, perquè en aquest cas la porció de terreny ocupada per l'edificació (133 metres quadrats) cap físicament dins la finca inscrita (150 metres), sense que la qualificació es pronunciï sobre possibles dubtes sobre la ubicació de l'edifici en la finca registral, sobre la base de les seves coordenades georeferenciades.

## **R. 17 octubre 2019 (BOE 281, 22-XI-19: 16834)**

Suspèn la inscripció d'una acta notarial que conclou un expedient de rectificació descriptiva de l'article 201 LH, perquè estima raonables els dubtes d'identitat posats de manifest pel registrador ja en expedir el certificat inicial. La finca procedeix per segregació d'una altra amb la qual limita segons el Registre, però que desapareix en virtut de la modificació pretesa, i la finca objecte de l'expedient passa a limitar amb una altra parcel·la diferent, de manera que s'estaria encobrint una agrupació, la qual cosa resultaria confirmada per l'excés de cabuda desproporcionat que suposa la modificació.

Aquestes evidències no resulten desvirtuades pel que s'ha actuat a l'acta, que únicament recull manifestacions, però no diligència ni en prova cap que acrediti l'existència d'errors en l'amidament originari de la finca, ni circumstàncies objectives que excloguin la possible agrupació de la finca confrontant.

## **R. 5 novembre 2019 (BOE 285, 27-XI-19: 17060)**

Admet la inscripció d'una acta notarial que conclou un expedient de rectificació descriptiva de l'article 201 LH, desestimant les dues objeccions de la qualificació.

En primer lloc, les finques afectades són una casa i una bogada; i la rectificació suposa incrementar-ne la superfície construïda. És doctrina consolidada que la rectificació descriptiva d'una edificació ha de complir els requisits propis d'una modificació d'obra, sobretot els urbanístics exigibles en cada cas. En aquest supòsit, a l'efecte de l'apartat 4 de l'article 28 LS, resulta acreditada cadastralment una antiguitat de l'edificació de l'any 1920.

D'altra banda, malgrat que s'ha atorgat una segona escriptura aclaridora que matisa alguns aspectes descriptius, però que no altera la representació gràfica ni la descripció resultant, no és necessari reiterar les notificacions als titulars de les finques confrontants previstes en l'article 201.

## **ALTRES QÜESTIONS SOBRE DESCRIPCIÓ DE FINQUES**

### **R. 28 juny 2019 (BOE 177, 25-VII-19: 10884)**

Admet la inscripció d'una escriptura d'herència en la qual es descriu una finca ja immatriculada tal com consta en el Registre. El defecte apreciat en la qualificació és que no s'expressa la cabuda de la finca, sinó solament les longituds dels límits. No obstant això, la Direcció entén que no es pretén modificar la cabuda de la finca i que la descripció es manté. A més, un cop concretada la longitud dels costats, la cabuda exacta es pot determinar mitjançant una operació matemàtica senzilla.

### **R. 22 juliol 2019 (BOE 190, 9-VIII-19: 11751)**

Admet la inscripció d'un conveni regulador en el qual s'atribueix a l'esposa el dret d'ús sobre l'habitatge conjugal. El registrador havia denegat la inscripció afirmant que el títol no contenia les dades relatives a la finca. Certament la finca és un element primordial del nostre sistema registral de foli real, de manera que no és possible la inscripció d'un dret si no s'ha assenyalat sobre quina finca registral s'ha constituït. Ara bé, la Direcció entén que en el cas objecte d'aquest recurs l'habitatge afectat s'identifica clarament amb les seves dades registrals i la seva referència cadastral.

## **DOCUMENTS ADMINISTRATIUS**

### **R. 21 juny 2019 (BOE 170, 17-VII-19: 10530)**

Denega la inscripció d'un certificat del secretari municipal amb el vistiplau de l'Alcalde, en la qual es fa constar que, consultades les dades que consten a la Secretaria i l'inventari de béns de l'entitat, consta adoptat l'acord del ple per a l'adquisició d'una finca determinada mitjançant contracte de compravenda amb la persona que n'és la titular registral.

El certificat administratiu de l'acord no és el títol inscripcible. En ser la compravenda un contracte privat -encara que celebrat per l'Administració-, el títol adequat és l'escriptura pública.

### **R. 19 juliol 2019 (BOE 189, 8-VIII-19: 11683)**

Suspèn la inscripció d'un certificat de l'Ajuntament de Madrid de continuació de tracte successiu respecte de diverses finques, segregació d'una part d'aquestes i agrupació de les porcions segregades per manca d'acreditació fefaent de diversos aspectes. Les finques consten inscrites a nom de diversos titulars per títols de compra i expropiació.

En primer lloc, no consta la titularitat de l'Ajuntament respecte de la finca adquirida per expropiació, la qual va tenir lloc per a la construcció d'un institut politènic que va ser antecessor de la Universitat Politècnica de Madrid, la qual s'oposa a l'expedient com a successor del destinatari de l'expropiació. En segon lloc, hi ha dubtes d'identitat de les finques afectades que n'impedeixen la georeferenciació: la referència cadastral alfanumèrica i les superfícies que consten en el Registre i en el cadastre no es corresponen amb les dades que figuren en el Pla especial aprovat per l'Ajuntament. Finalment, cal acreditar l'obtenció de la llicència per a la segregació. Certament l'acord municipal produeix els mateixos efectes que la llicència, però l'aprovació està subjecta





als mateixos requisits que la concessió, i en aquest expedient no consta l'acord del Ple.

## DOCUMENTS JUDICIALS

### R. 21 juny 2019 (BOE 170, 17-VII-19: 10525)

Admet la inscripció d'una escriptura d'elevació a públic de document privat en el qual la declaració de voluntat de la part venedora ha estat suplerta judicialment en el si d'un procediment seguit en rebel·lia processal que va concloure amb sentència ferma. Es desestimen els dos defectes de la qualificació.

L'obligació que consti el transcurs dels terminis de rescissió de la sentència dictada en rebel·lia (article 524 LEC) no resulta aplicable a casos com aquest, on la sentència dictada en rebel·lia condemna a l'elevació a públic, i la declaració de voluntat del venedor és posteriorment suplerta pel jutge. El títol inscripcionable no és la resolució judicial, sinó l'escriptura atorgada pel jutge, de la mateixa actuació del qual cal inferir el compliment de l'exigència de fermesa de la sentència executada.

D'altra banda, no s'ha infringit el principi de tutela judicial efectiva de l'herència jacent. Encara que el procediment s'ha portat a terme amb la filla dels titulars registrals i venedors ja morts, queda acreditat que la filla ha estat part emplaçada en el procediment, que li ha estat notificada la sentència condemnatòria, en apreciar el jutge legitimació passiva suficient.

### R. 18 octubre 2019 (BOE 281, 22-XI-19: 16836)

Denega la inscripció d'una sentència ferma dictada en un procediment que declara que la demandant és propietària d'una finca perquè la demandada ha estat declarada en situació de rebel·lia processal i no consta en el testimoni judicial el transcurs dels terminis establerts en l'article 502 LEC per a l'exercici de l'acció de rescissió.

És doctrina reiterada que, perquè una sentència dictada en rebel·lia sigui inscripcionable, a més de ser ferma (articles 3 LH i 254-4 LEC), han d'haver transcorregut els terminis per exercir la rescissió de les sentències dictades en rebel·lia, que es compten des de la notificació de la sentència: vint dies, si la sentència es va notificar personalment; quatre mesos, si la notificació no va ser personal; setze mesos en el cas de subsistència d'una causa de força major. El transcurs d'aquests terminis de caducitat ha de constar en el mateix document judicial o d'un altre que el complementi. Mentre no transcorrin aquests terminis, la sentència només pot ser anotada preventivament (article 524 LEC).

## DOCUMENTS PRIVATS (I LA SEVA ELEVACIÓ A PÚBLIC)

### R. 20 setembre 2019 (BOE 273, 13-XI-19: 16283)

Denega la pràctica de l'assentament de presentació d'un document privat pel qual se sol·licita l'anul·lació d'una inscripció per part d'una persona que no és el titular registral.

Els assentaments ja practicats estan sota la salvaguarda dels tribunals (article 1-3 LH), la seva rectificació requereix el consentiment del titular o si no és ell, resolució judicial (article 40-d LH).

D'altra banda, l'article 420-1 RH prohibeix estendre assentament de presentació dels documents privats, llevat quan les disposicions els atribueixen 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 és indubtablement d'accés impossible al registre.

### R. 25 setembre 2019 (BOE 273, 13-XI-19: 16287)

Admet la inscripció d'una escriptura d'elevació a públic d'un contracte privat. Les parts del contracte privat el qualifiquen "d'arres" i s'obliguen a comprar i vendre respectivament. No obstant això, l'escriptura es titula "d'elevació a públic de document privat de compravenda". El registrador denega la inscripció, perquè entén que el contracte privat elevat a públic és de caràcter merament obligacional i manca de transcendència real.

No obstant això, la Direcció considera clara la voluntat de les parts atorgants de l'escriptura que es perfeccioni i es consumi una compravenda, ja que en molts dels seus apartats es parla de comprador, venedor, transmissió i adquirent. D'altra banda, és possible la novació del document privat perquè produeixi efectes reals la transmissió, ja que: els atorgants són els mateixos, l'habitatge i els seus annexos estan identificats de forma clara i coincident; també coincideixen el preu i l'assignació de despeses (si bé a l'escriptura s'afegeix la constància de les formes i mitjans de pagament); no hi ha una indicació contrària al fet que el lliurament de la possessió es produeixi amb l'atorgament de l'escriptura (art. 1462 Cc). L'única cosa que es modifica és el títol del contracte i el concepte en què es lliura la quantitat a compte, que no és ja el d'arres o senyal, sinó el de part del preu de venda. conseqüència Per consegüent, com que els contractants ho esmenen i queda provada la veritable causa del contracte -de compravenda-, és inscripcionable l'elevació a públic en els termes de l'escriptura.

### R. 21 novembre 2019 (BOE 308, 24-XII-19: 18457)

Deneguen la pràctica d'un assentament de presentació d'instància privada per la qual se sol·licita que es revogui la cancel·lació d'una opció de compra.

Els assentaments ja practicats estan sota la salvaguarda dels tribunals (article 1-3 LH), la seva rectificació requereix el consentiment del titular o si no és ell, resolució judicial (article 40-d LH). D'altra banda, l'article 420-1 RH prohibeix estendre assentament de presentació dels documents privats, llevat quan les disposicions els atribueixen 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 és indubtablement d'accés impossible al registre.

### R. 28 novembre 2019 (BOE 311, 27-XII-19: 18554)

Mitjançant contracte privat una societat va transmetre a una altra els drets de superfície sobre la porció de terreny concreta -la seva determinació exacta es desconeixia en aquell moment- on s'ubicaria en un futur l'edificabilitat permesa per les normes urbanístiques sobre una parcel·la. Es va estipular en el document que la durada del dret de superfície seria de 99 anys des de l'atorgament de l'escriptura en la qual es formalitzés la constitució del dret; es va fixar el preu i la forma de pagament; i ambdues parts

es van comprometre a portar a terme: les gestions necessàries per a la constitució del dret de superfície per 99 anys, la segregació posterior del sòl superficial i la venda de la parcel·la entre les dues societats en el preu que es pactés a compte del qual es considerava satisfet el preu pagat per la transmissió de drets realitzada en el document.

Després, la societat transmissora va hipotecar tota la finca registrada, si bé a l'escriptura de constitució d'hipoteca es va fer constar l'existència de l'acord entre ambdues societats per a la constitució de l'esmentat dret de superfície, i es va pactar per la part creditora que, en el moment que aquest es constituís, no es veuria afectat per la garantia hipotecària sinó que quedaria lliure de càrregues.

Ara, deu anys després de l'atorgament del document privat, s'admet la inscripció de l'escriptura d'elevació a públic atorgada per ambdues societats (actualment en situació de concurs), en la qual mitjançant diligència es concreta, amb superfície i límits, la part de la parcel·la objecte del dret de superfície. La registradora entén que no procedeix l'elevació a públic d'un contracte privat que es limitava a recollir una sèrie de drets i obligacions entre les parts: constituir en el futur un dret de superfície (un tipus de dret que exigeix l'atorgament d'escriptura amb caràcter constitutiu) i realitzar una venda futura amb segregació prèvia.

No obstant això, la Direcció recorda la seva doctrina que afirma que l'elevació a públic d'un document privat no solament té eficàcia merament recognoscitiva, sinó que també pot tenir una eficàcia complementadora del negoci, a mode de *renovatio contractus*. El contingut de l'escriptura qualificada no solament és revelador, sinó també volitiu, en consignar el negoci documentat íntegrament i expressar el consentiment contractual dels qui apareixen amb capacitat suficient i poder dispositiu sobre la finca. De la mateixa escriptura d'elevació a públic en la qual les parts defineixen la ubicació concreta del dret de superfície, i de l'escriptura de constitució d'hipoteca en la qual es pacta la seva no-extensió sobre aquell, resulten tots els elements necessaris per a la inscripció del dret de superfície: voluntat de constituir-lo sobre finca aliena, durada (99 anys des de l'escriptura de la seva constitució, que és la d'elevació a públic), ubicació exacta i preu. Tan sols la referència a l'obligació futura de segregar la porció superficial manca de transcendència real i ha de ser objecte de denegació (articles 2 i 98 LH); però això no és obstacle per a inscriure el dret de superfície, ja que en el nostre ordenament és perfectament factible constituir un dret d'ús sobre alguna de les parts materials susceptibles d'aprofitament independent d'un immoble. Finalment, l'obligació de georeferenciar la porció respectivament afectada només és exigible quan es faci la segregació o la declaració d'obra.

## EMBARGAMENT I CONSTRENYIMENT

**R. 6 juny 2019 (BOE 158, 3-VII-19: 9922)**

**R. 6 juny 2019 (BOE 158, 3-VII-19: 9923)**

**R. 7 juny 2019 (BOE 159, 4-VII-19: 9971)**

**R. 4 juliol 2019 (BOE 179, 27-VII-19: 11021)**

**R. 5 juliol 2019 (BOE 180, 29-VII-19: 11074)**

**R. 5 juliol 2019 (BOE 180, 29-VII-19: 11075)**

**R. 5 juliol 2019 (BOE 180, 29-VII-19: 11076)**

**R. 5 juliol 2019 (BOE 180, 29-VII-19: 11077)**

**R. 5 juliol 2019 (BOE 180, 29-VII-19: 11078)**

**R. 8 juliol 2019 (BOE 180, 29-VII-19: 11083)**

**R. 10 juliol 2019 (BOE 184, 2-VIII-19: 11358)**

**R. 11 juliol 2019 (BOE 184, 2-VIII-19: 11360)**

**R. 12 juliol 2019 (BOE 184, 2-VIII-19: 11362)**

**R. 12 juliol 2019 (BOE 184, 2-VIII-19: 11363)**

**R. 12 juliol 2019 (BOE 184, 2-VIII-19: 11364)**

**R. 12 juliol 2019 (BOE 184, 2-VIII-19: 11365)**

**R. 12 juliol 2019 (BOE 184, 2-VIII-19: 11366)**

**R. 23 juliol 2019 (BOE 231, 25-IX-19: 13598)**

**R. 23 juliol 2019 (BOE 231, 25-IX-19: 13599)**

**R. 23 juliol 2019 (BOE 231, 25-IX-19: 13600)**

**R. 23 juliol 2019 (BOE 231, 25-IX-19: 13601)**

**R. 23 juliol 2019 (BOE 231, 25-IX-19: 13602)**

**R. 23 juliol 2019 (BOE 231, 25-IX-19: 13603)**

**R. 23 juliol 2019 (BOE 231, 25-IX-19: 13604)**

**R. 26 juliol 2019 (BOE 245, 11-X-19: 14601)**

**R. 26 juliol 2019 (BOE 245, 11-X-19: 14603)**

**R. 26 juliol 2019 (BOE 256, 24-X-19: 15268)**

**R. 26 juliol 2019 (BOE 256, 24-X-19: 15269)**

**R. 2 setembre 2019 (BOE 261, 30-X-19: 15557)**

**R. 2 setembre 2019 (BOE 261, 30-X-19: 15558)**

**R. 2 setembre 2019 (BOE 261, 30-X-19: 15562)**

**R. 2 setembre 2019 (BOE 261, 30-X-19: 15563)**

**R. 5 setembre 2019 (BOE 265, 4-XI-19: 15774)**

**R. 27 setembre 2019 (BOE 273, 13-XI-19: 16295)**

**R. 2 octubre 2019 (BOE 274, 13-XI-19: 16379)**

Suspèn la inscripció d'un certificat d'acta d'adjudicació directa de finques expedida en procediment de constrenyiment davant l'Agència Tributària. Quan s'obre el procediment d'alienació; és a dir, quan se celebra la subhasta i es declara deserta en primera i segona licitació, i posteriorment, s'acorda l'alienació directa, ja estava vigent la reforma del Reglament General de Recaptació operada mitjançant RD 1071/2017 (en vigor des de l'1 de gener de 2018), la qual suprimeix la possibilitat d'acordar l'alienació directa en el cas de quedar deserta la subhasta en segona licitació.

No obstant això, en la R. 4 juliol 2019 (11021) es desestima el segon defecte de la qualificació, relatiu a la manca d'expressió de la situació arrendatària de la finca. És doctrina consolidada que els drets de tanteig i de retracte arrendatari també tenen lloc en les alienacions judicials de finca, de manera que per inscriure-la és necessari justificar que s'han fet les notificacions oportunes o, en un altre cas, manifestar la inexistència d'arrendaments sobre la finca. No obstant això, respecte de contractes d'arrendament concertats posteriorment a la Llei 47/2013, s'ha de tenir en compte si l'arrendament ha accedit al registre i en quina data. Si es va inscriure abans que la hipoteca o l'embargament, l'arrendament subsistirà després de l'alienació i l'arrendatari podrà exercir el seu dret de retracte. Si es va inscriure després, l'arrendament s'extingeix *ipso iure* (article 13-1 LAU). Si l'arrendament no ha accedit al registre -com passa en aquest cas-, no hi haurà cap dret. Aquest és el marc normatiu aplicable al supòsit qualificat, si bé s'ha de tenir en compte que la doctrina exposada es veu afectada necessàriament per la reforma dels articles 7-2 i 13-1 LAU realitzada pel Reial decret llei 7/2019.



## EXPROPIACIÓ

### R. 4 octubre 2019 (BOE 274, 14-XI-19: 16388)

Suspèn la inscripció d'una acta d'ocupació i de consignació de preu just en un procediment expropiatori que recau sobre una finca destinada a sòl dotacional, perquè no consta a l'expedient la intervenció d'un dels cotitulars registrals, sense que tampoc s'hagin tramitat les diligències subsidiàriament amb el Ministeri Fiscal tal com preveu l'article 5-1 LEF en el cas que el titular no comparegui, estigui incapacitat i sense representant, o si es tracta d'una propietat litigiosa.

Tampoc no procedeix la cancel·lació de l'anotació preventiva de l'embargament cautelar a favor de l'Estat sobre la participació indivisa d'un dels altres cotitulars. Si bé aquesta càrrega és posterior a la nota d'expedició del certificat de domini i càrregues després de la iniciació del procediment expropiatori (article 32-5 RH), aquesta nota ja està caducada en el moment de presentar l'acta qualificada a inscripció; la qual cosa constitueix també un obstacle per a la inscripció de la finca expropiada a favor de l'ajuntament recurrent, atès que l'adquisició de la finca expropiada en principi s'ha de fer lliure de càrregues. D'altra banda, l'embargament que grava la finca és incompatible amb el destí demanial de l'immoble, ja que la possible execució donaria lloc a la pèrdua de la finca.

### R. 25 octubre 2019 (BOE 281, 22-XI-19: 16845)

Suspèn la inscripció d'una acta d'ocupació i pagament en un procediment d'expropiació forçosa tramitada per un ajuntament, ja que afecta una part d'una finca ja immatriculada sobre la qual consta inscrita prèviament una hipoteca. El creditor hipotecari consent l'operació mitjançant un certificat bancari privat.

La Direcció confirma els dos defectes apreciats per la qualificació: les signatures del certificat bancari privat han de ser objecte de legitimació notarial per acreditar-ne l'autenticitat; i cal aportar la representació gràfica de la porció de la parcel·la expropiada que ara es pretén inscriure com a finca registral independent després d'una segregació implícita.

## HIPOTECA

### CANCEL·LACIÓ

### R. 17 juny 2019 (BOE 170, 17-VII-19: 10517)

En un procediment d'execució hipotecària s'acorda mitjançant decret la fi del procediment a instàncies de l'executant per satisfacció de les seves pretensions fora del procediment, com també la cancel·lació de la nota marginal d'expedició de domini i càrregues i de la inscripció de la mateixa hipoteca executada. La Direcció confirma que procedeix la cancel·lació de la nota marginal, però no la de la hipoteca.

La regla general és que la cancel·lació d'assentaments practcats en virtut d'escriptura pública exigeix el consentiment del titular o sentència ferma, la qual cosa s'ha d'interpretar de manera congruent amb la resta de l'ordenament, de manera que no és possible el consentiment cancel·lador merament formal,

sinó que és necessària l'existència i expressió de la seva causa. Només el pagament de totes les quantitats cobertes amb la hipoteca o la condonació expressa del creditor respecte del que no s'ha pagat, resultants de la seva manifestació en document públic o de sentència dictada en procediment seguit contra ell, poden ser causa suficient per a la cancel·lació de la hipoteca. En aquest cas, la causa és la satisfacció extraprocessal de la pretensió de l'actor, però no s'aclareix si el que s'ha pagat és la totalitat de les quantitats garantides per l'hipoteca, o només les quantitats vençudes i insatisfetes en la data de l'inici del procediment.

### R. 19 juny 2019 (BOE 170, 17-VII-19: 10519)

Denega la cancel·lació d'unes hipoteques, la qual es pretén per caducitat, perquè un cop vençut el préstec però abans d'haver prescrit l'acció hipotecària, consta estesa nota d'expedició de certificat de domini i càrregues en procediment d'execució hipotecària. Aquesta nota interromp la prescripció. Només procedirà la cancel·lació de la hipoteca per caducitat (paràgraf cinquè de l'article 82) quan hagin transcorregut 21 anys des de la data d'aquesta nota.

### R. 2 setembre 2019 (BOE 261, 30-X-19: 15556)

Denega la cancel·lació d'una hipoteca, pretesa per la via de l'article 82-2 LH -és a dir, sense necessitat de consentiment del creditor- mitjançant l'al·legació que el crèdit s'ha extingit pel pagament per tercer, en haver estat aportat a un fons de titulització d'actius sense que hi hagi el consentiment del deutor, ja que l'article 1159 Cc estableix que qui paga en nom del deutor si aquest ho ignora no pot compel·lir el creditor a subrogar-se en els seus drets, la qual cosa inclou l'accessori d'hipoteca.

No obstant això, la Direcció entén que l'aportació de crèdits a un fons de titulització és una cessió de crèdits, en la qual la notificació al deutor no és un element constitutiu ni requisit d'inscripció (articles 149 i 151 LH), sinó que únicament té per efecte evitar pagaments alliberadors o compensacions amb el creditor anterior. No es tracta d'un supòsit de cessió de contracte, que exigiria el consentiment del deutor. Tampoc no és un pagament per tercer alliberador pel deutor, ja que qui paga adquireix acció executiva en contra seu, de manera que no es pot parlar d'extinció de l'obligació ni dels seus drets accessoris. D'altra banda, tampoc no ha transcorregut el termini de prescripció de l'acció hipotecària, que possibilitaria la cancel·lació per caducitat en la via de l'article 82-5 LH.

### R. 10 setembre 2019 (BOE 268, 7-XI-19: 15928)

Suspèn la cancel·lació d'una hipoteca, que es pretén mitjançant instància privada per caducitat a l'efecte de l'apartat 2 de l'article 82 LH. Consta inscrit el pacte en virtut del qual la hipoteca s'extingirà als sis anys comptats des de la formalització de l'escriptura, de manera que transcorregut aquest termini, el propietari de la finca podrà demanar per ell mateix la cancel·lació de l'hipoteca per acta notarial, amb la justificació prèvia d'haver requerit fefaentment a la creditora hipotecària i haver donat un mes per al·legar qualsevol causa d'oposició a la cancel·lació.



Per a la Direcció, no som davant la caducitat convencional de la hipoteca del 82-2, que possibilitaria la cancel·lació quan l'extinció del dret resultés del títol de l'hipoteca. Al títol qualificat li resulta aplicable l'apartat cinquè de l'article 82 LH. És a dir, cal distingir entre: l'extinció de la hipoteca per caducitat convencional (82-2), que només procedeix quan l'extinció del dret tingui lloc per manera nítida i manifesta; i la cancel·lació de la hipoteca per transcurs d'un termini acordat per les parts per a la cancel·lació. Així, en el cas resolt no és suficient el fet d'haver transcorregut el termini convingut, sinó que a més és necessari acreditar mitjançant acta notarial el requeriment pactat.

## **R. 2 octubre 2019 (BOE 274, 14-XI-19: 16377)**

Admet la cancel·lació per caducitat d'una hipoteca de màxim: en l'estipulació primera es va pactar que la hipoteca garantiria el pagament de les factures emeses per la part creditora i notificades fefaentment a la deutora, com a màxim fins al 31 de desembre de 2010; i l'estipulació setena estableix que, dins el termini màxim de durada d'aquest contracte establert en l'estipulació primera, la part creditora podrà executar la hipoteca constituïda a favor seu. No sempre és fàcil de decidir si, en cada cas concret, el termini previst en una escriptura de constitució d'hipoteca és el convingut per la mateixa hipoteca (de manera que, un cop transcorregut, la hipoteca resultaria cancel·lable per caducitat en virtut del paràgraf 2 de l'article 85 LH), o és el termini dins el qual ha de néixer l'obligació per ser garantida amb la hipoteca, (i en aquest cas, un cop nascuda l'obligació, l'acció hipotecària es podria exercir mentre no hagi transcorregut el termini de prescripció legal, i llavors es podria cancel·lar per aplicació del paràgraf 5). Dilucidar si som en un cas o en un altre requereix l'anàlisi sistemàtica de les clàusules del contracte. La cancel·lació convencional automàtica (paràgraf 2) només procedeix quan l'extinció del dret té lloc de manera nítida i manifesta, però no quan és dubtosa o controvertida.

De la interpretació conjunta dels dos pactes ressenyats del títol qualificat, es dedueix de manera nítida i manifesta un termini de caducitat de l'assentament d'hipoteca, per la qual cosa no és aplicable el paràgraf segon de l'article 82, però no obstant això, sí que es dedueix un termini de caducitat convencional per a l'exercici de l'acció hipotecària, que només podrà tenir lloc fins al 31 de desembre de 2010, per la qual cosa en conseqüència, és possible accedir a la cancel·lació de l'apartat cinquè d'aquest article.

## **R. 15 octubre 2019 (BOE 281, 22-XI-19: 16828)**

En aplicació de la mateixa doctrina seguida en la resolució anterior, suspèn la cancel·lació, que se sol·licita d'acord amb el paràgraf 5 de l'article 82 LH, d'una hipoteca constituïda en garantia d'un deute provocat pels honoraris professionals d'una advocada sobre la base que l'acció per reclamar-los legalment prescriu als tres anys. En l'escriptura s'expressa que "el venciment de la hipoteca serà el 13 de juny de 2015, data en què s'haurà d'abonar la totalitat del deute".

De l'anàlisi de les clàusules del contracte resulta evident per la Direcció que el termini pactat únicament afecta el venciment de l'obligació garantida. No és aplicable el termini de prescripció de 3 anys de l'article 1967 Cc, perquè per tal que

operi l'extinció legal del dret real d'hipoteca previst en el paràgraf 5 de l'article 82 LH, ha d'haver transcorregut el termini de prescripció de les accions derivades d'aquesta garantia, és a dir, 20 anys per a les hipoteques, llevat que les parts haguessin pactat un termini més breu (i afegint-ne un altre més segons el precepte esmentat).

## **CESSIÓ DE CRÈDIT HIPOTECARI**

### **R. 17 octubre 2019 (BOE 281, 22-XI-19: 16835)**

Admet la inscripció d'una escriptura de cessió de crèdits hipotecaris, malgrat que consta estesa nota marginal d'expedició de certificat de domini i càrregues en un procediment d'execució de la hipoteca que garanteix els crèdits objecte de la cessió.

El registrador entén que, un cop que consta en el registre que la hipoteca s'executa, la necessitat de concordança entre el registre i la realitat extraregstral impedeix inscriure qualsevol títol contradictori amb la litispendència del procediment. No obstant això, la Direcció considera que, quan l'article 149-1 LH permet la cessió del crèdit, ho fa sense contemplar cap excepció per al cas de l'execució. Certament, si s'inscriu la cessió però aquesta no es fa constar en el procediment judicial, es produiria la conseqüència que el pagament (o l'adjudicació) s'estaria fent a favor de qui ja no és titular de la hipoteca, i en l'àmbit registral procediria la cancel·lació de la inscripció de cessió efectuada després de la nota que notifica l'existència de l'execució i, per tant, ha de ser el cessionari qui sol·liciti que se'l tingui com a part per successió processal en la posició que ocupava el cedent.

## **CONSUMIDORS**

### **R. 13 juny 2019 (BOE 163, 9-VII-19: 10150)**

Denega la inscripció d'una escriptura de préstec hipotecari, perquè considera abusiva la clàusula que fixa un interès de demora superior en més de dos punts a l'interès ordinari. Es tracta d'un préstec concedit per una entitat de crèdit a dues persones físiques que manifesten que es dediquen a una activitat de transport agrícola; i la finalitat de l'operació és "cancel·lar diversos préstecs" (finalitat funcional) i adquirir un tractor per a l'activitat de la seva empresa (finalitat empresarial); l'avaladora és la filla dels prestataris, de qui no consta cap relació funcional amb l'empresa; i la finca hipotecada és un habitatge, si bé manifesten expressament que no és l'habitual dels prestataris. S'han complert, respecte dels prestataris i la fiadora, tots els requisits de transparència material (inclòs FIPER; i expressió manuscrita perquè hi ha una clàusula terra).

En els contractes mixtos o de doble finalitat -privada i empresarial-, per aplicar la normativa de protecció dels consumidors, cal atendre l'objecte predominant del contracte; és a dir, en els préstecs i crèdits, a la quantitat de capital destinada a cada finalitat. Aquesta dada no resulta del títol qualificat, ni en general l'acreditació del caràcter predominantment empresarial o professional de l'operació. No obstant això, aquesta normativa protectora també s'aplica als casos en els quals un fiador consumidor garanteix l'obligació d'un no-consumidor. Per a la jurisprudència comunitària, la persona física que es constitueix



en garant d'una societat mercantil no té la condició de consumidor quan el jutge aprecii que aquesta garantia està relacionada amb les seves activitats empresarials o professionals, o que es concedeixi per raó dels vincles professionals mantinguts amb la societat (soci, administrador, apoderat). En canvi, encara que el garant sigui un parent proper dels administradors o socis, se li reconeix la condició i la protecció pròpies del consumidor. Del títol qualificat no resulta que l'avaladora es trobi vinculada funcionalment amb els empresaris prestataris, per la qual cosa se li hagi de reconèixer la condició de consumidora. Certament fiança i préstec són dues relacions jurídiques diferents, per la qual cosa el control d'abusivitat s'ha de circumscriure a les clàusules concretes de la fiança.

#### **R. 27 juny 2019 (BOE 177, 25-VII-19: 10879)**

El títol qualificat és una escriptura de préstec hipotecari concedit per un banc a tres prestataris: una societat mercantil; el seu administrador, que també és soci, i l'altra sòcia. La finalitat del préstec és pròpia de l'activitat empresarial de la societat prestatària. S'hipoteca un habitatge propietat d'una altra persona física no deutora, que manifesta que no és el seu domicili habitual. Cap dels intervinents ha rebut informació precontractual ni oferta vinculant, ni ha signat l'expressió manuscrita sobre la clàusula terra pactada. El que es discuteix és l'abusivitat de la clàusula d'interessos de demora del 9% (superior en més de dos punts a l'interès ordinari del 3,95%) i de la correlativa responsabilitat hipotecària per interessos de demora calculada sobre l'interès del 9%.

El préstec com a tal no està sotmès a la normativa de protecció dels consumidors, perquè els prestataris persones físiques tenen una vinculació funcional amb la societat, l'activitat empresarial de la qual constitueix la destinació del préstec. Però, atès el caràcter autònom dels contractes de garantia, la normativa esmentada sí que és aplicable a aquests contractes quan no consti la condició professional del garant o la seva vinculació funcional amb l'empresa prestatària, com passa en el supòsit resolt respecte de l'hipotecant no deutor a qui se li ha de reconèixer la condició de consumidor. Per tant, no és inscriptible l'escriptura de préstec hipotecari qualificada perquè la manca dels requisits d'incorporació i de transparència material respecte de l'hipotecant no deutor afecta el mateix contracte d'hipoteca objecte d'inscripció.

Certament, l'aplicació de la normativa de consum a la garantia hipotecària no afecta la clàusula d'interessos de demora del 9% en la relació entre el prestador i el prestatari no consumidor. Independentment que l'interès moratori pactat del 9% sigui vàlid i inscriptible als efectes obligacionals respecte dels prestataris no consumidor i per possibilitar la fixació del deute romanent (article 682 *in fine* LEC), tampoc no pot ser objecte de cobertura hipotecària, la qual s'ha de limitar al tipus màxim susceptible d'afectar el consumidor hipotecant (5'95%).

En conseqüència, es confirma la qualificació respecte dels requisits d'incorporació i de determinació de la responsabilitat hipotecària per demores; però es revoca respecte ja que no és necessari modificar l'estipulació de pacte d'interessos moratoris.

## **EXECUCIÓ**

- R. 13 juny 2019 (BOE 163, 9-VII-19: 10151)**
- R. 22 juliol 2019 (BOE 190, 9-VIII-19: 11749)**
- R. 26 juliol 2019 (BOE 245, 11-X-19: 14602)**
- R. 23 octubre 2019 (BOE 281, 22-XI-19: 16839)**
- R. 8 novembre 2019 (BOE 286, 28-XI-19: 17140)**

Estima el recurs contra la qualificació que denegava la inscripció d'una adjudicació de finca que no és habitatge habitual, per manca de postors, per import inferior al 50% del valor de subhasta.

Certament és doctrina consolidada la que denega la inscripció de decrets d'adjudicació dictats en procediments d'execució hipotecària sobre finca que no és habitatge habitual, on, després de quedar deserta la subhasta, l'executant va sol·licitar l'adjudicació per la quantitat deguda per tots els conceptes, que era notablement inferior a la meitat del valor de taxació. Cal descartar la interpretació literal de l'article 671 LEC que s'ha interpretar segons l'article 651, relatiu a béns mobles, amb el qual comparteix esperit i finalitat. En conseqüència, encara que l'executant sol·liciti l'adjudicació per la quantitat deguda per tots els conceptes, en no ser habitatge habitual, l'adjudicació mai no es podrà fer per una xifra inferior al 50% del valor de taxació.

Ara bé, en el supòsit concret resolt, la qualificació denegatòria es revoca perquè el registrador es limita a denegar sense altre la inscripció, però omet tota referència a la possible actuació del deutor en relació amb el compliment i en general amb les altres circumstàncies concurrents que, un cop escoltades les parts, permetrien decretar l'adjudicació per menys del 50% del valor de taxació sempre que es cobreixi almenys la quantitat per la qual s'hagi despatxat l'execució, inclosa la previsió per interessos i costes.

- R. 4 juliol 2019 (BOE 179, 27-VII-19: 11018)**
- R. 4 juliol 2019 (BOE 179, 27-VII-19: 11019)**

Denega la inscripció d'un decret d'adjudicació dictat en un procediment d'execució hipotecària sobre una finca que no és habitatge habitual on, després de quedar deserta la subhasta, l'executant va sol·licitar l'adjudicació per la quantitat deguda per tots els conceptes, que era notablement inferior a la meitat del valor de taxació. La Direcció descarta la interpretació literal de l'article 671 LEC, la interpretació del qual s'ha de fer d'acord amb l'article 651, relatiu a béns mobles, amb el qual comparteix esperit i finalitat. En conseqüència, encara que l'executant sol·liciti l'adjudicació per la quantitat deguda per tots els conceptes, en no ser habitatge habitual, l'adjudicació mai no es pot fer per una xifra inferior al 50% del valor de taxació.

- R. 26 juliol 2019 (BOE 245, 11-X-19: 14597)**

Admet la inscripció d'una interlocutòria d'adjudicació derivada d'un procediment judicial d'execució hipotecària, malgrat que consta haver estat posteriorment merament notificat -però no requerit de pagament ni demandat- el tercer posseïdor que, com que no és deutor ni hipotecant, va inscriure la seva adquisició abans d'iniciar-se el procediment.

Consta en la documentació presentada que la societat titular registral actual es troba formada pels mateixos socis que l'adjudicatària del bé, així com que ambdues societats estan representades per la mateixa persona; per aquest motiu el jutge declara que no considera necessari traslladar la demanda i el requeriment de pagament a qui ja es troba prou notificat del procediment i no en situació d'indefensió.

## **R. 6 agost 2019 (BOE 254, 22-X-19: 15146)**

Admet la inscripció d'un decret d'adjudicació que recau en una execució judicial d'hipoteca, malgrat que en la reclamació inicial del creditor figuressin imports superiors a la xifra de diversos conceptes de responsabilitat hipotecària. Finalment el valor d'adjudicació no supera la xifra de responsabilitat i tampoc no hi ha un sobrant que hagi de ser posat a disposició dels creditors posteriors.

## **R. 9 agost 2019 (BOE 261, 30-X-19: 15551)**

Admet la inscripció d'un decret d'adjudicació a favor del cessiari de la rematada en una execució judicial d'hipoteca, malgrat que l'adjudicació es realitza un cop transcorregut el termini de 40 dies que l'article 670-1 LEC estableix per a la cessió. El registrador exigeix l'atorgament d'escriptura pública i la liquidació fiscal de les dues transmissions: la de la subhasta i la de la cessió extemporània.

La cessió de la rematada, en materialitzar-se dins un procediment o efectes processals, és un contracte típic processal. La vigilància del compliment dels seus requisits correspon al lletrat de l'Administració de Justícia, davant el qual han de comparèixer transmissor i adquirent. Com a encarregat de l'execució, també correspon al lletrat decidir sobre el compliment dels terminis o la seva preclusió (article 136 LEC). La qualificació registral de documents judicials està limitada: en general, als aspectes de l'article 100 RH; i, en particular, pel procediment d'execució directa sobre béns hipotecats, als aspectes de l'article 132 LH. En cap d'aquests preceptes s'inclou el control d'extemporaneïtat dels terminis processals, que es desenvolupa íntegrament en seu judicial.

## **R. 20 setembre 2019 (BOE 273, 13-XI-19: 16284)**

El 1999 es va atorgar i inscriure escriptura pública de préstec hipotecari en la qual es va estipular la possibilitat d'acudir al procediment d'execució extrajudicial, si bé el registrador no va inscriure aquesta estipulació sobre la base de la doctrina jurisprudencial (STS 4 maig 1998, STS 14 juliol 2008, entre altres) referida al llavors vigent article 129-2 LH, que el considerava derogat pel seu caràcter previ i incompatible amb la Constitució. El mateix registrador va expedir i anotar el 2012 certificat de domini i càrregues perquè fos aportat al procediment extrajudicial iniciat per a l'execució del préstec. Ara, presentada la compravenda derivada de l'execució, un registrador diferent denega la inscripció de la venda derivada de l'execució, perquè no consta inscrit el pacte d'execució extrajudicial.

La Direcció confirma la qualificació que denega la inscripció de la venda perquè consta inscrit el pacte d'execució extrajudicial, atès el principi legal d'inscripció constitutiva de la hipoteca (articles 1875 Cc, 130 LH, entre altres). Tampoc acull l'al·legació del

recurrent que el registrador va en contra dels seus actes en haver expedir el certificat de domini i càrregues sense cap reserva, ja que: el mateix certificat va ser literal i reflectia, per tant, la manca d'inscripció del pacte (la qual cosa va ser tinguda en compte pel Notari que va autoritzar el procediment); el registrador que ara denega la inscripció és diferent va inscriure la hipoteca i va expedir el certificat; a més i sobretot, l'expedició del certificat en si mateixa no pot esmenar la manca d'inscripció del pacte d'execució extrajudicial, que determina que tot el procediment estigui viciat d'origen.

## **R. 25 setembre 2019 (BOE 273, 13-XI-19: 16290)**

Es denega la inscripció d'una adjudicació de finca resultant d'un procediment d'execució extrajudicial hipotecària, per defectes relatius a les notificacions als titulars de drets inscrits posteriorment a la hipoteca, als quals corresponen els drets d'intervenir a la subhasta o de satisfer abans de la rematada l'import del crèdit i dels interessos i despeses en la part assegurada per la hipoteca (article 236-d-1 RH).

Aquesta notificació és un dels tràmits essencials del procediment. S'ha de realitzar en la forma prevista en la legislació notarial, que distingeix entre actes de reemissió de document per correu de l'article 201 RN (que acredita el simple fet de l'enviament, però no confereix al requerit el dret a contestar en la mateixa acta i a costa del requeridor) i les anomenades pròpiament actes de notificació o de requeriment dels articles 202 a 206 RN. Respecte d'aquestes últimes, l'article 202 RN permet fer el requeriment personalment pel Notari, o per correu certificat amb avís de recepció sempre que no digui el contrari una norma legal. Però de la jurisprudència constitucional (STC 2 juliol 2007 i STC 20 abril 2009) resulta que les notificacions per correu certificat amb avís de recepció no es poden entendre realitzades si no resulta el compliment del lliurament pel funcionari de correus, perquè en el cas contrari és necessària la notificació notarial personal.

Així, en el supòsit resolt es denega la inscripció de l'adjudicació hipotecària qualificada, perquè, intentada mitjançant correu certificat amb avís de lliurament la notificació notarial als titulars registrals actuals de la finca, no consta la recepció per alguns dels destinataris, per la qual cosa la notificació no es pot considerar vàlidament realitzada.

## **R. 4 octubre 2019 (BOE 274, 14-XI-19: 16387)**

Denega la inscripció de l'adjudicació i manament de cancel·lació de càrregues resultants d'un procediment d'execució hipotecària, per manca de demanda i requeriment de pagament al tercer posseïdor que va inscriure el seu dret abans de la nota d'expedició del certificat de domini i càrregues.

El requeriment de pagament al tercer posseïdor és un tràmit qualificable exigint per la legislació hipotecària (article 132-1 LH) i processal (article 685 LEC), la manca del qual suposa la infracció d'un tràmit essencial del procediment que en podria causar la nul·litat.

## **R. 10 octubre 2019 (BOE 283, 25-XI-19: 16925)**

Suspèn la inscripció d'un decret d'adjudicació i manament de cancel·lació de càrregues. No s'acredita el pagament, no subjec-





ció o exempció de l'impost corresponent (article 254 LH) ni l'autoliquidació o la presentació pel pagament de la plusvàlua municipal (respecte de la qual és doctrina de la Direcció que n'hi hauria prou amb la mera comunicació de l'adquirent, en tractar-se d'una transmissió onerosa). Manca la manifestació del nou propietari relativa a la situació arrendatícia de l'immoble o en el seu cas, a les notificacions previstes en l'article 25 LAU. Finalment se suspèn la cancel·lació de les anotacions preventives que han donat lloc a l'adjudicació i als assentaments posteriors, perquè les primeres ja estan cancel·lades per caducitat.

#### **R. 30 octubre 2019 (BOE 285, 27-XI-19: 17052)**

Suspèn la inscripció d'un manament de cancel·lació de càrregues dictat en el si d'un procediment d'execució hipotecària, que es pretén obtenir sense acompanyar el decret d'adjudicació. El manament, presentat aïlladament, no és títol suficient per practicar la cancel·lació de la hipoteca, sinó que s'ha de presentar i despatxar primer la interlocutòria d'adjudicació (així ho interpreta la Direcció sobre la base de l'article 133 LH). En el cas de no fer-se d'aquesta manera, la cancel·lació de la hipoteca exigirà atorgar l'escriptura corresponent de cancel·lació per l'entitat creditora, o en procediment judicial seguit contra aquesta entitat creditora la pretensió del qual sigui precisament obtenir aquesta cancel·lació.

#### **R. 4 novembre 2019 (BOE 285, 27-XI-19: 17058)**

Denega l'expedició d'un certificat registral sol·licitat en manament judicial per a execució d'hipoteca, perquè l'entitat demandant i executant només és la SAREB, la qual és titular de la hipoteca en un 94%, i el 6% està inscrit en nom d'un banc. La hipoteca s'hauria d'executar per ambdues entitats.

És doctrina de la Direcció que el caràcter parciari, mancomunat o solidari del crèdit determina la titularitat respectivament proindivisa, col·lectiva o solidària de la hipoteca que el garanteixi, i la determinació de quotes és inexcusable en el cas d'obligació parciària, però no en els altres casos. En la hipoteca parciària -com la del supòsit- no és necessària l'actuació conjunta de tots els creditors per a l'execució de la hipoteca, sinó que és possible l'actuació aïllada i unilateral de cada creditor respecte de la seva quota de titularitat hipotecària, la qual cosa és possible per l'article 227 RH que considera preferents les càrregues o gravàmens simultanis o del mateix rang que el crèdit de l'actor. El desenvolupament pràctic de l'execució hipotecària separada de la seva quota a instàncies d'un dels creditors parciaris seria semblant al cas de diverses hipoteques del mateix rang: l'execució separada d'una quota indivisa d'hipoteca deixaria subsistent la quota dels altres titulars no executants.

Però el que pretén el recurrent és que un dels cotitulars de la hipoteca l'executi sencera, com si el crèdit fos solidari. Tampoc no és possible admetre que s'estigui executant el dret d'un dels cotitulars sobre el percentatge de finca hipotecada que li correspongui, ja que no som davant una hipoteca de titularitat unitària que gravi una quota de finca, ni davant dues hipoteques que graven cadascuna una quota indivisa diferent sobre una mateixa finca, sinó que es tracta d'una hipoteca de titularitat plural per quotes que grava la totalitat de la finca.

## **EXTENSIÓ OBJECTIVA**

### **R. 2 octubre 2019 (BOE 274, 14-XI-19: 16378)**

Una finca hipotecada va ser agrupada amb unes altres dues, i llavors el registrador va fer constar l'arrossegament de la càrrega hipotecària a la inscripció de la finca resultant de l'agrupació. Posteriorment es va fer una novació del préstec i es va subrogar a un altre deutor. Ara es pretén inscriure l'adjudicació de tota la finca resultant de l'agrupació, derivada de l'execució judicial de la hipoteca. El registrador ho denega perquè entén que, en la inscripció inicial de la hipoteca, no consta expressament l'extensió a les finques que s'agrupessin en el futur amb la gravada inicialment, per la qual cosa la inscripció del títol qualificat exigiria en primer lloc cancel·lar la inscripció de l'agrupació (i mantenir les càrregues posteriors existents sobre la finca resultant de l'agrupació només si afecten a les altres finques agrupades no afectades per la hipoteca executada).

No obstant això, la Direcció admet la inscripció del decret d'adjudicació, ja que, tant en l'escriptura de préstec hipotecari com en la seva inscripció, consta el pacte d'extensió que esmenten els articles 109, 110, 111 LH, de manera que una interpretació favorable a la producció d'efectes del contracte permet entendre que també s'ha convingut l'extensió a l'agrupació exclosa per l'article 110-1 *in fine*. A més, aquesta posició es veu reforçada per la novació posterior. La posició contrària perjudicaria manifestament el creditor que veuria molt dificultada l'execució de la seva hipoteca.

## **INTERESSOS**

### **R. 21 juny 2019 (BOE 170, 17-VII-19: 10528)**

Admet la inscripció d'una escriptura de préstec hipotecari per a l'adquisició d'habitatge habitual, en la qual s'estipula que la liquidació d'interessos ordinaris es realitzarà sobre la base de l'any comercial de 360 dies al denominador, en lloc de l'any natural de 365 dies.

Certament, el càlcul de la TAE s'ha de verificar sobre la base d'anys naturals, tal com estableixen imperativament l'article 17 Directiva 2014/17 i l'Annex V Ordre EHA 2899/2017. El títol qualificat compleix aquesta exigència quant a la TAE. No obstant això, quant a la fórmula de càlcul de l'interès no hi ha normes ni sentències que estableixin el desequilibri que suposa basar-se en l'any comercial de 360 dies. A més, aquest desequilibri tampoc no existeix en el títol qualificat, perquè es preveu que els mesos sempre siguin de 30 dies i que en els períodes inferiors a un mes es restin de 30 els dies ja transcorreguts del mes (sense importar si es tracta de mesos de 28, 30 o 31 dies), la qual cosa equilibra la posició de les parts.

## **INCOMPATIBILITAT NOTARIAL**

### **R. 10 juliol 2019 (BOE 184, 2-VIII-19: 11355)**

Denega la inscripció de l'escriptura de liquidació de guanys i acceptació i adjudicació d'herència de la hipoteca dels pares del Notari autoritzant, que autoritza l'escriptura "per mi i davant

meu", adjudicant-se els béns a ell mateix i als altres hereus, els quals s'adhereixen posteriorment mitjançant escriptura independent.

Els articles 22 LN i 139 RN són taxatius i imperatius. La incompatibilitat del Notari autoritzant de l'escriptura del supòsit és doble: la que afecta el Notari en relació amb la mateixa adquisició; i la que l'afecta en relació amb les adquisicions dels seus germans, parents de segon grau per consanguinitat. És exigible a tot Notari una determinada conducta d'abstenció en casos com aquest, prestant especial atenció als supòsits que, sense estar formalment inclosos en l'àmbit de la norma, estiguin materialment compresos en el seu esperit, com també en la potencial percepció social d'una manca d'imparcialitat o de neutralitat en la seva actuació notarial (R. Sistema Notarial 19 desembre 2018).

## IMMATRICULACIÓ

### R. 7 juny 2019 (BOE 159, 4-VII-19: 9972)

Suspèn la pràctica d'una immatriculació pretesa per la via de l'article 205 LH, per manca d'aportació del títol previ d'adquisició del transmissor, i per manca de coincidència entre la descripció de l'escriptura i la del Cadastre. Si es pretén immatricular una delimitació perimetral de sòl diferent de la que resulta del certificat cadastral descriptiu i gràfic quant a la ubicació, delimitació o superfície, és procedent modificar prèviament el Cadastre.

### R. 6 agost 2019 (BOE 254, 22-X-19: 15144)

Estima procedent la negativa del registrador a iniciar un procediment de doble immatriculació. Certament, de la documentació presentada i de les eines auxiliars disponibles per a la qualificació resulta l'existència de dades suficients per dissipar els dubtes del registrador sobre la identitat de les finques objecte de l'expedient. No obstant això, una de les finques afectades és titularitat de l'Administració, i l'article 209-2 LH fa prevaldre el procediment administratiu específic que tingui per objecte resoldre la doble immatriculació. Aquest procediment es desenvolupa en els articles 48 a 53 RD 1373/2009, que consideren hàbil a aquest efecte el certificat administratiu amb un informe tècnic previ i de l'Advocacia de l'Estat.

### R. 18 setembre 2019 (BOE 269, 8-XI-19: 16034)

Sol·licitada la immatriculació d'una finca d'acord amb l'article 205 LH i constant en certificat municipal aportat que la parcel·la on s'ubica la finca està destinada a vials, la registradora realitza la notificació preceptiva a l'Ajuntament, que no respon en el termini legal d'un mes, i conclou denegant la immatriculació pretesa perquè considera que hi ha dubtes de possible invasió del domini públic.

La Direcció admet la inscripció. Certament és doctrina consolidada que en casos com el resolt la mera manca de resposta de l'Administració no es pot equiparar a la no-oposició a la immatriculació (R. 11 octubre 2018). Però la Direcció també ha declarat que la mera afectació d'una finca per ser destinada a vials no n'implica el caràcter demanial fins que es produeixi l'acte formal d'expropiació, cessió i acceptació per l'Administració cessionària (R. 31 maig 2017).

### R. 4 octubre 2019 (BOE 274, 14-XI-19: 16386)

Denega la inscripció d'una sentència que ordena la immatriculació de dues finques, la superfície de sòl de les quals no consta en la sentència presentada, i la superfície construïda de la qual no coincideix amb la de la certificació cadastral descriptiva i gràfica obtinguda per la registradora, perquè les aportades per la part presentant han caducat.

### R. 10 octubre 2019 (BOE 281, 22-XI-19: 16820)

Un cop tramitat el procediment notarial de l'article 203-1 LH, el registrador va emetre el certificat preceptiu del qual resulta que les finques que es pretenen immatricular ja estan inscrites a nom d'altres interessats, i per això es nega a practicar l'anotació preventiva prevista en l'article 203-3 LH. Ara es desestima la inscripció de l'escriptura notarial que conté la mateixa pretensió d'immatriculació.

L'article 203-1 disposa que si es produeix la coincidència total o parcial amb una finca ja inscrita, el registrador certificant ho ha de comunicar al Notari, per tal que procedeixi a l'arxiu de les actuacions.

### R. 10 octubre 2019 (BOE 281, 22-XI-19: 16821)

Denega la tramitació d'un expedient de doble immatriculació, iniciat pel titular registral d'una finca -en la inscripció de la qual no hi ha cap dada cadastral-, que afirma que una altra finca immatriculada posteriorment -on consten les seves dades cadastrals- en nom d'una altra persona és realment part de la superfície de la finca del promotor. Manca l'acreditació de la correspondència entre ambdues finques.

### R. 11 octubre 2019 (BOE 281, 22-XI-19: 16822)

Admet la immatriculació d'una finca, pretesa per la via de l'article 205 LH mitjançant escriptura d'ampliació de capital, i entén que els dubtes registrals d'identitat no són raonables, que es basen únicament en el fet que els números de parcel·la i polígon de la finca descrita en el títol coincideixen amb els d'una altra que ja consta inscrita, però sense altres coincidències en la descripció literària. Els dubtes registrals sobre la identitat de les finques han d'estar justificats mitjançant l'aportació de dades fàctiques que permetin deduir-ne la identitat.

### R. 8 novembre 2019 (BOE 286, 28-XI-19: 17141)

Admet la immatriculació d'una finca urbana, que es pretén per la via de l'article 205 LH, malgrat que entre l'escriptura immatriculable i la certificació cadastral descriptiva i gràfica hi ha una diferència de superfície de pocs decímetres quadrats. El registrador denega la inscripció sobre la base que la coincidència exigida legalment ha de ser total, sense que sigui aplicable el marge del 10% tolerat per a la constatació registral de la referència cadastral.

No obstant això, la Direcció entén que el registrador hauria d'haver precisat en quins aspectes no es compleix l'exigència legal d'identitat, sobre la base que el judici registral a aquest efecte no pot ser arbitrari ni discrecional, sinó que ha d'estar motivat i fonamentat en criteris objectius i raonables. D'altra banda, la di-



ferència de cabuda és d'escassíssima magnitud i pot obeir -com al·lega el recurrent- al fet que el format actual dels certificats cadastrals només expressa la superfície en nombres enters de metres quadrats per arrodoniment de decimals.

## JUNTA DE PARENTS (DRET ARAGONÈS)

### R. 21 agost 2019 (BOE 261, 30-X-19: 15552)

Es debat la inscripció d'una escriptura d'herència atorgada pels fills de la causant. L'herència està subjecta al Dret aragonès i els interessats tenen el veïnatge aragonès. Una de les filles i hereves repudia l'herència per ella mateixa i a més -juntament amb el seu espòs- en nom i representació derivada de l'autoritat familiar, sobre un fill menor d'edat. Per complir l'exigència de l'article 346-2 CDFA, intervenen i autoritzen la renúncia l'avi matern i una bestia materna del menor, els quals actuen com a junta de parents, la qual cosa afirma el Notari lacònicament que li "consta per notorietat" sense explicar els criteris seguits per seleccionar els vocals en funció del seu parentiu i idoneïtat. El registrador entén que la constitució de la junta manca d'acreditació en forma i idoneïtat dels seus components i considera que aquests aspectes s'han de justificar mitjançant acta de notorietat.

La Direcció confirma la qualificació registral i denega la inscripció. La facultat d'apartar-se motivadament dels criteris de composició de la junta es reconeix al jutge; però, en canvi, en l'actuació sota la fe notarial l'aplicació de les regles de composició és automàtica (Exposició de Motius i articles 172 i 173 CDFA). Certament, l'article 164 RN disposa que, quan la representació emani de la llei, no cal justificar-la si al Notari li consta per notorietat; però aquesta possibilitat -entén la Direcció- es redueix a la representació que emana directament de la llei, és a dir, la potestat parental o autoritat familiar, però no s'estén als casos que la representació emana d'una determinació judicial, la qual s'ha d'acreditar, tal com passa amb la tutela, curatela, potestat parental o autoritat familiar prorrogada, o atribuïda a un dels cònjuges. En el cas de la constitució de la Junta de Parents no hi ha resolució derivada d'un procediment judicial o notarial, sinó només una declaració de notorietat sobre la vàlida constitució de la junta. El mitjà per a aquesta declaració pot ser l'acta de notorietat de l'article 209 RN, que es pot fer en el mateix cos de l'escriptura. Queda sota la responsabilitat del Notari la pràctica de "les proves que consideri necessàries" (209-2º), sense que el registrador pugui calibrar les practicaes. Ara bé, en el cas resolt no n'hi ha prou amb la notorietat escarida expressada pel Notari recurrent, sinó que cal complir els requisits reglamentaris: constància necessària de totes les proves practicades, en aquest cas els documents que determinen la proximitat de grau i la manifestació d'idoneïtat; així com l'emissió detallada de judici sobre la situació processal, és a dir, que els parents cridats són els més propers en grau, un de cada línia i que són idonis.

[Em permeto trencar per una sola vegada la meva tònica habitual de no comentar resolucions, i em permetré d'emetre una opinió exclusivament jurídica sobre aquest pronunciament de la Direcció, que afecta una institució notarial tan arrelada -en l'àmbit del Dret aragonès- com la junta de parents.

En essència, crec que la resolució planteja dificultats d'encaix amb dues normes aragoneses, els articles 174 i 178-1 CDFA; és a dir, amb la simultaneïtat entre la constitució i la decisió de la junta de parents constituïda en un instrument autoritzat per Notari; i amb la presumpció de validesa i eficàcia dels seus acords.

-Respecte de la primera de les dues qüestions, convé recordar que l'article 164 RN eximeix el Notari de justificar la representació legal quan li consti per notorietat. I resulta certament lògic circumscriure aquesta exempció -com fa la Direcció- als supòsits en què la representació emana directament de la llei, però no als casos en què ha de mediar una resolució judicial (per exemple, una interlocutòria de tutela), la qual sempre s'ha d'acreditar.

La Direcció es planteja a quina de les dues situacions obeeix l'actuació dels parents constituïts en junta notarial d'acord amb les normes aragoneses; i és aquí que no es tenen en compte les característiques particulars d'aquesta modalitat de junta. En la junta notarial no hi ha una resolució o decisió prèvia a la mateixa constitució de la junta, sinó que aquesta es constitueix "*cada vez que, hallándose juntos sus miembros, decidan por unanimidad bajo fe notarial para asunto o asuntos determinados*" (article 174 CDFA), i l'exposició de motius afegeix que a la junta davant Notari el legislador estableix "*unas reglas de composición que puedan aplicarse automáticamente cuando los parientes llamados quieran actuar bajo fe notarial*". En conclusió, que coincideixen en el temps i en el mateix document la constitució de la junta i la seva decisió; i fins i tot en el títol qualificat també hi coincideix l'acte objecte d'aprovació. Per tant, correspon al Notari autoritzant de l'escriptura la decisió simultània sobre la selecció dels parents -que s'ha de dur a terme sota la seva responsabilitat en virtut de les dades de què disposi i de l'aplicació "automàtica" de les normes sobre composició de la junta- i el control sobre el funcionament correcte de l'òrgan. I tot això en unitat documental.

D'aquesta manera, la mateixa autorització del document qualificat pel Notari fent constar que determinats parents actuen en junta per representar o assistir el menor, implica el seu judici sobre la validesa de la constitució i funcionament de l'òrgan, els quals no existeixen més enllà del mateix atorgament del qual formen part. I aquest judici, que constitueix una competència exclusiva del Notari, ja que també ho és la mateixa autorització de l'instrument, no es basa en cap resolució o acord previ que calgui acreditar, sinó que consisteix en una decisió simultània sobre l'aplicació automàtica i directa de la llei per part del Notari autoritzant, el qual està facultat expressament per l'article 164 RN per no haver de justificar-la si afirma que les circumstàncies que la fonamenten li consten per notorietat.

I, per cert, cal destacar que l'article 164 RN parla d'una simple afirmació de notorietat, però no exigeix necessàriament la tramitació de l'acta de l'article 209. La qualificació recorreguda en el supòsit arrossegat la Direcció a l'error de confondre ambdues figures, que encara que tinguin el mateix desenllaç -una declaració de notorietat-, tenen diferents base legal i requisits procedimentals. En comparació amb la regulació general de les actes de notorietat de l'article 209, l'article 164 esmentat només es pot concebre com un precepte sancionador, que dins el seu àmbit concret permet, a través d'una afirmació notarial directa, estalviar tràmits probatoris en benefici dels atorgants. D'altra banda, el fet que en aquest tipus de supòsits un òrgan administratiu imposi l'exigència de tra-



mitar una acta de notorietat constitueix una ingerència totalment aliena i estranya a les disposicions del legislador civil aragonès.

El pronunciament de la Direcció també presenta dificultats d'encaix amb la regla de l'article 178-1 CDFA: *"las decisiones de la Junta de Parientes se presumen válidas y eficaces mientras no se declare judicialmente su invalidez"*. Aquest precepte estableix una presumpció general de validesa de les decisions de la junta que només pot ser desvirtuada per l'autoritat judicial, excloent, per tant -entre altres-, òrgans administratius o funcionaris. Aquesta presumpció és plenament coherent amb l'atribució al Notari de la competència per seleccionar els integrants de la junta i simultàniament documentar-ne l'actuació. De fet, aquesta presumpció converteix aquesta competència en exclusiva del Notari, subjecta a l'eventual revisió judicial.

D'altra banda, tampoc no és possible argumentar que la presumpció legal de validesa només es refereix literalment a les decisions de la junta, i no a la seva constitució. Aquesta objecció no resultaria en absolut coherent amb la resta de l'ordenament. Si, per exemple, es presenta a inscripció en el registre mercantil un títol que documenti la decisió d'un acord societatari, el primer que qualificarà el registrador és la vàlida constitució i convocatòria de l'òrgan competent. Passa el mateix en altres àmbits -sotmesos o no a qualificació registral-, com el Dret associatiu o la propietat horitzontal. L'article 179-2 CDFA també disposa, en relació amb la junta de parents, que *"los defectos formales en la constitución o funcionamiento de aquella que no sean de mero trámite, acarrearán la nulidad absoluta de sus acuerdos"*. En definitiva, si el control de legalitat dels acords dels òrgans col·legials abasta la forma que han estat constitutius, el que és coherent és que, de la mateixa manera, quan legalment es presumeixi la validesa de les seves decisions, aquesta presumpció també s'estén a la constitució vàlida de l'òrgan. Una interpretació diferent resultaria contradictòria amb la resta de l'ordenament i desvirtuaria injustificadament el valor de la presumpció establerta pel legislador aragonès.]

## MITJANS DE PAGAMENT

### R. 25 juliol 2019 (BOE 239, 4-X-19: 14227)

Consta inscrita una compravenda el preu ajornat de la qual va quedar garantit amb una condició resolutòria, la qual els atorgants van acordar que es cancel·laria mitjançant instància segons l'article 82-5 LH, un cop transcorreguts sis mesos des de la data de l'últim venciment, sempre que del registre no resulti un assentament en contra. Ara es debat la cancel·lació sol·licitada unilateralment pel comprador mitjançant instància en la qual fa constar que ha transcorregut el termini pactat i que el preu ja s'ha pagat. El registrador ho denega per manca de constància dels mitjans de pagament (article 254-3 LH). No obstant això, la Direcció admet l'assentament pretès ja que entén que la cancel·lació d'una condició resolutòria per caducitat no és un acte o contracte oneros amb contraprestació dinerària, sinó l'extinció d'un dret de garantia per la caducitat convinguda per les parts. Encara que hi hagi pagaments no acreditats, el pressupòsit essencial acordat per a la cancel·lació és el transcurs del temps, independentment de si el pagament del preu s'ha produït -com en el supòsit- o no.

### R. 3 setembre 2019 (BOE 261, 30-X-19: 15561)

Suspèn la inscripció d'una escriptura d'elevació a públic d'un document privat, però actualment la finca es troba inscrita en nom de l'entitat que va resultar adjudicatària en el procediment d'execució de la hipoteca que figurava inscrita anteriorment a la venda en document privat. No és possible estendre les conseqüències d'un procediment als qui no hi han intervingut.

D'altra banda, també es desestima el recurs contra l'altre defecte assenyalat per la qualificació: no és possible admetre com a mitjà de pagament de la compravenda la subrogació per part del comprador a la hipoteca, perquè aquesta ja no existeix en haver estat cancel·lada com a conseqüència del manament de cancel·lació de càrregues emès juntament amb l'adjudicació hipotecària.

### R. 16 octubre 2019 (BOE 281, 22-XI-19: 16832)

Denega la inscripció d'una escriptura de permuta de diverses finques a canvi d'una contraprestació mixta que consisteix en uns títols de valor i en un dret de crèdit contra tercer derivat d'un préstec. És necessari identificar els mitjans de pagament de les quantitats prestades, perquè si no s'exigís així, n'hi hauria prou per eludir la norma de l'article 254 LH d'articular les transmissions oneroses mitjançant la ficció que la contraprestació consisteix en un crèdit derivat d'un préstec injustificat. És doctrina consolidada la que exigeix acreditar els mitjans de pagament en els reconeixements de deute en els quals s'invoqui expressament un préstec previ, perquè aquesta n'és la causa, llevat que en el reconeixement de deute s'hagi pactat expressament l'efecte extintiu del préstec o obligació primitiva.

Concorre un altre defecte que la Direcció també desestima: en el judici notarial de suficiència de les facultats representatives dels apoderats de les societats atorgants, el Notari no declara tenir a la vista una còpia autèntica de les escriptures de poder. Certament es podria entendre que si el Notari autoritza l'escriptura jutjant suficients les facultats representatives sense cap reserva sobre la manca d'exhibició del document autèntic del qual resulten, és perquè se li ha aportat aquest document, ja que segons l'article 98-1 Llei 24/2001 aquest és precisament el mitjà per acreditar la representació al·legada. Però és igualment cert que la precisió tècnica exigible a tot document notarial imposa rebutjar les expressions genèriques, imprecises o ambigües.

## ESMENT DE DRETS

### R. 25 octubre 2019 (BOE 281, 22-XI-19: 16844)

Denega la inscripció d'una interlocutòria judicial que declara el domini sobre una finca, quant a la manifestació per la qual s'atribueix a una persona la facultat de construir un porxo al costat d'una fita, per sota d'un altre porxo. Aquesta manifestació no forma part de la descripció de la finca en els termes de l'article 9-a) LH, sinó que constitueix un dret a edificar que, com a tal, és susceptible d'inscripció separada i especial, la naturalesa de la qual, extensió, condicions i valor -si contés- s'han de reflectir en el títol d'acord amb la lletra c) de l'article esmentat.



## **MINES**

### **R. 26 setembre 2019 (BOE 273, 13-XI-19: 16292)**

Suspèn la inscripció en el registre de la propietat d'una transmissió (aportació a societat mercantil) d'una concessió d'explotació minera per manca d'aportació de l'autorització administrativa exigida per l'article 63 RH en connexió amb l'article 94 Llei de mines. Certament l'article 100 LM disposa que les autoritzacions d'aquest títol únicament són a efectes administratius, deixant intactes els drets i les obligacions civils; però l'acreditació prèvia de l'autorització administrativa legalment està configurada com un requisit d'inscripció de l'acte de transmissió de la concessió minera. En el cas d'aquest expedient no només no s'acredita l'obtenció de l'autorització, sinó que en consta la denegació expressa per l'òrgan administratiu competent.

## **NÚMERO D'IDENTIFICACIÓ FISCAL**

### **R. 24 octubre 2019 (BOE 281, 22-XI-19: 16841)**

Denega la inscripció d'una escriptura de compravenda perquè no consta el NIF o NIE de la persona física que compareix com a apoderada dels venedors, a qui s'identifica mitjançant el seu passaport ucraïnès.

Els articles 254-2 LH i 23 LN exigeixen l'acreditació del NIF o NIE en els actes que, o bé es refereixen a drets reals sobre immobles, o bé tenen transcendència tributària. I en qualsevol d'aquests casos l'obligació d'acreditació i constància s'estén tant als compareixents com a les persones o entitats en la representació de les quals actuen.

## **OBRA NOVA**

### **R. 12 juny 2019 (BOE 163, 9-VII-19: 10147)**

Admet la inscripció de l'obra nova d'una cotxera i un magatzem, respecte de les quals s'aporten les coordenades de la porció de sòl ocupada, sense necessitat de georeferenciar tota la finca sobre la qual s'aixeca la construcció com exigia el registrador al·legant que hi ha una diferència de cabuda de més del 10% entre la superfície inscrita i la que resulta de la certificació cadastral descriptiva i gràfica.

És doctrina consolidada que la georeferenciació de la finca sobre la qual s'aixeca l'obra permet efectuar l'anàlisi geomètrica espacial que condueixi a concloure sense dubtes que la porció edificada està ubicada totalment dins la finca sobre la qual es declara. Si la georeferenciació de la finca no consta, és possible que el registrador tingui dubtes. Però aquests dubtes no poden ser arbitraris, sinó que hauran de ser raonables i motivats amb criteris objectius i raonables, i s'han de referir al fet que la representació de la finca coincideix totalment o en part amb una altra base gràfica inscrita o amb el domini públic, a la possible invasió de finques confrontants, o que s'encobreixi un negoci translatiu o operacions de modificació d'entitat hipotecària.

En la qualificació recorreguda d'aquest supòsit, no es manifesta cap circumstància justificativa de dubtes sobre l'extralimitació de l'obra, com podria ser la ubicació de l'edifici respecte

dels límits o l'existència de modificacions descriptives no manifestades en el títol, per la qual cosa s'estima el recurs i s'admet la inscripció.

### **R. 17 juny 2019 (BOE 170, 17-VII-19: 10518)**

Admet la inscripció d'una acta de final d'obra, desestimant els dos defectes formals apreciats per la qualificació i relatius al llibre de l'edifici.

La Direcció admet que el llibre de l'edifici consti en diversos fitxers informàtics. No hi ha cap exigència legal que hagi de constar només en un. De fet, la llei no el configura com un únic document, sinó com la suma de diversos.

Certament, la R. 29 octubre 2015 conjunta de la DGRN i DGC, en establir els requisits tècnics de l'intercanvi d'informació entre els registres i el Cadastre, exigeix literalment que el llibre de l'edifici es presenti en suport informàtic, en format PDF i autènticat pel promotor amb la seva signatura electrònica o per un altre mitjà fefaent. Però aquesta norma no s'ha d'interpretar com a exigència de titulació pública pel dipòsit d'una documentació eminentment privada, sinó en el sentit d'entendre que el promotor compleix la seva obligació de dipòsit en el registre i és suficient que el llibre es trobi subscrit amb signatura electrònica o per un altre mitjà fefaent, que bé pot ser una instància amb signatura legitimada notarialment, o bé signada o ratificada davant el registrador. En el supòsit resolt, s'ha autoritzat una acta notarial atorgada pel promotor, que incorpora certificat tècnic del qual resulta expressament que el llibre de l'edifici s'ha entregat al promotor, i aquesta acta juntament amb el llibre ha estat presentat en el registre pel mateix Notari.

### **R. 20 juny 2019 (BOE 170, 17-VII-19: 10522)**

Declara inscriptible una declaració d'obra per la via de l'article 28-4 LS, a la qual s'incorpora certificat tècnic que declara que "s'estima que la finalització de les obres és de 1990". El registrador exigeix una afirmació més concloent. Però per la Direcció és suficient. "S'estima" no implica manca de rotunditat o certesa, sinó que és equivalent a "es calcula", "es determina" o "es considera", i queda sota l'exclusiva responsabilitat del tècnic la veracitat i l'exactitud de les afirmacions contingudes en el certificat que s'expedeix. Encara que sigui una estimació aproximada, excedeix molt el termini de prescripció de 4 anys que estableix la legislació del sòl de Madrid. Finalment, el registrador podria haver consultat d'ofici el Cadastre, on resulta una antiguitat superior al termini de prescripció.

### **R. 21 juny 2019 (BOE 170, 17-VII-19: 10526)**

Admet la inscripció d'una declaració d'obra nova desestimant els dos defectes de la qualificació, relatius a la llicència d'obres.

En primer lloc, es qüestiona la vigència de la llicència, ja que s'establien unes dates màximes d'inici i de finalització d'obres, que s'han infringit. No obstant això, és doctrina jurisprudencial (STS 5ª 21 desembre 2000) referida a la caducitat de llicències, que: aquesta caducitat no opera automàticament, sinó que exigeix la tramitació prèvia de l'expedient corresponent (confirmat per la Llei 10/1990 de disciplina urbanística de les Illes Balears); requereix plena constància de la voluntat inequívoca del titular

de la llicència d'abandonar l'obra; no n'hi ha prou amb la mera inactivitat, sinó que s'han de ponderar les circumstàncies concurrents; finalment, la caducitat com que impedeix l'exercici de drets, s'ha d'interpretar amb caràcter restrictiu. A més, en aquest supòsit consta un certificat municipal on, si bé la secretaria no el certifica expressament, es deixa constància que no s'ha incoat expedient de caducitat de la llicència d'obres. Exigir una declaració expressa de vigència de la llicència resultaria incompatible amb la presumpció de validesa de l'acte administratiu i amb la jurisprudència esmentada.

En segon lloc, es qüestiona la titularitat de la llicència, que inicialment va ser concedida a una societat que mai no ha estat titular registral, i que posteriorment va vendre el solar i va transmetre la llicència a la societat que ara, com a titular registral, declara l'obra. Les llicències d'obres tenen caràcter real, atès que el seu objecte és controlar que l'obra s'adapta a la legalitat, independentment de la persona del sol·licitant; i a més s'entén atorgada sens perjudici del dret de propietat i de tercer (article 12 Reglament Serveis Corporacions Locals). En conseqüència, les llicències es poden transmetre, si bé l'antic i el nou constructor ho han de comunicar a l'Ajuntament i, en el cas contrari, tots dos queden subjectes a totes les responsabilitats que derivessin per al titular (article 13). En el cas resolt, l'adquirent ha comunicat la transmissió a l'Ajuntament.

## **R. 8 juliol 2019 (BOE 180, 29-VII-19: 11079)**

Denega la inscripció d'una escriptura en la qual es divideix horitzontalment un edifici inscrit prèviament. En primer lloc, perquè hi ha una modificació de les superfícies tant edificada com del solar (el qual consta inscrit com de 175 metres quadrats ocupant-ne l'edificació de la planta baixa 169, mentre que en el títol en mesura 168 totalment ocupats per l'edificació), de manera que encara que no es declara formalment una obra, resulten aplicables els requisits d'inscripció de les declaracions d'obra dels articles 202 LH, 28 LS i 45 i següents RD 1093/1997.

D'altra banda, cal inscriure la representació gràfica de la finca per fer constar en l'assentament les coordenades de l'edificació expressades en el títol i que, a més, han de concordar amb la superfície expressada.

Està degudament justificat el dubte sobre l'extralimitació de la construcció, que s'aprecia de manera evident en la documentació gràfica incorporada al títol i, a més, coincideixen les coordenades de l'edificació amb les de la parcel·la, segons informe tècnic incorporat i informe tècnic de validació gràfica incorporat en el títol; tot això es podria esmenar fàcilment mitjançant la inscripció de la representació gràfica alternativa aportada, que altera el perímetre cadastral, per la qual cosa resulta imperatiu acudir al procediment de l'apartat 2 de l'article 199 LH.

## **R. 8 juliol 2019 (BOE 180, 29-VII-19: 11081)**

Suspèn la inscripció d'una escriptura per la qual un edifici inscrit prèviament es divideix horitzontalment en quatre elements independents i en la que prèviament es rectifica la superfície de l'edifici, si bé no se sol·licita expressament la rectificació de la superfície del solar. A l'escriptura s'incorpora testimoni de sentència estimatòria de recurs d'apel·lació per la

qual s'ordena la constitució en règim de propietat horitzontal de l'edifici d'acord amb les especificacions de l'informe pericial que es troba en les actuacions i que suposa una modificació de la finca inscrita.

Cal aportar la georeferenciació de l'edifici. En principi no és necessària la georeferenciació d'edificacions ja inscrites. No obstant això, en aquest cas no consta en els folis registrals la superfície construïda de tot l'edifici i, per tant, tampoc la de la planta baixa ni la porció de sòl ocupada per l'edificació, de manera que la concreció d'aquests aspectes exigeix la georeferenciació prevista en l'article 202 LH.

La Direcció desestima els altres dos defectes de la qualificació. L'antiguitat de l'obra, si bé no resulta del cadastre ni de la documentació municipal incorporada, sí que resulta de l'informe pericial aportat en el procés, que consta d'una data fefaent (la de la sentència) i ha estat emès per un tècnic competent (el perit judicial arquitecte). Tampoc no és necessari fer constar la referència cadastral de cada departament resultant de la divisió horitzontal, ja que els efectes de no fer-ho són els de l'article 44 LCI el qual preveu expressament que no s'impedirà l'autorització ni la inscripció del document.

## **R. 19 juliol 2019 (BOE 189, 8-VIII-19: 11685)**

Suspèn la inscripció d'una obra d'ús agrícola i una sola planta de 205 metres quadrats, que es declara per antiguitat sobre una finca inscrita amb una superfície de 8.000 metres. En el títol es fa constar que la finca registral està formada per dues parcel·les cadastrals la superfície conjunta de les quals supera els 15.000 metres, i que l'obra s'aixeca exclusivament sobre una de les dues parcel·les. No queda acreditat ni que la finca registral estigui formada per les dues parcel·les cadastrals esmentades, ni que l'obra declarada s'aixequi sobre els metres inscrits en el registre. Els dubtes registrals es basen en la manca de georeferenciació de la finca.

La Direcció recorda la seva doctrina relativa a l'obligatorietat de georeferenciar no només la porció de sòl ocupada per l'obra declarada (que sempre és exigible), sinó la finca sobre la qual s'aixeca l'edificació. La georeferenciació de la finca sobre la qual s'aixeca l'obra permet efectuar l'anàlisi geomètrica espacial que condueix a concloure sense dubtes que la porció edificada està ubicada totalment dins la finca sobre la qual es declara. Si la georeferenciació de la finca no consta, és possible que el registrador tingui dubtes. Però aquests dubtes no poden ser arbitraris, sinó que han de ser raonables i motivats amb criteris objectius i raonables, i s'han de referir al fet que la representació de la finca coincideix totalment o en part amb una altra base gràfica inscrita o amb el domini públic, a la possible invasió de finques confrontants, o que s'encobreixi un negoci translatiu o operacions de modificació d'entitat hipotecària.

En el supòsit resolt resulta a més de l'aplicació informàtica auxiliar del registre que una part de la parcel·la cadastral sobre la qual es diu que s'aixeca l'edificació, està situada en zona de servitud de policia de riu, sense que consti autorització de la Confederació Hidrogràfica per a la construcció que es declara, tal com ja exigia la normativa vigent en el moment de l'execució de l'acte edificador.





#### **R. 22 juliol 2019 (BOE 190, 9-VIII-19: 11747)**

Admet la inscripció d'una declaració d'obra nova en construcció, malgrat que ha transcorregut el termini pel qual va ser concedida la llicència d'obres.

És doctrina jurisprudencial (STS 5 21 desembre 2000) sobre la caducitat de llicències, que: aquesta caducitat no opera automàticament pel mer transcurs del termini, sinó que exigeix la tramitació prèvia de l'expedient corresponent (la qual cosa és confirmada per la norma autonòmica aplicable: article 173 Llei 7/2002 d'Ordenació Urbanística d'Andalusia); requereix plena constància de la voluntat inequívoca del titular de la llicència d'abandonar l'obra; no n'hi ha prou de la mera inactivitat, sinó que cal ponderar les circumstàncies concurrents; finalment, com que la caducitat impedeix l'exercici de drets, s'ha d'interpretar amb caràcter restrictiu.

#### **R. 8 agost 2019 (BOE 254, 22-X-19: 15150)**

Admet la inscripció d'una acta de final d'obra sobre una nau destinada a la cria i explotació avícola, sense necessitat d'aportar el llibre de l'edifici.

Certament, és doctrina consolidada la que exigeix el dipòsit registral del llibre de l'edifici, tal com exigeix l'article 202 LH per a tot tipus d'edificació, ja sigui habitatge o industrial, amb la finalitat de tutelar l'interès, no ja del promotor, sinó el dels usuaris ulteriors de l'edificació. Ara bé, el dipòsit del llibre de l'edifici és exigible, llevat que la normativa autonòmica eximeixi del dipòsit.

Precisament s'aplica al supòsit resolt l'article 2 RD 80/2001 regulador del llibre de l'edifici de la Regió de Múrcia, el qual circumscriu l'aplicació d'aquesta norma als edificis de nova construcció o objecte de rehabilitació integral l'ús principal del qual sigui el d'habitatge.

#### **R. 8 agost 2019 (BOE 254, 22-X-19: 15151)**

#### **R. 8 agost 2019 (BOE 254, 22-X-19: 15152)**

#### **R. 8 agost 2019 (BOE 254, 22-X-19: 15153)**

#### **R. 8 agost 2019 (BOE 254, 22-X-19: 15154)**

Com a conseqüència de la inscripció d'una obra nova la data de construcció de la qual el 1984 es va acreditar cadastralment a l'efecte de l'article 20-4 LS-2008 (actualment 28-4 LS-2015), el registrador va dur a terme la notificació preceptiva a l'Ajuntament, que ara presenta una resolució per la qual es pretén que es faci constar mitjançant nota marginal que l'edificació no compte amb llicència d'obres, és clandestina i que, per tant, d'acord amb l'article 182-4 Decret legislatiu 1/2010 de la Llei d'ordenació del territori i l'activitat urbanística de Castella-la Manxa, malgrat que ja no és possible ordenar-ne la demolició, queda subjecta al règim de fora d'ordenació i qualsevol operació que impliqui augment de volum o consolidació requerirà l'aprovació prèvia d'un projecte de legalització.

La Direcció admet la pràctica de la nota sol·licitada, ja que la resolució municipal qualificada compleix els requisits de concreció mínima de l'article esmentat de la LS, que exigeix expressar la situació concreta urbanística, amb delimitació del contingut i indicació expressa de les limitacions imposades al propietari.

#### **R. 4 setembre 2019 (BOE 261, 30-X-19: 15565)**

Suspèn la inscripció d'una escriptura de declaració d'obra nova sobre finca rústica, efectuada per la via de l'article 28-4 LS acreditant mitjançant certificació cadastral descriptiva i gràfica que l'antiguitat de l'obra data de 2008. La Direcció entén raonables els dubtes de la registradora basats en el fet que, segons consulta realitzada per ella al sistema d'informació urbanística de la Comunitat Valenciana, el sòl té la qualificació de zona rural protegida municipal, sotmesa per tant al règim d'imprescriptibilitat establert per l'article 224 Llei 16/2005 urbanística valenciana. Com que la informació urbanística obtinguda és merament informativa, a manca del certificat administratiu preceptiu procedeix suspendre la inscripció del títol qualificat fins que s'acrediti fefaentment: o bé, que el sòl ocupat no té la qualificació urbanística esmenada de protecció especial, o bé, que la tal qualificació és posterior a 2008, data del final de l'obra segons el Cadastre.

#### **R. 4 setembre 2019 (BOE 261, 30-X-19: 15567)**

Suspèn la inscripció d'una acta de final d'obra, perquè entén raonables els dubtes de la registradora que la porció de sòl georeferenciada ocupada per l'edificació realment s'ubica dins la finca registral. Entre la finca registral i la parcel·la registral hi ha una diferència de superfície superior al 10%. De la documentació presentada no resulta que l'edificació s'ubiqui en els límits de la parcel·la.

Resulta legalment obligatori georeferenciar la porció de sòl ocupada per l'edificació. Però respecte de la georeferenciació de tota la finca sobre la qual s'aixeca l'obra, la Direcció entén que la seva constància permet efectuar l'anàlisi geomètrica especial que condueixi a concloure sense dubtes que la porció edificada està ubicada totalment dins la finca sobre la qual es declara. Si la georeferenciació de la finca no consta, és possible que el registrador tingui dubtes. Però aquests dubtes no poden ser arbitraris, sinó que -com en el cas resolt- han de ser raonables i motivats amb criteris objectius i raonables, i s'han de referir al fet que la representació de la finca coincideix totalment o en part amb una altra base gràfica inscrita o amb el domini públic, a la possible invasió de finques confrontants, o que s'encobreixi un negoci translatiu o operacions de modificació d'entitat hipotecària.

D'altra banda, es rebutgen els altres dos defectes de la qualificació. No és necessari aportar llicència de demolició de l'edifici ruïnós preexistent sobre el sòl edificat, perquè si bé la demolició d'edificacions és un acte subjecte a llicència per l'article 180-1-e LS extremenya, una interpretació finalista permet entendre que la llicència de construcció empara els treballs previs de demolició. D'altra banda, com que s'han aportat el certificat final d'obra expedit pel tècnic director de l'obra i signant del projecte amb signatura legitimada, es compleixen els requisits dels articles 49 i 50 RD 1093/1997, sense que sigui necessari cap visat col·legial.

#### **R. 3 octubre 2019 (BOE 274, 14-XI-19: 16384)**

Suspèn la inscripció d'una escriptura d'obra nova d'edifici industrial (taller de vehicles) situada a Extremadura, per manca d'aportació de la llicència de primera ocupació. És doctrina de la

Direcció que aquesta llicència és requisit d'inscripció de les obres noves acabades, sempre que la normativa autonòmica respectiva estableixi que està subjecte a llicència o conformitat administrativa l'acte jurídic d'ús de l'edificació i que no n'hi ha prou amb la comunicació prèvia o declaració responsable.

L'article 184-1-b Llei 15/2001 de sòl i ordenació territorial d'Extremadura -vigent en el moment d'autoritzar l'escriptura i presentar-la al registre- sotmet a llicència la primera utilització d'edificis. El recurrent considera que l'obtenció de la llicència d'obres porta implícita l'obtenció de la llicència per a l'activitat, sobre la base de la interpretació errònia que la Llei extremeña esmentada fa de l'article 84: quan la implantació de l'activitat comporta la realització d'obres subjectes a llicència, el procediment d'autorització està implícit en el de la concessió de la llicència. La Direcció interpreta aquesta norma en el sentit que si l'Administració concedeix la llicència d'obres per a un taller de vehicles, després no es pot denegar l'autorització per a aquesta activitat; però això no significa que no hagi d'emetre la llicència de primera utilització de l'edifici, ja que aquesta última llicència té una doble finalitat: verificar si l'edifici té les condicions idònies de seguretat i salubritat per a l'ús que es destina i constatar si l'obra executada s'ajusta en realitat a la llicència concedida (STS Sala Contenciós secció 5ª 8 novembre 2011).

L'altre defecte de la qualificació -manca de dipòsit del llibre de l'edifici- es desestima, perquè el Decret 165/2006 sobre Llibre de l'Edifici a Extremadura limita l'obligació de depositar-lo a les edificacions l'ús principal de les quals sigui el d'habitatge.

## **R. 31 octubre 2019 (BOE 285, 27-XI-19: 17055)**

Denega la inscripció d'una declaració d'obra nova en construcció, perquè no consta la fermesa de l'acte administratiu de concessió de llicència d'obra. Es tracta d'un acord de la Junta de Govern Local, que posa fi a la via administrativa, però és susceptible de recurs potestatiu de reposició. La fermesa de l'acte administratiu ha de resultar del mateix certificat que el formalitza; i en cap cas es pot presumir.

Ara bé, la Direcció desestima l'altre defecte assenyalat en la qualificació. La llicència d'obres està subjecta al compliment de determinades condicions pel declarant, la constància registral de les quals s'hi exigeix. El registrador exigeix per a aquesta constància el consentiment exprés del declarant, sobre la base dels articles 74 i 76 RD 1093/1997, que exigeixen, per fer constar en el registre les condicions de les llicències, o bé instància del titular registral, o bé que resulti que el procediment ha comptat amb la seva audiència. No obstant això, la Direcció estableix la doctrina següent sobre les condicions modalitzadores de les llicències: quan el titular registral sol·liciti expressament que no es reflecteixin en el registre, l'escriptura només es pot inscriure amb l'autorització expressa de l'òrgan administratiu; però quan -com en aquest cas- res no s'oposa per part del titular atorgant, no és possible imposar un nou consentiment específic per a la inscripció de les condicions de la llicència, ja que és evident que n'accepta el contingut, i la seva intervenció en el procediment administratiu queda degudament acreditada.

## **PARCEL·LACIÓ, DIVISIÓ, SEGREGACIÓ**

### **R. 25 juliol 2019 (BOE 239, 4-X-19: 14224)**

Denega la inscripció d'una escriptura actual per la qual se sol·licita que s'inscrigui una escriptura prèvia de segregació atorgada el 2005 i que, sobre la resta de la finca, s'inscriguin unes edificacions que es declara que es van construir fa més de deu anys.

És doctrina consolidada la que reconeix l'analogia a l'hora d'admetre la prescripció acreditada, respecte de la inscripció no només edificacions (article 28-4 LS), sinó també divisions o segregacions antigues. La segregació és un acte eminentment registral, la inscripció de la qual resta subjecta als requisits de la presentació encara que l'atorgament s'hagi produït sota un règim normatiu anterior. El Tribunal Constitucional i el Suprem han matisat el principi d'irretroactivitat, en el sentit d'admetre l'aplicació de les normes a actes nascuts sota la legislació anterior però els efectes dels quals no s'hagin esgotat o consumat i sempre que no perjudiquin drets consolidats de particulars. Per a la Direcció, aquesta retroactivitat cal conciliar-la amb els efectes jurídics dels actes de parcel·lació d'acord amb la legislació vigent en el moment de produir-se.

No obstant això, en el supòsit resolt no es compleixen els requisits que permetrien la inscripció de la segregació sol·licitada per prescripció d'eventuals infraccions urbanístiques: no s'acredita en quin any es va incorporar al Cadastre aquesta situació parcel·laria concreta; del certificat municipal incorporat a l'escriptura actual resulta que l'Administració es reserva l'exercici de les potestats urbanístiques i sancionadores que la llei li atribueix; finalment, no concorden les superfícies cadastral i registral, ni de la porció segregada ni de la resta de la finca. D'altra banda, tampoc s'aporten les coordenades georeferenciades de la porció ocupada per l'obra.

### **R. 27 setembre 2019 (BOE 273, 13-XI-19: 16294)**

Denega la inscripció de la venda de tres quartes parts indivises de dues finques rústiques situades a Andalusia, a favor de dues persones físiques i una societat mercantil en què cadascuna adquireix una quarta part indivisa. No s'inclou cap pacte relatiu a l'assignació formal i expressa d'ús individualitzat d'una part d'aquests immobles a cadascun dels compradors.

L'article 66 de la Llei d'ordenació urbanística d'Andalusia fixa un concepte molt ampli del que es considera parcel·lació urbanística que, per tant, necessitaria llicència administrativa o declaració d'innecessarietat. Efectivament, aquest precepte també considera actes reveladors de possible parcel·lació urbanística en general aquells que, mitjançant interposició de societats, divisions horitzontals o assignacions d'ús o quotes en proindivís d'un terreny, o d'una acció o participació social, poden existir diversos titulars als quals els correspongui l'ús individualitzat d'una part de terreny equivalent.

Així, en el supòsit resolt concorren elements objectius dels quals es pot inferir el possible perill de creació d'un nucli de població o parcel·lació urbanística: respecte d'una de les finques, el certificat cadastral revela que a sobre hi ha dos habitatges; i respecte de l'altra, que apareix cadastrada com de secà i, per tant,



la superfície mínima segregable és de 2,50 hectàrees, és aplicable l'article 8-a Reglament de disciplina urbanística d'Andalusia que considera acte revelador de possible parcel·lació la transmissió de quotes de sòl no urbanitzable que faci correspondre al seu titular una superfície inferior a la parcel·la mínima divisible (que en aquest cas seria de 6.625 metres quadrats).

#### **R. 21 novembre 2019 (BOE 308, 24-XII-19: 18460)**

Suspèn la inscripció d'una escriptura de segregació i donació. A l'efecte de l'article 254 LH, no s'acredita l'autoliquidació o la declaració relativa de l'impost sobre l'increment de valor dels terrenys de naturalesa urbana, en ser la donació una transmissió i, per tant, fet imposable d'aquest impost segons l'article 104 LHL.

D'altra banda, la llicència de segregació defineix la finca amb la descripció que figura en el Cadastre, que és diferent de la inscrita, i la mateixa escriptura considera correcta la cabuda que figura en el registre. En conseqüència, prèviament s'ha d'adaptar la descripció de la finca, la qual cosa es pot inscriure fàcilment a través del procediment de l'article 201-3 LH, atesa la seva entitat escassa.

#### **R. 28 novembre 2019 (BOE 311, 27-XII-19: 18556)**

Suspèn la inscripció d'una escriptura per la qual es segreguen com a finques independents diverses porcions, que es corresponen no només amb les parcel·les cadastrals senceres, sinó també amb parts d'altres parcel·les cadastrals. El motiu de la denegació és que la georeferenciació de les finques segregades i de la resta no s'aporta en format GML exigint per la R. conjunta DGRN-DGC 26 octubre 2015, sinó mitjançant les seves coordenades UTM en suport paper.

L'article 9-b LH preveu el cas que la representació gràfica alternativa afecti una part de parcel·les cadastrals, en el qual exigeix que respecti la delimitació que consta en la cartografia cadastral i que compleixi els requisits tècnics que en permetin la incorporació, reconeixent a aquest efecte com suficient l'aportació d'un informe de validació cadastral que contingui la representació de les parts de les parcel·les afectades i no afectades, com també la delimitació del perímetre cadastral. La mera aportació de l'informe de validació permet obtenir, mitjançant el seu codi segur de verificació, a la Seu Electrònica del cadastre, l'arxiu GML amb la representació gràfica.

La Direcció rebutja l'al·legació del recurrent del fet que encara no hi ha un sistema informàtic d'intercomunicació entre notaries i registres per a la remissió d'arxius GML. La senzillesa d'aquest format de text alfanumèric en permet la transmissió del contingut mitjançant els sistemes actuals de presentació telemàtica de documents en el Registre de la propietat, sempre que aquest text sigui susceptible de còpia informàtica. Ara bé, com ja s'ha indicat el mètode més idoni i senzill per incorporar a l'escriptura, de manera indubtable i accessible al registre, és una georeferenciació alternativa a la cadastral és la incorporació del CSV de l'informe de la seva validació.

La Direcció desestima l'altre defecte de la qualificació, que consisteix a exigir que, constant diverses parcel·les cadastrals en nom d'una persona diferent del titular registral, s'aporti l'imprès de sol-

licitud al Cadastre de rectificació de titularitat. No hi ha cap base normativa per a aquesta exigència, ni per a denegar la inscripció per la divergència de titulars.

### **PROCEDIMENT REGISTRAL**

#### **R. 3 juliol 2019 (BOE 178, 26-VII-19: 10948)**

Estima el recurs contra la decisió del Registre de la propietat on actualment consten inscrites les finques integrants d'una divisió horitzontal, el qual n'havia denegat el trasllat als llibres del registre recurrent.

La Direcció no considera prou motivada la negativa. La procedència del trasllat solidari s'ha de valorar comparant la ubicació i la delimitació de la finca amb la del districte hipotecari, de manera que procediria el trasllat -fins i tot d'ofici- si la major part de la superfície s'ubica en la demarcació del registre recurrent, amb l'excepció que, si es tracta d'un edifici en règim de propietat horitzontal, si el trasllat resulta procedent, ho és en funció de la ubicació de la major part del sòl sobre el qual s'ubica el conjunt, i respecte de totes les finques que l'integren.

#### **R. 22 juliol 2019 (BOE 190, 9-VIII-19: 11750)**

Desestima el recurs mitjançant el qual es pretén impugnar un assentament d'execució hipotecària ja practicat.

El recurs només procedeix contra qualificacions negatives; però un cop estesa la inscripció després d'una qualificació positiva, el recurs ja no és un mitjà hàbil per qüestionar la forma en què s'ha practicat un assentament que es troba sota la salvaguarda dels tribunals i produeix tots els efectes mentre no se'n declari la inexactitud judicialment.

#### **R. 27 setembre 2019 (BOE 273, 13-XI-19: 16293)**

Denega la constància registral d'una instància privada subscripta per una comunitat de propietaris, en virtut de la qual se sol·licita la rectificació d'uns assentaments de segregació i venda entre dues societats no compareixents.

El recurs només procedeix contra qualificacions negatives; però un cop practicat l'assentament, ja no és un mitjà hàbil per altres pretensions, com qüestionar la validesa o la nul·litat del títol, la possible indefensió de l'afectat, o la procedència o improcedència de l'assentament ja practicat, el qual es troba sota la salvaguarda dels tribunals, de manera que la seva rectificació només és possible amb la conformitat dels titulars de drets inscrits o mitjançant sentència dictada en un procediment on tots aquests hagin estat demandats.

#### **R. 3 octubre 2019 (BOE 274, 14-XI-19: 16383)**

Consten inscrites per aquest ordre: la cessió gratuïta d'un immoble per una fundació a favor d'un ajuntament per a usos culturals; la reinscripció en nom de la fundació, en virtut de sentència que va considerar acreditat l'incompliment dels compromisos assumits per l'ajuntament.

Ara se sol·licita la cancel·lació d'aquesta reinscripció del domini a favor de la fundació, mitjançant una instància privada subs-





# Resolucions

crita per un particular que acompanya meres fotocòpies d'altres sentències que el recurrent considera contradictòries amb la que va motivar la reinscripció. La Direcció ho denega. Només es poden inscriure els títols consignats en document públic (article 3 LH). El recurrent manca de legitimació per recórrer, perquè no és la persona a favor de la qual s'ha practicat la inscripció (article 325 LH), sinó que, en canvi, manifesta actuar en nom propi i dret "en defensa d'un bé públic", i també reconeix que actua en contra del criteri de l'ajuntament que va manifestar la seva voluntat de no interposar cap recurs. Finalment, cancel·lar la instància tal com es demana en la instància qualificada necessitaria una sentència contradictòria de l'assentament qüestionat en un plet seguit contra els titulars registrals.

## R. 20 novembre 2019 (BOE 296, 10-XII-19: 17726)

Denega la inscripció d'una escriptura on es rectifica la descripció d'una finca, en primer lloc, perquè no s'acredita l'autoliquidació fiscal davant l'oficina liquidadora competent. No és prejutja que el document (una rectificació descriptiva) hagi de pagar impost, sinó que és l'oficina liquidadora a qui correspon decidir-ho.

És doctrina consolidada que davant qualsevol operació el registre de la qual se sol·licita, el registrador no només ha de qualificar-la, sinó també decidir si es troba o no subjecta a l'impost, valoració que no és definitiva en el pla fiscal, però és suficient per accedir a la inscripció en el cas afirmatiu, o per suspendre-la mentre no se n'acrediti el pagament, exempció, prescripció o no-subjecció, de manera que el registrador, per evitar una multiplicació injustificada de tràmits, pot apreciar per ell mateix la no-subjecció o l'exempció. Però com que no resulten supòsits de no-subjecció expressa i indubtable (apartats 2 a 4 de l'article 104 Llei d'hisendes locals) o de causa clara d'exempció fiscal (com l'acceptació d'hipoteca unilateral per la TGSS en el supòsit de la R. 23 abril 2007), si el registrador, per salvar la seva responsabilitat, exigeix la nota de pagament oportuna, exempció, prescripció o no-subjecció, ha de ser l'Administració tributària la que es pot manifestar sobre això, sense que correspongui pronunciar-se a la DGRN.

D'altra banda, com que es pretén inscriure la descripció de la finca d'acord amb el que resulta del Cadastre, la qual cosa implica una diferència de superfície, la registradora exposa dubtes d'identitat abans de procedir a la tramitació d'un expedient rectificatiu, sobre la possible existència de negocis de modificació d'entitats hipotecàries no documentats degudament.

## PROPIETAT HORITZONTAL

### R. 26 juny 2019 (BOE 174, 22-VII-19: 10738)

Admet la inscripció d'una escriptura de declaració d'obra prescrita (número 4 de l'article 28 LS), divisió horitzontal i constitució de dret de vol, desestimant els dos defectes recorreguts, relatius a aquest últim dret.

Ni en el certificat tècnic que serveix per a acreditar l'antiguitat de l'edifici, ni en la seva descripció en el títol es fa cap referència a les terrasses dels tres apartaments privatis sobre les quals es materialitzarà el dret de vol. La referència a les terrasses sí que apareix en la descripció dels tres apartaments dins la divisió ho-

ritzontal. No hi ha cap problema per atribuir caràcter privatiu a una terrassa a nivell que inicialment fos element comú, ja que no ho és per naturalesa, sinó merament per destinació (STS 10 febrer 1992). La superfície que s'assigna a aquestes terrasses no pot computar com a superfície construïda, per la seva pròpia configuració física com a cobertes de part de l'edifici. En conseqüència, aquesta superfície no s'ha d'incorporar a la descripció del conjunt de l'edifici.

L'altre defecte consisteix en el fet que, en atribuir l'escriptura la titularitat del dret de vol "als propietaris" dels elements privatis amb la terrassa d'ús exclusiu, no queda clar segons el parer de la registradora si per aquestes cal entendre les persones concretes que ho són actualment, o els que siguin propietaris dels elements privatis esmentats en cada moment. La Direcció opta per aquesta segona opció, considerant que una interpretació gramatical i lògica de la clàusula estatutària condueix a entendre que el dret atribuït als propietaris se'ls reconeix precisament en virtut de la seva condició dominical, i que el dret es delimita materialment per la mateixa delimitació física de les terrasses.

### R. 27 juny 2019 (BOE 177, 25-VII-19: 10878)

Consta inscrita una edificació formada per dos blocs que constitueixen una sola propietat horitzontal. Certament, hi ha un llibre d'actes de la subcomunitat del bloc I, que és diligenciat per la mateixa registradora qualificant, però sense que n'hi hagi constància en els llibres registrals.

Ara es discuteix si procedeix la pràctica d'una anotació de demanda de reconeixement de servitud de pas adreçada contra la subcomunitat de propietaris del bloc I. La registradora havia denegat l'anotació perquè no figuren demandats tots els titulars de la propietat horitzontal general.

No obstant això, la Direcció aplica la seva doctrina que distingeix entre actes que necessiten un consentiment individualitzat dels propietaris, perquè s'afecta el contingut essencial del seu dret, d'aquells altres en els quals n'hi ha prou amb l'expressió d'un consentiment col·lectiu de la comunitat. És perfectament possible l'anotació del supòsit, perquè consta demandat el president de la comunitat de propietaris de la subcomunitat afectada, fet que no es pot tenir per jurídicament inexistent perquè té els llibres legalitzats per la registradora de la propietat.

### R. 19 juliol 2019 (BOE 189, 8-VIII-19: 11684)

Consta inscrit, formant part d'un edifici en propietat horitzontal, un departament privatiu descrit com a coberta o terrassa. Ara es denega la inscripció d'una escriptura per la qual la societat titular del departament privatiu esmentat, descrivint-lo ara com a planta d'àtic, declara a sobre seu per antiquitat l'obra de dues oficines i un habitatge, i sobre aquestes constitueix una comunitat funcional o d'interessos fent constar que les tres entitats tenen accés directe a elements comuns de la propietat horitzontal per la qual cosa no hi ha cap element comú adscrit exclusivament a la comunitat funcional.

La modificació de la descripció d'aquest element privatiu suposa una modificació del títol constitutiu de la propietat horit-



zontal i per això requereix acord unànim dels propietaris, a falta de reserva de facultats sobre això a favor del propietari privatiu d'aquest departament. A més, com que el vol és un element comú, seria necessària la desafectació prèvia i la conversió del vol en element privatiu.

D'altra banda, la forma jurídica que ha d'adoptar una "subcomunitat d'habitatges" constituïda dins un departament que pertany a un edifici dividit en propietat horitzontal, no és la de "comunitat funcional", sinó la de "subdivisió horitzontal", però sempre que hi hagi elements comuns entre aquests habitatges que justifiquin aquesta constitució. La "comunitat funcional" és la figura jurídica reservada per l'article 68 RH a les quotes de finques destinades a garatge o estacionament de vehicles amb assignació d'ús exclusiu, i la Direcció (R. 26 juny 2018) també ho ha estès a les finques destinades a trasters, atesa la seva accessibilitat respecte dels elements principals. En aquest cas tampoc hi ha una "subcomunitat", perquè per a això seria necessari que diversos propietaris d'elements privatis haguessin disposat en règim de comunitat de certs elements o serveis comuns independents i diferenciats respecte d'altres de la mateixa divisió horitzontal. En no haver-hi cap element comú adscrit a la comunitat funcional, és aplicable l'article 10-3-b LPH, que exigeix per als actes de divisió material de departaments (per remissió a l'actual article 26-6 LS) autorització administrativa i de les tres cinques parts dels propietaris i les quotes, sempre que es provoqui un increment dels elements privatis constituïts inicialment.

#### **R. 25 juliol 2019 (BOE 239, 4-X-19: 14222)**

Admet la inscripció d'una escriptura per la qual els propietaris d'un local integrant d'una propietat horitzontal, que compten amb les llicències municipals preceptives, declaren haver-lo condicionat com a habitatge. Els estatuts inscrits disposen que els locals comercials s'han de destinar a usos comercials o industrials. El registrador havia exigut acord unànim dels propietaris per entendre que el canvi d'ús implica modificació estatutària.

No obstant això, la Direcció interpreta restrictivament la disposició estatutària esmentada sobre la destinació dels locals, atès que limita el dret de propietat reconegut per la Constitució. Del contingut literal dels estatuts no resulta una prohibició explícita de destinar els locals a habitatge, sinó a usos diferents dels comercials o industrials, és a dir, que el que s'exclou són els usos terciaris recreatius (sales de festa, jocs d'atzar, espectacles, consum de begudes i menjar...) o els usos hotelers o d'oficines. La Direcció recorda la seva doctrina consolidada: si els estatuts d'una propietat horitzontal no limiten o prohibeixen expressament el canvi de destinació d'un element privatiu, aquest canvi d'ús és factible sense necessitat d'autorització de la junta de propietaris. La mera descripció de l'immoble en el títol constitutiu no suposa una limitació de l'ús o de les facultats dominicals, sinó que l'eficàcia d'una prohibició d'aquesta naturalesa exigeix una estipulació clara i precisa que l'estableixi.

D'altra banda, tampoc no consta que el canvi d'ús qualificat afecti elements comuns de l'immoble, en modifiqui les quotes, menyscabi o alteri la seguretat de l'edifici, la seva estructura general, la seva configuració o estats exteriors (articles 5, 7 i 17 LPH).

#### **R. 26 juliol 2019 (BOE 245, 11-X-19: 14600)**

Suspèn una anotació preventiva d'embargament conseqüència d'un procediment monitori per impagament de despeses de la comunitat de propietaris seguit contra un titular registral mort.

L'article 21 LPH es remet a aquest efecte a les normes del procediment monitori, però simplificant-ne notòriament la tramitació. Per poder fer-ho, n'hi ha prou amb el certificat de l'acord de la junta que aprova la liquidació del deute, però la norma també exigeix que l'acord hagi estat notificat als propietaris afectats en la forma de l'article 9. La Direcció entén que, com que es tracta d'una herència jacent, cal complir els requisits mínims que n'impedeixin la indefensió; és a dir, que la demanda hagi estat notificada a algun possible interessat a la comunitat hereditària, o que s'hagi nomenat un administrador judicial.

#### **R. 5 setembre 2019 (BOE 265, 4-XI-19: 15773)**

Des d'abans de la vigència de la LPH-1960 consta inscrita la segregació com a finca independent d'un element (planta baixa i soterrani) integrat en un edifici organitzat de fet en règim de propietat horitzontal.

Ara es denega la inscripció d'una escriptura actual per la qual el propietari d'aquest element segregat unilateralment: n'augmenta la superfície a les dues plantes; divideix l'element en dues porcions i les constitueix al seu torn com una subcomunitat en règim de propietat horitzontal.

És doctrina de la Direcció que, en un règim de propietat horitzontal de fet no és possible la segregació o la divisió de nous elements privatis sense constituir el règim formalment, malgrat la preexistència d'elements privatis segregats la validesa dels quals es manté. Tampoc no és possible augmentar la superfície construïda d'un element privatiu, fet que implica un augment de la superfície construïda de l'edifici, sense complir els requisits de tota modificació d'obra: descripció amb les dades de l'article 45 RD 1093/1997 (número de plantes, superfície de parcel·la ocupada, superfície total de l'edifici); compliment dels requisits urbanístics dels apartats 2 o 4 de l'article 28 LS, segons si es tracta d'obra actual o prescrita; georeferenciació de la porció de sòl ocupada per l'edificació (article 202 LH). A més, de la mateixa manera que en una propietat horitzontal constituïda formalment és necessari el consentiment de tots els propietaris de l'edifici o, altrament, acord de junta per modificar el títol constitutiu, com també la descripció adequada de cadascun dels elements independents creats, amb determinació expressa del seu número d'ordre i quota.

#### **R. 23 octubre 2019 (BOE 281, 22-XI-19: 16840)**

Admet la inscripció d'una escriptura en la qual es declara la cancel·lació d'un règim de propietat horitzontal perquè no s'ha fet la construcció de l'edifici projectat, que figura declarat que consta de set elements independents o finques registrals gravades per una hipoteca la responsabilitat de la qual es troba distribuïda entre aquestes. No és necessari el consentiment del creditor hipotecari.

És doctrina del TS (entre altres, S 28 gener 2011) que l'existència d'una hipoteca no afecta les facultats dispositives del condomini. Quan la càrrega afecta exclusivament una quota, la divisió implica per subrogació real l'arrossegament de les càrregues que afectaven la quota de la finca hipotecada. Aquesta doctrina és aplicable al supòsit qualificat: com que tots els departaments estan gravats amb una hipoteca, en quedar extingit el règim de propietat horitzontal, la hipoteca passa a gravar la totalitat del solar resultant i la distribució de responsabilitat ja efectuada recau sobre les quotes corresponents dels elements cancel·lats, de manera que la posició jurídica del creditor no es veu alterada per l'extinció del règim. Seria diferent el cas que es pretengués l'alliberament de la hipoteca d'alguna quota, la qual no es podria fer sense el consentiment del creditor.

## **R. 25 octubre 2019 (BOE 281, 22-XI-19: 16846)**

Admet la inscripció d'una escriptura per la qual el president d'una comunitat en propietat horitzontal i els tres copropietaris d'un immoble confrontant, amb la finalitat d'instal·lar un ascensor comú als dos edificis, constitueixen una servitud recíproca que recau sobre el nucli de comunicació vertical entre ells (portal, escales i ascensor), i estableixen unes regles de mancomunitat sobre ús, manteniment i distribució de despeses. L'acord de la comunitat en propietat horitzontal es va adoptar per unanimitat dels assistents que representen el 78% de les quotes i l'acord es va notificar a l'únic propietari no assistent, el qual no formula oposició expressa a l'acord.

El registrador entén que la constitució d'una servitud a favor d'un altre edifici no és un acte col·lectiu competència de la junta, sinó que exigeix el consentiment individualitzat de tots i cadascun dels propietaris, perquè excedeix de l'àmbit d'aplicació de l'article 17.2 LPH, que és regular les relacions internes entre els propietaris de la propietat horitzontal, però no les relacions amb tercers.

No obstant això, la Direcció considera que, com a regla general, només s'exclouen de la competència de la junta: els actes que restringeixin o afectin el contingut essencial de la propietat (com constituir una hipoteca sobre tot l'edifici); i els actes que, encara que tinguin per objecte exclusiu els elements comuns, no entren dins la gestió comunitària, sobretot quan perjudiquin el dret d'alguns dels copropietaris a l'ús i gaudi de la seva propietat o dels drets atribuïts en el títol constitutiu (un cas extrem seria la donació amb la desafectació prèvia d'un element comú). I en el cas resolt no som davant un acte que, per afectar la totalitat de l'edifici, també n'afecta les parts o elements privatis, ja que la servitud es projecta exclusivament sobre una part delimitada dels elements comuns sense estendre's als privatis, ni tampoc davant un acte que perjudiqui el dret d'alguns copropietaris a l'ús i gaudi adequat de la seva propietat, ni que restringeixi cap dret atribuït als propietaris en el títol constitutiu, sinó que més aviat precisament s'amplien les possibilitats d'aquest ús i gaudi en millorar l'accessibilitat de l'immoble. D'altra banda, l'article 17-2 LPH redueix la majoria necessària per a l'adopció d'acords relatius a l'establiment dels serveis d'ascensor, de manera que ja no necessita la unanimitat, sinó la majoria de propietaris que representin la majoria de quotes, la qual cosa es compleix en aquest supòsit. I la STS 23 desembre 2014 declara que l'adopció d'acords directament associats a l'acord d'instal·lació d'ascensor, inclòs el relatiu

a la distribució de les despeses, encara que impliquin modificació del títol constitutiu o dels estatuts, s'exigeix la mateixa majoria de que mateixa LPH exigeix per a l'acord principal d'instal·lació de l'ascensor. Res impedeix l'aplicació d'aquesta doctrina el fet que el predi dominant sigui un immoble diferent del que està dividit horitzontalment (STS 29 abril 2015) sobre una servitud de pas entre diverses finques, una de les quals era un edifici que pertanyia a un complex urbanístic.

## **R. 21 novembre 2019 (BOE 308, 24-XII-19: 18456)**

Admet la inscripció d'una escriptura titulada de divisió horitzontal d'un immoble format per un habitatge i terreny, que es divideix en dos elements independents que consisteixen en dues porcions de terreny, i l'habitatge queda integrat únicament en un dels dos elements. Els dos departaments esgoten la superfície de la parcel·la, de manera que els únics elements comuns previstos en els estatuts, a més d'una remissió genèrica als que s'enumeren en l'article 396 CC, són les tanques o tancaments divisoris de les dues parcel·les privatives. El registrador nega que siguem davant una veritable divisió horitzontal -ni tan sols "tombada"-, sinó davant una autèntica parcel·lació o divisió de terrenys, i exigeix la llicència urbanística oportuna exigida per a les parcel·lacions de l'article 151 Llei 9/2001 del sòl de la Comunitat de Madrid.

La Direcció confirma que, com que es creen nous espais de sòl objecte de propietat separada i autònoma, s'ha d'entendre, no obstant la denominació i la configuració jurídica utilitzada per les parts, que es tracta d'una veritable divisió de terrenys subjecta a llicència. El que passa és que en aquest cas la Direcció considera suficient el decret que aporta la tinent d'alcalde, que transcriu l'informe dels serveis tècnics municipals en el sentit de no apreciar cap impediment legal per autoritzar la divisió sol·licitada perquè la parcel·la no supera la superfície exigida per les normes urbanístiques.

També es desestima l'altre defecte de la qualificació. Certament en les operacions de divisió és preceptiva l'aportació de la representació gràfica georeferenciada de les finques, ja sigui la cadastral o -com en aquest cas- una representació alternativa. En aquest cas hi ha una diferència de superfície entre el Registre i la georeferenciació aportada. No obstant això, és doctrina consolidada que en aquest cas la llei no imposa una coincidència descriptiva total, a diferència de les immatriculacions. Per tant, és suficient que consti la identitat de la finca i que resulti clara la voluntat d'inscriure la representació gràfica, de manera que la descripció serà la que resulti d'aquesta.

## **PUBLICITAT REGISTRAL**

### **R. 27 juny 2019 (BOE 177, 25-VII-19: 10881)**

Denega l'expedició d'una nota simple informativa negativa, és a dir, acreditativa de la manca d'inscripció d'una finca. La possibilitat de sol·licitar notes negatives s'admet expressament en la regla 7a de l'article 354-a RH. Però en aquest cas procedeix la denegació perquè, segons el parer del registrador, la finca a la qual es refereix la sol·licitud forma part d'una altra finca major inscrita a nom del comú dels veïns d'un municipi.





## RECTIFICACIÓ I ESMENA

### R. 14 juny 2019 (BOE 163, 9-VII-19: 10154)

Denega la inscripció d'una rectificació descriptiva de finca que suposa duplicar-ne la cabuda com a conseqüència de la mera manifestació continguda en el títol del fet que no es va arribar a formalitzar mai una cessió per a vials públics que al seu dia va reduir la superfície de la finca.

Els procediments hipotecaris per a la rectificació de cabuda no són apropiats a aquest efecte, sinó que s'ha d'obtenir resolució municipal acreditativa de la reversió de la cessió i la seva reinscripció a favor del titular registral.

### R. 28 juny 2018 (BOE 177, 25-VII-19: 10885)

En el seu moment es va inscriure una adquisició presumptament de guanys de l'adquirent. Posteriorment es va rectificar la inscripció, sobre la base del veïnatge civil del marit i pel fet d'estar casats en règim de separació de béns, en el sentit de fer constar que la finca era privativa del marit.

Ara es denega la pretensió de tornar a rectificar el registre mitjançant instància atorgada per l'hereva de l'esposa, per fer constar que la rectificació que es va fer en el seu moment no s'hauria d'haver fet, per manca de consentiment de l'esposa o de les seves hereves. Els assentaments ja practicats estan sota la salvaguarda dels tribunals i només es poden rectificar amb el consentiment del titular o per sentència en un procediment on hagin estat demandants els titulars de drets.

### R. 22 juliol 2019 (BOE 190, 9-VIII-19: 11752)

Confirma la qualificació recorreguda, la qual havia denegat la pràctica d'un assentament de rectificació. Mitjançant sentència ferma contenciosa administrativa es va declarar la nul·litat d'una actuació urbanística i es va ordenar retrotraure les actuacions en el moment anterior a la incoació de l'expedient. El registrador, en qualificar la sentència i extreure les seves conseqüències registrals, va procedir a cancel·lar els assentaments produïts per l'actuació anul·lada, revitalitzant la inscripció anterior i revivint una servitud determinada. Ara, una comunitat de propietaris sol·licita que la revitalització d'aquesta servitud va constituir un error de concepte en practicar l'assentament i sol·licita la rectificació d'ofici pel registrador.

És doctrina consolidada que l'error material o de concepte en la redacció de l'assentament es produeix quan, en expressar en l'escriptura el contingut del títol, se n'altera el significat. Hi ha dos procediments per a la rectificació dels errors de concepte: o bé acord unànime dels interessats i del registrador, o en defecte d'això, resolució judicial; o bé actuació d'ofici pel registrador quan l'error resulti clarament dels assentaments practicats o, si es tracta d'assentaments de presentació i notes, quan la inscripció principal sigui suficient per donar-lo a conèixer (articles 217 LH i 327 RH).

No obstant això, la Direcció entén que el suposat error invocat en el cas concret resolt no resulta clarament de la inscripció i que no li correspon a ella pronunciar-se sobre si l'assentament es va

practicar o no correctament, la qual cosa s'ha de ventilar en judici ordinari.

### R. 23 agost 2019 (BOE 261, 30-X-19: 15553)

Suspèn la immatriculació d'una finca, que es pretén per la via de l'article 205 LH mitjançant una escriptura d'herència complementada per una acta de notorietat ulterior en la qual es descriu la finca amb una cabuda de més del doble de la superfície que a l'herència i el Notari afirma que la primera descripció tenia un error material que ell mateix esmena en l'acta d'acord amb l'article 153 RN. Certament, en aquest cas, la Direcció entén que, a la vista de la documentació cadastral, hi ha una modificació sobrevinguda en el Cadastre limitada a la dada alfanumèrica de la superfície, però amb el manteniment total de la geometria perimetral de l'immoble. No obstant això, com que es tracta d'una partició d'herència -que és un negoci consentit per diverses parts amb interessos contraposats-, podria passar que l'esmena, encara que es refereix a un simple error material en la superfície, afectarà la valoració dels bé assignada per les parts i, per tant, el contingut negocial del document, la qual cosa exigiria el consentiment dels atorgants del document.

És doctrina consolidada que la rectificació unilateral pel Notari que permet l'article 153 RN és excepcional i per això els supòsits que s'admeten s'han d'interpretar restrictivament. Només procedeix per defectes formals, però no per afectar el fons, clàusules o estipulacions, ja que en aquest cas es requereix el consentiment dels atorgants o causahavents.

### R. 4 setembre 2019 (BOE 261, 30-X-19: 15569)

Suspèn la pràctica d'una rectificació de descripció de finca inscrita, que es pretén mitjançant instància privada al·legant que, en la primera inscripció, que va ser d'immatriculació mitjançant interlocutòria d'expedient de domini, es va fer constar per error material una cabuda inferior a la real la constància de la qual ara se sol·licita. No obstant això, la Direcció entén que no som davant un error en practicar la inscripció, sinó que la inexactitud procedeix del mateix títol; i en conseqüència, la rectificació requereix consentiment de tots els titulars registrals o resolució judicial en procediment seguit contra tots ells.

D'altra banda, és necessària la legitimació de la signatura de qui subscriu la instància, com també l'acreditació de la representació que diu que ostenta.

### R. 15 octubre 2019 (BOE 281, 22-XI-19: 16827)

Suspèn la sol·licitud de rectificació d'un dret d'ús d'un habitatge, que es pretén en virtut d'una instància privada en la qual s'al·lega l'omissió del tràmit d'audiència en el procediment judicial que va provocar la inscripció la cancel·lació de la qual ara es demana.

Un cop practicat un assentament, es troba sota la salvaguarda dels tribunals, de manera que la seva rectificació només és possible amb la conformitat dels titulars de drets inscrits, o mitjançant sentència dictada en un procediment on tots ells hagin estat demandants.

## RÈGIM ECONÒMIC MATRIMONIAL

### R. 12 juny 2019 (BOE 163, 9-VII-19: 10145)

En el registre consta l'adquisició d'un habitatge per títol d'herència a favor d'un titular solter; i mentre era solter va hipotecar la finca i va manifestar que era el seu habitatge habitual a l'efecte de l'article 129 LH. Ara es pretén inscriure una anotació preventiva d'embargament i resulta del manament judicial que el titular deutor actualment és casat. La registradora denega l'anotació per aplicació de l'article 144-5 RH, segons el qual quan la Llei exigeixi el consentiment de tots dos cònjuges per disposar de l'habitatge habitual de la família i aquest requisit consti en el registre és necessari per anotar l'embargament d'habitatge privatiu d'un cònjuge que del manament resulti que l'habitatge no té aquell caràcter o que l'embargament s'hagi notificat al cònjuge del titular. No obstant això, la Direcció admet la pràctica de l'anotació, ja que del registre consta que la finca era habitatge habitual del seu titular mentre era solter, però no que se li hagi atribuït el caràcter d'habitatge familiar de comú acord amb el seu cònjuge actual. Com que no consta aquesta característica, correspon a l'òrgan judicial decidir si procedeix accedir a l'embargament i si cal notificar-lo i no al cònjuge no deutor.

### R. 20 juny 2019 (BOE 170, 17-VII-19: 10524)

Denega una anotació preventiva (ja que la sentència encara no és ferma) d'un dret d'ús atribuït judicialment a la mare i als fills en un procediment de separació. El dret recau sobre la planta baixa d'un edifici de tres plantes no dividit horitzontalment, que consta inscrit per meitats i per títol d'herència en nom del marit i de la seva germana, la qual no ha estat part en el procediment.

És doctrina consolidada que no és inscriptible el dret d'ús atribuït a un dels cònjuges quan la finca pertany a una persona que no va ser part ni apareix com a demandada en el procediment matrimonial. La regla també és aplicable quan l'habitatge pertany proindivís a diversos propietaris, sobre la base que exigeix unanimitat per als actes dispositius. Això és coherent amb la doctrina de la Direcció que exigeix de l'obligació de manifestar a l'efecte de l'article 1320 Cc que l'habitatge no és habitual de la família quan s'aliena una quota, ja que no és apta per inscriure l'ús exclusiu de l'habitatge que impedeixi els altres copropietaris utilitzar-la d'acord amb la seva destinació.

El segon defecte com a tal es rebutja: en general, és admissible la inscripció d'un dret d'ús, usdefruit o habitació sobre una part prou identificada d'una finca registral, sense necessitat de segregació.

### R. 25 juliol 2019 (BOE 239, 4-X-19: 14226)

Admet la inscripció d'una escriptura de donació de finca de guanys realitzada inicialment per un sol dels cònjuges, però ratificada posteriorment per l'altre. Certament els articles 1322 i 1378 Cc declaren nuls els actes gratuïts sobre béns comuns quan no concorri el consentiment de tots els cònjuges. Ara bé, aquests preceptes han de ser interpretats en el sentit que, a diferència dels actes dispositius onerosos, en els gratuïts no és possible l'autorització judicial subsidiària; però això no impedeix l'aplicació

dels altres preceptes del nostre ordenament, com els articles 1259 Cc i 93-3 RH.

### R. 25 juliol 2019 (BOE 239, 4-X-19: 14230)

Denega la inscripció d'un conveni regular aprovat judicialment en un procediment de guarda i custòdia, aliments i visites de fills no matrimonials, que dissol el condomini que els progenitors -integrants d'una unió de fet registrada- ostentaven privativament i en proindivís sobre una finca. El conveni regulador només és títol inscriptible dins el contingut de l'article 90 Cc. Fora del matrimoni és necessari l'atorgament d'escriptura pública.

### R. 2 octubre 2019 (BOE 274, 14-XI-19: 16374)

Suspèn la inscripció d'un conveni regulador aprovat judicialment sobre dos cònjuges casats en guanys, que adjudica a l'esposa un garatge, traster i pis, que van ser comprats pel marit en estat de solter. El pis va ser habitatge habitual de la família durant un període intermedi posterior al matrimoni i anterior al divorci. El preu del garatge i del traster va ser pagat el comptat en el moment de la compra; i el preu del pis va ser finançat mitjançant un préstec hipotecari que va ser pagat abans, durant i després del període de temps que va ser habitatge habitual del matrimoni.

Certament, la part del preu ajornat de l'habitatge satisfet amb diner de guanys ha donat lloc *ex lege* (articles 1354 i 1357-2 Cc) al naixement d'una comunitat romana per quotes entre la societat de guanys i el cònjuge titular, en proporció a les seves aportacions respectives. Però aquesta situació i l'extinció consegüent d'aquest condomini, per tenir accés registral, ha de ser convinguda així per les parts (article 91-3 RH). En aquest cas, els cònjuges manifesten en el conveni que les finques ressenyades són totalment de guanys perquè han estat pagades íntegrament constant matrimoni. No obstant això, aquesta manifestació resulta contrària per l'historial registral de les finques. En el conveni manca el consentiment de les parts sobre l'existència d'aquesta comunitat entre els patrimonis privatiu i de guanys, sobre la determinació de les seves quotes i sobre la seva extinció. En conseqüència, no consta que el títol qualificat documenti una operació pròpia de la liquidació del règim econòmic matrimonial, per la qual cosa es requereix l'atorgament d'escriptura pública (article 3 LH).

### R. 31 octubre 2019 (BOE 285, 27-XI-19: 17054)

Denega la inscripció d'una adjudicació verificada en conveni regulador, aprovat per sentència de divorci, relatiu a béns que consten inscrits com privatis dels cònjuges per meitats, perquè han estat adquirits en estat de solters i que ara s'adjudiquen com a part de la liquidació del règim econòmic matrimonial. No consta el caràcter d'habitatge habitual ni una altra causa matrimonial o familiar, ni es duu a terme un negoci que justifiqui la incorporació d'aquests béns al patrimoni de guanys. En conseqüència, l'acte realitzat excedeix el contingut propi del conveni regulador i exigeix l'atorgament d'escriptura pública.

### R. 6 novembre 2019 (BOE 285, 27-XI-19: 17065)

Denega la inscripció d'una escriptura de compravenda en la qual la compradora, de nacionalitat francesa, manifesta que adquireix per ella mateixa en estar casada en règim de separació de béns pactat en capítols prenupcials atorgats davant Notari fran-



cès, les dades del qual es consignen i el Notari espanyol autoritzant declara que se li ha exhibit l'original, i adverteix la necessitat d'acreditar la inscripció del matrimoni amb indicació del règim matrimonial.

Temporalment el Reglament UE 2016/1103 sobre règims econòmics matrimonials no regeix aquest expedient. Tenint en compte la dificultat que de fet planteja l'acreditació del Dret estranger, és doctrina consolidada la que, d'acord amb l'article 92 RH, permet inscriure adquisicions a favor de cònjuges estrangers subjectes al seu règim econòmic matrimonial, amb la seva indicació en el títol, de manera que la determinació d'aquest règim i l'acreditació del seu contingut i vigència és exigible en l'alienació o el gravamen, però es pot obviar si consta el consentiment de tots dos. No obstant això, aquesta doctrina no és aplicable al supòsit qualificat, on no és aplicable el règim matrimonial supletori, sinó un règim pactat en capítols que ha de ser acreditat.

En el Dret francès regeix el principi de llibertat d'elecció del règim econòmic matrimonial (article 1387 Cc francès); un dels règims previstos en el codi és el de separació de béns (1393); els capítols han de constar en escriptura pública notarial (1394) i s'han d'atorgar abans de la celebració del matrimoni, si bé no són eficaços fins que aquest s'hagi celebrat (1395). A França no hi ha pròpiament cap registre de règims matrimonials o contractes matrimonials.

En conseqüència, per poder inscriure la compravenda qualificada és necessari aportar acta o certificat de matrimoni on consti la seva celebració i la data. No obstant això, en el moment d'inscriure l'adquisició no és necessari acreditar les normes d'administració i de disposició que regeixen en el règim francès de separació de béns, perquè la seva acreditació només és necessària si no les coneix el registrador que, al seu dia, qualifiqui la transmissió.

Es desestima l'altre defecte apreciat per la qualificació. Com que s'ha sol·licitat la inscripció de la representació gràfica cadastral de la finca que implica un excés de cabuda superior al 5%, no resulten prou motivades les raons de la negativa del registrador, sense que sigui suficient a aquest efecte la circumstància de procedir de segregació i haver estat objecte d'expropiació.

#### **R. 7 novembre 2019 (BOE 286, 28-XI-19: 17136)**

Suspèn la inscripció d'una escriptura de liquidació de societat de guanys en la qual els cònjuges atorgants: acrediten que van contraure matrimoni en una data determinada a la República Popular Xina; manifesten que aquest matrimoni s'ha regit per la societat de guanys; després de la seva liquidació, acorden que en endavant s'aplicarà al matrimoni el règim de separació absoluta de béns amb aplicació del Codi civil espanyol en allò no previst en aquesta escriptura. La regidora suspèn la inscripció perquè dels llibres del registre resulta que els cònjuges estan casats d'acord amb el règim econòmic matrimonial de la seva nacionalitat, la qual cosa concorda amb els criteris de l'article 9-2 Cc. Temporalment no resulta aplicable al supòsit el Reglament UE 2016/1103 sobre règims econòmics matrimonials.

La Direcció confirma la qualificació que exigeix acreditar que el règim econòmic matrimonial vigent en el moment de l'adquisició

era el de la societat de guanys espanyol per poder esmenar la inscripció o bé realitzar la liquidació del règim matrimonial xinès d'acord amb les regles del Dret d'aquest país degudament acreditades respecte del seu contingut i vigència d'acord amb l'article 36 RH si no hi ha coneixement pel Notari o la registradora.

#### **R. 7 novembre 2019 (BOE 286, 28-XI-19: 17137)**

Admet la inscripció d'una escriptura de compravenda atorgada pels dos únics integrants de la comunitat resultant de la liquidació de la societat de guanys, és a dir, el cònjuge vidu i tots els hereus del cònjuge mort, sense apreciar infracció del principi de tracte successiu, malgrat que no s'ha fet la liquidació prèvia de la societat de guanys dissolta.

És doctrina consolidada que, si concorren tots els interessats, cònjuge vidu i hereus del causant, no resulta necessari, malgrat que el bé aparegui inscrit com de guanys, determinar prèviament mitjançant liquidació formal de la societat de guanys, quina participació correspon a cada interessat. Com que concorren diversos títols adquisitius determinants de titularitats idèntiques en la seva manera de ser i que coincideixen en l'objecte, n'hi hauria prou amb la fixació de les quotes rebudes per cadascun dels interessats perquè la titularitat global quedi reflectida fidelment.

#### **R. 22 novembre 2019 (BOE 308, 24-XII-19: 18462)**

El 1982 es va inscriure la compra d'una finca per a la societat legal de conquestes navarresa de la compradora. Ara es presenta una instància privada en la qual la titular sol·licita que es rectifiqui la inscripció en el sentit de fer constar el caràcter privatiu de l'adquisició, perquè s'ha realitzat mitjançant compra privada anterior al matrimoni. S'acompanyen: certificat del Registre civil acreditatiu que el matrimoni es va contraure el 1979; i document privat de compra no liquidat en el qual consta una data -per tant, no fefaent- de 1977.

Procedeix confirmar la qualificació negativa que denega fins i tot l'assentament de presentació de la instància d'acord amb l'article 420-1 RH. D'altra banda, l'assentament ja practicat està sota la salvaguarda dels tribunals i produeix tots els seus efectes mentre no se'n declari la inexactitud, bé a instàncies de la part interessada (el cònjuge de l'adquirent), o bé pels tribunals. No procedeix aplicar la doctrina de la Direcció que permet la rectificació unilateral sobre fets susceptibles de prova absoluta mitjançant documents fefaents independents de la voluntat dels interessats, donada la manca de certesa de la data del document privat.

#### **REGISTRE DE BÉNS MOBLES**

#### **R. 7 octubre 2019 (BOE 274, 14-XI-19: 16389)**

Denega l'anotació preventiva d'embargament, pretesa per impagament de tributs municipals, sobre un vehicle respecte del qual consta inscrita una reserva de domini a favor d'una entitat financera que no ha intervingut en el procediment.

Es podria haver matisat en el manament l'extensió de l'embargament exclusivament a la posició jurídica del comprador, la qual



cosa preservaria la posició jurídica del finançador amb reserva de domini. Però la veritat és que el que s'ordena és l'embargament del vehicle sense més; i per tant, del seu ple domini. Tampoc n'hi ha prou amb les al·legacions, no acreditades mitjançant documentació fefaent, sobre les successives transmissions de carteres que inclouen el crèdit garantit amb la reserva.

## REPRESENTACIÓ

### R. 3 juliol 2019 (BOE 178, 26-VII-19: 10944)

Suspèn la inscripció d'una escriptura de permuta atorgada per un sol compareixent, que actua com a mandatari verbal d'una de les parts -la ratificació del qual no consta- i com a apoderat de l'altra mitjançant escriptura de poder amb facultats per realitzar tota classe d'actes i de gestions davant autoritats, empreses i persones naturals, com també formalitzar, modificar o rescindir contractes.

El poder ha estat aportat, però no s'ha fet el judici notarial preceptiu de suficiència de facultats representatives. A més, entre les facultats conferides no es troba la de realitzar actes de disposició, com és el de permuta.

### R. 11 octubre 2019 (BOE 281, 22-XI-19: 16823)

### R. 11 octubre 2019 (BOE 281, 22-XI-19: 16824)

Admet la inscripció en el Registre de la propietat d'una escriptura de compravenda en la qual el Notari fa correctament la ressenya del poder del representant de la societat venedora i el judici de suficiència de facultats representatives, i conclou que l'apoderat està facultat per a atorgar l'escriptura; afegeix: que ha rebut còpia electrònica del poder i que no cal inscriure'l en el Registre mercantil en ser exclusiu per a la venda d'aquest immoble concret.

Com a primer defecte, el registrador de la propietat exigeix que el judici notarial de suficiència expressi la persona que va atorgar el poder, ja que la seva validesa no ha estat qualificada pel registrador mercantil (en no ser inscriptible), entenent que li correspon a ell qualificar que el Notari ha exercit la seva funció de manera completa i rigorosa. No obstant això, sobre la base de la STS 20 novembre 2018 (sobre un supòsit idèntic d'escriptura atorgada en ús de poder especial no inscriptible), la Direcció entenent que l'afirmació notarial sobre la suficiència de les facultats de l'apoderat en aquest supòsit: és conforme a l'article 98 Llei 24/2001; no es pot entendre referida exclusivament a les facultats conferides, sinó també necessàriament a la validesa i la vigència del poder; i que, per tant, la seva correcció no pot ser revisada pel registrador.

En segon lloc, també es desestima la pretensió registral que la ressenya notarial del poder inclogui la finalitat i el destinatari de la seva còpia electrònica. Les exigències de l'article 98 no canvien pel fet que la còpia del poder s'hagi expedit i remès electrònicament, de manera que no cal incloure cap referència als requisits de validesa de la còpia electrònica, atès que es tracta d'aspectes de valoració dels quals s'atribueix al Notari autoritzant de la compravenda sota la seva responsabilitat.

## SOCIETATS MERCANTILS

### ADMINISTRADORS

### R. 24 juliol 2019 (BOE 231, 25-IX-19: 13607)

Admet la inscripció d'una escriptura en virtut de la qual la SAREB cedeix un crèdit hipotecari. Tant la societat cessionària com la societat cedida estan representades per la mateixa persona que actua com el seu administrador. El registrador aprecia conflicte d'interessos i exigeix autorització de la junta de la cessionària.

No obstant això, per a la Direcció els conflictes d'interessos en l'àmbit societari estan subjectes a control exclusivament judicial i no registral, ja que aquestes situacions no limiten el poder representatiu dels administradors. El supòsit d'ineficàcia previst en l'article 232 LSC per infracció del deure de lleialtat s'ha de compaginar amb l'àmbit de representació de l'òrgan d'administració de l'article 234. El conflicte d'interessos no suposa realment un supòsit d'actuació sense autorització en el sentit de l'article 1259 Cc, atès que el poder de l'administrador s'estén a tot l'objecte social, sent tota limitació ineficaç davant tercers.

A més, en el supòsit resolt no se celebra un contracte entre dues societats representades per la mateixa persona, ja que el negoci inscriptible és la cessió celebrada entre la cessionària i la cedent, i la intervenció del deutor cedit pertany al camp obligacional, aliena a la mutació jurídico-real que es pretén inscriure. És a dir, la cessió del crèdit es perfecciona pel mer consentiment de cedent i cessionari, sense necessitat de coneixement ni consentiment del deutor. Des de la perspectiva hipotecària, la inscripció de la cessió del crèdit hipotecari no depèn de la notificació al deutor, sinó només de l'atorgament de l'escriptura pública corresponent (article 149 LH).

Finalment, la jurisprudència del TS (S 643 20 novembre 2018 i S 661 22 novembre 2018) estableix que la valoració de la suficiència de les facultats representatives correspon al Notari autoritzant i donarà per ella mateixa fe suficient de la representació acreditada, mentre que el registrador s'ha de limitar a revisar que el títol contingui els elements que permetin corroborar que el Notari ha exercit el control que la Llei li encomana, i que el seu judici ha estat congruent amb el negoci i així es desprèn del títol.

### R. 9 agost 2019 (BOE 261, 30-X-19: 15546)

Admet la inscripció de la clàusula estatutària sobre retribució dels membres del consell d'administració segons la qual aquesta retribució estaria formada -a més de per una assignació fixa dinerària o en espècie- també "si és el cas" per dietes d'assistència a les reunions del consell. A parer del registrador, l'expressió entre cometes és incompatible amb la determinació exigida per l'article 217 LSC, perquè no determina si les dietes es percebran o no. No obstant això, la Direcció interpreta que la disposició estatutària sobre retribució dels administradors en el seu conjunt i en la manera més adequada perquè produeixi efectes (articles 1285 i 1284 Cc) i considera que la percepció de dietes "si és el cas" vol dir en els casos que el conseller assisteixi a les reunions del consell.



#### **R. 20 setembre 2019 (BOE 273, 13-XI-19: 16281)**

Denega la inscripció en el Registre mercantil d'una escriptura de nomenament de representant persona física d'una societat de responsabilitat limitada designada administradora d'una altra societat limitada, amb atorgament de poder exprés per a l'exercici del càrrec, perquè no consta l'acceptació de la persona designada.

Certament, la inscripció de poders no requereix l'acceptació prèvia de l'apoderat. No obstant això, independentment de l'origen del vincle representatiu entre la societat administradora i el seu representant persona física -representació voluntària-, la Llei disposa que els efectes d'aquesta representació excedeixen l'àmbit propi de l'apoderament per assimilar-se al càrrec d'administrador almenys en aspectes com requisits per accedir al càrrec, deures i responsabilitats. De fet, la designació de la persona física representant no s'inscriu en el foli de la societat administradora, sinó en el de l'administrada (article 94-1-5è RRM). Hi ha normes que, per via de reemissió al règim del nomenament d'administradors, exigeixen l'acceptació de la persona física representant de la persona jurídica administradora: aquesta persona física estarà sotmesa als mateixos requisits, deures i responsabilitats de l'administrador (article 236 LSC); la seva acceptació és requisit per a la inscripció del seu nomenament (article 212 bis que es remet a l'article 215).

No obstant això, es desestima l'altre defecte de la qualificació. No hi ha cap norma legal que imposi l'obligació que la manifestació sobre manca d'incompatibilitats (article 213) l'hagi de formular necessàriament la persona física designada representant; sinó que no hi ha cap obstacle per considerar suficient la manifestació realitzada per la societat administradora que realitza la designació.

#### **R. 31 octubre 2019 (BOE 285, 27-XI-19: 17056)**

#### **R. 31 octubre 2019 (BOE 285, 27-XI-19: 17057)**

Denega la inscripció de la clàusula estatutària d'una limitada segons la qual els acords del consell d'administració s'adoptaran per majoria absoluta dels consellers assistents a la reunió.

Aquesta clàusula no estalvia la majoria qualificada exigida imperativament per l'article 249 LSC per a certs acords com el nomenament de conseller delegat, per la qual cosa no es tracta d'un dels supòsits en què una regulació estatutària incompleta pot ser integrada per la norma imperativa no recollida en els estatuts. L'exigència de claredat i precisió dels assentaments registrals, com també la seva eficàcia *erga omnes*, no permet la inscripció de la clàusula controvertida que, en no exceptuar la hipòtesi apuntada, generaria dubtes sobre quina seria la majoria efectiva exigida pel nomenament de conseller delegat, de manera que no es pot entendre complerta la norma de l'article 245-2 LSC que obliga a la determinació estatutària del règim d'organització i de funcionament del consell.

#### **APODERATS SOCIALS**

#### **R. 10 setembre 2019 (BOE 267, 6-XI-19: 15877)**

#### **R. 10 setembre 2019 (BOE 267, 6-XI-19: 15878)**

Denega la inscripció d'un poder que s'atorga a ella mateixa la persona natural nomenada per exercir el càrrec d'una societat que és administradora única d'una altra.

És doctrina de la Direcció la que rebutja que l'administrador únic pugui atorgar-se com a tal poder per continuar actuant en la seva condició d'apoderat voluntari amb les mateixes facultats que ja podia exercir com a representant orgànic. Motius: manca d'interès atribuir voluntàriament facultats que ja s'ostentaven com a representant orgànic; la facultat de la societat de revocar el poder esdevé il·lusòria quan depèn de la mateixa persona apoderada; no hi ha risc de demora d'una possible revocació; resultaria difícil que l'administrador exigís responsabilitats a l'apoderat.

Certament, en aquest cas l'apoderat no és pròpiament la societat nomenada administradora única, sinó la persona natural designada per aquesta per exercir el càrrec. Però mentre concorrin en una sola persona les dues condicions expressades (representant de la societat administradora i apoderada), es produiran els mateixos efectes.

#### **R. 17 setembre 2019 (BOE 267, 6-XI-19: 15880)**

Admet la inscripció en el Registre de la propietat d'una escriptura de cancel·lació d'hipoteca en la qual el representant de la societat creditora intervé mitjançant poder especial per un acte concret que el Notari considera suficient i que ressenya en la forma legal, però sense fer referència a la inscripció del poder en el Registre Mercantil (ja que els poders especials no s'inscriuen).

El registrador qualifica negativament aplicant la doctrina que afirma que la inscripció dels poders mercantils, quan n'hi ha, suposa que el registrador mercantil ha qualificat que la representació ha estat conferida per l'òrgan social competent; i que per això, quan -com en aquest cas- manqui la inscripció i, per tant, la representació no hagi estat qualificada prèviament, s'han d'acreditar al registrador de la propietat la legalitat, l'existència, la subsistència i la suficiència d'aquesta.

La Direcció aplica la doctrina establerta per la STS 20 novembre 2018 en un supòsit anàleg a aquest, en el qual la registradora havia suspès la inscripció per entendre que no s'acreditava la validesa del poder del representant perquè es tractava d'un poder especial i no constava la persona que l'havia atorgat, circumstància que, segons la qualificació, en determina la validesa. No obstant això, segons el TS aquesta objecció no es pot mantenir, perquè la qualificació registral en casos com aquest s'ha de limitar a comprovar que el Notari "ha exercit el control que la Llei li encomana" respecte de la validesa i la vigència de les facultats representatives, que el seu judici de suficiència sigui congruent amb el negoci documentat i que així s'expressi en el títol.

#### **APORTACIONS SOCIALS**

#### **R. 9 agost 2019 (BOE 261, 30-X-19: 15550)**

Admet la inscripció en el Registre mercantil d'una escriptura de constitució d'una societat limitada unipersonal, malgrat que la sòcia única està casada en règim guanyos, aporta determinats béns mobles i el seu cònjuge no concorre a l'aportació.

Certament l'aportació realitzada -acte dispositiu a títol oneros-vulnere l'article 1377 Cc que exigeix el consentiment de tots dos cònjuges, sense que hi hagi una norma que exceptui l'alienació de béns mobles, tal com passa amb el diner i títols de valors (article

1384 Cc). Per això el Notari ha de formular l'advertència corresponent a l'escriptura. Ara bé, l'aportació sense consentiment de l'altre cònjuge no és nul·la, sinó anul·lable per ell o pels seus hereus (articles 1322 i 1310). D'altra banda, l'objecte de la inscripció en el Registre mercantil no és la transmissió del domini del bé aportat ni la titularitat de les participacions adquirides a canvi, sinó el fet que l'aportació cobreix el capital social. I des d'aquest punt de vista el contracte de societat qualificat és vàlid entre les parts i eficaç, encara que el desplaçament patrimonial sigui claudicant o anul·lable.

## BAIXA EN L'ÍNDEX D'ENTITATS DE L'AGÈNCIA TRIBUTÀRIA

**R. 28 novembre 2019 (BOE 311, 27-XII-19: 18552)**

Deneguen la inscripció del cessament d'una de les administradores solidàries, perquè la societat prèviament ha causat baixa provisional a l'Índex d'Entitats de l'Agència Tributària.

Aquesta baixa té com a efecte el tancament del foli social en el Registre Mercantil (article 119-2 Llei impost societats), llevat de les excepcions al tancament previstes en l'article 96 RRM, que són els assentaments ordenats per l'autoritat judicial, el dipòsit de comptes i els assentaments, pressupòsit necessari per a la reobertura del foli; però no el cessament o la dimissió d'administradors (a diferència del que passa amb el tancament derivat de no dipositar els comptes anuals).

## CAPITAL SOCIAL

**R. 19 juny 2019 (BOE 170, 17-VII-19: 10520)**

Admet la inscripció d'una escriptura de reducció de capital d'una societat anònima, la finalitat de la qual és restablir l'equilibri entre el capital i el patrimoni net disminuït per pèrdues, amb la simultània transformació en societat limitada perquè la xifra de capital queda molt per sota del mínim establert per les anònimes.

El registrador denega la inscripció perquè el balanç de la societat presenta un patrimoni net negatiu, la qual cosa contradiu la manifestació que el patrimoni cobreix el capital social. No obstant això, la Direcció aprecia en el balanç l'existència de préstecs participatius amb una quantia suficient per cobrir el capital de la limitada resultant de la transformació. Els préstecs participatius s'han de considerar patrimoni net a l'efecte de reducció de capital i liquidació de societats mercantils, segons que estableix l'article 20-1-d reial decret llei 7/1996 (modificat en aquest punt per l'addicional tercera Llei 16/2007).

**R. 11 juliol 2019 (BOE 184, 2-VIII-19: 11359)**

Denega la inscripció d'una escriptura de formalització de decisions del soci únic d'una anònima, que decideix que els desemborsament dels dividendes passius pendents es faci mitjançant aportacions no dineràries, per manca d'aportació de l'informe d'expert independent exigint per l'article 67 LSC, sense que sigui suficient l'informe substitutiu dels administradors sobre aportacions no dineràries al qual es refereix l'article 70 de la mateixa Llei.

El principi de realitat del capital social imposa l'exigència d'acreditació suficient i objectivament contrastada de la realitat de les aportacions. Aquest requisit s'exigeix en interès no solament dels

socis, sinó també i especialment dels creditors socials, per la qual cosa no se'n pot prescindir pel fet de tractar-se d'una societat unipersonal.

**R. 9 setembre 2019 (BOE 265, 4-XI-19: 15779)**

Admet la inscripció d'una escriptura de reducció del capital social d'una limitada, els acords de la qual han estat adoptats per unanimitat en junta universal i que té com a finalitat la restitució d'un soci -que signa l'escriptura juntament amb l'administrador- de la totalitat del valor de les seves aportacions, reemborsant-li una quantitat mitjançant l'adjudicació d'un immoble, una altra quantitat en efectiu i la quantitat restant queda ajornada per ser pagada en un termini determinat mitjançant transferència bancària o lliurament de xec bancari nominatiu.

El registrador mercantil entén que no es pot inscriure una reducció de capital l'execució de la qual queda ajornada. No obstant això, la Direcció entén que no hi ha cap norma imperativa que imposi el pagament al comptat del valor de l'aportació retornada al soci mitjançant la reducció de capital. Aquesta obligació de pagament és dinerària (article 1170 Cc) i admet que les parts n'acordin l'ajornament. No és que l'execució de l'acord de reducció hagi estat ajornat, sinó que aquest acord ja s'ha executat mitjançant el reconeixement d'un crèdit dinerari.

## COMPTES ANUALS

**R. 13 juny 2019 (BOE 163, 9-VII-19: 10149)**

Si bé els comptes d'una societat concursada en fase de liquidació ja no seran formulats pels administradors ordinaris -les facultats dels quals queden suspeses-, sinó pels concursals (article 4-3 LC), pel seu dipòsit en el Registre mercantil subsisteix l'obligació de ser aprovats per la junta general. Així resulta dels articles 272 i 371-3 LSC, aquest últim específic per la societat en liquidació.

**R. 22 juliol 2019 (BOE 190, 9-VIII-19: 11748)**

Denega la inscripció d'una escriptura d'elevació a públic d'acords sobre cessament i nou nomenament d'administradors mancomunats, perquè consta inscrita la baixa provisional a l'Índex d'Entitats de l'Agència Tributària.

Aquesta baixa té com a efecte el tancament del foli social en el Registre mercantil (article 119-2 Llei impost de societats), llevat de les excepcions del tancament previstes en l'article 96 RRMM, que són els assentaments ordenats per l'autoritat judicial, el dipòsit de comptes anuals i els assentaments, pressupòsit necessari per a la reobertura del foli; però no el cessament o la dimissió d'administradors (a diferència del que passa amb el tancament derivat de no dipositar els comptes anuals).

## DENOMINACIÓ SOCIAL

**R. 3 juliol 2019 (BOE 178, 26-VII-19: 10947)**

**R. 21 juny 2019 (BOE 170, 17-VII-19: 10527)**

**R. 25 juliol 2019 (BOE 239, 4-X-19: 14223)**

**R. 4 setembre 2019 (BOE 261, 30-X-19: 15564)**

Estimen sengles recursos contra qualificacions del registrador mercantil central que denegaven la reserva de la denominació





sol·licitada per trobar-la substancialment idèntica amb denominacions ja inscrites.

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 finalitat última de la prohibició és identificar amb seguretat la societat. En virtut d'aquesta doctrina:

- La R. 21 juny 2019 estima el recurs contra la qualificació que havia denegat la reserva de la denominació "Ardo Benimodo, SL", perquè la considera substancialment idèntica amb la denominació ja inscrita "Hardo España, SL". Sens dubte hi ha identitat fonètica entre els termes "Ardo" i "Hardo"; i el terme "Espanya" és una expressió genèrica que manca de prou valor distintiu (articles 408 RRM i 10 Ordre 30 desembre 1991). No obstant això, aquesta mínima diferència gramatical, unida a l'afegit del topònim "Benimodo", tenen com a resultat que es tracti de denominacions clarament diferenciables.

- La R. 3 juliol 2019 estima el recurs contra la qualificació que havia denegat la reserva de la denominació "Grupo Juinsa, SL", perquè la considera substancialment idèntica amb les denominacions ja inscrites "Junsa, SL", "Junisa, SA", "Juin, SA" i "Juinsa, SA". Malgrat la semblança evident entre les denominacions del supòsit, hi ha elements gramaticals i fonètics que les fan discernibles. Aquestes diferències, unides a la inclusió del terme "Grupo" (malgrat ser una expressió genèrica que manca de prou valor distintiu suficient d'acord amb els articles 408 RRM i 10 Ordre 30 desembre 1991) tenen com a resultat que es tracti de denominacions clarament diferenciables a l'efecte de l'exigència legal d'identificació.

- La R. 25 juliol 2019 estima el recurs contra la qualificació del RMC que havia denegat la reserva de les denominacions "Broker7islas, SL" i "Broker Siete Islas, SL", atesa l'existència de la denominació registrada "Isla Broker Corredores de Seguros, SL". Sens dubte, de l'article 408 RRM resulta que, per determinar la identitat de denominacions, cal prescindir de les indicacions relatives a la forma social (en aquest cas "corredoria d'assegurances"); també manca de virtualitat distintiva la utilització de les mateixes paraules en ordre o nombre diferent ("broker", "isla", "islas"); o l'ús de partícules d'escassa significació ("7" o "siete"); i a més l'article 10 Ordre 30 desembre 1991 per valorar la identitat el registrador no tindrà en compte la unió o divisió de paraules (com passa en aquest cas amb les paraules "broker" i "islas"). No obstant això, totes aquestes diferències i afegits -que aïlladament mancarien de virtualitat diferenciadora- valorades en el seu conjunt tenen com a resultat que es tracti de denominacions clarament diferenciables a l'efecte de l'exigència legal d'identificació.

- La R. 4 setembre 2019 estima el recurs contra la qualificació del RMC que havia denegat la reserva de la denominació "Travel Prime, SL", atesa l'existència de la denominació registrada "Primera Travel, SL". Malgrat la semblança dels termes "Prime" i "Primera", la diferència gramatical d'aquesta última sí·l·laba les fa clarament diferenciables. A més, encara que en ambdues de-

nominacions s'afegeix el terme "Travel", és fa en ordre diferent. Sens dubte, les diferències d'ordre en les paraules no és per ella sola una diferència distintiva (article 408-1-1a RRM); però totes les circumstàncies expressades valorades en el seu conjunt sí que condueixen al resultat d'entendre que es tracta de denominacions clarament diferenciables.

#### **R. 24 juliol 2019 (BOE 231, 25-IX-19: 13608)**

No considera defecte que impedeixi la inscripció d'una escriptura de constitució de societat limitada, malgrat que la denominació social ("On Wheels Transportes Cinema") apareix en el model 600 i, en la comunicació acreditativa del NIF provisional tramesa per l'Agència Tributària, no coincideix amb la que consta en els estatuts i en el certificat de denominació de l'RM (C) ("On Wheels Transportes Cinematográficos SL"). No hi ha cap dubte respecte de la societat el NIF de la qual s'ha sol·licitat, ja que en l'escriptura consta que la sol·licitud s'ha fet sota la fe notarial. Igualment en la diligència notarial de presentació fiscal a la comunitat autònoma figura clarament identificada la societat com a subjecte passiu amb el NIF referit i les altres dades coincidents.

No obstant això, la inscripció es denega perquè en els estatuts s'inclou una clàusula en la qual s'estableix que a l'anunci de convocatòria de junta hi ha de constar -entre altres dades- el nom de la persona que fa la convocatòria, ometent l'exigència legal que també ha de constar el seu càrrec (article 174 LSC, després de la reforma per la Llei 2572011).

#### **DISSOLUCIÓ I LIQUIDACIÓ**

#### **R. 10 juliol 2019 (BOE 184, 2-VIII-19: 11356)**

Admet la inscripció d'una escriptura de dissolució i liquidació de societat limitada, en el balanç liquidador de la qual figura el compte "118 Aportacions de socis" amb signe negatiu, i el liquidador manifesta que es tracta d'una aportació a fons perdut feta pel soci únic per compensar les pèrdues socials. El registrador havia entès que aquest compte, un cop compensades les pèrdues, només pot ser positiu o tenir import 0.

No obstant això, la Direcció entén que, a diferència del cas de la R. 14 novembre 2018 que va rebutjar el dipòsit de comptes perquè figurava en el balanç la xifra de capital amb signe negatiu, la informació sobre les aportacions del soci únic resulta supèrflua en la liquidació del supòsit resolt, on el liquidador manifesta que, superades les pèrdues de l'import del capital social i havent estat necessàries per a això aportacions del soci únic a fons perdut, no hi ha haver partible i la quota de liquidació ascendeix a 0.

#### **R. 5 novembre 2019 (BOE 285, 27-XI-19: 17061)**

Admet la inscripció dels acords de la junta sobre dissolució d'una societat anònima i nomenament de liquidadors d'acord amb els articles 363-1-a i 363-1-e LSC. Segons el parer del registrador, en constar inscrites la declaració de fallida de la societat i l'aprovació del conveni de creditors, primer és necessari inscriure les resolucions judicials fermes dictades en el procediment concursal que tinguessin transcendència registral i particularment, les relatives al compliment i l'incompliment del conveni.

No obstant això, la Direcció assumeix la doctrina de la STS 590/15 octubre 2013: després de la declaració de concurs cessa el deure legal dels administradors d'instar la dissolució, que finalment s'acorda com un efecte de l'obertura de la fase de liquidació (article 145-3 LC), quan s'opti per aquesta solució concursal; però que cessi aquest deure legal de promoure la dissolució no vol dir que la junta d'accionistes no la pugui acordar, ja que està perfectament legitimada per fer-ho sense que necessàriament hagi de concórrer una causa legal (article 368 LSC). El mateix article 145-3 LC permet implícitament a la junta acordar la dissolució de la societat concursada, en disposar que la resolució judicial que obre la fase de liquidació contindrà la declaració de dissolució "si no estigués acordada".

En conseqüència, es rebutja la qualificació ja que l'incompliment eventual del conveni (que tampoc consta en el supòsit) no és un obstacle que impedeixi inscriure la dissolució de la societat.

## DOMICILI SOCIAL

### R. 20 novembre 2019 (BOE 296, 10-XII-19: 17723)

Denega la inscripció d'un trasllat de domicili social perquè no ha presentat en paper el certificat literal comprensiu de totes les inscripcions de la societat en el registre d'origen, el qual s'ha de presentar en el registre de destinació simultàniament amb el canvi de domicili per així transcriure primer els assentaments del certificat i, a continuació, poder inscriure el canvi (tot això segons exigeix l'article 19 RRM). La presentació del certificat en el registre de destinació s'ha fet en format digital d'acord amb el procediment previst en l'escriptura de canvi de domicili, en la qual el Notari autoritzant ha estat requerit expressament perquè rebí el certificat del registre d'origen, el digitalitzi i el remeti en forma telemàtica al registre de destinació, tot això sota la seva signatura electrònica reconeguda notarialment.

La registradora de destinació s'ha limitat a aplicar la legislació vigent. Encara que la regulació actual sens dubte s'ha vist superada pels avenços tecnològics, la seva actualització correspon als titulars de la potestat legislativa i reglamentària i no a Notaris i registradors, perquè en el cas contrari podrien sorgir tants sistemes com funcionaris de tots dos cossos. Potser el que seria desitjable seria que hi hagués habilitació normativa per a la remissió telemàtica directa entre els registres d'origen i de destinació pels mitjans segurs que hi ha avui dia i que les oficines registrals utilitzen diàriament. El sistema seguit en el supòsit podria plantejar problemes de duplicitat d'història registral si el certificat d'origen en paper, un cop digitalitzat i tramès telemàticament pel Notari al registre de destinació, fos retornat al registre emissor.

## ESCISSIÓ

### R. 19 setembre 2019 (BOE 269, 8-XI-19: 16038)

Admet la inscripció d'una escriptura d'elevació a públic d'acords socials d'escissió parcial. La societat escindida té per objecte la prestació de serveis d'enginyeria. La societat beneficiària de l'escissió desenvolupa el negoci immobiliari i està participada íntegrament per l'escindida (per tant, es tracta d'una

"escissió financera", prevista a l'article 76-2-1r-c Llei 27/2014 de l'impost sobre societats). L'objecte de l'escissió és la transmissió en bloc i per successió universal a favor de la societat beneficiària d'una unitat econòmica que consisteix en la totalitat de les participacions que la societat escindida hi té. El capital de la societat escindida es redueix, adjudicant als seus socis les mateixes participacions objecte de transmissió. El projecte d'escissió assenyala que la justificació econòmica de l'operació és separar tots dos tipus de negocis i els seus riscos, de manera que el negoci immobiliari passa a ser desenvolupat per la societat beneficiària, que deixa d'estar participada per la societat escindida per estar participada directament per la família i per poder dur a terme el relleu generacional en aquest negoci de forma separada de les altres activitats del grup societari; tot això sense rebaixar la protecció de socis i tercers.

L'operació compleix amb els pressupòsits del concepte d'escissió parcial segons l'article 70-1 LME: traspàs en bloc per successió universal d'una o de diverses parts del patrimoni d'una societat, cadascuna de les quals formi una unitat econòmica, a una o diverses societats de nova creació o ja existents, i els socis de la societat escindida reben un nombre d'accions o de participacions de la societat beneficiària proporcional a la seva participació de la societat escindida, el capital social de la qual es redueix en la quantia necessària.

En el supòsit resolt, les participacions objecte d'escissió canvien de subjecte de dret, de la societat escindida a la beneficiària. Precisament l'article 140-1-a LSC permet l'adquisició derivativa per una societat de les seves pròpies participacions quan "formin part d'un patrimoni adquirit a títol universal", que és justament el que passa en tota escissió parcial. Aquesta adquisició de les participacions pròpies es justifica perquè és instrumental respecte de la finalitat perseguida amb l'operació jurídica de reestructuració societària.

## JUNTA GENERAL I ELS SEUS ACORDS

### R. 6 juny 2019 (BOE 158, 3-VIII-19: 9924)

Admet la inscripció d'una sentència que declara la nul·litat de determinats acords socials -sobre reducció a zero del capital social amb augment simultani- i ordena la cancel·lació de la inscripció dels acords impugnats i dels assentaments posteriors que resultin contradictoris amb aquella (article 208 LSC). El registrador havia exigit la determinació per part del jutjat de quins assentaments calia cancel·lar, atès que n'hi ha diversos de practicats després dels relatius als acords anul·lats: reelecció d'auditor; canvi de conseller; reducció i ampliació de capital; dimissió de tot el consell; nomenament d'administrador únic; nomenament d'apoderats; nova reducció de capital.

És doctrina consolidada que en el Dret societari la declaració de nul·litat d'acords socials no té sempre els efectes radicals de l'ordre civil, atès que, a més dels interessos de les parts del negoci, entren en joc altres interessos que mereixen empara, amb la conservació de l'empresa, la seguretat jurídica i els drets dels creditors i els tercers eventualment protegits. Perquè el registrador pugui cancel·lar assentaments posteriors que puguin resultar incompatibles amb l'anul·lat, és necessari: una



declaració judicial de quins han de ser aquests assentaments; o, almenys, un pronunciament que permeti identificar-los degudament per resultar indubtable que es fonamenten en l'acord anul·lat, és a dir, que reflecteixen actes que l'executin o que parteixin de la situació creada. No obstant això, tampoc s'ha de caure en un rigor formalista injustificat quan no hi hagi dubte sobre l'abast cancel·lador, i més tenint en compte que, segons l'article 521 LEC, les sentències constitutives fermes no sempre han d'anar acompanyades d'un manament d'execució del seu contingut.

L'exigència continguda en la qualificació impugnada no és procedent. La cancel·lació dels assentaments anul·lats i la dels posteriors no han de ser necessàriament coetànies, de manera que el que procedeix en casos com aquest és cancel·lar ara els assentaments anul·lats i deixar que siguin els interessats els qui instin un nou pronunciament del jutge, ja sigui com a aclariment o complement, ja sigui en tràmit d'execució de sentència. I si, com a conseqüència de les cancel·lacions practicades resulta una situació que no respongui a les exigències de coherència i claredat del registre, són els administradors els qui estarien obligats a convocar la junta que pugui adoptar els acords necessaris per regularitzar la situació.

#### **R. 19 juliol 2019 (BOE 188, 7-VIII-19: 11616)**

Considera inscriptible la clàusula estatutària que admet, entre altres formes de comunicació individual i escrita que assegurin la recepció, la comunicació electrònica en la direcció de correu facilitada pel soci i que consti en el Llibre Registre de Socis, amb confirmació de lectura, i tenint en compte que la negativa del receptor a la tal confirmació produirà els seus efectes sempre que el correu no hagi estat retornat pel sistema.

De la interpretació teleològica i sistemàtica de la clàusula, atesa la realitat social de les comunicacions telemàtiques i el principi d'autonomia de voluntat, en resulta l'admissibilitat, que permet assegurar raonablement la recepció pel soci. La previsió que la negativa a la confirmació de lectura produeix els seus efectes, ha de ser interpretada en el sentit més adequat perquè produeixi efecte (article 1284 Cc), és a dir, com una via perquè, un cop acreditada la remissió i la recepció de l'enviament en la forma pactada, no prevalgui l'actitud obstruccionista del soci que es negui a la confirmació de lectura, de manera que en aquest cas incumbeixi a aquest soci la prova de l'eventual manca de convocatòria.

#### **R. 23 juliol 2019 (BOE 231, 25-IX-19: 13597)**

Denega la inscripció d'acords de junta, adoptats per socis que representen el 75% del capital, sobre cessament d'un dels dos administradors mancomunats, mentre que la restant queda com a administradora única. En l'acta notarial de junta consten reserves o protestes contra la declaració del president de la mesa d'estar vàlidament constituïda la junta, que es basen en el fet que, respecte de les participacions d'un soci mort, no s'ha reconegut legitimació als seus hereus, sinó als qui van manifestar la seva voluntat d'exercir sobre aquestes el dret d'adquisició preferent previst en els estatuts en el cas de transmissió *mortis causa* (d'acord amb l'article 110 LSC), però sense haver encara pagat el preu que

s'han de valorar les participacions afectades i, per tant -segons interpreta la Direcció-, sense que s'hagi consumat el dret d'adquisició preferent.

És doctrina consolidada que correspon a la mesa de la junta la formació de la llista d'assistents, segons els articles 191 a 193 LSC; i al president emetre la declaració sobre la constitució vàlida de la junta, determinant quins socis assisteixen presents o representats i quina és la seva participació en el capital, la qual cosa implica que prèviament ha pres una decisió sobre les possibles reclamacions. Però el registrador no està vinculat per les declaracions del president quan la seva declaració resulti contradita per la documentació aportada i els assentaments del Registre Mercantil, de manera que dels fets resulti una situació de conflicte que faci palesa la manca de legalitat i encert de la declaració, com passa en aquest cas.

A més, hi ha altres defectes. Cal confirmar la suspensió de la qualificació dels acords mentre no s'inscriu una escriptura d'augment de capital atorgada i presentada anteriorment, la qual va ser qualificada negativament. Certament, encara que no consti l'ordre del dia notificat en la convocatòria, excepcionalment es pot acordar la separació d'administradors (article 223-1 LSC) i nomenar a qui hagi de substituir-los per evitar la paràlisi social (STS 4 novembre 1992, entre d'altres), però no canviar l'estructura de l'òrgan d'administració, ja que les excepcions a la regla general han de ser objecte d'interpretació restrictiva. Finalment, l'acord de canvi d'escriptura de l'òrgan d'administració ha de constar en escriptura pública, sense que sigui suficient l'acta notarial de junta (article 210-4 LSC).

#### **R. 2 octubre 2019 (BOE 274, 14-XI-19: 16375)**

#### **R. 3 octubre 2019 (BOE 274, 14-XI-19: 16381)**

#### **R. 4 octubre 2019 (BOE 274, 14-XI-19: 16385)**

Rebutja el dipòsit de comptes d'una societat perquè la junta que els ha aprovat ha estat convocada mitjançant un simple burofax, mentre que els estatuts socials exigeixen com a forma de convocatòria la carta certificada amb avís de recepció.

És doctrina reiterada la que afirma el caràcter normatiu dels estatuts socials i el seu caràcter imperatiu, per la qual cosa si hi ha una previsió estatutària sobre la forma de dur a terme la convocatòria de la junta, s'ha de tenir en compte estrictament. Els socis tenen dret a saber la forma específica quan han de ser convocats, que és l'única forma que ho esperen. El procediment de carta certificada amb avís de recepció té característiques pròpies: no només permet assegurar raonablement la recepció de l'anunci, sinó que a més també afegeix requisits de fefaència en la comunicació i en la recepció.

Segons aquests raonaments, es podria haver admès la convocatòria mitjançant burofax amb avís de recepció perquè és un sistema equivalent que, a més, permet al soci disposar de més termini entre la recepció de la convocatòria i la celebració de la junta (atès que l'article 176-2 LSC computa l'antelació que la junta ha de ser convocada des que es trameta l'anunci i no des de la seva recepció). No obstant això, en aquest supòsit el certificat d'acords només expressa que la convocatòria es va fer per burofax, sense cap referència a l'avis de recepció.



## R. 30 octubre 2019 (BOE 285, 27-XI-19: 17051)

Denega la inscripció de la clàusula estatutària d'una anònima, segons la qual les juntes se celebraran a qualsevol lloc del territori de la comunitat autònoma on la societat tingui el domicili.

L'art. 175 LSC estableix que, llevat de disposició contrària dels estatuts, la junta se celebrarà en el terme municipal on la societat tingui el domicili; si a la convocatòria no consta el lloc de celebració, s'entén que la junta ha estat convocada al domicili social. És doctrina consolidada de la Direcció que la previsió contrària dels estatuts a la qual es refereix aquesta norma no suposa una manca total de límit per fixar el lloc de reunió. El precepte estableix clarament que, a falta de determinació en la convocatòria, el lloc de celebració serà el domicili social i que si la convocatòria fixa un altre lloc de reunió, ha d'estar dins el mateix terme municipal on es troba el domicili social. Per això la disposició en contra pot tenir com a límit un àmbit similar o inferior, però mai superior (com serien: comarca, província, comunitat autònoma).

## R. 6 novembre 2019 (BOE 285, 27-XI-19: 17064)

Denega la inscripció d'una acta notarial de junta perquè, com que els estatuts exigeixen que la convocatòria es faci mitjançant "correu certificat amb avís de recepció", la convocatòria a l'absent s'ha fet mitjançant un operador privat ("Logalty Servicios de Tercero de Confianza, SL"), i resulta que la notificació no es va lliurar perquè el destinatari era desconegut en el domicili establert.

Atès el caràcter normatiu dels estatuts i el seu caràcter imperatiu, la convocatòria s'ha de fer en la forma estrictament prevista en els estatuts. Únicament les notificacions efectuades pel prestador del servei postal universal ("Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos, SA") gaudeixen de la presumpció de veracitat i fefaència en la distribució, el lliurament, la recepció, el rebuig o la impossibilitat de lliurament (article 22-4 Llei 43/2010). L'actuació d'un operador diferent de l'universal queda subjecta a les normes de dret privat (article 39 RD 1829/1999 de prestació de serveis postals); i no tenen el plus de fefaència que és necessari en els camps notarial i registral, si bé la seva autenticitat es pot admetre i valorar en un procediment judicial.

## R. 21 novembre 2019 (BOE 308, 24-XII-19: 18458)

Denega la inscripció d'una escriptura per la qual els dos únics socis d'una limitada, amb aportació prèvia de les escriptures que acrediten la titularitat de les seves participacions, es constitueixen en junta universal i acorden per unanimitat la reducció del capital social amb la restitució d'aportacions. L'administradora única no assisteix a aquesta junta.

És necessari que aquest acord sigui elevat a públic per l'administradora, que és qui legalment té facultat per fer-ho. Els socis -excepte el soci únic- manca d'aquesta facultat d'acord amb els articles 107 i 108 RRM. És possible que una escriptura d'elevació a públic d'acords socials tingui com a base l'acta de la junta encara que no consti la signatura de l'administrador (article 202 LSC). Però aquesta circumstància no permet admetre que la inscripció es faci sobre la base d'una escriptura com la qualificada,

en la qual es dos únics socis, sense la intervenció de cap persona amb facultat de certificar, es constitueixen en junta i adopten els acords.

## PROCEDIMENT REGISTRAL

### R. 23 octubre 2019 (BOE 281, 22-XI-19: 16838)

Suspèn la inscripció del nomenament d'auditor de comptes perquè es necessari realitzar la provisió de fons sobre el cost de la publicació al BORME, prevista en l'article 426 RRM:

Certament l'article 265 LSC permet que, en les societats no obligades a verificació comptable, els socis que representin almenys el 5% del capital social pugui sol·licitar del registrador mercantil el nomenament d'auditor a càrrec de la societat; però sens dubte, encara que les despeses d'auditoria siguin a compte de la societat, els honoraris registrals d'aquest nomenament són a càrrec del sol·licitant, per la qual cosa es pot exigir la provisió de fons corresponent per a la seva publicació preceptiva.

## SEPARACIÓ DE SOCIS

### R. 24 octubre 2019 (BOE 281, 22-XI-19: 16842)

Admet la inscripció d'una modificació d'estatuts d'una societat anònima per la qual s'estableix que no constitueix causa de separació dels accionistes la manca de distribució dels dividendes de l'article 348 bis LSC. A la sòcia que va votar en contra de l'acord se li va concedir el dret a separar-se de la societat reconegut en aquest article, que podria exercir en el termini d'un mes des de la recepció de la comunicació de l'acord. El reconeixement d'aquest dret de separació a la sòcia dissident també es va sotmetre a votació amb el mateix resultat. El registrador va considerar que s'havia d'haver votat, tant sobre la supressió de la causa de separació legal per manca de distribució de beneficis, com sobre si es reconeixia o no als socis discrepants un dret de separació específic el règim concret del qual la junta havia de determinar, i tot això hauria de figurar en el seu ordre del dia.

No obstant això, la Direcció entén que el reconeixement explícit que ha fet la junta del dret de separació de la sòcia que vota en contra de la supressió del *ius separationis* per manca de distribució de dividendes, té una base legal inequívoca, per la qual cosa aquest reconeixement no requereix un esment específic en l'ordre del dia de la junta. Tampoc no es pot entendre que hi hagi indeterminació en el contingut del dret, ja que es fixa clarament el termini per al seu exercici i els altres aspectes del seu règim jurídic es fonamenten en les normes generals dels articles 348, 349 i 353-359 LSC).

## SOCIETATS PROFESSIONALS

### R. 12 juny 2019 (BOE 163, 9-VII-19: 10146)

Denega la pretensió d'un soci que s'inscrigui la dissolució de "Asing Servicios de Ingeniería, SL", per no haver adaptat els seus estatuts a l'LSP, d'acord amb la seva transitòria primera, apartat 3. El sol·licitant fonamenta la consideració del caràcter professional de la societat en la inclusió de l'activitat d'enginyeria en la seva



denominació i en el fet que el codi CNAE declarat és “7490.- Altres activitats professionals”.

No obstant això, la Direcció entén que la inclusió en la denominació social de paraules relatives a activitats professionals no implica que la societat tingui caràcter professional als efectes de l'article 1 LSP. La denominació social pot ser indicativa, tant d'una societat professional en sentit estricte (centre subjectiu d'imputació del negoci jurídic establert amb el client o usuari), com d'una societat entre professionals. La definició de l'objecte social i l'especificació del tipus social són suficients per impedir la confusió sobre la naturalesa, la classe, el tipus o la forma de la societat de què es tracti.

#### **R. 18 setembre 2019 (BOE 269, 8-XI-19: 16036)**

Denega la inscripció en el Registre Mercantil d'una escriptura de constitució de societat civil professional de notaris.

L'estatut jurídic del Notari queda inclòs en les anomenades “relacions de subjecció especial”. El Notari té la doble condició de funcionari públic i de professional del Dret (articles 1 i 147 RN).

La seva actuació com a funcionari públic està regulada rigorosament per la Llei i exclosa de l'autonomia de la voluntat, només pot ser exercida directament pel mateix Notari *uti singuli* (la societat no podria donar fe) i només se li poden atribuir els drets i obligacions inherents a l'exercici de l'activitat a ell.

Sobre la condició del Notari com a professional del Dret, caldria distingir entre: l'assessorament professional innat i inseparable de la seva funció pública i les actuacions estrictament professionals cap als seus clients (gestió de documents), que escapen de la regulació de l'RN, la supervisió de juntes directives i la competència de la DGRN, el coneixement de la qual correspon als tribunals ordinaris.

En resum, a causa del vessant funcional de l'estatut jurídic del Notari, *de lege lata* és impossible que aquesta funció pugui ser desenvolupada per una societat professional en els termes taxatius de la Llei 2/2007.

D'altra banda, l'acord de col·laboració professional o conveni entre els Notaris del supòsit, obtingut de la Junta Directiva del Col·legi Notarial competent, només és això i no té res a veure amb una societat professional. I tot això al marge de les repercussions fiscals d'aquests convenis, que queden al marge de l'àmbit del recurs i les competències de la Direcció (si bé no és ocios assenyalar que, per a alguns mercantilistes, les societats civils de Notaris són només societats de comunicació de guanys).

#### **R. 27 novembre 2019 (BOE 311, 27-XII-19: 18549)**

Denega la inscripció en el Registre Mercantil de Barcelona d'una escriptura de constitució d'una societat professional d'advocats, constituïda com unipersonal per un Notari en actiu.

Segons l'article 22-2-a) RD 658/2001 de l'Estatut General de l'Advocacia Espanyola, l'exercici de l'advocacia és absolutament incompatible amb l'exercici de qualsevol funció o treball públic la normativa pròpia del qual així ho especifiqui. En la mateixa línia, l'article 27-1 dels Estatuts del Col·legi de l'Advocacia de Barcelona

estableix que l'exercici de l'advocacia és incompatible amb les funcions i els càrrecs públics de l'Estat. L'article 3 RN caracteritza el Notari com a òrgan de jurisdicció voluntària, un dels elements definidors del qual és la imparcialitat i la independència, clarament en contra de l'essència de l'advocacia. No hi ha cap dubte que, si per al Notari està vetada la possibilitat de constituir una societat per al mateix exercici de l'activitat notarial en la qual l'aspecte funcional és preponderant sobre el professional (article 1 RN), amb més rotunditat ho està per a un Notari en actiu constituir una societat per a l'exercici professional de l'advocacia.

#### **UNIPERSONALITAT**

#### **R. 15 juliol 2019 (BOE 184, 2-VIII-19: 11367)**

Suspèn la inscripció d'una escriptura de declaració d'unipersonalitat i elevació a públic d'acords socials, de la qual resulta que la condició de soci únic de qui adopta els acords deriva d'una compra prèvia de participacions socials. El caràcter de soci únic resulta contradit per una altra escriptura, presentada després, de dissolució de la societat en virtut d'acord adoptat pels qui eren socis abans de la venda de participacions respecte de la qual s'aporta escriptura de resolució per incompliment de condició suspensiva per part de l'adquirent.

La Direcció basa aquesta resolució en la seva doctrina consolidada. El principi de prioritat no té el mateix fonament ni abast en el Registre de la propietat (un registre de béns, on els títols que recaiguin sobre ells, o bé són incompatibles, o bé gaudeixen entre si de preferència segons el moment de la seva presentació) que en el Registre mercantil (un registre de persones, on normalment s'inscriuen acords i decisions del subjecte inscripcionable). Per això, encara que l'article 10 RRM fa una formulació d'aquest principi -que no apareix a nivell legal-, en la seva aplicació s'ha d'interpretar restrictivament, sobre la base de la naturalesa i la funció del Registre Mercantil i l'abast de la qualificació, on els principis de legalitat i legitimació tenen força de llei (Codi de comerç). D'aquesta manera, el registrador mercantil en qualificar ha de tenir en compte no només els documents presentats inicialment, sinó també els compatibles amb aquests, encara que es presentin després per tal d'aconseguir més encert en la qualificació i evitar inscripcions inútils i ineficaces.

#### **R. 23 juliol 2019 (BOE 231, 25-IX-19: 13596)**

Denega la inscripció del canvi de soci únic d'una limitada personal, pretesa mitjançant la presentació d'una escriptura de venda de totes les participacions socials al soci únic actual. El foli social es troba tancat per constar nota marginal de publicació al BOE de la revocació del NIF social, de la qual resulta que posteriorment no es pot practicar cap inscripció tret que es rehabiliti el NIF o se n'assigni un de nou (addicional sisena LGT, afegida per la Llei 36/2006 de prevenció del frau fiscal). L'efecte del tancament total del foli social és el mateix que en el supòsit de baixa provisional en l'índex d'entitats, si bé la pràctica i la cancel·lació de les notes corresponents dels dos supòsits es fa en virtut de títols diferents.

Hi ha altres defectes que n'impedeixen la inscripció. El registre també es troba tancat per manca de dipòsit dels comptes anuals

de fins a 5 exercicis anteriors. D'altra banda, en l'escriptura de venda de participacions no consta declaració expressa de canvi de soci únic realitzada per l'administrador.

## SUCCESSIONS

### CERTIFICAT D'ÚLTIMES VOLUNTATS

#### R. 26 juliol 2019 (BOE 245, 11-X-19: 14598)

Atribueix el valor de còpia autèntica, apta, per tant, per obtenir la inscripció d'herències, el certificat de RGAUV signat electrònicament en suport paper i amb un codi segur de verificació, un cop el registrador hagi complert la seva obligació de comprovar -a través d'aquest codi- l'autenticitat i la integritat del document.

No obstant això, denega la inscripció de la instància d'hereu únic qualificada perquè s'han aportat meres còpies simples, tant del testament com del certificat de defunció.

## DRET DE TRANSMISSIÓ

#### R. 15 novembre 2019 (BOE 290, 3-XII-19: 17392)

Denega una immatriculació pretesa per la via de l'article 205 LH, mitjançant una escriptura en la qual la finca s'addiciona a l'herència d'un primer causant i també s'addiciona a l'herència de qui s'acredita que va ser declarada hereva seva mitjançant una acta de notorietat *abintestato*, si bé no s'aporta escriptura de la qual resulti expressament l'acceptació d'herència. Les defuncions estan separades per més d'un any.

El que es discuteix és si l'escriptura qualificada recull dues transmissions hereditàries, com entén el recurrent en afirmar que hi ha haver una acceptació tàcita, sent necessària la forma documental pública exigida per l'article 3 LH. Per tant, som davant un cas de dret de transmissió de l'article 1006 Cc, respecte del qual la doctrina tradicional ha discutit sobre si hi ha una o dues delacions hereditàries. La STS 11 setembre 2013 ja ha tancat la qüestió: el dret de transmissió no constitueix una nova delació hereditària o un fraccionament d'aquesta; per tant, no hi ha una doble transmissió successòria, sinó un mer efecte translatiu del dret. Per tant, el transmissari succeeix el primer causant de manera directa i no mitjançant una doble transmissió.

## ESTRANGERIA I SUCCESSIONS INTERREGIONALS

#### R. 24 juliol 2019 (BOE 231, 25-IX-19: 13605)

El causant, de nacionalitat alemanya, vivia a Formentera en morir des d'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 fer referència a qualsevol altre fill. No hi ha cap dada que permeti establir ni fins i tot de manera tàcita *professio iuris* a la Llei alemanya.

Ara es discuteix la pràctica d'assentament d'afecció legitimària sobre una finca del causant en virtut d'escriptura d'acceptació de l'ilegítima atorgada per qui també afirma ser filla del causant i

pretén que se li reconegui la filiació en virtut de certificats incorporats a l'escriptura qualificada.

La Direcció desestima els 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, no és obligatori en aquest cas aportar el certificat d'últimes voluntats alemany: sobre la base de la doctrina establerta a partir de la R. 10 abril 2017, la Direcció entén innecessària la cerca en el registre de l'estat de la nacionalitat, atesa l'opció general del Reglament 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 novament el títol, es pugui observar el defecte que consisteix en el fet que la decisió en el contenciós sobre la preterició de la filla recurrent i la seva qualificació d'internacional o no, correspon al tribunals (concretament, als de la residència habitual del causant, segons l'article 4 RUE 650/2012), sempre que no recaigui consentiment exprés de l'hereu únic.

#### R. 4 setembre 2019 (BOE 261, 30-X-19: 15568)

Com a conseqüència de la inscripció de l'herència d'un causant mort sota la vigència del R(UE) 650/2012, a la qual resulta aplicable la Llei personal del testador anglès per *professio iuris* tàcita, ara se sol·licita per un dels hereus que es cancel·li la limitació de dos anys en els efectes a tercers derivats de l'adquisició hereditària per no legitimaris (article 28 LH). Per a això es basa en el fet que el Dret aplicable a la successió és el britànic, que desconeix les l·legítimes, per la qual cosa l'article 28 LH resulta inaplicable en aquesta successió.

No obstant això, la Direcció denega la cancel·lació pretesa. Independentment de quina sigui la Llei aplicable a la successió, queden fora de l'àmbit d'aplicació del R (UE) els requisits i els efectes de la inscripció dels béns, que es regiran per la *lex rei sitae* (article 1-2-1; i considerants 18 i 19).

D'altra banda, l'article 28 LH es basa en la inseguretat del títol successori quan puguin aparèixer parents que el causant no hagi tingut en compte o un testament més recent amb designació d'un nou hereu; és a dir, cerca protegir l'hereu real davant l'aparent. Aquesta circumstància es valora més improbable -llevat de preterició- respecte de legitimaris, per la qual cosa s'exclou en aquest cas. En les successions internacionals encara té més sentit una limitació com la del precepte esmentat, atesa la facultat probatòria dels elements de fet rellevants en l'aplicació de la Llei estrangera. Per tot això, l'aplicació de la Llei estrangera a la successió -i més la d'un Estat no membre-, no només és compatible amb l'article 28 LH, sinó que reforça el seu objecte i la seva finalitat.

#### R. 17 setembre 2019 (BOE 267, 6-XI-19: 15879)

Denega la inscripció d'un document expedit per Notari francès anomenat "certificat de successió" acompanyat d'un document de partició d'herència intestada d'un causant que, encara que consta en el registre com originàriament espanyol, en el títol qua-





lificat consta com nacional francès i resident a França. El supòsit és anterior al R (UE) 650/2012 i li resulta aplicable la llei francesa com la nacional del causant, segons l'article 9-8 Cc.

Concorren els defectes següents: la traducció jurada aportada no té la postil·la de La Haia ni és completa, perquè manca l'últim foli; no s'aporta el títol successori d'acord amb l'article 14 LH, entenent com a tal la declaració d'hereus *abintestato* o el document equivalent segons la legislació francesa; tampoc no s'aporta NIE de l'hereva viuda.

#### **R. 14 octubre 2019 (BOE 281, 22-XI-19: 16825)**

El testador va manifestar ser originari de Saragossa i veí de Mataró (sense que consti cap altra més dada relativa al veïnatge civil), va llegar als seus tres fills "la llegítima que en els seus béns els correspongui" i va constituir hereva la seva esposa.

Ara es denega la inscripció de l'escriptura d'herència només atorgada per la viuda, la qual manifesta que tots dos cònjuges havien nascut i contret matrimoni a l'Aragó, que poc després de casar-se van traslladar la residència a Catalunya durant molts anys i que el veïnatge civil del causant en el moment de la defunció era el català, malgrat que en els darrers anys s'havia traslladat a Alacant. Els únics documents aportats en relació amb aquestes manifestacions són un certificat de matrimoni on consta que els contraents eren originaris de Saragossa i que el domicili del marit era a Catalunya. D'altra banda, en la inscripció d'una de les finques del causant i de la seva esposa consta que ells havien manifestat en el títol d'adquisició que eren casats en règim de societat de guanys.

Segons la Direcció, l'adquisició del veïnatge català pel causant nascut a l'Aragó i el seu manteniment són dades que no resulten del testament, sinó de les manifestacions de la viuda, que és persona interessada a mantenir aquest veïnatge, el qual li dona la possibilitat d'atorgar l'herència per si sola, atesa la naturalesa de la llegítima en el règim foral català. D'altra banda, encara que la inscripció esmentada pugui reflectir una inexactitud registral, no hi ha error, ja que la dada incorrecta es va prendre del mateix títol, per la qual cosa la seva rectificació exigeix consentiment de tots els afectats o resolució judicial (article 40-d LH). En conseqüència, per a la rectificació del Registre i l'adjudicació de la finca després de la rectificació del seu caràcter de guanys inscrit és necessària o bé la concurrència dels qui serien legitimaris d'acord amb el dret comú o bé l'acreditació del veïnatge civil català del causant a l'efecte de possibilitar la inscripció amb la mera intervenció de l'hereva única.

### **HERÈNCIA JACENT**

#### **R. 21 juny 2019 (BOE 170, 17-VII-19: 10529)**

Denega la pràctica d'una anotació preventiva d'embargament dictada en un procediment per deutes del causant (titular registral), essent els seus hereus indeterminats, sense que consti la notificació a cap possible hereu, ni que s'hagi nomenat administrador judicial de l'herència.

La Direcció recorda la seva doctrina sobre la qualificació del principi de tracte successiu (article 20 LH) en matèria d'anotaci-

ons d'embargament per deutes del causant quan els seus hereus són indeterminats. És necessari acreditar: o bé el nomenament i la demanda a l'administrador judicial de l'herència jacent; o bé -per tal que l'exigència d'aquest nomenament no resulti excessivament onerosa- que la crida als hereus indeterminats no hagi estat purament genèrica, sinó que la demanda s'hagi adreçat contra persones determinades com a possibles hereus, i sempre que dels documents presentats resulti que el jutge ha considerat suficient la legitimació passiva de l'herència jacent.

#### **R. 3 juliol 2019 (BOE 178, 26-VII-19: 10949)**

Denega la inscripció d'un decret d'adjudicació dictat en un procediment judicial d'execució hipotecària seguit contra els hereus desconeguts del titular registral, sense que consti el nomenament i la intervenció d'un defensor judicial de l'herència jacent. Com que dels certificats de defunció i d'últimes voluntats resulta que el causant va morir intestat, diversos parents fins al quart grau van ser notificats per burofax.

Les persones suposadament cridades a l'herència del titular havien atorgat escriptura de renúncia a l'herència abans del començament del procediment d'execució, de manera que els renunciants havien desaparegut del cercle d'interessos relatiu a la defensa del cabal hereditari abans de la demanda. Seria diferent l'efecte de la renúncia en el cas que s'hagués produït després d'haver-se iniciat el procediment i els renunciants cridats a la successió haguessin estat emplaçats; en aquest cas la possibilitat d'intervenció en defensa de l'herència quedaria garantida.

#### **R. 6 setembre 2019 (BOE 265, 4-XI-19: 15776)**

#### **R. 4 novembre 2019 (BOE 285, 27-XI-19: 17059)**

Denega la inscripció d'una sentència que declara adquirida una participació de finca per usucapió com a resultat d'un procediment ordinari seguit contra els hereus desconeguts o ignorats dels titulars registrals morts, sense nomenament i intervenció d'un defensor judicial de l'herència jacent. La crida als hereus desconeguts és genèrica i no consta la forma que s'han produït les seves notificacions, ni s'ha dut a terme una investigació raonable sobre l'existència d'hereus testamentaris o legals.

#### **R. 18 setembre 2019 (BOE 269, 8-XI-19: 16037)**

Considera degudament complertes les exigències derivades del principi de tracte successiu d'un manament que deriva d'un procediment de constrenyiment municipal en el qual se sol·licita l'embargament de finques del deutor -titular registral amb caràcter de guanys- per impagament de l'IBI d'exercicis anteriors a la seva defunció, i resulta que el procediment s'ha adreçat contra la seva herència jacent i que la providència de constrenyiment es va notificar, a més de la mateixa herència jacent, als hereus testamentaris (l'acceptació dels quals no consta) i als hereus desconeguts del deutor, per la qual cosa s'entén complert el requisit d'emplaçar a algun dels possibles cridats a l'herència.

D'altra banda, com que en el manament s'affirma que la viuda del deutor és morta, la Direcció considera determinats degudament els drets objecte d'embargament, ja que se sol·licita que s'embargui "la quota global que en l'herència jacent [del deutor]

li correspongui en la massa patrimonial de la societat conjugal, dissolta i pendent de liquidació”.

No obstant tot això, es denega la pràctica de l'embargament perquè en el manament no consta la data de defunció de la viuda, ni s'acompanya el certificat de defunció.

## **R. 23 setembre 2019 (BOE 273, 13-XI-19: 16286)**

Denega la inscripció d'un decret d'execució hipotecària, perquè no consta el nomenament d'un defensor judicial de l'herència jacent del deutor mort i en el procediment no s'ha presentat cap interessat en la seva herència com a hereu o en un altre concepte, sense que es pugui admetre per obviar aquest obstacle la citació per edictes a la seva esposa no compareixent -codeutora solidària-, amb la qual de primer es va intentar infructuosament una notificació personal en la finca hipotecada després de la qual no es va fer cap investigació per localitzar-la. D'altra banda, com que la que deutora no ha comparegut en el procediment, és necessari que també s'acrediti el transcurs dels terminis de rescissió de la interlocutòria dictada en rebel·lia de l'executada.

## **R. 9 octubre 2019 (BOE 274, 14-XI-19: 16391)**

Suspèn l'extensió d'una anotació preventiva d'embargament ordenada en un procediment de constreyniment adreçat contra les herències jacents de tres persones. No s'aclareix si el procediment també s'ha instat contra alguna altra persona com a hereu del finat. És doctrina consolidada que en aquests casos que es pretén un assentament que pugui perjudicar una herència jacent, resulta preceptiu, si no resulta que la demanda s'hagi adreçat contra hereus certs i determinats, el nomenament d'un administrador judicial. D'altra banda, és necessari aportar el certificat de defunció dels titulars registrals, atesa l'exigència de fer constar la data de defunció establerta per l'article 166 RH.

## **R. 15 octubre 2019 (BOE 281, 22-XI-19: 16826)**

Denega la inscripció d'un decret d'adjudicació i manament de cancel·lació de càrregues en un procediment d'execució hipotecària seguit contra l'herència jacent i hereus desconeguts del titular registral mort, sense nomenament i intervenció d'un defensor judicial de l'herència jacent. La crida és genèrica i no consta la forma que s'han produït les notificacions als hereus indeterminats, ni s'ha dut a terme una investigació raonable sobre l'existència d'hereus testamentaris o legals.

## **R. 20 novembre 2019 (BOE 296, 10-XII-19: 17724)**

Admet la pràctica d'una anotació preventiva d'embargament ordenada en un procediment seguit per una comunitat de propietaris contra una persona determinada com a possible hereu del titular registral.

La Direcció recapitula la seva doctrina consolidada sobre qualificació del principi de tracte successiu (article 20 LH) en matèria d'anotacions d'embargament per deutes del causant o els seus hereus, distingint aquests supòsits:

1) Si són deutes del titular registral mort abans o durant el procediment, l'anotació ha d'acreditar: la seva defunció; i que s'ha seguit la tramitació amb els seus hereus indicant-ne les circum-

stàncies personals; si va morir durant el procediment també s'ha d'acreditar que es va demandar el titular registral (art. 166-1-1r RH).

2) Si el titular registral va morir abans d'iniciar el procediment i aquest continua per deutes d'hereus certs i determinats: s'ha d'acreditar la defunció, que la demanda s'ha adreçat contra aquests hereus indicant-ne les circumstàncies personals i la part que correspon al dret hereditari del deutor; i acompanyar els títols successoris i el certificat d'últimes voluntats (art. 166-1-2n RH).

3) Si són deutes del causant i els seus hereus són indeterminats, o si són deutes d'hereus indeterminats, cal acreditar: o bé el nomenament i la demanda a l'administrador judicial de l'herència jacent; o bé que la crida a hereus indeterminats no ha estat purament genèrica, sinó que la demanda s'ha adreçat contra persones determinades com a possibles hereus.

En el supòsit resolt els deutes es produeixen després de la defunció del causant sense que consti que se n'hagi acceptat o repudiat l'herència, per la qual cosa ens trobem davant l'últim dels tres supòsits analitzats per la Direcció: deutes de l'herència jacent. D'acord amb la doctrina esmentada, per poder practicar l'anotació n'hi ha prou amb la constància que s'hagi emplaçat algun dels possibles cridats a l'herència.

## **INTERPEL·LACIÓ DE L'HEREU**

### **R. 28 juny 2019 (BOE 177, 25-VII-19: 10883)**

La causant va designar hereves per meitats en el testament les dues filles. Ara es denega la inscripció de l'escriptura d'adjudicació d'herència atorgada només per una de les hereves, la qual s'adjudica la meitat indivisa dels béns inventariats, i també resulta de la mateixa escriptura que l'altra hereva ha estat requerida per la Notària, en els termes de l'article 1005 Cc, perquè en el termini de 30 dies naturals des de la notificació accepti l'herència -purament o a benefici d'inventari- o hi renunciï, amb advertència que si no manifesta la seva voluntat en aquest termini, s'entén que simplement accepta l'herència. La Notària fa constar per diligència que la Notària s'ha personat tres cops al domicili assenyalat en el requeriment sense haver obtingut cap resposta al porter electrònic, que ha remès per correu certificat amb avís de recepció còpia de l'escriptura i que ha rebut l'avís que s'ha fet el lliurament efectiu de l'enviament, i que la notificada no ha comparegut en el termini indicat.

La Direcció denega la inscripció, perquè una cosa és que l'herència es tingui per acceptada, la qual cosa no es discuteix en aquest expedient, i una altra que, per a la partició, s'ha de comptar amb les dues hereves.

### **R. 6 agost 2019 (BOE 254, 22-X-19: 15143)**

Suspèn la inscripció d'una escriptura de manifestació d'herència subjecta a Dret català, atorgada per només una de les hereves cridades, la qual s'adjudica tots els béns, en considerar renunciant l'altre cridat, al qual se li va practicar infructuosament la interpel·lació notarial prevista en l'article 461-12 del Codi de Dret civil de Catalunya, l'efecte del qual en el cas de manca d'acceptació és la repudiació de l'herència (al revés del que preveu l'article 1005 Cc



i altres disposicions forals equivalents que -com les aragoneses- opten per l'acceptació). El que es discuteix és si la manera com es va practicar la notificació compleix els requisits legals.

La requeridora va assenyalar com a domicili de la requerida un situat a Vilanova i la Geltrú, si bé el mateix Notari autoritzant adverteix que el domicili que figura en la declaració d'hereus abintestats és un altre, situat a Sant Pere de Ribes. El Notari fa indagacions a les xarxes socials del requerit i també verbalment amb una funcionària del padró de Vilanova, de les quals resulta que el notificat està domiciliat en aquesta localitat. El Notari intenta infructuosament la notificació als domicilis indagats de Vilanova, primer personalment i rep la manifestació d'una veïna que no coneix la persona notificada; després per correu certificat amb avís de recepció, que resulta retornat com a destinatari desconegut; finalment, publica per edictes en dos diaris de circulació per la província i al BOE. Com que no obté cap manifestació en termini sobre l'acceptació o la repudiació de l'herència, fa constar en diligència el tancament de l'acta que l'herència s'entén repudiada. Després de la qualificació negativa inicial, s'aporta certificat del padró de l'Ajuntament de Vilanova, del qual resulta que el requerit està empadronat a Madrid.

Segons la Direcció, les normes sobre interpel·lació de l'hereu són procedimentals, si bé amb esperit i al servei de les normes substantives. Així, la disposició final 20a estableix que la LJV es dicta en general a l'empara de la competència estatal -no exclusiva- en matèria de legislació processal, si bé se n'exceptuen entre altres: la disposició final primera, que modifica els preceptes del Codi civil (com ara l'article 1005) i es diu que es dicta a l'empara de la competència estatal en matèria de legislació civil; i la final onzena, sobre els expedients successoris regulats per la Llei del Notariat (entre els quals no s'inclou la interpel·lació), que es diu que es dicta a l'empara de la competència estatal exclusiva sobre ordenació dels registres i dels instruments públics.

La interpel·lació de l'hereu a Catalunya és un acte que civilment equival a la renúncia, per la qual cosa d'acord amb l'article 18 LH cal extremar el rigor en el compliment dels tràmits procedimentals. És doctrina consolidada que la notificació per edictes és un mecanisme excepcional al qual no és possible acudir fins que s'hagin esgotat totes les possibilitats de notificació personal (STS 8 setembre 2014, STS 11 maig 2015, R 1 octubre 2015). Per tant, hauria de quedar una evidència que el domicili en què es notifica és el de la residència habitual del requerit, la qual cosa no passa en aquest expedient, on hi ha dubtes i no consta cap requeriment personal al domicili de Madrid. Abans de la publicació d'edictes tampoc no s'han utilitzat les diligències d'indagació del domicili (articles 156 i 157 LEC subsidiàriament aplicables a la LJV), ni s'ha demanat l'auxili d'altres autoritats (article 56-2 LN).

## INTERPRETACIÓ TESTAMENTÀRIA

### R. 9 agost 2019 (BOE 261, 30-X-19: 15544)

En el seu últim testament la causant havia instituït hereu el seu marit, del qual es trobava divorciada en morir. Ara s'admet la inscripció de l'escriptura per la qual l'hereu s'adjudica tots els béns de l'herència. El registrador l'havia denegat per entendre que, com que la causant era de veïnatge basc, hi ha preceptes

de la Llei 5/2015 que condueixen a la ineficàcia sobrevinguda de les disposicions testamentàries a favor de l'ex cònjuge en casos de divorci.

No obstant això, la Direcció entén que aquestes disposicions només es refereixen al testament mancomunat, al poder testador i a la llegítima; però no a les disposicions voluntàries unilaterals com la qualificada. Al Codi civil no hi ha cap norma que privi d'eficàcia per ministeri de la llei les disposicions testamentàries entre cònjuges divorciats posteriorment o separats (com passa amb els poders i consentiments dels articles 102 i 106). Sí que hi ha articles en aquest sentit -normalment amb presumpció *iuris tantum*- en diverses legislacions forals: 422-13 Codi civil de Catalunya; 208 Llei Dret civil de Galícia; 438 Codi Dret foral d'Aragó; 201 Compilació de Navarra; 28-3 Llei 5/2015 Dret civil basc (per al testament mancomunat). També hi ha normes similars en els Drets alemany, anglès i portuguès. En la institució hereditària discutida no es pot entendre que concorri l'expressió d'una causa falsa a l'efecte de l'article 767 Cc, que en tot cas produiria l'efecte legal de tenir la causa com a no posada, llevat que s'acrediti que sense aquesta el testador no hagués atorgat la disposició.

En definitiva, a manca d'una norma que presumeixi la ineficàcia de la disposició, només seria possible provar que la voluntat del testador hauria estat no atorgar-la si hagués pogut conèixer el divorci posterior. Però en l'àmbit notarial i registral la privació d'eficàcia del contingut patrimonial d'un testament exigeix, per manca de conformitat de tots els afectats, una declaració judicial prèvia dictada en un procediment contenciós amb fase probatòria.

### R. 25 setembre 2019 (BOE 273, 13-XI-19: 16288)

En el seu testament el causant: va manifestar que estava divorciat del seu únic cònjuge, amb el qual afirmava que tenia pensat tornar-se a casar en una data determinada; va llegar a la seva cònjuge esmentada l'usdefruit universal, i va instituir hereu el seu únic fill.

Ara la Direcció denega la inscripció de l'escriptura d'herència en la qual el fill i hereu únic del causant s'adjudica tots els béns, afirmant que va morir divorciat, ja que el matrimoni projectat amb l'ex cònjuge no es va arribar a produir per la seva defunció.

La Direcció aplica la seva doctrina sobre eficàcia d'institucions d'hereu realitzades per una persona casada a favor de qui és el seu cònjuge en el moment de testar, però de qui posteriorment s'havia divorciat en el moment de la defunció. A diferència del que passa en determinats Drets forals, en el Codi civil no hi ha cap norma que privi d'eficàcia per ministeri de la llei les disposicions testamentàries entre cònjuges divorciats o separats posteriorment. El fet que qui testa identifiqui l'hereu com el seu cònjuge no es pot entendre com una causa falsa a l'efecte de l'article 767 Cc (i, a més, encara que s'entengués com a causa falsa, l'efecte seria tenir la causa com a no posada, llevat que s'acrediti que sense ella el testador no hagués atorgat la disposició). Certament el TS (Ss 28 setembre 2018 i 26 setembre 2018) ha interpretat que el fet que el testador faci una disposició a favor del seu espòs permet concloure que la seva voluntat era que aquesta disposició fos ineficàç en el cas de divorci posterior. No obstant això, en l'àmbit notarial i registral la privació d'eficàcia del contingut patrimonial



d'un testament exigeix, a manca de conformitat de tots els afectats, una declaració judicial prèvia dictada en un procediment contenciós amb fase probatòria.

## LLEGATS

### R. 23 octubre 2019 (BOE 281, 22-XI-19: 16837)

La causant estava casada en segones núpcies de les quals no va tenir descendència, ja que havia tingut els seus dos únics fills de les primeres núpcies. En el testament: va prelleugar als seus dos fills per parts iguals, a càrrec per aquest ordre del terç de millora i al de lliure disposició, tots els seus béns i drets privatis procedents dels pares de la testadora; i va instituir hereus per igual els seus dos fills en el romanent del terç de millora i en el de llegítima estricta, i en el terç lliure o el que quedi d'aquest va instituir els sis fills del seu marit també per parts iguals. Després de diverses renúncies dels fills i dels seus substituïts vulgars, l'única prelegatària que subsisteix atorga per si sola -sense intervenció dels hereus fills del segon marit- escriptura d'acceptació i d'adjudicació del prelleugat, la inscripció de la qual la Direcció denega.

En primer lloc és necessària la concurrència de tots els hereus a la partició. El que es disposa la testadora no és una veritable participació de l'article 1056 Cc, que determinaria l'adquisició directa pels hereus un cop mort el causant, sinó unes meres normes de participació, ja que no es formula inventari, ni hi ha previsió sobre els deutes de l'herència, ni s'esmenten o s'adjudiquen directament béns determinats, sinó que s'estableix un prelleugat dels béns privatis procedents de l'herència dels pares amb unes regles d'imputació en els terços de millora i llegítima, la qual cosa per si mateixa ja fa necessària una valoració, així com una institució d'hereu que inclou altres persones i abasta la resta de béns privatis i els de guanys del segon matrimoni.

D'altra banda, és necessari que els hereus lliurin el llegat. Fora dels casos en què el legatari ja fos posseïdor en el moment d'obrir-se la successió, només seria admissible la presa de possessió per ell mateix, no havent-hi legitimaris, si el testador l'hagués facultat expressament per a això (article 81 RH), possibilitat que no es produeix en aquest expedient.

I davant l'al·legació que la crida als fills en els béns privatis heretats dels pares de la testadora constitueix una institució d'hereus *ex re certa*, que no requeriria el lliurament dels béns, sens dubte l'article 786 Cc equipara aquesta situació amb el llegat, sense que la testadora hagi expressat la seva voluntat en contra.

## LLEGÍTIMA I DESHERETAMENT

### R. 4 juliol 2019 (BOE 179, 27-VII-19: 11017)

La testadora, de veïnatge civil basc i morta sota la vigència de la Llei 5/2015, va deixar sis fills a favor dels quals va fer sengles llegats d'immobles específics i determinats i va facultar els respectius legataris per prendre possessió per ells mateixos de cada llegat; i en el romanent va instituir hereus els mateixos sis fills.

Ara es denega la inscripció de l'escriptura atorgada només per una de les filles, la qual accepta i s'adjudica per si sola el ple do-

mini de la finca que li havia estat llegada. El registrador exigeix la intervenció dels altres legitimaris, perquè entén que la llegítima basca té la naturalesa de "pars bonorum" o almenys de "pars valoris bonorum"; mentre que el Notari recurrent no la considera necessària perquè entén que es tracta d'una "pars valoris" (mer valor econòmic).

L'article 48 de la Llei 5/2015 disposa que el causant està obligat a transmetre la llegítima als seus legitimaris, però entre aquests pot escollir-ne un o diversos i apartar els altres de forma expressa o tàcita, la qual cosa configura la llegítima basca com col·lectiva i de lliure disposició pel testador mitjançant el mecanisme de l'apartament. Per a la Direcció no hi ha una norma basca equivalent a l'article 243 de la Llei de Dret civil de Galícia, que priva d'acció real el legitimari a qui atorga la consideració de mer creditor. El paradigma de llegítima col·lectiva és l'aragonesa, la naturalesa de la qual és la de "pars valoris bonorum", si bé el legislador aragonès ha introduït una norma -l'article 479 CDFA- que permet al legatari de cosa certa i determinada existent en el cabal hereditari, encara que hi hagi legitimaris, possessionar-se per si mateix de la cosa llegada i obtenir la inscripció en el Registre de la Propietat. La llegítima basca és col·lectiva i permet apartar, però això no significa que el legitimari no apartat manqui de mecanismes de defensa del seu dret, el qual consisteix en una "pars valoris bonorum". Així, en existir legitimaris en l'assumpte resolt, aquests han d'intervenir en el lliurament de llegat qualificat perquè no es compleixen totes les exigències de l'article 81-a RH.

### R. 3 octubre 2019 (BOE 274, 14-XI-19: 16380)

La testadora va desheretar les seves dues úniques filles per la causa del número 2 de l'article 853 Cc (maltractament psicològic que consisteix en reiterades conductes de menyspreu i abandonament de la testadora, afectada per una greu malaltia) i va instituir hereves per parts iguals una associació benèfica i una amiga, la qual va renunciar a l'herència, de manera que -a manca de substitució- es va produir l'acreixement a l'associació com a única hereva.

Ara es pretén la inscripció de l'escriptura d'herència de la causant, atorgada pel representant de l'associació i per les dues filles, les quals neguen la certesa de la causa de desheretament, de manera que davant la controvèrsia plantejada i de comú acord, els atorgants s'adjudiquen l'herència: a les filles els dos terços que constitueixen la seva llegítima i a l'associació l'altre terç.

La Direcció denega la inscripció. És doctrina consolidada que, donat el valor de llei de la successió que té el testament (article 658 Cc), la privació dels efectes del seu contingut patrimonial exigeix declaració judicial prèvia, a manca de conformitat de tots els interessats (R. 13 setembre 2001, respecte d'un supòsit de preterició; R. 6 març 2019). El que passa en aquest cas és que no consta que els qui consenten siguin els únics interessats, perquè concretament també ho serien els fills i els descendents de les desheretades, els quals ocuparien el seu lloc respecte de la llegítima (article 857 Cc). En conseqüència, per poder inscriure el títol qualificat seria necessari o bé la manifestació de les desheretades que no tenen descendents o bé l'acreditació mitjançant acta de notorietat o un altre mitjà de prova admès en



Dret de qui són els únics descendents juntament amb la seva intervenció.

#### **R. 5 setembre 2019 (BOE 265, 4-XI-19: 15771)**

El testador, a més d'instituir hereus els seus dos fills vius, va llegar als seus nets -fills d'un altre fill premort- les participacions que posseïa el testador en una societat determinada en pagament de la seva llegítima estricta i fins a aquest import. En l'escriptura d'herència també van intervenir els nets esmentats, als quals es van adjudicar les participacions socials esmentades més un complement en metàl·lic per cobrir la seva llegítima.

Ara se suspèn la inscripció d'una escriptura d'addició d'herència on s'inclouen dues finques més que s'adjudiquen íntegrament als fills hereus, sense la intervenció dels nets colegitaris. El causant no va fer una veritable partició en el seu testament, sinó que es va limitar a establir normes particionals. Atesa l'especial qualitat del legitimari en Dret comú, és necessària la seva intervenció en la partició. No s'exigeix la intervenció dels nets en l'addició d'herència perquè acabin percebent més que la seva llegítima estricta, sinó precisament per recalcular la part alíquota de l'herència en què consisteix aquesta llegítima, que s'ha vist incrementada com a conseqüència de la inclusió de nous béns.

### **PARTICIÓ**

#### **R. 6 juny 2019 (BOE 158, 3-VII-19: 9920)**

El primer causant va instituir hereus els seus sis fills, un dels quals mor uns mesos després i són declarats hereus abintestats els seus dos fills sens perjudici de la quota usufructuària de la viuda. Anys després mor un d'aquests dos fills, llegant la seva llegítima a la seva mare i instituint hereva una altra persona. En l'escriptura d'herència d'aquest tercer causant s'inventaria la meitat indivisa d'un habitatge l'altra meitat del qual pertany a l'hereva, juntament amb altres béns entre els quals es troben els drets derivats de la successió del seu pare que es concreten en una dotzena part de quatre immobles que es descriuen. L'hereva s'adjudica la meitat indivisa del bé del qual ja era copropietària, juntament amb el passiu, i la legitimària s'adjudica la resta dels béns i participacions descrites. Ara es pretén la inscripció de l'escriptura d'adjudicació de les herències del primer i del segon causant, en l'inventari de la qual també s'inclou un cinquè bé no inclòs en l'escriptura d'herència del tercer causant. La Direcció entén que per a aquesta inclusió és necessari el consentiment de l'hereva del tercer causant, atès el principi d'unanimitat dels hereus en la partició. Segons els seus termes, l'escriptura que ella va atorgar juntament amb la mare i legitimària d'aquest tercer causant va ser una veritable escriptura de partició de la seva herència, i no una cessió dels drets hereditaris que ostentava en l'herència del seu pare.

#### **R. 26 juny 2019 (BOE 174, 22-VII-19: 10736)**

Admet la inscripció d'una escriptura d'adjudicació d'herència en la qual la partició es realitza pel comptador-partidor testamentari, i també intervenen per a acceptar les seves adjudicacions tots els hereus, un dels quals és una persona amb capacitat judicialment modificada i està representat per la seva tutora, una altra germana i hereva, amb la qual no té oposició d'interessos.

No és necessària l'autorització judicial prèvia per a la partició formulada pel comptador-partidor testamentari, ni tampoc la posterior, perquè les actuacions realitzades pel partidor són merament particionals.

El comissari està legitimat per fer la partició per si sol, de manera que no requereix la intervenció dels legitimaris ni dels hereus, per la qual cosa tampoc no és necessari que aquests siguin majors i plenament capaços. El que passa és que en el títol qualificat, a més de la partició que és de l'autoria exclusiva del partidor, els hereus intervenen per acceptar l'herència i les adjudicacions particionals, ja que el testador els va permetre optar per diverses possibilitats a l'hora de fer el pagament de l'adjudicació de l'incapaç.

L'article 271-4 Cc exigeix autorització judicial per acceptar herències sense benefici d'inventari en nom d'un incapaç. No obstant això, donades les circumstàncies d'aquest cas (no és una herència perjudicial i la partició la realitza el comptador-partidor testamentari) cal considerar vàlida l'acceptació i produïts els efectes del benefici d'inventari a favor del tutelat.

El tercer paràgraf de l'article 1057 Cc, en el cas que hi hagi cohereus sotmesos a potestat parental o tutela en la partició, imposa al comptador-partidor l'obligació d'inventariar tots els béns de l'herència amb citació dels seus representants legals. En el títol qualificat ha intervingut la tutora de l'hereva incapaç.

L'article 272 Cc exigeix d'autorització judicial la partició d'herència o divisió de cosa comuna realitzada pel tutor, si bé un cop practicades, requeriran aprovació judicial, la qual cosa es correspon amb l'article 1060 Cc. Però en aquest cas no es tracta d'una partició realitzada pels hereus (un dels quals es troba representat pel seu tutor), sinó que es tracta d'una partició unilateral pel comptador-partidor, de manera que hi ha una actuació subjecta a ratificació judicial.

#### **R. 3 juliol 2019 (BOE 178, 26-VII-19: 10945)**

El testador va llegar a la seva viuda l'usdefruit universal i va instituir hereus els seus quatre fills supervivents i dos nets, fills d'un altre fill mort abans del testament, amb pretericció d'un altre fill que era viu en el moment del seu atorgament, però que va morir sense descendents abans que el causant. També va llegar el terç de lliure disposició a un dels fills, la capacitat del qual està modificada judicialment, i va nomenar marmessor comptador-partidor amb les facultats més àmplies.

Ara es denega la inscripció d'una escriptura de liquidació parcial de guanys i adjudicació parcial d'herència, atorgada pel comptador i una de les filles, que intervé com a tutora del germà incapaç -acreditant el nomenament i l'acceptació com a tutora, però no la inscripció del càrrec en el Registre civil- i com a apoderada mancomunada de la viuda en virtut d'escriptura de poder atorgada davant el mateix Notari autoritzant, el qual en el seu judici de suficiència omet l'afirmació que se li ha aportat còpia autoritzada del poder. El consentiment de l'altra filla i apoderada consta mitjançant diligència posterior. En l'escriptura qualificada s'incorpora l'inventari de tots els béns del causant, que el comptador manifesta haver confeccionat amb citació de la tutora i de la viuda, i resulta que tots els béns de l'inventari són de guanys i consisteixen en immobles i una quantitat en metàl·lic. En l'es-

criptura s'adjudica una plaça de garatge de guanys íntegrament a la viuda, per la via de l'article 1062 Cc, sense adjudicar res a la massa hereditària la compensació de la qual amb altres béns es deixa per més endavant.

El primer defecte és l'omissió en el judici notarial de suficiència de l'afirmació que el Notari ha tingut la còpia autoritzada del poder. Certament l'article 166 RN eximeix de l'obligació d'exhibir-la quan -com passa en aquest cas- el poder consti en el protocol del mateix Notari, però per a això cal que el Notari manifesti expressament que l'apoderat està facultat per obtenir-ne còpia i que no consta nota de revocació.

El segon defecte és que no s'acredita la inscripció en el Registre Civil del càrrec de tutora. És doctrina consolidada que les diferents circumstàncies i fets relatius a l'estat civil de les persones, quan afectin la titularitat dels drets inscrits o la legitimació dels atorgants per afectar la validesa de l'acte, s'han d'acreditar mitjançant certificat de la seva inscripció en el Registre Civil. En cas contrari no es podran oposar a tercers.

El tercer defecte fa referència al respecte dels drets en la partició del fill preterit i dels substituïts per premoriència. La partició està pendent de la concreció dels drets de tots ells. La intervenció necessària de tots ells en el cas ha de conduir a suspendre qualsevol adjudicació.

Es desestimen altres defectes de la qualificació. Certament l'adjudicació de l'article 1062 Cc és un acte dispositiu -i no merament participatiu-, que requereix unanimitat dels comuns (article 404 Cc) quan no hi hagi metàl·lic hereditari suficient per compensar els altres hereus, de manera que l'obligació de pagament és a càrrec de l'hereu adjudicatari. No obstant això, en el cas resolt hi ha altres béns de guanys i, particularment, metàl·lic la suficiència del qual per cobrir la compensació correspon al comptador i a la viuda, que concorren en l'atorgament. D'altra banda, no és necessària la intervenció d'un defensor judicial, ja que amb la incorporació de l'inventari complet a l'escriptura i amb la intervenció efectiva de la tutora s'ha complert amb el paràgraf tercer de l'article 1057 Cc, que imposa al comptador-partidor inventariar els béns de l'herència amb citació dels representants legals dels hereus menors o incapaçs.

## R. 26 juliol 2019 (BOE 247, 14-X-19: 14713)

Suspèn la inscripció d'una acta notarial de protocol·lització d'operacions particionals aprovades judicialment perquè, com que la partició inicial ha estat objecte d'una correcció ulterior i consta la seva aprovació judicial, no resulta del títol qualificat de quin dels dos quaderns particionals protocol·litzats se sol·licita la inscripció.

L'altre defecte es desestima: encara que la sol·licitud de protocol·lització i el text de l'acta fan referència a una sentència de "liquidació de societat de guanys", del títol resulta evident que es tracta d'una partició hereditària aprovada judicialment.

## SUBSTITUCIÓ

### R. 14 juny 2019 (BOE 163, 9-VII-19: 10153)

Mitjançant sentència ferma es va declarar la propietat de la legatària sobre els béns llegats a favor seu, i es va acordar mi-

tjançant interlocutòria posterior tenir per efectuada, a l'efecte del lliurament del llegat, la declaració de voluntat de dues persones determinades que havien estat demandades com a substituïtes vulgars -no instituïdes nominativament- d'una de les hereves premorta.

Ara s'admet la inscripció de l'escriptura de lliurament de llegat atorgat en compliment d'aquesta sentència i interlocutòria, i és suficient per a això aportar certificat de defunció de l'hereva premorta i de naixement dels seus dos fills demandats, sense necessitat d'aportar també -com exigia el registrador- documents acreditatius de la inexistència d'altres substituïts vulgars, com el testament o l'acta de notorietat de la substituïda.

L'article 82 RH estableix un sistema obert per acreditar qui són els substituïts vulgars, de manera que l'acta de notorietat és una de les formes possibles però no l'única. En aquest supòsit s'ha acreditat en seu judicial la defunció de l'hereva premorta i la notificació dels seus fills. No cal exigir a més l'acreditació de la inexistència d'altres descendents.

## USDEFRUIT TESTAMENTARI

### R. 3 juliol 2019 (BOE 178, 26-VII-19: 10946)

El testador, casat i sense descendents ni ascendents, va llegar a la seva esposa l'usdefruit vitalici de tots els seus béns amb facultat de disposar a títol onerós per satisfer les seves necessitats apreciades per ella mateixa; i va instituir hereus els seus germans.

Ara es denega la inscripció de l'escriptura d'herència atorgada per la viuda, la qual s'adjudica l'únic bé del causant, una meitat en ple domini en pagament dels seus guanys i l'altra meitat com a usufructuària amb facultat de disposició.

Els hereus instituïts també han de comparèixer en l'escriptura. La Direcció desestima l'al·legació que el que va ordenar el causant a favor de la viuda és una substitució fideïcomissària de residu. Resulta complex diferenciar entre el fideïcomís i l'usdefruit amb facultat de disposició quan no hi ha nus propietaris o són indeterminats en el moment d'obrir-se la successió. La doctrina coneix aquest usdefruit com "pseudo usdefruit testamentari" i l'equipara al fideïcomís. Però no tot usdefruit testamentari s'ha d'identificar amb una substitució fideïcomissària. L'usdefruit és un dret sobre cosa aliena, de manera que la crida és única, si bé desmembrant entre diverses persones les facultats dominicals. En canvi, correspon al fiduciari el ple domini dels béns encara que amb l'obligació de conservar-los, i es produeix una crida successiva doble. La clàusula testamentària discutida determina nominalment els nus propietaris i s'ha d'entendre en el sentit literal de les seves paraules, però no apareix clarament que la voluntat del testador va ser una altra (article 675 Cc).

## TRACTE SUCCESSIU

### R. 7 juny 2019 (BOE 159, 4-VII-19: 9970)

Suspèn la inscripció d'una escriptura d'elevació a públic del contracte privat d'arrendament perquè la part arrendadora no és





el titular registral actual i, per tant, s'infringeixen els principis de legitimació i tracte successiu.

#### **R. 13 juny 2019 (BOE 163, 9-VII-19: 10152)**

Suspèn la inscripció d'una acta notarial d'expedient de continuació del tracte successiu interromput, perquè com que l'última inscripció de domini és de 1879 i es va fer per això la notificació al titular o als seus hereus mitjançant edicte publicat en el BOE, en aquest edicte es va reflectir com a promotor de l'expedient qui va comparèixer davant el Notari, quan aquesta persona actuava en representació del seu germà, que és qui realment pretén inscriure el domini a nom seu. La identificació correcta del promotor de l'expedient i el seu reflex en les notificacions és un tràmit essencial del procediment, no només per determinar-ne la idoneïtat com a nou titular, sinó perquè els tercers coneguin qui és la persona que al·lega un dret que pugui afectar els que ells mateixos ostenten sobre la finca i puguin efectuar les al·legacions oportunes.

#### **R. 8 juliol 2019 (BOE 180, 29-VII-19: 11080)**

Consta inscrita des de fa trenta anys la donació a diverses persones d'una finca que constava inscrita com de 2600 metres quadrats, si bé es va fer constar que la superfície en el moment de fer la donació només era de 2.000 metres quadrats perquè 600 metres estaven destinats a ser cedits a l'Ajuntament com a vials.

Ara es denega per manca de tracte la inscripció d'una escriptura actual per la qual la llavors donant, després de fer constar que la finca finalment no va quedar afectada per l'actuació urbanística prevista i que es va instar la reversió dels 600 metres destinats a vials, els dona a una altra persona.

La donant avui no és titular dels 600 metres esmentats que ara pretén donar, ja que en la donació inicial va modificar la superfície de la finca com a conseqüència de la cessió de vials, i la va transmetre amb aquesta descripció sense reservar-se cap dret sobre cap porció de la finca. D'altra banda, la mateixa donant està qüestionant la seva pròpia legitimació per disposar dels metres revertits, en reconèixer que s'han produït dues transmissions intermèdies pendents d'inscripció: la cessió a l'Ajuntament i la seva reversió.

#### **R. 8 juliol 2019 (BOE 180, 29-VII-19: 11082)**

Denega la cancel·lació d'una escriptura de domini i d'una anotació preventiva d'embargament, ja que ni el titular registral ni el creditor de l'embargament travat han estat part del procediment judicial de nul·litat d'escriptura on s'han ordenat aquestes cancel·lacions.

#### **R. 18 setembre 2019 (BOE 269, 8-XI-19: 16033)**

Admet la inscripció d'una acta notarial de finalització d'expedient de continuació del tracte, malgrat que no s'ordena de manera expressa la cancel·lació de la inscripció contradictòria.

Certament aquesta formalitat ha estat exigida per l'article 286 RH, però aquest precepte cal entendre'l derogat tàcitament per la Llei 13/2015, la derogatòria única del qual s'estén a les normes que s'oposin al que es preveu en aquesta Llei, la qual cosa

la Direcció interpreta que abasta tots els articles del Títol VI RH, els quals van ser dictats en execució de l'anterior Títol VI LH. La nova redacció d'aquest títol legal és en si mateixa prou detallada i es basa en principis diferents. L'acta de l'actual article 208 LH té per si mateixa virtualitat cancel·ladora sense que la nova norma n'exigeixi cap mandat exprés.

#### **R. 20 setembre 2019 (BOE 273, 13-XI-19: 16282)**

Denega la inscripció d'una interlocutòria dictada en un procediment judicial de continuació de tracte. Una meitat indivisa de la finca ja consta inscrita en nom de la fundació promotora de l'expedient per títol de compravenda de tota la finca atorgada el 1972, però llavors es va denegar la inscripció de l'altra meitat a favor de la fundació per figurar inscrita des de 1915 en nom d'un altre titular diferent del venedor. En l'expedient es pretén la continuació del tracte respecte d'aquesta meitat no inscrita en nom de la fundació, la qual invoca com a títol d'adquisició la mateixa compra de 1972.

En conseqüència, la Direcció entén que, si no es complementa amb la justificació de les transmissions entre el titular registral i els venedors en l'escriptura de compravenda, l'expedient judicial qualificat no és títol material suficient per emparar la continuació del tracte successiu.

#### **R. 20 setembre 2019 (BOE 273, 13-XI-19: 16285)**

Mitjançant la presentació d'una sentència que declara la nul·litat d'una societat mercantil, es pretén la cancel·lació de tres inscripcions (compravenda, hipoteca i adjudicació judicial) sobre una finca que va ser titular la societat. La Direcció ho denega perquè els titulars d'aquests negocis posteriors degudament inscrits no han estat part en el procediment.

#### **R. 16 octubre 2019 (BOE 281, 22-XI-19: 16831)**

Denega la inscripció d'una interlocutòria d'adjudicació d'un procediment d'execució de títols judicials perquè una participació de la finca adjudicada es troba inscrita a favor de persones respecte de les quals no consta que hagin estat cridades oportunament en el procediment, directament o a través dels seus hereus.

#### **R. 17 octubre 2019 (BOE 281, 22-XI-19: 16833)**

Suspèn per manca de tracte la inscripció d'una interlocutòria judicial d'aprovació de quadern particional en la qual disposa la inscripció d'unes finques en nom d'una de les hereves perquè aquestes no estaven inscrites en nom dels causants, sinó d'una altra hereva.

El consentiment expressat en el quadern particional manca de virtualitat transmissora. Sens dubte, si la titular registral hagués adquirit les finques per donació dels causants, el quadern particional hagués estat títol suficient quan es pretengués fer-ne la col·lació. Però és que en el quadern no es fa esment que les finques estan efectivament inscrites a nom de la titular, la qual segons l'historial registral les va adquirir per compra quan era menor d'edat i estava representada pel seu pare, sense que consti ni s'expressi cap causa transmissora que justifiqui la seva inclusió en l'inventari.

## R. 7 novembre 2019 (BOE 286, 28-XI-19: 17138)

Denega la inscripció d'una acta notarial que documenta un expedient de domini per continuar el tracte interromput, tramitat d'acord amb l'article 208 LH, perquè ha formulat oposició expressa qui, aportant un contracte privat de compromís de compravenda a favor seu, al·lega que va adquirir el seu dret, de la mateixa manera que el promotor de l'expedient, de les mateixes venedores, les quals afirmen ser causahavents de l'últim titular registral, la inscripció de domini del qual és de 1975.

Terminològicament, la Direcció estableix que, malgrat que s'hagi utilitzat de forma errònia l'expressió "acta de notorietat" i tot i que els expedients respectius es documentin mitjançant actes notarials i les seves diligències, les actuacions dels articles 201 (rectificació de cabuda), 203 (immatriculació) i 208 LH (continuació de tracte) són veritables expedients de domini.

La regla quarta de l'article 208 LH estableix que si algun dels esmentats no compareixés o formulés oposició, el Notari donarà per concloues les actuacions, i queda oberta pel promotor la via d'entaular judici declaratiu. En aquest cas, s'ha formulat una oposició amb causa expressada detallada amb aportació de prova documental indiciària.

## R. 20 novembre 2019 (BOE 296, 10-XII-19: 17728)

Suspèn la inscripció d'un decret d'adjudicació d'immobles venuts en subhasta pública com a conseqüència d'un procediment ordinari de dissolució de comunitat, perquè el procediment no s'ha dirigit contra els dos cotitulars registrals, les participacions dels quals -segons al·lega el recurrent- van ser transmeses a favor dels demandants.

A l'efecte del principi de tracte successiu, no és suficient que l'interessat declari o esmenti que els titulars intermedis d'adquisició existeixen, sinó que s'haurien de justificar i constatar que el procediment s'ha seguit contra causahavents dels titulars registrals, ja que les resolucions judicials produeixen efectes entre les parts processals però no davant de tercers (articles 222 LEC).

## R. 21 novembre 2019 (BOE 308, 24-XII-19: 18461)

Denega la pràctica d'una anotació preventiva d'embargament perquè en el moment de presentar-se el manament que ordena la trava, la finca està inscrita a favor d'una persona diferent del demandat (concretament els seus pares). Res no obsta el fet que el demandat sí que en sigui titular en el Cadastre, el qual és un registre administratiu de caràcter fiscal la funció del qual és aliena a la determinació i la publicitat del domini i altres drets reals.

## R. 22 novembre 2019 (BOE 308, 24-XII-19: 18465)

Suspèn la inscripció d'una escriptura de protocol·lització de quadern particional i addició d'herència perquè la finca no apareix inscrita a favor del transmissent.

## TRANSACCIÓ

### R. 14 novembre 2019 (BOE 290, 3-XII-19: 17390)

Denega la inscripció d'una interlocutòria judicial que homologa un acord transaccional en el qual una part renuncia a la nua pro-

pietat que ostentava sobre una finca a favor de la usufructuària. L'acord transaccional té naturalesa de document privat. L'homologació judicial no canvia la seva naturalesa, sinó que simplement acredita l'existència de l'acord. El principi de legalitat (article 3 LH) exigeix l'atorgament d'escriptura pública.

## USDEFRUIT, ÚS I HABITACIÓ

### R. 8 agost 2019 (BOE 254, 22-X-19: 15148)

### R. 8 agost 2019 (BOE 254, 22-X-19: 15149)

### R. 9 agost 2019 (BOE 261, 30-X-19: 15545)

### R. 3 setembre 2019 (BOE 261, 30-X-19: 15560)

### R. 8 novembre 2019 (BOE 286, 28-XI-19: 17139)

### R. 25 setembre 2019 (BOE 273, 13-XI-19: 16289)

Admet la inscripció d'una escriptura per la qual el propietari de diverses finques dona la seva nua propietat a una filla "i es reserva l'usdefruit i el dret a disposar-ne per testament a favor del seu cònjuge".

El registrador suspèn la inscripció del dret atribuït a l'esposa del donant perquè no es constitueix expressament un usdefruit successiu entre els consorts de l'article 521 Cc, sinó que únicament s'atribueix la mera facultat de disposar de l'usdefruit en testament després de la mort del donant; la qual cosa contradiu la regla de l'article 513 Cc que l'usdefruit s'extingeix per la mort de l'usufructuari.

No obstant això, per a la Direcció el caràcter vitalici que atorga a l'usdefruit l'article esmentat no és essencial ni estructural per a aquest dret. La doctrina reiterada favorable a l'admissió d'un *numerus apertus* de drets reals inscripibles permet al constituent de l'usdefruit disposar que, en el cas de defunció de l'usufructuari, no s'extingeixi l'usdefruit, sinó que consent la transmissió d'aquest dret encara separat del domini. La configuració del dret reservat respecta els límits estructurals de tot dret real d'acord amb els articles 2-2 LH i 7 RH.

### R. 3 octubre 2019 (BOE 274, 14-XI-19: 16382)

Admet la inscripció d'una escriptura en la qual el propietari d'un habitatge amb plaça de garatge annexa dona la seva "nua propietat" al seu fill i es reserva el dret d'habitatge vitalici. El registrador denega la inscripció perquè no entén degudament acreditats quins drets són objecte de donació i reserva: si el donant es reserva el dret d'habitatge i no l'usdefruit, no hi ha desmembrament del domini, sinó constitució d'un dret real d'habitatge per via de reserva.

No obstant això, la Direcció entén que, encara que el Codi utilitza l'expressió "nua propietat" com a correlativa a l'usdefruit, no es pot inferir que la voluntat dels atorgants en aquest cas fos la de retenir el conjunt de facultats que constitueixen aquest dret de gaudi, sinó només el corresponent al dret d'habitatge. D'altra banda, hi ha resolucions on la Direcció utilitza l'expressió "nu propietari" com correlativa a la de titular del dret d'ús (R. 10 desembre 2015, R. 5 setembre 2017).

### R. 26 novembre 2019 (BOE 311, 27-XII-19: 18548)

Denega la inscripció d'una clàusula d'una escriptura de compravenda d'usdefruit per la qual s'estableix el caràcter persona-



líssim del dret venut, que no es podrà transmetre ni gravar per cap títol.

Certament la possibilitat de constituir un dret d'usdefruit amb caràcter personalíssim i indisponible resulta totalment incontrovertible sobre la base del principi d'autonomia de la voluntat i el criteri de *numerus apertus* en la constitució de nous drets reals o modificació del contingut dels previstos legalment. Però una qüestió diferent és la possibilitat d'inscriure el pacte qualificat, que inclou una prohibició de disposar procedent d'un acte a títol oneros. És doctrina consolidada, sobre la base dels articles 26 i 27 LH, que les prohibicions de disposar voluntàries establertes en actes gratuïts tenen eficàcia real, produeixen la nul·litat de l'acte dispositiu que la contravingui i són inscripibles sempre que la legislació vigent reconegui la seva validesa; en canvi, les prohibicions establertes en actes a títol oneros no tenen eficàcia real, la seva infracció només produeix l'obligació d'indemnitzar danys i perjudicis i no són inscripibles.

## VIES PECUÀRIES

- R. 9 agosto 2019 (BOE 261, 30-X-19: 15547)**
- R. 9 agosto 2019 (BOE 261, 30-X-19: 15548)**
- R. 9 agosto 2019 (BOE 261, 30-X-19: 15549)**
- R. 19 setembre 2019 (BOE 269, 8-XI-19: 16039)**
- R. 19 setembre 2019 (BOE 269, 8-XI-19: 16040)**
- R. 19 setembre 2019 (BOE 269, 8-XI-19: 16041)**
- R. 19 setembre 2019 (BOE 269, 8-XI-19: 16042)**

Denega la pràctica d'una nota marginal sol·licitada per la Conselleria de Medi ambient sobre la finca d'un particular per fer constar que aquesta limita amb una via pecuària classificada que no està delimitada, de manera que en una delimitació futura la

posseïció de la totalitat o una part de la finca podria ser atribuïda a la comunitat autònoma.

No consta que s'hagi donat trasllat al titular registral de la finca afectada de l'expedient administratiu del qual ha resultat la sol·licitud de pràctica de nota marginal d'acord amb els principis de legitimació registral i tracte successiu.

## HABITATGE DE PROTECCIÓ OFICIAL

### R. 21 novembre 2019 (BOE 308, 24-XII-19: 18459)

Suspèn la cancel·lació d'una nota marginal de prohibició i limitació de disposar que grava un habitatge de protecció oficial en virtut de l'article 13 RD 801/2005 (Pla Estatal 2005-2008 per a afavorir l'accés dels ciutadans a l'habitatge). La cancel·lació es pretén com a pas previ per a continuació vendre l'habitatge a l'Empresa Municipal de Vivienda y Suelo de Madrid SA. A aquest efecte s'aporta resolució de la Direcció general d'Habitatge que autoritza la venda, així com certificat bancari acreditatiu de la devolució del préstec.

A diferència del que establia l'anterior RD 1/2002, el RD 801/2005 subjecta a prohibició de disposar totes les compravendes acollides a quest, encara que no hagin obtingut ajudes financeres (si les haguessin obtingut, la supressió de la prohibició de disposar n'exigeix a més la devolució prèvia).

Encara que l'adquirent sigui l'empresa municipal del sòl de Madrid -i és evident que no l'afecta la prohibició de disposar perquè no té ànim de lucre-, la nota marginal no es pot cancel·lar perquè la prohibició tindria lloc per a futurs adquirents successius durant tot el temps que duri el règim de protecció (10 anys en aquest cas).



# Resolucions de la DGRN en recursos de matèria fiscal

Publicades durant el segon semestre de 2019

Redacció Lefebvre

## DGRN

### NOTARIS

#### Incompatibilitat del Notari autoritzant alhora hereu

**Ref. EDE 2019/666568, DGRN Res. de 10 juliol 2019**

RESUM: Incompatibilitat del Notari autoritzant alhora hereu. La DGRN diu que el Notari és incompatible per a autoritzar escriptures d'herència en les quals ell o els seus parents fins al quart grau adquireixin drets, fins i tot encara que els altres interessats en l'herència s'adhereixin o ratifiquin en escriptures separades davant un altre Notari. La incompatibilitat comporta la nul·litat de l'escriptura i és qualificable pel registrador.

ITER PROCESSAL: Recurs interposat per un Notari contra la negativa del registrador de la propietat a inscriure una escriptura de manifestació d'herència. La DGRN desestima el recurs i estableix la seva incompatibilitat per a autoritzar escriptures d'herència en les quals ell o els seus parents fins al quart grau adquireixin drets.

#### Els Notaris no poden exercir a través de societats professionals

**Ref. EDE 2019/719917, DGRN Res. de 18 setembre 2019**

RESUM: Els Notaris no poden constituir una empresa per a exercir la seva tasca. La DGRN estableix que els Notaris no poden exercir a través de societats professionals. L'activitat del Notari com a funcionari públic només pot ser exercida directament per ell mateix i només se li poden atribuir a ell els drets i

les obligacions inherents a l'exercici de la seva activitat notarial, perquè la suposada societat professional no podria directament, de cap manera, ni donar fe, d'acord amb les lleis, dels contractes i altres actes extrajudicials, ni se li poden atribuir els drets i les obligacions inherents al tal àmbit de l'activitat notarial.

ITER PROCESSAL: Recurs interposat per una notaria contra la negativa del registrador mercantil a inscriure l'escriptura de constitució d'una societat professional de Notaris. La DGRN estableix que l'activitat del Notari com a funcionari públic només pot ser exercida directament per ell mateix i només se li poden atribuir a ell els drets i les obligacions inherents a l'exercici de la seva activitat notarial.

#### Transmissions forçoses de participacions socials pel seu valor comptable

**Ref. EDE 2019/593356, DGRN Res. de 9 maig 2019**

RESUM: Transmissions forçoses de participacions socials pel seu valor comptable. Exercici del dret d'adquisició preferent. La DGRN confirma la possibilitat d'establir el valor comptable de les participacions socials o accions com el valor raonable a l'efecte de l'exercici del dret d'adquisició preferent en el cas de transmissió forçosa. Amb la inclusió del dret d'adquisició preferent i de la possibilitat d'exclusió del soci, s'aconsegueix evitar l'adjudicació de les participacions a favor d'un tercer. A més, cal que el valor raonable es fixi sobre la base del valor comptable.

ITER PROCESSAL: Recurs interposat per l'Agència Estatal d'Administració Tributària contra la nota de qualificació estesa



pel registrador de la propietat, per la qual se suspèn la inscripció d'una certificació d'acta d'adjudicació directa en procediment de constreyniment administratiu. La DGRN desestima el recurs i confirma la nota de qualificació del registrador.

### **Impost sobre l'Increment del Valor dels Terrenys de Naturalesa Urbana**

#### **Ref. EDE 2019/13863, DGRN Res. d'1 abril 2019**

RESUM: Impost sobre l'increment del valor dels terrenys de naturalesa urbana. Requisits fiscals. La DGRN declara que, tot i que segons l'ordenament fiscal és obligatori el sistema d'autoliquidació pel subjecte passiu de l'Impost sobre l'increment del valor dels terrenys de naturalesa urbana, permet presentar declaració davant l'Administració tributària municipal quan el subjecte passiu consideri que la transmissió s'hagi de declarar exempta, prescrita o no subjecta. L'ordenament detalla com s'ha d'entendre acreditat el compliment de les obligacions tributàries derivades d'aquest impost per evitar el tancament del Registre.

ITER PROCESSAL: Recurs interposat per hereva, que sol·licitava la inscripció al seu favor d'una quarta part indivisa de finca contra la nota de qualificació de la registradora de la propietat, per la qual se suspèn la inscripció sol·licitada mentre no s'acrediti l'autoliquidació prèvia o la declaració de l'Impost sobre l'increment del valor dels terrenys de naturalesa urbana. La DGRN estima el recurs i revoca la qualificació impugnada assenyalant que, encara que el sistema d'autoliquidació de l'Impost sobre l'increment del valor dels terrenys de naturalesa urbana és obligatori pel subjecte passiu, permet presentar declaració davant l'Administració tributària municipal quan el subjecte passiu consideri que la transmissió s'hagi de declarar exempta, prescrita o no subjecta.

### **DGT**

#### **IRPF**

#### **Ref. EDE 2019/730180, DGT Consulta n. V3048-19 de 29 octubre 2019**

RESUM: Tractament de l'IRPF en indemnització per accident a l'estranger. La DGT, respecte de la indemnització percebuda per la consultant amb residència fiscal a Espanya per un atropellament sofert a Itàlia, conclou que està exempta de l'IRPF si la quantia es correspon amb la que pugui establir la normativa italiana o amb la quantia que judicialment poguessin reconèixer els jutges i tribunals d'Itàlia.

ITER PROCESSAL: La consultant, amb residència fiscal a Espanya, va ser atropellada per un camió a Roma el 2017; el 2019 va percebre una indemnització de la companyia asseguradora del causant del dany. Planteja la qüestió de com s'ha de tractar la indemnització a l'IRPF. La DGT conclou que està exempta si la quantia es correspon amb la que pugui establir la normativa italiana o amb la quantia que judicialment poguessin reconèixer els jutges i tribunals d'aquest país.

#### **Ref. EDE 2019/730197, DGT Consulta n. V3056-19 de 30 octubre 2019**

RESUM: Les pràctiques acadèmiques extracurriculars també tributen en renda. La DGT, en relació amb la consulta sobre si s'ha de declarar l'ajut a l'estudi en la seva declaració de l'Impost sobre la renda de les persones físiques, assenyala que ha de declarar l'ajut com a rendiment del treball, no exempt, i sotmès a retenció, ja que el paga una entitat obligada a retenir com és la Diputació. El tipus de retenció aplicable es determina d'acord amb el procediment general, tenint en compte que el tipus resultant no pot ser inferior al 2% en tenir la relació entre alumne i empresa una durada inferior a l'any.

ITER PROCESSAL: El consultant va percebre uns rendiments sobre els quals es va practicar una retenció del 2% i que procedeixen d'un ajut a l'estudi per unes pràctiques acadèmiques externes extracurriculars en el marc d'un conveni de cooperació educativa. La qüestió plantejada és si ha de declarar l'ajut a l'estudi en la seva declaració de l'IRPF. La DGT conclou que ha de declarar l'ajut com a rendiment del treball, no exempt, i sotmès a retenció, ja que el paga una entitat obligada a retenir.

#### **Ref. EDE 2019/714282, DGT Consulta n. V2330-19 de 10 setembre 2019**

RESUM: IRPF: el mínim per descendents es pot aplicar també pels nets. La DGT confirma la possibilitat que els avis puguin aplicar el mínim per descendents en les mateixes condicions establertes per al mínim per fills. La norma no restringeix l'aplicació dels mínims per descendents a l'existència d'un parentiu paternofilial, sinó que comprèn les relacions amb un grau de consanguinitat més llunyà –nets, besnets–, així com la seva adopció, tutela o acolliment.

ITER PROCESSAL: La consultant conviu al seu habitatge familiar amb la seva filla i els seus dos nets menors d'edat. La filla, mare soltera sense cap vincle amb el pare dels seus fills, no percep rendes superiors a 8.000 euros anuals. No hi ha cap conveni regulador ni sentència judicial i el pare no passa cap quantitat de diners als fills. Mentre la mare no tingui ingressos, els nets depenen econòmicament de l'àvia. Els nets no presenten declaració d'IRPF ni tenen rendes que sobrepassin els 1.800 euros. La qüestió plantejada és si es pot aplicar el mínim per descendents pels seus dos nets i en quin percentatge. La DGT confirma la possibilitat que els avis puguin aplicar el mínim per descendents en les mateixes condicions establertes per al mínim per fills.

#### **Ref. EDE 2019/713947, DGT Consulta n. V2655-19 de 30 setembre 2019**

RESUM: Increment de la deducció en l'IRPF per despesa en jardí d'infants. No procedeix si l'establiment no té autorització de l'Administració educativa. La DGT assenyala que no és procedent l'increment de la deducció de l'art. 81.2 LIRPF per despeses satisfetes a persones físiques o jurídiques que puguin desenvolupar tasques de custòdia de nens menors de tres anys que no compten amb l'autorització de l'Administració educativa per la naturalesa o la finalitat de la custòdia.

ITER PROCESSAL: Es planteja la qüestió de si resulta d'aplicació l'increment de la deducció de l'art. 81.2 Llei 35/2006 per les despeses satisfetes a un establiment de cura de menors que no té l'autorització de l'Administració educativa competent en no tractar-se d'un centre d'educació infantil autoritzat. La DGT conclou que no és procedent si l'establiment no té autorització de l'administració educativa.

**Ref. EDE 2019/651111, DGT Consulta n. V1586-19 de 27 juny 2019**

RESUM: Tractament fiscal de les ajudes percebudes després d'inundacions. La DGT assenyalava que els ajuts o les subvencions rebuts per les comunitats autònomes, els ajuntaments i altres Administracions Públiques estarien exempts de tributació en l'IRPF sempre que estiguin justificats pels danys soferts en l'habitatge habitual com a conseqüència de les inundacions. Aquesta mesura troba la seva raó de ser en els motius d'urgència social per tal de substituir o reparar l'aixovar domèstic destruït i ajuts per a la reparació o la substitució dels elements patrimonials afectats.

ITER PROCESSAL: L'habitatge habitual del consultant es va veure afectat per una inundació i va patir diversos danys com a conseqüència dels quals ha rebut diferents subvencions i ajuts procedents de la seva comunitat autònoma, del seu ajuntament, de l'Administració Provincial i de l'Estat. Planteja la qüestió de com tributen en l'IRPF els dits ajuts. La DGT assenyalava que estarien exempts de tributació sempre que estiguin justificats pels danys soferts en l'habitatge habitual com a conseqüència de les inundacions.

**Ref. EDE 2019/650528, DGT Consulta n. V1436-19 de 14 juny 2019**

RESUM: Devolució pels advocats de la compensació econòmica pels serveis d'assistència jurídica gratuïta. Incidència en l'IRPF. La DGT aclareix la incidència en l'IRPF de la devolució pels advocats al seu col·legi professional de la compensació econòmica pels serveis d'assistència jurídica gratuïta en el torn d'ofici, en els supòsits en què el beneficiari inicial ha d'abonar els honoraris professionals dels lletrats. Poden sol·licitar la devolució d'ingressos indeguts no solament els obligats tributaris que hagin fet l'eventual ingrés indegut, sinó també les persones que hagin suportat la retenció considerada indeguda.

ITER PROCESSAL: Es planteja la qüestió de la incidència en l'IRPF de la devolució pels advocats al seu col·legi professional de la compensació econòmica, pels serveis d'assistència jurídica gratuïta en el torn d'ofici, en els supòsits en què el beneficiari inicial ha d'abonar els honoraris professionals dels lletrats. La DGT conclou que poden sol·licitar la devolució d'ingressos indeguts no només els tributaris obligats que hagin fet l'eventual ingrés indegut, sinó també les persones que hagin suportat la retenció considerada indeguda.

**Ref. EDE 2019/593567, DGT Consulta n. V656-19 de 26 març 2019**

RESUM: Espais de coworking; deduïbilitat de les quantitats satisfetes per la utilització d'aquest espai. La DGT assenyalava que

els costos destinats a llogar un espai de coworking són despeses deduïbles del rendiment de l'activitat econòmica, ja que la tal despesa s'ha d'entendre produïda en l'exercici de l'activitat. La deduïbilitat d'una despesa està condicionada, entre altres requisits, al fet que quedi convenientment justificada.

ITER PROCESSAL: La consultant ha subscrit un contracte de serveis amb un "espai de coworking" per a la utilització d'un despatx juntament amb una sèrie de serveis addicionals per al desenvolupament de la seva activitat professional, consistent en l'assessorament laboral a empreses. Planteja la qüestió de si són deduïbles les quantitats satisfetes per la utilització d'aquest espai. La DGT conclou que són deduïbles del rendiment de l'activitat econòmica sempre que es justifiquin.

**Ref. EDE 2019/12302, DGT Consulta n. V280-19 de 13 febrer 2019**

RESUM: IRPF. Indemnització per acomiadament fraccionada i pagament del conveni especial amb la Seguretat Social fins a l'edat ordinària de jubilació. Tractament fiscal. La DGT assenyalava que la indemnització per acomiadament col·lectiu està exempta de tributació en l'IRPF amb el límit establert. Si la indemnització supera la quantitat que resultaria d'aplicar els límits, l'excés estarà subjecte i no exempt i es qualificarà com a rendiment de la feina, amb la qual cosa pot resultar d'aplicació el percentatge de reducció del 30% previst en l'art. 18.2 LIRPF. Quan la indemnització es fraccioni en dos o més períodes impositius, queda sotmesa a tributació efectiva per l'IRPF a partir del moment en què l'import acumulat superi la quantitat que gaudeix d'exempció. Respecte de la prejubilació, correspon al treballador l'obligació de pagament de les cotitzacions i l'empresa, en finançar el pagament del cost del conveni que satisfà el treballador, ha de determinar per a aquest l'obtenció d'un rendiment de la feina sense que sigui aplicable reducció. Posteriorment el treballador computarà una despesa deduïble per aquest import.

ITER PROCESSAL: El consultant va extingir la seva relació laboral en l'àmbit d'un acomiadament col·lectiu i es va acollir a un programa de prejubilació i percep una indemnització per acomiadament que se satisfà en pagaments semestralment durant el període de jubilació fins al compliment dels 63 anys d'edat. A més, percep una altra quantitat destinada al pagament del cost del Conveni Especial amb la Seguretat Social fins al compliment dels 63 anys d'edat o, si és el cas, la data de jubilació si aquesta és anterior. La qüestió plantejada és el tractament fiscal per l'IRPF de les quantitats percebudes. La DGT conclou que la indemnització per acomiadament col·lectiu està exempta de tributació en l'IRPF amb el límit establert quan la indemnització es fraccioni en dos o més períodes impositius, i queda sotmesa a tributació efectiva per l'IRPF a partir del moment en què el seu import acumulat superi la quantitat que gaudeix d'exempció.

## IVA

**Ref. EDE 2019/650616, DGT Consulta n. V1560-19 de 25 juny 2019**

RESUM: Tributació en l'IVA dels serveis de "cashback". La DGT assenyalava que les comissions cobrades per l'entitat que presta





els serveis de “cashback”, és a dir disposició d'efectiu a través de l'ús d'una aplicació al telèfon mòbil, en la mesura que responen a l'execució d'una operació financera de transferència de crèdit, han de quedar subjectes i exemptes de l'IVA. Respecte de l'IAE no cal que l'establiment mercantil cursi una nova alta en un epígraf diferent del de la seva activitat principal per a la realització d'aquest servei.

**ITER PROCESSAL:** L'entitat consultant ha arribat a un acord amb alguns establiments comercials en virtut del qual presten serveis de “cashback –disposició d'efectiu a través de l'ús d'una aplicació al telèfon mòbil. Aquest servei ha d'anar acompanyat de forma obligatòria per una compra a l'establiment en el qual es pretengui efectuar la retirada d'efectiu. Planteja les qüestions de si les comissions cobrades per l'entitat consultant pel servei de disposició d'efectiu estan subjectes i exemptes de l'IVA i si la consultant i els establiments comercials s'han de donar d'alta en l'Impost sobre Activitats Econòmiques. La DGT conclou que han de quedar subjectes i exemptes d'IVA en la mesura que responen a l'execució d'una operació financera de transferència de crèdit i que no és necessària l'alta en l'IAE en un epígraf diferent del de la seva activitat principal.

## TEAC

### Canvi de titularitat de persona física a jurídica en punt de venda de Loteries de l'Estat

**Ref. EDE 2019/31892, TEAC Res. 2891/2017 de 10 setembre 2019**

**RESUM:** Canvi de titularitat de persona física a jurídica en punt de venda de loteries de l'Estat. El TEAC ha resolt, respecte de la transmissió per part d'una contribuent de la titularitat d'un punt de venda de loteries de l'Estat que tenia concedida com a persona física, a una societat unipersonal de la qual resulta administradora, que no ho ha guany patrimonial. Un punt de venda no ha tingut mai al seu patrimoni de distribuïdor de jocs i apostes de l'Estat l'anomenat “dret de transmetre” sense haver signat prèviament un contracte mercantil; així, en no produir-se una transmissió, s'ha de rebutjar que hi hagi guany o pèrdua patrimonial com a conseqüència d'una alteració en la composició del patrimoni.

**ITER PROCESSAL:** S'interposa reclamació contra l'acord de liquidació provisional pel concepte de l'IRPF. Mitjançant comunicació notificada es van iniciar actuacions inspectores relatives a l'IRPF d'abast parcial, limitades a la comprovació de la transmissió de l'Administració de Loteria. La contribuent havia presentat en termini reglamentari declaració liquidació per l'IRPF, sense declarar cap guany patrimonial com a conseqüència de la transmissió de la titularitat d'un punt de venda de Loteria de l'Estat. El TEAC estima aquesta reclamació, anul·la l'acte impugnat i assenyala, respecte de la transmissió per part d'una contribuent de la titularitat d'un punt de venda de Loteries de l'Estat que tenia concedida com a persona física a una societat unipersonal de la qual resulta administradora, que no hi ha guany patrimonial.

### No-inclusió en la declaració d'IRPF de rendes que no figuren en les dades fiscals

**Ref. EDE 2019/14096, TEAC Res. 5355/2018 de 9 abril 2019**

**RESUM:** No-inclusió en la declaració d'IRPF de rendes que no figuren en les dades fiscals. Pot ser causa d'infracció tributària. El TEAC assenyala que en els supòsits en què es presenti la declaració de l'Impost sobre la renda de les persones físiques de conformitat amb una informació, errònia o no completa, subministrada per l'AEAT en les dades fiscals, és possible que es produeixi una infracció tributària si hi ha culpabilitat del contribuent.

**ITER PROCESSAL:** Davant resolució de TEAR d'Aragó estimatòria de la reclamació interposada per la tributària obligada que va ser sancionada per no incloure en la declaració de l'IRPF com a rendiments de la feina els percebuts com a treballadora de la llar, perquè aquests rendiments no es recollien en la informació subministrada per l'AEAT a les seves dades fiscals, el director del Departament de Gestió Tributària de l'Agència Estatal d'Administració Tributària interposa recurs extraordinari d'alçada per a unificació de criteri. El TEAC acorda estimar el recurs, unificant criteri i estableix que la no-inclusió en la declaració de l'IRPF de rendes que no figuren en les dades fiscals pot ser causa d'infracció tributària.

### No deduïbilitat de l'IVA de determinades atencions a clients

**Ref. EDE 2019/28397, TEAC Res. 9251/2015 de 15 juliol 2019**

**RESUM:** No deduïbilitat de l'IVA de determinades atencions a clients. El TEAC assenyala que s'exclou de la regla general de deduïbilitat de les quotes de l'IVA les despeses en espectacles i serveis de caràcter recreatiu, i dels béns o serveis destinats a atencions a clients, assalariats o terceres persones. Són, per tant, despeses el IVA de les quals no és deduïble d'acord amb la normativa espanyola.

**ITER PROCESSAL:** Contra la resolució de liquidació provisional i els acords d'imposició de sanció interposats a una mercantil, respecte de la no-deduïbilitat de l'IVA d'algunes atencions a clients, aquesta interposa reclamacions econòmicoadministratives davant el TEAC que les desestima en indicar que són despeses l'IVA de les quals no és deduïble.

### Procediment de recaptació: diligències d'embargament

**Ref. EDE 2019/24659, TEAC Res. 3388/2016 de 27 juny 2019**

**RESUM:** Procediment de recaptació: diligències d'embargament. El TEAC resol que les quantitats consignades en concepte d'interessos de demora i costes en les diligències d'embargament, en aquest moment processal, no necessiten notificació de les diligències d'embargament, de l'especificació del detall del seu càlcul ni cap justificació documental, que, en canvi,

sí que seran exigibles i impugnables un cop es cancel·li el total del deute de què es tracti.

ITER PROCESSAL: La directora del Departament de Recaptació de l'AEAT interposa recurs d'alçada davant la resolució del TEAR de Galícia que va anul·lar una diligència d'embargament. El TEAC estima el recurs i assenyalava que les quantitats consignades en concepte d'interessos de demora i costes en les diligències d'embargament són exigibles i impugnables un cop es cancel·li el total del deute de què es tracti.

## **Anul·lació de sanció del 150% del guany patrimonial imputat pel valor dels béns a l'estranger**

**Ref. EDE 2019/18044, TEAC Res. 529/2016 de 27 juny 2019**

RESUM: Anul·lació de sanció del 150% del guany patrimonial imputada pel valor dels béns a l'estranger. Manca de culpabilitat. El TEAC resol que el coneixement de la norma no suposa de forma automàtica la concurrència de culpabilitat. A l'hora d'apreciar la culpabilitat inherent a tota infracció, no s'ha de qualificar de la mateixa manera la conducta d'aquell qui conscientment i voluntàriament oculta la tinença de béns a l'estranger i no presenta la Declaració informativa, que la de l'altre que no va tenir aquesta intenció i va complir la seva obligació encara que fora de termini.

ITER PROCESSAL: S'interposa reclamació econòmicoadministrativa davant el TEAC contra un acord de liquidació de l'IRPF i la seva sanció corresponent. S'estima el recurs en part, i es confirma la liquidació impugnada perquè resulta ajustada a Dret i anul·la la sanció, en indicar que no s'ha de qualificar de la mateixa manera la conducta d'aquell qui, conscientment i voluntàriament, oculta la tinença de béns a l'estranger i no presenta la declaració informativa, que la de l'altre que no va tenir aquesta intenció i va complir la seva obligació encara que fora de termini.

## **Valoració d'un bé feta per una Administració tributària: vincula les altres**

**Ref. EDE 2019/20285, TEAC Res. 3337/2018 de 14 maig 2019**

RESUM: Valoració d'un bé feta per una Administració tributària. Vincula les altres Administracions. El TEAC resol que la valoració d'un bé feta per una Administració Tributària, vincula les altres Administracions competents a tots els efectes, més si es tracta d'impostos estatals. Així, el valor real dels béns adquirits, comprovat per tècnic competent de l'Administració autonòmica, a l'efecte de la liquidació practicada a la societat pel concepte tributari Transmissions patrimonials oneroses, vincularia la Inspecció en la determinació del valor de mercat corresponent a aquesta adquisició, a l'efecte de determinar en l'Impost sobre Societats l'increment de base imposable derivat de

la transmissió lucrativa per la diferència entre el valor escripturat i declarat.

ITER PROCESSAL: S'interposa recurs d'alçada davant la resolució del TEAR de Madrid, per la qual s'acorda la desestimació de la reclamació econòmicoadministrativa interposada contra l'acord de liquidació dictat per la Dependència Regional d'Inspecció de la Delegació Especial de l'AEAT de Madrid en relació amb l'Impost sobre Societats. El TEAC estima en part el recurs i assenyalava que la valoració d'un bé realitzada per una Administració tributària vincula les altres Administracions.

## **Prescripció del dret de l'AEAT de reclamar el deute tributari**

**Ref. EDE 2019/9739, TEAC Res. 1093/2017 de 20 març 2019**

RESUM: Prescripció del dret de l'AEAT de reclamar el deute tributari. El TEAC dicta criteri sobre la declaració d'ofici de la prescripció del dret de l'AEAT a reclamar el deute tributari. Estableix que els òrgans econòmicoadministratius, quan revisen un acte d'execució, poden declarar d'ofici o a instància de l'interessat la prescripció del dret de l'Administració al cobrament del deute liquidat prèviament, sense requerir prèviament l'Administració perquè acrediti l'existència de possibles actes que hagin pogut interrompre la prescripció i que no hagin estat inclosos en l'expedient.

ITER PROCESSAL: S'interposa recurs extraordinari d'alçada per a la unificació de criteri interposat davant resolució del TEAR de Madrid estimatòria de la reclamació presentada referida a les dates de notificació a l'interessat de la providència de constrenyiment i de la diligència d'embargament, entenent que és procedent declarar d'ofici la prescripció de l'acte impugnat. El TEAC ho desestima i fixa el criteri següent: els òrgans econòmicoadministratius, amb motiu de la revisió d'un acte d'execució, poden declarar d'ofici o a instància de l'interessat la prescripció del dret de l'Administració al cobrament del deute liquidat prèviament, sense requerir abans l'Administració perquè acrediti l'existència de possibles actes que hagin pogut interrompre la prescripció i que no hagin estat inclosos en l'expedient.

## **Impost sobre societats: llibertat d'amortització**

**Ref. EDE 2019/4030, TEAC Res. 1524/2017 de 14 febrer 2019**

RESUM: Impost sobre societats: llibertat d'amortització. Termini per a l'exercici de l'"opció". El TEAC resol que la llibertat d'amortització és una opció i només es pot exercir en el termini reglamentari de presentació de la declaració. Si un subjecte passiu decideix en la declaració d'un exercici no acollir determinats béns i/o drets a la llibertat d'amortització, posteriorment ja no podrà mudar aquesta opció respecte d'aquest exercici. Això no li impedirà poder gaudir del benefici en els exercicis següents,



tot i que la llibertat d'amortització abasti els mateixos béns i/o drets.

ITER PROCESSAL: S'interposa recurs extraordinari d'alçada per a la unificació de criteri interposat davant resolució del TEAR de Cantàbria, centrant-se la qüestió de fons a determinar si la llibertat d'amortització és una opció i, en conseqüència, quan es pot exercir. El TEAC estima el recurs i unifica el criteri en indicar que la llibertat d'amortització és una opció i només es pot exercir en el termini reglamentari de presentació de la declaració.

### **Fusió societària. Càlcul de la base de la deducció de l'IS per evitar la doble imposició interna**

**Ref. EDE 2019/1780, TEAC Res. 3865/2017 de 16 gener 2019**

RESUM: Fusió societària. Càlcul de la base de la deducció de l'IS per evitar la doble imposició interna. El TEAC estableix que, per calcular la base de la deducció de l'IS i evitar la doble imposició interna en una operació societària –fusió–, hem de tenir en compte el resultat net abans de la fusió, i el resultat net després d'aquesta, però agregant tots dos imports per calcular així la base de la deducció, que és única.

ITER PROCESSAL: S'interposen reclamacions econòmicoadministratives davant el TEAC contra un acord de liquidació de l'Impost sobre societats i la seva sanció corresponent. El TEAC n'estima parcialment algunes i n'estima una altra en indicar que, per calcular la base de la deducció de l'IS i evitar la doble imposició interna en una fusió societària, hem de tenir en compte el resultat net abans de la fusió i el resultat net després d'aquesta.

## **TJUE**

### **Aplicació de l'impost sobre transmissions patrimonials a empresa de compravenda d'or**

**Ref. EDE 2019/603559, STJUE de 12 juny 2019, C-185/18**

RESUM: Aplicació de l'impost sobre transmissions patrimonials a empresa de compravenda d'or. El TJUE considera que la Directiva de l'IVA i el principi de neutralitat fiscal no s'oposen a la normativa espanyola que aplica l'impost sobre transmissions patrimonials a les empreses de compravenda d'or. Aquesta Directiva autoritza els Estats membres a mantenir o a establir impostos, drets i taxes sempre que aquests no es puguin assimilar a un impost sobre el volum de negocis (FJ 19-30).

ITER PROCESSAL: La petició de decisió prejudicial té per objecte la interpretació de la Directiva 2006/112/CE del Consell, de 28 de novembre de 2006, relativa al sistema comú de l'impost sobre el valor afegit, com també del principi de neutralitat fiscal. Petició presentada en el marc d'un litigi entre una mercantil i la Diputació Foral de Biscaia, en relació amb la negativa a la deducció de l'Impost sobre Transmissions Patrimonials i Actes Jurídics Documentats. El TJUE considera que la Directiva de l'IVA i el prin-

cipi de neutralitat fiscal no s'oposen a la normativa espanyola que aplica l'impost sobre transmissions patrimonials a les empreses de compravenda d'or.

## **TS**

### **Moment per comunicar l'existència d'indis de delictes fiscal**

**Ref. EDE 2019/704446, STS Sala 3a, de 25 setembre 2019, rec. 85/2018 Ponent: Sr. Jesús Cudero Blas**

RESUM: Anul·lat l'apartat del Reglament d'Inspecció Tributària sobre el moment per comunicar l'existència d'indis de delictes fiscal. El TS ha declarat la nul·litat de l'apartat del Reglament d'Inspecció Tributària sobre el moment de comunicar l'existència d'indis de delictes fiscal. La possibilitat que estableix l'apartat esmentat que l'Administració tributària comuniqui al jutge o fiscal l'existència d'indis de delictes contra la Hisenda Pública "en qualsevol moment, amb independència que s'hagués dictat liquidació administrativa o, fins i tot, imposat sanció", no té prou habilitació legal i s'oposa de manera radical als preceptes legals, que disciplinen la forma en què s'ha de conduir l'Administració tributària quan s'aprecia que un contribuent ha pogut cometre un delictes contra la Hisenda Pública (FJ 4). S'emeten vots particulars.

ITER PROCESSAL: L'Associació Espanyola d'Assessors Fiscals va interposar recurs contenciós administratiu contra el RD 1070/2017, de 29 de desembre, pel qual es modifiquen el Reglament General de les actuacions i els procediments de gestió i inspecció tributària i de desenvolupament de les normes comunes dels procediments d'aplicació dels tributs, aprovat pel RD 1065/2007, de 27 de juliol, i el RD 1676/2009, de 13 de novembre, pel qual es regula el Consell per a la Defensa del Contribuent. El TS ha declarat la nul·litat de l'apartat del Reglament d'Inspecció Tributària sobre el moment de comunicar l'existència d'indis de delictes fiscal.

### **Impost de successions**

**Ref. EDE 2019/739645, STS Sala 3a, de 25 novembre 2019, rec. 6270/2017 Ponent: Sr. José Díaz Delgado**

RESUM: Prescripció del dret de l'Administració per determinar el deute tributari. Liquidació Impost de successions. El TS respecte de la liquidació de l'Impost de successions estableix que, un cop declarada la caducitat d'un expedient iniciat per declaració, els actes d'aquest, inclosa la declaració, no interrompen el termini de prescripció, per la qual cosa el procediment només es pot reiniciar si no ha transcorregut el termini legalment establert (FJ 2 i 3).

ITER PROCESSAL: El TS indica que no escau el recurs de casació interposat per la lletrada dels serveis jurídics del Govern de Canàries, en nom i representació de l'Administració de la Comunitat Autònoma de Canàries, i fixa com a criteri interpretatiu, respecte de la liquidació de l'impost de successions, que els actes d'un expedient iniciat per declaració no interrompen el termini de prescripció.





# Resolucions

## TC

### **Impost sobre el valor dels terrenys de naturalesa urbana**

**Ref. EDE 2019/722724, STC, Ple de 31 octubre 2019, rec. 1020/2019 Ponent: Sr. Pedro José González-Trevijano Sánchez**

RESUM: Inconstitucionalitat de l'impost municipal de plusvàlues. Quan resulti una quota a pagar més gran que l'increment obtingut. El Ple del TC declara inconstitucional l'impost municipal de plusvàlues quan la quota resultant per pagar sigui més gran que l'increment realment obtingut pel ciutadà. Quan hi ha un increment de la transmissió i la quota que surt a pagar és més gran

que l'increment obtingut realment pel ciutadà, s'estaria tributant per una renda inexistente, virtual o fictícia, cosa que produiria un excés de tributació contrari als principis constitucionals de capacitat econòmica i no-confiscatorietat (FJ 4).

ITER PROCESSAL: Es va plantejar qüestió d'inconstitucionalitat en relació amb els arts. 107 i 108 del text refós de la Llei reguladora de les hisendes locals, aprovat pel Reial decret legislatiu 2/2004, de 5 de març, per presumpta vulneració del principi de capacitat econòmica, de progressivitat i de la prohibició de confiscatorietat. El TC declara que l'art. 107.4 és inconstitucional, ja que, quan hi ha un increment de la transmissió i la quota que surt a pagar és més gran que l'increment obtingut realment pel ciutadà, s'estaria tributant per una renda inexistente, virtual o fictícia, cosa que produiria un excés de tributació.

# Resolucions de la Direcció General de Dret i Entitats Jurídiques de la Generalitat

Víctor Esquirol Jiménez  
Notari del Masnou

## LLEI APLICABLE A LA CONDICIÓN RESOLUTÒRIA

**No és vàlid el pacte d'exclusió de l'art. 621-54 CCCat en una compravenda d'immobles situats a Catalunya, atès el caràcter imperatiu d'aquest precepte i la naturalesa real de la condició resolutòria expressa.**

RESOLUCIÓ JUS/2185/2019, de 25 de juliol (DOGC 07.08.2019)

**RESUM.-** S'atorga a Madrid, entre la SAREB i una altra societat amb seu a aquesta vila, una escriptura de compravenda de 63 immobles situats a Catalunya, en la qual una part del pagament del preu s'ajorna i es convé en garantia una condició resolutòria explícita subjecta a l'art. 1.504 del CC espanyol. Aquesta escriptura porta causa d'una altra d'anterior atorgada entre les dues societats amb la finalitat de servir com a marc a una sèrie d'operacions que es proposen realitzar, entre les quals es troba l'esmentada en primer lloc, però també inclou immobles situats fora de Catalunya. En aquesta "escriptura marc" es pacta la submissió al "Dret comú espanyol".

Presentada l'escriptura esmentada en primer lloc en un dels registres de la propietat corresponents (el número 3 de Granollers), el registrador va suspendre la seva inscripció perquè va considerar que la condició resolutòria pactada s'havia de regir pel Dret civil de Catalunya, la qual cosa va basar en els arguments següents:

1r.- La condició resolutòria és un dret real de garantia, per la qual cosa la llei que li és aplicable es determina pel l'art. 10.1 CC espanyol, que estableix com a tal la llei de situació de l'immoble. I això encara que la llei aplicable al contracte sigui una altra, en aquest cas l'espanyola, per aplicació de l'art. 10.5, perquè la *lex contractus* no regula la totalitat dels elements contractuals, i queden al

marge qüestions com la capacitat o els aspectes reals del dret adquirit (i en aquest sentit esmenta l'RDGRN de 22 de febrer de 2012).

2n.- Les determinacions normatives contingudes en l'art. 621-54 CCCat són de caràcter imperatiu, i no poden, per això, ser objecte d'exclusió voluntària, de renúncia o de pacte en contra, especialment respecte de tercers que poden resultar perjudicats (art. 111-6 CCCat); entendre el contrari desnaturalitza el principi de territorialitat consagrat en els arts. 14 de l'Estatut d'Autonomia de Catalunya i 111-3 del CCCat, com també el d'aplicació preferencial del Dret civil català previst a l'article 111-5 d'aquest Codi.

3r.- Per al cas d'exercici de la condició resolutòria, a l'escriptura es va pactar la clàusula penal que la venedora retindria l'import íntegre de les quantitats pagades fins aleshores, la qual cosa, a més de contravenir el que es disposa en l'art. 621-54, incompleix la doctrina establerta per la DGRN del fet que, en el pla registral, no es pot reconèixer eficàcia automàtica i extraregstral a aquesta clàusula penal, sinó que les quantitats pagades pel comprador s'han de consignar o disposar per no perjudicar als titulars de drets posteriors extingits per la resolució.

4t.- Per practicar la reinscripció a favor del venedor per la resolució, no pot ser suficient la mera manifestació del venedor, sinó que cal que consti la concurrència efectiva dels pressupostos de fet de la resolució, que no resulten del registre. També cal protegir els interessos dels tercers adquirents en la seva condició d'afectats per la resolució, als quals caldria citar en el procediment per al·legar el que al seu dret convingui i evitar així que transmissió i adquirent concertin a la seva esquena acords de resolució menystenint la seva posició. Els pactes convinguts pels atorgants contravenen aquests criteris, també establerts en la doctrina de la DGRN i en la

jurisprudència del TS, que es conformen al procediment de resolució regulat per l'art. 621-54 CCCat.

La SAREB va presentar recurs davant la DGRN, la qual va remetre al registrador l'escrit d'interposició per a la seva tramitació. El registrador va elevar l'expedient a la DGDEJ, la qual va comunicar aquest fet a la DGRN.

El recurs es basa en els fonaments següents:

1r.- La competència per resoldre'l no correspon a la DGDEJ, sinó a la DGRN, ja que es tracta d'un recurs mixt, és a dir, basat en qüestions de Dret català i de Dret comú; a més, el que es discuteix és una qüestió d'aplicació de normativa bàsica de l'Estat, de competència estatal exclusiva.

2n.- La condició resolutòria no és un dret real, com ho demostra que el CCCat, com l'espanyol, la regula en el Llibre VI, relatiu a les obligacions i als contractes, i no el Llibre V, relatiu als drets reals. La condició resolutòria és, realment, un dret potestatiu, una facultat jurídica o un poder resolutori amb autonomia jurídica. En qualsevol cas, és la inscripció registral el que atribueix eficàcia a la condició resolutòria davant tercers, però no li confereix la naturalesa de dret real, simplement produeix l'aplicació dels principis i regles hipotecaris. Altres drets que s'inscriuen no adquireixen per això caràcter real, com és el cas del dret de l'arrendatari.

3r.- De l'art. 621-54 no es dedueix el seu caràcter imperatiu, ni som davant una compravenda de consum que pugui comportar aquesta imperativitat. El que es desprèn del precepte és que, si les parts que van celebrar el contracte decideixen, en exercici de la seva autonomia de la voluntat, acollir el pacte de condició resolutòria regulat en l'art. 621-54, poden obtenir la resolució a través del procediment que aquest precepte estableix; possiblement no era voluntat de les parts amb vincle en territori de dret comú sotmetre una compravenda d'immobles situats en 10 comunitats autònomes a la normativa específica de cadascuna, en no tenir l'obligació legal de sotmetre els seu contracte de compravenda a un Dret civil concret.

4t.- La territorialitat del Dret civil català, com la de tots els drets civils, sotmet la seva aplicació a les normes de conflicte, en aquest cas, de dret interregional. Aquest caràcter territorial, recollit en els arts. 111-3 i 111-5 CCCat, no confereix *per se* cap preferència en relació amb altres Drets civils, ja que la qüestió del dret aplicable s'ha de dirimir en matèria de Dret interregional.

5è.- El Dret hipotecari i les normes de Dret interregional són competència exclusiva de l'Estat, sense que cap norma de Dret civil autònom pugui excloure'n el primer ni pugui establir normes de conflicte. En aquest cas, l'art. 10.5 CC espanyol permet a les parts escollir entre els diferents Drets civils espanyols quin regirà el contracte i les obligacions que en dimanen, sempre que tinguin alguna connexió amb el negoci de què es tracti, mentre que la Llei hipotecària és l'única competent per regular les qüestions registrals derivades dels pactes contractuals en matèria de condició resolutòria explícita.

La DGDEJ desestima el recurs i confirma "en la seva totalitat" la nota del registrador. La síntesi dels arguments és la següent:

1r.- La competència per resoldre el recurs correspon a la Generalitat. Així resulta de l'art. 1 de la Llei de la Generalitat 5/2009, de 28 d'abril, declarat vigent íntegrament després de l'STC 4/2014, de 16 de gener, que disposa que la Llei regula el règim dels "recursos sempre que les qualificacions impugnades o els recursos es fonamentin, de manera exclusiva o juntament amb altres motius, en normes del Dret català o en llur infracció".

Aquesta norma desenvolupa, en matèria de recurs governatiu, l'art. 129 de l'Estatut d'Autonomia de Catalunya, que atribueix a la Generalitat la competència exclusiva en matèria de Dret civil, llevat en les matèries que l'art. 149.1.8 CE atribueix a l'Estat. Paral·lelament, en matèria de recurs de cassació, l'al·legació de normes no estrictament catalanes no impedeix que resolgui el TSJC; a la pràctica, i sobre la base de l'art. 2.2 de la Llei 4/2012, de 5 de març, el TSJC resol en tots els casos de recursos mixtos sense que el TS hagi plantejat cap qüestió competencial i sense que l'Estat hagi impugnat la norma catalana. Això ha de portar a la conclusió que la finalitat d'ambdues normes és la mateixa: garantir l'aplicació del Dret català quan correspongui.

No és obstacle a aquesta competència que les normes aplicables per a la solució del conflicte de lleis siguin normes estatals, ja que la determinació de quina és la Llei aplicable cal fer-la sempre de forma implícita o explícita. De la mateixa manera, la competència exclusiva de l'Estat en matèria de registres públics tampoc no pot ser determinant de la competència per a resoldre el recurs governatiu perquè sempre hi haurà un element de normativa hipotecària.

2n.- El pacte de submissió de les obligacions contractuals a la Llei civil de l'Estat és vàlid i eficaç en aquest cas, però això no ha de comportar la inaplicació de l'art. 621-54 CCCat. La condició resolutòria que regula aquest precepte queda exclosa de l'àmbit d'aquest pacte perquè, encara que per ella mateixa no té naturalesa real, la inscripció s'ha de basar en la Llei aplicable d'acord amb l'art. 10.1 CCE pels seus efectes davant tercers un cop inscrita. A més, és una norma imperativa, com resulta de l'expressió "s'apliquen a la resolució els preceptes d'aquest article", que té com a finalitat protegir la part compradora dels efectes d'una resolució automàtica declarada unilateralment per la part venedora i sense intervenció judicial. Tampoc no es pot contraposar l'argument sistemàtic de la ubicació del precepte debatut en el llibre VI, relatiu a les obligacions i contractes, perquè la mateixa norma té un altre sentit que fixar els requisits que cal complir per a ser inscrita i quins efectes té si s'inscriu en el Registre de la Propietat, com també, si és el cas, com s'ha d'actuar si es pretén la resolució.

## COMENTARI

1.- L'RDGRN de 29 d'agost de 2019 (BOE, 30 d'octubre de 2019)

Com s'ha dit, encara que el registrador va elevar l'expedient davant la DGDEJ, el recurs es va presentar davant la DGRN, la qual no només es va declarar competent per a resoldre'l, sinó que va enviar un ofici al registrador per comunicar-li que la competència és exclusivament seva i que és a aquesta DG a qui ha de remetre l'expedient.





La DGRN basa la seva competència exclusiva en la seva doctrina i en l'STC de 16 de gener de 2014, esmentada també per la DGDEJ a favor seu com ja s'ha dit, de la qual transcriu: "En conclusión, resulta contrario al bloque de la constitucionalidad el artículo 3.4 impugnado, en cuanto atribuye a la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas la competencia para resolver los recursos cuando las cuestiones registrales planteadas exceden del marco estricto del Derecho civil catalán. Incurrir así el precepto en inconstitucionalidad y nulidad en los incisos «y al menos uno se basa en normas del Derecho catalán o en su infracción» e «incluidos los que no aleguen la infracción de una norma del Derecho catalán» (...)). D'això la DGRN dedueix la seva competència exclusiva i el seu «ineludible deber legal» de resoldre els «recursos mixtos, es decir, basados en cuestiones específicas de derecho catalán comprendiendo, además, otras cuestiones de derecho común u otro tipo de derecho -registral, consumo, etc.".

En relació amb el fons de l'assumpte, estima el recurs (adoptant en aquest punt, doncs, un criteri també oposat al de la DGDEJ). Admet que el pacte de submissió al Dret comú espanyol inclou la institució de la condició resolutòria, amb base en els apartats 5 i 10 de l'art. 10 CCE i que la llibertat d'elecció també és paradigma del dret contractual europeu modern, com resulta del Reglament (CE) n. 593/2008, per la qual cosa no pot ser restringit ni condicionat en l'àmbit interregional espanyol. D'altra banda, qualifica de forçada la interpretació que fa el registrador de l'art. 10.1 per assimilar la condició resolutòria a un dret real, quan realment és un mer dret potestatiu l'accés registral del qual no té "el efecto taumatúrgico de convertir en real lo personal" i el seu exercici només provoca una revocació real de la finca venuda. També reproduïx els arguments del recurrent sobre els efectes de la inscripció de la condició resolutòria, el principi de llibertat civil, el caràcter imperatiu de l'art. 621-54 CCCat i la no-necessitat d'atorgar una protecció addicional al comprador fins i tot si aquest renuncia a la facultat moderadora per parts dels tribunals de la clàusula penal.

### 2.- La STC 132/2019, de 13 de novembre

El Tribunal Constitucional ha declarat inconstitucional i nul l'apartat 3 de l'art. 621-54 CCCat, sota la consideració que el procediment notarial regulat és "una norma procesal de resolució extrajudicial de conflictos, cuyo ámbito legislativo está reservado por el art. 149.1.6 CE a la exclusiva competencia del Estado". Aquest precepte estableix una excepció de tal competència «las necesarias especialidades que en este orden se derivan de las particularidades del Derecho sustantivo de las comunidades autónomas». El TC entén que no ens trobem davant una d'aquestes particularitats: «las singularidades procesales que se permiten a las comunidades autónomas han de limitarse a aquellas que, por la conexión directa con las particularidades del Derecho sustantivo autonómico, vengán requeridas por estas correspondiendo al legislador autonómico o, en su defecto, a quienes asuman la defensa de la ley en su caso impugnada, ofrecer la suficiente justificación sobre la necesidad de alterar las reglas procesales comúnmente aplicables por venir requeridas por las particularidades del Derecho sustantivo autonómico»; justificació que no s'infereix ni de la regulació ni del preàmbul de la llei.

### 3.- La meua opinió personal

Em sembla lamentable que es produeixin situacions com aquesta, en la qual s'observa un rerefons polític, especialment en la redacció i en el contingut de l'RDGRN, que mostra certa bel·ligerància en la forma i que no dubta a alterar la seva doctrina anterior sobre el fons (p.ex., en matèria de la clàusula penal), com estableix ANDERSON (InDret 4/2019). No és fàcil escapar dels biaixos polítics en un moment com l'actual, però el jurista no hi hauria de caure de manera tan palmària.

En la qüestió de la competència per resoldre els recursos mixtos considero que correspon clarament a la DGDEJ, sobre la base de l'art. 1 de la Llei 5/2009 que, com s'ha transcrit més amunt, estableix que la Llei és aplicable als recursos governatius en els quals les qualificacions impugnades o els recursos es fonamentin, de manera exclusiva o juntament amb altres motius, en normes del Dret català o en la seva infracció. L'incís "juntament amb altres motius" fa una referència explícita als anomenats recursos mixtos. El TC va declarar nul l'art. 3.4 d'aquesta Llei ja que aquest precepte atribuïa la competència a la DGDEJ dels recursos que no al·leguessin la infracció d'una norma de Dret català en el cas de presentar-se diversos recursos contra la mateixa qualificació, els uns invocant Dret català i els altres no. Però no som en aquest supòsit, sinó en el d'un únic recurs en el qual s'invoquen normes de Dret català i normes que no són de Dret català. El que passa és que el TC no es va manifestar sobre la constitucionalitat de l'art. 1, que és el que és aplicable en aquest supòsit, perquè el recurs sobre aquest precepte es va presentar de manera extemporània. Es pot conjecturar, sobre la base del que es resol en relació amb l'art. 3.4, quin podria haver estat el criteri del TC sobre l'art. 1, però certament no es pronunciar sobre aquest, que els arguments utilitzats per declarar inconstitucional l'art. 3.4 no són extensibles a l'art. 1 i que aquesta norma continua dient el que diu amb plena vigència i legalitat. Si la DGRN hagués tingut en compte aquests fets i els hagués valorat podríem estar d'acord o no amb la seva valoració; però, sospitosament, la DGRN els obvia. Sense anar més lluny, en la recent RDGRN, de 6 d'agost de 2019 (BOE 22.10.2019), s'ha declarat competent per resoldre un recurs que tenia com a únic objecte determinar si s'havia realitzat correctament la notificació de la *interpellatio in iure* de l'art. 461-12 CCCat (cos legal que qualifica de Dret foral català), basant-se en el fet que per a la seva inscripció cal aplicar-se el Dret registral. Evidentment, com diu la DGDEJ, aquest criteri interpretatiu deixa sense efecte la totalitat de la Llei 5/2009, que precisament regula els recursos contra les qualificacions dels registradors de la propietat, mercantil o de béns mobles de Catalunya.

No obstant això, en aquest cas queda clar que, si és vàlid el pacte de submissió del contracte al CCE, la competència per resoldre el recurs correspondria a la DGRN, per la qual cosa ambdues coses han d'anar entrelaçades. A la validesa d'aquest pacte s'oposen dues qüestions: la possible naturalesa real de la condició resolutòria expressa i el possible caràcter imperatiu de l'art. 621-54.3.

La qüestió de la diferenciació entre els drets reals i els drets personals no és pacífica en la doctrina, especialment en relació amb aquells drets la inscripció dels quals en el Registre de la Propietat els confereix les principals característiques dels drets reals, com són el poder immediat que el seu titular té sobre la cosa i la seva eficàcia davant tercers. No obstant això, no considero necessari

entrar en la subjectivitat de les discussions doctrinals per resoldre que l'exercici de la condició resolutòria explícita està tan lligat a l'incompliment del contracte que, a l'efecte de l'elecció de l'art. 10.1 o del 10.5 CCE, sembla més adequat lligar-lo a la llei que regula el contracte i el seu incompliment que a la que regula els drets reals. En una compravenda amb preu ajornat, el contracte no s'ha consumat, està pendent de compliment, i la facultat de resoldre'l, amb garantia o sense, no s'hauria de deslligar de la llei que regula aquest contracte.

Queda finalment la qüestió de determinar si el procediment de l'art. 621-54.3 pot ser exclòs per pacte en contra (ja sigui perquè les parts sotmeten el contracte a una altra legislació, ja sigui fins i tot convenint un procediment diferent). Personalment considero que la intenció del legislador català era establir aquest procediment com obligatori en tot supòsit de resolució de la compravenda per compliment de condició resolutòria, com demostra el fet que el TC l'hagi declarat inconstitucional. És evident que les parts poden pactar aquest procediment, però, després de l'STC, no s'hi ha de sotmetre sempre que pactin una condició resolutòria. Per tant, indirectament, el TC ha resolt la qüestió: el caràcter imperatiu de l'art. 621-54.3 determina la seva inconstitucionalitat, per la qual cosa és vàlid el pacte de submissió al CCE d'un contracte de compravenda que conté una condició resolutòria explícita si els béns estan situats a Catalunya, la qual cosa al teu torn comporta que, en tal cas, la competència per resoldre el recurs contra la qualificació registral correspon a la DGRN.

## DRET DE RETENCIÓ

**L'escriptura de reconeixement del dret de retenció sobre un immoble ha de ser atorgada pels seus propietaris, no pel retenidor, o per l'autoritat judicial en cas d'incompliment per part d'aquells.**

*RESOLUCIÓ JUS/2357/2019, de 5 de setembre (DOGC 20.09.2019)*

**RESUM.-** Es pretenia la inscripció d'una escriptura l'atorgant de la qual manifestava l'existència d'un dret de retenció sobre una finca i en la qual establia de forma unilateral les estipulacions per les quals s'havia de regir. La interessada indicava que va adquirir el dret de retenció per ser la posseïdora d'un habitatge que és la seva residència habitual i que va ser objecte d'un procediment d'execució hipotecària, a l'empara de l'art. 569-4 CCCat, en garantia i mentre els propietaris actuals no li fessin efectives les quantitats que va pagar per la compra de l'habitatge i per altres conceptes. El registrador va suspendre la inscripció per manca de consentiment dels propietaris, que només es pot suplir judicialment.

La DGDEJ, després de resoldre diverses qüestions procedimentals (manca de legitimació d'una associació d'usuaris de bancs per interposar el recurs i manca de competència per conèixer les suposades irregularitats denunciades per la recurrent en el procediment d'adquisició per part dels propietaris actuals), confirma la nota del registrador i el seu criteri exigint el consentiment dels propietaris de l'immoble, malgrat que no ho exigeixi cap precepte expressament, basant-se en els arguments següents:

1) L'art. 569-5.3 posa de manifest que l'atorgament de l'escriptura de reconeixement del dret de retenció correspon al propietari de l'immoble, no al retenidor. Pel fet que aquest precepte faculti al retenidor perquè, una vegada notificada notarialment la decisió de retenir, "pugui exigir" als propietaris l'atorgament d'aquesta escriptura, no l'està legitimant per a atorgar-la unilateralment si aquests no accedeixen a la seva petició, sinó que estableix un requisit necessari per a aquesta exigència. És més, la DG considera que la retenidora ni tan sols té legitimació per a atorgar-la, perquè aquest acte correspon als propietaris. En el cas de negativa injustificada per part d'aquests, la retenidora pot acudir als tribunals a l'empara de les normes corresponents al compliment forçós de les obligacions (art. 708 LEC), que no requereixen ser esmentades per l'art. 569-5 CCCat.

2) L'argument anterior és congruent amb el principi que només el propietari pot gravar el seu dret de propietat, fora dels casos en què la llei no imposa una restricció o un gravamen, cosa que no fa l'art. 569-5, que únicament faculta el retenidor per exigir-ne la constitució.

3) En qualsevol cas, els principis de legitimació registral i de tracte successiu impedeixen que tingui accés al Registre de la propietat un acte amb transcendència real immobiliària en el qual no hagi intervingut el titular registral de l'immoble.

**COMENTARI.-** Resolució d'escàs interès doctrinal atesa la peculiaritat de la pretensió. Pel que sembla, la interessada va intentar presentar una demanda judicial que no va ser admesa per no ajustar-se als requisits d'admissibilitat establerts legalment, la qual cosa va interpretar en el sentit que no era necessària cap resolució judicial. Malament estaria el sistema de seguretat jurídica preventiva si es poguessin constituir i inscriure drets reals sobre béns immobles completament al marge de l'actuació dels seus propietaris, sobre la base d'unes simples manifestacions i sense una resolució judicial que ho estableixi.

## PROPIETAT HORITZONTAL

**Servitud constituïda damunt un element privatiu a favor de la comunitat.- TANCAMENT REGISTRAL. La constitució d'una servitud s'ha d'autoliquidar del IIVT.**

*RESOLUCIÓ JUS/2966/2019, de 12 de novembre (DOGC 20.11.2019)*

**RESUM.-** Es constitueix una servitud damunt un local de negoci, element privatiu d'una propietat horitzontal, a favor de la comunitat de propietaris, que consisteix en el fet que una part d'aquest local haurà de suportar la caixa de l'ascensor de l'edifi. L'escriptura de constitució de servitud l'atorga el propietari del local comercial i el president de la comunitat. Al marge d'altres qüestions que queden resoltes al marge del recurs, es plantegen dues derivades de la nota de qualificació de la registradora: si la servitud s'ha de constituir a favor de la comunitat de propietaris o a favor d'aquests, i si, amb caràcter previ a la inscripció, cal liquidar l'Impost sobre l'Increment del Valor dels Terrenys.

En relació amb la primera qüestió, la DG assenyalava que l'art. 553-39.2 del CCCat estableix que la comunitat en determinats casos pot exigir la constitució de servituds permanents sobre els annexos dels



elements d'ús privatiu, però no, com en aquest cas, sobre el local i fins i tot sobre els habitatges, que es veuen afectats pel buit de l'ascensor; per tant, es requereix el consentiment de cada propietari l'element del qual es veu afectat. No obstant això, com que l'acord s'ha adoptat per unanimitat (dels propietaris presents, que representaven el 56,5% de les quotes, sense oposició dels absents) i com que la Llei protegeix la supressió de les barreres arquitectòniques, la DG admet que es pot imposar aquest gravamen amb l'acord de la junta, sense necessitat del consentiment individualitzat (veure la compareixença davant el Notari) dels propietaris. Sobre la qüestió de la seva titularitat, la resolució disposa: "Finalment, en relació amb la servitud 'en benefici de la comunitat', és una servitud que passa a ser un element comú, d'acord amb l'article 553-41 del Codi civil de Catalunya, que diu que 'són elements comuns les instal·lacions que es destinen a l'ús comunitari o a facilitar l'ús i gaudi dels elements privatis'. Com a tal element comú, no és objecte d'inscripció separada i especial, sinó que n'hi ha prou que es mencioni als estatuts de la finca matriu i en el foli de la finca servent" (FD 2.5).

Pel que fa a la necessitat d'autoliquidar el IIVT, si bé l'art. 105.1.a) de la Llei d'hisendes locals declara exempts d'aquest impost els increments de valor que es posin de manifest com a conseqüència de la constitució i la transmissió de drets de servitud, la DG entén que això no obsta al caràcter imperatiu de l'art. 254 LH "en el sentit que no es practica cap inscripció en el Registre de la Propietat sense que s'acrediti prèviament el pagament dels impostos establerts o que estableixin les lleis, si l'acte o contracte que es pretén inscriure els merita". (FD 3.1). I afegeix que "no es pot pretendre imposar a la registradora la qualificació de l'exempció o no de determinats actes inclosos en els documents presentats a inscripció davant del seu registre, ja que suposaria obligar-la a fer declaracions tributàries que queden fora de l'àmbit de la competència de la registradora, cosa que l'obligaria a assumir una responsabilitat que no li pertoca". (FD 3.2.).

**COMENTARI.-** 1. La solució de considerar una servitud com un element comú d'un edifici en règim de propietat horitzontal no sembla, com a mínim, discutible. Com indica la DG, esmentant l'art. 553-41 CCCat, els elements comuns són instal·lacions o serveis, no els drets que es constitueixin sobre aquests. Tant els elements comuns com els privatis són objectes o espais físics, com també resulta de l'art. 553-2.1. El dret de servitud, com qualsevol altre dret real o personal, no pot ser element comú ni privatiu, perquè no és una cosa, sinó un dret; i no s'han de confondre les coses amb els drets, distinció tan bàsica que és recollida pel precepte que obre el Llibre V CCCat, l'art. 511-1.

Possiblement, la DG s'està referint al fet que el que "passa a ser" element comú no és la servitud, sinó el buit de l'ascensor; però al meu entendre aquesta interpretació no s'ajusta a la naturalesa de l'acte atorgat. Perquè el buit de l'ascensor adquireixi la naturalesa d'element comú es requereix que deixi de ser part d'un element privatiu i que la comunitat l'adquireixi per a donar-li aquesta destinació, com va passar en el supòsit de l'RDGEJ de 22 d'octubre de 2009 (DOGC 14.12.2009), en el qual la comunitat va adquirir una plaça d'aparcament per destinar-la a element comú. Des del punt de vista registral es veu més clar: els elements comuns no estan inscrits a nom dels propietaris dels elements privatis; si un element comú es desafecta i passa a ser element privatiu cal obrir foli registral; i, a la inversa, si la comunitat adquireix un element

privatiu per afectar-lo com element comú, s'ha de tancar el seu full registral, i això no és el que proposa la DG en aquest cas en indicar que és suficient que s'esmenti en els estatuts de la finca matriu i en el foli de la servent.

El problema que la comunitat no pot ser titular del dret de servitud, ja que no té personalitat jurídica, s'ha de resoldre atribuint el tal dret als propietaris presents i futurs dels elements privatis o, en definitiva, constituint aquest dret a favor dels elements privatis, la qual cosa encaixa perfectament amb la naturalesa jurídica de la servitud predial. L'art. 566-1.1 defineix la servitud com un dret real que grava una finca en benefici d'una altra, per la qual cosa no hi pot haver cap inconvenient en establir com a predi servent el local comercial i altres elements privatis afectats pel buit de l'ascensor i com a predis dominants tots i cadascun dels elements privatis de la comunitat de propietaris.

En canvi, em sembla encertat el criteri de no requerir la compareixença en l'acte de constitució de la servitud de tots els propietaris dels predis dominants, perquè la constitució de la servitud a favor seu es pot considerar com un acte col·lectiu perquè no afecta el contingut essencial dels drets dels copropietaris, com ja va establir l'esmentada RDGDEJ de 22 d'octubre de 2009 seguint la doctrina de la DGRN.

2. Sobre la necessitat de presentar l'autoliquidació del IIVT, la qüestió la suscita la imprecisió terminològica de l'art. 254.5 LH, que obliga a presentar-la en relació amb els documents que continguin "acto o contrato determinante de las obligaciones tributarias", sense aclarir si és suficient que l'acte estigui subjecte o si a més ha d'estar no exempt. Considero que la vaguetat del text legal permet al registrador aplicar una interpretació teleològica i considerar que el tancament registral no és aplicable als casos que no donaran lloc al naixement d'una obligació en el pagament de l'impost. Comprenc que, a vegades, pot resultar imprudent, en relació amb determinats actes exempts, com ho són aquells l'exempció dels quals requereix el compliment de certs requisits, la comprovació per part del legislador de si es compleixen o no. Però en altres casos, l'exempció resulta de la mateixa naturalesa de l'acte realitzat, sense necessitat d'ulterior comprovació, com és el de la constitució de servitud, declarat exempt en tot cas per l'art. 105.1.a de la Llei d'hisendes locals. No veig quin risc assumeix la registradora en aquest cas, ni, com diu la resolució, quina "declaració tributària" se l'obliga a fer al marge de l'obligació que la Llei li imposa de qualificar si l'acte és determinant d'una obligació tributària o no, cosa que clarament s'aprecia en aquest supòsit de fet.

## LLICÈNCIA DE PARCEL·LACIÓ

**No és necessària quan s'aporta un certificat municipal del qual resulti que la finca no ha estat objecte de cap expedient de disciplina urbanística en els darrers sis anys.**

*RESOLUCIÓ JUS/3525/2019, de 4 de desembre (DOGC 24.12.2019)*

**RESUM.-** Es pretén la inscripció d'una escriptura d'elevació a públic d'un contracte privat de compravenda atorgat el 1985 en el qual es venia una porció de terreny que se segregava d'una altra finca; a la mateixa escriptura, a continuació, s'agrupava la porció segregada a dues altres finques. S'acompanya l'escriptura amb un



certificat municipal del qual resulta, entre altres coses, que la finca agrupada no ha estat objecte en els darrers 6 anys de cap expedient de disciplina urbanística. També s'acompanya el certificat d'un tècnic acreditatiu de la superfície i de les coordenades de la finca agrupada; i el certificat cadastral descriptiu i gràfic, la superfície del qual és menys d'un 5% superior al de la finca resultant de l'agrupació.

La registradora de la propietat demana, per inscriure la segregació, llicència de parcel·lació urbanística, la declaració per part de l'Ajuntament d'innecessarietat de la llicència o un document administratiu que acrediti el transcurs del termini de prescripció de la possible infracció urbanística derivada de la segregació. També fa esment que és necessària la tramitació de l'expedient de l'art. 199 LH, amb notificació als titulars de finques confrontants, ja que la representació gràfica aportada no s'ajusta a la que consta en el Cadastre.

El Notari autoritzant interposa recurs contra la nota de qualificació, al·legant en síntesi: 1) que la segregació realitzada no es pot assimilar a una parcel·lació urbanística, atesa la petita entitat de la parcel·la segregada, sinó que es tracta únicament d'una delimitació correcta de límits entre dues finques confrontants; 2) que l'art. 17.1 del Decret 64/2014, de 13 de maig, permet la divisió de solars quan s'agrupin immediatament amb terrenys contigus per constituir nous solars, per la qual cosa és innecessària la fiscalització administrativa; 3) que en la certificació municipal incorporada es deixa constància que en els darrers sis anys no hi ha hagut cap expedient de disciplina urbanística.

La DGDEJ estima el recurs i revoca la nota de qualificació. Després de reconèixer la necessitat de fiscalització administrativa de la segregació, considera, no obstant això, que el certificat municipal aportat acredita la prescripció de l'acció administrativa per restablir la legalitat urbanística per la dita segregació.

Per a la primera consideració es basa en el fet que l'art. 187 de Decret legislatiu 1/2010, de 3 d'agost, pel qual s'aprova el TR de la Llei d'urbanisme, inclou, entre els actes subjectes a llicència urbanística, les parcel·lacions urbanístiques, sense excloure'n cap; mentre que l'art. 191.1 de la mateixa Llei recull el concepte de parcel·lació urbanística en termes que no exclouen cap porció de terreny, qualsevol que en sigui l'entitat.

El fet que la finca segregada s'agrupi a una altra en el mateix acte tampoc no habilita la segregació sense llicència, com resulta de la Llei d'urbanisme, sense que aquesta exigència es pugui entendre contradita pel Decret 64/2014, de rang inferior, que s'ha d'interpretar en el sentit que la porció resultant de la divisió no tindrà la consideració de solar, però sí que es considerarà parcel·lació urbanística, per aplicació de la presumpció de l'art. 24 d'aquest Decret i per relació amb els arts. 25, 26 i 27, en el sentit que l'art. 17.1 no constitueix cap excepció a la norma general de la necessitat de fiscalització prèvia municipal de l'acte de segregació. D'altra banda, el fet que la finca segregada no es faci constar en el Registre de la Propietat com a finca independent no implica que físicament no ho sigui. A més, en la legislació urbanística no s'exigeix que la finca segregada tingui sempre la consideració de solar.

Això no obstant, la DG considera que la prescripció de l'acció administrativa per restablir la legalitat urbanística queda acreditada amb el certificat municipal, en el qual s'identifica perfectament la finca a la qual es refereix (és a dir, a la resultant de l'agrupació), tant en relació amb el carrer i el número com en relació amb el número de referència cadastral, que coincideix amb el que s'incorpora a l'escriptura, com també amb el propietari de la finca. El certificat aportat reconeix explícitament que ja no es pot exercir cap mesura per restablir la legalitat urbanística en aquesta parcel·la, contra el seu propietari. Per aquest motiu, no considera procedent que el Registre de la Propietat torni a demanar un altre document de reconeixement explícit d'innecessarietat de llicència de parcel·lació.

**COMENTARI.-** A efectes pràctics, podem deduir d'aquesta Resolució que no és necessari que l'Ajuntament certifiqui expressament que ha passat el termini de prescripció de l'acció urbanística contra la parcel·lació realitzada, sinó que és suficient que disposi genèricament que no s'ha iniciat cap expedient de disciplina urbanística contra la finca. Personalment, em sembla un criteri una mica arriscat perquè una cosa és que l'Ajuntament no hagi iniciat cap expedient i una altra de diferent és que no ho pugui fer, cosa que dependrà de la data en què els serveis municipals hagin tingut coneixement de la segregació realitzada, una circumstància que no queda acreditada en la resolució; és més, en el fonament 2.6. es declara que "el *dies a quo* de la prescripció no resulta acreditat" en la certificació cadastral i, posteriorment, tampoc no ho considera acreditat d'una altra manera.

Per la resta, em sembla encertat el criteri que "l'escassa entitat" de la porció segregada (no tan escassa: 81,60 m<sup>2</sup>) no pugui suposar una excepció a la llicència de parcel·lació. Si realment es tractava d'una definició de límits, s'hauria d'haver qualificat com a tal a l'escriptura i seguir els tràmits de l'art. 200 LH, que no impedeix la delimitació parcial, és a dir, amb un sol dels confrontants; la qual cosa, però, hauria resultat difícil en aquest cas atesa la preceptiva aportació d'una certificació cadastral acreditativa de la delimitació i el fet que en el Cadastre la porció segregada ja formi part d'una altra parcel·la cadastral.

El fet que la finca s'agrupi amb una altra en el mateix acte o que no constitueixi un solar tampoc no justifiquen, amb base a la Llei d'urbanisme, la innecessarietat de la llicència de parcel·lació, sense que pugui ser un argument a favor d'aquest criteri el fet que, com diu la DG, la porció segregada no s'inscriu, perquè sí que s'inscriu la segregació per poder agrupar posteriorment.

Finalment, sorprèn que la DG no faci cap referència a la inscripció de l'agrupació, tenint en compte que la registradora "fa esment" que cal tramitar l'expedient de l'art. 199 per poder inscriure l'agrupació, en no coincidir la superfície registral resultant de la suma de les finques agrupades amb la del Cadastre. Possiblement, aquesta "mentió" no s'hagi considerat com un "defecte" per la DG i és per això que no es pronuncia sobre això, però al meu parer aquesta discordança sí que pot impedir la inscripció de l'agrupació. L'art. 9.b) LH, després de la reforma de la Llei 13/2015, exigeix per inscriure una agrupació (també per a la segregació, però en aquest cas l'agrupació posterior immediata la fa innecessària segons la DGRN) la inscripció de la representació gràfica cadastral o, si la superfície de la fin-



ca agrupada no coincideix amb la que consta en el Cadastre i aquesta sigui la real (com és el cas, segons el certificat tècnic que s'incorpora), d'una representació gràfica alternativa. No consta en els antecedents de fet de la resolució que s'hagi incorporat a l'escriptura aquesta representació gràfica alternativa ni la seva validació gràfica, de manera que la inscripció de l'agrupació no es pot fer per aquest motiu. Un cop complert el requisit, s'ha de seguir el procediment de l'art. 199 (concretament, el de l'apartat 2), amb notificació als confrontants, com esmenta la registradora.

## CAPACITAT PER TESTAR

**El testament de la persona subjecta a curatela no requereix la intervenció dels facultatius de l'art. 421-9.2, sempre que no s'hagi modificat judicialment la seva capacitat per testar.**

*RESOLUCIÓ JUS/3526/2019, de 9 de desembre (DOGC 24.12.2019)*

**RESUM.-** Se suspèn la inscripció d'una escriptura d'acceptació d'herència perquè la registradora de la propietat aprecia incompliment en les formes extrínseques del testament. El Notari hi indicava que, en virtut de la sentència d'incapacitació corresponent, la testadora mancava de "capacitat d'obrar i de les habilitats necessàries per actuar per si sola i prestar consentiment vàlid en relació amb els actes que figuren en la sentència esmentada, sense pronunciament especial sobre la capacitat de testar". Així mateix, va incorporar una fotocòpia d'un certificat mèdic expedit dos mesos abans de la data del testament, que determinava que "la demència lleu que pateix la compareixent no li impossibilita fer testament".

La registradora al·lega que l'art. 421-9 CCCat "imposa i afegeix" un requisit formal al testament atorgat per una persona incapacitada: la presència de dos facultatius en el mateix moment de l'expressió de la voluntat de testar; l'incompliment d'aquest requisit formal impedeix, al seu parer, l'accés del títol al Registre. La recurrent addueix que la testadora tenia una incapacitat parcial i estava subjecta a curatela; que la sentència d'incapacitació va establir un catàleg parcial dels límits de la capacitat d'obrar i de les habilitats de la testadora, entre les quals no hi ha cap referència a la facultat de testar; que la sentència va establir que la testadora "té conservades les seves facultats mentals superiors". Per tot això, considera que no és aplicable l'art. 421-9.2.

La DGDEJ revoca la nota de qualificació partint del principi de llibertat de testar, com un dels fonamentals de l'ordenament jurídic català, que permet testar fins i tot a persones que no tenen capacitat d'obrar (com és el cas dels que només tenen 14 anys). En la mateixa línia, no impedeix atorgar-lo a les persones incapacitades, s'entén que incapacitades per atorgar testament, si tenen capacitat natural en el moment de l'atorgament. En aquest cas, la testadora no estava incapacitada per atorgar testament, tenia només el que, en la terminologia convencional, es coneix com incapacitació parcial (més pròpiament, la capacitat parcialment modificada), per la qual cosa estava subjecta a curatela, situació que no es pot equiparar,

a l'efecte de l'atorgament del testament, a la incapacitació amb subjecció a tutela, ja que:

1) les limitacions de la capacitat d'obrar s'han d'interpretar de manera restrictiva (211-3.3, 2) i sempre a favor de la persona amb capacitat modificada; 2) el testament és un negoci jurídic que s'ha de conservar mentre sigui possible i que gaudeix del favor testamenti (art. 421-6, 422-5, 422-6 i 422-3.2); 3) segons els principis derivats de la Convenció de les Nacions Unides sobre els drets de les persones incapacitades, de desembre de 2006, i l'esperit de la doctrina més recent, no hi ha pròpiament persones incapaces, sinó persones amb la capacitat modificada judicialment, i és precisament la sentència d'incapacitació la que ha d'establir els límits a la capacitat de la persona; 4) els requisits formals del negoci jurídic responen sempre a finalitats de protecció de les persones concernides i de la seguretat jurídica, però no es poden entendre de manera maquinal i inqüestionable; 5) en matèria successòria el subjecte tutelat per la llei, a Catalunya, és precisament la persona que disposa lliurement dels seus béns, no el cònjuge o el convivent, o determinats parents [...]; 6) l'article 421-4 considera "incapaços per a testar els menors de catorze anys i els qui no tenen capacitat natural en el moment de l'atorgament", mentre que l'article 421-9 parla de "testador incapacitat judicialment", i cal entendre aquesta previsió en el sentit que té que està incapacitat judicialment per a testar.

Per tant, segons el parer de la DG, el supòsit de fet que resol no entra en l'àmbit de l'art. 421-9.2, sinó en el de l'art. 421-9.1, de manera que la presència de facultatius és opcional per al Notari i la seva absència no permet qualificar el testament com afectat per un defecte de forma. D'altra banda, la resolució no es pronuncia sobre el judici de capacitat fet pel Notari, que ha de ser apreciat, si és el cas, judicialment.

**COMENTARI.-** Comparteix plenament el criteri de la DG en aquesta resolució, que acull els principis derivats de la Convenció de l'ONU sobre els drets de les persones amb discapacitat, de 13 de desembre de 2006, ratificada per Espanya el 23 de novembre de 2007. Atès el temps transcorregut des de la seva entrada en vigor (el 3 de maig de 2008), seria desitjable que el legislador català incorporés com més aviat millor les seves disposicions al CCCat. Destaca l'art. 12.2 de la Convenció, d'acord amb el qual: "Els estats part reafirmen que les persones amb discapacitat tenen dret a tot arreu al reconeixement de la seva personalitat jurídica". A partir d'aquest principi, s'hauria de reconèixer la plena capacitat d'obrar a totes les persones majors d'edat i el deure de la societat d'establir els mitjans i els suports necessaris perquè aquestes persones puguin desenvolupar plenament aquesta capacitat. En matèria testamentària, és el Notari qui ha de procurar aquests mitjans i suports. La recent Llei 6/2019, de 23 d'octubre, de modificació del Llibre IV del CCCat, ha iniciat el camí per garantir la igualtat de drets i la no-discriminació de les persones amb discapacitat sensorial. Esperem veure en breu l'adaptació corresponent en relació amb els testadors que presentin alguna discapacitat psíquica.

El reconeixement de la plena capacitat d'obrar a totes les persones majors d'edat no ha de comportar que totes tinguin la capacitat natural necessària per a fer tot tipus d'actes. En matèria de testaments, la persona que no té capacitat natural,



## Resolucions

tingui o no la capacitat modificada judicialment, no pot atorgar testament perquè no pot manifestar una voluntat degudament formada. Correspon al Notari, utilitzant els mitjans que consideri convenients per a formar el seu judici de capacitat, facilitar en la mesura que sigui possible l'atorgament i decidir sobre la capacitat natural del testador, sense que l'existència d'una sentència de modificació de la capacitat (possiblement en molts casos desconeguda pel mateix Notari) pugui ser un obstacle per a la validesa del testament; doncs del que es tracta és de facilitar i no d'exigir requisits formals addicionals l'incompliment dels quals pugui impedir de fet l'exercici d'aquest dret fonamental de la persona. Com bé diu la DG, en matèria de capacitat per a testar cal protegir el testador que té capacitat natural segons el parer del Notari; no els parents del testador que es puguin veure perjudicats.

És per tot això que l'art. 421-9 requereix una reforma important o directament que sigui eliminat. L'apartat 2, amb la intenció de permetre a l'incapacitat (per a testar) l'atorgament del testament en un "interval lúcid", estableix uns requisits formals (la intervenció de dos facultatius) que, en lloc de facilitar, poden comportar tot el contrari (la registradora entén que "imposa i afegeix" un requisit formal), és a dir, al fet que es declari nul el testament atorgat per una persona amb capacitat natural en el moment de l'atorgament. Si partim del fet que totes les persones majors d'edat tenen capacitat d'obrar plena i que la Llei només ha d'exigir la capacitat natural, la discapacitat declarada judicialment no hauria ni de condicionar la validesa del testament, ni de desvirtuar el judici de capacitat natural efectuat pel Notari. La norma, per tant, s'hauria de suprimir..



## Congrés Internacional sobre el Dret privat en el nou paradigma digital

Els passats 3 i 4 d'octubre va tenir lloc al Col·legi el congrés internacional "El Dret privat en el nou paradigma digital", organitzat en col·laboració amb la Universidad de la Rioja i la Universitat de Barcelona.

El Congrés es va dividir en tres grans blocs, el primer dels quals dedicat a "Les noves directives sobre contractes de subministrament de continguts digitals i compravenda de béns". La primera part es va centrar en les Directives 2019/770 i 2019/771 i el seu àmbit d'aplicació, pactes sobre la manca de conformitat en aquestes directives i dels límits que estableixen, i va anar a càrrec de Jorge Morais, professor titular de la Universitat Nova Lisboa; Markus Artz, catedràtic de la Universitat de Bielefeld, i Beate Gsell, catedràtica de la Universitat Ludwig-Maximilians de Munic. A la segona part van prendre part Lidia Arnau, professora agregada de la Universitat de Barcelona, que va exposar "Remeis per manca de conformitat en contractes de llarga



Esther Arroyo, càtedra Jean Monnet de Dret Privat Europeu; Ángel Serrano, notari de Barcelona; i Sergio Cámara, catedràtic de Dret Civil de la Universidad de la Rioja. Van ser els coordinadors del Congrés



## Vida corporativa

El Congrés es va dividir en tres grans blocs, el primer dels quals dedicat a “Les noves directives sobre contractes de subministrament de continguts digitals i compravenda de béns”

durada o amb diverses prestacions”; Sergio Cámara, catedràtic de la Universidad de la Rioja, per parlar de “Resolució contractual i destinació de les dades i continguts generats pels usuaris i serveis digitals”; i Rosa García, professora titular i delegada de protecció de dades de la Universitat de Granada, que va exposar “El paper de la protecció de les dades personals en la contractació en línia de béns, continguts i serveis digitals”.

El segon bloc es va dedicar a “Plataformes en línia, intermediaris i contractació electrònica”, amb la intervenció de Joana Campos, professora visitant de la Universitat Nueva Lisboa i Esther Arroyo, catedràtica de la Universitat de Barcelona, per parlar, respectivament, de la fi de les plataformes de contractació en línia i la necessitat, o no, d'actualitzar l'exempció de responsabilitat dels intermediaris en la Directiva de comerç electrònic. També van prendre part Gerald Spindler, catedràtic de la Universitat de Göttingen, per parlar de la responsabilitat dels intermediaris des de la perspectiva de la propietat intel·lectual; José Manuel Ventura, que va exposar els usos en línia de les publicacions de premsa, i Raúl Lafuente, professor associat de la Universitat d'Alacant, que va exposar mesures contra el bloqueig geogràfic injustificat, contractes de consum conclosos per via electrònica i normes de Dret internacional privat.

Finalment el tercer bloc, dedicat a “Problemes emergents davant les noves realitats tecnològiques” va comptar amb les intervencions de Mónica Navarro, professora agregada de la Universitat de Barcelona, per parlar de la conducció autònoma i responsabilitat civil; M. Esperança Ginebra, professora titular de la Universitat de Barcelona, que va parlar sobre voluntats digitals en cas de mort, i Agustín Ruiz Vega i Consuelo Riaño, catedràtic i professora titular de comercialització i investigació de mercats de la Universitat de la Rioja, per parlar de l'Estat flow i comerç electrònic (*Veure Secció Internacional*).

## Nova edició de la campanya “Amb prevenció, millor” amb la Fundació Pasqual Maragall

El saló d'actes de Col·legi es va omplir per informar-se dels documents jurídics de protecció de la persona



El 8 d'octubre va tenir lloc la IIa edició de la campanya “Amb prevenció, millor”, que porta a terme la Fundació dels Notaris de Catalunya juntament amb la Fundació Pasqual Maragall, dedicada a l'Alzheimer. Es tracta d'una jornada informativa, adreçada als voluntaris científics i socis d'aquesta Fundació, en què se'ls transmet la importància de la prevenció jurídica. Albert Domingo, Notari de Vilassar de Mar, va exposar els instruments jurídics de protecció de la persona, al qual va seguir un extens torn de preguntes.

L'acte, que va comptar amb l'assistència de 150 persones, va ser presidit per Rocio Maestre, directora de la Fundació, qui va destacar la voluntat de ser útils i aportar tranquil·litat davant situacions difícils com les que comporta la pèrdua de capacitat, acompanyada de Cristina Maragall, portaveu de la Fundació Pasqual Maragall, que va afirmar que “la



prevenció jurídica és el millor aliat per a la tranquil·litat futura dels afectats i dels familiars”.

La campanya s’ha reforçat amb la tramesa a tots els despatxos notariais d’un díptic informatiu amb el mateix títol de la campanya.

## II Jornada Notariat i Empresa amb Foment del Treball

El 14 d’octubre va tenir lloc la II edició de la Jornada “Notariat i Empresa, una visió pràctica” col·laboració del Col·legi amb Foment del Treball que es va iniciar l’any passat i que té com a objectiu aportar un enfocament pràctic a temes que requereixen la funció notarial en l’àmbit empresarial.

La Jornada va comptar amb la inauguració de Josep Sánchez Llibre, president de Foment del Treball, que va destacar “la visió propera i rellevant dels Notaris, presents tant en l’àmbit de les pimes com dels autònoms”. La cloenda va anar a càrrec de Joan Carles Ollé, degà del Col·legi, que va destacar la continuïtat de la col·laboració i “el valor de la funció notarial per donar certesa als negocis jurídics”.

Aquesta edició, amb la coordinació de Joaquim Tornos, catedràtic de Dret Administratiu a la Universitat de Barcelona i president de la Comissió Jurídica de Foment del Treball, va comptar amb la participació de Javier Santos Lloro, Notari de les Franqueses de Vallès, que va exposar la tutela dels drets del soci: separació i exclusió; María Teresa de Gispert i José Manuel Calavia, catedràtics de Dret Mercantil de la Universitat de Barcelona i membres de la Comissió Jurídica de Foment del Treball, per exposar el capital social i la seva formació; Javier Martínez Lehmann, Notari de Barcelona, que va parlar de l’assistència financera als socis, i Joan Roca, president de Roca Junyent i membre de la Comissió Jurídica de Foment del Treball, que va exposar els aspectes més rellevants, des del punt de vista empresarial, de la Directiva 1132/2017.

Javier Martínez Lehmann, censor 1r de la Junta directiva del Col·legi; Josep Sánchez Llibre, president de Foment de l’Treball; i Joaquín Tornos, president de la comissió Jurídica de Foment de l’Treball, van obrir la II edició de les Jornades







## Vida corporativa



La consellera de Justícia, Ester Capella, va presidir l'acte acompanyada de l'degà de Col·legi, Joan Carles Ollé, i el president del TAB, Juli de Miquel

conflictes", moderada per Mercè Pigem, vocal del TAB, que va comptar amb la participació de Pascual Sala, que va exposar "El Tribunal Constitucional davant l'arbitratge"; M. Eugènia Alegret, per parlar d'"Els principis processals i la seva aplicació a l'arbitratge"; Xavier O'Callaghan, que va parlar sobre "La figura de l'àrbitre"; José M. Fernández Seijo, que va exposar "L'arbitratge societari", i Francisco Armas, que va parlar del "Tribunal Arbitral de Barcelona". La cloenda va anar a càrrec d'Ester Capella, consellera de Justícia.

En el transcurs de l'acte es va presentar també el Consell Assessor del TAB, en nom del qual va intervenir Esther Giménez Salinas.

## Homenatge a José Marqueño

El propassat 13 de novembre va tenir lloc al Col·legi l'acte d'homenatge a José Marqueño de Llano, que va ser Notari de Barcelona durant 35 anys, fins a la seva jubilació recent, degà del Col·legi (2005-2008) i president del Consell General del Notariat durant el mateix període, i president de la Unió Internacional del Notariat, càrrec que ostentarà fins final de 2019.

L'acte, presidit pel degà de Col·legi, Joan Carles Ollé, va comptar amb la laudatio de la figura de l'homenatjat per part del Notari Juan José López Burniol, company de despatx durant tota la seva trajectòria a Barcelona, que va destacar de la seva figura la "vista llarga, ser temorós de la llei i sense complexos". Va remarcar la importància que sempre va atorgar al reforç "del caràcter públic de la funció notarial" i va repassar la seva trajectòria com a degà i en els diferents càrrecs que ha ostentat durant la seva dilatada trajectòria professional, com també el seu perfil més personal. Entre els seus principals èxits professionals va esmentar la reforma del reglament notarial, el congrés notarial de Barcelona o el desenvolupament tecnològic del Notariat, entre altres.

Rosario Agora, actual vicedegana del Col·legi de Notaris de Madrid i que va ser secretària del Consell General del Notariat durant la presidència de Marqueño va glossar la seva figura

## 30 Aniversari del Tribunal Arbitral de Barcelona

El 30 d'octubre el Tribunal Arbitral de Barcelona, del qual el Col·legi és membre fundador, va celebrar els 30 anys de la seva creació.

En un acte que va comptar amb la participació de Joan Carles Ollé, degà del Col·legi; Juli de Miquel, president del TAB; Lluís Muñoz Sabaté, president del TAB en les etapes 1989-1993 i 2000-2009, i Elías Campo Villegas, vicepresident del TAB als anys 1989-2009.

Posteriorment va tenir lloc una taula rodona, amb el títol "Els avantatges de l'arbitratge institucional per a la resolució de



L'acte, presidit pel degà de Col·legi, Joan Carles Ollé, va comptar amb la laudatio de la figura de l'homenatjat per part del Notari Juan José López Burniol, company de despatx durant tota la seva trajectòria a Barcelona, que va destacar de la seva figura la "vista llarga, ser temorós de la llei i sense complexos"

com a president del Consell, afirmant que "ha estat un dels presidents amb una visió estratègica més profunda del Notariat, i la seva idea motor sempre va ser la promoció de la funció notarial". Va destacar que "va fer aportacions que avui dia són vitals per al Notariat", com ara especialment "la creació de l'Índex Únic Informatitzat i de l'Òrgan Centralitzat de Prevenció del Blanqueig de Capitals (OCP)", projectes posats en marxa durant el seu mandat. Finalment va destacar el fet d'haver estat "un líder capaç de formar equips i aconseguir crear llaços d'amistat que encara perduren".

Pedro Carrión, fins final de 2019 secretari de la Unió Internacional del Notariat i Notari de Madrid, va repassar la seva trajectòria des que va ser escollit president de la UINL a París a l'octubre de 2016, tercer president espanyol en 71 anys d'història de la Unió Internacional. Va afirmar que els aspectes que han marcat el seu programa són "el pensar a llarg termini i el fet d'afrontar directament els problemes que anessin sorgint", entenent que "la UINL pot ser una marca que, ben estesa pel món, pot reforçar i estendre el paper del Notariat". Així mateix, va agrair la "immillorable organització per part del Col·legi" de la recent reunió de la Comissió d'Afers Europeus (CAE) de la UINL, celebrada fa uns dies, atès que Barcelona -i concretament el Col·legi- és seu semipermanent d'aquesta Comissió des del maig de 2013.

Posteriorment, alguns dels seus companys en diverses institucions notariales van voler prendre la paraula, entre ells els qui van ser en el seu moment presidents del Consell General del Notariat, Juan Bolás, que en va destacar "el seu esperit crític i positiu", Antonio Ojeda, que va assegurar que "el Notariat d'avui protegeix molt més la seguretat jurídica gràcies a Pepe Marqueño", o Javier Guerrero, que el va qualificar de "personatge imprescindible en la història del Notariat"; així com Joaquín Borrell, que va ser degà de València i va destacar "la seva amistat de trinxera".

José Marqueño, citant Churchill -"els homenatges ni es busquen, ni es rebutgen, però s'agraeixen"- va voler agrair públicament l'homenatge al degà i a la Junta directiva del Col·legi, a tots els qui van prendre la paraula i als assistents per la seva presència, i va assegurar que "tot el que s'ha dit ha estat possible perquè he estat envoltat de molt bona gent dels quals he après molt". Després d'afirmar, malgrat les seves nombroses aficions, haver dedicat la seva vida "fonamentalment a la Notaria i al Notariat", va assegurar que "el que més estimo en aquesta vida són la meua dona i els meus fills", tots presents a l'acte. Finalment, i en vers, va agrair de nou l'homenatge, que va tancar afirmant que era un "bonic colofó el que heu posat vosaltres avui".

Per finalitzar, van prendre la paraula José Luis Lledó, vicepresident del Consell General del Notariat, que va destacar que l'homenatjat "és una persona justa, fa el

que vol i vol el que fa". Per la seva banda, Joan Carles Ollé, degà del Col·legi, va assegurar que "ha estat un dels Notaris més destacats de la ciutat de Barcelona" i va repassar els seus èxits al Col·legi -esmentant el Congrés Notarial espanyol de 2005 o la remodelació per acollir l'Acadèmia d'Opositors de Catalunya, entre altres-, al Consell General del Notariat i a la Unió Internacional del Notariat. Finalment, va afirmar que "és un orgull per al Col·legi que hagi representat el Notariat en tan altes responsabilitats corporatives".

Com a punt final a l'acte d'homenatge i atès que ho havia acordat prèviament la Junta directiva, se li va lliurar la medalla d'honor del Col·legi.



José Marqueño, qui va ser degà de Col·legi de Notaris de Catalunya, va rebre la medalla d'honor de Col·legi



### Lliurament del XI<sup>è</sup> Premi Puig Salellas al jurista Joan Egea

El propassat 17 de desembre va tenir lloc al Col·legi l'acte de lliurament de l'XI<sup>è</sup> Premi Puig Salellas, presidit per la consellera de Justícia, Ester Capella, acompanyada del degà del Col·legi, Joan Carles Ollé. El premi es va otorgar a Joan Egea Fernández, catedràtic de Dret Civil i president del Consell de Garanties Estatutàries de Catalunya. L'acte va reunir personalitats destacades de l'àmbit jurídic, econòmic i social.

La Junta Directiva del Col·legi de Notaris de Catalunya va acordar per unanimitat concedir-li el Premi "en reconeixement de la seva extraordinària trajectòria jurídica. La seva excel·lència superior en els camps acadèmic, científic, codificador i institucional, en els quals ha destacat i destaca especialment per les seves molt brillants publicacions i pel seu màxim rigor i completíssims coneixements jurídics, tant en l'àmbit del Dret públic com en el del Dret privat, han fet que hagi esdevingut un dels juristes catalans més eminents dels nostres temps, amb el reconeixement ple i unànim de la nostra comunitat jurídica".

Ferran Badosa, catedràtic emèrit de Dret Civil de la Universitat de Barcelona, va ser l'encarregat de glossar la figura de l'homenatjat, repassant-ne la trajectòria professional, les seves nombroses publicacions i destacant-ne la dedicació a temes com el desheretament, la protecció del menor, les immissions i la seva contribució en la redacció de l'article 129 de l'Estatut de Catalunya, "que va introduir el Dret civil com a matèria civil, com a subjecte d'una legislació -no tan sols com a legislació civil- i va determinar que és el nostre Codi el que el regula, i és aquesta la seva aportació fonamental".

Joan Egea va destacar en el seu discurs que "per damunt de tot, em sento professor universitari", àmbit en què va recordar dos dels seus referents: Encarna Roca, que li va obrir les portes de la Universitat i el va encoratjar com a investigador, i Pablo Salvador. Va fer un repàs de la seva trajectòria, vocació i "el meu compromís personal, compartit amb els companys, de proveir el Dret civil d'una base sòlida per construir un Dret pioner i modèlic, que pugui ser imitat per altres del nostre entorn, com així ha estat". Ha recordat que ja en els seus quatre primers articles, com a ajudant a la càtedra de Dret civil, es van basar en aquest àmbit del Dret i la tradició jurídica catalana, i va voler destacar "el paper transcendental del Notariat en la conservació del Dret civil ja amb la Compilació de 1960, amb Josep M. Roca Sastre, i en èpoques pretèrites, amb la recopilació de drets locals", entre altres. Després de recordar el seu pas pel vicedeganat i, posteriorment, el deganat de la Facultat de Dret de la Universitat Pompeu Fabra, va remarcar la importància de la creació de l'Observatori de Dret Privat de Catalunya. En l'actualitat, ha assegurat, "comptem amb un Codi Civil català modern i gairebé complet, que avui es troba en el seu moment més àlgid".

Joan Carles Ollé, degà del Col·legi de Notaris de Catalunya, va fer un repàs breu de la trajectòria de Joan Egea a la Universitat i de la seva "extensíssima producció científica i d'altíssim nivell". Va voler remarcar la seva participació, molt activa, en tasques codificadores des de l'Observatori de Dret Privat de Catalunya, la seva aportació en l'elaboració de l'Estatut de Catalunya i "la gran dignitat amb què exerceix el càrrec de president del Consell de Garanties Estatutàries de Catalunya, amb una adreça generadora de consens i un gran reconeixement pel que fa al rigor dels dictàmens, que repercuteix en el prestigi de les nostres institucions".

Ester Capella, consellera de Justícia, va cloure l'acte explicant que "el Dret normatiu es basa en el respecte a la persona i les necessitats legítimes de la nostra societat", i ha destacat "la contribució dels Notaris en defensa del prestigi, la difusió, el coneixement i l'estudi del nostre Dret". Un Dret civil, va assegurar, "al servei de les persones, que ha d'afavorir la cohesió social i la justícia democràtica, entesa com un autèntic servei públic".

El premi es va otorgar a Joan Egea Fernández, catedràtic de Dret Civil i president del Consell de Garanties Estatutàries de Catalunya. L'acte va reunir personalitats destacades de l'àmbit jurídic, econòmic i social

Joan Egea va rebre el premi de mans de la consellera de Justícia, acompanyada del Degà del Col·legi Ma Llum Aleu, vídua de Puig Salellas, Ferran Badosa, qui va glossar la figura de l'homenatjat, i dels membres de la Junta Directiva d'Col·legi





## Normes per a la publicació de treballs a *LA NOTARIA*

1. **CORRESPONDÈNCIA.** Els originals es remetràn, en qualsevol cas, a: [lanotaria@catalunya.notariado.org](mailto: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](http://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.**