

Àrea de Dret Civil
Universitat de Girona (Coord.)

La codificació dels drets reals a Catalunya



Materials de les Catorzenes
Jornades de Dret català
a Tossa

21 i 22 de setembre de 2006

La codificació dels drets reals a Catalunya
(Materials de les Catorzenes Jornades de Dret Català a Tossa)

LA CODIFICACIÓ DELS DRETS REALS A CATALUNYA
(MATERIALS DE LES CATORZENES JORNADES
DE DRET CATALÀ A TOSSA)

ÀREA DE DRET CIVIL
UNIVERSITAT DE GIRONA
(Coord.)



Girona 2007

Dades CIP recomanades per la Biblioteca de la UdG

La codificació dels drets reals a Catalunya. Materials de les Catorzenes Jornades de Dret català a Tossa ;
coord: Àrea de Dret Civil, Universitat de Girona. – Girona : Documenta Universitaria, 2007. (Acta; X) – 376 p. ;
23,5 cm

ISBN 978-84-96742-24-6

I. Universitat de Girona. Àrea de Dret Civil 1. Dret i legislació -- Catalunya – Congressos 2. Dret i legislació --
Espanya -- Congressos 3. Drets reals 4. Garanties reals

CIP 347.2(063)JOR

Reservats tots els drets. El contingut d'aquesta obra està protegit per la Llei, que estableix penes de presó i/o multes, a més de les corresponents indemnitzacions per danys i perjudicis per a aquells que reproduïssin, plagiessin, distribuïssin o comunicuessin públicament, en la seva totalitat o en part, una obra literària, artística o científica, o la seva transformació, interpretació o execució artística fixada en qualsevol mena de suport o comunicada a través de qualsevol mitjà, sense la preceptiva autorització.

© els autors

©Àrea de Dret Civil de la Universitat de Girona

©DOCUMENTA UNIVERSITARIA ®

www.documentauniversitaria.com

info@documentauniversitaria.com

Primera edició

ISBN: 978-84-96742-24-6

Imprès a

Girona, setembre de 2007

Les *Catorzenes Jornades* han estat organitzades per l'Àrea de Dret Civil de la Universitat de Girona, en col·laboració amb l'Ajuntament de Tossa de Mar i el suport de:

Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia

Universitat de Girona

Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya

Deganat autonòmic dels Registradors de la Propietat i Mercantils de Catalunya

Col·legi de Notaris de Catalunya

Facultat de Dret UAB (Deganat)

Facultat de Dret UdG (Deganat)

Facultat de Dret UPF (Deganat)

Col·legi d'Advocats de Barcelona

Col·legi d'Advocats de Girona

Diputació de Girona

Fundació PROGRUP

SUMARI

PONÈNCIES

PRIMERA PONÈNCIA LA CODIFICACIÓ DELS DRETS REALS

LA REGULACIÓ DELS DRETS REALS EN EL LLIBRE CINQUÈ DEL CODI CIVIL DE CATALUNYA

ANTONI MIRAMBELL I ABANCÓ

I. La Llei 5/2006, de 10 de maig: els precedents	21
II. La llei 5/2006, de 10 de maig: uns criteris de codificació	23
1. Regulació actualitzadora i innovadora	24
2. Principis bàsics	24
3. Caràcter de dret comú	25
III. La nova regulació: alguns aspectes destacables	26
1. Títol 1. Els béns	26
2. Títol 2. La possessió	30
3. Títol 3. L'adquisició, la transmissió i l'extinció del dret real	34
4. Títol 4. El dret de propietat	45
5. Títol 5. Les situacions de comunitat	48
6. Títol 6. Els drets reals limitats	53
IV. Bibliografia	57

ORIENTACIONES PARA UNA POSIBLE REFORMA DE LOS DERECHOS REALES EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

ÁNGEL CARRASCO PERERA

I. Ocasión y dos citas	59
II. Una propuesta de Principios de ordenación del sistema español de derechos reales	61
III. Los objetos de la regulación	73
IV. ¿Un Código civil para regular los derechos reales?	78

SEGONA PONÈNCIA ADQUISICIÓ, TRANSMISSIÓ I EXTINCIÓ DELS DRETS REALS

ELS SISTEMES ADQUISITIUS DELS DRETS REALS EN EL LLIBRE CINQUÈ DEL CODI CIVIL DE CATALUNYA

FERRAN BADOSA COLL

I. Introducció. Els dos "sistemes d'adquisició" dels drets reals de la llei 5/2006: el fonamentat en els "títols d'adquisició" i el fonamentat en la tradició	83
1. "Transmetre i adquirir"	84
2. "Constituir i transmetre"	85
3. Els objectes de l'adquisició	86
4. Altres supòsits adquisitius que no són títols	86
5. La doble presència de la tradició. En relació amb el "títol" i la "iusta causa traditionis"	87
6. Les diverses accepcions de la possessió en els drets reals	88

II. 1a part. El "sistema d'adquisició" fonamentat en els "títols d'adquisició"	90
1. El "títol d'adquisició" (art. 531-1). L'admissió de la seva possible insuficiència	91
2. La complementació i la integració del títol adquisitiu (art. 531-1).....	92
III. 2a part. El "sistema d'adquisició" fonamentat en la possessió adquirida per tradició	95
1. La tradició i les seves "justes causes" (art. 531-3)	95
2. L'adquisició de la possessió de bona fe de béns mobles a títol oneros i de bona fe (art. 522-8.1.3).....	96
3. La irreivindicabilitat (art. 544-2.1).....	99

L'ACCESSIÓ IMMOBILIÀRIA EN EL LLIBRE CINQUÈ DEL CODI CIVIL DE CATALUNYA

JOAN MARSAL GUILLAMET

I. Introducció.....	101
II. El supòsit de fet de l'accessió: la incorporació.....	103
III. L'accessió com a "títol adquisitiu exclusiu de la propietat" i com a regla de solució de conflictes entre propietaris	105
IV. Les classes d'accessió	106
V. Els principis de la regulació.....	107
1. La protecció de l'interès del titular del bé principal	107
2. La bona o mala fe dels subjectes	108
VI. Les plantacions i els conreus en sòl aliè	110
1. Amb bona fe de l'incorporador	111
2. Amb mala fe de l'incorporador	112
VII. Les construccions en sòl aliè.....	112
1. Amb bona fe del constructor	113
2. Amb mala fe del constructor.....	114
3. Amb mala fe del propietari del sòl	115
VIII. La incorporació amb materials aliens.....	115
IX. L'aplicació retroactiva de la nova regulació	116

TERCERA PONÈNCIA LES SITUACIONS DE COMUNITAT

LES SITUACIONS DE COMUNITAT EN EL LLIBRE CINQUÈ DEL CODI CIVIL DE CATALUNYA

LLUÍS JOU MIRABENT

I. Les situacions de comunitat en el títol cinquè del Codi civil de Catalunya.....	121
1. La Llei 5/2006 i el Projecte de 2003	121
2. El títol cinquè i els seus models de referència.....	123
3. Comunitats a les quals s'aplica la normativa del Codi.....	124
II. Les situacions de comunitat en general	125
III. La comunitat ordinària indivisa	126
1. Característiques bàsiques.....	126
2. Constitució i extinció.....	127
IV. Drets individuals sobre la comunitat	128
1. Disposició de la quota.....	128
2. Dret d'adquisició preferent en la transmissió.....	129
3. Renúncia a la quota.....	131

V. L'objecte de la comunitat i els qui en són titulars.....	132
1. L'ús i el gaudi de l'objecte en comunitat.....	132
2. L'administració.....	133
3. Els convenis per regular la comunitat indivisa.....	134
VI. La divisió de la cosa comuna.....	135
1. L'acció de divisió.....	135
2. El procediment de la divisió.....	137
3. Els efectes de la divisió.....	138

LA REGULACIÓ DE LA PROPIETAT HORITZONTAL AL CODI CIVIL DE CATALUNYA

ANTONI GINER GARGALLO

I. Presentació i contingut de la ponència.....	141
II. Introducció.....	143
1. Què és una propietat horitzontal.....	143
2. Què pot constituir una propietat horitzontal.....	144
3. Quina naturalesa jurídica té la comunitat de propietaris.....	144
III. Constitució.....	145
1. Qui pot constituir un immoble en règim de propietat horitzontal.....	145
2. Quan es pot constituir un immoble en règim de propietat horitzontal.....	146
3. Què succeeix si s'han venut alguns departaments abans de la constitució o inscripció del règim de propietat horitzontal.....	146
4. Quin títol formal és necessari per a la constitució d'aquest règim.....	147
5. Quin és el contingut del títol de constitució.....	148
6. Requisits urbanístics per constituir un immoble en propietat horitzontal.....	150
7. Requisits per modificar la propietat horitzontal.....	150
8. Requisits per extingir aquest règim jurídic.....	151
9. Forma d'acreditar els acords de la comunitat per obtenir-ne la inscripció al Registre de la Propietat.....	152
10. Comunitats horitzontals de fet.....	152
IV. Elements de la propietat horitzontal.....	153
V. Despeses de la comunitat. Garantia. Deutes de la comunitat.....	156
VI. Govern de la comunitat.....	157
VII. Comunitats horitzontals amb règim especial.....	158

ASPECTES PRÀCTICS DE LES URBANITZACIONS PRIVADES EN LA NOVA REGULACIÓ DEL CODI CIVIL DE CATALUNYA

EMILI GONZÁLEZ BOU

I. Concepte i configuració de les urbanitzacions privades.....	163
II. Finques de titularitat privativa.....	167
III. Elements de titularitat comuna i limitacions.....	168
IV. Títol de constitució.....	170
1. Contingut civil del títol constitutiu.....	171
2. Contingut administratiu i urbanístic del títol constitutiu.....	173
3. Qui atorga el títol constitutiu.....	174
4. Constància registral.....	176
V. Extinció voluntària.....	178

**QUARTA PONÈNCIA
ELS DRETS REALS LIMITATS**

**EL USUFRUCTO DE DINERO Y DE PARTICIPACIONES EN FONDOS
DE INVERSIÓN Y EN OTROS INSTRUMENTOS DE INVERSIÓN COLECTIVA**

CARMELO AGUSTÍN TORRES

I. Introducció.....	181
II. Régimen aplicable.....	183
III. El usufructo de dinero	184
1. Régimen general.....	184
2. Usufructo de dinero con garantía.....	186
3. Usufructo de dinero sin garantía	187
4. Modificaciones respecto de la Ley 13/2000.....	188
5. Coste fiscal de la garantía.....	189
IV. El usufructo sobre participaciones en FI.....	189
1. Generalidades sobre los FI.....	189
2. Fondos a los que se aplica la regulación de la Ley 5/2006	192
3. Estudio de la regulación legal	194
4. Modificaciones respecto de la Ley anterior 13/2000.....	203
V. Otros instrumentos de inversión colectiva. Las sociedades de inversión de capital variable (SICAV).....	205
VI. Algunas aplicaciones prácticas.....	207

DERECHOS DE ADQUISICIÓN PREFERENTE

ÁLVARO FERNÁNDEZ PIERA

I. Introducció.....	213
II. Disposiciones generales.....	214
1. Naturaleza jurídica.....	215
2. Constitución y eficacia.....	216
3. Ejercicio de todo derecho de adquisición	219
III. Derechos de adquisición voluntaria	219
1. Constitución.....	219
2. Objeto.....	220
3. Cotitularidad	221
4. Extinció	221
IV. La opción.....	222
1. Naturaleza jurídica.....	222
2. Plazo.....	223
3. Ejercicio de la opción	223
4. Transmisión del derecho de opción.....	224
5. Problemas.....	225
V. Derechos voluntarios de tanteo y retracto	226
1. Plazo.....	226
2. Ejercicio.....	227
VI. Derechos de retracto legales	228
1. El retracto de colindantes	228
2. La tornería.....	228
VII. Problemas de técnica notarial en las actas de notificación y requerimiento	229
VIII. Depósitos notariales	231
IX. Bibliografía.....	231

LA NOVA REGULACIÓ DEL DRET DE RETENCIÓ, LA PENYORA I
L'ANTICRESI EN EL LLIBRE CINQUÈ DEL CODI CIVIL DE CATALUNYA

PEDRO DEL POZO CARRASCOSA

I. Presentació.....	234
II. Una qüestió prèvia: gènere i nombre.....	235
III. Article 569-1. Garantia d'una obligació "principal"	236
IV. Article 569-2. Eficàcia general.....	236
1. Apartat 1. Realització del valor de la garantia.....	237
2. Apartat 1 i apartat 2. Eliminació de l'efecte anticrètic a la penyora i al dret de retenció.....	237
V. Article 569-4. Obligacions que poden originar el dret de retenció.....	238
1. Apartat a). Despeses necessàries.....	238
2. Apartat c). Retribució de l'activitat.....	239
VI. Article 569-5. Constitució del dret de retenció.....	240
1. Apartat 1. Notificació i oposició.....	240
2. Apartat 2. No-oposició dels cònjuges	241
VII. Article 569-6. Extinció del dret de retenció.....	241
VIII. Article 569-7. Realització del valor del bé moble retingut.....	242
1. Modificació d'alguns terminis.....	242
2. Apartat 3.c. Tipus de la subhasta	242
3. Apartat 5. Documentació.....	243
IX. Article 569-8. Realització del valor de la finca o del dret retinguts.....	243
1. Apartat 1: necessitat d'inscripció en el registre.....	243
2. Apartat 2. Termini per a la venda directa.....	244
3. Apartat 3.b. Problemes greus de redacció.....	245
4. Apartat 3.d: habitatge familiar	246
5. Apartat 3.f Remissió incorrecta.....	246
6. Apartat 3.g. Termini.....	247
7. Apartat 3.i. Eliminació de la designació de mandatari.....	247
8. Article 569-9. Destinació de l'import de l'alienació.....	247
X. Article 569-10. Retenció de béns mobles de poc valor	248
1. Apartat 1. Exercici.....	248
2. Apartat 2. Comunicació.....	249
3. Apartat 3. Error de concepte i de redacció.....	250
XI. Article 569-11. Substitució del bé retingut	251
1. Apartat 1. Terminologia incorrecta.....	251
2. Apartat 2. Preu de mercat.....	251
XII. Article 569-12. Concepte de penyora.....	251
XIII. Article 569-13. Requisits de constitució de la penyora	252
1. Apartat 1. Possessió i poder de disposició.....	252
2. Apartat 2. Data de la penyora.....	252
3. Apartat 3. Document públic i notificació	253
XIV. Article 569-14. Supressió de la "penyora flotant"	253
XV. Article 569-15. Pluralitat de penyores.....	255
XVI. Article 569-16. Règim de la penyora amb relació a l'objecte empenyorat	256
XVII. Article 569-17. Substitució del bé empenyorat	256
1. Apartat 1. Béns fungibles.....	256
2. Apartat 2. Valors.....	257
3. Apartats 3 i 4. Manteniment de la data de l'empenyorament.....	257
XVIII. Observacions a l'article 569-19. Possessió del bé empenyorat.....	258
1. Apartat 1. Restitució	258
2. Apartat 2. Conservació.....	259
XIX. Observacions a l'article 569-20. Realització del valor del bé empenyorat.....	260
1. Apartat 4, incís inicial. No-oposició judicial.....	260
2. Apartat 4.a. Notaria.....	260
3. Apartat 4.e. Romanent.....	261
4. Altres apartats.....	261

XX. Article 569-21. Destinació de l'import de l'alienació.....	261
XXI. Article 569-22. Penyora de valors cotitzables	262
XXII. Article 569-23. Concepte de dret d'anticresi	262
XXIII. Article 569-24. Constitució	263
1. Apartat 1.A. Poder de disposició	263
2. Apartat 2. Escriptura pública	263
XXIV. Article 569-25. Règim	264
1. Apartat 1. Remissions.....	264
2. Apartat 3. Divisió i segregació	264
3. Apartat 4. Efectes.....	265

COMUNICACIONS

COMUNICACIONS A LA SEGONA PONÈNCIA

EL CULTIVADOR DE MALA FE I LA MTR DE LA PAC

ANDRÉS MIGUEL COSIALLS UBACH

I. Introducció.....	271
II. El cultivador de mala fe: aproximació a les seves característiques	272
III. Conseqüències jurídiques de l'acció del cultivador de mala fe previstes al llibre cinquè.....	274
IV. La <i>mid-term review</i> de la política agrícola comuna.....	276
1. Una nova realitat: els drets de pagament únic.....	276
2. La clàusula del benefici inesperat	279
V. Transcendència de l'assignació al cultivador de mala fe dels drets	279
1. Respecte del cultivador de mala fe.....	279
2. Respecte del propietari de la finca.....	280
VI. La indemnització per danys i perjudicis de l'article 542-11.1 CCCat.....	281
VII. Conclusió.....	282

LA ADQUISICIÓ DE BUENA FE DE BIENES MUEBLES EN EL CÓDIGO CIVIL DE CATALUNYA

SANTIAGO ESPIAU ESPIAU

I. Introducció.....	285
II. La regla general del art. 522-8 CCCat	286
III. La excepció a la regla general.....	289
IV. La excepció a la excepció	292

COMUNICACIONS A LA TERCERA PONÈNCIA

L'EVOLUCIÓ DEL RÈGIM DE LES SERVITUDS I EL LLIBRE CINQUÈ DEL CODI CIVIL DE CATALUNYA: L'ESTAT D'ALGUNES QÜESTIONS PROBLEMÀTIQUES

M. ROSA LLÁCER MATAÇAS

I. Presentació: la construcció d'un règim català de les servituds en l'àmbit del principi de llibertat de la propietat	297
II. Observacions generals sobre el dret de servitud en la Llei 5/2006.....	298

III. L'estat de la constitució del dret de servitud.....	301
1. Qüestions de legitimació. Les implicacions de l'art. 566-2.2 CCcat.....	301
2. El signe aparent i la nova jurisprudència del Tribunal Superior de Justícia.....	302
3. La no-usucapibilitat de les servituds. La transitorietat en la Llei 5/2006.....	304
IV. Les modificacions en el contingut del dret de servitud. La servitud de llums i vistes i l'ordenació de les restriccions del dret de propietat.....	307
V. L'extinció de les servituds: causes. En particular, perspectives de la consolidació en el llibre cinquè del Codi civil català com a causa extintiva.....	311
VI. Les conseqüències de la nova sistematització de les servituds forçoses en el llibre cinquè del Codi civil català.....	313
VII. El tractament de les accions confessòria i negatòria en el llibre cinquè.....	318

VALORACIÓ CRÍTICA DE L'ARTICLE 553-45.4 DEL CODI CIVIL DE CATALUNYA

TERESA ROSELL I GAIROLES

I. Introducció.....	321
II. Antecedents.....	322
III. Limitació al dret de propietat. Discriminació per l'exercici d'activitat professional o empresarial.....	323
IV. Quota de propietat - quota de participació.....	324
V. Àmbit de les despeses sobre les quals es pot aplicar el doble de la quota corresponent.....	325
VI. La càrrega de la impugnació judicial.....	326
VII. Cessament o canvi de l'activitat.....	327
VIII. Enriquiment injust.....	328
IX. Conclusió.....	328

COMUNICACIONS A LA QUARTA PONÈNCIA

COMENTARIO CRÍTICO SOBRE LA EFICACIA DE LA NOTIFICACIÓN NOTARIAL EN LA CONSTITUCIÓN DEL DERECHO REAL DE RETENCIÓN SEGÚN LA JURISPRUDENCIA

REYES BARRADA ORELLANA

I. Naturaleza real del derecho de retención.....	333
II. La comunicación notarial. ¿requisito de constitución o de eficacia del derecho de retención?.....	334
III. El valor de la notificación notarial en las decisiones del TSJC.....	335
1. Sentencia 24/2001, de 19 de julio, del TSJC.....	335
2. Sentencia 25/2006, de 19 de junio, del TSJC.....	336
3. Líneas fundamentales de la postura jurisprudencial.....	338
IV. Crítica a la postura jurisprudencial. Interpretación del artículo 569-5.1 CCCat.....	338
1. Interpretación literal y su relación con los antecedentes legislativos de la norma.....	338
2. Interpretación contextual.....	339
3. Interpretación según el espíritu y la finalidad de la norma.....	340
4. Interpretación lógica.....	341
5. Conclusión.....	342
V. La situación de retención.....	343

**EL DRET DE RETENCIÓ DE L'EDIFICI PER PART DE LES PERSONES
QUE INTERVENEN EN EL PROCÉS D'EDIFICACIÓ: CONTRACTISTES,
SUBCONTRACTISTES I TREBALLADORS ASSALARIATS**

JORDI MEDINA ORTIZ

I. Introducció.....	345
II. Element objectiu: el crèdit per a la construcció o reparació d'un bé.....	347
1. El crèdit de naturalesa refaccionària com a pressupòsit del dret de retenció.....	350
2. Supòsits de crèdit refaccionari que donen lloc al dret de retenció.....	353
III. Elements subjectius.....	353
1. La persona que encarrega l'execució d'una obra.....	353
2. Altres persones que intervenen en el procés de construcció, lligades contractualment amb el contractista i no pas amb el propietari de l'immoble.....	360
IV. L'adequació de l'activitat executada al pressupost o al pacte.....	366
1. Contractes sotmesos a la LOE.....	367
2. Contractes administratius d'obres.....	370
3. Contractes d'obra no sotmesos ni a la LOE ni a la legislació administrativa.....	371
4. Paper del tercer que hagi d'apreciar el compliment o no de l'execució de l'obra.....	373
5. Conservació de l'obra executada.....	374
V. Conclusions.....	375

PONÈNCIES

PRIMERA PONÈNCIA
LA CODIFICACIÓ DELS DRETS REALS

LA REGULACIÓ DELS DRETS REALS EN EL LLIBRE CINQUÈ DEL CODI CIVIL DE CATALUNYA

ANTONI MIRAMBELL I ABANCÓ

CATEDRÀTIC DE DRET CIVIL
UNIVERSITAT DE BARCELONA

SUMARI

I. La Llei 5/2006, de 10 de maig: els precedents.....	21
II. La llei 5/2006, de 10 de maig: uns criteris de codificació.....	23
1. Regulació actualitzadora i innovadora.....	24
2. Principis bàsics	24
3. Caràcter de dret comú.....	25
III. La nova regulació: alguns aspectes destacables	26
1. Títol 1. Els béns.....	26
2. Títol 2. La possessió.....	30
3. Títol 3. L'adquisició, la transmissió i l'extinció del dret real.....	34
4. Títol 4. El dret de propietat	45
5. Títol 5. Les situacions de comunitat	48
6. Títol 6. Els drets reals limitats.....	53
IV. Bibliografia.....	57

I. LA LLEI 5/2006, DE 10 DE MAIG: ELS PRECEDENTS

La Llei 5/2006, de 10 de maig, del llibre cinquè del Codi civil de Catalunya, relatiu als drets reals, ha estat publicada al DOGC núm. 4640, de 24 de maig de 2006.¹

El BOPC núm. 332, de 8 de maig de 2006, publicava l'aprovació, per part del Parlament de Catalunya, de la Llei del llibre cinquè del Codi civil de Catalunya, relatiu als drets reals.²

La Llei 5/2006, segons la seva disposició final, entra en vigor l'1 de juliol de 2006 i deroga la Compilació i les lleis especials en matèria de drets reals.³

¹ DOGC núm. 4640, pàg. 23167 a 23202, i, per a la versió castellana, BOE núm. 148, de 22 de juny de 2006. La correcció d'algunes errades, essencialment tipogràfiques, és al DOGC núm. 4655, de 15 de juny de 2006, pàg. 26128.

² BOPC, núm. 332, pàg. 5 a 61.

³ Vegeu la disposició derogatòria, quan diu: "Es deroguen les normes següents: a) Els articles 277, 329, 340, 341 i 342 del Decret legislatiu 1/1984, del 19 de juliol, pel qual s'aprova el text

Aquesta llei és conseqüència del Projecte de llei pel qual s'aprova el llibre cinquè del Codi civil de Catalunya, relatiu als drets reals⁴ (d'ara endavant Projecte 2005).

El Projecte 2005 és el resultat, al seu torn, dels treballs realitzats per l'actual Observatori de Dret Privat de Catalunya⁵ i, dins seu, per una comissió de treball específica.⁶

Aquest projecte ha tingut la tramitació parlamentària corresponent amb:

L'Informe de la Ponència de la Comissió de Justícia, Dret i Seguretat Ciutadana i la designació com a relator del diputat Sr. Joan Galceran i Margarit, de 7 de febrer de 2006.⁷

El Dictamen de la Comissió de Justícia, Dret i Seguretat Ciutadana i les esmenes reservades per part dels grups parlamentaris per ser defensades en el Ple del Parlament, de 28 de febrer de 2006.⁸

El referit Projecte 2005 és fruit, en la seva major part, però amb canvis de sistemàtica, supressions i modificacions notables, del Projecte de llei de la segona llei del Codi civil de Catalunya⁹ (d'ara endavant Projecte 2003), elaborat per l'Observatori de Dret Privat de Catalunya anterior¹⁰ i, dins seu, per la Secció de Dret Patrimonial.¹¹

refós de la Compilació del dret civil de Catalunya. b) La Llei 6/1990, del 16 de març, dels censos. c) La Llei 13/1990, del 8 de juliol, de l'acció negatòria, les immissions, les servituds i les relacions de veïnatge. d) La Llei 13/2000, del 20 de novembre, de regulació dels drets d'usdefruit, ús i habitació. e) La Llei 22/2001, del 31 de desembre, de regulació dels drets de superfície, de servitud i d'adquisició voluntària o preferent. f) La Llei 25/2001, del 31 de desembre, de l'accessió i l'ocupació. g) La Llei 19/2002, del 5 de juliol, de drets reals de garantia”.

⁴ BOPC núm. 216, 5.9.2005, pàg. 10 a 66.

⁵ Reorganitzat pel Decret 266/2004, de 27 d'abril, de regulació dels òrgans de l'Observatori de Dret Privat de Catalunya (DOGC núm. 4122, 29.4.2004), per la Resolució JUS/1291/2004, de 6 de maig, de nomenament de vocals del Ple i de la Comissió Permanent de la Comissió de Codificació de l'Observatori de Dret Privat de Catalunya (DOGC núm. 4130, 11.05.2004), i per la Resolució JUS/1698/2004, d'11 de juny, de nomenament de vocals del Consell Rector de l'Observatori de Dret Privat de Catalunya (DOGC núm. 4155, 16.6.2004).

⁶ L'anomenat Grup de Drets Reals ha estat integrat per Lluís Jou, notari, Pablo Salvador, catedràtic de Dret Civil de la UPF, i Mercedes Tormo, registradora de la propietat i mercantil. El Projecte 2005 fou també objecte d'un informe extern per part del catedràtic de Dret Civil de la Universitat de Castella-la Manxa Ángel Carrasco Perera, amb el títol *Evaluación del Libro quinto del Código civil de Catalunya*.

⁷ BOPC núm. 296, de 24 de febrer de 2006, pàg. 3 a 123.

⁸ BOPC núm. 314, de 31 de març de 2006, pàg. 48 a 50.

⁹ BOPC núm. 451, 30 de juliol de 2003, pàg. 5 a 41.

¹⁰ L'Observatori fou creat pel Decret 190/2000, de 29 de maig, sobre l'Observatori de Dret Privat de Catalunya (DOGC núm. 3156, 7.6.2000), la Resolució de 13 de juny de 2000, de nomenament de presidents i vocals dels òrgans de l'Observatori de Dret Privat de Catalunya (DOGC núm. 3180, 11.7.2000), la Resolució de 10 d'octubre de 2001, de nomenament d'un vocal de l'Observatori de Dret Privat de Catalunya (DOGC núm. 3497, 22.10.2001), i la Resolució JUI/1756/2003, de 2 de juny, de nomenament de presidents i vocals dels òrgans de l'Observatori de Dret Privat de Catalunya (DOGC núm. 3901, 10.6.2003).

¹¹ En relació amb la Secció de Dret Patrimonial, la seva composició inicial era: com a vocals,

Aquest Projecte 2003 va decaure per la finalització de la VI legislatura.

Aquest mateix Projecte 2003 fou presentat, en la VII legislatura, com a Proposició de llei de la segona llei del Codi civil de Catalunya, presentada pel Grup Parlamentari de Convergència i Unió.¹²

La tramitació parlamentària de la Proposició de llei va ser desestimada, ja que el BOPC núm. 26, d'1 de març de 2004, publicava el decaïment, atès que el Ple del Parlament no la va prendre en consideració en la sessió número 13, del dia 25 de febrer de 2004.

S'ha de fer notar que els textos del Projecte 2003 i de la Proposició de llei són idèntics.

Els treballs que varen donar lloc al text articulat, amb notes i concordances, del Projecte 2003 foren publicats com a: *Treballs preparatoris del llibre cinquè del Codi civil de Catalunya*. "Els drets reals", Observatori de Dret Privat de Catalunya, Secció de Dret Patrimonial, Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia i Interior, Barcelona, 2003.

A part d'algunes divergències de redacció, la diferència essencial entre el Projecte 2003 i la Proposició de llei 2004, d'una banda, i els *Treballs preparatoris del llibre cinquè del Codi civil de Catalunya*,¹³ d'altra banda, és que ni el Projecte ni la Proposició no contenen una regulació, en un capítol quart, respecte dels "patrimonis fiduciaris", tal com es feia en els *Treballs preparatoris del llibre cinquè del Codi civil de Catalunya* esmentats.

II. LA LLEI 5/2006, DE 10 DE MAIG: UNS CRITERIS DE CODIFICACIÓ

La finalitat de la llei és descrita a l'apartat I,4 del preàmbul, en el sentit de:

"...aprovar el Llibre cinquè del Codi Civil de Catalunya, relatiu als drets reals, com un pas més en la construcció del nou sistema jurídic privat català i en el seu procés codificador".

Però els criteris de codificació són descrits a l'apartat II del preàmbul, sota la rúbrica de "Els principis de la Llei", i, concretament, es poden centrar en tres:

Antoni Cumella Gaminde, registrador de la propietat i mercantil, M. del Carmen Gete-Alonso Calera, catedràtica de Dret Civil de la UAB, Tomàs Giménez Duart, notari, Pere del Pozo Carrascosa, catedràtic de Dret Civil de la URV, Josep Lluís Sarrate d'Abadal, registrador de la propietat i mercantil, i, com a president, Antoni Mirambell Abancó, catedràtic de Dret Civil de la UB. Per la Resolució de 10 d'octubre de 2001 va ser nomenat Francesc Torrent Cufí, notari, en substitució de Tomàs Giménez Duart i, finalment, la Resolució de 2 de juny de 2003 va confirmar la mateixa presidència i els mateixos vocals, però hi va incorporar un notari més en la persona de Lluís Jou Mirabent.

¹² BOPC núm. 9, de 26 de gener de 2004.

¹³ Vegeu OBSERVATORI DE DRET PRIVAT DE CATALUNYA. Secció de Dret Patrimonial. *Treballs preparatoris del llibre cinquè del Codi civil de Catalunya*. "Els drets reals", Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia i Interior, Barcelona, 2003, pàg. 31.

1. Regulació actualitzadora i innovadora

L'apartat II,3 del preàmbul explica que es mantenen les institucions tradicionals, actualitzades profundament, però destaca els aspectes més innovadors de la nova regulació, tot dient:

“...La regulació del Llibre cinquè, tot i que manté, actualitzades profundament, institucions tradicionals en el dret català, algunes d'ascendència romana, com són l'usdefruit i els seus diminutius o les servituds, i d'altres d'origen medieval, com són els drets de cens o la mitgeria, posa l'accent en els seus aspectes més innovadors, com són una regulació breu i ordenada del fet possessori i de les seves conseqüències jurídiques, una regulació dels límits i limitacions de la propietat conforme a la cultura jurídica actual, la regulació de la propietat horitzontal com a instrument que facilita l'accés al dret fonamental de l'habitatge o la regulació dels drets de superfície, de vol o d'opció...”.

2. Principis bàsics

En l'apartat II,4 del mateix preàmbul s'explicita que els principis bàsics dels quals parteix la llei que aprova el llibre cinquè són:

- La llibertat civil, que es relaciona amb l'art. 111-6 CCcat, i respecte de la qual es diu:
“...llibertat civil, que es manifesta deixant a l'autonomia de la voluntat un camp molt ampli d'actuació en la constitució i configuració dels drets reals limitats i de les situacions de comunitat, en la limitació del drets de tanteig i de retracte legals als casos indispensables i en l'establiment d'una regulació dels drets reals limitats que gairebé sempre és subsidiària del pacte entre les parts...”.
- La protecció dels consumidors i persones necessitades, quan es fa constar:
“...protecció dels consumidors i, en general, de les persones en situació de necessitat, que es manifesta sobretot en la normativa de la propietat horitzontal i en tot allò que té relació amb la regulació dels edificis amb una pluralitat d'habitatges...”.
- La bona fe, en concordança amb l'art. 111-7 CCcat, de manera que s'expressa:
“...el de la bona fe, que es presumeix sempre i que es manifesta en la regulació de la possessió, dels títols d'adquisició, de l'accessió i, en general, en el fet que mai no s'atorga protecció jurídica a qui actua de mala fe...”.
- La promoció de la seguretat jurídica preventiva, en el sentit que:
“...promoció de la seguretat jurídica preventiva, que es manifesta en la utilització equilibrada dels instruments notariais i dels registres públics en els supòsits en què l'interès públic i la transcendència dels interessos dels tercers en fa aconsellable l'ús...”.
- La funció social de la propietat, de manera que:
“...la funció social de la propietat, que es manifesta en la regulació amb caràcter general de les restriccions al dret de propietat i de les relacions de veïnatge i en la superació del principi d'unanimitat en la gestió de les situacions de comunitat...”.

3. Caràcter de dret comú

En l'apartat II,5 del Preàmbul es recorda, atesa la seva gran importància en la configuració actual de l'ordenament jurídic català, el caràcter de dret comú a Catalunya de les disposicions del Codi civil, en la mateixa línia de l'art. 111-4 CCcat, quan es diu:

“...Finalment, aquest codi té molt present que les seves disposicions tenen caràcter de dret comú a Catalunya. Per això, quan és pertinent, subratlla la seva profunda imbricació amb la normativa, sovint qualificada d'administrativa, que configura la propietat moderna, tan imbuïda per la seva funció social, com és el cas de les normes urbanístiques o d'habitatge, agràries, forestals i mediambientals, i del patrimoni cultural”.

Tot això no obstant, cal subratllar una diferència fonamental entre el Projecte 2003 i 2005 (i també, doncs, la Llei 5/2006 aprovada), relativa a la tècnica codificadora.

Efectivament, el Projecte 2005 presenta una regulació completa de tot el llibre cinquè, i en els apartats II, 1 i 2 del preàmbul es fa notar que:

“Aquest codi aporta una regulació nova, pròpia per a Catalunya, d'institucions fonamentals en el dret de coses com són la possessió, la propietat i les situacions de comunitat, especialment l'anomenada propietat horitzontal, i introdueix la regulació dels drets de vol i d'hipoteca.

D'altra banda, refon i modifica parcialment la legislació aprovada pel Parlament de Catalunya en matèria de dret de coses i hi dóna unitat interna. Aquesta legislació comprèn un total de sis lleis, des de la Llei 6/1990, de 16 de març, dels censos, fins a la Llei 19/2002, de 5 de juliol, de drets reals de garantia”.

En canvi, el Projecte 2003 era una part del llibre cinquè per després fer un text refós amb les lleis vigents fins a aquell moment que subsistissin o amb les modificacions corresponents, en matèria de drets reals.

Dos aspectes remarcables i, en certa manera criticables, del Projecte 2005 es refereixen:

D'una banda, a la utilització d'un llenguatge discriminatori per raó de gènere, la qual cosa va afavorir, precisament, la presentació de dues esmenes de modificació del text en aquest sentit. Així, com a esmena tècnica, es proposava que en el tràmit de la Comissió es fes l'adaptació del text de la llei al llenguatge no discriminatori per raó de gènere.¹⁴ El resultat ha estat la utilització del plural masculí per referir-se tant a les persones de gènere femení com a les de masculí.

D'altra banda, la incorporació de les lleis vigents en matèria de drets reals i d'aprovació recentíssima pel Parlament de Catalunya s'ha fet, però, sofrint modificacions excessives i, sovint, no justificades, de manera que s'han generat

¹⁴ Les esmenes de modificació eren les núm. 2 i 3 i foren presentades, respectivament, pel GP d'Esquerra Republicana de Catalunya i pels GP Socialista-Ciutadans pel Canvi, GP Iniciativa per Catalunya Verds-Esquerra Alternativa. La del GP d'Esquerra Republicana de Catalunya proposava, a més “...que, en aquest sentit, es tingui en compte l'informe interdepartamental d'impacte de gènere emès per l'Institut Català de les Dones en data 3 de juny de 2005”, però el ponent d'aquest mateix grup parlamentari va retirar l'esmena núm. 2 i fou acceptada la núm. 3 (vegeu BOPC núm. 296, pàg. 3).

alguns problemes d'interpretació i d'integració que eren perfectament obviabls en allò que serà una part del nostre codi civil (com és el cas de la Llei 25/2001, sobre l'accessió, i la 19/2002, sobre garanties).

III. LA NOVA REGULACIÓ: ALGUNS ASPECTES DESTACABLES

Fent un repàs general de la nova regulació, alguns d'aquests aspectes més destacables apareixen en cadascun dels títols de la llei:

1. Títol 1. Els béns

En la Llei 5/2006 aprovada es dediquen a la regulació del règim jurídic dels béns només tres articles, relatius als béns, als béns immobles i mobles i als fruits, respectivament.

En el preàmbul III,3 es diu que: "El títol I és configurat per alguns articles, de caràcter introductor i general, sobre el règim jurídic dels béns, el concepte dels quals es pren en un sentit ampli, de manera que inclou els drets i, d'acord amb la tradició jurídica catalana més recent, estableix que els animals no tenen la consideració de coses i estan sota la protecció de les lleis".

En conseqüència, s'hi troba a faltar una regulació de caràcter general molt més àmplia i, en concret, respecte a les institucions següents:

1.1. *El concepte de patrimoni*

En el títol 1 no hi ha una norma que precisi la relació de titularitat real entre la persona i els béns, que inclouen les coses, els animals i els drets. Així, no es diu que les persones, físiques o jurídiques, tenen la titularitat dels drets sobre els béns, però que el conjunt de les titularitats (en el sentit, per exemple, de l'art. 561-3.1) conforma el seu patrimoni, ja que un patrimoni no pot ser objecte d'un únic dret real.

Això no obstant, hi ha diverses normes que utilitzen, desajustadament, el concepte de *patrimoni* com a objecte d'un únic dret real o, altrament, com a concepte econòmic: només cal comprovar-ho, especialment, a l'art. 551-1.1, però també als art. 532-3.2, 545-2 d), 552-9 a), 552-11.5, 569-39, la disposició transitòria setena, apartat 8, o la disposició transitòria catorzena, punt 5.¹⁵

¹⁵ En el Projecte 2003, en canvi, hi havia una norma, l'art. 512-1, que es referia al patrimoni com a conjunt de titularitats de les persones. Però en els *Treballs preparatoris del llibre cinquè del Codi civil de Catalunya. "Els drets reals"* (2003), la norma era encara més precisa, quan deia: "Les persones físiques o jurídiques tenen la titularitat dels drets sobre els béns; el conjunt de les titularitats conforma el seu patrimoni", i en el corresponent comentari de motivació i concordança d'aquesta norma es deia: "En primer lloc, aquesta norma és aproximadament l'article 915 CCQ, sense la referència a l'Estat, ja que la idea de «jurídiques» es pren en el seu sentit més ampli per tal, precisament, d'incloure-hi l'Estat i les altres persones jurídiques de caràcter públic. D'altra banda, no es creu convenient d'entrar en la delimitació de béns de domini públic o de propietat privada, com fan els articles 338 a 345 CCE, perquè és una matèria que correspon a la normativa de caràcter públic. En darrer terme, la seva finalitat és introduir la idea de patrimoni com a conjunt de titularitats sobre béns que poden pertànyer

1.2. *Els títols adquisitius*

En aquest títol 1 tampoc no hi ha cap norma que estableixi clarament quins són els títols adquisitius dels drets sobre els béns.

En canvi, a l'art. 531-1, sota la rúbrica “sistema d'adquisició”, es diu que “Per a transmetre i adquirir béns, cal, a més del títol d'adquisició, la realització, si escau, de la tradició o dels actes o de les formalitats que estableixen les lleis”, de manera, doncs, que enlloc no es diu quins són els títols adquisitius.

Una norma com la de l'art. 531-1, quan es refereix a la tradició, als actes o les formalitats establertes per la llei, només es pot comprendre plenament si va precedida d'una altra norma que determini que els títols adquisitius són: el contracte, la donació, la successió, l'ocupació, l'accessió, la usucupió o qualsevol altre títol establert per la llei. Com que aquesta norma no existeix, la interpretació de l'art. 531-1 requereix acudir al preàmbul III,5, on s'afirma —d'una manera explicativa que sembla correspondre més a un altre text legal (certament, el Projecte 2003) que no és el propi de la Llei 5/2006—, que:

“El títol III regula l'adquisició i l'extinció del dret real. Regula la tradició en concordança amb els títols d'adquisició, tot configurant el sistema transmissor-adquisitiu d'acord amb la teoria del títol i del mode vigent tradicionalment en l'ordenament jurídic català. També regula la donació, a la qual reconeix la consideració de títol d'adquisició, juntament amb la successió, el contracte, l'ocupació, l'accessió i la usucupió. Tot i això, les donacions per raó de matrimoni o entre cònjuges i les donacions per causa de mort es mantenen, per ara, en el Codi de família i en el Codi de successions. Pel que fa a la usucupió, aquest títol redueix els terminis de la possessió per a usucupir a tres anys per als béns mobles i a vint per als immobles i en regula la interrupció i la suspensió”.

Efectivament, el sistema complet de la transmissió i l'adquisició dels béns té lloc, a partir del títol adquisitiu, amb el compliment de determinats requisits que poden ser: en el títol contractual, la tradició (de manera que només en aquest cas es pot parlar de la teoria del títol i mode, respecte a altres sistemes adquisitius d'alguns altres ordenaments jurídics que parteixen de la mera consensualitat o, contràriament, de la necessitat d'inscripció registral); en la donació, la forma escrita en les donacions no simultànies al lliurament del bé o l'escriptura pública quan es tracta d'immobles; en la successió, el títol d'hereu més l'acceptació; en l'ocupació, l'apropiació possessòria; en l'accessió, la incorporació a la propietat d'un bé; en la usucupió, el compliment dels requisits possessoris i el transcurs del temps. Per tant, la tradició és només un dels actes i formalitats legals, ja que n'existeixen d'altres que completen el procés d'adquisició i transmissió.¹⁶

a una persona física o jurídica. En segon lloc, es podria considerar la inclusió d'un segon apartat, en el sentit d'establir que, des del punt de vista jurídic, «Tota persona és titular d'un patrimoni», com un precepte que sigui la refosa, simplificada, de l'article 2 i 302 CCQ. Els articles 37 i 150 CS contempen patrimonis separats”. Vegeu *Treballs preparatoris...* (2003), pàg. 16.

¹⁶ La regulació dels títols adquisitius i del sistema transmissiu adquisitiu era molt més clara en l'art. 512-3, amb la remissió a l'art. 531-3 del Projecte 2003, i en els comentaris a aquestes dues normes en els *Treballs preparatoris del llibre cinquè del Codi civil de Catalunya* (2003) ja s'explicava, en relació amb l'art. 512-3, que: “Aquest article descriu els títols d'adquisició dels drets reals i és, parcialment, l'article 916 CCQ. Apartat 1. Una de les diferències fonamentals

1.3. *L'administració de béns aliens*

Sorprenentment, la Llei 5/2006 aprovada no regula l'administració de béns aliens, a diferència del Projecte 2003, com també de la proposta dels *Treballs preparatoris del llibre cinquè del Codi civil de Catalunya* (2003), i després d'haver estat rebutjades les corresponents esmenes presentades¹⁷ en el sentit d'incorporar a la nova llei la convenient regulació de l'administració de béns aliens.

Cal insistir en el fet que, segons la nostra manera de veure-ho, resulta necessària una regulació transversal i unitària de l'administració de béns aliens que permeti de reconduir-hi tots els supòsits en els quals una persona està legitimada per realitzar actes jurídics destinats a produir efectes en el patrimoni d'una altra persona i no haver d'acudir o repetir les regles del mandat, la tutela, la potestat, l'usdefruit, la substitució fideïcomissària o de la gestió dels patrimonis separats; oimés si en un futur immediat sorgeix la necessitat de regular el

és la menció explícita de la donació com a títol adquisitiu i, per tant, allunyant-la del caràcter contractual. S'ha de notar, també, que és una norma formulada en general, sense diferenciar, doncs, els títols adquisitius exclusius del dret de propietat (ocupació i accessió) o aquells que es refereixen només a béns mobles (ocupació). La referència a qualsevol altre títol previst per la llei vol indicar casos com l'anomenada construcció extralimitada (o també accessió invertida) o altres que no s'hagin previst expressament i, sobretot, les atribucions patrimonials que tenen lloc entre cònjuges amb la constitució, per exemple, d'un règim econòmic matrimonial de comunitat de béns, d'acord amb l'article 66 CF. S'ha d'observar, especialment, que la norma, quan es refereix a qualsevol títol establert per la llei, inclou també la tradició en el mateix sentit que l'article 1901 del CCE, en relació amb l'article 609. Per la seva banda el dret català es basa en el mateix sistema adquisitiu i l'única especialitat és en relació amb la forma de la tradició, continguda en l'article 277 CDCC. Apartat 2. En aquest apartat es fa una remissió al que es disposa a l'art. 531-1 en el qual es regula el sistema d'adquisició (i transmissió) dels drets reals. Com s'ha dit això és justificat perquè en aquest article (512-3) només es tracta dels títols d'adquisició i no del sistema d'adquisició. L'adquisició del dret real no es produeix de la mateixa manera en tots els casos ja que depèn del títol (que també és diferent). Pel que fa al sistema d'adquisició, veure l'article 531-1". I, en relació amb l'art. 531-3, també es deia que: "L'adquisició dels béns no sempre es deu a un acte simple; no és suficient el títol sinó que, a més, és necessari que concorri un altre requisit. Això depèn del títol ja que aquest és el que explica la força jurídica en relació amb la transmissió que es pretén. Aquest precepte fa una enumeració genèrica de quins poden ser els pressupòsits o requisits necessaris que juntament amb el títol justifiquen la transmissió. Es comprenen, sota la referència a «actes i formalitats»; així, en el títol contracte, transmissiu, és la tradició, teoria del títol i mode; en la donació, l'escriptura pública quan es tracta d'immobles; en la successió, el títol d'hereu més l'acceptació..., la usucapió el compliment dels requisits possessoris i el transcurs del temps, l'ocupació l'apropiació possessòria..., etc. La tradició es només un dels actes i formalitats legals, ja que n'existeixen altres que completen l'iter complex, el procés d'adquisició i transmissió, títol + acte/formalitat". Vegeu *Treballs preparatoris del llibre cinquè del Codi civil de Catalunya* (2003), pàg. 16-27 i 63, respectivament.

¹⁷ Efectivament, el GP del Partit Popular de Catalunya va presentar les esmenes d'addició núm. 5, 6, 7 i 8 en relació amb la incorporació de la regulació de l'administració de béns aliens, però la Ponència no en va recomanar l'adopció (vegeu BOPC núm. 296, de 24 de febrer de 2006, pàg. 4 a 8). Aquestes mateixes esmenes foren reservades per ser defensades en el Ple del Parlament, com a núm. 1, 2, 3, 4 i 5, però foren rebutjades (vegeu BOPC núm. 314, de 31 de març de 2006, pàg. 59 a 61).

patrimoni fiduciari o *trust*, en la qual serà indispensable la determinació de la seva administració.¹⁸

Malgrat, doncs, que la Llei 5/2006 no regula l'administració de béns aliens, l'art. 552-6.2, vigent, relatiu a l'ús i gaudi de l'objecte de la comunitat ordinària indivisa, diu que el cotitular o la cotitular que ha percebut els fruits i els rendiments n'ha de retre comptes als altres "...d'acord amb les normes de l'administració de béns aliens"; també l'art. 561-2.3, en relació amb l'usdefruit, es refereix al fet que l'usufructuari "...s'ha de comportar d'acord amb les regles d'una bona administració"; per tant, aquestes normes generals sobre l'administració de béns aliens no hi són.

1.4. Els patrimonis fiduciaris

La nova Llei 5/2006 no regula els patrimonis fiduciaris, malgrat, igualment, les esmenes¹⁹ que foren presentades per a la seva inclusió en la nova llei, com tampoc no ho feia el Projecte 2003.

En canvi, com ja s'ha dit, en els *Treballs preparatoris del llibre cinquè del Codi civil de Catalunya* (2003) es proposava una regulació dels patrimonis fiduciaris de laboriosa elaboració,²⁰ la qual es presentava encara amb algunes qüestions molt discutides, relatives al fet de si el constituent pot ser al mateix temps administrador (o fiduciari) i beneficiari, a la pèrdua de la titularitat dels béns en el moment de l'acceptació per part del beneficiari, a la responsabilitat pels deutes del mateix constituent posteriors a la constitució del patrimoni fiduciari, a la inscriptibilitat registral i als aspectes fiscals; problemes que caldrà resoldre en la futura regulació, que sembla que es vol emprendre de manera immediata.²¹

Contràriament a tot això exposat, en el Projecte 2003 s'hi presentava una estructura normativa més completa (per a alguns desitjable i per a altres excessivament doctrinal o dogmàtica) del títol 1, dedicat als béns.

Certament, es presentava un capítol 1, relatiu al règim jurídic dels béns, un capítol 2, dedicat als béns en relació amb la persona, de manera que es feia referència a la titularitat, al patrimoni, a l'objecte de la titularitat i als títols d'adquisició, i, finalment, un capítol 3, dedicat a l'administració de béns aliens.

¹⁸ El Projecte 2003 i *Els treballs preparatoris del llibre cinquè del Codi civil de Catalunya* (2003), en canvi, sí que la regulaven. Vegeu, en aquest sentit de necessitat de regulació de l'administració de béns o patrimonis aliens, MIRAMBELL (2005), pàg. 130 a 203.

¹⁹ El GP del Partit Popular de Catalunya va presentar les esmenes núm. 9, 10, 11, 12, 13 i 14 i la Ponència no en va recomanar l'adopció (BOPC núm. 296, pàg. 6 a 8) i, a més, aquestes mateixes esmenes, amb els núm. 6, 7, 8, 9, 10 i 11, foren reservades per ser defensades al Ple del Parlament (vegeu BOPC núm. 314, pàg. 62 a 63).

²⁰ La proposta de regulació per part de la Secció de Dret Patrimonial es fonamentava en les conclusions d'una subcomissió formada per J. J. Pintó, F. Badosa, S. Roca, A. Bosch, E. Espiau, E. Arroyo i J. M. Coronas. Vegeu *Treballs preparatoris del llibre cinquè del Codi civil de Catalunya* (2003), pàg. 31 a 44.

²¹ Tal com es desprèn de l'obra "Los patrimonios fiduciarios y el trust", a NASARRE AZNAR, S. i GARRIDO MELERO, M. (coord.): *III Congreso de Derecho Civil Catalán, Tarragona, 20 y 21 de octubre de 2005*, Monogràfics La Notaría, Colegio Notarial de Cataluña, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, SA, Madrid-Barcelona, 2006.

No s'hi regulaven, però, els patrimonis fiduciaris, tot i que l'art. 512-2 del Projecte 2003 deixava la porta oberta per fer-ho, quan es referia al fet que tota persona, a més de titular d'un dret real sobre un bé, pot tenir-ne la possessió o pot ser administradora d'un bé aliè o fiduciària d'uns béns dedicats a una finalitat particular o específica.

A més, en els *Treballs preparatoris del llibre cinquè del Codi civil de Catalunya* (2003) també s'hi proposava la regulació dels patrimonis fiduciaris.

Si tot això s'hagués fet avui ja ho tindríem i, si no tot, alguns aspectes caldria retocar-los o incorporar-los en el futur text refós que segurament s'haurà de realitzar quan es completi el Codi civil.

2. Títol 2. La possessió

En la regulació de la possessió, que es presenta en el títol II de la Llei 5/2006, com a mínim s'han de destacar els aspectes següents:

2.1. *El concepte possessor*

En l'art. 521-4 del Projecte 2005 es prescindia de tota referència al concepte possessor, de manera que aquest precepte només es limitava a incorporar l'art. 445 CCesp, a diferència del Projecte 2003. Una esmena presentada²² al Projecte 2005 va incorporar afortunadament, en l'art. 524-1 vigent, la noció essencial de concepte possessor de cara a la pluralitat de possessions sobre un mateix bé, sempre que els conceptes possessoris siguin compatibles. Això no obstant, en l'apartat 2 del mateix art. 524-1 s'ha mantingut el text que prové de l'art. 445 CCesp, de manera innecessària per la dificultat d'interpretació i per la rigidesa dels criteris que proporciona de cara a determinar a qui correspon la possessió interina del bé.²³

²² Es tracta de l'esmena núm. 18, de modificació, presentada pel GP de Convergència i Unió, i la Ponència va recomanar l'adopció d'un text transaccional sobre la referida esmena (vegeu BOPC núm. 296, pàg. 9-10).

²³ En els *Treballs preparatoris del llibre cinquè del Codi civil de Catalunya* (2003) —vegeu pàg. 54-55—, s'explicaven ajustadament, en relació amb el concepte possessor i per la necessitat de prescindir de l'art. 445 CCesp, els aspectes següents. L'art. 521-4 d'aquell text, sota la rúbrica de "Pluralitat de possessions i copossessió", deia: "1. Un bé pot ser posseït per diferents persones, sempre que els conceptes possessoris siguin compatibles. 2. El contingut de cada possessió i la seva compatibilitat estan determinats per les relacions jurídiques entre els diferents posseïdors. 3. En cas de divisió d'un bé en situació de comunitat, es considera que cada comúner ha posseït de manera exclusiva, durant tot el temps que va durar la indivisió, la part que li ha correspost en l'adjudicació". En els comentaris corresponents a cadascun dels números del precepte s'explicaven els següents motius de la proposta.

En el comentari al núm. 1: "Aquest article introdueix la idea del concepte possessor, és a dir, el «com es posseïx», el que explica el perquè i la finalitat d'aquella possessió concreta. Atès que es tracta d'una idea fonamental, la noció de concepte possessor es podria introduir en l'article 521-1; no obstant això, sembla preferible fer-ho en el present article, pels motius següents: 1r. La idea de concepte possessor ja es dedueix de la pretensió de titularitat de la possessió pública. 2n. El concepte possessor té la seva importància primordial en dos temes: la usucapció i la situació en què sobre un mateix bé coexisteixen dues o més possessions. Atès que en el Codi civil de Catalunya la usucapció es regularà separadament de la possessió, el lloc idoni per a introduir la noció de concepte possessor és el present article, que regula la pluralitat de possessions. La idea fonamental d'aquest precepte és que resulta possible

En el mateix aspecte, l'art. 522-8.1 del Projecte 2005, quan regulava l'adquisició de bona fe de béns mobles, també prescindia del concepte possessori per a l'adquisició del dret, en el qual precisament es basa el concepte possessori. Sortosament, l'art. 528-8.1 de la llei vigent es refereix al concepte possessori, com a conseqüència de les esmenes presentades al Projecte 2005.²⁴

2.2. La liquidació de la situació possessòria

L'art. 522-2 regula la liquidació de la situació possessòria i el seu concepte es pot deduir de la remissió que fa als art. 522-3 al 522-5, quan es refereixen, respectivament, a la liquidació dels fruits, les despeses útils i els deterioraments o pèrdues. L'art. 522-2 no defineix, doncs, el concepte de liquidació possessòria, a diferència del mateix precepte del Projecte 2003, que en proporcionava el concepte. Es pot acceptar el criteri que les normes no han de fer definicions, però si es fan és bo que es facin on sistemàticament correspon, ja que en l'art. 544-2.2, relatiu als efectes de l'acció reivindicatòria, seria suficient que es limités a establir que la restitució del bé implica la liquidació de la situació possessòria i no caldria

la coexistència harmònica d'una pluralitat de possessions sobre un mateix bé, sense haver de recórrer a explicacions inconcretes i insatisfactòries basades en la qualificació com a simple detentor d'una o d'algunes de les persones que tenen contacte amb la cosa.

Vegeu TRIGEAUD, *La possession des biens immobiliers*, pàgines 281-281, que cita la referència de Jhering segons la qual la detenció és una de les idees més fracassades del dret romà, com a imatge de les circumstàncies econòmiques imperfectes i de les tendències brutals de l'època antiga. Així, per exemple, en l'article 8.1 b) LGPSCM trobem un exemple de com sobre un mateix bé poden recaure tres conceptes possessoris: el de propietari, el de garantia, creditor pignoratiu, i el de depositari. En la legislació catalana vigent trobem tot l'elenc de conceptes possessoris; per exemple, propietari: article 15 CS, "en qualitat d'hereu o legatari". Article 64 CS, "en aquell, hereu, concepte". Article 246.3 CS, "com a seus". Article 342 CDCC, "en concepte d'amo". Concepte indeterminat, no propietari que ha de lliurar la cosa a una altra persona: article 3 LGPCM. Garantia: article 2.1. a) LGPCM, penyora i dret de retenció. Articles 38.1 i 40.1 CDCC, la tenuta com a garantia. Masoveria: article 337.2 CDCC, "ocupi com a tal". Dot: articles 28.1, "rebut el dot", i 32.1 CDCC, opció dotal. Marmessor universal: article 316.1 CS, "facultat per a possessionar-se de l'herència". En el comentari al núm. 2: "Vegeu l'article 3:110 CCN, tot i que es tracta d'un model llunyà, que es refereix a les relacions posseïdor-detentor. No cal introduir un precepte com l'article 445 CCE, que resulta confús i, probablement, inútil. En aquest sentit, la primera part de l'article 445 CCE resulta evident, pels motius següents: Dos posseïdors no poden posseir el bé amb el mateix concepte, si el concepte possessori és exclouent. La indivisió no és una excepció, sinó que constitueix un concepte possessori diferent i compatible amb altres del mateix tipus. En aquest sentit, no té el mateix concepte possessori el propietari que el copropietari. Pel que fa a la segona part de l'article 445 CCE, tampoc no resulta satisfactòria, perquè els criteris que estableix poden no ajustar-se a la que serà la decisió final del jutge. Per tant, si es produeix un litigi sobre a qui correspon la possessió, és preferible que sigui el jutge qui determini la situació possessòria interina de la cosa". Finalment, en el comentari al núm. 3 es deia: "Correspon a l'article 450 CCE. Es considera que no cal afegir l'últim incís d'aquest article, perquè resulta evident amb l'aplicació de les normes generals de possessió, i no solament per a la interrupció de la possessió, sinó per a tots els seus efectes".

²⁴ Les esmenes eren les núm. 30 i 31, presentades, respectivament, pel GP Socialista-Ciutadans pel Canvi, GP d'Esquerra Republicana de Catalunya i GP d'Iniciativa per Catalunya Verds-Esquerra Alternativa i pel GP de Convergència i Unió. La Ponència en va recomanar l'adopció, si bé amb un text transaccional (vegeu BOPC núm. 296, pàg. 13).

definir-la, tot dient “en relació amb els fruits, les despeses i el deteriorament o la pèrdua del bé”.

D'altra banda, s'ha de notar que l'art. 522-4 s'hauria de referir a totes les despeses en els béns —per tant, a les necessàries i a les útils—, però com a resultat de les esmenes presentades²⁵ resulta que l'art. 522-4 porta com a rúbrica “despeses útils”, i en el contingut del precepte, en lloc de referir-se a les despeses necessàries, s'hi confonen amb les despeses extraordinàries.

En conseqüència, a diferència de l'art. 453 CCesp, i no se sap si de manera expressament volguda pel legislador, resulta ara que es paguen als posseïdors de bona i de mala fe les despeses “extraordinàries de conservació”, però en cap cas les despeses necessàries “ordinàries de conservació”.

Des d'un altre punt de vista, el concepte tradicional que diferencia entre “despeses ordinàries i extraordinàries” (que el CCesp regula en l'àmbit de l'usdefruit als art. 500 i 501), resulta que en la regulació que en fa l'art. 561-12 s'ha convertit per reducció en l'apartat de “reparacions” dins d'una idea més general de “despeses de l'usdefruit”.

2.3. L'apropiació indeguda

L'art. 522-8.3 de la Llei i del Projecte 2005 adopten, malgrat les esmenes presentades en sentit contrari,²⁶ el criteri de considerar que el propietari d'un bé moble perdut, furtat, robat o apropiat indegudament el pot reivindicar, de manera que comporta la destrucció del títol adquisitiu derivat de l'adquisició de bona fe i a títol oneros.

Certament, s'ha pres partit per una interpretació àmplia del concepte de *privació il·legal* de l'art. 464 CCesp, amb el resultat que el títol adquisitiu de béns mobles de bona fe esdevé gairebé inútil, ja que la reivindicabilitat és molt àmplia. Això fa que l'art. 522-8.3 deixi inoperant la norma del mateix art. 522-8.1.

En canvi, el Projecte 2003, en el mateix art. 522-8.3, i els *Treballs preparatoris del llibre cinquè del Codi civil de Catalunya* (2003), en el que era el seu art. 522-5,²⁷ mantenien la tesi restrictiva, anomenada *germanista*, d'excloure l'apropiació

²⁵ Vegeu les esmenes núm. 25, 26 i 27, BOPC núm. 296, pàg. 12. Curiosament la núm. 27, proposada pel GP Socialista-Ciutadans pel Canvi, GP d'Esquerra Republicana de Catalunya i GP d'Iniciativa per Catalunya Verds-Esquerra Alternativa, demanava la supressió de l'expressió “extraordinàries”. La Ponència en va recomanar l'adopció, però no fou atesa en el Dictamen de la Comissió. D'altra banda, en la núm. 25, el mateix grup de la majoria parlamentària demanava la supressió de l'expressió “millores” i en la núm. 26 el GP de Convergència i Unió proposava que la rúbrica del precepte digués “despeses necessàries i útils”. La Ponència recomanava un text transaccional entre la 25 i la 26 i el resultat sorprenent ha estat que la norma vigent diu “despeses útils”.

²⁶ L'esmena fou la núm. 34 del GP de Convergència i Unió. La Ponència ja la va rebutjar (vegeu BOPC núm. 296, pàg. 13), però fou reservada, amb el núm. 14, per ser defensada en el Ple del Parlament i no fou acceptada (vegeu BOPC núm. 314, pàg. 64).

²⁷ Vegeu *Treballs preparatoris del llibre cinquè del Codi civil de Catalunya* (2003), pàg. 61-62, on, respecte d'aquest problema relatiu a la interpretació de l'art. 464 CCesp, s'explicava textualment el següent: “Plantejament. Es tracta de resoldre el conflicte d'interessos entre l'estabilitat del dret de propietat i la seguretat del tràfic jurídic. Si tenim en compte que la utilitat principal de la possessió és la de ser un mecanisme de publicitat dels drets, especialment dels que recauen

indeguda del supòsit de reivindicabilitat, precisament per mantenir més operatiu el títol adquisitiu de béns mobles de bona fe.

2.4. L'acció publiciana

L'art. 522-7.2 preveu l'acció publiciana, però, tal com ha quedat regulada, pel fet de no fixar un termini per al seu exercici, resulta que es pot encavallar amb la tutela sumària de la possessió i que no es fa evident que es tracta d'una acció pensada per a aquella persona que es troba en la fase final per completar la seva usucapió.²⁸

sobre mobles, la solució del conflicte ha de donar prevalença a la seguretat del tràfic, si bé no amb un caràcter absolut. El precepte adopta, per tant, la solució germanista, tot i que aquesta no és, potser, la més arrelada en el dret civil de Catalunya, com podem veure en l'article 36.2 CDCC. Aquest article, en matèria de dot, dona al propietari desposseït la possibilitat de «recobrar» la cosa d'un tercer, fins i tot quan el transmetent va actuar de bona fe; això significa, per tant, que el posseïdor de bona fe té només un títol «ad usucapionem». De totes maneres, l'article 36.2 CDCC resulta una mica confús; cal entendre que si la cosa s'ha perdut amb dol o culpa del marit, aquest haurà, a més a més, d'indemnitzar els perjudicis. Comentari al núm. 1: Pren com a model l'article 3:86.1 CCN. Es podria afegir que el bé no estigués inscrit en el Registre de Béns Mobles, com fa l'article holandès; no obstant això, atesa la indefinició de l'eficàcia del Registre de Béns Mobles pel que fa a la titularitat dels béns inscrits, com a mínim en algunes de les seves seccions, segurament és més prudent no dir res. Trobem la idea d'irreivindicabilitat, per tant, adquisició, dels adquirents de bona fe i a títol oneros en l'article 64.4 CS, en el tema de l'acció de petició d'herència. Això sí, l'hereu aparent haurà de «restituir» a l'hereu real el preu o la cosa que ha obtingut com a contraprestació, o el que ha adquirit amb ella, article 64.3 CS; es pot deduir que si va actuar de mala fe haurà, a més, d'indemnitzar. Cal destacar que s'afegeix el requisit que l'adquisició sigui a títol oneros, seguint el criteri de la LH i l'article 64.4 CS; no hem d'oblidar que la possessió és també un mecanisme de publicitat dels drets. L'aplicació del criteri de l'onerositat no exclou, se sobreentén, que si el posseïdor actual va adquirir la cosa a títol gratuït, gaudirà de la mateixa protecció que tindria el qui li va transmetre la cosa. Comentari al núm. 2: Pren com a model l'article 3:87 CCN. La finalitat és que l'antic propietari del bé pugui reclamar el rescabament i la indemnització de la persona a qui li ho va transmetre en primera instància. Comentari al núm. 3: Cfr. articles 3:86.3 CCN i 464 CCE. No s'inclou el cas de l'apropiació indeguda o l'estafa; el propietari ja té les accions corresponents contra el dipositari o el comodatari deslleial. A més, cal tenir en compte que la regla de l'article 464.1 CC només és útil si es restringeix al màxim i de manera clara el concepte de «privació» il·legal que utilitza. En aquest sentit, l'article 2279 CCF parla estrictament de pèrdua i robatori, «vol», i l'article 3:86.3 CCN parla exclusivament de robatori. En definitiva, es recullen només els casos en què el propietari va perdre el control material de la cosa sense la seva voluntat. Això inclou la pèrdua, el furt o el robatori; no, en canvi, l'apropiació indeguda, cas en què el propietari va entregar la cosa de forma voluntària al dipositari, comodatari, creditor pignoratiu, etc. Concorda així amb la legislació mercantil; per exemple: article 324 CCo: no reivindicació dels valors pignorats dels quals el seu titular ha estat «privat». Article 545 CCo: no reivindicació dels títols al portador la possessió dels quals ha estat adquirida per un tercer «de bona fe i sense culpa greu», l'article 56.2 LSA es remet a aquest article, i l'article 9.2 LMV utilitza la mateixa expressió. Articles 19.1, 96 i 127 de la Llei canviària”.

²⁸ En l'art. 522.4.2 del Projecte 2003 es fixava el termini dels últims tres anys per completar la usucapió, tenint en compte que es preveia, en aquell Projecte, una usucapió de deu anys. En els *Treballs preparatoris del llibre cinquè del Codi civil de Catalunya* (2003), pàg. 61, es feia notar, respecte de l'acció publiciana, el següent: “L'acció publiciana pretén cobrir l'espai que hi ha entre la tutela de la propietat i la tutela sumària de la possessió, donant al que ha estat posseïdor durant molt de temps i que té un «millor dret», en realitat, pot no tenir-ne cap, a posseir un mecanisme de protecció que sigui operatiu i que tingui unes característiques

3. Títol 3. L'adquisició, la transmissió i l'extinció del dret real

Aquest títol 3 és un dels que presenta problemes importants en relació amb la seva estructura i, d'altra banda, pel que fa a la necessitat d'haver de recórrer al Codi civil espanyol com a dret supletori, d'acord amb l'art. 111-5 CCcat, en alguns casos, de manera que es frustra un dels objectius de la codificació catalana en el sentit d'obtenir una “normativa autònoma, completa i global”.²⁹

3.1. La no-regulació de les prohibicions de disposar

La rúbrica del títol es refereix a “adquisició, transmissió i extinció” del dret real, però no s'hi regula un dels aspectes més rellevants de la transmissió: les prohibicions de disposar i, especialment, les seves característiques i els seus efectes.

La rúbrica del Projecte 2005 eliminava coherentment la referència a la transmissió, perquè no era objecte de regulació, però, com a conseqüència d'una esmena presentada en aquest sentit, la Ponència va recomanar i es va adoptar la inclusió de la referència a la transmissió.³⁰ La presentació de l'esmena relativa a l'expressió “transmissió” hauria tingut sentit si s'hagués presentat una altra esmena que hagués proposat una regulació general i unitària de les prohibicions de disposar, relatives als títols gratuïts, de manera que s'hauria pogut superar (en el sentit de retornar a l'art. 117 CDCC anterior i exigir una motivació tuitiva de la prohibició), generalitzar i sistematitzar la norma continguda a l'art. 166 del Codi de successions.

Els art. 532-4 a 532-9 del Projecte 2003³¹ oferien aquesta regulació de les

diferents de la reivindicatòria i de la tutela sumària de la possessió. La regulació proposada parteix del fet que el posseïdor a qui li ha estat presa la possessió del bé es troba dins de l'última fase per a completar la usucapió. Concretament, es preveu un termini de tres anys o menys abans de consumir la usucapió, atès que un termini més breu faria que l'acció publiciana resultés gairebé inoperant, perquè el seu àmbit d'aplicació ja estaria prou cobert per la tutela sumària de la possessió, amb un termini d'un any. El termini de 3 anys sembla correcte en la previsió que el termini per a la usucapió d'immobles es reduirà a 10 anys; altrament, caldria allargar el termini de l'acció publiciana, al voltant del terç del termini per a usucapir. L'àmbit de l'acció publiciana es redueix als béns immobles; en efecte, si el termini d'usucapió dels béns mobles s'escurça a 3 anys, l'acció publiciana no té sentit, perquè gairebé no té un «espai» propi entre la tutela sumària de la possessió i la reivindicatòria”.

²⁹ Expressions textuales que es poden comprovar a l'apartat I, 3 del preàmbul de la Llei 40/1991, de 30 de desembre. Codi de successions per causa de mort en el dret civil de Catalunya.

³⁰ Era l'esmena núm. 36 de modificació, presentada pel GP de Convergència i Unió (vegeu BOPC núm. 296 pàg. 14).

³¹ Aquests articles establien: article 532-4. Concepte 1. La prohibició de disposar impedeix que el titular dels béns els pugui alienar, gravar o renunciar de manera absoluta, amb major o menor amplitud o sense complir determinats requisits. 2. La prohibició pot consistir a sotmetre la facultat de disposició al consentiment d'una altra persona. 3. L'autoritat judicial pot acordar la renúncia, quan es donin circumstàncies sobrevingudes que facin que les càrregues del bé siguin superiors als beneficis. Article 532-5. Interpretació. Les prohibicions de disposar s'han d'establir d'una manera expressa i s'han d'interpretar restrictivament. Article 532-6. Classes. Les prohibicions de disposar poden ser establertes per la llei, per la voluntat i com a conseqüència de determinats procediments judicials. Article 532-7. Prohibicions de disposar legals 1. Les prohibicions legals són les determinades directament

prohibicions de disposar i ja havia estat elaborada, i convenientment explicada,³² en els *Treballs preparatoris del llibre cinquè del Codi civil de Catalunya* (2003). La Secció de Dret Patrimonial es va plantejar fins i tot la possibilitat d'admetre les prohibicions de disposar a títol onerós, però aquesta possibilitat, malgrat els diferents parers, fou desestimada.³³

i expressament per la llei. 2. La llei també pot establir limitacions a la facultat de disposició, tot requerint l'assentiment o l'autorització d'una altra persona, aliena a la titularitat del bé. Aquestes limitacions es regeixen per allò que, en cada cas, estableixi la llei. Article 532-8. Prohibicions de disposar voluntàries 1. La prohibició de disposar només es pot establir en actes a títol gratuït, entre vius o per causa de mort. És eficaç si és temporal i respon al disegni de beneficiar o protegir una o més persones o un patrimoni, encara que sigui l'afectat per la prohibició; altrament constitueix una mera recomanació. 2. La prohibició o limitació de disposar no pot excedir dels límits establerts per a la substitució fideicomissària. La imposada a una persona jurídica no pot passar de trenta anys. Les que excedeixin dels límits són ineficaces quant a l'excés. Article 532-9. Efectes. Els actes contraris a les prohibicions de disposar són nuls, llevat que la llei o una resolució judicial estableixi altrament.

³² Vegeu *Treballs preparatoris del llibre cinquè del Codi civil de Catalunya* (2003), pàg. 89 a 91.

³³ En els *Treballs preparatoris del llibre cinquè del Codi civil de Catalunya* (2003), pàg. 90-91, textualment s'explica: "La Secció es planteja la qüestió de l'admissibilitat de les prohibicions de disposar en actes a títol onerós; tot i que el criteri majoritari ha estat el de desestimar-ho. Els arguments que s'han tingut en compte per a les prohibicions de disposar són els següents: l'admissió de les prohibicions de disposar només en els negocis gratuïts s'explica perquè originàriament van néixer aparellats al fenomen successori i a les vinculacions i *mayorazgos*, per la qual cosa el CCE no les concep fora de la successió testamentària (art. 785 i 781). Díez-Picazo afirma (*Fundamentos*, volum II, pàgina 713) que "para su plena eficacia, las prohibiciones de disponer necesitan de un soporte causal que sólo se lo proporciona el carácter gratuito de la transmisión, de manera que si el adquirente lo es por título oneroso y satisface la contraprestación, la estipulación en virtud de la cual en lo sucesivo no realizará actos dispositivos no tiene más alcance que el de una prestación de carácter accesorio". El cert és que la causa genèrica del negoci no sempre és clara: d'una banda existeixen negocis aparentment gratuïts que tenen una causa onerosa o almenys mixta (donacions remuneratòries, capitulacions matrimonials, institucions contractuals d'hereu, etc.). Hi ha també negocis de garantia gratuïts, com la hipoteca o la penyora en garantia d'un deute aliè, l'opció de compra o l'adquisició preferent sense contraprestació a favor del constituent de l'opció, en els quals es permetria amb el sistema dels articles 26 i 27 LH la constitució d'una prohibició de disposar. També hi ha negocis que, sota l'aparença d'onerositat, tenen un ànim de liberalitat (vendes simulades que encobreixen una donació per inexistència de preu, compres amb atribució o reserva d'usdefruïts successius a favor de l'adquirent i el seu cònjuge, compres amb pacte de supervivència, vendes vitalícies, compra a favor d'una persona el progenitor de la qual paga totalment o parcialment el preu de la transmissió...). En l'àmbit mercantil s'admeten els pactes de sindicació de les accions i participacions (article 29 i 30 LSL i 63 i 64 LSA), que impliquen vertaderes prohibicions de disposar o, almenys, es condiciona l'alienació al previ consentiment dels socis. Malgrat totes aquestes consideracions afavoridores de l'admissió de les prohibicions de disposar en actes a títol onerós, la possibilitat, encara que sigui remota i temporal, de sostroure béns al tràfic jurídic aconsella mantenir el criteri del CCE i del sistema dels articles 26 i 27 LH. Cal assenyalar també que les prohibicions de disposar es regeixen pel principi general espiritualista i pel sistema del títol i del mode (609, 1095, 1278 CCE i l'article 531-3), per la qual cosa poden existir al marge del Registre de la Propietat, de manera que són eficaces davant de qui no està protegit pel sistema immobiliari, ja que no es tracta sols d'obligacions de no disposar, i són irrellevants davant del tercer inscrit, per la mecànica pròpia dels principis hipotecaris i del sistema immobiliari registral (32 i 34 LH), de manera que la plenitud dels seus efectes s'aconsegueix a través de l'escriptura i del Registre".

3.2. La tradició

En la regulació de la tradició, a l'art. 531-2, es prescindeix de configurar la tradició com un acord transmissiu de la possessió, és a dir, del seu caràcter negocial,³⁴ i es redueix a una formalitat relativa al contracte amb la finalitat adquisitiva. Això no obstant, els aspectes més qüestionables de la regulació de la tradició es refereixen al seu fonament i a les seves classes.

En relació amb el fonament, l'art. 531-3 es refereix exclusivament al contracte, amb un reduccionisme excessiu de la concepció de l'anomenada *teoria del títol i el mode*, i prescindeix de tota altra causa justa que pugui fonamentar la tradició.³⁵ D'aquesta manera, resultarà inevitable d'acudir a allò que estableix l'art. 1901 del CCesp, quan es refereix "al títol de liberalitat o una altra causa justa"; com, per exemple, en el cas d'una transacció.

L'art. 531-3, en relació amb el 531-1 i el 512-3 del Projecte 2003, presentava una regulació més acurada dels títols adquisitius i del sistema transmissiu adquisitiu dels drets reals. El Projecte 2003, doncs, no canviava absolutament res d'aquest sistema vigent a Catalunya i a Espanya des de l'entrada en vigor del Codi civil espanyol de 1889, tal com alguns havien considerat desajustadament.³⁶

³⁴ Aquest aspecte era assenyalat per l'esmena núm. 37, presentada pel GP de Convergència i Unió, quan pretenia d'incorporar a la redacció del precepte l'expressió "acord de lliurament de la possessió", però la Ponència ho va desestimar (vegeu BOPC núm. 296, pàg. 14). La mateixa esmena, amb el núm. 15, fou reservada per ser defensada en el Ple del Parlament, però no fou acceptada (vegeu BOPC núm. 314, pàg. 64).

³⁵ La recuperació de la inclusió de la "causa justa" com a fonament de la tradició fou intentada per l'esmena núm. 38, d'addició, del GP de Convergència i Unió, però fou rebutjada per la mateixa Ponència (vegeu BOPC núm. 296, pàg. 14). Aquesta esmena fou reservada per ser defensada en el Ple del Parlament, amb el núm. 16, però igualment fou desestimada (vegeu BOPC núm. 314, pàg. 64).

³⁶ La regulació del Projecte 2003 provenia dels *Treballs preparatoris del llibre cinquè del Codi civil de Catalunya* (2003), pàg. 63 a 65, i en relació amb el concepte i el fonament de la tradició, respectivament, s'explicaven, perquè no es presentessin dubtes sobre el manteniment de la tesi tradicional espanyola i catalana, els punts següents:

a) Respecte del concepte es deia textualment: "Traditio, en general, equival a lliurament. En sentit estricte, la traditio considerada des del punt de vista de l'adquisició dels drets reals, és quelcom més concret ja que, seguint la tradició romanista, el simple acte material de lliurament no té el resultat adquisitiu que expliqui, fonamenti la dació. Així dins del concepte de tradició en sentit estricte —que és el que es recull al precepte comentat— s'ha d'especificar que aquesta es compon dels següents elements: a) El lliurament del bé. Que és la datio fonamentada, justificada. b) L'acord transmissiu, intenció de transmetre i rebre; s'entén que en un concepte possessori determinat. A això s'ha d'afegir, per tal que es produeixi l'efecte de transmissió: a) Un pressupòsit necessari: el poder de disposició del tradens. Ja que la tradició és un mode derivatiu d'adquisició. Aquest pressupòsit no cal especificar-lo a la norma legal ja que, com a tal, queda fora del concepte. b) La causa traditionis, és a dir, el fonament de la dació, lliurament. Aquesta, en quant és un requisit d'un dels elements de la traditio en sentit estricte —el lliurament en sentit ample—, tampoc forma part del concepte sense que això impliqui que se'n prescindeixi. Com a fonament de la datio se la regula al article següent".

b) Respecte del fonament es comentava el següent: "La tradició és el mode ordinari d'adquisició de la propietat que, en general, s'identifica amb el lliurament de l'objecte (traditio, in genere, és lliurament). Però, per tal que la traditio produeixi l'efecte de

S'ha de notar destacadament que el preàmbul de la Llei 5/2006, en l'apartat III, paràgraf V, quan enumera els títols adquisitius concrets, explica el disseny del sistema adquisitiu que contenia el Projecte 2003 més que no pas el sistema reduccionista a la teoria del títol i el mode contingut en el Projecte 2005.

En relació amb les classes de tradició, només cal comparar l'art. 531-4 del

transmissió (i adquisició conseqüent) no és suficient amb l'acte material de lliurament sinó que ha d'existir una causa que justifiqui la datio, tradició en sentit específic. En aquest sentit, al Dret Romà, ens diu D'ORS, Álvaro, *Derecho privado romano*, Pamplona 1968, § 71, pàg. 175, 176, que: «La traditio es un acto causal por excelencia, pues completa siempre un acto anterior que justifica el resultado adquisitivo. La causa se refiere propiamente a la datio, es decir al resultado» i afegeix que «las causas de la tradición son causas típicas y no una única, que sería el convenio abstracto de transmitir la propiedad. El hecho de que la divergencia de las causas previstas por el tradens y el accipiens pueda no impedir el efecto adquisitivo no quiere decir que lo decisivo sea el momento común de querer el efecto traslativo: es mera coincidencia a ese efecto de dos causas cualificadamente distintas». I després l'autor cita quins són aquests fonaments que es comprenen sota la denominació de iustas causas. «Valen como justas causas»: a) La causa credendi no s'agrupen els supòsits de cessió de la propietat amb obligació de restitució i és la que es dona al préstec; b) La causa solvendi, la solutio, o el donar en pagament d'una obligació de donar, transmissió de la propietat, prèviament existent; c) La causa emendi que és la de compra, ja que al dret romà l'obligació del venedor no era un dare sinó només de transmissió de la possessió, per això calia tradició + causa; d) La causa donandi que s'identifica com el donar sense haver rebut cap contraprestació i que se separa de la donació com a mode autònom d'adquisició, «la donación, causa de la datio, no tiene, a su vez, ninguna causa» ens diu l'autor a la nota 6 de la pàg. 177; i e) Finalment la causa dotandi respecte de la dació del dot que es fonamenta al matrimoni. «La falta de estas causas —indica D'ORS, pàg. 177— hace que la traditio resulte inoperante para hacer propietario al accipiente; el tradens, entonces, conserva la reivindicatoria, pues sigue siendo propietario». A aquest precepte, recollint els precedents del dret romà, es fa una enumeració dels fonaments de la tradició en el sentit ja explicat al comentari de l'article anterior. L'apartat 1 es correspon a la teoria del títol i mode: en la qual la causa de la tradició és el contracte, transmissiu. Als ordenaments jurídics, com és sabut, la configuració que es va fer del concepte de contracte en general comporta, entre d'altres conseqüències, i pel que fa a la seva consideració com a títol adquisitiu, la reordenació i simplificació de les causes de la tradició que es basen al títol contracte (desaparició de la causa emendi). Això suposa, per tant, que la causa de la tradició —una de les causes— sigui el contracte, transmissiu: seria l'antiga causa solvendi, una d'elles. A l'apartat 2 es recullen els altres supòsits en què havent un dare, lliurament d'un bé, s'ha de determinar si aquest és transmissiu o no. Conforme el que s'ha dit fins ara, la tradició, com a mode d'adquirir, lliurament d'un bé amb animus —acord exprés o tàcit—, pot tenir un altre fonament, a més del títol contracte, i aquest és la iusta causa traditionis —una altra causa justa— que, igual que la del contracte, apartat 1, avui s'enuncia de manera general. Aquí hi troben cabuda la causa credendi, la liberalitat, no donació: s'ha de recordar que la donació en cap cas es presumeix, d'ací que s'hagi de provar, la fidúcia, els deures morals..., etc. En realitat la norma d'aquest apartat 2 és una regla de tancament del sistema adquisitiu. Tracta de posar sobre l'avis que el lliurament d'un bé pot suposar una transmissió però només quan hi hagi una causa de la mateixa transmissió que no necessàriament i sempre —com es diu reiteradament— es pot reduir, es redueix, al contracte. El simple acord entre les parts no és, en cap cas, suficient per tal de produir l'efecte, igual que succeïa al dret romà. La tradició pot provocar la transmissió només si n'hi ha causa que justifiqui el lliurament. Per altra banda aquesta norma té la utilitat que evita l'aplicació del que disposa l'article 1901 CCE que recull la mateixa doctrina».

Projecte 2005, que ha passat a ser intocat³⁷ el mateix article de la Llei 5/2006 vigent, amb els art. 531-4 i 531-5 del Projecte 2003, per comprovar que l'enumeració que presenta l'art. 531-4 vigent no separa la tradició d'immobles i de mobles i no ofereix cap criteri intern per a la classificació dels diferents supòsits de tradició.

En canvi, l'art. 531-4 del Projecte 2003, en relació amb els béns immobles, pretenia sistematitzar ordenadament els supòsits de tradició, en el sentit de la tradició material, de la instrumental o de la també considerada tradició, malgrat el seu caràcter fingit.³⁸

3.3. La donació

Respecte de la donació, cal assenyalar com un encert que el Codi civil de Catalunya la reguli des del punt de vista del títol adquisitiu i no del contractual, tal com fa, tot sigui dit de passada, el CCesp, però amb notables dificultats d'interpretació, que han portat a considerar desajustadament que l'acceptació en la donació té la mateixa naturalesa que l'acceptació en el contracte.

Això no obstant, en la llei vigent i en el Projecte 2005, s'ha perdut l'encertada sistemàtica del Projecte 2003, el qual distribuïa els preceptes relatius a la donació en tres seccions, que, respectivament, es rubricaven com a acte dispositiu, caràcter gratuït i títol adquisitiu, de manera que es feien ben evidents els tres punts de vista de la donació com a acte unilateral de la persona donant, com a negoci de naturalesa gratuïta i com a acte que genera un títol adquisitiu, el qual

³⁷ El GP de Convergència i Unió va presentar l'esmena núm. 39, de modificació de l'art. 531-4, per incorporar el mateix text del Projecte 2003, i l'esmena núm. 40, d'addició, per incorporar el text relatiu a la tradició dels béns mobles del mateix Projecte 2003, però foren desestimades. Les mateixes esmenes foren reservades per ser defensades en el Ple del Parlament, amb els núm. 17 i 18, i foren igualment rebutjades (vegeu, respectivament, BOPC núm. 296, pàg. 14-15, i BOPC núm. 314, pàg. 64).

³⁸ L'art. 531-4 del Projecte 2003, relatiu a les classes de tradició, establia: "1. La tradició d'un bé té lloc mitjançant la posada en poder i possessió o per la presa de la possessió de la persona que adquireix i amb la complaença del transmetent. 2. La tradició també té lloc amb: a) L'atorgament de l'escriptura pública corresponent, llevat que de l'escriptura no resulti altrament. b) L'entrega dels títols de propietat o pertinença pel transmetent a l'adquirent. c) El lliurament de les claus a l'adquirent. 3. Es considera tradició: a) El pacte en què el transmetent declara que extreu del seu poder i possessió el bé i el transfereix a l'adquirent, amb facultat a aquest per a prendre'l per si mateix i constituir-se en l'ínterim posseïdor en nom seu. b) L'expressió en el contracte que l'adquirent ja tenia el bé en el seu poder per un altre títol", i l'art. 531-5, respecte de la tradició dels béns mobles, deia: "El lliurament dels béns mobles es produeix per la tradició real o per la instrumental. També té lloc pel lliurament de les claus de la finca on es contenen, pel sol consentiment de les parts contractants, si el transport no pot fer-se en el moment de la transferència o si l'adquirent els tenia ja en el seu poder per un altre títol". En els *Treballs preparatoris del llibre cinquè del Codi civil de Catalunya* (2003), pàg. 65-66, es comentava, respecte d'aquests dos preceptes, d'una banda, que "se sistematitzen les diverses classes de tradició real o fingida, articles 1462 CCE, 1604 CCB, articles 1462 CCE i 277 CDCC, article 277 CDCC, que continua essent de gran importància en l'actualitat en el tràfic jurídic immobiliari: pensem, sense anar més lluny, en els transmetents que continuen com a precaristes, tot ocupant l'habitatge alienat un cert temps més després de la transmissió. Es conserva la redacció actual. Article 1605 CCB. Tradició brevi manu: és el revers del *constitutum possessorium*". I d'altra banda, respecte dels béns mobles, es feien constar les següents concordances: "Articles 1463 CCE i 1606 CCB".

requereix l'acceptació de la persona donatària per convertir-lo en irrevocable i que, al mateix temps, es produeixi l'adquisició.

D'altra banda, no es comprèn gaire bé per què el Projecte 2005 havia rebutjat la regulació unitària i sistemàticament ben situada de tots els supòsits de donació, si es té en compte que el present llibre cinquè no és altra cosa que una "part" concreta del Codi civil, dins del qual les remissions s'haurien de fer a l'àmbit on es regula extensament una institució jurídica determinada.

Efectivament, l'art. 531-9 del Projecte 2005, a diferència del que era l'art. 531-10 del Projecte 2003, no definia les donacions per causa de mort. En virtut d'una esmena presentada en aquest sentit, el text de l'art. 531-9 de la Llei 5/2006 vigent fou corregit i, encertadament, les donacions per causa de mort són definides i ben ubicades, igual com les donacions per raó de matrimoni i entre cònjuges, encara que, de manera qüestionable, el mateix art. 531-9.4 fa una remissió a les disposicions del Codi de successions i al Codi de família de cara a la seva regulació, encara que hauria estat millor de regular totes les donacions integradament en aquest mateix títol 3, que es dedica a regular els títols adquisitius.

El preàmbul de la Llei 5/2006 vigent, en l'apartat III, 5, sembla haver considerat i desestimat només temporalment la regulació integrada de tots les donacions, quan textualment diu:

"...També regula la donació, a la qual reconeix la consideració de títol d'adquisició, juntament amb la successió, el contracte, l'ocupació, l'accessió i la usucapció. Tot i això, les donacions per raó de matrimoni o entre cònjuges i les donacions per causa de mort es mantenen, per ara, en el Codi de família i en el Codi de successions".

En el moment que resultin aprovats els llibres del Codi corresponents a la persona i família i a les successions per causa de mort, caldrà fer els ajustaments sistemàtics convenients i, segurament, mitjançant un text refós.

Les donacions per causa de mort es defineixen en el sentit que:

"Són donacions per causa de mort les que els donants fan considerant llur pròpia mort. L'ajornament del lliurament del bé donat fins al moment de la mort dels donants o la reserva a llur favor de l'usdefruit vitalici no confereix a la donació el caràcter de donació per causa de mort".

Aquest precepte prové de l'art. 510-3.3 del Projecte 2003. Fou introduït en el text de la llei vigent per mitjà d'una esmena d'addició³⁹ i es tracta d'una norma que vol precisar els efectes per després de la mort de la donació i no considerar aquesta modalitat de donació com una institució de caràcter successori.⁴⁰

³⁹ L'esmena era la núm. 42, presentada pel GP de Convergència i Unió, i la Ponència en va recomanar l'admissió (vegeu BOPC núm. 296, pàg. 16).

⁴⁰ En relació amb la conveniència de regular totes les modalitats en aquest mateix capítol i no mantenir la regulació paral·lela en el Codi de família i en el de successions, i en relació amb el concepte de donació, en els *Treballs preparatoris del llibre cinquè del Codi civil de Catalunya* (2003), pàg. 68-69, es feia constar: "Els caràcters essencials que històricament distingeixen les donacions mortis causa de les entre vius radiquen, per un costat, en el fet que les primeres no produeixen efecte fins a la mort del donant, romanent fins aleshores en el seu domini la cosa donada, i, per un altre, en el fet que aquestes mateixes són revocables a la seva voluntat; mentre que les segones, sense cap mena de consideració a la seva mort,

L'art. 531-11.1 del Projecte 2005, a diferència també del que era l'art. 531-12.1 del Projecte 2003, no explicitava la possibilitat que la donació podia ser de tots els béns presents i dels béns futurs, com tampoc en el mateix precepte no es definien les donacions universals.

En aquests dos casos, la llei vigent no ha estat corregida, malgrat les esmenes presentades.⁴¹

Per tant, no es comprèn gaire bé per què s'ha volgut prescindir de la regulació aclaridora de les classes de donació per raó del seu objecte.⁴²

es perfeccionen amb la manifestació volitiva del donant, acceptada pel donatari, no essent revocables sense justa causa i necessitant el compliment estricte de les formes i solemnitats exigides. La donació entre vius no contempla o no considera la mort del donant, sinó a tot estirar com a un terme, no precisa la supervivència del donatari i manca de la revocabilitat que per naturalesa caracteritza la mortis causa. És, per tant, la «contemplatio mortis», i no la mort en si, el que distingeix i defineix la donació mortis causa: com explicaven gràficament els romans, el donant vol tenir la cosa abans que el donatari, i que la tingui aquest amb preferència a l'hereu. En síntesi, si la mort del donant, sigui «sola cogitatione mortitalis», sigui en consideració a un perill imminent, es considera com a «motiu» de l'atribució patrimonial la donació mortis causa; si, per contra, es considera com a «moment» de l'atribució irrevocablement efectuada, apareix la donació entre vius. Per consegüent, quan la mort del donant juga com a mer termini suspensiu, retardant únicament l'execució, no s'altera la naturalesa entre vius de la donació. Quan la liberalitat es realitza en atenció a la mort d'aquell —de forma expressa o sota la condició suspensiva de supervivència del donatari, article 393 CS—, la donació queda sotmesa a la normativa de les mortis causa. Quant a la sistemàtica de les donacions per raó de matrimoni i de les donacions mortis causa, raons de sistema imposen, o si més no aconsellen, establir una regulació conjunta de l'institut donacional, en la seva integritat, sense separar per raó del seu caràcter les donacions entre vius de les mortis causa, i respecte a les primeres les efectuades en consideració al matrimoni de les que no ho són. La diferència substancial que presenten les donacions «propter nuptias» o, millor dit, la característica que les justifica com a tals donacions davant les restants radica en el fet jurídic que un concret i determinat matrimoni del donatari o donataris apareix en el substrat de l'ànim de liberalitat del donant. Ànim de liberalitat que no desapareix, però que s'entén i es manté amb base a un matrimoni a celebrar o ja celebrat. L'únic fet que es vegin sotmeses a les regles específiques que posen en relleu els articles 21 i 22, per a les capitulars, i els articles 31 a 34, per a les esponsalícies, del CF, singularment en relació al règim de la seva revocació, marginant la resta de la seva regulació a la normativa general de les donacions, basta per si mateix per posar de manifest la necessitat de reflexionar sobre la necessitat de la seva integració en aquesta Secció. Idèntics arguments s'han de realitzar sobre les donacions mortis causa. No podem oblidar que, en la seva Memòria, Duran i Bas incloïa les donacions per causa de mort entre la llista de títols mortis causa que designava com a «formas y variedades» del dret de successions. Aquest criteri orientà probablement la ubicació sistemàtica de la regulació de les donacions per causa de mort en el Llibre III («De las Sucesiones») del Projecte CDCC 1955 preparat per la Comissió de Juristes. Les donacions per causa de mort, doncs, són també una «institució especial» des d'aquest punt de vista de la seva regulació en el CS, atès que no es tracta d'una institució de dret successori. En aquesta matèria el CS s'ha limitat a seguir la inèrcia de la CDCC”.

⁴¹ A l'art. 531-11 del Projecte 2005 el GP de Convergència i Unió va presentar dues esmenes, les núm. 43 i 44, relatives als béns presents i futurs i a la definició de la donació universal, convenientment diferenciada de la donació d'una universalitat. La Ponència, però, les va desestimar (vegeu BOPC núm. 296, pàg. 16).

⁴² L'art. 531-12 del Projecte 2003 establí: “1. La donació pot ser d'un o més béns certs i determinats, de tots els béns presents i dels béns futurs. 2. La donació d'una universalitat de coses, empreses

Com a conseqüència de no preveure les donacions universals en l'art. 531-11 tant del Projecte 2005 com de la llei vigent, l'art. 531-12 del Projecte 2005 i de la llei vigent, a diferència del que era l'art. 531-13 del Projecte 2003, prescindeix d'establir, per a l'exigència de forma, que les donacions universals únicament són vàlides si es fan en capítols matrimonials.

Sorprenentment, però, en aquest cas no es va presentar la convenient esmena en aquest sentit indicat d'exigència de forma solemne.⁴³

D'aquesta manera es perd l'oportunitat d'aclarir que les donacions universals cal fer-les en capítols matrimonials, ja que passen a tenir la consideració d'heretaments.⁴⁴

Certament, es tracta d'un problema normatiu que convenia precisar d'una manera sistemàtica en l'àmbit de les donacions, especialment quan sovint ens trobem davant de la utilització en escriptures notariales de l'expressió "donació i heretament universal" i ens surgeix immediatament el problema de saber si s'ha volgut realitzar una donació universal de tots els béns presents i futurs o, en canvi, una institució contractual d'hereu, tot i que, com se sap, les donacions

i altres conjunts unitaris de béns o agregats de béns té la consideració de donació de bé cert i determinat, i es fa extensiva a tots els elements integrats o adscrits als béns esmentats. 3. En la donació de tots els béns presents el donant ha de formalitzar inventari notarial en el qual s'individualitzen els béns donats, degudament valorats, i els deutes i càrregues de què responen, expressant-se de forma detallada l'import i, en el seu cas, les condicions de la seva amortització. 4. La donació és universal quan el donant hi comprèn tots els seus béns presents i futurs o aquells que deixi a la seva mort. La simple exclusió de béns concrets i determinats o de parts indivises no afecta la universalitat de la donació". I en els *Treballs preparatoris del llibre cinquè del Codi civil de Catalunya* (2003), pàg. 69-70, es feia constar en el comentari corresponent que: "Aquest precepte intenta fondre en poques línies les diverses classes de donació que tradicionalment admet el dret català. Les modalitats regulades responen a la diversa extensió que pot presentar el seu objecte, i no al contingut d'aquest, com ocorre amb els llegats, article 261 CS. Aquesta classificació no és aliena al nostre dret; de forma singular, en la normativa dels llegats i heretaments, dels quals porta causa, comparin-se el núm. 3 amb l'article 300 CS, i el núm. 4 amb l'article 72 CS. Conservant naturalesa singular, la donació de tots els béns presents, a què es refereix el núm. 3, mereix requisits addicionals, inventari notarial. No afecten aquests requisits la perfecció o validesa de la donació; s'integren dins del nou règim de deutes que es conté en l'article 531-15, on el despreniment en bloc del patrimoni pel donant exigeix una dosi de certesa i veracitat, tot i a pesar del fet que aquest tipus de donació s'acompanyi freqüentment de pactes de comunitat familiar o d'assistència entre donant i donatari. Quant a la donació dels béns futurs, la seva validesa és indubtable, però el seu caràcter obligatori també, vegeu article 84 CS. Tal com s'indica en l'article següent, la donació universal ha de seguir naixent en el marc de capítols matrimonials. A diferència de l'usdefruit universal reservat en capítols matrimonials, no s'ha cregut aconsellable, per a tal hipòtesi, establir en seu de donació la seva inalienabilitat o el seu preajustament a determinat contingut, article 69 CS".

⁴³ Curiosament, després d'haver-se presentat una esmena relativa a la inclusió de les donacions universals, la núm. 44 esmentada anteriorment, no es va presentar cap esmena en relació amb l'exigència de forma solemne per a les donacions universals (vegeu BOPC núm. 296, pàg. 17).

⁴⁴ S'ha de notar, també curiosament, que en els *Treballs preparatoris del llibre cinquè del Codi civil de Catalunya* (2003), pàg. 70, no es fa cap comentari, en el que era l'art. 531-13.4 i del Projecte 2003, a la necessitat que les donacions universals han de fer-se en capítols matrimonials per a la seva validesa.

universals de béns presents i futurs atorgades en capítols matrimonials han de tenir la consideració d'heretaments.⁴⁵

⁴⁵ L'expressió “donació i heretament universal” implica que el negoci jurídic realitzat és un heretament o institució contractual d'hereu i no una donació universal de béns presents i futurs. Aquesta afirmació es fonamenta en l'opinió dels autors en el sentit que es volia fer referència indirectament a la institució contractual d'hereu, admesa consuetudinàriament en el dret català, per evitar la prohibició de la successió pactada, com també de les donacions universals de béns presents i futurs, en el dret romà (vegeu BROCÀ, Guillem M. de: *Historia del derecho de Cataluña especialmente del civil y exposición de las instituciones del derecho civil del mismo territorio en relación con el Código civil de España y la jurisprudencia*, Barcelona, 1919, pàg. 700-701, 703-704 i 708-709, i ROCA SASTRE, Ramon M: *Dictámenes*, dictamen núm. 121, pàg. 1329 a 1335, especialment pàg. 1333). Això va fer que en la CDCC de 1960 s'hi introduís una norma interpretativa, en el sentit que les donacions universals de béns presents i futurs atorgades en capítols tenen efecte d'heretament. La norma era l'art. 68 (per a un comentari exegetíc de la qual es pot consultar PUIG FERRIOL, L., a *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales, dirigidos por Manuel Albaladejo, tomo XXII, 2, artículos 52 a 96 de la Compilación de Cataluña*, Madrid, 1978, pàg. 148). L'art. 68 ha esdevingut, amb el mateix contingut i caràcter interpretatiu, l'art. 72 del Codi de successions vigent (per a un comentari del qual es pot consultar també LÓPEZ BURNIOL, J. J., a *Comentarios al Código de sucesiones de Cataluña. Ley 40/1991, de 30 de diciembre*, Barcelona, 1994 pàg. 351). D'altra banda, en coherència amb això, l'art. 340,2 CDCC va establir que “seran nul·les les donacions universals fetes fora de capítols matrimonials”. Aquesta prohibició de donacions universals de béns presents i futurs (però no de les donacions universals referides a béns presents o a una part dels béns presents, tot i que comportaven el problema de la necessitat de tradició, de manera que per resoldre el problema de la impossibilitat de fer la tradició d'un conjunt de béns considerats com a unitat o universalitat s'havia de fer la tradició individual de cadascun dels béns que integren la universalitat) procedeix, també, del dret romà, pel fet que es consideraven nul·les pel fet de tractar-se d'un pacte de futura successió, el qual implicava la renúncia a la facultat de testar. Per compaginar, doncs, els heretaments, que són veritablement un pacte de successió, amb el dret romà s'acudia a la donació universal de tots els béns presents i futurs. Això no obstant, atesa també la prohibició de donacions universals que comprenguessin els béns futurs, i amb la finalitat de fer vàlids els heretaments, s'acudia a la figura de la donació universal amb reserva per testar, de manera que s'entenia que les donacions universals, fins i tot les de béns presents, sense reserva per testar, eren invàlides. La jurisprudència, a partir de les sentències del Tribunal Suprem espanyol de 4.3.1859 i de 26.6.1869, i especialment una resolució de la Direcció General dels Registres i del Notariat de 4 de febrer de 1911, va determinar la no-necessitat de la reserva per testar en les donacions universals. L'art. 78 CDCC (actualment l'art. 82 del Codi de successions vigent ja ni menys ha considerat necessari de mantenir-ho) establia que no era necessària la reserva per testar per a la validesa de l'heretament. D'aquesta manera, s'ha pogut afirmar que la validesa de les donacions universals ja no depenia del “favor testamentum”, sinó de la seva relació amb el matrimoni, en el sentit que va passar a prevaler el “favor matrimonii” (per a una descripció més extensa es pot consultar EGEA FERNÁNDEZ, J., a *Comentarios al Código civil y compilaciones forales, dirigidos por Manuel Albaladejo, tomo XXX, artículos 277 al final de la Compilación de Cataluña*, Madrid, 1987, pàg. 805 a 811). Actualment, però, en atenció al nou concepte de família i al fet que els capítols matrimonials, tal com estableix l'art. 15 del Codi de família vigent a Catalunya, es poden fer “en previsió d'una ruptura matrimonial”, s'ha afirmat que la causa dels capítols matrimonials, més que una “causa matrimonii”, es tracta d'una “causa familiae” (LÓPEZ BURNIOL, J. J.: *Comentarios al Codi de família, a la Llei d'unions estables de parella i a la Llei de situacions convivencials d'ajuda mútua*, Tecnos, Madrid, 2000, pàg. 154). D'altra banda, doncs, és clar que l'atorgament d'un heretament exigeix escriptura pública de capítols matrimonials, com a requisit de forma substancial (ROCA SASTRE, *Dictámenes*, dictamen núm. 121, pàg. 1329 a 1335, especialment pàg. 1332; BROCÀ, *Historia*, cit., pàg. 700-701, nota 9, i el text articulat de la Memòria de

3.4. La usucapió

Pel que fa a aquest títol adquisitiu, cal destacar els aspectes següents:

L'art. 531-23.3 de la llei vigent ha incorporat precisament aquest nou apartat 3, que estableix: "L'efecte adquisitiu no perjudica els drets reals no possessoris o de possessió compatible amb la possessió per a usucapir si els titulars del dret real no han tingut coneixement de la usucapió".

D'aquesta manera, en concordança i coherència amb l'art. 524-1.2, relatiu a la pluralitat de possessions sobre un mateix bé, es preveu la compatibilitat de conceptes possessoris sobre un mateix bé i, d'altra banda, s'hi preveu també la possibilitat d'usucapió alliberatòria, quan, en sentit contrari a la norma de l'art.

DURAN i BAS, art. CXIV i art. CXXIV, quan es remet al XXIII, relatiu a les donacions fetes en capítols matrimonials; els art. 114, 123 i 23 del projecte d'Apèndice de derecho catalán al Código civil de 1930, la revisió del qual per la Comisión Jurídica Asesora el 23 de juliol de 1930, en el seu art. 93, ja precisava que "la donación del todo o parte de sus bienes que los ascendientes hacen en capitulaciones matrimoniales por causa y ocasión del matrimonio de sus descendientes a favor de éstos y de los descendientes de los mismos, se llaman heredamientos"; o l'art. 106 del Proyecto de la Compilación del derecho civil especial de Cataluña, de 1955, quan establia: "El heredamiento o institución contractual de heredero, únicamente podrá otorgarse en escritura de capitulaciones matrimoniales" —per a tots aquests textos es pot consultar TEXTOS JURÍDICOS CATALANS. *Proyecto d'Apèndix i materials precompilatoris del dret civil de Catalunya*. Estudi introductor i cura d'Antoni Mirambell i Abancó i Pau Salvador Coderch. Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia, 1995, pàg. 449, 451 i 425; 595, 597 i 572; 707, 795, respectivament—, de manera que no es poden considerar opinions determinants contràries a aquest requisit de forma substancial les consideracions de BORRELL i SOLER, A. M.: *Dret civil vigent a Catalunya*, Mancomunitat de Catalunya, Oficina d'Estudis Jurídics, Barcelona, 1923, volum IV. *Dret de família*, pàg. 170-171, i PELLA Y FORGAS, J.: *Código civil de Cataluña. Exposición del derecho catalán comparado con el Código civil español*, tom III, Barcelona, 1918, pàg. 30). La necessitat d'escriptura pública de capítols matrimonials fou establerta per l'art. 63 CDCC amb l'expressió "únicament" i s'ha mantingut en l'art. 67 del Codi de successions vigent amb l'expressió "solament pot ésser atorgat en capítols matrimonials". La doctrina és unànime respecte d'aquest requisit de forma, i en aquest sentit es pot consultar, per a tots, l'opinió de LÓPEZ BURNIOL, J. J., a *Comentarios al Código de sucesiones de Cataluña. Ley 40/1991, de 30 de diciembre*, Barcelona, 1994, pàg. 335. L'escriptura pública ha de tenir la consideració de "capítols matrimonials", de manera que, encara que l'escriptura no utilitzi expressament la denominació de "capítols", una escriptura es pot identificar com de capítols matrimonials en atenció al seu contingut, és a dir, als compareixents, la referència a un eventual matrimoni de les persones instituïdes en l'heretament, l'organització familiar o la institució d'hereu; en definitiva, una "causa matrimonial" (LÓPEZ BURNIOL, J. J., a *Comentarios al Código de sucesiones de Cataluña. Ley 40/1991, de 30 de diciembre*, Barcelona, 1994 pàg. 335). D'aquesta manera, respecte de la regulació del Codi de successions vigent, no es pot considerar una opinió encertada la de GARRIDO MELERO quan diu: "...PUIG FERRIOL afirma que el heredamiento es un negocio jurídico formal porque debe contenerse en escritura pública, y señala: «Pero no toda escritura pública es idónea para dar vida a un heredamiento, sino que esta escritura pública habrá de ser —además— de capitulaciones matrimoniales (PUIG FERRIOL, *Comentarios Edersa*, t. XXVII, vol. 2.º, p. 138). Aunque teóricamente es cierta esta afirmación, hay que entender que lo que exige hoy día el Codi de Successions es la forma pública, la escritura pública, con independencia de que la misma sea calificada por el Notario autorizante de capítulos matrimoniales o de otro tipo" (GARRIDO MELERO, M.: *Derecho de sucesiones. Un estudio de los problemas sucesorios a través del Código civil y del Código de sucesiones por causa de muerte en Cataluña*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2002, pàg. 245).

531-23.3, final, els titulars del dret real han tingut coneixement de la usucapció incompatible amb el seu dret.

Amb això, l'art. 531-23 del Projecte 2005 ha estat convenientment corregit, com a conseqüència de la presentació de l'oportuna esmena.⁴⁶

Un segon aspecte és que l'art. 531-27 estableix en tres i vint anys el termini per a la usucapció de béns mobles i immobles, respectivament, i el preàmbul de la Llei ho fa notar quan diu que "...redueix els terminis de la possessió per a usucapir a tres anys per als béns mobles i a vint per als immobles i en regula la interrupció i la suspensió".

Realment, es tracta d'una reducció respecte de l'art. 342 CDCC anterior, quan establia els terminis de sis i trenta anys, derivats de l'Usatge Omnes causae. Però, posats a reduir, tot i que pot ser discutible, es podia haver establert un termini encara més breu per als béns immobles, amb l'argument essencial que la Llei 29/2002, de 30 de desembre, primera llei del Codi civil de Catalunya, en l'art. 121-20, estableix un termini de prescripció de deu anys tant per a les accions personals com les reals, i en el mateix preàmbul de la referida llei, III, 6, es feia notar que "un dels eixos de la regulació ha estat l'escurçament considerable dels terminis".

L'art. 531-29.1 del Projecte 2003 fixava uns terminis de possessió per usucapir de tres anys per als béns mobles i de deu anys per als immobles. Lamentablement no es va presentar cap esmena en aquest sentit i en els *Treballs preparatoris del llibre cinquè del Codi civil de Catalunya* (2003)⁴⁷ s'explicava clarament per què era aconsellable una reducció substancial dels terminis, en la mateixa línia que els codis civils més moderns.

Allò que hauria estat absolutament imprescindible hauria estat la coherència en l'establiment del termini de vint anys en tots els supòsits, ja que els art. 565-10.1 i 565-20, en matèria de reclamació de pensions vençudes o de reclamació del lluíisme en els censos, segueixen preveient uns terminis de deu anys. L'explicació d'això és que aquests dos articles provenen d'una proposta de redacció que va tenir en compte el Projecte 2003, en el qual, com és sabut, es partia de la idea d'un termini d'usucapció de deu anys, i, en el moment de fer-se el Projecte 2005, com també en la tramitació parlamentària d'aquest projecte, ningú no es va adonar d'aquest desajustament.

Un dels problemes ben resolts ha estat la relació entre la usucapció i les accions reivindicatòria i negatòria, ja que els art. 544-3 i 544-7.1, de reivindicatòria i de negatòria, respectivament, resolen favorablement el problema de la relació entre la prescripció de les accions i la usucapció que hagi pogut tenir lloc abans.

Efectivament, en relació amb la reivindicatòria, l'art. 544-3 estableix que l'acció reivindicatòria és imprescriptible, però el mateix precepte reconeix que pot haver tingut lloc una usucapció del mateix bé. D'aquesta manera s'evita el problema, si es vol teòric, d'interpretació de la situació en què queda el titular d'un dret de propietat que ha vist prescrita l'acció reivindicatòria i, en canvi, el bé objecte de la seva titularitat no ha estat usucapit encara per ningú.

⁴⁶ Fou l'esmena núm. 50 del GP de Convergència i Unió, acceptada per la Ponència (vegeu BOPC núm. 296, pàg. 20).

⁴⁷ Vegeu *Treballs preparatoris del llibre cinquè del Codi civil de Catalunya* (2003), pàg. 84.

En relació amb l'acció negatòria, se soluciona el greu problema derivat de l'art. 2.5 de la Llei 13/1990, de 9 de juliol, de l'acció negatòria, les immissions, les servituds i les relacions de veïnatge, quan establia que l'acció negatòria tenia un termini de prescripció de cinc anys, de manera que no concordava amb el termini de trenta anys de l'acció confessòria o els trenta anys que s'establien per a la llavors possible (actualment no, segons l'art. 566-2.4) usucapió de les servituds.⁴⁸

4. Títol 4. El dret de propietat

Pel que fa a aquest títol 4, dedicat a la regulació del dret real per excel·lència, que és el dret de propietat, hi ha alguns aspectes que cal destacar notablement.

4.1. *Concepte i funció social*

Els art. 541-1 i 542-2 són dos articles nous del Projecte 2005 i pretenen proporcionar el concepte de dret de propietat, però això es fa amb una heterogeneïtat de criteris que fa pensar que, segurament, més hauria valgut de prescindir-ne.

L'art. 541-1.1 parteix del concepte clàssic de dret de propietat, derivat de Còdex 4.35.21 i art. 348 CCesp. L'art. 541-1.2 utilitza un concepte avançat de propietat en el sentit de considerar que el dret es defineix no pel seu contingut ple, sinó merament per les facultats residuals que no pertanyen a tercers per llei o per títol. I, finalment, l'art. 541-2 utilitza la noció constitucional de funció social per al·ludir als límits i a les restriccions del dret de propietat; a més, això ja ho fa la legislació urbanística, especialment l'art. 27.1 del Decret 305/2006, de 18 de juliol, pel qual s'aprova el reglament de la Llei d'urbanisme (DOGC núm. 4682, 24.7.2006).

El Projecte 2003 era de tradició clàssica i pretenia, des del punt de vista civil, simplificar el concepte de restriccions al dret de propietat. D'aquesta manera no calia recórrer a la idea de funció social per expressar les nombroses restriccions actuals a l'exercici del dret de propietat,⁴⁹ com tampoc, encara menys, no calia, com després es farà notar, que a l'art. 541-1, a més de la funció social, es fes una al·lusió conceptualment imprecisa als "límits" i a les "restriccions" establerts per la llei.

4.2. *Fruits*

La regulació dels fruits es presenta de manera certament caòtica.

Efectivament, els fruits es defineixen a l'art. 511-3; es regulen, pel que fa a la liquidació possessòria, als art. 522-3 i 522-4, amb una certa confusió entre fruits, despeses i millores; pel que fa a la titularitat i adquisició, es preveuen als art. 541-3 i 541-4, i a l'art. 561-2, dedicat al concepte d'usdefruit, es perd la denominació "fruits" i es parla d'"utilitats", i es perd també el títol adquisitiu "per percepció", tot i que, de manera poc sistemàtica, l'art. 541-3 s'hi refereix i l'art. 561-6.3 també, mentre que, en canvi, en l'art. 561-6 es regulen els fruits i millores i es parla de "fruits i utilitats".

⁴⁸ Per a una descripció del problema, que ja resolva el Projecte 2003, vegeu *Treballs preparatoris del llibre cinquè del Codi civil de Catalunya* (2003), pàg. 122-123.

⁴⁹ L'esmena núm. 52, de supressió de l'art. 541-2 del Projecte 2005, presentada pel GP de Convergència i Unió, fou desestimada per la Ponència (vegeu BOPC núm. 296, pàg. 22).

D'altra banda, l'art. 561-35, en l'àmbit de l'usdefruit de diners i de participacions en fons d'inversió i en altres instruments d'inversió col·lectiva, aplica als rendiments i a les eventuais plusvàlues les "regles dels fruits civils", però la qualificació de "civils" no es fa enlloc i, a més, conceptualment l'art. 561-35 és un precepte sobrer, en atenció a l'art. 541-4.2.

Precisament en relació amb la regulació dels fruits, el Projecte 2005 i després la Llei 5/2006 prescindeixen de regular l'alienació de fruits futurs, tant en espècie com en el cas de fruits dineraris no meritats.

En aquest sentit, el Projecte 2003 era més complet, ja que dedicava l'art. 541-5 a l'alienació de fruits en espècie i l'art. 541-6 a la cessió de fruits dineraris no meritats, pel fet de tenir en compte la venda de collites futures i la cessió de fruits dineraris no meritats, tot recollint les regles de la cessió de crèdits.⁵⁰

4.3. Accessió

Amb la incorporació i modificació en el llibre cinquè de la Llei 25/2001, de 31 de desembre, de l'accessió i l'ocupació, han passat algunes coses de difícil explicació.

Per resumir-ho d'alguna manera, si la recent llei anterior partia del principi de "superficies solo cedit" i es pretenia resoldre la qüestió de les construccions extralimitades en funció del valor superior del sòl o de l'edificació, actualment sembla que allò que eren regles especials per a uns supòsits concrets s'ha convertit en normes generals i el principi general que en conseqüència en resulta és que "allò secundari segueix allò principal".

Segurament hauria estat més aconsellable d'incorporar la recent Llei 25/2001 en el llibre cinquè sense cap modificació i sense una aparent simplificació que només portarà problemes d'interpretació.

4.4. Delimitació i fitació

En relació amb l'acció de delimitació i fitació, el Projecte 2005 no contenia la norma que, com a conseqüència de l'acceptació de l'esmena corresponent,⁵¹ es

⁵⁰ Aquests articles del Projecte 2003 provenien dels art. 541-7 i 541-8 dels *Treballs preparatoris del llibre cinquè del Codi civil de Catalunya* (2003), pàg. 99, i establien, respectivament: "Article 541-7. Alienació de fruits en espècie 1. La persona titular de fruits en espècie els pot alienar a títol oneros abans de la seva producció. L'alienació queda supeditada a la producció al final del cicle productiu i al fet que el cedent segueixi sent titular conforme a l'article 541-5. 2. La pèrdua fortuïta és a càrrec de l'adquirent, llevat de pacte en contrari. 3. L'alienat de mala fe ha d'abonar l'import dels fruits i la indemnització de danys i perjudicis que correspongui. Article 541-8. Cessió de fruits dineraris no meritats 1. El titular de fruits dineraris no meritats pot cedir-los a títol oneros sempre que: a) Es faci per un temps determinat, b) Es notifiqui fefaentment a la persona pagadora dels fruits dineraris, c) L'existència o no de fruits no depengui de la voluntat del cedent. 2. El cessionari se subroga en l'exercici de les accions que corresponen al cedent. 3. Llevat de pacte en contrari, la pèrdua de fruits dineraris perjudica el cessionari, a menys que en el moment de la cessió el pagador sigui insolvent".

⁵¹ Es tracta de l'esmena núm. 57, d'addició, presentada pel GP de Convergència i Unió i que, tal com s'explica en els *Treballs preparatoris del llibre cinquè del Codi civil de Catalunya* (2003), pàg. 125, constitueix la recuperació de l'art. 510 del Projecte de Codi civil espanyol de 1851, que no fou incorporat al Codi civil espanyol vigent.

troba a l'art. 544-12 i que determina qui ha de fer front a les despeses generades per la referida acció.

4.5. *Restriccions del dret de propietat*

El Projecte 2005 i la Llei 5/2006 vigent dediquen el capítol cinquè, és a dir, els art. 545-1 a 545-4, a les restriccions al dret de propietat. En aquest sentit, la idea genèrica de restricció és sobrera si resulta que, després, es fa una llista de límits i limitacions.

Efectivament, l'art. 545-2 enumera una llista, segurament incompleta, de restriccions, que no són altra cosa que "límits". A més, en algun supòsit, l'enumeració és de dubtosa oportunitat, com és el cas de la "defensa nacional", referida a la defensa d'Espanya.

D'altra banda, l'art. 545-3 es refereix a les restriccions en interès privat, però també les qualifica de "límits", tot i que, juntament amb l'art. 545-4, haurien de ser "limitacions".

En conseqüència, no es comprèn gaire bé la utilitat d'aquests preceptes i, al mateix temps, per què es produeix una confusió conceptual entre restricció, límit i limitació.⁵²

Realment, el Projecte 2003 pretenia simplificar aquests conceptes i aclarir, resumidament, el gran nombre de restriccions al dret de propietat. Certament, es partia d'un concepte molt ampli de restricció, i aquesta podia consistir tant en els anomenats límits com en les conegudes com a limitacions.⁵³

4.6. *Relacions de veïnatge*

En el capítol VI, dedicat a les relacions de veïnatge, i dins del títol VI, que tracta del dret de propietat, s'ha de notar que l'art. 546-12, i amb la rúbrica "estat de necessitat", introdueix com a novetat la regla d'ingerència i subsegüent tolerància per part dels propietaris de béns, per evitar danys majors, amb la corresponent indemnització.

Certament, un precepte com aquest (provinent del Codi Civil alemany, § 228 i 904) té poc a veure amb les relacions de veïnatge, tot i que es pugui considerar que es tracta d'una limitació del dret de propietat, ja que consisteix en una norma d'exercici de drets subjectius relatius als danys patrimonials, de manera que,

⁵² Les esmenes núm. 58 i 60 del GP del Partit Popular de Catalunya demanaven la modificació de l'art. 545-1, en el sentit de dir, simplement, que "les restriccions al dret de propietat són les establertes per la llei", i la supressió de l'art. 545-4. Lesmena núm. 59, presentada pel GP de Convergència i Unió, demanava la supressió de l'art. 545-2. La Ponència, però, va desestimar totes aquestes esmenes (vegeu BOPC núm. 296, pàg. 29-30).

⁵³ El Projecte 2003 establia: "Capítol 3. Les restriccions al dret de propietat. Secció 1. Disposicions generals. Article 543-1. Les restriccions. Les restriccions al dret de propietat són les establertes per la llei, en interès públic o privat, o les establertes per l'autonomia de la voluntat. Article 543-2. Restriccions en interès públic. Les restriccions en interès públic afecten la disponibilitat o l'exercici del dret, constitueixen els límits del dret de propietat i es regeixen per les normes d'aquesta llei o per la legislació especial. Article 543-3. Restriccions en interès privat. Les restriccions en interès privat afecten la disponibilitat i l'exercici del dret i són les relacions de veïnatge i les limitacions voluntàries del dret de propietat".

atesa la seva formulació general, hauria de situar-se en el llibre primer del Codi civil de Catalunya i, precisament, com una de les disposicions generals relativa a l'exercici de drets subjectius.

5. Títol 5. Les situacions de comunitat

L'estructura del títol 5 és la que ha experimentat una modificació sistemàtica més substancial en relació amb el Projecte 2003.

Efectivament, el títol 5 del Projecte 2003 s'estructurava en cinc grans blocs, que eren els cinc capítols corresponents. El primer bloc tenia la pretensió d'establir unes disposicions generals comunes a qualsevol situació de comunitat, i els altres quatre blocs es referien a la comunitat ordinària i les comunitats especials, ja sigui per raó del règim jurídic, per raó de la facultat d'ús o per raó de la mitgeria. L'especialitat de les comunitats sorgia a partir de la comunitat ordinària, és a dir, quan no es donaven conjuntament tots els requisits que defineixen la situació de comunitat ordinària i que, com se sap, són: la quota, els drets i deures sobre l'objecte, l'acció de divisió i els drets d'adquisició preferent. D'altra banda, en el bloc dedicat a la regulació de les comunitats especials per raó del règim jurídic —és a dir, el que són règims jurídics immobiliaris (propietat horitzontal, amb les seves modalitats, i les urbanitzacions)—, s'hi establien unes disposicions generals comunes a totes, relatives a la configuració de la comunitat, al títol constitutiu, als òrgans i al funcionament de la junta de propietaris. La comunitat especial per raó de la facultat d'ús, és a dir, l'aprofitament per torns, es regulava des del punt de vista de la situació de comunitat creada, semblant a un règim jurídic sobre un determinat bé que permet el seu aprofitament per unitats temporals discontinües, i no des del punt de la seva font, és a dir, una societat, un *trust*, la constitució d'un dret real sobre el bé, ja sigui real (usdefruit, ús, habitació, aprofitament o atípic), ja sigui personal. Finalment, es regulava la mitgeria de càrrega com a generadora d'una situació de comunitat molt especial.⁵⁴

En canvi, el Projecte 2005 i, consegüentment, la Llei 5/2006 vigent han establert una sistemàtica diferent.

Efectivament, aquesta nova estructura sembla respondre a un afany simplificador, de vegades no justificat, del Projecte 2003, de cara a la reducció del seu articulat, i es concreta en diversos punts.

El capítol 3, dedicat a la propietat horitzontal, es distribueix en quatre seccions, i no en tres.

La secció primera conté les disposicions generals i es distribueix en tres subseccions, ja que se suprimeix la subsecció quarta (funcionament de la Junta de Propietaris), el contingut de la qual passa a la tercera. La subsecció primera es dedica a la configuració de la comunitat, amb una ordenació seqüencial dels articles: definició, objecte, quota, crèdits i deutes, prelació de crèdits i fons de reserva. La subsecció segona es dedica a la constitució de la comunitat, també amb una ordenació seqüencial dels articles: existència del règim, legitimació per establir-lo, escriptura i registre, modificació, estatuts, reglament, reserves de sobreedificació

⁵⁴ Per a una explicació més àmplia d'aquesta estructura, vegeu *Treballs preparatoris del llibre cinquè del Codi civil de Catalunya* (2003), pàg. 129 a 131.

i extinció. I la subsecció tercera es dedica als òrgans de la comunitat, amb una simplificació de les normes que regulen els òrgans de la comunitat de propietaris i les majories necessàries per a l'adopció d'acords, amb una major aproximació de la Llei de propietat horitzontal, de 21 de juliol de 1960, i la seva modificació, de 6 d'abril de 1999, però amb una sistemàtica més actual i ordenada.

La secció segona (propietat horitzontal en el Projecte 2003) s'anomena "Propietat horitzontal simple" i se suprimeixen les subseccions. En aquesta secció segona, de la propietat horitzontal simple, es regulen els elements privatius i els comuns, tot mantenint la novetat relativa a elements privatius de benefici comú, la regulació dels annexos, la vinculació d'elements comuns, com són terrats, terrasses i jardins, a l'ús i gaudi exclusiu dels propietaris d'elements privatius determinats, la modificació dels elements privatius i la possibilitat d'agrupar-los, segregar-los, agregar-los o dividir-los. S'ha introduït l'acció de cessació a l'art. 553-40, d'acord amb la legislació de protecció dels consumidors i usuaris. També s'ha introduït una llista exemplificadora d'elements comuns (art. 553-41) i s'ha reduït la casuística dels antics art. 553-40, 553-41 i 553-42, que en molts punts feien referència a les majories necessàries per adoptar alguns acords que ja s'han previst en regular la Junta.

Hi ha una nova secció tercera, dedicada a la "Propietat horitzontal complexa", que en el Projecte 2003 era una subsecció de l'anterior. En aquesta secció tercera s'ha suprimit l'article relatiu al règim jurídic, s'ha aproximat la regulació a la LPH espanyola vigent i s'ha simplificat la regulació de l'art. 553.56 (ara 556-51), sobre els locals destinats a garatges i trasters, tot fent constar la diferència entre els supòsits de subcomunitat separada obligatòria i aquells en els quals no hi ha subcomunitat especial i d'altres supòsits en els quals hi ha una sola comunitat per a un local format per soterranis de diversos edificis confrontants.

L'antiga secció tercera del Projecte 2003, dedicada a regular la "Propietat horitzontal estesa" o urbanitzacions privades, passa a ser la secció quarta, amb el nom de "Propietat horitzontal per parcel·les". A més, s'han suprimit les quatre subseccions que contenia el Projecte 2003.

El capítol quart continua regulant la comunitat especial per torns, o per raó de la facultat d'ús, i es refonen les seccions tercera i quarta del Projecte 2003.

I, finalment, s'hi introdueix un nou capítol cinquè, amb la regulació de tota la mitgeria que conté la Llei 13/1990, de 9 de juliol; per tant, amb un concepte unitari de mitgeria que distingeix, després, entre mitgeria de càrrega, que només existeix per pacte, i la de tanca, pròpia d'horts, solars i jardins, que és legal.

Res a dir en aquesta nova estructura (tot i que algú pot opinar que es tracta d'una regulació molt reglamentista i impròpia d'un codi civil), si no és en relació amb tres punts:

a) La propietat per parcel·les

El Projecte 2003 va agafar com a precedent el Projecte de llei del règim jurídic intern de les urbanitzacions privades, que es va publicar al BOPC núm. 138, de 5 de març de 1990. Actualment, però, es podria sostenir que pot resultar de dubtosa oportunitat regular les urbanitzacions privades després de la publicació de la Llei 2/2002, de 14 de març, d'urbanisme, amb

el vigent Decret legislatiu 1/2005, de 26 de juliol, sobre el text refós de la Llei d'urbanisme (DOGC núm. 4436, de 28 de juliol de 2005), i del recent Decret 305/2006, de 18 de juliol, pel qual s'aprova el Reglament de la Llei d'urbanisme (DOGC núm. 4682, 24.7.2006).

Aquesta regulació civil serà sempre d'aplicació residual i supletòria a les urbanitzacions, quan deixin d'estar regulades per la legislació urbanística, especialment en aquells supòsits en què els propietaris vulguin mantenir normes relatives als serveis comuns (en aquest sentit, la DF quarta del Decret legislatiu 1/2005 autoritza el Govern a regular per decret "l'estatut urbanístic de les urbanitzacions privades i dels complexos immobiliaris privats". D'altra banda, cal tenir en compte la regulació de les entitats urbanístiques col·laboradores, especialment l'art. 117 del DL 1/2005 i els art. 187, 189.4, 190 a 196 del Decret 305/2006, com també, respecte de les juntes de conservació, els art. 201 a 204 del mateix Decret 305/2006).

Les novetats de regulació respecte del Projecte 2003 es refereixen a la delimitació de l'objecte de la situació de comunitat per remarcar que els elements privatis han de ser parcel·les amb la qualificació de solars, la supressió dels art. 553-61, 62, 63 (quota, descripció física i configuració jurídica) i 553-68 (extinció forçosa); la simplificació de la regulació de l'escriptura de constitució i de la inscripció; i la introducció de la necessitat de constitució en supòsits d'urbanitzacions consolidades, tot establint un període de liquidació per al cas de l'extinció voluntària.

b) La comunitat per torns

En relació amb el Projecte 2003, s'hi han introduït modificacions substancials. El Projecte 2003 partia de la base que la comunitat pot ser ordinària o especial tant per l'objecte: propietat horitzontal simple, complexa o estesa, com per les facultats d'ús: per torns, a més de la mitgeria. La regulació del Projecte 2003 era, respecte de l'anomenada "multipropietat", diferent dels criteris de la Llei espanyola 42/1998, de 15 de desembre, derivada de la Directiva 94/47/CE, de 26 d'octubre, sobre drets d'aprofitament per torn de béns immobles, la qual configura aquests drets com a drets reals en cosa aliena i exclou de manera expressa que aquests drets es vinculin a una quota indivisa de la propietat.

En aquest sentit, es manté la proposta del Projecte 2003, amb la denominació de "comunitat per torns", però s'exclouen, segons l'art. 554-2.3, com a objecte de la comunitat els edificis en règim de propietat horitzontal i els elements privatis que en formen part, llevat que es tracti d'edificis amb menys de set elements privatis i es constitueixi una comunitat per torns per a cada unitat o element. També s'ha establert que els edificis i conjunts immobiliaris amb una pluralitat d'habitatges, constituïts en règim de propietat horitzontal o no, s'han de sotmetre necessàriament al règim del contracte d'"aprofitament per torns", que caldrà regular en el llibre VI del Codi, dedicat a les obligacions i els contractes, i que, de moment, s'hauran de regir per la Llei espanyola 42/1998, de 15 de desembre.

c) La mitgeria

Aquesta figura no es pot regular unitàriament en el Codi, ja que la mitgeria de tanca, a diferència de la mitgeria de càrrega, no genera cap situació de comunitat, de manera que l'art. 555-8 sobra i s'hauria d'incorporar a l'art. 546-1, dins de les relacions de veïnatge.

A més d'aquests aspectes més sistemàtics o conceptuals, cal destacar alguns aspectes també qüestionables, relatius a la comunitat.

5.1. Reclamació de despeses

L'art. 551-1.4 de la Llei 5/2006 determina, com a disposició general de tota situació de comunitat, que la reclamació de les despeses comunes es pot fer pel procediment monitori. En el Projecte 2005 aquesta norma de reclamació de despeses era l'art. 552-7.3, és a dir, una norma de comunitat ordinària indivisa, però, com a conseqüència de les esmenes corresponents i amb bon criteri,⁵⁵ s'ha traslladat a les disposicions generals, per referir-se també a les comunitats especials.

5.2. Pacte d'indivisió

L'art. 552-10.2 de la Llei vigent estableix que es pot pactar la indivisió per un termini que no pot superar els deu anys i per unanimitat.

Aquesta norma planteja el problema de si aquest termini és prorrogable o si és possible de fer un nou pacte, d'acord amb l'art. 400,2 CCesp. Aquest problema s'hauria resolt si s'hagués acceptat una esmena presentada en el sentit que el termini era "improrrogable"⁵⁶ o si s'hagués acceptat la proposta de l'art. 552-11 del Projecte 2003,⁵⁷ que possibilitava una pròrroga només per a cinc anys.

5.3. Propietat horitzontal

En relació amb la propietat horitzontal, cal remarcar dos grans problemes i tres supòsits amb problemes d'interpretació.

Els dos grans problemes són:

1) La qüestió de la inscripció constitutiva

La interpretació de l'art. 553-7.2 vigent (també, l'art. 553-50.2 relatiu a la constitució de la propietat horitzontal complexa) pot semblar, erròniament, que exigeix la inscripció registral amb el valor de constitutiva, la qual cosa implicaria una clara contradicció respecte de l'apartat 1 del mateix article, que determina que el règim de propietat horitzontal ja existeix des de l'atorgament del títol de constitució.

⁵⁵ Les esmenes foren les núm. 61, d'addició, i núm. 65, presentades pel GP de Convergència i Unió (vegeu BOPC núm. 296, pàg. 34 i 36), i en els *Treballs preparatoris del llibre cinquè del Codi civil de Catalunya* (2003), pàg. 132, s'explicava que aquesta norma general s'establia d'acord amb els art. 812.2, 2n i a l'art. 6 LEC i a l'art. 393.3 CCesp.

⁵⁶ Era l'esmena núm. 68 del GP de Convergència i Unió (BOPC núm. 296, pàg. 37).

⁵⁷ Vegeu també, a *Treballs preparatoris del llibre cinquè del Codi civil de Catalunya* (2003), pàg. 136, el precepte relatiu a la facultat de demanar la divisió.

Aquest precepte s'aparta radicalment de l'art. 553-7.2 del Projecte 2003, segons el qual es deixava molt clar que la inscripció era merament potestativa.⁵⁸

2) La regulació de la propietat horitzontal de fet

L'art. 553-3.2 del Projecte 2003 establia el règim jurídic de la propietat horitzontal de fet, quan determinava que s'havia de regir per les normes de la comunitat especial corresponent,⁵⁹ en la mateixa línia que l'art. 2 b) de la Llei espanyola de propietat horitzontal, però el Projecte 2005, com també la Llei 5/2006, la suprimeixen.

La supressió de l'anomenada *propietat horitzontal de fet* respon de ben segur a la consideració que el règim de propietat horitzontal només existeix quan s'atorga el títol de constitució i, davant tercers, s'ha inscrit en el registre de la propietat.

Però el problema subsisteix en la necessitat de saber com es regulen aquelles situacions de comunitat en les quals hi ha elements comuns i elements privatis sense que s'hagi constituït encara el règim de propietat horitzontal (i més enllà del supòsit de la promotora que ven habitatges o locals abans de constituir expressament el règim de propietat horitzontal, supòsit que quedaria inclòs també en una situació de "fet" i encara que, d'altra banda, s'estableixin unes cauteles legals de cara a preveure el dret de qualsevol adquirent a exigir immediatament l'atorgament del títol de constitució, a limitar les facultats de la promotora en el procediment de constitució del règim especial, i a possibilitar la ratificació tàcita per part dels adquirents si a l'escriptura de venda es fan constar suficientment les normes de propietat horitzontal): no costava res de dir-ho i ens hauríem estalviat el possible problema sobre si es regeixen com una comunitat ordinària, que sembla la solució més adequada, o si cal aplicar l'art. 2 b) de la llei espanyola.

Els tres supòsits amb problemes⁶⁰ d'interpretació són:

⁵⁸ Vegeu també *Treballs preparatoris del llibre cinquè del Codi civil de Catalunya* (2003), pàg. 142-143.

⁵⁹ Aquest precepte provenia de l'art. 555-3 dels *Treballs preparatoris del llibre cinquè del Codi civil de Catalunya* (2003), vegeu pàg. 140, i allà, en el comentari corresponent, es deia: "...Les situacions de fet: s'ha cregut oportú determinar que la inexistència de títol constitutiu no pot comportar un buit de regulació. De fet l'absència de la voluntat privada condueix a l'aplicació de la norma legal i donat que ara es regularan les comunitats especials es preveu, tal com ja havia fet el TS i la DGRN, que el règim que s'ha d'aplicar a la situació de fet és el de la comunitat especial a la que correspongui segons les dades d'identificació que aquesta situació de fet presenti (quant a l'objecte i al mode d'exercici dels drets i obligacions pels comuns). A l'apartat 3 es fixa quin és l'abast d'aquestes disposicions generals. S'apliquen de manera directa a les modalitats que es tipifiquen (propietat horitzontal i urbanitzacions), per això després, quan es regulen aquests, només es recullen el que són les normes específiques o pròpies. Concorda amb l'article 2 LPH".

⁶⁰ Altres problemes, segurament més opinables, respecte de la solució normativa adoptada, es poden referir a la manera de determinar la quota, tenint en compte només la superfície i prescindint de l'ús dels serveis comuns, la morositat, la constància en el títol constitutiu

art. 553-21.2: convocatòries

art. 553-25.5: acords

art. 553-30: vinculació dels acords

6. Títol 6. Els drets reals limitats

En relació amb aquest títol 6, que es dedica a la regulació dels drets reals limitats, també es presenten algunes qüestions destacables.

6.1. *Dret d'usdefruit*

El preàmbul de la Llei 5/2006 diu textualment, en relació amb el dret d'usdefruit, que "...s'hi introdueix l'usdefruit de propietari" (provinent del Codi Civil alemany § 889 i 1063), en la mateixa línia, doncs, que l'art. 566-3 admet la servitud sobre finca pròpia.

Ara bé, l'art. 561-16.1c), relatiu a l'extinció del dret d'usdefruit, presenta una redacció deficient, ja que textualment sembla acceptar l'usdefruit de propietari només per als béns mobles i encara excepcionalment, oimés si es té en compte que l'art. 532-3 determina que tots els drets reals s'extingeixen per consolidació. Així, enlloc no es diu clarament que l'usdefruit no s'extingeix per consolidació, ans el contrari, ja que en la textualitat dels preceptes no s'hi formula expressament el principi de no-consolidació voluntària.

6.2. *Drets d'aprofitament parcial*

Els art. 563-1 a 563-4 introdueixen encertadament (encara que es pot opinar també que són drets de continguts molt heterogenis) la tipificació d'un nou dret real limitat amb la denominació de *dret d'aprofitament parcial*.

Tant la denominació com la naturalesa jurídica d'aquesta modalitat de dret real obeeixen a la necessitat de superar la categoria de les anomenades *servituds personals*, tant per la seva reminiscència feudal com pel fet que no constitueixen pròpiament un relació entre finques. Però també obeeixen a la necessitat de tenir una figura de caràcter real, amb totes les seves conseqüències registrals, per facilitar l'aprofitament d'una finca com a gravamen a favor d'una persona física o jurídica.

La denominació i la naturalesa jurídica d'aquests drets reals s'inspiren, d'una banda, en la Llei 394.2 de la Compilació del dret civil de Navarra —quan estableix textualment que "els drets d'ús o aprofitament establerts en favor d'una persona sobre una finca aliena, amb independència de tota relació entre predis", no són servituds—, com també en les lleis 425 i 426, que els regulen com a "drets similars" a l'usdefruit, l'ús i l'habitació; i, d'altra banda, en l'art. 107.5 LH.

Aquest nou dret real pot ser especialment indicat per a la custòdia del territori, i les línies bàsiques de regulació provenen del Projecte 2003, de manera que les normes que es proposaven havien de ser, doncs, més pròximes a un dret real en

del reglament de règim interior, la professionalitat o el caràcter de "legalment reconegut" de l'administrador, les comunicacions mitjançant el tauler d'anuncis o el sistema de vot per correu.

cosa aliena que comportés un ús o fruïció totals o parcials d'una finca aliena, que no pas a una servitud predial.⁶¹

6.3. Dret de superfície i dret de vol

L'art. 564-1 configura el dret superfície com un dret real limitat que implica la cessió temporal del vol, amb la reversió a la propietat del sòl una vegada extingit, i que pot tenir per objecte tot allò que estigui per sobre o per sota del sòl, que inclou fins i tot allò que estigui per sobre d'allò edificat i que, òbviament, entri en el volum edificable; per tant, el dret de superfície es refereix al vol en el seu sentit més ampli.

Per contra, els art. 567-1 a 567-6 preveuen un nou anomenat dret de vol com a dret real limitat, però, realment, no pot constituir un dret real limitat independent, perquè es tracta de la transmissió d'un dret de propietat sobre un determinat objecte i aquest objecte es defineix com a "vol", és a dir, l'edificabilitat; d'aquesta manera el vol és l'objecte i no el dret. Certament, encara que el dret a edificar sigui de concreció futura o temporal, la seva titularitat és una titularitat actual i definitiva de l'adquirent.

D'altra banda, amb la introducció d'aquest peculiar dret de vol, sorgeixen alguns problemes normatius, com és el cas de la regulació de la hipotecabilitat del dret de vol que preveu l'art. 567-4.2, de manera que caldrà aplicar analògicament, en tant que ho permeti la seva naturalesa específica, les normes relatives a la hipoteca del dret de superfície, és a dir, l'art. 569-34, especialment en el cas d'extinció del dret de vol per no haver-lo exercit dins del termini corresponent, que l'art. 567-2 c) determina que no pot superar mai els trenta anys.

La regulació d'aquest dret de vol en el Projecte 2005 fou objecte d'una esmena de supressió, la qual, però, fou desestimada per la Ponència i, malgrat que fou reservada per ser defensada en el Ple del Parlament, tampoc no fou acceptada.⁶²

6.4. Censos

La Llei 6/1990, durant els seus quinze anys de vigència, ha afavorit una certa actualització de la figura del cens i sobretot ha permès aclarir, no pas sense problemes d'interpretació, la situació jurídica, especialment registral, de molts censos que presumiblement eren extingits o prescrits.

Això no obstant, la Llei 6/1990 necessitava, certament, algunes modificacions, però la nova regulació hi incorpora algunes novetats i genera, malauradament, algun problema.

Pel que fa a les modificacions, a banda d'algunes d'estrictament tècniques o

⁶¹ Vegeu *Treballs preparatoris del llibre cinquè del Codi civil de Catalunya, "Els drets reals"*, pàg. 196, i també MIRAMBELL, Antoni, "La custòdia del territori en finques privades: alguns aspectes jurídics", a *La Notaria*, 35-36, novembre-diciembre 2006, vol. I. Contratos de custodia del territorio, pàg. 77 a 91; específicament pàg. 82.

⁶² L'esmena núm. 161 del GP de Convergència i Unió demanava la supressió de tot el capítol que regula el dret de vol, però fou desestimada per la Ponència (vegeu BOPC núm. 296, pàg. 90). La mateixa esmena, amb el núm. 64, fou reservada per a la defensa en el Ple del Parlament, però, igualment, fou desestimada (vegeu BOPC núm. 314, pàg. 70).

lingüístiques, s'ha de destacar l'art. 565-3, que, a més de recuperar la denominació *establiment* per a la forma contractual de constitució del cens, en relació amb la usucapció suprimeix la quasipossessió del cens com a títol per equivalència. Efectivament, si s'admet la usucapció⁶³ com a títol constitutiu, no tenia sentit mantenir un segon títol per equivalència derivat de la quasipossessió del dret de cens i que es fonamentava, precisament, en el fet que el dret de cens no era usucapible.

En un altre sentit, s'ha de notar que, llevat de la disposició transitòria quinzena, que hi al·ludeix de passada, a la Llei 5/2006 no hi ha cap norma expressa que digui que el cens s'extingeix per prescripció extintiva, que corre des del dia que el censatari deixa de pagar la pensió, tal com feia l'art. 10 d) de la Llei 6/1990, de 16 de març, dels censos, i l'art. 299, sisè, de la Compilació. D'aquesta manera, caldrà acudir a l'art. 121-20 CCcat i a l'esmentada disposició transitòria per no reobrir involuntàriament la qüestió històrica sobre la imprescriptibilitat del dret de cens per impagament de les pensions.

En relació amb les novetats, cal assenyalar encertadament la inclusió a l'art. 565-9 del procediment judicial sumari per a la reclamació de pensions i lluïsmes, per pacte exprés, d'acord amb l'art. 693 LEC i amb els efectes iguals que l'art. 157 LH per a la hipoteca en garantia de pensions.

Com a novetats, també, però ja més opinables, s'ha de destacar, d'una banda, la limitació al deu per cent del pacte de lluïsmes que fa l'art. 565-17, i, d'altra banda, el canvi de criteri que fa l'art. 565-22.2 en el sentit que ara el cobrament de tres pensions consecutives sense haver reclamat el lluïsmes fa presumir el pagament o la renúncia del lluïsmes, al contrari, doncs, que l'art. 21 de la Llei 6/1990, segurament amb la finalitat d'afavorir el propietari de la finca i no el titular del dret de cens.

El problema fonamental que presenta la nova regulació és que els art. 565-10 i 565-20 provoquen un desajustament de terminis, ja que la redacció d'aquestes normes té en compte un termini de deu anys, mentre que ara el termini d'usucapció s'ha fixat en vint anys, sense, doncs, modificar aquelles normes.⁶⁴

6.5. *Retracte*

Respecte de les preferències entre els drets d'adquisició legal, és molt lloable l'esforç d'ordenació, de cara a resoldre problemes a la pràctica, que fa l'art. 568-27. Ara bé, posats a fer, l'art. 568-26, que regula la preferència del dret de torneria a tot altre dret d'adquisició legal, llevat del de copropietaris, s'hauria d'haver inclòs en la secció quarta, dedicada, amb el sol precepte de l'art. 568-27, i com diu la seva rúbrica, a la "preferència entre drets d'adquisició legals".

⁶³ La curiositat és que l'art. 565-3 del Projecte 2005 no feia cap referència a la usucapció i fou mitjançant l'esmena d'addició núm. 146, presentada pel GP de Convergència i Unió, acceptada per la Ponència, que hi fou reintroduïda (vegeu BOPC núm. 296, pàg. 79).

⁶⁴ Per a un comentari més ampli sobre la regulació actualment vigent dels censos segons la nova Llei 5/2006, es podrà consultar MIRAMBELL, Antoni, "Els censos en l'actual Codi civil de Catalunya", a *Revista Jurídica de Catalunya*, 2007,2, pàg. 9 a 57.

6.6. *Garantia*

L'art. 569-2 del Projecte 2005, a diferència de l'art. 2 b) de la Llei 19/2002, de 5 de juliol, de drets reals de garantia, reduïa l'efecte anticrètic només a la figura de l'anticresi, mentre que abans la imputació dels fruits de la cosa als interessos del deute garantit i, si era el cas, al capital, era un dels efectes inherents a tots els drets de garantia. L'art. 569-2 vigent segueix el mateix criteri, malgrat l'esmena presentada en aquell sentit.⁶⁵

L'art. 569-3b) inclou, entre les obligacions que poden generar el dret de retenció, el rescabament dels danys produïts per raó de la cosa a la persona obligada al lliurament.

El Projecte 2005 no ho feia i és conseqüència de les esmenes corresponents.⁶⁶

L'art. 569-21 regula encertadament la destinació de l'import de l'alienació en la subhasta o encant públic. En aquest sentit, la remissió que hi fa l'art. 569-9, en el cas del dret de retenció, és molt encertada i corregeix el problema de la norma vigent anteriorment, però s'havia d'haver fet en tots els casos, ja que l'art. 569-20.4 e), en el cas de realització del valor del bé empenyorat, no s'hi remet.

S'ha de notar, d'altra banda, que, en relació amb el Projecte 2005, s'ha volgut suprimir l'expressió "encant" com a equivalent a subhasta, però a l'art. 569-21 encara hi figura.

Això no obstant, s'han resolt dos problemes en relació amb la regulació del dret de retenció:

1) L'oposició del cònjuge o convivent

L'art. 4.1 de la Llei 19/2002, de 5 de juliol, de drets reals de garantia, determinava que, si allò retingut és una finca que constitueix l'habitatge familiar, la notificació també s'ha de fer al cònjuge o al convivent, d'acord amb els art. 91 i 144.5 RH. Però la qüestió era si aquests es podien oposar a la retenció, la qual cosa va provocar que uns entenguessin que no s'hi podien oposar, sinó que només podien pagar el deute, mentre que d'altres consideressin que s'hi podien oposar si la constitució del dret de retenció es feia fraudulentament per perjudicar-los.⁶⁷

⁶⁵ L'esmena era la núm. 169 del GP de Convergència i Unió, que fou desestimada per la Ponència, i, a més, fou reservada per ser defensada en el Ple del Parlament i igualment fou rebutjada (vegeu BOPC núm. 314, pàg. 70). La redacció final de tot l'art. 569-2 és el resultat de les esmenes núm. 170 del GP Socialista-Ciudadans pel Canvi, GP d'Esquerra Republicana de Catalunya i GP d'Iniciativa per Catalunya Verds-Esquerra Alternativa, núm. 171 i 172 del GP del Partit Popular de Catalunya, núm. 173 del GP de Convergència i Unió i núm. 174 del GP Socialista-Ciudadans pel Canvi, GP d'Esquerra Republicana de Catalunya i GP d'Iniciativa per Catalunya Verds-Esquerra Alternativa, respecte de les quals la Ponència va recomanar l'adopció de les núm. 170, 171 i 172 i un text transaccional de les núm. 173 i 174 (vegeu BOPC núm. 296, pàg. 98-99).

⁶⁶ Les esmenes foren la núm. 175, i amb el núm. 68 fou reservada per ser defensada al Ple del Parlament, la qual fou, finalment, acceptada (vegeu BOPC núm. 296, pàg. 99, i BOPC núm. 314, pàg. 71).

⁶⁷ Vegeu GIMENO-POZO (2005), pàg. 937 i 940; ofereixen ells mateixos uns criteris contraris i, en el cas de la possibilitat d'oposició, amb cita de FUENTES MARTÍNEZ, J. J.: "Algunas cuestiones prácticas sobre el derecho de retención", *La Notaría*, 2003, núm. 9-10, pàg. 135.

L'art. 569-5.2 de la Llei 5/2006 vigent diu que no es poden oposar a la retenció.

2) La designació d'un mandatari en l'escriptura d'adjudicació

L'art. 8 i) de la Llei 19/2002, de 5 de juliol, de drets reals de garantia, determinava que, un cop adjudicada la finca o el dret retinguts, el seu titular ha d'atorgar escriptura de venda en favor de l'adjudicatari. L'adquirent pot inscriure el seu dret en el Registre de la Propietat, amb subsistència de les càrregues anteriors i extinció i cancel·lació de les posteriors. En l'escriptura es pot designar una persona mandatària per atorgar l'escriptura d'adjudicació i aquesta persona pot ser la mateixa creditora.

L'art. 569-8 i) de la Llei 5/2006 aprovada suprimeix l'incís final encertadament, ja que en el moment de l'adjudicació no té sentit, mentre que sí que en té, en canvi, a l'art. 569-5.2, f, perquè es refereix, en el moment de la constitució, a l'escriptura de reconeixement del dret de retenció i no a la d'adjudicació.

Finalment, els art. 569-27 a 569-42 regulen el dret d'hipoteca, amb una distribució de les normes, unes de relatives a disposicions generals i les altres a supòsits especials d'hipoteca, de manera que, a banda que no s'hi preveu el supòsit especial d'hipoteca del dret de vol i que caldrà recórrer a l'aplicació de l'art. 569-34.2, relatiu al dret de superfície, resulta lloable que s'hagin regulat aquestes modalitats d'hipoteca en relació amb les institucions catalanes, de manera que s'ha superat la temença competencial de vulnerar l'art. 149.1.8 CE.

IV. BIBLIOGRAFIA

- BADOSA COLL, Ferran (dir.) i MARSAL GUILLAMET, Joan (coord.): *Manual de dret civil català*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2003, la part relativa als drets reals.
- BOSCH CARRERA, Antoni: "La regulació de les famílies recompostes o reconstituïdes", a *Materials de les Tretzenes Jornades de Dret Català a Tossa*, "Nous reptes del dret de família", Documenta Universitaria, Girona, 2005.
- EGEA FERNÁNDEZ, Joan i FERRER RIBA, Josep. *Codi civil de Catalunya i legislació complementària*, EUB, Barcelona, 13a ed., 2006.
- GARCIA GOYENA, Florencio: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial, Madrid, vol. I-II, 1852. Edició anastàtica, Editorial Base, Barcelona, 1973. Reimpresió de l'edició de Madrid, 1852, a cura de la Càtedra de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza, amb una nota preliminar del Prof. Lacruz Berdejo i una taula de concordances amb el Codi civil vigent. Saragossa, 1974.
- GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, Juan Luis i POZO CARRASCOSA, Pedro del: "Comentarios a la Ley 19/2002, de 5 de julio, de Derechos Reales de garantía (DOGC núm. 3679, de 17 de julio de 2002. BOE núm. 180, de 29 de julio de 2002)", a COLEGIO DE REGISTRADORES (coord.); CUMELLA GAMINDE, Antonio i TORMO SANTONJA, Mercedes (dir.), *Comentarios de derecho patrimonial catalán*, Bosch, Barcelona, 2005.

- GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, Benito: *Codigos ó estudios fundamentales sobre el derecho civil de España*, Librería de Sánchez, Madrid, 3a ed., 1871.
- LASSO GAITE, Juan Francisco: *Crónica de la codificación española. 4. Codificación civil (Génesis e historia del Código)*, vol. I-II, Ministerio de Justicia, Comisión General de Codificación, Madrid, 1980.
- MIRAMBELL, Antoni. “La administración de bienes o patrimonios ajenos: un proyecto de regulación en el derecho civil de Cataluña”, a CONSEJO GENERAL DEL NOTARIADO (ed.), *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, tom I, Editorial Bosch, SA, Barcelona, 2005.
- SALVADOR CODERCH, Pablo: estudi introductor i a “Els precedents de la Compilació”, en la col·lecció *Textos jurídics catalans. Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia*, Barcelona, volum 10, 1995.
- “La custòdia del territori en finques privades: alguns aspectes jurídics”, a *La Notaría*, 35-36, novembre-diciembre 2006, vol. I. Contratos de custodia del territorio, pàg. 77 a 91.
- “Els censos en l’actual Codi civil de Catalunya”, *Revista Jurídica de Catalunya*, 2007,2, pàg. 9 a 57.
- OBSERVATORI DE DRET PRIVAT DE CATALUNYA. Secció de Dret Patrimonial. Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia i Interior. *Treballs preparatoris del llibre cinquè del Codi civil de Catalunya. “Els drets reals”*, Barcelona, 2003.
- POTHIER, R. J.: *Oeuvres de Pothier, contenant les Traités du Droit Français. Nouvelle Édition mise en meilleur ordre et publié par les soins de M. DUPIN. Tome quatrième*, Pichon-Béchet, Successeur de Béchet Ainé, Paris, 1827.
- PUIG FERRIOL, L. i ROCA TRIAS, E. *Fundamentos del derecho civil de Cataluña*, Bosch Casa Editorial, SA, Barcelona, 1981.
- *Institucions del dret civil de Catalunya*, Bosch Casa Editorial, SA, Barcelona, 3a ed., 1991.
- *Institucions del dret civil de Catalunya. Part general. Obligacions i contractes. Drets reals*, vol. I, Tirant lo Blanch, València, 5a ed., 1998.

ORIENTACIONES PARA UNA POSIBLE REFORMA DE LOS DERECHOS REALES EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

ÁNGEL CARRASCO PERERA

CATEDRÁTICO DE DERECHO CIVIL,
UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA

SUMARIO

I. Ocasión y dos citas.....	59
II. Una propuesta de Principios de ordenación del sistema español de derechos reales.....	61
III. Los objetos de la regulación.....	73
IV. ¿Un Código civil para regular los derechos reales?.....	78

I. OCASIÓN Y DOS CITAS

Se me propone hablar en este foro de las *orientaciones para una posible reforma* del sistema de *derechos reales en el Código civil español*. Y se me hace esta amable invitación a modo de islote aislado rodeado por el océano normativo y acontecimiento jurídico que es el reciente Libro 5 del Codi Civil Catalán, que será en estas Jornadas ampliamente comentado y glosado por los juristas catalanes a los que en estos días tengo el honor de acompañar. Es evidente que no he sido convocado para hablar del Codi de Cataluña, pero también es claro que no he sido convocado para referirme en abstracto al sistema español de Derechos reales. No se invita a nadie “de fuera” a Tossa de Mar para que hable de Derecho sin consideración alguna a lo que ocurre en Cataluña. Y sobre todo, si lo que ocurre es que se acaba de promulgar un cuerpo de leyes como es el Libro 5 del Codi civil catalán.

Voy a hablar en efecto de una utopía normativa que pudiera acaso un día tener lugar en el Derecho de cosas de producción estatal. Es una utopía revolucionaria, no un arreglo técnico cualquiera, no una propuesta de perfeccionamiento instrumental de recursos históricos. Pero voy a hablar bajo la alargada sombra del Codi catalán. Será mi referente, la fuente o el testimonio, bueno o malo, de las digresiones que realice. Que me conste, no existe gracias a Dios ningún papel metido en cajones ministeriales que contuvieran algo así como el borrador de un

borrador de algún arbitrio reformista del Código Civil en la materia de Derechos reales. Por tanto, voy a construir en el vacío de la teoría, sobre la base de muchos años de experiencia que me acreditan en este terreno, y a partir del profundo descontento que me produce lo que se ha escrito en España desde que, a fuerza de copiar a los alemanes, nos empeñamos en que tenía que existir algo así como una parte del Derecho civil llamada “Derechos Reales”. En este empeño, el Codi será mi lejano o cercano referente, la fuente de mis ejemplos, mi *sparring* intelectual.

Y voy a empezar por dos referencias doctrinales recientes. Ambas tienen en común varias cosas. Primero, están hechas por personas *diletantes* del Derecho civil; lo que -muy bien lo apuntilló hace muchos años Ortega y Gasset- no es un insulto ni un demérito, sino la constancia de un modo de hacer que suele tener más de fructífero que de dañino. Tanto Benito Arruñada como Miguel Virgós son *diletantes* del Derecho civil; han escrito dos libros recientes que tienen por objeto pensamientos distintos, pero que en una fase de su desarrollo intelectual coinciden en ponderar, glosar y entronizar el sistema español de *numerus clausus*. Miguel Virgós lo hace como excursio previo y necesario para tratar de reconducir la figura del trust a las calificaciones dominicales propias de nuestro sistema (reconducción que finalmente rechaza, por la tipicidad imperativa de nuestro sistema de derechos reales); pero es evidente que el designio que le guía no es elucubrar sobre el sistema de los derechos reales en España y, como buen *diletante*, se remite a la bibliografía manualística al uso. Benito Arruñada es un ingenioso y motivador economista que ha escrito libros en los que yo como jurista he encontrado siempre un filón de fértiles ideas, pero que, evidentemente, no se maneja sino de oídas por los senderos perdidos de nuestro sistema jurídico civil-registral.

Según ARRUÑADA (*La contratación de derechos de propiedad. Un análisis económico*, 2004), el derecho real difiere del derecho obligacional en lo siguiente: el *ius in rem* sólo puede ser dañado con consentimiento de su titular, dada su eficacia *erga omnes*; el derecho real es más valioso que el de crédito, porque este depende de la solvencia de las personas. No está muy claro el sentido de esta idea en el autor, y resulta evidente que en algunos desarrollos argumentales se pronuncia a la aventura. Digo esto porque inmediatamente cercana a la reflexión anterior hay otra, a tenor de la cual los derechos reales recaen sobre bienes duraderos, con una pretensión de supervivencia que los hace más seguros que los derechos de crédito. Según ARRUÑADA, en un registro inmobiliario de documentos, en los que la inscripción no asegura ni confirma una adquisición irregular, el sistema presionará menos sobre la libertad de las partes y no habrá, o habrá en menor medida, un sistema de *numerus clausus* (98-99) y concluye sobre este extremo vaticinando (pág. 115) que los sistemas con un *numerus clausus* más estricto producen efectos de seguridad jurídica más potentes, dando validez a transacciones, con independencia de que fuera válido el negocio causal (sic).

Hay dos ideas de VIRGÓS (*El trust en Derecho español*, 2006) que me interesa resaltar aquí. Con cita de literatura americana del *Law & Economics* (la misma en la que de hecho se apoya ARRUÑADA: MERRIL / SMITH, *Optimal Standardization in the Law of Property*, 110 Yale Law Journal, october 2000; HANSMANN / KRAAKMANN, *Property, Contract and Verification: The Numerus Clausus Problem*

and the Division of Rights, Harvard Law School Public Law, Research Paper 037, 2002, <http://ssrn.com/abstract?id=323301>), el autor sostiene que el sistema de *numerus clausus* ahorra costes de información a terceros que se enfrentan con la eficacia potencial de un derecho ajeno o que acaso desean adquirir este derecho. Además, la reducción del número de derechos reales sobre un bien disminuye el coste de organizar los consentimientos precisos para dar al bien el más eficiente de los empleos. De nada vale –sigue el autor– que el sistema establecido en los arts. 2 LH y 7 RH parezca dar entrada a un sistema de *numerus apertus*, porque la regulación hipotecaria es adjetiva, y recibe de la legislación sustantiva los tipos de derechos admisibles para inscripción (y cabe citar aquí en apoyo de esta difundida idea el magisterio de DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, III, 1995, pág. 113, al que todos finalmente recurren). En conclusión, no cabe el trust como tal en Derecho español, porque nuestro sistema no admite formas atípicas de derechos de propiedad (págs. 42-43).

II. UNA PROPUESTA DE PRINCIPIOS DE ORDENACIÓN DEL SISTEMA ESPAÑOL DE DERECHOS REALES

1. El sistema regulatorio de los “derechos reales” no tiene como contenido propio el conjunto de los derechos que otorgan a su titular un poder directo sobre las cosas- porque no todos los “derechos reales” comprenden un poder de este tipo y hay otros tantos derechos obligacionales que igualmente confieren este poder directo. Tampoco es el contenido del sistema regulatorio los derechos que son por su propia condición oponibles *erga omnes*- porque no hay derechos de tal clase por su propia condición, y todos los derechos relativos a cosas tangibles e intangibles pueden llegar a ser efectivos frente a terceros, si se aprovechan de una regla de oponibilidad ofrecida por el sistema normativo. Por tanto, no hay “derechos reales” si a esta expresión se le quiere dar un contenido normativo propio, sin necesidad de otros complementos regulatorios.

La diferencia histórica entre el usufructo como *pars domini* (no como “derecho real”, pues las fuentes no conocían tal constructo) y el arrendamiento de fincas como simple crédito se hallaba en que el locatario no poseía directamente, sino que era acreedor del uso por intermedio de la prestación que en tal sentido tenía que acometer el arrendador (*praestare uti frui licere*). Pero esta distinción no se corresponde con las convicciones sociales actuales, por lo que no debe ser mantenida. Además, es falsa. Pensemos en un usufructo nacido de contrato no gratuito: un contrato por el que se cede por renta el derecho de usufructo temporal. Es manifiesto que el derecho de usufructo es en tal caso el contenido de un deber contractual de prestación (¿de qué contrato?: ¿de un contrato de usufructo?), y el cedente está obligado a procurar el uso útil, y responde por evicción si no lo hace. De cierto, en el Derecho común fue considerado que el censo (que hoy se considera por la doctrina y por el Codi como un derecho real, pero no por el Código civil) no era más que un contrato por el que constituía una especie de usufructo. Y en el CC el censo enfitéutico no es cosa distinta que la compraventa (contrato obligatorio) de una determinada especie de propiedad.

Una diferencia que no se destaca casi nunca (entre nosotros) entre derechos de

propiedad y contratos radica en que aquéllos son más fácilmente negociables en el mercado, ya que no está sujeto su tráfico al consentimiento que la otra parte tendría que prestar (art. 1205 CC) si se tratara de liberar a un deudor de su obligación. Pero esta diferencia se diluye si se construyen convencionalmente los contratos (o una clase de ellos, por ejemplo los de financiación) como libremente cedibles en la posición activa y pasiva. Es una pura cuestión de organización relativa a la liquidez de la inversión el que se opte por un derecho de propiedad, como es una acción en una SA, o una relación obligatoria, como es la posición de socio de una sociedad civil o mercantil irregular.

2. El sistema de regulación que se corresponde con lo que puede denominarse “Derechos reales” tiene dos contenidos. Primero, el conjunto de reglas sustantivas y registrales en virtud de las cuales las situaciones jurídicas obligacionales nacidas de contratos pueden llegar a ser oponibles a terceros distintos de quienes las convinieron- y entonces se trata de saber en qué medida son oponibles a terceros contratos de compraventa, de alquiler, de prenda, de hipoteca, de opción de compra, de transmisión de derechos de contaminación, etc. Segundo, el “Derecho de cosas” en sentido estricto, esto es, el conjunto de pretensiones privadas que nacen en relación con los bienes y que no tienen su fuente en una regulación contractual- así, comunidad, medianería, relaciones de vecindad, usufructos en su mayor parte, servidumbres en su mayor parte. En este último caso se habla, se puede hablar, de “derechos reales” por el simple hecho de que no hay contrato constitutivo de la relación, y que ésta nace del trato y manejo de las cosas. Pero no se quiere significar nada más que eso, ni se presupone que estas pretensiones varias sean de una determinada clase caracterizada por su “eficacia absoluta” o cosa parecida. En otros términos, los “derechos reales” son (i) aquellas situaciones obligacionales nacidas de contrato y que tienen efecto directo frente a terceros no contratantes (“Derechos Reales” como un conjunto de reglas de oponibilidad) y (ii) aquellas situaciones jurídicas que no nacen de contrato y que tienen que ver con la titularidad, manejo o vecindad de cosas (“Derechos Reales” como simple colección de los derechos sobre cosas)

Si no fuera por este segundo contenido heterogéneo – relaciones jurídicas no contractuales que nacen del contacto, manejo o titularidad de cosas (inmuebles)- el sistema de Derechos reales se podría reducir a un apéndice en el que se contuvieran las excepciones al principio de relatividad de los contratos, del art. 1257 CC.

Las reglas relativas a la vecindad de los fundos o a las situaciones de comunidad no tiene eficacia *erga omnes* porque sean derechos reales, sino porque nacen de la ley, o porque se inscriben en el Registro correspondiente.

3. En verdad, todo derecho subjetivo adquirido legítimamente es oponible a terceros en alguna forma como cosa, al menos mediante una regla de indemnidad (compensación por los daños). Y cuando no es oponible en este sentido no es por la condición “relativa” (no absoluta) de este derecho, sino por consideraciones propias y límites inmanentes del Derecho de Daños. Pero la oponibilidad propia de la eficacia jurídica real es una oponibilidad del contenido del derecho, no de su existencia fáctica como cosa incorporal. Es decir, que el conjunto de facultades concedidas por el derecho para realizar el interés protegido pueden ser exigidas y actuadas frente a terceros que no han sido parte en la convención por la que se adquirió el derecho. Por tanto, un derecho obligacional se hace “real” cuando,

merced a alguna regla de oponibilidad contenida en el sistema, su contenido – no su mera existencia como *res intra commercium*- es eficaz frente a terceros.

El titular de la prenda puede realizar el valor de la cosa cuando ésta ha pasado a propiedad ajena. Pero el FC Barcelona no puede pretender (ni tampoco quiere, sin duda) que juegue en lugar de Ronaldinho el conductor negligente que atropelló al astro del balón dejándolo fuera de juego varios meses. Cuando el FC Barcelona “opone” al conductor su crédito contra Ronaldinho se lo opone como pura cosa (incorporal), dañada, y susceptible de ser compensada, pero no le opone, no puede oponerle, el crédito como contenido de prestación debida por el conductor. En términos aceptables lo ha expresado PAU PEDRÓN: “Los derechos reales producen, respecto de terceros, un efecto de signo positivo: éstos quedan sujetos a la situación jurídica oponible. Los derechos personales producen, respecto de terceros, un efecto de signo negativo: éstos deben abstenerse de vulnerar el crédito” (*Esbozo de una teoría general de la oponibilidad*, RAJyL, 2001, pág. 60).

4. Es una tontería deducir del sistema de *numerus clausus* ninguna consecuencia en cuanto a la potencia de los efectos protectores que produce sobre la seguridad de las transacciones. Porque el sistema de *numerus clausus* no ha nacido como un “designio” para la producción de determinados efectos, en el conflicto posible o imaginado entre seguridad actual de los títulos y seguridad del tráfico. El sistema de *numerus clausus* es una contingencia histórica desafortunada que se produce, como catástrofe normativa, por la confluencia de dos particularidades de la doctrina alemana del Derecho común. Primero, el sistema requiere una puerta de entrada idiosincrásica e inútil, que es el “contrato real de alcance dispositivo” (los derechos reales son reales en Alemania porque nacen de contrato real). Segundo, la propuesta de *numerus clausus* requiere de una poderosa jurisprudencia de conceptos en la construcción de tipos de derechos sobre cosa ajena, como la que era capaz de deparar el pandectismo alemán. Y requiere una buena hipocresía en el uso residual de la propiedad en formas fiduciarias. La hipocresía sistemática consiste en proponer nichos cerrados, pero tapar huecos mediante un uso y abuso incontrolado de la propiedad fiduciariamente vinculada.

En el Derecho alemán, la producción de efectos reales depende de la negociación de un contrato real dispositivo, dificultosamente diverso del obligacional. Los contratos obligatorios, los acuerdos simples, las promesas, no producen efecto jurídico real. Pero nuestro sistema es totalmente diverso. Pero lo que hay que preguntar no es si la transacción ha ingresado en un nicho mediante uno de los sistemas selectivos de acceso, sino si existe alguna regla de Derecho, donde quiera esté situada, que otorgue oponibilidad a una situación jurídica inicialmente construida por acuerdo de dos o más partes.

El sistema de *numerus clausus* es hipócrita socialmente y propiciatorio de fraudes. Como demuestra nuevamente la experiencia alemana, allí donde no cabe construir nuevos tipos se utiliza la propiedad como supertipo residual “fiduciario”, con la particularidad de que con este uso supletorio se arrumban normas imperativas existentes para tipos determinados. Es lo que ha pasado, cuando la atípica cesión de créditos en garantía ha desbancado a la pignoración de créditos, o cuando la Treuhand en cualquiera de sus formas ha venido a cumplir y llenar las funciones tipológicas del trust como forma especial de dominio.

Lo mismo ocurrió en Derecho inglés cuando las reformas del “Property Law” optaron

por eliminar una multiplicidad de “legal interest” sobre las fincas, desde 1925. Estos “estates” fueron echados por la puerta del “Law” para entrar por la ventana de la “Equity”. Y todo ello a través de la vía del “Trust” (cfr. BURN/CARTWRIGHT, *Cheshire and Burn's Modern Law of Real Property*, 17 ed., 2006, págs. 11-65, 397-573).

Que, si uno se empeña, la titularidad como fiducia puede suplir y hacer las funciones de todos los tipos posibles de derechos sobre cosas, se manifiesta ahora en el Codi: en lugar de la anticresis con “típica” (¿) función de garantía, cabe pactar un usufructo con función de garantía y contenido anticrético [arts. 561.3.2 c); 561.16.1 d)]. Mas si esto es así, también cabrá pactar un “derecho de propiedad” en garantía limitada a la percepción anticrética de frutos, o una propiedad fiduciaria del derecho de vistas, o una simple “propiedad” del derecho de vistas, o una propiedad del derecho de vistas en garantía del pago de un crédito.

5. No hay que crear un sistema de derechos reales en una ordenación sustantiva (Código Civil), cuando el sedicente ahorro de costes sociales que supondría una ordenación legal de los derechos sobre cosas puede ser conseguido, al menos sobre los inmuebles, mediante un sistema registral de publicidad. Allí donde hay registro con efectos potentes en cuanto a la seguridad de los títulos, no es que triunfe el sistema de *numerus clausus*, sino que se hace innecesario el problema de la calificación previa operada en el plano sustantivo; los arts. 2 LH y 7 RH vienen a probar que es posible resolver (medianamente bien) la ordenación de los derechos “reales” sobre cosas inmuebles con criterios exclusivamente adjetivos, intrarregistrales. Dándole la vuelta al argumento de Virgós, allí donde existe un Derecho adjetivo que funciona, no es preciso un Derecho sustantivo que le provea heterónomamente de contenido registrable. Por tanto, en tanto funcione decentemente el sistema registral hipotecario, y en la medida en que puedan reconducirse a él las reformas que se precisen, no tiene ningún sentido ordenar sustantivamente los pretendidos derechos reales en un cuerpo de normas sustantivas (Código Civil).

6. Una vez que se definen correctamente las condiciones de oponibilidad a terceros de las situaciones jurídicas relativas a las cosas, sería un falso problema, o una falsa solución, la de proveer sustantivamente una lista de nichos de derechos reales admisibles. Ni tan siquiera de -con excepciones que luego se exponen- regular unos y no otros de los títulos posibles (que suponemos ilimitados en su número) de poseer, disfrutar o manejar bienes ajenos. Lo óptimo es que las partes creen tipos, y que el legislador no construya nichos, sino reglas generales de heteroeficacia de las situaciones jurídicas.

7. Las condiciones de oponibilidad en el Derecho existente son básicamente la posesión (“control de hecho”), la mala fe (conocimiento del estado contradictorio preexistente) y el registro (de Bienes Muebles, de valores anotados en cuenta) en bienes muebles, y la inscripción registral, la mala fe (conocimiento del estado contradictorio preexistente) y la apariencia (vgr. servidumbres aparentes) en los inmuebles. Este sistema es sustancialmente correcto.

8. Esta que se expone a continuación es la “auténtica” labor del legislador del futuro en el terreno de los Derechos reales. Primero, determinar bajo qué condiciones pueden llegar a adquirir eficacia *erga omnes* los títulos que de una manera u otra afectan, restringiéndola, a la facultad de disponer de bienes

propios. Segundo, determinar en qué medida el simple conocimiento de una convención ajena relativa a títulos sobre bienes (“mala fe”) hace oponible esta última al tercero que no la ignora.

Es el “tema de nuestro tiempo” en materia de Derechos reales. Se trata de una decisión difícil en qué medida puede permitirse crear con heteroeficacia vinculaciones de disponer, derechos de adquisición preferente, derechos de “acompañamiento” en las ventas ajenas, derechos de imponer una venta, restricciones de tráfico, vinculaciones *ob rem*, “servidumbres” de suministro industrial, etc. ¿Va a exigirse para ello, exclusivamente –como ocurre con los derechos catalanes de adquisición preferente– que estén suficientemente determinados y resulten inscritos? ¿No habrá ninguna otra condición sustantiva? ¿Cuál es el balance de más de cien años bajo el imperio del omnipotente art. 27 de la LH (que, dicho sea de paso, es hoy la regla sustantiva “fundamental” del sistema jurídico español de los derechos reales)? ¿Qué juego –yo creo que mucho– puede seguir prestándonos hoy como regla discriminatoria la exigencia clásica de que las servidumbres satisficieran una “causa perpetua”?

Respecto de lo segundo, el asunto, aunque parece retorcido en su sutileza, es de urgente solución, pues las controversias al respecto se reproducen diariamente. Un tercero “conoce” un derecho de adquisición preferente del que es titular una persona sobre el bien de otro sujeto con el que el primero está interesado en contratar ¿Es el conocimiento (ni siquiera mala fe) un sucedáneo eficaz de la falta de inscripción, de forma que el derecho ajeno conocido es oponible sin más? En el mercado de las empresas promotoras en Madrid es normal destruir por un burofax circulante la eventual alegación de buena fe de un competidor que vaya a adquirir (e inscribir) terrenos sobre los que el primero pretende tener título (normalmente, compromiso de compra, compraventa de aprovechamientos urbanísticos, etc.): cuando se prevé el litigio con el vendedor, se manda un burofax a todos los competidores advirtiéndoles del riesgo que corren si compran el terreno disputado, por esta y aquella razón. El resultado es de facto contundente: con la simple comunicación escrita ya se ha obtenido una heteroeficacia de la pretensión propia como si se hubiera conseguido anotar en el Registro la correspondiente demanda; el adquirente, si pertenece –y difícilmente puede no pertenecer– al círculo de receptores del fax, ya no será de buena fe a los efectos del art. 32 LH. Con un fax circulante de alcance selectivo se consigue heteroeficacia para un simple precontrato imperfecto y se destruye la heteroeficacia que es aneja a la inscripción registral.

9. El “sistema sustantivo” español de derechos reales se reduce a poquísimos mimbres. Primero, la propiedad (pero no otras “titularidades”) se transmite por tradición. Segundo, hay una propiedad plena de fincas (aunque no se sabe “internamente” lo que es, y hay que construirla con las normas jurídico-públicas externas al sistema) y dos desmembraciones de esta propiedad, que son las servidumbres y el usufructo. No hay más “derechos reales”. La hipoteca, la prenda, los censos, son contratos simples, dotados de alguna regla o técnica que permite su oponibilidad a terceros. La anticresis es un contrato de percepción de frutos sin efectos respecto de terceros. Los derechos reales de adquisición (tanteos y retractos) son de origen legal, no convencional, salvo, limitadamente, la opción de compra. Tercera, tratándose de fincas, la producción de efectos respecto de terceros depende de su inscripción en el Registro de la Propiedad (art. 606 CC); como el “sistema sustantivo” no provee de criterios de identificación, la inscripción se resuelve por puros criterios registrales: es dentro del sistema adjetivo del

Registro donde se proveen o deben proveerse los criterios de inscribibilidad de los derechos sobre fincas; en último extremo, es de estos criterios adjetivos de los que depende la caracterización como real.

El sistema sustantivo no provee ningún criterio sobre si debe ser inscrita una reserva de tesoro futuro gravando una finca que se vende. No provee ningún criterio para decidir si cabe una propiedad separada sobre inmueble ya construido, sobre si cabe inscribir un derecho de superficie sin cláusula de reversión final, sobre la inscribibilidad de un derecho propietario actual afectante al suelo en que van a construirse inmuebles de entrega futura.

10. El mismo sistema catalán padece de la esquizofrenia regulatoria de no decidirse sobre la fuente de la oponibilidad, que es la característica del “derecho real”. El Libro 5 del Codi se ha creado con la pretensión de suministrar un conjunto amplio de reglas sustantivas de identificación y regulación de los “derechos reales”, que posteriormente deberían ser puestas a disposición del Derecho adjetivo encargado de su inscribibilidad. ¿Pero deriva la oponibilidad *erga omnes* de estos tipos de derechos contenidos en el Libro 5 precisamente de que están regulados “como reales”, tienen “nicho” en el Libro 5, lo que les garantiza por vía “sustantiva” su condición jurídico real? ¿O esta oponibilidad más bien depende de condiciones externas-adjetivas, como es la inscripción o el desconocimiento de terceros de buena fe? Y si es esto último -como claramente se desprende de los arts. 563-2.2, 564-3.3, 568-2.1 o 569-24.2 Codi- ¿qué sentido tiene proveer regulaciones de nichos jurídico reales en el Libro 5, si de ello no se deriva ninguna consecuencia regulatoria en cuanto al fondo del problema de los “derechos reales”? Porque todavía tendría algún sentido la creación y regulación sustantiva de nichos de derechos reales, aún con este lastre, si al menos sirviera para suministrar al Derecho registral la lista cerrada (*numerus clausus*) de situaciones jurídicas reales inscribibles. Mas, en mi opinión, ni tan siquiera ello es cierto. Es decir, el Libro 5 del Codi no tiene (ni siquiera) como función limitar el número de nichos de situaciones jurídicas reales inscribibles en el Registro de la Propiedad.

Y ello por varias razones. Primero, porque ninguna regla del Libro 5 del Codi así lo establece. Lo cual es curioso, pues entre tanta norma ociosa como abunda en el Libro 5, falta precisamente la norma fundamental, la regla de clausura del sistema. Segundo, por razones pragmáticas, pues, si ya es malo que en un siglo XXI se promulgue un Código cerrado del Derecho privado de los Derechos reales, mucho peor sería no dejar la puerta abierta para un desarrollo paralegal del Derecho, que fundamentalmente sea acometido, como ha ocurrido hasta ahora, por la DGRN. Tercero, porque, aun con extrema impropiedad y torpeza, el art. 563-1 Codi está dejando abierta la puerta del *numerus apertus*, del desarrollo paralegal del sistema de nichos de situaciones reales. Lo mismo me sugiere la curiosa fórmula -que no considero criticable- del art. 545-4.2 Codi: “*las limitaciones voluntarias constituyen los derechos reales limitados*”. Pero como, a diferencia de los nichos regulados, no existe barrera para crear “limitaciones voluntarias” del dominio -como bien establece el art. 545-4.1-, llegamos a la conclusión de que habrá en el sistema sustantivo catalán tantos derechos reales como limitaciones posibles. Con lo que el sistema acaba siendo una vez más circular, ya que lo decisivo será establecer reglas que determinen cuándo estas limitaciones formarán parte del estatuto dominical *erga omnes*; y eso ya hay que buscarlo fuera del Codi.

11. Es un gravísimo error de concepción jurídica positiva la regulación “jurídico privada” del derecho de propiedad como tal, concebido como el “caput systemae” de los derechos reales. El “derecho de propiedad en sentido estricto” (porque “en sentido amplio” toda titularidad que atribuya un derecho de exclusión es derecho de propiedad, en el sentido que importa al art. 33 de la Constitución) no tiene contenido positivo fuera de las normas jurídico públicas que lo delimitan. En otros términos, no existe un “tipo” de derecho de propiedad. El “derecho de propiedad en sentido estricto” no es otra cosa que un punto “transcendental” (en el sentido kantiano y kelseniano) del sistema. En primer lugar, “propiedad” no es más que la identificación del sujeto de derecho que tiene poder de disposición para ir constituyendo todo tipo de derechos limitados y gravámenes sobre la cosa. En segundo lugar, “propiedad” no es más que el contenido residual de poderes sobre una cosa, que resta después de detraer (i) lo que el Derecho público prohíbe o impone y (ii) lo que es específicamente atribuido por el dueño o por la ley como contenido de derechos limitados sobre la cosa. Por eso, como el dominio puede tener “todos los contenidos posibles” (es elástico) y ninguno de los contenidos actuales posibles (es residual), no tiene ningún sentido regular el dominio desde el Derecho privado.

No sólo no es función de un Código de leyes sustantivas jurídico privadas habilitar restricciones externas a la propiedad privada, ni cualificarlas o “legitimarlas” (como hace puerilmente el art. 545-2 Codi), sino que ni tan siquiera tiene “competencia sistémica” ni “competencia material” para hacerlo. No es nunca un Código civil el lugar para decirle al titular de la competencia normativa sectorial qué puede hacer y hasta dónde puede llegar en su regulación del dominio. Las restricciones (como las llama el art. 545-1 Codi) no sólo vienen de fuera del sistema sustantivo, sino que se legitiman fuera del sistema sustantivo. ¿Qué más da, qué importancia tiene, que un Código sustantivo diga que estas restricciones “constituyen los límites ordinarios del derecho de propiedad en beneficio de toda la comunidad” (¿y por qué no de una “parte” de ella?). ¿Y que más le da al legislador sectorial lo que piense de estas limitaciones el legislador del Código Civil, o por qué las legitime?

12. Se afirma comúnmente que uno de los pilares de nuestro sistema de *numerus clausus*, o uno de los límites infranqueables a nuestro sistema de *numerus apertus*, es la unicidad del concepto de dominio: no se admiten formas especiales de dominio. Pero ello es manifiestamente erróneo, como doctrina, y negativo como propuesta de *lege ferenda*. Han sido las carencias propias de esta doctrina de la univocidad del dominio las que han llevado a sostener ficciones de dominio “único” en los derechos enfitéuticos o en las sucesiones fideicomisarias, o en tantas otras formas de “propiedad cualitativamente separada”, hasta el punto de admitir incluso dominios puramente virtuales y residuales, con tal de no reconocer como forma especial de dominio, por ejemplo, un usufructo sucesorio sin delación simultánea de la nuda propiedad. En todos estos ejemplos, sin embargo, una explicación fundada en la diversidad y pluralidad de derechos de dominio de distinta naturaleza, o en la diversa cualidad de este derecho en función del estado de cosas concurrente, hubiera aportado soluciones más razonables y comprensibles a los conflictos de intereses de las partes. Lo mismo ocurre con la propiedad fiduciaria en garantía. Es la absurda persistencia en

conceptos sustanciales de dominio lo que ha impedido hasta el día de hoy construir con alguna claridad el llamado “ius possidendi” del propietario fiduciario. Por la misma razón, y abiertas las puertas a formas diversas de dominio caracterizadas por su función y no por el tipo abstracto, no hay ningún problema de orden público para que la forma de propiedad especial embebida en el trust sea plenamente reconocible como tal, sin eufemismos ni disgregaciones, en el Derecho español.

El orden público no se manifiesta en el concepto de los tipos de derechos, sino en las condiciones de oponibilidad. Y todo lo que se debe exigir a estas formas especiales de dominio cualificado por la función es claridad en cuanto a su contenido y límites (principio de especialidad, ahorro de costes de información), publicidad suficiente para que los legítimos intereses de terceros encuentren amparo y razonabilidad y justo equilibrio en el intercambio. Es absurdo mantener hoy día que las formas especiales de dominio tipo-trust chocan con el principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor. Se trata de un *quid pro quo*, pues el deudor responde (siempre) con lo suyo, y (sólo) hasta el límite de lo suyo. Igual que un propietario no responde con bienes propios sobre los que pesa una prohibición de disponer en beneficio singularizado de un tercero identificado, ni con los activos que incorpora a una sociedad enteramente unipersonal, ni con los bienes que aporta a una fundación, ni con los bienes que conserva en propiedad pero vendió a un tercero bajo reserva de dominio no cancelada al tiempo del embargo. Igual que un propietario de bienes cedidos *pro solvendo* a sus acreedores no responde con estos bienes frente a terceros que posteriormente pretendan ejecución sobre los bienes.

13. Otros de los pilares que se han propuesto como infranqueables testigos de la “clausura” del sistema de derechos reales es el conjunto de los derechos típicos de garantía real. Se afirma con contundencia que no hay otras modalidades admisibles de derechos reales que la hipoteca, la prenda y la anticresis (que no es una garantía real siquiera), sin perjuicio de que se destaque la mayor o menor libertad de configuración convencional de los tipos puestos a disposición de las partes por el sistema. Mas también esto es falso, y, si fuere cierto como afirmación interpretativa, sería un error desde el punto de vista de la política del Derecho. Ya me he referido a la necesidad de reconocer en todos los extremos la propiedad en garantía [o el usufructo en garantía: art. 561-3.2 c) Codi], y paso adelante con otros aspectos del problema. Si el derecho de garantía que se ofrece como típico se construye –como el resto de los tipos– desde una base conceptual, mediante la revelación de sus rasgos identificadores, inevitablemente abocamos a dos consecuencias que son perversas para la racionalidad de todo sistema. Primera, multiplicamos diversos tipos admisibles, conceptualmente diversos, con regímenes dispares, pero con la misma función de garantía; incluso, si hemos dicho que el tipo de garantía es único, la multiplicación denunciada se encubre mediante la simple ubicación estratégica de aquellos otros equivalentes funcionales en otros nichos distintos de los tipos de garantía clásicos (básicamente, en el saco residual del dominio en forma de garantía); es lo que pasa con la reserva de dominio o con el leasing en función de garantía. Segunda, al multiplicar arbitrariamente tipos que no difieren sino por sus rasgos conceptuales -sin perjuicio de la identidad de su función- se ofrece un menú incongruente de recursos a los particulares, que estos pueden elegir a su

capricho y con la finalidad oportunista de, manejando una macedonia de tipos de regulación diversa, permitirse en cada caso burlar normas imperativas de un tipo mediante el expediente de situarse en un nicho regulatorio diverso, pero conservando la identidad del propósito y de la función. Es ésta una grave perversión que envenena todo edificio de tipos cerrados imperativamente, si ocurre que el Derecho ha incrustado en uno de los nichos alguna norma imperativa, de “fuerte” orden público, pero ha omitido hacer lo propio en otro de los nichos donde anida una técnica contractual susceptible de prestar una función equivalente.

La anticresis, por ejemplo, es un nicho relajado. Como nadie cree en ella, no se preocupa el legislador de cargar su regulación con reglas de orden público que hubieran parecido de rigor en la hipoteca. Afortunadamente, en el CC (pero no en el mismo grado en el Codi) es una institución desactivada -por falta de preferencia crediticia y de *ius distrahendi*. Si así no fuera, y se pudiera pactar una anticresis con constituto posesorio (¿y por qué no iba a poder pactarse un constituto posesorio?), habríamos encontrado la reina de las garantías inmobiliarias y un fenomenal mecanismo de fraude de todo el orden público que se ha querido depositar en el derecho de hipoteca.

14. Lo que se acaba de decir es especialmente elocuente en la distinción entre una identificación conceptual y una caracterización funcional de la garantía mobiliaria. Si la prenda se define a partir de rasgos conceptuales, habrá formas o propósitos de garantías que acaben deambulando extramuros del sistema, a pesar de satisfacer necesidades reales [sin duda esto ocurrirá con la prenda catalana, que se define conceptualmente, y, además, con los más adocenados rasgos conceptuales que el legislador pudo encontrar]. Pero si la regla o reglas sustantivas se dictan y aplican a cualquier derecho mobiliario cuya finalidad sea la de servir de garantía de un crédito mediante la facultad que se concede al acreedor de realizar de alguna forma el valor de este activo, entonces ocurren tres milagros sistemáticos. Primero, tenemos un tipo único, pero desaparece la necesidad de teorizar sobre el carácter cerrado o abierto de los derechos de garantía, pues el tipo es universal a la función pretendida (y sólo hay “una” función o propósitos negocial de garantía imaginable, igual que sólo hay una causa contractual onerosa o una causa contractual remuneratoria imaginables). Segundo, eliminamos las opciones de estrategia oportunista que son promovidas por toda sistemática legal de nicho conceptualmente cerrado. Tercero, dejamos que sean los operadores, y no el poco imaginativo legislador, el que se encargue de fabricar tipos específicos que sean congruentes a la función: al legislador no debe importarle esta libertad calificatoria, toda vez que estableció reglas sustantivas en consideración a la causa de garantía, no al tipo de derecho real (prenda) que antes se entronizaba en un nicho regulatorio.

Sirva como ejemplo de definición funcional de garantía real mobiliaria la que se contiene en la DA 6ª de la Ley 13/1994 (Autonomía del Banco de España), añadida por la Ley 44/2002, de Reforma del Sistema Financiero: “se entenderá por garantía cualquier depósito, prenda, operación simultánea, compraventa con pacto de recompra, afección, derecho de retención o cualquier otro negocio jurídico, que recaiga sobre cualquier activo realizable, incluido el dinero en efectivo, y que tenga por finalidad asegurar los derechos y obligaciones derivados de cualquier operación presente o futura”.

15. Hay tres principios que debería seguir todo sujeto que tuviese la capacidad de poder crear reglas sustantivas de Derecho privado con las que construir un sistema de Derechos reales. Primero, todas las reglas de derecho imperativo que se estimen convenientes (y deberían ser muy pocas) en el sistema de los derechos sobre cosas deben establecerse en una parte general, no en el seno de los tipos, en los nichos de los tipos de derechos reales estandarizados. Segunda, no hay nichos cerrados ni lista finita de situaciones jurídicas de eficacia real, pues el control de inclusión ya no tiene que desplazarse al análisis de la elasticidad de cada nicho estándar, sino a la aplicación de las reglas generales que constituyen límites a la autonomía de las partes y condiciones objetivos de heteroeficacia. Tercero, a pesar de lo dicho, no debe omitirse una regulación “ejemplificativa” de algunos derechos reales típicos y clásicos, que tengan virtud “educativa” y sean “genéricos” hasta el punto de haber devenido tipos de frecuencia; una regulación ejemplificadota ahorra a las partes el coste de crear *ad hoc* reglas de derecho en cada negocio por el que se crean o transmitan situaciones jurídico reales, y provee de un “menú corto” ya confeccionado, que en muchas ocasiones de la vida basta y sobra.

En cuanto al primero de los Principios. No se puede permitir que una regla (cualquiera sea su valor hoy) como la de prohibición de pacto comisorio se encuentre localizada en el nicho particular de los contratos de prenda e hipoteca. No se puede explicar que la prohibición del comiso de lo construido se halle escondida en una norma reglamentaria (y probablemente nula) dedicada a la regulación del derecho de superficie. Si los derechos “potestativos”, por los que modifica una situación jurídica o se crea o amplía un objeto de derecho, han de ser ejercitados y hechos efectivos en un tiempo determinado, no puede ocurrir que las normas oportunas haya que buscarlas en los nichos del derecho de opción de compra, de un lado, y del ejercicio del derecho de vuelo, de otro, que, además, son incongruentes. Si es un principio que los derechos posesorios sobre cosa ajena tengan una duración limitada, no puede ocurrir que haya un plazo arbitrario para el usufructo y otro plazo de “anclaje simbólico”, de sesenta y nueve años más, para el derecho de superficie. Si es un principio que las situaciones jurídicos reales subordinadas sobre inmueble ajeno pueden ser perpetuas pero redimibles, no se puede formular ello en el capítulo dedicado a las servidumbres personales de pastos, o en el “cul de sac” innombrable que es el art. 563-3 Codi.

En cuanto al segundo. Es una tarea absurda y de resultados arbitrarios crear nichos y después estirarlos, “a ver dónde llegan”, como ocurre históricamente con los tipos de servidumbre y usufructo, cuya elasticidad ha permitido al tiempo mantener la ficción de que hay un número cerrado de derechos reales, pero proceder en la práctica como si no lo hubiera.

En cuanto al tercero. Los “tipos conocidos” de derechos reales –especialmente para los notarios- deben regularse como tipos de frecuencia y como modelos supletorios que ahorren costes de creación convencional del derecho. Si las partes buscan ante todo alta liquidez en su inversión en derechos sobre cosas, es seguro que preferirán manejar modelos estandarizados (MERRIL / SMITH). Esto es algo obvio. Ha de regularse y mantenerse un tipo básico de derecho real posesorio limitado, que es el usufructo, sobre el que las partes puedan construir variantes y desarrollos con una regulación convencional *ad hoc*; aunque bastantes de las normas ahora existentes en el CC deben generalizarse fuera del tipo específico del usufructo. Ha de regularse y mantenerse un

tipo básico de derecho real de vinculación de uso no posesoria, como la servidumbre, y dejar que las partes construyan variantes y desarrollos y aplicaciones del modelo, si les interesa. Lo mismo ha de decirse de la prenda o de la hipoteca, especialmente de esta última, en la que la existencia de un derecho legal de cobertura es fundamental para agilizar las transacciones con financiación hipotecaria. No tiene sentido hoy regular un modelo legal de censo. Su frecuencia es tan escasa, y las finalidades de su uso seguramente tan idiosincrásicas, que es preferible ahorrarse el coste general de una mala regulación, dejando a las partes interesadas que se compongan sus asuntos mediante una regulación detallada. Por la misma razón, no hay que regular la anticresis. Hoy día es precisa una regulación de cobertura y legal supletoria del derecho de superficie, pero sólo porque la excentricidad y aberración de las regulaciones legales y reglamentarias existentes han creado inseguridad sobre cuál es la frontera de lo admisible, y es precisa la creación de un fondo de seguridad en los operadores. No es preciso ni aconsejable una regulación típica de los distintos reales de adquisición, y el modelo de referencia simple de lo que se puede hacer ha de estar en la parte general de los Derechos reales.

16. No se pueden seguir manteniendo (por razones de inercia histórica) plazos de duración diversos para los distintos tipos de derechos reales sobre bienes inmuebles. Es una arbitrariedad sin fundamento y una invitación al uso oportunista (y fraudulento) del sistema legal que los derechos de usufructo a favor de corporaciones no puedan exceder de treinta años (para Cataluña, sin embargo, art. 561-3.4 Codi) y los derechos de superficie puedan durar noventa y nueve, o que el arrendamiento sobre estos mismos bienes pueda pactarse por una duración cualquiera, siempre que sea determinada y no entregada al arbitrio de una parte. Pues en tales casos el operador jurídico tiene incentivos para manipular los tipos y elaborar estrategias de elusión. No hay más opciones que éstas: o se establece un plazo límite único, y se regula cómo y cuándo pueden pactarse prórrogas [y para esta opción propongo el “anclaje mágico” de los 99 años: ver arts. 561-3.4, 563-2.4, 564-3.2 a) Codi] o se permiten derechos reales en cosa ajena de duración indeterminada, pero sujetos a la restricción clásica aplicables a contratos de esta clase (art. 1705 CC): que cada parte pueda poner fin discrecionalmente a la situación mediante un preaviso, o, como en el censo o en las servidumbres personales, que la parte gravada pueda hacer uso de un derecho de redención por capitalización.

Hoy es posible bajo el CC pactar un usufructo “comercial” por treinta años y un derecho de arrendamiento consecutivo a término inicial (estos treinta años), sin solución de continuidad, sin plazo de duración imperativo de extinción, y siendo el caso de que la cantidad pagada como canon del usufructo sea la misma (con las actualizaciones debidas) que la que haya que pagar como renta locativa. Ambos títulos son oponibles a terceros bajo las mismas condiciones (la inscripción registral). Y esto no es fraude de ley, sino un uso estratégico lícito de las inconsistencias que padece el sistema. Los operadores no deben internalizar los costes de una normativa irracional.

17. No tiene hoy sentido proponer regulación alguna sobre los derechos reales mobiliarios por parte de quien no tiene la competencia, o no encuentra el modo, o no tiene criterio, o no quiere destinar recursos, para construir, financiar, mantener y regular un sistema registral mobiliario. Fuera del sistema registral, apenas quedará esta regla sustantiva: por encima de cualesquiera condiciones,

el que adquiriera de buena fe un bien mueble y obtenga la posesión del mismo, lo recibe libre de cargas y de derechos prioritarios de terceros.

Y la creación de un Registro Mobiliario pasa por la toma de decisiones fundamentales previas. Actualmente funcionamos con un sistema (en gran parte ilegal) algo chapucero, que se parece más al Registro Mercantil que al de la Propiedad, por lo relajado de los datos de identificación exigible, por la laxa calificación registral y por los efectos limitados de fe pública. La cuestión fundamental de nuestro sistema de derechos reales mobiliarios no posesorios no es, sin embargo, si ha de revertirse el camino, para acercar el modelo ahora existente al nivel de seriedad del sistema inmobiliario registral, sino si, por el contrario, es conveniente que siga relajándose el modelo, y que la meta deseable del entero sistema registral acabe siendo un entramado de registros públicos/privados como los que hoy existen para la anotación en cuenta de valores mobiliarios e instrumentos financieros.

18. En la medida de lo posible, el Derecho sustantivo no debe regular acciones, pretensiones, vías procesales de defensa de los derechos, sino los derechos sustantivos y su contenido (en contra, arts. 544-6.2, 544-7, 544-10, 546-3, 547-2, 566-13 Codi). La regulación de acciones de defensa específicas para cada derecho o facultad (¡y sujetas como en el Codi a propios plazos de prescripción!) da lugar a inconvenientes de todo tipo: problemas de acumulación procesal, problemas de competencia funcional judicial, problemas de congruencia procesal y de cosa juzgada. La acción reivindicatoria, la negatoria, la de deslinde, la publiciana, o cualquier otra, son nada más que una serie establecida (pero no sacralizable) de “nomina iuris” con las que se pone nombre a las demandas con las que se pretenden hacer valer los derechos materiales correspondientes. Pero ya hace tiempo que nuestro sistema procesal abandonó el modelo típico de proceso formulario.

El monumental lío que se monta en las sentencias sobre el valor que hay que dar a los criterios de reparto del “fundus disputandus” cuando se ejercita la acción de deslinde regulada (a medias) en el CC, es indicador bueno de que hay que sacar de los Códigos sustantivos todas las reglas por las que se pretenda imponer a los jueces un sistema de valoración de los medios de prueba de una pretensión material. Si sacralizamos procedimentalmente las así llamadas “acciones protectoras del dominio”, y se tipifican en el Derecho sustantivo, se generan peligros de cosa juzgada y de incongruencias como los tres siguientes. ¿Hay cosa juzgada si se perdió la acción reivindicatoria ejercitada y luego se ejercita una acción recuperatoria del mismo contenido fundada en la nulidad del título de quien posee? ¿Comete incongruencia –porque en lugar de decidirse sobre la reivindicatoria se acaba decidiendo sobre la publiciana- la sentencia que estima la acción de reivindicación sobre la base de que del material probatorio existente resulta que el actor tiene “un mejor derecho a poseer” que el demandado poseedor? ¿Qué ocurre si se interpuso y se perdió una demanda de “acción negatoria” instada por unos residentes urbanos contra una planta de celulosa, y posteriormente se presentan los irredentos residentes con una demanda de responsabilidad civil extracontractual por la que se solicita que se elimine la inmisión y se prohíba su continuación futura? Un dato para la historia: a Cataluña empezaron a salirle mal estas cosas cuando hace años se creyó encontrar en la necesidad (incomprensible para mí) de regular la “acción negatoria”.

III. LOS OBJETOS DE LA REGULACIÓN

19. Los que siguen son (salvo el inevitable olvido involuntario) los extremos que al día de hoy están requiriendo una decisión regulatoria. La razón de esta necesidad puede hallarse en que existen incongruencias entre reglas coexistentes en el sistema legal, en que existen dudas en cuanto al valor general de una subregla o en la simple necesidad de que extremos de sustancial importancia en el sistema de propiedad español no se entreguen al albur de una interpretación caprichosa. Los objetos de esta regulación necesaria se exponen sin un orden determinado.

20. Al nivel de regla general, y especialmente en los derechos de garantía posesorios (que son los únicos reales posesorios en cosa ajena en los que la posesión tiene importancia), hay que determinar el valor que tiene el constituto posesorio como equivalente del traslado posesorio, cuando éste es constitutivo de un determinado grado de oponibilidad a terceros. La cuestión es de extrema importancia, pues afecta a situaciones como la de un comprador en documento privado que corre el riesgo de perder la cosa por la emergencia de un embargo contra el vendedor, o a la de un financiador que pretende constituir una prenda no posesoria sin tener que pasar por el laberinto y costes de un Registro mobiliario.

Se especula y se “flirtea” con la posibilidad de estos constitutos posesorios, sin que la jurisprudencia haya dicho casi nada que merezca la pena. Y es que en último extremo se trata de una decisión legal. O se prescinde sustancialmente de la posesión como mecanismo productor de oponibilidades o se mantiene en todo su rigor, pero se habilita, de ser preciso, un sistema paralelo de publicidad de segundo grado (registral) para situaciones interinas de *ius ad rem* o para derechos de garantía no posesorios.

21. Ha de reformularse el sentido de la exigencia de tradición para la producción de efectos jurídico reales en las transferencias de inmuebles. El “célebre” precepto que contiene el “locus” de los modos de adquirir el dominio (art. 609 CC) ha pasado de ser una regla didáctica a un instrumento de distribución arbitraria de bienes. La tradición se regula en el CC como una obligación del vendedor, no como un requisito para que el comprador pueda superar y tener preferencia frente a los acreedores del vendedor, al que embargan. Se toma esquizofrénicamente una regulación obligacional de favor del comprador, como es la contenida en los arts. 1462 a 1464 CC, para convertirla en una técnica imperativa de producción de efectos perversos de oponibilidad frente a terceros y en la clave de bóveda del sistema de derechos reales, en contra del comprador, y en beneficio de los acreedores dinerarios del vendedor. Como si fuese el cuento del príncipe y el mendigo, se toma una regulación periférica y apartada del contrato de compraventa y se la entroniza como rey de nuestros destinos jurídicos en el país de los derechos reales. Pero lo evidente y correcto es que la tradición como técnica jurídica tiene que desarticularse en nuestro sistema. Hay una regulación precisa de la tradición en el capítulo de las obligaciones del vendedor. Pero en el sistema de los derechos reales la tradición sólo ha de cumplir una función: la de solucionar conflictos de adquisiciones incompatibles del mismo rango, en la forma que lo hace el art. 1473 CC. Fuera de eso, la tradición no cumple específica función alguna, y menos la de determinar o condicionar la adquisición del derecho de propiedad por parte de un adquirente que no compite con derechos

incompatibles del mismo rango, sino con acreedores crediticios del vendedor o transmitente.

En consecuencia, no es el art. 609, sino el art. 1473 CC el que ha de proporcionarnos una regla a incluir en la parte general de los derechos reales. Y precisamente como una las reglas mediante las que las situaciones obligacionales adquieren oponibilidad *erga omnes*.

22. La posesión es una venerable institución que todos los Códigos regulan en abstracto, fuera de las condiciones en que la posesión deviene importante en un conflicto de partes. Pero el camino correcto para proveer reglas jurídicas no es éste, sino la representación de los conflictos posibles para los que una institución constituye una técnica de solución. La posesión es una institución que sirve para cuatro cosas: determinar el *status quo* que hace posible una defensa interdictal, legitimar activa o pasivamente para una acción reivindicatoria, servir de presupuesto para la usucapión y proveer un sistema de liquidación de frutos y gastos para los casos de alteración por sentencia de un estado posesorio previo, cualquiera fuere su fuente. En todos los extremos de la regulación clásica de la posesión no advierto necesidad de introducir reglas nuevas, salvo en los cuatro siguientes.

23. Primero, hay que suprimir la posesión *ad usucapionem* cualificada por la tenencia de un “justo título”. Y no porque la exigencia de una “iusta causa traditionis” sea rechazable desde el punto de vista de política legislativa, sino porque el repaso de la jurisprudencia demuestra que el persistente desconocimiento de lo que históricamente significó justo título para la usucapión ha creado más problemas que resuelto. Los tribunales llevan más de cien años confundiendo y merzclando el justo título con el título eficaz; no han sabido resolver qué relación tiene el justo título con la existencia de un contrato impugnado o resoluble; finalmente, han confundido una y otra vez la nulidad del título, o su inexistencia, con la exigencia de una posesión en concepto de dueño, haciendo inviable una posesión de esta clase sobre la base de un título ineficaz. Todas estas enormes confusiones desaparecen sin más si se prescinde del justo título y se refuerza en compensación la buena fe exigible para una usucapión ordinaria. Ha de tratarse de una buena fe excusable, justificada. Una exigencia de esta clase prácticamente equivale a exigir que la buena fe se soporte en alguna suerte de título de partida que no sea meramente putativo (es decir, no hay buena fe cualificada en el que afirmar “possideo quia possideo”), con lo que se consigue el efecto históricamente pretendido, y se elimina la “*mater rixarum*” que nacía de la cabalista expresión legal.

24. Segundo, una vez más el repaso de los repertorios de jurisprudencia enseña que la mayoría de los pleitos donde anda empeñada una usucapión, ésta es extraordinaria (nació sin título, y, casi siempre, sin buena fe ni concepto de dueño), y, además de extraordinaria, una usucapión donde se ventila una cuestión relativa a la inversión del concepto posesorio de quien “*in illo tempore*” empezó a poseer como no dueño. La falta de regla clara relativa a la mecánica de la inversión posesoria genera pleitos y los mantiene sin razón sobre bases inseguras. Sería aquí deseable que el legislador impusiera condiciones claras y requisitos

automáticamente comprobables para decidir la existencia de esta inversión. Por ejemplo, como en la usucapión de servidumbres negativas, la existencia de un acto formal optativo recepticio frente a quien aparece como poseedor mediato.

25. Tercero, la regulación sobre frutos, gastos y mejoras debe ser generalizada. A una regulación del siglo XXI le es exigible dar una solución definitiva a una controversia que desde siempre ha tenido importancia mayor que la académica. ¿Se aplica el régimen posesorio de la liquidación de frutos y gastos a las liquidaciones posesorias que nacen de la ineficacia inicial o sobrevinida del título contractual por el que el poseedor actual posee (nulidad, rescisión, resolución, revocación de títulos negociales)? Hay que superar la clásica regulación “abstracta” de la liquidación posesoria –reproducida incomprensiblemente en el Codi, que es un Código del siglo XXI-, y proveer en su lugar un régimen que sea aplicable y definitivo a todos tipo de liquidación posesoria, especialmente la nacida de la ineficacia de contratos.

26. Cuarto. ¿Ha de mantenerse el régimen actual de la usucapión de servidumbres, tal como se halla en el Código Civil y en la más que centenaria jurisprudencia de desarrollo, o ha de procederse por la vía radical del Codi y excluir la usucapión como modo de adquirir las servidumbres? Sin duda, la solución del Código Civil es preferible. La historia demuestra que es un absurdo excluir en determinadas situaciones la operatividad del título de usucapión. Lo demuestra la laguna que la prohibición histórica de usucapión de servidumbres discontinuas ha producido en el Código Civil. Allí donde se prohíbe la usucapión (de servidumbres) hay que abrir una ventana para que vuelta a meterse en el sistema por vía de prescripción inmemorial o de aplicación de la *Verwirkung* (propios actos). Como puede comprenderse, es torpe suprimir la posibilidad de adquirir por usucapión una servidumbre continua, positiva y aparente; porque el resultado de esta prohibición será en verdad que el sedicente titular de la finca dominante acabará consiguiendo -con justicia- el mismo resultado por aplicación simple de la regla del abuso del derecho (el silencio “a vista, ciencia y paciencia” por parte del vecino). Y con el agravante de que esta institución es mucho más difusa, por carecer de plazos ciertos, con lo que la aplicación del Derecho perderá uniformidad, ganará en inseguridad, y propiciará un activismo discrecional de los jueces.

Otra cosa divertida. ¿Se ha pensado qué pasaría cuando se hubiera extinguido por prescripción la “acción negatoria” de servidumbre, pero la servidumbre no hubiera sido, ni pudiera nunca ser, adquirida por usucapión? No habría modo de inscribir en el Registro el título adquisitivo, y el futuro adquirente de la finca “sirviente” se encontraría con una carga oculta (extinción por prescripción de la acción negatoria), para la que, por demás, y aunque se quisiera, no existe acomodo en ningún asiento registral, porque en el Registro no se inscriben actos de extinción de facultades propias del contenido de derechos inmobiliarios.

27. Dicho esto, y para acabar con este asunto, la experiencia centenaria de pleitos sobre estos extremos demuestra que es precisa una intervención del legislador en un doble sentido. Primero, tiene que establecerse normativamente si una servidumbre negativa puede ser aparente a efectos de la usucapión (a pesar de lo menudo que parece el asunto, se trata de cuestión de enorme magnitud práctica

e incidencia social). Y tiene que aclararse cuándo una servidumbre empieza a ser positiva en casos de “extralimitación de zonas de influencia dominical”, pues esta modificación de condición acaba siendo fundamental a efectos de la adquisición por el paso del tiempo.

28. La accesión es una institución que ni mucho menos ha caído en desuso hasta el punto de que resulte indiferente la regulación que ofrezca el legislador. Más allá del gusto por la sistemática, los problemas reales de esta institución, que merecen una intervención normativa, son los siguientes. Primero, en el tiempo intermedio que dura desde la edificación en suelo ajeno y el momento de ejercicio de la opción del art. 361 CC, ¿de quién es el dominio de lo construido, a efectos de embargos, de extensión objetiva de las cargas preexistentes, de la declaración de obra nueva? Segunda: ¿constituye la accesión un instituto de aplicación universal o condiciona su aplicación a la existencia de una posesión indebida (sin título) por parte de quien realiza la unión con la cosa ajena principal? Tercero, es preciso determinar los efectos de la oposición (y su tiempo) del dueño invadido, para neutralizar la posible aplicación de la regla de la accesión invertida. Cuarta, ¿en qué medida puede y debe ser la accesión la “regla-soporte” para conceder pretensiones de enriquecimiento injusto en las atribuciones patrimoniales indirectas sobre suelo perteneciente a persona distinta de aquella con la que se contrató la obra que finalmente resulta impagada al vendedor o contratista? Quinta, la regulación escolástica clásica de la unión y conmixtión de cosas muebles desatiende el único supuesto interesante de accesión mobiliaria: la conmixtión de bienes fungibles como consecuencia de contrato (por ejemplo, depósito de dinero en una entidad financiera) y su efecto sobre las pretensiones dominicales del acreedor, así como la posibilidad de constituir derechos reales (de garantía) sobre bienes fungibles mezclados en conmixtión en poder de su titular. Sexta, en qué medida y bajo qué condiciones puede aplicarse la regla de la accesión invertida a las extralimitaciones constructivas que no se proyectan en suelo ajeno, sino en zonas de influencia dominical del vecino (espacios reservados por normas de distancias legales, extralimitaciones en altura, etc). Séptima, qué tratamiento merecen los adquirentes de buena fe de un promotor que construyó de mala fe en todo o en parte en terreno ajeno. Octava, bajo qué título se puede neutralizar la eficacia de la accesión: ¿será precisa la creación de un típico derecho de superficie o bastará cualquier contrato que claramente pretenda atribuir al adquirente de lo “accesorio” una propiedad separada?

Un ejemplo, para que se entienda esto último. Una empresa se dedica a ofrecer a futuros “inversores” la inversión en la compra de árboles que aquella planta y cuida en su propia finca, hasta que finalmente la madera se corta y se vende por cuenta del adquirente, que obtiene la rentabilidad correspondiente. Es una pregunta crucial la relativa a saber si el comprador es o no dueño del árbol que compra; si no lo es, habrá perdido su inversión si la empresa prestadora de estos servicios de inversión en bienes tangibles es objeto de ejecución o si cae en concurso. La naturaleza de la operación hace totalmente imposible o muy gravoso constituir un derecho de superficie rústica a favor de cada uno de los inversores.

Que estas cosas expuestas se regulen y se aclaren constituye un rasgo de que un Código civil contemporáneo ha procedido comprendiendo cuáles son los problemas reales, y

procurando resolver estos problemas, en lugar de haber sucumbido a la tentación de reordenar preceptos existentes con una mera pretensión de *elegantia iuris*. Repárese en la regulación contenida en el Codi, y se comprobará cómo ni se ofrece solución a, ni se cae en la previsión de, ninguno de los problemas que acabo de exponer.

29. El sistema debe proveer una regla general de admisibilidad de las ejecuciones convencionales de las garantías reales, en términos “comercialmente razonables”. Es decir, debe convertirse en pieza del sistema sustantivo lo que hoy se formula como una subregla periférica en nuestro sistema de garantías reales posesorias en el Real Decreto Ley 5/2005, de garantías financieras. Ha de acabarse con la inseguridad sobre la admisibilidad y límites de los modos convencionales de ejecución de garantías mobiliarias. No puede tolerarse que un sistema de reglas sustantivas incruste imperativamente un modelo cuasi procesal imperativo como el del art. 1872 CC.

Hasta tal punto es ello así que hoy las garantías mobiliarias posesorias sólo tienen valor en la medida de que estén dotados de una vía razonablemente rápida, segura y barata de ejecución. Tal es así, que si un procedimiento de esta clase fuese proveído mediante una regla general permisiva, casi no tendría importancia cuál fuera después la regulación sustantiva de este derecho de garantía.

30. La prohibición de pacto comisorio tiene que ser racionalizada de alguna forma que elimine la inseguridad que produce su formulación en términos incondicionales. En rigor, la prohibición debe ser reformulada como una prohibición de obtener del deudor un enriquecimiento injusto como contraprestación por la concesión de crédito. Es el Derecho de enriquecimiento el que debe gobernar esta relación, y no la prohibición absoluta (e injustificada) de que el dominio sea utilizado como garantía. Así las cosas, el dominio debe poder ser utilizado como garantía real. Debe admitirse la transmisión fiduciaria del dominio, con sus efectos oportunos y queridos por las partes. Existe, además, otra razón. Habiendo sido ampliamente admitido el pacto comisorio en nuestro Derecho sectorial de garantías financieras -sin más límite que la exigencia de atenerse a criterios de valoración objetivos de la cosa entregada en dominio- no tiene sentido mantener la prohibición en el corazón del sistema civil. Pues en último extremo se acaba manteniendo una prohibición que sólo ha de ser operativa en las operaciones entre consumidores, y se deja en cambio amplia libertad operativa a las transacciones en las que el servicio financiero es proveído por un profesional del crédito.

31. La regulación existente (fuera del Código, al que no debe reconducirse en ningún caso) sobre las formas de comunidad especial (propiedad horizontal, complejos urbanísticos, aprovechamientos por turnos) es prolija y detallada y no va a ser comentada. Existen recurrentes problemas y controversias que inundan los repertorios judiciales. Pero se trata de extremos que pueden ser razonablemente resueltos aplicando el derecho común o sectorial existente, y confiar, para lo novedoso, en la labor de depuración progresiva que, se espera que con buen juicio, realice la DGRN.

32. Es precisa una regla que determine los títulos por los que se puede crear un “derecho superficiario”. Nos encontramos hoy en la situación de si es el

sedicente tipo llamado “derecho de superficie”(arts. 564-1 a 564-6 Codi; art. 16 RH; Legislación estatal y autonómica de urbanismo) el tipo único que permite abrogar la accesión y dar entrada a propiedades separadas sobre lo construido en suelo ajeno, o si la “superficie” no es más que una cláusula (“cláusula superficiaria”), admisible en una pluralidad de títulos (arrendamiento, usufructo, servidumbre, leasing financiero), y que tiene la función sobredicha. Especialmente es alarmante que hoy no sepamos cómo construir con seguridad un derecho de propiedad (temporal o permanente, redimible o no) separada sobre suelo y vuelo ya construido, si no es mal llamando (como hace el Codi en el art. 564-2) a la cosa constitución de un derecho de superficie, o construyendo ad hoc una propiedad enfiteútica sin base censal y con reparto material de contenidos dominicales. En realidad, la regla que se propone sería la de acabar con el derecho de superficie como tipo monopolista de acceso a la situación de propiedad separada. Y entonces había que proveer reglas sustantivas en función de la existencia de una propiedad temporal o indefinidamente separada, no en función de un sedicente derecho de superficie sobre el que pretendidamente aquélla se construye.

IV. ¿UN CÓDIGO CIVIL PARA REGULAR LOS DERECHOS REALES?

33. Todo sistema jurídico cuenta con referentes estables de calidad, elementos estructurales que garanticen la permanencia de valores, la identidad del sistema en el tiempo, la continuada transmisión de saberes jurídicos homogéneos. Se trata de emblemas, espacios de regulación universal supletoria que proveen soluciones estables para las infinitas lagunas que producen el modo incurioso de componer normativamente el resto del sistema. Son “iconos” identificadores del Derecho de un país. Un Código Civil ha de ser necesariamente uno de esos referentes estructurantes. Hay que evitar que un referente de esta clase se desacredite por un torpe manejo, por una falta de criterio de discriminación de lo que debe contenerse en él. No es reivindicación del purismo, sino condición que exige la estabilidad de todo sistema normativo, de la existencia de un orden jurídico más bien que de un caos.

34. Existe una regla de economía y eficiencia también en el interior de un sistema jurídico. Suponiendo que hay partes del mismo dotadas de una mayor “densidad” (y un Código civil es una de estas partes), se impone la regla de que debe externalizarse en la medida de lo posible toda regulación en normas de menor calidad o rango inferiores al Código. El “outsourcing” normativo mantiene la dignidad de un Código. Un Código civil no puede estar expuesto al desgaste de una modificación continua, ni es el lugar para practicar ensayos normativos ni para testar soluciones inventadas, ni para regular lo accidental, la minucia, la contingencia de los periódicos del día, ni para ofrecer listas no exhaustivas de cualquier cosa, ni para hablar de las distancias entre piscinas privadas. En el Derecho moderno, especialmente, en las avanzadillas del ensayo-error-reacción, la mayoría de las normas son pura “commodity” de usar y tirar, salvo un núcleo

duro regulatorio, estable, duradero, que da consistencia y valores de identificación al sistema.

El Libro 5 del Codi es un ejemplo magnífico de cómo proceder en la dirección contraria a la aquí expuesta. Toda regulación está internalizada, y no me importa si ello se debe a decisiones de tipo técnico o a paradigmas de la política. El lugar para regular las múltiples formas de comunidades de bienes de tipo especial es, como en la LPH, una ley especial, y, si se me apura, un Reglamento Hipotecario. Pero no un Código civil. Al no hacerlo así, el Codi procede a desempeñar funciones serviles de Reglamento Hipotecario. Y cuando mañana o pasado algún colectivo activo consiga que, por ejemplo, tengan que hacerse a cargo de la comunidad, y por mayoría simple, las obras de acomodación para casetas de perros domésticos, será el Codi el que haya que reformar, y no una ley o norma cualquiera de usar y tirar. No se puede regular un órgano no representativo y menudo como lo hace el art. 553-18, ni se inventaron los Códigos civiles para menudear el contenido de un orden del día de una comunidad de pisos (art. 553-21.4). Un Código Civil no puede proceder en la forma de incorporar masivamente la “doctrina actualizada” de la DGRN, por muy respetable que ésta sea, pues esta doctrina –que es, seguramente, el motor creativo más intenso e interesante del Derecho privado español– avanza por la obtención de resultados provisionales, sujetos a corrección, y por ello poco estables. Un Código civil no puede traicionarse a sí mismo y al futuro de perdurabilidad que se le exige, asumiendo en bloque como causas de validez o nulidad de convenciones o pactos estatutarios lo que en la doctrina de la DRGN no es otra cosa que declaraciones (revisables en el futuro) de no inscribibilidad (cfr. art. 553-11.2 Codi). Todos los operadores sabemos que el rechazo actual a las hipotecas sujetas a condición suspensiva de incumplimiento o la empecinada oposición a las hipotecas flotantes son castillos que serán abandonados antes o después; y también queda mucho por decir sobre la doctrina vigente relativa a las cláusulas estatutarias inscribibles o no inscribibles, o a los modos atípicos de constitución de formas de comunidad.

35. Allí donde se estima que es precisa la sobreabundancia de reglas –y, en consecuencia, que tales reglas serán cosa menuda y prolija–, como ocurre por ejemplo con la regulación minuciosa de las relaciones de vecindad, o con las contingencias procedimentales que ocurren en una comunidad de casas, puede estar justificado que se promulguen reglas legales, pero no que el Código Civil sea el lugar para ello.

36. Dado que la regulación sustantiva de peso versa sobre bienes inmuebles, es preferible, por prudencia histórica y por sentido de la relatividad de las soluciones ad hoc, que la regulación registral imponga restricciones de inscribibilidad, y no que la regulación civil sustantiva declare nulas determinadas convenciones. Hay que dejar una puerta abierta a que las restricciones de inscribibilidad puedan valer como obligaciones al menos entre las partes que convienen en ellas. Una reducción de efectos que puede acomodarse bien a los intereses de las partes, que no siempre necesitarán la eficacia suplementaria que les pueda proporcionar el Registro. Y esperar a que el tiempo esté maduro, para decidir finalmente si una convención o un pacto han de ser, además de no inscribibles, civilmente nulos.

SEGONA PONÈNCIA
ADQUISICIÓ, TRANSMISSIÓ I EXTINCIÓ DELS DRETS REALS

ELS SISTEMES ADQUISITIUS DELS DRETS REALS EN EL LLIBRE CINQUÈ DEL CODI CIVIL DE CATALUNYA

FERRAN BADOSA COLL

CATEDRÀTIC DE DRET CIVIL
UNIVERSITAT DE BARCELONA

SUMARI

I. Introducció. Els dos “sistemes d’adquisició” dels drets reals de la llei 5/2006: el fonamentat en els “títols d’adquisició” i el fonamentat en la tradició.....	83
1. “Transmetre i adquirir”.....	84
2. “Constituir i transmetre”.....	85
3. Els objectes de l’adquisició.....	86
4. Altres supòsits adquisitius que no són títols.....	86
5. La doble presència de la tradició. En relació amb el “títol” i la “iusta causa traditionis”.....	87
6. Les diverses accepcions de la possessió en els drets reals.....	88
II. 1a part. El “sistema d’adquisició” fonamentat en els “títols d’adquisició”.....	90
1. El “títol d’adquisició” (art. 531-1). L’admissió de la seva possible insuficiència.....	91
2. La complementació i la integració del títol adquisitiu (art. 531-1).....	92
III. 2a part. El “sistema d’adquisició” fonamentat en la possessió adquirida per tradició.....	95
1. La tradició i les seves “justes causes” (art. 531-3).....	95
2. L’adquisició de la possessió de bona fe de béns mobles a títol oneros i de bona fe (art. 522-8.1.3).....	96
3. La irreivindicabilitat (art. 544-2.1).....	99

I. INTRODUCCIÓ. ELS DOS “SISTEMES D’ADQUISICIÓ” DELS DRETS REALS DE LA LLEI 5/2006: EL FONAMENTAT EN ELS “TÍTOLS D’ADQUISICIÓ” I EL FONAMENTAT EN LA TRADICIÓ

L’art. 531-1 i el preàmb. III, par. 5, de la Llei 5/2006 parlen de “sistema d’adquisició” i de “sistema transmissor-adquisitiu” dels drets reals. Els fonamenten en els “títols d’adquisició”, considerats com a supòsits de fet d’aquest efecte (*ex* 531-23).

L’art. 531-1 parla de “transmetre i adquirir béns”. Com a títol adquisitiu identifica indirectament el contracte, en el si de la teoria i del mode, i diferencia els títols en suficients i insuficients (“cal, a més [...] si s’escau”).

El preàmb. III, par. 5, es refereix a “l’adquisició [...] del dret real”. Enumera sis títols: “La donació, la successió, el contracte, l’ocupació, l’accessió i la usucapció”. La secció 1a del cap. I del tít. III regula la tradició, la donació i la usucapció. Per tant, la tradició sembla afegir-se als títols adquisitius, però l’art. 531-3 la presenta

vinculada als contractes reproduint a la inversa la dualitat títol-mode (de l'art. 531-1). És el resultat de confondre els “determinats contractes” amb les “iustae causae traditionis”.

En el llibre cinquè, a més dels títols d'adquisició de l'art. 531-1 i el preàmb. III, par. 5, hi ha altres supòsits de l'efecte adquisitiu. Són la tradició amb “iusta causa traditionis” (art. 531-1, l'equivalent a l'art. 1901 CCesp), l'adquisició de la possessió de bona fe de béns mobles a títol oneros i de bona fe (art. 522-8.1.3) i la irreivindicabilitat dels béns (art. 544-2.1), que apareix també en l'art. 64,4 CS. Tenen en comú el fet de fonamentar-se en una possessió adquirida per tradició.

La conclusió és que en el dret català hi ha dos “sistemes d'adquisició: el fonamentat en els títols d'adquisició (que s'examina en el II. 1a part) i el fonamentat en la possessió adquirida per tradició (en el III. 2a part).

1. “Transmetre i adquirir”

És la redacció de l'art. 531-1. En canvi, molts dels articles de drets reals limitats parlen de la “constitució” o mera creació del dret (art. 561-13; 563-2; 564-3.1.2; 565-3; 566-2; 567-2; 568-5; 569-5, -13, -24; 569-30). La constitució és un acte unilateral de disposició (art. 569-13.1b) pel qual s'exerceix la corresponent facultat de qui té un dret més extens sobre el bé (normalment, la propietat, art. 541-1, on “disposar-n'hi” es refereix als béns i no al domini; art. 253,2 fin. CS). La constitució és alhora acte de creació del dret i de fixació del seu règim jurídic. És també el pressupòsit de la transmissió (art. 253,2 fin. CS, no en l'art. 566-3).

La constitució del dret i la seva transmissió formen un sol negoci (art. 253-2 fin. CS) o dos (art. 565-3.a) segon, “constitució” i “cessió”). La diferència s'explica perquè en les adquisicions *inter vivos* cal l'acceptació, de manera que la constitució serà unilateral i la transmissió bilateral. En tots els casos, sempre hi ha una adquisició derivativa constitutiva (ex art. 253,2 fin. CS), perquè el nou dret, encara que no preexisteixi (Dig. 7-1-63, “Quod nostrum non est transferemus ad alios...”), està inclòs en el més ampli (Dig. 7-1-63, “...veluti is, qui fundum habet, quamquam usufructum non habeat, tamen usufructum cedere potest”), com prova la consolidació (art. 532-3.1; 564-6.2). En conseqüència, l'adquirent del dret constituït és un successor del constituent, encara que no ho sigui en el propi dret (en l'art. 253,2 fin. CS ho és el successor en la propietat gravada).

“Transmetre i adquirir” no és una redundància, atès que el mateix constituent pot adquirir el dret. Per tant, la “reserva” (art. 326-1 Comp.; art. 69-1; 81; 85-1 CS; art. 16.2 CF; art. 531-20; 561-3.2a); 565-3a) primer; 566-3; 567-2.1 d), -3.2) queda fora dels “títols d'adquisició” perquè és una autolimitació en ocasió del dret que es transmet.

Tanmateix, el “transmetre i adquirir” de l'art. 531-1 es limita a l'adquisició del tercer i, per tant, és més restringit que el “sistema d'adquisició” del seu títol. Però el “sistema d'adquisició” del llibre cinquè inclou l'adquisició de drets en cosa pròpia, *a priori* (art. 566-3) o *a posteriori* (art. 561-16.1c), que és un usdefruit “formal”). Aquests casos no han de ser excepcionals, sinó que poden considerar-se com a manifestacions d'una regla general: l'admissió dels drets reals en cosa pròpia.

2. “Constituir i transmetre”

L'esquema de l'art. 531-1 “transmetre i adquirir” també és insuficient per descriure el “sistema d'adquisició” del llibre cinquè per un segon motiu: perquè pressuposa que el dret real preexisteix. Opera dintre de l'anomenada *successió derivativa* en la seva versió “translativa” (Dig. 18-1-15.2 “dominium meum transire”; Dig. 44-7-55 “dominium transferunt”; Dig. 50-17-177 “in jus dominiumve alterius succedit”).

Amb això deixa fora la possible creació del dret real que es transmet, és a dir, la versió “constitutiva” de la successió o transmissió d'un dret que el transmissor no tenia (Dig. 7-1-66: “Quod nostrum non est, transferemus ad alium; velut is, qui fundum habet quamquam usufructum non habeat tamen usufructum cedere potest”).

La successió derivativa constitutiva és la típica dels drets reals limitats i s'ha de buscar en altres llocs del llibre cinquè que la designen com a “constitució” (art. 561-3.1; 563-2.1; 565-3; 566-2; 567-2.d) i que parlen de “títol de constitució” (en general, art. 532-1; en particular, art. 561-2; 565-3 pr.-14.1; 567-2.2), sempre en el sentit, explícit o implícit, de “constituir i transmetre” (art. 552-11.3). Això fa que es pugui concebre com un acte únic amb el doble efecte (art. 561-3.1 “constituir [...] a favor”).

En realitat, constituir el dret i transmetre'l són dos actes diferents encara que puguin realitzar-se sense diferència temporal. En el llibre cinquè ho palesa l'art. 565-3.a) 2n (“constitució [...] cessió”). És més clar en l'art. 253 CS de la classificació dels llegats. Dintre dels reals subdistingeix els successoris, pels quals el testador atribueix el mateix dret que tenia, i els no successoris, quan el testador, sobre la base del més ampli sobre l'objecte, crea un nou dret limitat (art. 253,2, “quan el legatari adquireix un dret real que per raó del llegat es constitueix sobre la cosa pròpia del testador”). La independència dels dos actes és clara en la constitució de drets reals en cosa pròpia que no va seguida de transmissió (art. 566-3).

La “constitució” és un acte de disposició del titular sobre el dret real més ampli (art. 569-13 b,-24; també en els art. 561-3; 563-2; 564-3.1; 565-3; 566-2.2; en el CS, els art. 253,2 i 303), que crea un nou dret més limitat sobre el mateix objecte. El dret més ampli pot ser la propietat (art. 532-3.1.I; 541-1.2) o un dret real limitat (ex art. 532-3.1.II). La constitució és un acte no receptici perquè organitza el mateix dret. La “transmissió” és l'atribució d'aquest nou dret a un tercer que l'adquireix. És receptici perquè té un destinatari. Els dos actes són unilaterals del constituent que crea el dret objecte de la transmissió i el transmet.

Només la tercera fase, l'adquisició, quan el títol és *inter vivos*, requereix l'acceptació del destinatari, que és un acte també unilateral i diferent del doble constituent-atributiu. Ho mostra l'art. 531-7, que distingeix els dos actes de donació i d'acceptació. Al seu torn, l'“acte” de donació és sempre una transmissió i inclou constitució si el seu objecte són drets reals limitats i el donant els crea en virtut del dret més ampli (vgr. donació d'usdefruit, art. 561-3.1). En el llegat derivatiu constitutiu (art. 253,2 CS), l'adquisició es produeix sense acceptació (art. 253,2, “per la sola virtualitat”; 267,1 CS, “adquireix de ple dret”), que només és confirmatòria (art. 267,1 CS).

3. Els objectes de l'adquisició

L'art. 531-1 parla de "béns" (també l'art. 531-7) que s'han d'interpretar segons l'art. 511-1, incloent-hi els drets patrimonials, reals i personals. Això no vol dir que l'àmbit del 531-1 correspongui al conjunt dels art. 609 i 1526 seg. CCesp. Ho impedeix la sistemàtica del llibre cinquè, ja que l'art. 531-1 pertany al títol III, que tracta dels drets reals. Per tant, els "béns" del 531-1 són només els drets de naturalesa real, encara que siguin obligacionals per la seva estructura, com el cens (art. 565-1.2, -8.1, -10).

El preàmb. III, par. 5, parla de "dret real" en abstracte. Només d'aquests i no de totes les situacions jurídiques reals. "Situació jurídica real" és un concepte ampli per designar les qualificacions jurídiques referents a una cosa que n'esdevé l'objecte (ex art. 565-1.1), independentment que, a més, tinguin un titular o referent personal (malgrat que, erròniament, segons l'art. 545-4.2 sembla que totes en tinguin). Tenen titular els drets o les facultats (com la de disposar, art. 85,1 CS, o dotar, art. 81 CS) reals que són situacions subjectives (art. 532-3.1). Però no en tenen la qualitat de vinculats dels béns com la fideïcomissària (art. 208, 1r CS, si bé pot ésser font de facultats o drets, art. 227,2 CS). Tampoc no tenen titular, entre les "determinacions que, amb caràcter real, configuren o limitin els drets..." (art. 531-16.3), les que siguin legals en interès general (art. 541-2). Tampoc no en tenen els "règims immobiliaris" dels edificis (art. 553-2.1: "Poden ser objecte de propietat horitzontal els edificis", -7.1: "Un edifici resta sotmès..."), que determinen la seva forma jurídica (art. 553-1 seg., -53 seg., 554-1 seg.) i que poden extingir-se per mera voluntat sense cap canvi en la configuració material (art. 552-9 d); 553-14.2; 553-59; 554-1; 554-8.1).

Per tant, els títols d'adquisició, en referir-se a "drets", no es referiran a les "situacions jurídiques reals" que no ho siguin.

4. Altres supòsits adquisitius que no són títols

En el llibre cinquè, a més dels títols de l'art. 531-1 i el preàmb. III, par. 5, hi ha altres supòsits de l'efecte adquisitiu, però que no entren en la categoria dels títols adquisitius del preàmbul. Són tres. El primer i més important és la tradició amb "iusta causa traditionis" (art. 531-3, l'equivalent a l'art. 1901 CCesp). Cal remarcar-ho perquè l'art. 531-3 sembla una repetició supèrflua del 531-1, pel fet de formular a la inversa la teoria del títol i del mode. El segon és l'adquisició de la possessió de bona fe de béns mobles a títol oneros i de bona fe (art. 522-8.1.3). El tercer és la irreivindicabilitat (art. 544-2.1), que apareix també en l'art 64,4 CS. La irreivindicabilitat és una solució acomodatícia que serveix per defugir si hi ha o no adquisició.

Els tres supòsits també podrien considerar-se "títols d'adquisició". Tanmateix, és millor mantenir el significat estricte que té en el preàmbul III, par. 5. Primer, perquè només ells es tipifiquen per l'efecte adquisitiu, de manera que el títol anuncia l'efecte adquisitiu, mentre que en els altres casos l'adquisició és un efecte complementari excepcional, de manera que el títol es configura a partir de la producció de l'efecte. El segon, i més important, perquè ens informa que l'efecte adquisitiu ultrapassa els supòsits de fet que li són expressament destinats.

Indica que el fenomen adquisitiu excedeix el “sistema d’adquisició” configurat apriorísticament pel mateix llibre cinquè.

Aquest, per raons de política legislativa, té en compte altres circumstàncies que determinen igualment l’adquisició dels drets reals.

No sols això, sinó que aquestes circumstàncies fora del sistema del títol adquisitiu es poden unificar sota una fonamentació pròpia. És la possessió en el seu paper de reflex d’un dret que va més enllà de la presumpció de l’art. 522-1.1. La importància de la possessió en els drets es palesa en el “concepte possessoris” (art. 521-4,-7; 522-1.1,-8.1; 531-24.1) i en el fet que en sigui un criteri de classificació: “drets possessoris” (art. 522-6; 531-23.1; 563-2.1; 566-2.2) i “drets no possessoris” (art. 531-23.3). La classificació també és aplicable als drets de crèdit; són possessoris l’arrendament, el comodat i el dipòsit.

Aquests tres casos formen un segon “sistema d’adquisició” en el dret civil català, fonamentat en la possessió adquirida per tradició i diferent del fonamentat en els títols d’adquisició.

En aquesta introducció caldrà fer un tractament especial de la tradició per l’esmentada doble presència, a primera vista repetitiva, en els art. 531-1 i -3. També de la possessió, perquè implica diverses accepcions que cal destriar.

5. La doble presència de la tradició. En relació amb el “títol” i la “iusta causa traditionis”

La tradició és el negoci transmissiu del dret real. Ho palesa que el requisit de la seva titularitat s’hagi de complir en el tradens (Dig. 41-1-20: “Traditio nihil amplius transferre debet vel potest ad eum qui accipit, quam est apud eum qui tradit”), no en el deutor contractual.

La tradició apareix en els dos sistemes d’adquisició del llibre cinquè. En el fonamentat en els títols adquisitius és el complement dels títols d’adquisició contractuals (531-1; preàmb. III, par. 5). El seu correlat en el dret romà és el Cod. 2-3-20 (“Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis, transferuntur”). La tradició esmena la impotència transmissiva de la voluntat reforçant-la amb el canvi de la situació material, és a dir, de la situació possessòria.

Però la tradició també és el fonament del segon sistema d’adquisició. I en concret, com a títol adquisitiu si va acompanyada per les corresponents “iustae causae traditionis” (art. 531-3). La tradició, com a mera situació de fet o “nuda traditio”, també és un títol insuficient; li cal el reforç de la “causa” que indiqui la funció que aconsegueix i que legitimi l’efecte. El seu correlat en el dret romà és el Dig. 41-1-31 (“Numquam nuda traditio transfert dominium sed ita si venditio aut aliqua causa praecesserit propter quam traditio sequeretur”). El contracte esmena la insuficiència transmissiva de la tradició, però la seva funció és merament jurídica perquè la tradició ha fet el canvi material.

D’ací resulta l’aparença que el llibre cinquè formula la teoria del títol i del mode de manera reversible dos cops, que expressarien dues insuficiències transmissives: l’art. 531-1 i el preàmb. III, par. 5, a partir del contracte, i l’art. 531-3, a partir de la insuficiència de la tradició. L’aparença augmenta perquè l’art. 531-3 presenta

la tradició (igual que el Dig. 41-1-31) “feta com a conseqüència de determinats contractes” que la precedeixen, és a dir, com a “causa solvendi” o compliment de l’obligació contractual, igual que l’art. 531-1. L’aparença es pot explicar perquè els dos textos romans són els fonaments principals de la teoria del títol i del mode (atribuïda a l’alemany Johannes Apel 1486-1536: “Methodica dialectica ratio ad jurisprudentiam accommodata”, Basileae, 1545, a qui també s’atribueix la distinció “ius in re”-“ius ad rem”).

Tanmateix, la “iusta causa traditionis” del Dig. 41-1-31 trenca la reversibilitat entre els art. 531-1 i -3. L’art. 531-1 preveu el contracte com a font d’una obligació de donar en què la tradició és el compliment de la prestació deguda. L’art. 531-3, sota el caire del contracte, parla realment de la “causa solvendi” com a justificadora de la tradició. Per això l’art. 531-3 s’ha d’entendre com l’art. 1901 CCesp, tot i que s’hi hagin esmunyit els “determinats contractes”; fonts de l’obligació que desvien la qüestió cap a la teoria del títol i del mode.

6. Les diverses accepcions de la possessió en els drets reals

La relació de la tradició amb la transmissió dels drets reals (art. 531-1 i -3) depèn de la possessió que transmet (art. 531-2). D’ací en resulten dues qüestions. La primera és saber quan es necessita la tradició per a la transmissió real. Això requereix esbrinar la presència de la possessió en els drets reals per saber en quins la seva transmissió exigeix la tradició i en quins no. En aquest punt es presenten les categories de “dret possessori” i “dret no possessori”. La segona es refereix als drets possessoris. És saber quin contingut possessori és transmès per la tradició; aquest contingut s’anomena *concepte possessori* i identifica el dret el contingut del qual s’exerceix *de facto* en la possessió d’una cosa o un altre dret.

6.1. La presència de la possessió en els drets reals. “Concepte possessori” i *objecte*

S’ha de partir de la idea que la “posseïbilitat” és una qualitat general de tots els drets, atès que tots poden ser “posseïts” o exercits *de facto* (art. 521-1), àdhuc les condicions civils de la persona o possessió d’estat (art. 337; 342 CS. 117.2; 179.1 c) CF). Una cosa diferent és la qualificació jurídica d’aquest exercici o possessió en el llibre cinquè.

La intervenció del llibre cinquè comença per utilitzar la possessió com a criteri classificatori dels drets reals. Els classifica segons que el seu contingut inclogui o no facultats d’actuar sobre un objecte diferenciat, cosa o dret (art. 521-1; 522-7.2 fin.). En el primer cas, els qualifica de “dret possessori” (art. 522-6; 531-23.1; 563-2.1; 566-2.2), i en el segon, de “dret no possessori” (art. 531-23.3). Són possessoris la propietat o l’usdefruit i no ho són el dret d’adquisició i la hipoteca.

La diferència es tradueix en el tractament jurídic. En els possessoris el llibre cinquè distingeix el dret que s’exerceix en forma de “poder de fet” i l’objecte sobre el qual s’exerceix aquest poder (art. 521-1.1). En la realitat serien dues possessions diferents. Però el llibre cinquè les organitza d’una altra manera. Només hi ha una possessió, la de l’objecte. El dret exercit no és objecte de possessió, sinó el seu contingut, i s’anomena “concepte possessori” (art. 521-1.2, -4, -6.2, -8 a); 522-1, -

8,1; 531-24.1.8 a). Aquest és el nom específic que rep la posseïbilitat general del dret quan és possessori. La fórmula és: possessió d'un objecte en el concepte que indica el dret exercit (art. 522-1,-8.1). La possessió és, doncs, externa a l'objecte.

En els drets no possessoris no hi ha objecte sobre el qual s'exerceixi el "poder de fet". En la seva possessió no es pot distingir entre el contingut i l'objecte. La possessió consisteix en l'exercici del dret sense projecció. És una possessió interna o (quasi) possessió (ex art. 531-5 fin. l'"ús"; art. 3 b) LC der.) fonamentada exclusivament en la posseïbilitat general dels drets. Però, atès que el llibre cinquè (ex art. 521-1) es fa fort en la dualitat del dret posseït i de l'objecte de la possessió, resulta que la posseïbilitat general del dret no el converteix en objecte de la possessió. Resta saber si la seva possessió es pot qualificar de "concepte possessori" malgrat que no està pensat per a ell. Hi ha dos arguments a favor. Un de textual: que el "concepte de" s'aplica no sols al dret exercit, sinó a la manera de fer-ho, com a "titular" (art. 521-1.2; 531-24.3), inclosos els mateixos títols adquisitius (com el d'hereu, art. 8,1; 64,1 CS). I un altre de més important: que el llibre cinquè preveu la posseïbilitat *ad usucapionem* de dos drets reals no possessoris, en el cens a favor (art. 565-3c) i en les servituds en contra (art. 566-2.4).

6.2. Els drets possessoris

El "dret possessori" (art. 522-6; 531-23.1; 563-2.1; 566-2.2), és aquell el contingut del qual inclou el "dret a posseir" un objecte diferenciat (art. 521-7.3; 544-4.2, -9; 561-2.2; 562-2, -9; 569-23, també 522-2, -3, -4). Atesa aquesta legitimació possessòria, no importa la naturalesa del dret, que pot ser real o personal (arrendament, comodat). De la llista de drets reals del llibre cinquè són drets possessoris: l'usdefruit (561-2.1), l'ús (562-1), l'habitació (562-9), els d'aprofitament parcial (563-1), la superfície (564-1), el vol (567-1), la retenció i la penyora (569-2.1) i l'anticresi (569-23).

6.3. Els drets no possessoris. La posseïbilitat dels drets reals

Com ja s'ha dit, els "drets reals no possessoris" (531-23.3), caracteritzats per la manca d'objectes, participen de la "posseïbilitat" general. Són el cens (565-1), les servituds (566-1.1), els d'adquisició (568-1) i la hipoteca (569-27). En la Compilació no és possessori el dret de redempció (art. 326.2). Tanmateix, les servituds (art. 566-1.1) tenen una característica: no tenen un objecte en el sentit estricte de sotmès al poder de la voluntat, però sí que afecten un objecte en quant són un límit a la possessió aliena sobre ell.

En els drets no possessoris, el llibre cinquè no considera la manca d'objecte com a obstacle per a la possessió. Ben al contrari, reconeix la seva posseïbilitat general fins al punt que en dos d'ells la té en compte *ad usucapionem*. El cens (tot i que amb el nou art. 531-5 desapareix la "quasi possessió" de l'art. 3 b) LC), que és usucapible (art. 565-3.c); -13.3), i la servitud, en la qual la usucapció ha estat una qüestió de política legislativa amb solucions diferents. Sí com a regla en la Comp. (art. 343 i 283, que n'establia les excepcions), no en la Llei 22/2001 (art. 7.3) ni tampoc en el llibre cinquè (art. 566-2.4). Tanmateix, aquests darrers no neguen la (quasi)posseïbilitat de la servitud, sinó només que valgui *ad usucapionem*.

La possessió dels drets reals no possessoris consisteix, com la de tots els drets, en el seu ús (art. 531-5), entès com al seu exercici en qualitat de titular. En sentit estricte és l'exercici del seu contingut típic, vgr. en el cens reclamar i cobrar la pensió (art. 565-1.2, -8, -10) i en la servitud percebre'n la utilitat (ex art. 566-11.1a), àdhuc en les negatives si és en qualitat de límit de la propietat servent. En sentit ampli serà possessió l'exercici de manteniment, facultat derivada de la seva existència, amb dues modalitats: l'exercici conservatiu (vgr. art. 1121,1 CC art. 117 LH 219, 2n RH o la derogada capbreuació de l'art. 316 Comp.), i també la pretensió de declaració judicial de la seva existència (art. 121-2 CCcat art. 327,2 CS). En aquest sentit ampli d'ús, i limitant-nos als drets patrimonials, tots són posseïbles, siguin reals i personals, independentment que a més siguin possessoris perquè recauen sobre un objecte diferenciat, no sols els drets patrimonials, sinó també els títols adquisitius com el d'hereu (art. 8,1; 64,1 CS).

La identificació de la possessió del dret amb el seu "ús" (art. 531-5) comprèn totes les modalitats que s'han exposat. No és objecció l'art. 566-11.1 a), on "ús" és la percepció de la utilitat específica del dret. Al contrari, subratlla precisament que hi ha altres modalitats d'exercici de la servitud, tot i que només l'ús n'impedeix l'extinció.

L'exercici del contingut específic dels censos i de les servituds es presenta com a durador. Però els continguts són diferents. La possessió dels censos consisteix en l'exercici d'una relació que, tot i ser real per la seva naturalesa (art. 565-1.1, -8.6, -9.2, -11.1, que es remet al 532-2), és obligatòria per la seva estructura (art. 565-1.2, -8, -10). Tanmateix, de l'art. 565-3c) només es pot derivar la posseïbilitat de l'obligació periòdica (analògicament, el lloguer, la pensió compensatòria o la d'aliments, ex art. 269.1 CF), no la dels drets de crèdit en general. En canvi, la possessió en les servituds és un límit de la possessió de la finca servent.

En resulta que en els drets reals no possessoris es poden distingir dos tipus de posseïbilitat segons el contingut. La posseïbilitat dels censos és la pròpia dels crèdits o en relació amb la persona del censatari, encara que es determini per la propietat de la finca. La de les servituds afecta el predi servent. Precisament són aquestes les destinatàries de l'art. 531-5 fin.

II. 1a PART. EL "SISTEMA D'ADQUISICIÓ" FONAMENTAT EN ELS "TÍTOLS D'ADQUISICIÓ"

És el que el llibre cinquè exposa explícitament com a tal en l'art 531-1 i en el preàmb. III, par. 5. L'art. 531-1 no designa els "títols d'adquisició", llevat de la referència implícita al contracte que es deriva de l'al·lusió al títol i el mode i que implica una transmissió negocial *inter vivos*. L'única nota diferencial és que uns són suficients per a l'efecte i d'altres no perquè els cal un complement ("cal a més [...] si s'escau"), que són "la tradició" i "els actes o les formalitats que estableixen les lleis". És a dir que per tenir la qualitat de "títol d'adquisició" no cal la plenitud de l'eficàcia.

El preàmb. III, par. 5, també parteix d'aquesta dualitat. D'una banda, hi ha un "sistema transmissor-adquisitiu", consistent en la "concordança" dels "títols d'adquisició", en plural i que no es nomenen, amb la "tradicció". El "d'acord amb la teoria del títol i de mode" confirma que aquests títols són els contractes. El "sistema transmissor-adquisitiu" és parcial perquè no comprèn tots els títols d'adquisició i es limita a la negocial *inter vivos*. A més, enumera la llista tancada de sis "títols d'adquisició" suficients a primera vista per a la transmissió: "la donació, la successió, el contracte, l'ocupació, l'accessió i la usucapció". L'accessió i l'ocupació es consideren "títols d'adquisició exclusius del dret de propietat" (cap. II del tít. III).

En els dos llocs es palesa que el "sistema d'adquisició" està per sobre dels títols adquisitius. És el "sistema" que els designa i els dona o els lleva la suficiència per accomplir el seu efecte real i alhora els indica l'element que els ha de completar.

1. El "títol d'adquisició" (art. 531-1). L'admissió de la seva possible insuficiència

L'expressió es retroba en l'art. 531-23, que considera la usucapció com a "mode d'adquirir" i com a "títol adquisitiu". L'art. 531-1 i el preàmbul III, par. 5, coincideixen en el contracte ("teoria del títol i del mode"). En la llista del preàmb. III, par. 5, apareix el "contracte" autònomament, que s'ha d'entendre com el que no necessita la tradició. Segons l'articulat del llibre cinquè, la donació i la usucapció són títols generals, mentre que l'accessió i l'ocupació són exclusius de la propietat, juntament amb la troballa (cap. II del tít. IV), que es presenta com una modalitat de l'ocupació (art. 542-21, -22).

Els "títols d'adquisició" del preàmb. III, par. 5, són heterogenis. D'antuvi, la "successió" no és un títol sinó un efecte i, suposant que es refereixi a la "mortis causa", continua sense ser-ho, ja que els títols ho són els d'hereu o llegat. Segonament, hi ha títols negocials transmissius (la donació i el contracte, se sobreentén que el suficient) il·legals adquisitius originaris (l'ocupació, l'accessió i la usucapció). Tercerament, hi ha títols clarament insuficients per a l'adquisició, com el contracte obligacional, títol que requereix el mode, i els clarament suficients, com l'ocupació i la usucapció (art. 531-23), que són títols originaris. La suficiència o no dels altres (donació, hereu, legatari) depèn de la regulació concreta.

En l'art. 531-1 el tema dominant és la suficiència o no del títol adquisitiu ("cal a més [...] si s'escau"), que esdevé el seu "principium divisionis".

Hi ha tres idees. La primera parla de "transmetre i adquirir". Per tant, i atès que l'ocupació i la usucapció són originàries, l'art. 531-1 es refereix als títols translatus amb exclusió de les reserves.

La segona idea és que la insuficiència del títol no és incompletesa, perquè es refereix a l'eficàcia, no a l'estructura. El contracte és insuficient però perfecte. La tradició, els actes o les formalitats de què parla l'art. 531-1 són afegitons externs al títol, si bé indispensables per a l'eficàcia real.

La tercera és que l'essència del títol adquisitiu rau en la formulació de l'efecte real i en el fet que és l'element determinant de la seva existència. Les dues

coses estan en l'art. 531-4.2 e). Les circumstàncies alienes al títol són només condicionants d'aquesta existència, suspensivament si l'eficàcia no es produeix fins que es donin i resolutoriament si caduca (art. 565-31.2).

El "títol adquisitiu", doncs, no equival al supòsit de fet de l'efecte, tot i que n'és l'element principal.

El 531-1 mostra la insuficiència del títol generalitzant el model dual propi de la teoria clàssica del títol i del mode i la seva diferent jerarquia, és a dir, la prioritat del primer sobre el segon. Això és lògic, perquè en la codificació civil la teoria del títol i del mode serveix per establir la insuficiència translativa del contracte obligacional davant la teoria consensual de la transmissió (art. 1138 CCfr, que situa en l'obligació contractual de lliurament). Aquesta dualitat i prioritat es mantenen en la possibilitat que el títol es complementi amb elements que no siguin la tradició: els "actes" o les "formalitats".

No és encertat equiparar la tradició amb els "actes" o les "formalitats". La primera resol un tema d'organització del sistema transmissiu: el de si la perfecció del contracte obligacional sobre la transmissió possessòria d'un bé en un concepte possessori real (521-4, 531-24.1) produeix el corresponent dret real en el creditor i ho nega. El segon i tercer són obvis: un títol incomplet no pot produir els seus efectes típics.

2. La complementació i la integració del títol adquisitiu (art. 531-1)

L'art. 531-1 esmenta tres complements possibles ("si escau") del títol adquisitiu: la tradició i els "actes o [...] les formalitats que estableixen les lleis". Tots formen part del supòsit de fet de l'efecte adquisitiu juntament amb el "títol d'adquisició". Però amb la diferència que la tradició complementa el títol, que en si mateix és perfecte, mentre que els "actes... o les formalitats" en són elements integrants. El títol no existeix sense ells.

En destaquen dues notes. La primera és que són conductes ("la realització [...] de la tradició [...] o dels actes") o resultats d'elles ("la realització [...] de les formalitats") i, per tant, discrecionals. La discrecionalitat de la realització indica que l'adquisició de què parla l'art. 531-1 depèn de la voluntat dels interessats, encara que el títol adquisitiu sigui *ex lege*, com el derivat de la successió intestada, o que la seva creació sigui legalment obligatòria (art. 566-7 a -10). Per tant, no entra en l'art. 531-1 la no-producció de les causes de caducitat (art. 565-31.2). La segona és que l'"estableixen les lleis" no s'estén a la tradició i es limita als "actes" i a les "formalitats".

Respecte de la distinció entre "actes" i "formalitats", s'ha de dir que no és exclouent (malgrat el "o"), sinó que es poden acumular i que hi ha el problema de l'assignació. Hi ha "actes" que són "formalitats", com el lliurament del bé en la donació verbal (art. 531-8.1, -12.2). En aquest cas, considero determinant la qualificació jurídica de "formalitat" sobre la naturalesa d'"acte" o mera conducta.

2.1. La “tradicció”. Només aplicable als drets reals que comportin possessió o afectació d'un objecte

Els art. 531-1 i -3 no donen cap indicació de quan es necessita. Només la teoria del títol i del mode (preàmb. III, par. 5) al·ludeix al contracte.

Per tant, la solució és atendre el contingut possessori de la tradició (531-2, -5), que ens donarà que la tradició serà indispensable per a l'adquisició contractual dels drets possessoris sobre un objecte i, dintre dels no possessoris, que la seva possessió afecti una cosa. Per tant, sí la servitud i no el cens.

Aquesta delimitació assenyala l'àmbit d'aplicació de la tradició a la creació contractual de drets reals (art. 531-1), sigui el contracte obligacional, com la compravenda, sigui real *quoad effectum*. En aquest cas, tant si s'imposa legalment com en la penyora (art. 569-13.1 a) o l'anticresi (art. 569-24.1 b), com si no se'n parla.

D'antuvi, la tradició s'aplicarà al dret real “possessori”, el contingut del qual inclou el “dret a posseir”. Com s'ha dit, en el llibre cinquè ho són: l'usdefruit (art. 561-2.1), l'ús (art. 562-1), l'habitació (art. 562-9), els d'aprofitament parcial (art. 563-1), la superfície (art. 564-1), el vol (art. 567-1), la retenció i la penyora (art. 569-2.1) i l'anticresi (art. 569-23). La tradició serà el negoci a través del qual s'ha de fer la constitució o establiment “a favor” (art. 561-3.1.3.4: 563-1) o l'adquisició (art. 567-7.1d). El caràcter possessori del dret imposa la tradició llevat que el dret tingui normes especials d'adquisició. Així, la tradició no serà el mode d'adquirir en el dret de retenció perquè s'adquireix per inversió unilateral del concepte possessori (art. 569-5.1), ni en la penyora, perquè la transmissió possessòria forma part del títol constitutiu (art. 569-13 a).

No ho són: el cens (art. 565-1), els d'adquisició (art. 568-1) i la hipoteca (art. 569-27) i el dret de redempció (art. 326.2 Comp.). Per tant, la tradició de l'art. 531-1 no es requereix per a la seva adquisició.

En segon lloc, la (quasi) tradició (art. 531-5) també s'ha d'aplicar als “drets no possessoris” que afectin una cosa aliena. En el llibre cinquè, d'entre els drets reals no possessoris es remarca la posseïbilitat del cens i la servitud. Doncs bé, per als censos, el 565-3 a) primer i segon n'exclou la tradició. El primer, perquè és una reserva i no una transmissió, igual que el dret de redempció (art. 326.2 Comp.). El segon, perquè la Llei no considera la transmissió del dret al censalista una tradició, sinó una cessió de crèdit (ex art. 1526 CC; la diferència entre ambdues és en el Cod. 4-39-5 i 6 en matèria de venda d'herència: el comprador pot exercir immediatament els crèdits però no esdevé propietari de les coses fins a la tradició). La posseïbilitat del cens és insuficient per imposar la tradició. Això vol dir que en la constitució-transmissió del cens preval la seva estructura obligacional sobre la seva naturalesa real.

En canvi, en les servituds, la posseïbilitat fa aplicable la tradició. És el que resulta del 531-5 (equivalent a l'art. 1464 fin. CCesp, on “uso” es refereix precisament a les servituds, art. 1387 Proj. CC 1851 i comentari de Florencio García Goyena). És el Dig. 8-1-20: “...ego puto usum eius iuris pro traditione possessionis accipiendum esse”). La diferència entre ambdós drets és que el cens com a crèdit periòdic no té cap objecte sobre el qual atribueixi un “poder de fet”

ni al qual afecti materialment. Tampoc la possessió de les servituds no converteix en objecte seu la finca servent, però sí que l'afecta en quant en limita la possessió del titular.

El cens assenyala la divisòria dels drets no possessoris per a la transmissió dels quals ja no es necessita la tradició. El dret català preveu un sol acte típic de “transmissió”. És la *inter vivos* de la “cessió a una tercera persona” posterior a la constitució (art. 565-3 a) segon). L'altre cas és el llegat real constitutiu i es regeix per les seves regles (art. 253,2 CS).

2.2. Els “actes”

Atès que tractem de “transmetre i adquirir”, l’“acte” per excel·lència és l'acceptació de l'adquirent. Això ens mena als títols lucratius d'hereu (art. 16 CS) i de donació (art. 531-7). No al de llegat “d'eficàcia real” (art. 253,2 CS), perquè és atributiu de “ple dret” (art. 267,1 CS), el mateix que els títols fideïcomissaris (art. 235,2 CS), incloent-hi els d'hereu i de donació (art. 180,2 CS). Per tant, els títols de llegat i tots els lucratius fideïcomissaris són suficients per si mateixos.

Tanmateix, l'acceptació no és quelcom aliè o extern (“cal, a més”) al títol adquisitiu, sinó que l'integra. Així, en el títol d'hereu per institució (no per substitució), on l'acceptació és constitutiva del títol, atès que prèviament només es té l’“ius delationis” o “dret de succeir” (art. 19,3; 20,1 CS).

El mateix s'ha de dir de la donació si sota aquest nom únic destriem la donació negoci (art. 531-7) de la donació títol adquisitiu (preàmb. III, par. 5). La donació negoci dispositiu és unilateral del donant (art. 531-7: “acte pel qual els donants disposen...”) i el seu efecte immediat també és un dret a adquirir o delació (art. 532-21.4). Ho palesa que el donatari tingui l'alternativa d'acceptar (art. 537-7; 394 CS.) o repudiar i, sobretot, que la repudiació sigui un acte de disposició qualificada (art. 151.1 d); 212.1 c) CF art. 38.2 LF). La repudiació és l'acte extintiu del dret que el donatari adquireix per la voluntat unilateral del donant. Per la seva banda, l'acceptació de la delació la fa irrevocable, igual que el negoci unilateral de donació (art. 531-8), i atorga a aquest una nova qualitat: la de “títol adquisitiu”.

Hi ha altres “actes [...] que exigeixen les lleis” per consumir l'adquisició de drets reals i que, tanmateix, no integren títols sinó que executen facultats d'un determinat dret. Per això romanen fora de l'art. 531-1. Un cas és el dels drets d'adquisició. Siguin legals (art. 552-4; 561-10; 563-4), com l'exercici de les “opcions” legals de “fer seves” dels art. 42-5 a), -6 a), -7.1 a), sigui del fet de poder “adquirir” dels 542-17.1, -18.3, de l’“adjudicació” del 542-9.3 o voluntaris (art. 565-5.2; 568-1.1 a), b), c)). Un altre és el dret de retenció, on calen dos “actes” —la “decisió” del retinent i el “reconeixement” del deutor (569-5.3)— perquè neixi el dret de retenció, que és d'origen legal (569-3, -4). L'art. 531-1 inclou els drets d'adquisició i el dret de retenció.

2.3. Les “formalitats”

Les “formalitats” indiquen que el “títol adquisitiu” és negocial. L'art. 531-1 les presenta com la conducta de la seva “realització” i no com el resultat de la conducta, cosa que fa entendre que no cal la seva subsistència.

Els conceptes *forma* (art. 125,2 CS), *formalitat* (art. 125,1 CS) i *solemnitat* (art. 122,3 CS) freqüentment es barregen.

La forma està vinculada a la declaració de voluntat, ja que resulta del mitjà de declaració (art. 531-12.1.2; 565-4), sigui expressa (art. 22,1 CS), sigui oral (art. 531-8.1) o escrita (art.18 CS.) o tàcita per “*facta concludentia*” (art. 19; 22,2 CS). La forma pot referir-se al títol d’adquisició o als “actes” d’acceptació (art. 531-12.1, 2), cas en què l’alternativa “o” de l’art. 531-1 es converteix en copulativa. El que “estableixen les lleis” o exigència legal (el “necessàriament” dels art. 563-2.2; 564-3.2; 565-4; 567-2.1) depèn del tipus de títol i d’acte. L’exigència legal pot consistir en la forma escrita pública (art. 564-3.2; 565-4; 567-2.1) o privada (art. 563-2.2).

La formalitat o solemnitat pot ser “interna” (ex art. 125,3 CS a contr.) o externa. El primer cas és la predeterminació legal del contingut del negoci (art. 565-4; 568-6). El segon, quan consisteix en “actes” diferenciats de la declaració però que la llei exigeix per reforçar-la (el lliurament dels art. 531-8.1, -12.2). Entre aquests actes hi ha la documentació pública “*ad solemnitatem*” (art. 565-4; 567-2.1; 568-2.1; 569-13.3 i el dubte que resulta de la manca de coordinació entre l’art. 569-5.3 i els art. 569-6.3 fin. i -8.3b) i la inscripció constitutiva (art. 568-2.1). No pertanyen a l’art. 531-1 les formalitats que només són requisits d’oposabilitat de l’efecte, com la inscripció declarativa (art. 563-2.2; 564-3.3; 567-2.3; 569-10.3, -24.2).

III. 2a PART. EL “SISTEMA D’ADQUISICIÓ” FONAMENTAT EN LA POSSESSIÓ ADQUIRIDA PER TRADICIÓ

Com ja he dit més amunt (I.3), en el llibre cinquè hi ha tres supòsits de fet de l’efecte adquisitiu real que no entren en la categoria dels títols adquisitius del preàmb. III, par. 5. El més important és la tradició amb “*iusta causa traditionis*” (531-3). Els altres són l’adquisició de la possessió de bona fe de béns mobles a títol oneros i de bona fe (522-8.1.3) i la irreivindicabilitat (art. 544-2.1; també en l’art 64,4), en la mesura que pot ésser un mode indirecte de designar l’adquisició.

Els tres tenen en comú la possessió adquirida per tradició, que assoleix una força superior a la presumpció de l’art diferent dels títols d’adquisició (art. 522-1.1) i que ha de ser tractat independentment, ja que constitueix un segon sistema d’adquisició dels drets reals.

1. La tradició i les seves “justes causes” (art. 531-3)

Cal remarcar-ho per no considerar l’art. 531-3 com una repetició invertida de l’art. 531-1, partint de la tradició i remuntant-se al contracte obligacional (en l’ordre del ja vist Dig. 41-1-31: “*Numquam nuda traditio transfert dominium sed ita si venditio aut aliqua causa praecesserit propter quam traditio sequeretur*”). La tradició apareix com un fet insuficient per provocar l’efecte adquisitiu al qual cal el complement d’una “*iusta causa traditionis*”. Els “determinats contractes” indiquen aquest “acord causal” (més enllà de la contradicció entre Dig. 12-1-18, que el nega en cas de dissentiment sobre el títol, i 41-1-36, que l’admet si hi ha acord en l’efecte translatiu malgrat que es dissenteixi en el títol). En l’art. 531-3

poden ser tant obligacionals, “causa solvendi”, com reals, “quoad effectum” (ex art. 569-13.1 a), -24.1 b).

La funció d’aquestes causes es palesa en la idea que la “causa solvendi” basta per si mateixa per a l’efecte adquisitiu, sense que calgui la preexistència de l’obligació, com ho demostra el pagament de l’indegut (art. 1895 CCesp). A partir de la “causa solvendi” hi ha la tríada tradicional: “causae solvendi, credendi, donandi” (Dig. 36-1-67.4). Un cas de “causa donandi” seria la inversió de l’ordre de l’art. 531-12.2 començant per la tradició.

Tanmateix, la llista de causes de la tradició és oberta (Inst. 2-1-41: “Sed si quidem ex causa donationis aut dotis aut qualibet alia ex causa traduntur sine dubio transferuntur”). En el nostre dret, entre les nominades hi ha la “causa dotis” i els altres conceptes dotals (art. 32 Comp. 359, 2n CS.), les assignacions de llegítimes (art. 252,2; 359, 2n CS). Hi havia hagut la “mortis causa capio” (art. 217,2 Comp. der.), definida genèricament a Dig. 39-6-31: “Mortis causa capitur, cum propter mortis alicuius capiendi occasio obvenit exceptis his capiendis figuris, quae proprio nomine appellantur” (també -21 i -31.2). En són exemples la contraprestació per repudiar l’herència perquè pervingui al substitut o a l’hereu intestat, el que es rep com a conseqüència del compliment d’una condició potestativa (Dig. 39-6-8, el darrer cas també a -31.1) i el que es rep per adir una herència (Dig. 39-6-21).

Les “causes de tradició” no han de limitar-se necessàriament a la propietat. En el llibre cinquè hi ha l’argument a favor de la penyora o de l’anticresi, invertint l’ordre dels art. 569-13.1a), -24.1b). En el CC supletori del dret català, la transacció és una “iusta causa traditionis” (art. 1809 “dando”, Dig. 12-6-65.1: “Et quidem quod transactionis nomine datur [...] non repetitur; nam si lis fuit, hoc ipsum, quod a lite disceditur, causa videtur esse”).

L’Inst. 1-1-40 indica que la necessitat de la causa és un producte del dret civil, ja que en realitat bastaria la voluntat transmissiva del senyor (“Per traditionem quoque iure naturali res nobis adquiruntur, nihil enim tam coveniens est naturali aequitati quam voluntatem domini volentis rem suam in alium transferre, ratam habere”). Per això, la funció de les “causes” en la tradició és, com en el contracte, la limitació de l’autonomia de la voluntat. Per a la transmissió del dret real possessori o de servitud no basta voler-la ni la tradició. Cal expressar una “causa” que la justifiqui.

2. L’adquisició de la possessió de bona fe de béns mobles a títol onerós i de bona fe (art. 522-8.1.3)

Les lleis anteriors al llibre cinquè van iniciar la tendència que l’adquisició “a non domino” onerosa i de bona fe protegís l’adquirent contra el titular efectiu, independentment de la via triada: irrevindicabilitat de la cosa (art. 64,4 CS.) o inimpugnabilitat del negoci (art. 9.3; 60.2 CF art. 11.3; 28.3 LUEP), que, en realitat, és vàlid però ineficaç per manca de poder de disposició. La regla s’aplica als béns immobles (art. 9.3 CF.11.3; 28.3 LUEP).

El llibre cinquè ha generalitzat (art. 522-8.1.3) aquesta normativa a la manca de poder de disposició en general i a tots els béns mobles. A més, l’ha situada en

la possessió. Ho ha fet establint una regla adquisitiva (art. 522-8.1), una excepció (art. 522-8.3 pr.) i una exclusió de l'excepció (art. 522-8.3).

2.1. *El supòsit de fet bàsic (art. 522-8.1)*

Es defineix per la seva aptitud per a l'adquisició de drets reals, ja que si “comporta l'adquisició encara que” manqui “el poder de disposició suficient”, vol dir que amb més motiu si hi ha aquest poder. Per tant, comprèn el títol adquisitiu (art. 531-1 preàmb. III par. 5), la tradició amb causa (art. 531-3) i una adquisició de la possessió en el concepte del dret real, en què no es precisa si és per tradició (“cessió voluntària”, art. 521-8.1 a) o unilateral (art. 6 CS). Ho resol el -8.2, que parla de “transmetre el bé”. La presència de tradició indica que l'art. 522.8.1 es refereix als drets reals susceptibles de la tradició: els possessoris i les servituds.

Aquest supòsit de fet és eficaç. Això pressuposa que els títols o eren suficients o s'han complementat (art. 531-1) i que la tradició s'ha justificat amb la causa (art. 531-1, -3). Igualment, que tots els actes realitzats, són vàlids. També que la possessió s'ha adquirit, cosa que exclou les coses fora de comerç (art. 521-8 d).

En el cas de títols derivatius i de la tradició adquisitiva, també pressuposa que el transmissor tingui poder de disposició sobre el dret.

2.2. *La regla adquisitiva*

Estableix que el supòsit de fet anterior continua sent eficaç encara que se li exclouï el poder de disposició del transmissor (“encara que els posseïdors anteriors no tinguessin poder de disposició suficient”). Per tant, se situa en els títols derivatius (art. 522-8.2, “transmetre el bé”). Sent la legitimació dispositiva l'únic factor que s'exclou, s'ha de pressuposar que existeixen tots els altres elements que componen el supòsit de fet adquisitiu. Ho reforça que el poder de disposició sigui una legitimació personal, externa al supòsit de fet en abstracte, la manca de la qual afecta la seva eficàcia però no la seva validesa.

La manca de poder de disposició pot resultar de no tenir la titularitat del dret (Dig. 50-17-54: “Nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet”) o del fet que no se li hagi atribuït malgrat no tenir-la (art. 145; 151; 212 CF). Aquesta manca de poder és diferent de tenir-lo però no tenir la capacitat per exercir-lo (els fills no emancipats, art.159 CF a contr.); en aquest cas, l'acte és invàlid. L'art. 522-8.1.2.3 es limita a la manca de poder; el -8.1.2 el considera subjectivament o respecte del transmissor, i el -8.3, objectivament com un vici real de la cosa.

L'art. 522-8.1 resol la polèmica sobre l'aplicabilitat en el dret català de l'art. 464,1 CCesp (rebutjada per JOAQUÍN VIOLA SAURET: “Los problemas registrales de la hipoteca mobiliaria y de la prenda sin desplazamiento a través de los principios”. AAMN.XI.1961, pàg. 423) o bé del brocard “ubi rem meam invenio ibi vindico”. I ho fa amb més decisió perquè no se situa en el títol per equivalència (ex art. 2279 CCfr) sense aclarir-ne l'eficàcia, sinó que l'estableix directament (art. 522-8.1, “comporta l'adquisició”). I també ho fa amb més extensió perquè no es limita a la propietat (malgrat el -8.3), sinó que és general.

L'eficàcia directa imposa identificar el dret adquirit. L'art. 522-8.1 ho fa acudint al concepte possessor i a la seva designació del dret possessor. Encara que

literalment inclou els drets reals i personals (arrendament, comodat, dipòsit), la sistemàtica imposa limitar-la als primers. El dret no és solament el de propietat a què sembla referir-se el “bé moble”, sinó tots els drets reals possessoris. Els drets no possessoris però posseïbles en queden exclosos perquè són immobles (cens, servitud).

L'art. 522-8.1 també permet reinterpretar la irreivindicabilitat general de l'art. 64,4 CS en matèria de mobles, considerant-la directament com un cas d'adquisició.

2.3. *L'excepció*

L'art. 522-8.3 pr. exceptua l'efecte adquisitiu del -8.1 quan el bé moble és “perdut, furtat, robat o apropiat indegudament”. Són vicis jurídics reals o inherents al bé que no esborren ni la possessió del-8.1 ni qualsevol d'ulterior (“possessió efectiva”). El primer vici és civil —el preveuen els art. 521-8c) i -6.3). Els altres tres tenen origen en un il·lícit penal (art. 531-27.2; art. 234; 237; 252 CP) i el darrer és la inversió unilateral del concepte possessorí rebut en contra de la presumpció de l'art. 521-6.1 (i de la regla “nemo sibi causam possessionis mutare potest” del Dig. 41-2-3.19 i 19.1). Aquests vicis, en el cas del -8.3, ja existeixen quan la cosa arriba al transmissent.

En relació amb els tres darrers, es manté el principi del dret romà que la “res furtiva” era inusucapible àdhuc si s'adquiria de bona fe de qui no fos el lladre o els seus successors (Dig. 41-3-4.6, que estableix l'abast de la regla: “Res furtiva non usucapiatur nisi in potestate eius cui subrepta est revertitur”). El que ha fet el llibre cinquè és especificar penalment el vici: el furt o sostracció “sense” la voluntat del posseïdor (art. 234 CP); el robatori qualificat per la força sobre les coses intermèdies o la “vis” sobre les persones (art. 237 CP), i l'apropiació indeguda (art. 251 CP) o la inversió unilateral del concepte possessorí. I establir els seus efectes: l'originari de la inusucapibilitat (art. 531-27.2) i l'afegit de la no-adquisició del dret real (art. 522-8.3 pr.), la qual cosa pressuposa que el transmetent no en té el poder de disposició (art. 521-8.1).

El 8.3 estableix l'excepció mitjançant la subsistència de la propietat i de l'acció reivindicatòria (“els propietaris poden reivindicar”), però s'ha d'estendre als altres drets reals que es puguin adquirir pel -8.1.

La relació entre la regla del -8.1, la manca de poder de disposició del transmissent, i l'excepció del -8.3, que en són altres causes objectives, mostra que el -8.1 excedeix el -8.3 en dos casos. L'un, el del veritable titular sense capacitat plena d'obrar o sense poder de disposició (vgr. de cosa amb prohibició de disposar, art. 166 CS, o fideïcomesa, art. 217 CS a contr.). L'altre, el del no-titular que de bona fe justificada considera que ho és (art. 521-7.1) i transmet un dret real que no té. La seva inversió possessòria de bona fe exclou la figura penal de l'apropiació indeguda.

2.4. *L'exclusió de l'excepció (art. 522-8.3 fin.)*

Són l'adquisició en subhasta pública i de comerciant dedicat a la venda dels mateixos objectes o “semblants” i en el seu establiment. Llavors, -8.3 manté el “comporta l'adquisició” del -8.1.

La subhasta pública (art. 321,2 Comp.) és una ampliació de l'art. 464,4 CCesp. La "publicitat" té el doble sentit de direcció per funcionari públic, jutge (art. 1459,1 CCesp) o notari (art. 569-7.2,-8.3,-20.4), i de publicitat (el sentit de "pública subasta" dels art. 615,3; 1062,2; 1493; 1872 CCesp). La regla té un precedent en el cap. 24 dels Costums de Barcelona, anomenats "Recognoverunt Proceres" (de les primeres paraules del cap. I. Privilegi de Pere II el 1283; també en el cap. 25 21 dels Costums de Perpinyà, Jaume II, 1276), que feia irreivindicables les compres fetes públicament mitjançant corredor públic si el propietari no tornava el preu al comprador. (El procediment de subhasta l'expliquen, entre d'altres, RAMÓN DE LÁZARO DE DOU a *Instituciones del derecho público general de España con noticia del particular de Cataluña*", VI, pàg. 319 i seq., i PEDRO NOLASCO VIVES Y CEBRIÀ en la Nota (1) a les CaDCat., vol. I, llibre, tít. 10 en la seva *Traducción al castellano de los Usages...*, 1862, vol. III, pàg. 60).

Pel que fa a l'exclusió de la venda en comerç dedicat a la venda de coses "semblants", el manteniment del "comporta l'adquisició" du el -8.3, igual que l'art. 464,4 CCesp, a la tesi adquisitiva de l'art. 85 CCom o "causará prescripción de derecho a favor del comprador". És una expressió que significa "prescripción instantánea" (com diu en relació amb l'art. 554, 3r CCom, l'exp. mot. del projecte de CCom presentat per M. Alonso Martínez al Congrés de Diputats el 8-III-1882). I que té l'avantatge de no qüestionar el sistema adquisitiu general, com ho hauria estat el fet d'atribuir l'adquisició a la compravenda.

S'ha de remarcar que l'art. 85 CCom exclou el sanejament de l'art. 345 CCom ("En toda venta mercantil"), que és un argument a favor del caràcter no mercantil de la compra de l'art. 85 ("La compra de mercaderías en almacenes o tiendas abiertas al público"). Tanmateix, l'esmentada exp. mot. refereix l'art. 345 a "las ventas verificadas fuera de dichos establecimientos, con arreglo al Derecho común". El -8.3 no esmenta com a excloent l'adquisició en fira o mercat (que sí que fa l'art. 464,4 CCesp).

3. La irreivindicabilitat (art. 544-2.1)

Es tracta de la mera irreivindicabilitat sense afegir-hi l'adquisició de propietat (art. 64,4 CS). Això exclou l'art. 522-8.3 fin., perquè manté la regla adquisitiva del -8.1 i l'art. 542-22.5 c) perquè pertany a l'"ocupació", que és un títol exclusiu propietat (cap. II del tít. III). En resta com a exemple l'art. 64,4 CS per als immobles.

La irreivindicabilitat es pot considerar com un mode indirecte de designar l'adquisició o bé en sentit estricte. En favor del segon, hi ha la correspondència entre reivindicabilitat i manteniment de la propietat (art. 241 CS) i entre nova adquisició de la propietat i irreivindicabilitat (art. 242.1 CS). Però l'argument més important és l'art. 544-2.1, que considera la "irreivindicabilitat" com una qualitat jurídica de la cosa que la fa no restituïble, malgrat que el posseïdor no en sigui el propietari. Segons l'art. 544-2.1, la "irreivindicabilitat" no es palesa en la inexistència de l'acció reivindicatòria, sinó en una excepció del posseïdor que li permet retenir la cosa i excloure la condemna a restituir. En aquesta situació de "dominium sine re", la subsistència de la reivindicatòria permet al propietari

reclamar els altres efectes de la seva propietat, fonamentalment la declaració judicial del seu dret (art. 121-2), l'oposició judicial a la usucapió (art. 531-25.1c) i el reconeixement del seu dret (531-25.1d). En aquests dos casos, interrompent la possessió *ad usucapionem*. Atès que la usucapió i la nova propietat extingeixen la reivindicatòria (art. 544-3), el resultat és la perpetuació del "dominium sine re", excloent l'efectivitat de l'art. 541-1, i de la "possessio sine dominio", excloent permanentment l'art. 522-1.1.

L'ACCESSIÓ IMMOBILIÀRIA EN EL LLIBRE CINQUÈ DEL CODI CIVIL DE CATALUNYA

JOAN MARSAL GUILLAMET¹

PROFESSOR TITULAR DE DRET CIVIL
UNIVERSITAT DE BARCELONA

SUMARI

I. Introducció.....	101
II. El supòsit de fet de l'accessió: la incorporació.....	103
III. L'accessió com a "títol adquisitiu exclusiu de la propietat" i com a regla de solució de conflictes entre propietaris.....	105
IV. Les classes d'accessió.....	106
V. Els principis de la regulació.....	107
1. La protecció de l'interès del titular del bé principal.....	107
2. La bona o mala fe dels subjectes.....	108
VI. Les plantacions i els conreus en sòl aliè.....	110
1. Amb bona fe de l'incorporador.....	111
2. Amb mala fe de l'incorporador.....	112
VII. Les construccions en sòl aliè.....	112
1. Amb bona fe del constructor.....	113
2. Amb mala fe del constructor.....	114
3. Amb mala fe del propietari del sòl.....	115
VIII. La incorporació amb materials aliens.....	115
IX. L'aplicació retroactiva de la nova regulació.....	116

I. INTRODUCCIÓ

La Compilació del Dret civil de Catalunya regulava, en l'art. 278, l'accessió immobiliària. Aquest article fou derogat per la Llei 25/2001, de 31 de desembre, de l'accessió i l'ocupació (LAO), que regula l'accessió en el capítol I. El Projecte de llei de segona llei del Codi civil de Catalunya incorporava sense modificacions la regulació de la LAO.² Com es sabut, el Projecte va decaure en esgotar-se la sisena legislatura.³

¹ jmarsal@ub.edu. L'autor pertany al grup de recerca consolidat 2005 SGR00759 i el treball s'emmarca dins del projecte d'investigació SEJ 2005-08987; ambdós tenen com a investigador principal el Dr. Ferran Badosa Coll.

² BOPC VI, núm. 451, de 30 juliol 2004. En el §.27 EM es deia que "el capítol corresponent als títols adquisitius exclusius del dret de propietat s'ha limitat a incorporar, sistemàticament, el text de la Llei 25/2001 en allò relatiu, d'una banda, a l'accessió i les seves modalitats i, de l'altra, a l'ocupació".

³ Durant la setena legislatura, el GP de Convergència i Unió va presentar una proposició de llei de la segona llei del Codi civil de Catalunya (publicada al BOPC VII núm. 9, de 26 gener

Mitjançant l'edict de 13 de maig de 2005, el Departament de Justícia va sotmetre a exposició pública l'avantprojecte de llei que aprova el llibre cinquè del Codi civil de Catalunya, relatiu als drets reals. El 26 de juliol el Govern aprovà el Projecte de llei del llibre cinquè del Codi civil de Catalunya (PLLC, publicat al BOPC núm. 216, de 5.9.2006). El 20 d'abril de 2006 el Ple del Parlament va aprovar la que ha esdevingut la Llei 5/2006, de 10 de maig, del llibre cinquè del Codi civil de Catalunya, relatiu als drets reals (DOGC 4640, de 24.5.2006). Només cinc anys després de l'aprovació de la LAO la regulació de l'accessió torna a experimentar canvis substancials que es justifiquen com una "simplificació notable" del text de la LAO.⁴

Al llarg de la ponència s'exposarà amb detall la nova regulació. En aquest moment, però, podem destacar els canvis més rellevants.

L'art. 278 CDCC preveia una solució única per al conflicte d'interessos entre l'incorporador i el titular del bé que ha rebut la incorporació: l'adquisició per aquest darrer de la incorporació. La LAO va introduir un marge a l'autonomia de la voluntat del propietari del sòl. D'aquesta manera, malgrat el que es proclamava en el preàmbul,⁵ la LAO convergia cap al Codi civil espanyol, tot i que les solucions no eren idèntiques. La regulació continguda en el llibre cinquè CCcat segueix i àdhuc accentua aquesta mateixa línia.

L'art. 278 CDCC només regulava —parcialment— l'accessió immobiliària. A la LAO es va distingir entre l'accessió immobiliària i la mobiliària. Dins de la immobiliària, s'hi regulaven separatament les plantacions i conreus de llarga durada (art. 5, 10.1, 11.1), les plantacions i conreus de curta durada (art. 6, 10.1, 11.2) i les construccions. Quant a aquestes, es distingia entre les realitzades exclusivament en finca aliena (art. 7, 10.1, 11.3) i les construccions extralimitades (art. 8, 9, 10.2.3, 11.3), matèria en què es va positivar la doctrina jurisprudencial del Tribunal Suprem, assumida íntegrament pel TSJC.⁶ En canvi, en el llibre

2004), on no es regulava l'accessió perquè s'assumia íntegrament la LAO. En aquest sentit, la DF primera de la proposició autoritzava el Govern a aprovar un text refós que incorporés al llibre cinquè les diferents lleis de dret patrimonial vigents en acabar-se la sisena legislatura, entre aquestes la LAO. El Ple del Parlament va votar no prendre-la en consideració (BOPC VII, núm. 26, d'1 març 2004).

⁴ § III.8 preàmbul: "[...] el títol IV regula els títols adquisitius exclusius del dret de propietat, amb una simplificació notable del text de la Llei 25/2001, del 31 de desembre, de l'accessió i l'ocupació [...]". Per a una anàlisi de l'evolució legislativa, vegeu MARSAL GUILLAMET, Joan: "L'accessió: de la Compilació al llibre cinquè del Codi civil de Catalunya per la via de la Llei 25/2001, de 31 de desembre, de l'accessió i l'ocupació", *Revista Catalana de Dret Privat*, 6 (2006), pàg. 9-51.

⁵ § IV: "L'aplicació supletòria del Codi civil ha fet que en molts supòsits no s'hagin aplicat els principis tradicionals del dret català."

⁶ STSJC 22.7.1991 (RJ 1992\3905) FD 6: "[...] en las llamadas «construcciones extralimitadas». En estos supuestos el principio de «superficie solo cedit» se sustituye por el de «accessorium sequitur principale», atribuyendo la calidad de principal a lo construido cuando su importancia y valor superan al de la parte del suelo, como indica la STS 15-6-1981. [...] Esta doctrina aplicada para los casos de edificación parcial de buena fe en suelo ajeno, tanto en territorios de aplicación directa del Código Civil como en Cataluña, justifica la decisión tomada por la sentencia recurrida «si lo edificado se construyó en parte sobre terrenos propios del edificante» teniendo, en este caso, el dueño de lo edificado derecho a adquirir la parte invadida mediante el pago de su precio y la justa compensación a que se alude en el punto d) antes referido".

cinquè CCcat s'unifica el règim de les construccions en finca aliena quan l'incorporador és de bona fe,⁷ amb independència que siguin conseqüència o no d'una extralimitació (art. 542-7 i 542-9).⁸

Malgrat la referida simplificació, cal destacar que en el llibre cinquè CCcat també s'hi regula la liquidació d'una situació possessòria vençuda per qui té millor dret a posseir (art. 522-2 al 522-5; art. 569-4.c) CCcat). En pràcticament tots els casos, la persona que ha incorporat béns en una finca aliena ha realitzat una despesa útil en aquesta,⁹ per la qual cosa estem davant d'una dualitat de regulacions: la general, que atribueix a qui ha fet les despeses el dret a rescabalar-se, i l'especial, que segons els casos atribueix al propietari del sòl o a l'incorporador la facultat d'esdevenir propietari únic del sòl i d'allò que s'hi ha incorporat. Per això és molt important establir quin és el supòsit de l'accessió.¹⁰

II. EL SUPÒSIT DE FET DE L'ACCESSIÓ: LA INCORPORACIÓ

Quan dos béns s'uneixen inseparablement pot resultar-ne una cosa nova o bé que una desaparegui incorporada en l'altra. Això succeeix amb independència del subjecte a qui pertanyin els béns originaris, tot i que és evident que només sorgeix un conflicte jurídic quan la titularitat sobre aquests no correspon a la mateixa persona.

Si com a conseqüència de la unió en resulta una nova cosa, o una barreja que no permet destriar-les, la solució per la qual s'opta és atribuir la cotitularitat del bé resultant als titulars dels béns inicialment autònoms. Aquest supòsit no és el de l'accessió, tot i que estigui previst a l'art. 542-18 CCcat (prèviament, art. 22 LAO) com un cas d'accessió mobiliària.

La incorporació té lloc quan una cosa (accessòria) queda unida de manera definitiva a una altra (principal). Com a conseqüència de la incorporació, la cosa accessòria perd la condició de bé (art. 511-1.2 CCcat) i, si s'ha incorporat a un immoble, adquireix aquesta condició (art. 511-2.2.c CCcat). El propietari de la cosa principal adquireix per accessió el que s'ha incorporat a l'objecte originari

⁷ Quan qui efectua la incorporació és de mala fe, es distingeix entre les construccions extralimitades (art. 542-11.2) de les fetes exclusivament en finca aliena (art. 542-11.1).

⁸ El text d'aquests articles coincideix substancialment amb el dels art. 542-7 i 542-8 de l'avantprojecte sotmès a informació pública mitjançant l'edicta de 13 de maig de 2005. La diferència entre ambdós documents (inspirats en la regulació de la construcció extralimitada dels art. 8 i 9 LAO) és que a l'avantprojecte la rúbrica dels articles era "construcció extralimitada..." mentre que en el PLLC va esdevenir "construcció en sòl aliè...", que es conserva en el text aprovat.

⁹ NAVAS NAVARRO, Susana: "La accesión industrial (especial atención al derecho catalán)", *Anuario de Derecho Civil*, 1995, pàg. 86-162, pàg. 126.

¹⁰ Que els supòsits d'accessió immobiliària també es puguin considerar despeses útils en la finca és quelcom que també succeeix en la regulació del Codi civil espanyol. Tanmateix, com que allí la regulació és substancialment coincident, aquesta dualitat no és gaire rellevant.

(art. 542-3, 542-15 CCcat; prèviament, art. 1, 3, 18 LAO). Alhora, la desaparició de l'objecte incorporat comporta l'extinció de tots els drets reals que existissin sobre ell (art. 532-2.1 CCcat).¹¹ De la bona o mala fe de qui n'havia estat el propietari (que pot ser o no l'incorporador) en dependrà la seva indemnitat econòmica o que la pèrdua jurídica sigui també econòmica.

El conflicte d'interessos inherent a l'accessió pressuposa la inexistència d'una relació jurídica entre qui ha realitzat la incorporació i el propietari de la cosa principal. Qui ha realitzat la incorporació actuava com a propietari (o superficiari) de la cosa principal i ha estat vençut en la possessió pel veritable propietari d'aquesta,¹² ja sigui perquè el títol era originàriament ineficaç, ja sigui per la resolució d'un títol inicialment vàlid i eficaç.¹³

L'accessió no és el mecanisme jurídic adient per resoldre els conflictes que puguin sorgir en un contracte d'arrendament d'obra¹⁴ o en la liquidació de qualsevol situació possessòria legítima derivada d'una relació jurídica entre l'incorporador i el propietari del bé, ja sigui obligacional (per exemple, arrendament de cosa, precari) o real (per exemple, dret d'usdefruit, propietat gravada, ja per un fideïcomís o per un dret de redimir). Tanmateix, els operadors jurídics han recorregut sovint a l'art. 278 CDCC en supòsits que no són d'accessió, sinó de liquidació de millores, amb la finalitat d'obtenir el reconeixement per part dels tribunals d'una garantia que assegurí el cobrament del seu dret de crèdit davant del propietari: el dret de retenció. I en molts casos els tribunals els l'han reconegut, en sentències en què preval la solució de justícia material, normalment en conflictes en què les parts estaven vinculades per relacions de parentiu.¹⁵ Cal

¹¹ La SAPB (S.16) 29.11.2000 (JUR 2001\110229) va establir que no es podien embargar el material elèctric i altres elements d'obra incorporats a un immoble, perquè aquests havien adquirit la condició d'immoble. Semblantment, la SAPB (S.16) 21.3.2005 (JUR 115397) va desestimar la incorporació a la massa de la fallida dels materials que el fallit (empresa constructora) havia incorporat a una finca aliena com a conseqüència d'un contracte d'arrendament d'obra: la Sala considera que el propietari del terreny els havia adquirit des de la incorporació.

¹² PUIG FERRIOL, L., a PUIG FERRIOL, L., ROCA TRIAS, E.: *Institucions de dret civil de Catalunya*, vol. I, Tirant lo Blanch, València, 1998 (5a ed.), pàg. 256.

¹³ Aquest és el supòsit de l'art. 8.1 L 23/2001, de 31 de desembre, de cessió de finca o d'edificabilitat a canvi de construcció futura.

¹⁴ Cal tenir en compte que el dret català atribueix al constructor individual o empresa constructora un dret de retenció en garantia de la retribució de la seva activitat, si prèviament hi ha hagut un acord exprés entre les parts i l'activitat s'adequa al pacte (art. 569-4.d) CCcat i, prèviament —tot i que amb menys detall—, art. 5.c) LDRG).

¹⁵ A la STSJC 25.10.1993 (RJ 10194) es va afirmar que l'art. 278 CDCC no era aplicable a la reclamació de les despeses útils realitzades en unes finques, perquè no es tractava d'un cas d'accessió sinó de pèrdua de la possessió (FD cinquè); a la 9.12.2002 (RJ 2003\3218), que les normes d'accessió no eren aplicables a la liquidació de les millores fetes per un arrendatari de finques rústiques; a la de 22.1.2004 (RJ 1037), que l'art. 278 CDCC no era aplicable a les millores fetes pel fiduciari durant 30 anys en les finques fideïcomeses. Tanmateix, a la STSJC 19.2.2004 (RJ 1039) s'han considerat com a supòsit d'accessió les reformes realitzades en un edifici. En el mateix sentit, a la SAPB (sec. 1a) 9.3.2004 (JUR 122486) s'afirma que "entenem que l'article 278 de la Compilació catalana atribueix el dret de retenció tant al que edifica

suposar que en el futur s'invocarà per a casos semblants la regulació prevista per a la liquidació de despeses possessòries en l'art. 522-4 CCcat, crèdit que pot estar garantit amb un dret de retenció (art. 569-4.a) CCcat).¹⁶

III. L'ACCESSIÓ COM A “TÍTOL ADQUISITIU EXCLUSIU DE LA PROPIETAT” I COM A REGLA DE SOLUCIÓ DE CONFLICTES ENTRE PROPIETARIS

Si es confronten l'art. 1 LAO i l'art. 542-1.1 CCcat hom observa una diferència substancial: a l'art. 1 LAO, l'accessió era un efecte automàtic del dret de propietat, perquè l'adquisició pel propietari del bé principal es produïa des de la incorporació, i amb independència de la seva voluntat. En canvi, a l'art. 542-1.1 CCcat, l'adquisició es presenta com un veritable títol adquisitiu dependent de la voluntat del propietari del bé que ha rebut la incorporació. Ho reblaria la regulació de l'accessió immobiliària, atès que en els art. 542-5, 542-6, 542-7 i 542-9 la facultat d'adquirir el bé accessori incorporat és només una de les dues opcions que la llei atribueix al propietari del bé principal. Certament, l'exercici de l'opció només té sentit quan la incorporació no s'ha fet a càrrec del propietari del bé principal, perquè en aquest cas l'adquisició és automàtica (art. 542-3, 542-4 CCcat).

Si s'interpreten literalment els art. 542-1.1, 542-5, 542-6, 542-7 i 542-9 CCcat, l'adquisició del bé accessori només es produiria com a conseqüència de l'exercici d'un poder de configuració jurídica del propietari del bé principal en un determinat sentit. Això significa que, fins a aquest moment, la titularitat de la construcció, la plantació o el conreu haurien de pertànyer a una persona diferent del propietari del sòl, la qual cosa no s'adiu amb la regulació dels béns en el CCcat (art. 511-2.2.c). Tampoc no casa amb la del dret de superfície, dret real limitat que permet mantenir temporalment separades la propietat de construccions i de plantacions de la del terreny o sòl en què es fa (art. 564-1 CCcat), atès que el dret de superfície ha de constar necessàriament en escriptura pública (art. 564-3.2 CCcat). A més, cal tenir en compte que, a diferència de la LAO,¹⁷ en cap cas el CCcat no considera l'autor de la incorporació com a propietari de la plantació, del conreu o de la construcció. Tots aquests arguments tenen suficient

en sòl aliè, com al que fa obres de millora a l'edifici construït pel propietari del terreny”, tot i que en el cas no es declarés l'existència del dret de retenció perquè qui el reclamava havia deixat de posseir l'immoble.

Sobre aquesta qüestió vegeu NAVAS NAVARRO, Susana: “Vivienda familiar y accesión. Comentario a la STSJ 28.12.1993”, *La Llei de Catalunya i de Balears*, 1994-2, pàg. 733-742, 737-738, i MARSAL GUILLAMET, Joan: “L'accessió en la jurisprudència del TSJC durant 2004”, *Indret*, 2005\3, núm. 294.

¹⁶ Abans de l'entrada en vigor del llibre cinquè, la garantia pel crèdit ja es trobava en el dret de retenció que atribueix als crèdits per despeses necessàries i útils en la cosa l'art. 5.a LDRG.

¹⁷ Al l'art. 9.2 LAO s'al·ludia a persona propietària del sòl i persona propietària de la construcció, com a conseqüència de la traducció a llenguatge políticament correcte.

pes per defensar que la regla general en matèria d'accessió no es troba en l'art. 542-1.1 CCcat, sinó en el 542-3, i que el dret d'opció que s'atribueix al propietari del bé principal no és altra cosa que una facultat per evitar la consolidació de l'adquisició, que li podria comportar un quantios desemborsament.¹⁸

IV. LES CLASSES D'ACCESSIÓ

Semblantment a la LAO, en el llibre cinquè CCcat es classifiquen les accessions a partir de dos criteris. El principal és el caràcter immoble o moble del bé que rebia la incorporació. A partir d'aquest criteri, l'accessió pot ser immobiliària o mobiliària. El segon criteri classificador resulta de la intervenció de la voluntat humana en la incorporació (art. 542-1.2, 542-15 CCcat). Si ha existit, l'accessió és artificial o industrial; altrament, l'accessió és natural.

La LAO només tenia en compte l'accessió natural mobiliària (“d’una manera casual”, art. 22). Per a la immobiliària, els autors de l'avantprojecte varen renunciar a regular-la “*atesa la normativa de dret públic en matèria de domini públic hidràulic*”,¹⁹ per la qual cosa l'art. 2 LAO es remetia a la legislació específica, que deixava subsistent. Certament, la Llei estatal d'aigües (art. 8 RDLeg 1/2001, de 20 de juliol) considera com a domini públic hidràulic les lleres dels rius, però es remet a la “legislació civil” per regular les eventuais modificacions que per causes naturals s’hi puguin produir (art. 8). “Legislació civil” no s’ha d’interpretar necessàriament com a Codi civil, sinó com la legislació civil del territori on per causes naturals s’ha modificat la llera del riu. A Catalunya, per remissió del legislador català, s’aplicaven directament els art. 370, 372, 374 CCesp. En canvi, el silenci sí que es troba justificat en allò que afecta el domini públic maritimoterrestre estatal, dins del qual la Llei estatal de costes (Llei 22/1988, de 28 de juliol) inclou qualsevol incorporació que es produeixi de manera natural a la riba marítima (art. 4.1), així com els illots que puguin aparèixer en aigües interiors o en el mar territorial (art. 4.6; 5) o en els rius fins allà on siguin sensibles les mareas (art. 5).²⁰

En aquest aspecte el llibre cinquè CCcat no ha alterat substancialment la LAO. Es preveu únicament l'accessió natural mobiliària a l'art. 542-18, i per a l'accessió natural immobiliària continua la remissió a la “legislació especial” en l'art. 542-2 CCcat. L'única novetat formalment rellevant consisteix a considerar les disposicions de l'accessió en el CCcat com a dret supletori de la legislació especial, la qual cosa només es pot referir a les modificacions de les lleres dels rius, perquè —com s’ha vist— el domini públic maritimoterrestre és de competència estatal.

¹⁸ Per a la LAO, MARSAL GUILLAMET, Joan, a COLEGIO DE REGISTRADORES (coord.), *Comentarios de derecho patrimonial catalán*, Ed. Bosch, Barcelona, 2005, pàg. 824.

¹⁹ OBSERVATORI DEL DRET PRIVAT DE CATALUNYA, Secció de Dret Patrimonial, *Treballs preparatoris del llibre cinquè del Codi civil de Catalunya*. “Els drets reals”, Departament de Justícia i Interior, Lleida, 2003, pàg. 100.

²⁰ MARSAL GUILLAMET, Joan, a COLEGIO DE REGISTRADORES (coord.), *Comentarios...*, cit., p. 826-827.

Una altra qüestió és si a partir de la regulació de l'accessió natural mobiliària o de l'accessió artificial immobiliària en el CCcat es pot atribuir la titularitat d'una llera de riu abandonada per causes naturals o caldrà acudir al supletori de la llei general.

V. ELS PRINCIPIS DE LA REGULACIÓ

La regulació de l'accessió s'ha basat tradicionalment en la conjunció de dos principis: l'atribució de la propietat al titular del bé principal (*accessorium sequitur principale*) i la indemnitat o no del perjudicat per la incorporació segons la seva bona o mala fe. El legislador de la LAO els va explicitar en el § 6 del preàmbul.

Aquests principis també inspiren la regulació del CCcat. Tanmateix, els resultats són sensiblement diferents atès que en la construcció en finca aliena es canvia radicalment el criteri per determinar quin dels béns és el principal. A més, la mala fe del propietari del sòl envaït ha esdevingut irrellevant, quan qui fa la incorporació actua de bona fe.²¹

1. La protecció de l'interès del titular del bé principal

Tant a la CDCC com a la LAO, el sòl tenia la consideració de bé principal, tot i que a la LAO hi havia una excepció en el cas d'algunes construccions extralimitades. En el CCcat, el sòl té sempre la consideració de bé principal si allò que s'hi incorpora són plantacions o conreus. En canvi, si la incorporació és una construcció, sempre que l'incorporador hagi actuat de bona fe (art. 542-7, 542-9), el bé principal serà l'edificació o el sòl envaït segons el valor de l'una i l'altre. Atès que la construcció és el resultat d'un procés industrial, la solució del conflicte esdevé mòbil, perquè, si el conflicte d'interessos es detecta en la fase inicial del procés constructiu, el bé amb valor superior serà sempre el sòl, mentre que, si es produeix en la fase final, pot ser l'edifici. En aquest darrer cas, el conflicte d'interessos es resol provocant la transmissió forçosa de la finca envaïda a l'incorporador en finca aliena.

L'art. 278 CDCC preveia una solució única per al conflicte d'interessos entre l'incorporador i el titular del bé principal: l'adquisició per aquest darrer de la incorporació. La LAO va introduir un marge a l'autonomia de la voluntat del propietari del sòl, en atribuir-li la facultat d'evitar haver d'indemnitzar l'incorporador obligant-lo a comprar-li la finca (construccions) o establir una relació arrendatícia forçosa (plantacions i conreus). En el llibre cinquè CCcat el titular de la finca envaïda podrà optar entre adquirir l'accessori o obligar l'incorporador a reposar la finca a l'estat anterior (en les plantacions, art. 542-5 CCcat), o a establir una relació arrendatícia forçosa (en els conreus, art. 542-6 CCcat). Si la incorporació consisteix en una construcció, aquell que ha fet una inversió superior sobre el bé té la facultat de provocar la transmissió forçosa de la finca envaïda (art. 542-7 i 542-9).

²¹ En el CCcat no existeix un equivalent a l'art. 11 LAO.

Deixar la resolució del conflicte d'interessos en mans de qui hi té un major interès econòmic mereix una valoració positiva si en el futur la regulació de l'accessió l'apliquen els operadors jurídics exclusivament a supòsits d'accessió²² i no als de liquidació de despeses possessòries. Tanmateix, potser hauria calgut introduir alguna altra modificació en la regulació de la LAO per adequar-la al nou paper que pot tenir l'incorporador. Estem pensant en la presumpció de l'existència de bona fe (art. 542-10.2 CCcat), que potser s'hauria hagut de suprimir per a l'incorporador. Aquesta inversió de la càrrega de la prova està justificada quan és el requisit per aconseguir la indemnitat de qui incorpora en finca aliena; en canvi, si l'existència de bona fe permet que l'incorporador pugui forçar la transmissió total o parcial d'una finca aliena, és una facilitat que es pot qualificar d'excessiva.²³

2. La bona o mala fe dels subjectes

La bona o mala fe dels subjectes que intervenen en la incorporació és el criteri que s'utilitza per determinar si la persona que veu extingit el seu dret de propietat per desaparició de l'objecte té dret a rescabalar-se de les despeses efectuades i per matisar l'enriquiment de qui rep la incorporació. En matèria d'accessió, el concepte de bona fe és més específic que el previst en l'art. 111-7 CCcat.

La bona fe es pot predicar tant de l'incorporador com del propietari del bé que rep la incorporació. A l'art. 542-10.1 CCcat es descriu què s'ha d'entendre per bona fe de l'incorporador en sòl aliè. En canvi, no s'explicita què s'ha d'entendre per bona o mala fe del propietari del sòl, sense que això signifiqui que hagi esdevingut una dada del tot irrellevant, atès que en l'art. 542-12 CCcat s'hi té en compte la seva mala fe.

2.1. La bona fe de l'incorporador

L'art. 278 CDCC no definia què s'havia d'entendre per incorporador de bona fe. El TSJC va entendre un concepte molt ampli que, a més d'incloure qui construeix en finca aliena creient-la pròpia, també comprenia qui edifica conscientment en terreny aliè amb el coneixement i la tolerància del propietari del sòl. A les STSJC 1.3.1993 (RJ 1994\6990) i 19.2.2004 (RJ 1039) l'ampliació del concepte de bona fe en

²² N'és un exemple paradigmàtic el plet que va resoldre la STSJC 36/2004, de 9 de desembre (RJ 2005\94), en què es litigava sobre la titularitat d'una finca. A partir d'una finca originària, dos mandataris diferents havien venut porcions segregades. L'adquirent d'una també en va segregar una porció i la va transmetre a l'actor en primera instància, Sr. Fermín. L'altra finca segregada fou objecte de tres successives segregacions i transmissions de les noves finques creades. L'últim adquirent de la darrera finca segregada fou un matrimoni, que hi va construir un habitatge. Tots els adquirents havien immatriculat llur finca i inscrit el respectiu títol en el Registre de la Propietat, tot i que el matrimoni ho va fer abans que els causahavents del Sr. Fermín. Els fets provats en segona instància indiquen que la finca adquirida pel matrimoni es trobava íntegrament situada dins la finca adquirida pel Sr. Fermín. En aquest cas, el TSJC va entendre que, atesa la no-simultaneïtat de les transmissions, el matrimoni havia adquirit un bé a un venedor no propietari, per la qual cosa va atribuir la titularitat de la finca al Sr. Fermín, amb aplicació de l'art. 278 CDCC pel que fa a les despeses relatives a la construcció de l'habitatge.

²³ A la regulació de les construccions extralimitades amb valor superior de la construcció de la LAO (art. 9), la bona fe que s'exigia al constructor era qualificada: l'error excusable sobre els límits de la finca no s'havia d'haver apreciat en fer-se el replanteig.

l'accessió per fer-lo coincidir amb el concepte general de bona fe (art. 7 CC; avui, 111-7 CCcat) es va basar en la doctrina de Jaume CANCER.²⁴

En l'àmbit de l'accessió mobiliària (art. 20 LAO), el concepte de bona fe de l'incorporador era més restringit que el de l'art. 111-7 CCcat perquè calia que la persona que realitzava la incorporació tingués un error excusable sobre el vici del seu títol adquisitiu, és a dir, sobre el poder de disposició de qui li va alienar el bé o va transmetre el seu dret. Per això, l'incorporador havia de posseir en concepte de propietari²⁵ o, en l'accessió immobiliària, també en el de superficiari. L'incorporador creia raonablement que tant els béns que incorporava com el principal eren de la seva propietat, o bé que tenia un dret de superfície que el legitimava per construir en finca aliena.

En l'actualitat, el concepte d'incorporador de bona fe està definit en l'àmbit de l'accessió immobiliària (art. 542-10 CCcat) també sota un títol de "presumpció de bona fe", que només es correspon amb el paràgraf segon de l'article. La bona fe de l'incorporador és "la creença raonable que té títol a fer-ho". Entenem que s'utilitza l'expressió genèrica "títol" i no la de "en concepte de propietari" per incloure també qui tenia un error excusable sobre l'eficàcia d'un dret de superfície; és a dir, incorporadors que creuen raonablement que tenen un dret real que els atribuirà la propietat d'allò edificat.²⁶ A partir de l'art. 8.1 LCF resulta que també és de bona fe qui va realitzar la incorporació sent el veritable propietari del sòl, però que deixa de ser-ho retroactivament com a conseqüència de la resolució del contracte en què es fonamentava la seva adquisició.

Aquest concepte de bona fe és incomplet, perquè, si bé inclou el supòsit de qui realitza una incorporació íntegrament en finca aliena, no serveix per a qui construeix extralimitadament. En aquest cas, la bona fe no és l'error excusable sobre el poder de disposició del seu *tradens*, sinó que ha de recaure sobre els límits de la seva finca.

De l'art. 542-10.2 CCcat s'infereix que no és suficient l'existència de bona fe en iniciar-se la incorporació, sinó que l'error excusable s'ha de mantenir mentre aquella s'efectua. La mera oposició dels titulars del sòl fa cessar la bona fe si no s'atura la construcció, plantació o conreu.

La bona fe és el pressupòsit perquè tingui lloc la indemnització a què es refereix l'art. 542-1 CCcat en el cas de l'art. 542-7 CCcat, o l'adquisició del sòl envaït en l'art. 542-9 CCcat.

²⁴ Per a la crítica d'aquesta jurisprudència, vegeu MARSAL GUILLAMET, Joan, a COLEGIO DE REGISTRADORES, *Comentarios...*, cit., pàg. 874-876.

²⁵ S. NAVAS NAVARRO, "La accesión industrial (especial atención al derecho catalán)", *Anuario de Derecho Civil*, 1995, p. 86-162, 142; en el mateix sentit, a "Posesión, accesión y derecho de retención. Comentario a la STSJ 1.3.1993", *La Llei de Catalunya i de Balears*, 1993-2, pàg. 756-764, 761 i "Vivienda familiar y accesión. Comentario a la STSJC 28.12.1993", *La Llei de Catalunya i de Balears* 1994-2, pàg. 733-742, p.735.

²⁶ Coincidiria amb el concepte de posseïdor de bona fe de l'art. 521-7.1 CCcat. Val a dir, però, que "títol" és una expressió prou genèrica que permetria defensar que qui construeix conscientment en finca aliena amb autorització (expressa o implícita) del propietari és incorporador de bona fe, semblantment al previst en l'art. 1340.4 del Codi civil portuguès, en la línia apuntada per l'esmentada jurisprudència del TSJC.

2.2. La mala fe de l'incorporador

La incompleta regulació de l'accessió en l'art. 278 CDCC no regulava què s'havia d'entendre per *mala fe*. En canvi, a la LAO es definia la mala fe de la persona que patia la incorporació (art. 11.4) però no la de qui realitzava la incorporació, concepte que s'havia d'extreure de la interpretació *a contrario* de l'art. 20. En el llibre cinquè CCcat el concepte de mala fe de l'incorporador es pot obtenir de la interpretació *a contrario* de l'art. 542-10.1: consisteix a saber (o ignorar per un error inexcusable) que efectua la incorporació o bé amb materials que sap aliens (en el supòsit de l'art. 542-13 i 542-19) o bé en un terreny que no és propi i sobre el qual no té cap dret real (dret de superfície) que el legitimi per edificar (art. 542-10.1 *a contrario*).²⁷

2.3. La mala fe de l'afectat per la incorporació

Ja s'ha anunciat que el paper de la bona o mala fe de la persona afectada per la incorporació que realitza un tercer en la seva finca ha perdut transcendència en el llibre cinquè CCcat. A la LAO (art. 11) se sancionava sempre la mala fe del propietari del sòl, mentre que en el dret vigent només el perjudica quan l'incorporador també ha actuat de mala fe.

A diferència de la LAO (art. 11.4), ara no es defineix el concepte de mala fe de qui pateix la incorporació. A partir de la vinculació de la persona als seus actes propis (art. 111-8 CCcat) es pot obtenir una noció semblant a la del derogat art. 11.4 LAO: atribuir a la passivitat conscient del propietari el significat d'acceptació de l'enriquiment derivat de l'activitat realitzada per l'incorporador.²⁸ Entre el moment en què l'afectat sap que es realitza la incorporació i el de la manifestació de l'oposició pot existir un lapse temporal, però haurà de ser suficientment breu per evitar que s'entengui inequívocament que l'aprova.

Si tots els subjectes han actuat de mala fe, aquestes es neutralitzen, per la qual cosa s'aplica el règim jurídic previst per a la bona fe de tots dos (art. 542-12, 542-17.3 CCcat).

VI. LES PLANTACIONS I ELS CONREUS EN SÒL ALIÈ²⁹

Quan el que s'incorpora a una finca és una plantació o un conreu, el sòl té sempre el caràcter de principal pel fet de tenir un superior valor econòmic. Per això, la llei dóna prevalença a la voluntat del propietari de la finca envaïda.

²⁷ A la LAO es preveia expressament a l'art. 10.

²⁸ Per al Codi civil, CARRASCO PERERA a.: *Ius aedificandi y accesión*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1986, 299.

²⁹ En el llibre cinquè CCcat s'ha abandonat la distinció entre les plantacions i els conreus de llarga i de curta durada, introduïda durant la tramitació parlamentària del projecte de llei de LAO en la Comissió de Justícia, Dret i Seguretat Ciutadana (BOPC 248, 14.12.2001, pàg. 67). Cal destacar que en aquesta matèria el Plenari de la Comissió es va separar de l'informe de la Ponència, en el qual es conservava l'originària distinció entre plantacions (art. 5) i conreus (art. 6) (BOPC 248, 14.12.2001, pàg. 46-48).

1. Amb bona fe de l'incorporador

Si l'incorporador ha actuat de bona fe, una interpretació literal dels art. 542-5 i 542-6 CCcat duria a afirmar que l'adquisició del propietari del sòl no és automàtica, sinó la conseqüència de l'exercici de l'opció *a*) prevista en ambdós articles, que comporta l'obligació d'abonar a l'incorporador les despeses efectuades. L'altra opció del propietari de la finca seria obligar qui ha plantat a deixar la finca en l'estat previ a la plantació (542-5.b) o imposar al conreador una relació arrendatícia fins que tingui lloc la collita (542-6.b). Tanmateix, si es considera una interpretació sistemàtica de l'accessió amb la resta del llibre cinquè, l'adquisició de la propietat seria automàtica i l'opció *b*) prevista en aquests articles, el mecanisme per evitar la consolidació de la propietat amb el consegüent reemborsament de les despeses efectuades per l'incorporador.

No s'estableix cap termini en què el propietari de la finca hagi de fer efectiu el seu dret d'opció, tot i que, en el cas dels conreus, la possibilitat d'elecció s'extingirà amb la collita del conreu. En el cas de les plantacions, un retard exagerat en l'exercici de l'opció d'exigir la reposició de la finca a l'estat anterior es podria considerar com a contrari a la bona fe que ha de regir les relacions privades (art. 111-7 CCcat) i àdhuc constituir una conducta contrària als actes propis (art. 111-8 CCcat).³⁰

A l'art. 542-8 CCcat s'hi estableix que, en els casos regulats en els art. 542-6 i 542-7 CCcat, el propietari de la finca té dret a ser indemnitzat pels danys i perjudicis. Aquesta indemnització es podria justificar en el fet que la plantació o conreu efectuats no han de ser necessàriament els més útils per al propietari de la finca rústica i que podria haver efectuat despeses en previsió d'altres (per exemple, adquisició de llavors per a un altre conreu). Tanmateix, s'hi pot reproduir la crítica ja formulada per CARRASCO PERERA als art. 5 i 6 PLAO i que segurament foren la causa que a les recomanacions de la ponència de la Comissió del Parlament desaparegués l'obligació del plantador o conreador d'indemnitzar sempre els danys i perjudicis soferts pel propietari de la finca: la previsió suposava imposar al posseïdor de bona fe el pagament dels fruits que s'haurien pogut percebre en comptes dels efectivament percebuts.³¹ En el cas del CCcat, l'objecció té encara més pes perquè significa una desviació del règim previst per al posseïdor de bona fe en l'art. 522-3 CCcat. Certament en l'art. 522-2 s'estableix que el règim previst en els articles següents ho és en defecte de pacte o disposició en contra, i en seria un exemple l'art. 542-8. Ara bé, no té gaire sentit que el resultat econòmic de la incorporació no sigui el mateix segons si la plantació o conreu es consideren com a supòsit d'accessió o com a despesa útil.

³⁰ Vigent la LAO, el termini per exercir la facultat d'opció del propietari del terreny durava un any, passat el qual s'entenia establerta una relació arrendatícia d'una durada màxima de 4 anys (art. 5.2 LAO).

³¹ CARRASCO, A.; CARRASCO PERERA, A.: "La accesión: la construcción extralimitada", *La Notaría*, 2001, núm. 9-10, pàg. 35-43, pàg. 37.

2. Amb mala fe de l'incorporador

La plantació o el conreu de finca aliena amb mala fe de l'incorporador suposa la pèrdua per part d'aquest d'allò plantat o sembrat, en benefici del propietari del sòl i, a més, haurà d'indemnitzar-lo pels perjudicis causats (art. 542-11.1 CCcat). Si el propietari del sòl també era de mala fe, té lloc la neutralització abans esmentada (art. 542-12 CCcat) i s'aplica el règim de la bona fe prèviament explicat.

VII. LES CONSTRUCCIONS EN SÒL ALIÈ

Ja s'ha anticipat que en el llibre cinquè CCcat s'ha unificat la regulació de les edificacions en finca aliena, sense distingir si es tracta d'una construcció extralimitada o no, quan tots els actors actuen de bona fe. Però el model sobre el qual s'ha dissenyat la unificació no és el de la construcció realitzada íntegrament en finca aliena, sinó el de l'extralimitada. A nivell teòric, es continua amb el principi *accessorium sequitur principale*. El que desapareix és l'atribució *a priori* del caràcter de cosa principal al sòl: serà principal allò que tingui més valor. A la pràctica, els canvis són importants perquè, a diferència del valor del sòl —que difícilment pot ser alterat per l'actuació de qui en sigui el propietari—, el valor de l'edificació depèn de la quantitat que decideixi invertir-hi el constructor. Sempre que sigui un ús permès pel planejament, el constructor de bona fe tant pot decidir construir una planta baixa destinada a garatge com un edifici que esgoti tot el volum edificable. En el primer cas és probable que el valor del sòl sigui superior al de l'edificació, mentre que en el segon la situació serà la inversa.

Per establir quin és el bé principal que ha rebut la incorporació, és a dir, per determinar en quins casos cal aplicar l'art. 542-7 o el 542-9 CCcat, cal comparar el valor de la construcció (incloent-hi, en els casos d'extralimitació, també el valor del sòl propi del constructor) i el del sòl envaït. Els preceptes es refereixen al "sòl envaït" o aliè, per la qual cosa entenem que la finca que no pertany al constructor no s'ha de valorar íntegrament, sinó exclusivament en la part efectivament ocupada per l'edifici i els elements accessoris d'aquest en el cas de la construcció en terreny aliè, per l'edifici indivisible en la construcció extralimitada. Així resulta dels art. 542-7.1.b i 549-2.2, que com a regla general exclouen la transmissió de tota la finca. Aquest criteri de valoració beneficia el constructor, perquè rarament el valor de repercussió del sòl supera el 50 % de la construcció. Malgrat que la finca a la qual pertanyi el sòl envaït tingui un valor superior al de l'edificació, com que es valora exclusivament la part del sòl envaïda, s'haurà d'aplicar l'art. 542-9 CCcat i no el 542-7 CCcat.

Malgrat el silenci del legislador, els valors que es comparen han de ser els que tenien els béns en el moment de finalitzar-se la incorporació.

La possibilitat que el bé principal pugui ser tant el sòl com la construcció s'ha de vincular amb la desaparició de cap referència expressa al dret de retenció a

favor de l'incorporador.³² Quan l'incorporador, que normalment serà el darrer posseïdor, només tenia un dret de crèdit contra el propietari del sòl, aquest estava garantit per un dret de retenció. De fet, el motiu que duia els operadors jurídics a invocar l'art. 278 CDCC era obtenir el reconeixement judicial de l'existència de la garantia. En un altre lloc s'ha defensat que qui ha fet la incorporació podria gaudir del dret de retenció si considera la seva actuació com una despesa útil (art. 569-4.a CCcat).³³

1. Amb bona fe del constructor

1.1. *Valor superior del sòl*

Si el sòl envaït té un valor superior al de la construcció (o en les construccions extralimitades, al de la construcció i el sòl propi del constructor), el propietari del sòl pot optar, durant els tres anys següents a la finalització de l'obra, entre fer seva la totalitat de l'edificació (i, en cas d'extralimitació, també del sòl aliè sobre el qual l'edificació s'assenta) o imposar al constructor l'adquisició de la part del sòl envaït (o tot el solar, si és indivisible o si el resultant de la segregació no fos edificable) (art. 542-7.1). Si opta pel primer, haurà de pagar al constructor les despeses fetes en l'edificació i, si la construcció és extralimitada, també el sòl aliè. Per analogia amb l'art. 542-7.b), si el solar del constructor no estigués ocupat íntegrament per la construcció però fos indivisible, o si la finca resultant de la segregació no fos edificable, el propietari del terreny envaït hauria d'adquirir tota la finca del constructor.

Passat el trienni des de la finalització de la construcció (que entenem que, com a la LAO, es computa a partir de la certificació final d'obra), la facultat d'opció caduca i el conflicte d'interessos entre el propietari del sòl envaït i el constructor es resol necessàriament mitjançant l'adquisició del terreny envaït per part del constructor (art. 542-7.2 CCcat). Val a dir que, atès que una caducitat no s'aprecia d'ofici (art. 122-3.2 CCcat), la pretensió del propietari per adquirir l'edificació i sòl aliè podria triomfar un cop exhaurit el termini si el constructor no invoqués la caducitat.

Mentre el propietari del sòl envaït disposi de la facultat d'opció, el constructor no pot forçar-li l'elecció. Una vegada escolat el termini, atès que la solució legal és única, la transmissió del sòl envaït pot ser instada tant pel propietari d'aquest com pel constructor.

Amb independència de com es resolgui el conflicte d'interessos entre propietari del sòl envaït i constructor, el segon haurà d'indemnitzar sempre el primer pels danys i perjudicis que aquest hagi experimentat (art. 542-8 CCcat).

³² Es tracta de simples hipòtesis, perquè —llevat de la ja al·ludida voluntat de simplificar la regulació de la LAO— el legislador no dóna cap senyal de la raó per la qual no es preveu cap garantia que asseguri la indemnitat de qui no serà el propietari del conjunt.

³³ MARSAL GUILLAMET, Joan: "L'accessió: de la Compilació...", cit., pàg. 47.

1.2. *Amb valor superior de la construcció*

Si el valor del sòl aliè envaït és inferior al de la construcció, o al de la construcció i el sòl propi del constructor en el cas de construcció extralimitada, el conflicte es resol sempre imposant la transmissió del sòl envaït al constructor de bona fe (art. 542-9.1). Amb relació a l'art. 9 LAO, ha desaparegut el requisit de bona fe qualificada, però es manté el caràcter indivisible de l'edificació. Tot i que podria semblar un requisit innecessari en un precepte que no regula exclusivament la construcció extralimitada, té transcendència per determinar què s'ha de valorar. El sòl propi del constructor només s'ha de valorar si l'edificació que envaeix la finca veïna constitueix una unitat arquitectònica indivisible materialment. Si el constructor hagués aixecat diverses edificacions i n'hi hagués una o diverses que estan situades íntegrament en finca aliena,³⁴ els elements de valoració serien exclusivament el valor del sòl envaït i el de la construcció invasora.

El constructor haurà d'indemnitzar el propietari del sòl envaït amb el valor d'aquest, o amb el de tota la finca si aquesta és indivisible o la finca resultant de la segregació no fos edificable (art. 542-9-2 CCcat). A més, també se l'ha d'indemnitzar pels danys i perjudicis que se li derivin de la transmissió (art. 542-9.1 CCcat).

Com a la LAO, el propietari del sòl envaït pot optar entre rebre la indemnització en diners o en espècie, mitjançant l'adjudicació de pisos o locals de l'edificació, si sobre aquesta es pot establir el règim de propietat horitzontal (art. 542-9.3 CCcat).

2. *Amb mala fe del constructor*

En aquest supòsit, si la construcció s'ha efectuat íntegrament en finca aliena, el propietari del sòl l'adquireix sense que hagi de sufragar les despeses realitzades en l'edificació (art. 542-11.1 CCcat). A més, haurà de ser indemnitzat de tots els danys i perjudicis que hagi experimentat. Si l'edificació no li reportés cap mena d'utilitat, dins dels danys i perjudicis s'hi inclouria el cost de reposició a l'estat anterior.

Si la construcció és extralimitada, l'art. 542-11.2 CCcat atribueix al propietari del sòl la facultat d'exigir l'enderroc de la part de l'edificació que ha envaït el seu sòl, facultat que s'afegeix a les establertes en els art. 542-7 i 542-9 CCcat. Per tant, si el valor del sòl era superior (art. 542-7 CCcat), el propietari pot optar entre adquirir l'edificació i el sòl del constructor, vendre el sòl envaït o demanar l'enderroc de la invasió. Si el valor del sòl era inferior (art. 542-9 CCcat), el propietari pot optar entre transmetre el sòl envaït o demanar l'enderroc d'allò que envaeix el seu sòl. En qualsevol cas, a més, té dret a ser indemnitzat pels danys i perjudicis soferts, tot i que aquesta indemnització no constitueix una sanció a la mala fe perquè tant l'art. 542-8 com el 542-9.1 CCcat també la imposen al constructor de bona fe.

El termini de caducitat previst a la LAO per poder demanar l'enderroc ha desaparegut, substituït per la introducció de l'arbitri judicial, que impedirà l'enderroc quan, segons les circumstàncies del cas, causi un greu perjudici al constructor (art. 542-11.2 final CCcat).

³⁴ Per exemple, és el supòsit del plet resolt mitjançant SAPB (sec. 4a) 29.3.2005 (JUR 115174).

3. Amb mala fe del propietari del sòl

A diferència de l'art. 11 LAO, la bona o mala fe del propietari del sòl és irrellevant quan l'incorporador actua de bona fe. Només adquireix transcendència quan l'incorporador actua de mala fe perquè en aquest cas la neutralitza i s'aplica el règim de la bona fe (art. 542-12 CCcat).

VIII. LA INCORPORACIÓ AMB MATERIALS ALIENS

En el llibre cinquè CCcat, la utilització de materials aliens en la incorporació es preveu des del punt de vista de l'incorporador en l'art. 542-13, i des de l'òptica del propietari originari dels materials en l'art. 542-14.

Semblantment a la LAO (art. 13), però a diferència d'altres regulacions (ex. art. 360 CC), l'art. 542-13 CCcat no es limita a establir la indemnitat de l'antic propietari dels béns mobles incorporats a l'edificació, sinó que també n'atribueix la titularitat a l'incorporador.³⁵ Encara que en aquest article siguin la mateixa persona, cal destacar que l'adquisició s'atribueix a l'incorporador i no a la persona titular de l'immoble. La redacció legal té l'avantatge d'incloure tant a qui construeix sobre sòl propi com a qui ho fa en virtut de les facultats que li atribueix el dret real de superfície (art. 564-2.2 CCcat i, prèviament, art. 2 LSSDA). Tanmateix, té l'inconvenient que en el primer cas el dret de l'incorporador sobre l'edificació, plantació o sembrat no li prové d'aquesta condició sinó de la qualitat de propietari del sòl.

L'adquisició per acció es produeix sense excepcions, amb independència de la bona o mala fe de l'incorporador, que s'ha d'entendre com a ignorància o coneixement del caràcter aliè dels materials. L'incorporador de materials aliens amb bona fe ha de compensar a qui n'havia estat el propietari (art. 542-13 CCcat). Malgrat que ara ja no s'especifiqui, la compensació pot ser en diners, pagant el valor dels materials, o bé en espècie, lliurant el *tantumdem* (art. 13 LAO). L'elecció d'un objecte o un altre de la prestació correspon al deutor (l'incorporador). Si aquest ha actuat de mala fe, a més, haurà d'indemnitzar els danys i perjudicis causats amb la seva conducta.

Si qui ha efectuat la incorporació no és el propietari de la finca, el constructor³⁶ és l'obligat principal de l'obligació d'indemnitzar, i el propietari de la finca l'obligat subsidiari, sempre que no hagi imposat al constructor l'adquisició forçosa de

³⁵ Resulta sorprenent que s'atribueixi la titularitat d'uns béns que ja no existeixen jurídicament (per exemple, les totxanes, el ciment, el guix, etc. ja no existeixen, sinó que són parts integrants d'una paret, la qual tampoc no és un objecte jurídic sinó una part integrant de l'obra nova, la qual tampoc no té entitat per al món del dret perquè és, suara, part integrant de la finca).

³⁶ Els art. 542-13 i 542-14 CCcat s'han d'aplicar per analogia a les plantacions i sembrats fets amb material i llavors aliens. A la LAO, l'art. 15 preveia l'aplicació de l'art. 14 a les plantacions i conreus realitzats en finca aliena si el propietari els feia seus (art. 15 LAO); en canvi, si hagués optat per la restitució de la finca a l'estat anterior (art. 5.1; 6.1 LAO) o si s'hagués establert una relació arrendatícia forçosa amb el plantador o conreador, l'únic obligat hauria estat qui va fer la incorporació en finca aliena.

la finca (art. 542-14.1 final i, prèviament, art. 14 LAO). A l'art. 542-14.2 CCcat s'ha recuperat el paràgraf segon de l'art. 542-12 dels *Treballs preparatoris*,³⁷ que atribueix al propietari de la finca una acció de rescabament contra el constructor si, una vegada l'ha indemnitzat per les despeses, també ha de pagar el valor dels materials al seu propietari com a conseqüència de la insolvència de l'incorporador. L'efectivitat de l'acció dependrà del fet que el constructor recuperi la solvència.

IX. L'APLICACIÓ RETROACTIVA DE LA NOVA REGULACIÓ

El llibre cinquè CCcat va entrar en vigor l'1 de juliol de 2006 (disposició final). A diferència de la LAO,³⁸ la Llei 5/2006 conté disposicions transitòries, i una d'aquestes, la tercera,³⁹ es refereix a l'accessió:

“**Tercera.** Règim de l'accessió.

Els efectes de l'accessió que resulten d'actes fets abans de l'entrada en vigor d'aquest llibre es regeixen per les normes d'aquest, llevat que les opcions que estableix la Llei 25/2001, del 31 de desembre, de l'accessió i l'ocupació, s'hagin efectuat fefaentment o que l'acció judicial s'hagi interposat abans de l'entrada en vigor d'aquest llibre, cas en el qual es regeixen per la legislació que la regulava”.

Aquest precepte estableix la retroactivitat de la regulació de l'accessió en el llibre cinquè a qualsevol conflicte entre propietari del bé principal i incorporador que no estigués resolt prèviament o en situació de litispèndia. Això significa que totes les incorporacions finalitzades durant la vigència de l'art. 278 CDCC⁴⁰ que no s'haguessin resolt abans de l'1 de juliol de 2006 se'ls aplicarà la regulació del llibre cinquè CCcat. Si la incorporació es va finalitzar durant la vigència de la LAO, s'aplicarà la regulació del CCcat a qualsevol conflicte latent que no es trobi

³⁷ OBSERVATORI DEL DRET PRIVAT DE CATALUNYA, *Treballs...*, cit.: “Si el propietari de la finca ha hagut d'abonar els materials al seu propietari i al constructor, té acció de rescabament contra el constructor”.

³⁸ La LAO va entrar en vigor 3 mesos després de la publicació al DOGC, és a dir, el 18 d'abril de 2002. Per tant, a totes les incorporacions o unions que s'haguessin iniciat a partir d'aquella data se'ls aplicaria la Llei 25/2001, mentre que a les incorporacions finalitzades abans s'havia d'aplicar la regulació anterior, malgrat que la reclamació es plantegés durant la vigència de la LAO. En aquest sentit es varen pronunciar la SAPL (sec. 2a) 14.5.2003 (JUR 151908) i la SAPB (sec. 4a) 29.3.2005 (JUR 115174). Tanmateix, no s'hi preveia quina normativa s'havia d'aplicar als supòsits d'incorporacions finalitzades més enllà d'aquella data però iniciades quan encara era vigent l'art. 278 CDCC. El caràcter automàtic de l'accessió (art. 1 LAO) hauria dut a aplicar l'art. 278 CDCC a allò incorporat fins al 17 d'abril de 2002 i la LAO a allò incorporat des de l'endemà. Tanmateix, el caràcter indivisible del règim jurídic (i, en el cas de les construccions, la indivisibilitat de l'objecte) fa inviable aquesta opció. Per això, havíem afirmat (MARSAL GUILLAMET, Joan, a COLEGIO DE REGISTRADORES (coord.), *Comentarios...*, cit. p. 912) que el més raonable seria aplicar a aquests supòsits la LAO.

³⁹ No hi ha cap referència a la disposició transitòria tercera en el §.III.18 del preàmbul.

⁴⁰ El dret de l'incorporador de bona fe al reintegrament del preu dels materials, llavors o plantes i dels jornals dels operaris prescriu al cap de 30 anys des de la finalització de la incorporació o, si aquesta data fos posterior a l'1 de gener de 2014, en aquest dia (art. 344.2 CDCC; DT Única L 29/2002, de 30 de desembre. Primera Llei del Codi civil de Catalunya).

en situació de litispendència. A tall d'exemple, això suposa que el propietari del sòl envaït que l'1 de juliol de 2006 no havia decidit si reemborsava al constructor de bona fe el cost de la construcció realitzada íntegrament a la seva finca o l'obligava a adquirir-la (art. 7 LAO) haurà de transmetre-la al constructor si el valor de l'edificació supera el del sòl.

TERCERA PONÈNCIA
LES SITUACIONS DE COMUNITAT

LES SITUACIONS DE COMUNITAT EN EL LLIBRE CINQUÈ DEL CODI CIVIL DE CATALUNYA

LLUÍS JOU MIRABENT

NOTARI DE BARCELONA

PROFESSOR ASSOCIAT, UNIVERSITAT DE BARCELONA

SUMARI

I. Les situacions de comunitat en el títol cinquè del Codi civil de Catalunya.....	121
1. La Llei 5/2006 i el Projecte de 2003.....	121
2. El títol cinquè i els seus models de referència.....	123
3. Comunitats a les quals s'aplica la normativa del Codi.....	124
II. Les situacions de comunitat en general.....	125
III. La comunitat ordinària indivisa.....	126
1. Característiques bàsiques.....	126
2. Constitució i extinció.....	127
IV. Drets individuals sobre la comunitat.....	128
1. Disposició de la quota.....	128
2. Dret d'adquisició preferent en la transmissió.....	129
3. Renúncia a la quota.....	131
V. L'objecte de la comunitat i els qui en són titulars.....	132
1. L'ús i el gaudi de l'objecte en comunitat.....	132
2. L'administració.....	133
3. Els convenis per regular la comunitat indivisa.....	134
VI. La divisió de la cosa comuna.....	135
1. L'acció de divisió.....	135
2. El procediment de la divisió.....	137
3. Els efectes de la divisió.....	138

I. LES SITUACIONS DE COMUNITAT EN EL TÍTOL CINQUÈ DEL CODI CIVIL DE CATALUNYA

1. La Llei 5/2006 i el Projecte de 2003

La Llei 5/2006, de 10 de maig, del llibre cinquè del Codi civil de Catalunya s'inspira de manera substancial en el Projecte de llei segona del Codi civil de Catalunya, publicat el 30 de juliol de 2003 en el *Butlletí Oficial del Parlament de Catalunya* número 451 de la VI legislatura, l'avantprojecte del qual, sòlid, seriós

i força ben elaborat, havia preparat la Secció de Dret Patrimonial, presidida amb entusiasme i rigor pel Dr. Antoni Mirambell.¹

El títol cinquè de la Llei, l'avantprojecte del qual es va elaborar, basant-se en els precedents esmentats, en el marc de l'observatori d'un grup de treball integrat pel professor Pablo Salvador, la registradora Mercedes Tormo i jo mateix, introdueix algunes modificacions en el Projecte de 2003, cap de les quals no el desnaturalitza, i que en essència són de llenguatge i terminologia, sistemàtiques i de fons.

Pel que fa al llenguatge, es va procurar d'evitar els manlleus freqüents del castellà que contenia el Projecte de 2003, com eren, entre d'altres, l'ús indiscriminat de gerundis i subjuntius o d'adverbis acabats en "ment", i es va optar per posar els adjectius després dels substantius i els complements després dels verbs, tot plegat amb la intenció que el text resultés més genuí i també més directe i comprensible fins i tot per a un lector no jurista.

Pel que fa a la terminologia, es van substituir els termes *comuners* i *persones comuneres*, que s'empraven en regular la comunitat ordinària indivisa, pel de *cotitulars* i, tot i que es va mantenir l'expressió *situacions de comunitat* per a la designació general de les que regula el capítol, se'n va simplificar la forma amb l'ús directe dels termes *comunitat* o *propietat horitzontal* en el conjunt de l'articulat. Pel que fa al terme *propietat horitzontal estesa*, que emprava el projecte, es va optar pel de *propietat horitzontal per parcel·les*, amb el qual s'evita l'ús del terme *urbanització privada* que havia emprat el Projecte de març de 1990 i l'Avantprojecte de 2003. També es va simplificar el terme *comunitat d'aprofitament per torns* pel de *comunitat per torns*.

En relació amb l'ús d'un llenguatge no androcèntric, són poques les propostes que van prosperar, perquè finalment el Parlament va optar per l'ús sistemàtic dels plurals en masculí, atesa la inviabilitat de l'ús reiterat dels dos gèneres en un text tan llarg i complex.

La sistemàtica del títol cinquè de la Llei és semblant a la del Projecte de 2003, tot i que simplificada. Els capítols 1 i 2 són idèntics. El capítol 3, que regula la propietat horitzontal, s'ha distribuït en quatre seccions, i no en tres, de manera que la secció primera, que conté les disposicions generals, es distribueix en tres subseccions i no en quatre. A la secció segona, propietat horitzontal en el Projecte i propietat horitzontal simple en la Llei, s'hi han suprimit les subseccions. S'ha introduït una secció tercera, dedicada a la propietat horitzontal complexa, que en el Projecte era una subsecció, així com una secció quarta per a la propietat horitzontal per parcel·les, que en el Projecte era un capítol; en aquesta secció quarta també s'han eliminat les subseccions. En el capítol quart, que regula la comunitat especial per raó de la facultat d'ús, també s'ha prescindit d'una de les quatre seccions del Projecte. En canvi, el capítol cinquè, dedicat a la mitgeria, s'ha dividit en tres seccions i no en dues.

¹ Integrada, a més, pels professors Carmen Gete-Alonso i Pere del Pozo; els registradors de la propietat Antoni Cumella i Josep Lluís Serrate, i el notari Francesc Torrent, amb la col·laboració d'Anna Llanza, directora de l'Observatori, i de M. José Urzaiz. Jo mateix en vaig formar part temporalment.

Aquests canvis sistemàtics tenen com a finalitat, d'una banda, oferir una ordenació seqüencial de l'articulat de la propietat horitzontal, amb una secció que en regula tot el que la configura: definició, objecte, quota, crèdits i deutes i fons de reserva, que en el Projecte estava situat en la secció de la propietat horitzontal simple, i, d'altra banda, també oferir una ordenació seqüencial de l'articulat relatiu al títol de constitució: existència del règim, legitimació per establir-lo, escriptura i registre, modificació, estatuts, reglament, reserves de sobreedificació i extinció. També s'ha procurat de simplificar la regulació dels òrgans de la comunitat, tot i que és en aquest darrer punt on més debats hi va haver en el pas del Projecte pel Parlament, de manera que la simplificació no ha estat tan gran com hauria pogut ser.

Les principals modificacions de fons són l'eliminació de la preferència dels crèdits de la comunitat contra els propietaris, atesos els canvis introduïts en la matèria per la Llei concursal de 2003; la supressió de la propietat horitzontal de fet; la introducció de l'acció de cessació en favor dels propietaris dels elements privatis, i la simplificació de la regulació dels locals destinats a garatges i trasters, i de la propietat horitzontal per parcel·les. Potser els canvis més substancials entre el Projecte de 2003 i la Llei de 2006 són en la regulació de la propietat per torns.

El projecte partia de la base que la comunitat pot ser ordinària o indivisa i especial, tant per l'objecte (propietat horitzontal simple, complexa o estesa), com pel que fa a les facultats d'ús (propietat per torns, a més de la mitgeria). Es distanciava, doncs, en el tema de la "multipropietat" de la normativa de la Llei espanyola 42/1998, de 15 de desembre, sobre drets d'aprofitament per torn de béns immobles, que no només no configura aquests drets com a drets reals en cosa aliena, sinó que prohibeix de manera expressa vincular-los a una quota indivisa de la propietat. La Llei de 2006 parteix de la base del respecte a la Llei espanyola, mentre no s'aprovi el llibre sisè, en relació amb els apartaments de vacances, però ha conservat la idea bàsica del Projecte de 2003 tot regulant una "comunitat per torns" limitada pel que fa a l'objecte exclusivament a habitatges unifamiliars acabats i moblats, i a vaixells esportius i aeronaus no comercials i altres béns mobles identificables. Finalment, en el capítol de la mitgeria s'ha introduït un concepte unitari per distingir, després, entre mitgeria de càrrega, que només existeix per pacte, i mitgeria de tanca, pròpia d'horts, solars i jardins, que és legal.

2. El títol cinquè i els seus models de referència

Potser, més que prendre el Projecte de 2003 com a referent per a la Llei 5/2006, és més interessant establir-ne els models de referència, uns models necessàriament diversos tant pel que fa a les diferents situacions de comunitat que la Llei regula com pel que fa a les solucions que adopta.²

² Vegeu, en aquest punt, *Treballs preparatoris del llibre cinquè del Codi civil de Catalunya*. "Els drets reals". Departament de Justícia i Interior, Barcelona, juny de 2003.

El capítol segon, referent a la comunitat ordinària indivisa, parteix de la base del Codi civil espanyol³ i, d'una manera molt especial, del Codi civil italià de 1942,⁴ del portuguès de 1966 i del quebequès de 1991.

El capítol tercer, referent a la propietat horitzontal, té com a precedent proper el de la Llei espanyola de 21 de juliol de 1960, modificada per la de 6 d'abril de 1999, i, pel que sembla, pocs referents de dret comparat i molts antecedents extrets de la pràctica notarial, imaginada dia a dia per solucionar les necessitats del tràfic jurídic, modulada sovint per les qualificacions dels registradors i contrastada, de tant en tant, per la Direcció General dels Registres i del Notariat.

El capítol quart, relatiu a la propietat per torns, és una creació de la Secció de Dret Patrimonial de l'Observatori, feta, sembla, a partir de la normativa de propietat horitzontal i d'elaboracions doctrinals a les quals no són alienes les Jornades de Tossa de 1986.

El capítol cinquè és extret dels articles 27 a 34 de la Llei 13/1990, de 9 de juliol, de l'acció negatòria, les immissions, les servituds i les relacions de veïnatge, que va modificar la normativa catalana clàssica de la mitgeria forçosa.

3. Comunitats a les quals s'aplica la normativa del Codi

La normativa del Codi sobre comunitat de béns, tant les ordinàries com les especials, s'aplica a totes les situacions de comunitat que hi ha a Catalunya, encara que s'hagin constituït abans de l'1 de juliol de 2006, d'acord amb les disposicions transitòries 5 a 8 de la Llei. Per a la comunitat ordinària, la transitòria cinquena és taxativa. Les situacions de comunitat constituïdes abans de l'entrada en vigor d'aquest Codi es regeixen íntegrament per les seves normes, fins i tot pel que fa a l'administració i al procediment de divisió. Per a les altres, són igualment clares, tant que no cal adaptar els títols de constitució, ni els estatuts ni els reglaments aprovats abans de l'entrada en vigor de la Llei, perquè la Llei és preferent.

Pel que fa a les comunitats a les quals s'aplica la normativa, és evident que s'aplica a totes les que tenen per objecte béns situats a Catalunya, d'acord amb el principi de territorialitat que estableix l'article 111-3.1 del Codi civil de Catalunya i la norma de conflicte clàssica que estableix l'article 10.1 del Codi civil espanyol: "La possessió, la propietat i els altres drets sobre béns immobles, i també la seva publicitat, es regeixen per la llei del lloc on estiguin". La mateixa llei és aplicable als béns mobles.

Per tant, no és possible, a Catalunya, sotmetre un edifici en règim de propietat horitzontal a una llei diferent de la catalana. Pel que fa a la comunitat ordinària, es pot excloure l'aplicació de les normes del Codi, d'acord amb el principi de llibertat civil que impera en el nostre dret, sempre que no es tracti de les normes imperatives, entre les quals hi ha, a parer meu, les relacionades amb la divisió de la cosa comuna.

El fet que l'origen d'una comunitat ordinària estigui en una successió *mortis causa*, una donació o un contracte que es regeixin per una llei diferent a la catalana

³ Articles 392 a 406.

⁴ Articles 1100 a 1116.

no exclou l'aplicació de la normativa catalana per regular la comunitat ordinària que resulta sobre cada bé en concret un cop s'ha liquidat el fenomen successori amb liquidació prèvia, si és el cas, de la societat conjugal que correspon.

II. LES SITUACIONS DE COMUNITAT EN GENERAL

El capítol primer del títol cinquè fa un assaig de sistematització de les situacions de comunitat tot establint un concepte general i la classificació entre les diferents comunitats, ordinària o indivisa i especial, que regula el títol, que se sotmeten a règims jurídics progressivament menys dispositius. Segons l'article 551-1

“Hi ha comunitat quan dues persones o més comparteixen de manera conjunta i concurrent la titularitat de la propietat o d'un altre dret real sobre un mateix bé o un mateix patrimoni”.

La Llei remarca, doncs, l'existència d'una titularitat conjunta (de més d'una persona) i concurrent (en el mateix temps) en la propietat o un altre dret real sobre un bé o sobre un patrimoni. Òbviament, bé és, en el Codi, qualsevol cosa o dret patrimonial, per tant també els de crèdit. La referència al patrimoni és sobrera perquè la comunitat té per objecte cada un dels diversos béns que la componen, sense perjudici que a efecte d'extinció de la comunitat es pugui fer en conjunt de diversos béns. És aquest darrer sentit col·loquial de conjunt de béns, i no el tècnic de totalitat de béns i d'obligacions d'una persona, el que usa la Llei, avançant-se al que estableix l'article 552-11.6 i fent una certa aproximació a la partició hereditària.

Immediatament, el mateix article diu que les situacions de comunitat mai no es presumeixen, llevat que ho estableixi una disposició legal expressa, i que, quan hi ha comunitat, es presumeix la comunitat ordinària indivisa si no es prova una altra cosa.

Aquestes declaracions generals són conformes amb l'exigència, sempre, de títol constitutiu, tant per a la propietat horitzontal com per a la comunitat especial per torns, i l'exclusió de l'anomenada *propietat horitzontal* de fet que havia admès la Llei espanyola de 6 d'abril de 1999 de reforma de la de propietat horitzontal, així com de la mitgeria forçosa de càrrega. Són supòsits freqüents de declaració legal d'existència de comunitat els següents:

1. El cas de titularitats dubtoses, entre esposos casats en règim de separació de béns o entre convivents en unió de parella estable que preveu l'article 40 del Codi de família.
2. La unió casual de béns amb resultat d'un de nou o d'una barreja (542-18).
3. La mitgeria de tanca (555-8)⁵

L'article 551-2 fixa les fonts de la regulació de cada una de les situacions de comunitat amb una gradació evident pel que fa al marge d'autonomia de la

⁵ També resulta en la regulació de l'obra col·lectiva en la legislació de propietat intel·lectual.

voluntat, que és preferent a la Llei en la regulació de la comunitat ordinària,⁶ però que s'ha d'adequar a la normativa del Codi en les especials, amb el benentès que la regulació de la propietat horitzontal s'aplica de manera supletòria a la de la comunitat per torns.

Així doncs, si admetem com a vàlids per a la Llei 5/2006 els principis que, en matèria de situacions de comunitat i per al Projecte de 2003, es remarcaven en els seus treballs preparatoris, és a dir, els d'autonomia privada, prevalença de l'interès comú, regiment democràtic i proporcionalitat en la quota, podríem dir que en matèria de comunitat ordinària la Llei considera que els cotitulars són els millors garants de l'interès comú, mentre que en matèria de comunitats especials, segurament en atenció al component de protecció al dret d'accés a l'habitatge que en resulta, el Codi s'erigeix com a garant d'aquell interès comú al qual fa prevaler sobre l'autonomia o llibertat privada.

En coherència amb la nostra tradició jurídica, el Codi no fa cap referència a aquella mena de comunitats que la doctrina espanyola acostuma a considerar comunitats germàniques, que potser tindrien la seva representació en el dret positiu escrit de Catalunya en els règims matrimonials de comunitat de béns, en el règim que resulta dels béns adquirits per cònjuges o convivents amb pacte de supervivència, i en el dret consuetudinari en els emprius pirinencs. Crec apropiat el silenci legal que entenc que exclou l'aplicació a Catalunya de la Llei estatal 55/1980, *de montes vecinales en mano común*.

III. LA COMUNITAT ORDINÀRIA INDIVISA

I. Característiques bàsiques

La comunitat ordinària es dona quan més d'una persona comparteixen de manera conjunta i concurrent un mateix bé en indivisió, i es caracteritza bàsicament per l'existència de la quota, element bàsic de la participació de cada cotitular, la possibilitat de disposar-ne, sotmesa únicament a un dret d'adquisició preferent en favor dels altres cotitulars, i el dret a demanar la divisió.

Quan no es donen conjuntament totes aquestes característiques bàsiques, sigui perquè la quota és indisponible, sigui perquè la concurrència en l'objecte només és parcial, sigui perquè no existeix l'acció de divisió ni els drets legals d'adquisició preferent, ens trobem davant de les anomenades *comunitats especials*, que en el Codi són la propietat horitzontal, la propietat per torns i la mitgeria.

La comunitat ordinària indivisa:

1. és d'arrel romana;
2. té com a subjecte de dret cada un dels cotitulars i com a objecte, un bé concret i determinat;
3. s'estableix en benefici de cada cotitular, però respectant el bé comú i el principi de proporcionalitat en la quota, i

⁶ I en la mitgeria de càrrega segons l'article 555-2.

4. es regeix per l'autonomia de la voluntat, tot i que hi ha normes imperatives, com són el dret a disposar de la quota pròpia i l'acció de divisió, que es poden modular, però no suprimir.

La doctrina jurídica espanyola, centrada des de fa dos segles en la prevalença del dret de Castella, contraposa la comunitat ordinària a les conegudes com a comunitats germàniques, en les quals no hi ha ni quota indivisa ni acció de divisió, i que es configuren no sobre un bé concret, sinó sobre un patrimoni que pertany a un grup determinat, entès com a tal grup, l'interès comú del qual és l'origen i la finalitat mateixa de la comunitat.

En el dret positiu escrit de Catalunya aquestes comunitats tenen la seva representació, potser, en els règims matrimonials de comunitat de béns i en el que resulta dels béns adquirits per cònjuges o convivents amb pacte de supervivència, i en el dret consuetudinari en els emprius pirinencs. Encertadament, el Codi no fa cap referència a les comunitats dites germàniques, d'acord amb la tradició jurídica del país.

2. Constitució i extinció

L'article 552-2 exposa, amb una funció més didàctica que normativa, que la comunitat ordinària es pot constituir per les causes següents:

1. negoci jurídic, sigui per adquisició conjunta per més d'una persona de la propietat o dret real sobre el qual recau, sigui per alienació d'una part indivisa amb reserva d'una altra part;
2. usucapió;
3. disposicions per causa de mort;
4. llei.

Certament, l'enumeració, que prové del Projecte de 2003 i s'inspira en l'article 1012 del Codi quebequès, s'adiu poc amb la regulació d'un codi on no cal, en principi, repetir institució per institució quines són les formes d'adquirir-ne la titularitat. El discurs de la lletra *a*, per exemple, és més aviat col·loquial i lliga poc amb el de la lletra *c*, perquè les disposicions per causa de mort també són negocis jurídics. La referència a la llei, d'altra banda, no deixa de ser abstracta, perquè la comunitat només es constitueix per disposició legal quan la llei ho preveu.

En tot cas, les formes més habituals de constitució d'una comunitat són l'herència i l'adquisició del bé per més d'una persona, normalment marit i muller.

Igualment, l'article 552-9 explica, més que ordena, per quines causes es dissol la comunitat:

1. divisió de la cosa o patrimoni comú;
2. reunió en una sola persona de la totalitat dels drets;
3. destrucció de la cosa comuna o pèrdua del dret;
4. conversió en una comunitat especial;
5. acord unànim o renúncia de tots els cotitulars;
6. venciment del termini o compliment de la condició resolutoris pactats.

L'article tampoc no aporta res a la regulació de la institució i és un pèl caòtic: la conversió en comunitat especial és una forma de divisió; el venciment del

termini o compliment de la condició pactats és una forma d'acord unànime; la reunió en una sola persona de la totalitat dels drets, si és una de les cotitulars, pot ser resultat de la divisió de cosa indivisible amb compensació en metàl·lic a l'altre cotitular o bé una simple confusió de drets, i si és a una tercera persona, per venda o alienació de l'objecte de la comunitat, no deixa de ser un acord de tots els cotitulars.

IV. DRETS INDIVIDUALS SOBRE LA COMUNITAT

D'acord amb el Codi, són drets individuals sobre la comunitat els següents:

1. Disposició de quota
2. Dret preferent d'adquisició en les alienacions oneroses de les altres quotes
3. Renúncia a la quota

1. Disposició de la quota

L'article 552-3 preveu, d'una banda, la disposició lliure de la quota quan estableix que "cada cotitular pot disposar lliurement del seu dret en la co-munitat, alienar-lo i gravar-lo". Tot i que el Codi no ho diu, és obvi que els creditors de cada cotitular poden embargar la quota que li correspon.⁷

La transmissió del dret es pot fer entre vius o per causa de mort, a títol gratuït o oneros, sense cap limitació. Igualment, la quota es pot gravar amb un usdefruit i amb drets reals d'adquisició preferent.

Pel que fa a la hipoteca de quota indivisa, l'article 107 de la Llei hipotecària no hi fa referència expressa. Sí que n'hi fan els articles 216 i 217 del reglament hipotecari: el primer per exigir la divisió de la responsabilitat hipotecària entre les quotes hipotecades i el segon per preveure la constitució d'una sola hipoteca sobre la totalitat del bé, sense necessitat de distribució⁸. També dona per fet que es pot hipotecar una quota indivisa l'article 569-31 del Codi, que fa referència a la hipoteca sobre drets o participacions de l'habitatge familiar. Les normes de la hipoteca semblen aplicables a l'anticresi, tot i que el creditor anticrètic només pot percebre la part de fruits que correspon a la quota gravada.

Es poden establir prohibicions de disposar de la quota sempre que es faci a títol gratuït i en els termes que preveu l'article 116 del Codi de successions, és a dir, sempre que sigui a títol gratuït i que siguin temporals, i això tant en el títol de constitució, per exemple una donació de pare a tres fills, com per pacte entre els cotitulars. Tot i això, pel que fa a la temporalitat, és probable que aquesta prohibició no pugui anar més enllà de deu anys, perquè d'una altra manera seria una via per burlar el termini màxim de la indivisió.

⁷ En aquest sentit, vegeu l'article 1015.2 del CCQ.

⁸ D'aquí ve que en les hipoteques que constitueixen la totalitat dels cotitulars, sovint els dos cònjuges o convivents propietaris d'un immoble, s'empra per rutina i com a fórmula l'expressió de "constitueixen una sola hipoteca".

2. Dret d'adquisició preferent en la transmissió

L'article 552-4 estableix un dret legal d'adquisició preferent que substitueix el que fins ara imposava l'article 1522 del Codi espanyol exclusivament com a retracte legal.

El Codi civil de Catalunya converteix el retracte en un dret d'adquisició preferent complet, amb tanteig previ i retracte punitiu; estableix la necessitat de comunicació prèvia fefaent, i allarga els terminis per a l'exercici del retracte, que passen de nou dies a tres mesos.⁹

El dret d'adquisició preferent es dona en els casos d'alienació onerosa, mai en la gratuïta, a diferència del que s'estableix en matèria d'usdefruit.¹⁰ El dret es dona, doncs, en la venda, inclosa la que resulta d'una execució judicial, i en la cessió en pagament de deute. Una interpretació sistemàtica del Codi podria comportar aplicar a aquest dret d'adquisició les exclusions que estableix, per a la fadiga dels censos, l'article 565-26,¹¹ és a dir, les permutes, les retrovendes, les transaccions i, en general, les alienacions en les quals els cotitulars no poden fer o donar allò a què s'han obligat els adquirents, entre les quals hi ha l'aportació al capital d'una societat.¹² Caldria entendre, però, que l'objecte de l'article 552-4 és afavorir la concentració de la titularitat del bé en situació de comunitat i donar als cotitulars un instrument per evitar que hi entrin estranys, i no facilitar que un dels cotitulars la deixi i subrogui en el seu lloc un tercer. Potser hauria estat bo d'establir que, en cas d'aportació al capital o en cas de permuta, els cotitulars que pretenguessin exercir el dret d'adquisició preferent poguessin pagar en metàl·lic l'import del valor que s'ha atribuït sigui a l'objecte permutat, sigui a

⁹ El llibre cinquè unifica la forma i els terminis d'exercici, però no els supòsits en que es donen, dels drets legals d'adquisició preferent de copropietaris en la venda d'una participació a tercers (552-4) i dels propietaris quan es ven l'usdefruit (561-10), el dret d'aprofitament parcial (563-4), el cens emfitèutic i, si és el cas, la finca establerta a cens (565-24) que s'apliquen al dret de superfície o a la finca gravada si es pacta d'acord amb el 564-4.5. Són diferents, en canvi, el règim i els terminis dels retractes legals de confrontats de finques rústiques i de torneria a la Vall d'Aran i els que l'article 568 estableix com a supletoris en els drets voluntaris d'adquisició preferent. Es manté, d'altra banda, la disparitat de règim amb el tanteig i retracte de cohereus (article 51 del Codi de Successions), cosa que convindria d'harmonitzar, i amb els de les lleis d'arrendaments urbans i tots els d'interès públic. Com són els de la Generalitat sobre terrenys forestals de més de 250 hectàrees, terrenys situats dins dels espais naturals, els béns d'interès cultural.

¹⁰ Com és el cas del dret d'adquisició preferent dels un propietaris quan l'usufructuari o el titular d'un dret d'aprofitament parcial transmet el seu dret (articles 561-9.2 i 561-10 i 563-4)

¹¹ La norma de l'article 564-4.5 en matèria de superfície podria fer entendre, però, que els drets d'adquisició preferent de caràcter legal es regeixen supletòriament per les normes de la fadiga, més encara si es té en compte el silenci que, en aquesta matèria, guarda l'article 568-14.

¹² És clar que els cotitulars no poden donar al cotitular aportant el nombre d'accions o participacions socials en el capital que s'atribueixen al qui aporta la seva quota indivisa en un bé. Però també em sembla clar que una manera de deixar una comunitat incòmoda a un preu baix és la permuta d'una quota per un objecte de valor inferior o l'acceptació de participacions socials per un valor baix. Igualment, uns cotitulars còmodes entre ells es poden sentir molt incòmodes amb la societat o el tercer que hi ingressa per aquest camí.

les participacions socials, i no excloc que una interpretació finalista de la norma pugui dur a aquesta interpretació.

Sigui com sigui, l'article 552-4 diu el següent:

1. L'alienació a títol oneros del dret de cotitulars a favor de terceres persones alienes a la comunitat [...] atorga als altres el dret de tanteig per adquirir-lo pel mateix preu o valor i en les condicions convingudes amb aquelles.

2. Els cotitulars que pretenen fer la transmissió han de notificar als altres, fefaentment, la decisió d'alienar i les circumstàncies de la transmissió. El tanteig es pot exercir en el termini d'un mes comptat des del moment en què es fa la notificació. Si no hi ha notificació o si la transmissió es fa per un preu o en unes circumstàncies diferents de les que hi consten, el tanteig comporta el retracte, que es pot exercir en el termini de tres mesos comptats des del moment en què els altres cotitulars tenen coneixement de l'alienació i les seves circumstàncies o des de la data en què s'inscriu la transmissió en el registre que correspon.

Tot i que s'imposa una notificació fefaent prèvia, gairebé podríem dir com a norma general de bona fe entre cotitulars, fer-la no té cap altre avantatge que reduir el termini dels copropietaris per adquirir la quota que s'aliena i evitar la incertesa que sempre comporta el retracte.

No s'imposa una segona notificació perquè els cotitulars puguin comprovar que l'alienació s'ha fet en les mateixes condicions notificades prèviament. Penso que és probable que a la pràctica es faci només una notificació posterior. Cal dir, però, que la manca de la notificació posterior tampoc no té cap conseqüència greu ni per al cotitular que ven ni per a l'adquirent, si no és la de la pròrroga del termini per a l'exercici del retracte, que compta des del moment en què els altres cotitulars tenen coneixement de l'alienació i de les seves circumstàncies o, encara que no el tinguin, des de la data en què s'inscriu en el Registre.

Per tant, és possible atorgar l'escriptura de compravenda sense que s'acrediti haver fet la notificació prèvia i també si, amb l'advertiment previ del notari que cal fer-la —advertiment que entenc que el notari està obligat a fer—, els atorgants obvien la segona notificació. En tot cas, és possible inscriure la compravenda de quota en el Registre de la Propietat sense necessitat d'acreditar-ne cap de les dues.

Aquest dret d'adquisició legal preval sobre qualsevol altre. Per tant, a Catalunya, fins i tot preval sobre el dret que concedeix la Llei d'arrendaments rústics a l'arrendatari en el supòsit de venda de quota indivisa de la finca que té arrendada (article 568-27).

La Llei estableix que el dret d'adquisició preferent es pot excloure en el títol de constitució o per pacte posterior, tot i que és aconsellable d'excloure'l en el mateix títol. L'exclusió d'aquest dret no té límits temporals i si els cotitulars no l'han establert perdura mentre subsisteix la comunitat entre els que l'han pactada i els seus causahavents per qualsevol títol. Igualment es pot pactar un règim diferent del legal: ampliació dels casos en què es pot exercir (per exemple a transmissions gratuïtes, aportacions a capital o permutes), tancament del registre a la manca de notificació fefaent, extensió dels terminis de tanteig...

Aquests pactes es regeixen per la normativa dels drets voluntaris d'adquisició preferent i, si es pacten fora del títol de constitució, es poden entendre sotmesos a l'impost de transmissions, no al d'actes jurídics documentats, per constitució de dret.

També s'hi pot renunciar, tot i que:

“Si la comunitat té per objecte la propietat o un altre dret real sobre béns immobles, l'exclusió o la renúncia anticipada només es pot fer en escriptura pública”.

3. Renúncia a la quota

El Codi català preveu, com l'italià i l'espanyol, la renúncia a la quota, que comporta l'acreixement dels altres cotitulars en proporció a llurs drets sense necessitat d'acceptació expressa però sens perjudici de poder-hi renunciar. Òbviament, la renúncia no eximeix els renunciants del compliment de les obligacions anteriors i pendents per raó de la comunitat, tot i que no cal posar-se al corrent per poder renunciar. La renúncia ha de constar en una escriptura pública si la comunitat té per objecte la propietat o un dret real sobre un bé immoble o sobre participacions en societats mercantils.

El Codi equipara, doncs, la renúncia abdicativa de quota a la donació i a l'herència.¹³per això l'exigència d'escriptura, com a requisit de forma, si la comunitat recau sobre immobles.¹⁴ En el cas que l'objecte de la comunitat siguin participacions socials o accions, l'exigència de l'escriptura és coherent amb la necessitat que hi hagi document públic per a la transmissió de participacions socials que exigeixen les lleis societàries i, en definitiva, una exigència de seguretat jurídica.¹⁵

Els cotitulars del renunciant tenen dret d'acréixer, que es regeix, supletòriament, pel que estableix l'article 40 del Codi de successions, això és, en proporció a les quotes respectives i, si un o més dels cotitulars renuncien a l'acreixement, la quota vacant acreix necessàriament i proporcionalment les quotes dels altres cotitulars que no hi renuncien. Tot i que el Codi no ho digui, la renúncia al dret d'acréixer ha de constar en escriptura quan hi hagi de constar la renúncia a la quota. Això porta a tres qüestions marginals:

- a) Es pot inscriure en el Registre fins i tot sense necessitat que s'acrediti l'acceptació o consentiment dels altres cotitulars a inscriure la renúncia perquè l'acreixement l'estableix la Llei. Tot i això, pot ser prudent que el

¹³ Per a la renúncia d'herència vegeu l'article 22 del Codi de Successions.

¹⁴ Article 531-12.

¹⁵ El tractament que ha fet el Codi de la renúncia abdicativa de quota s'ajusta, d'una banda, a la regulació de la renúncia que fa l'article 532-4. La referència del punt dos d'aquest article a la feta en frau de creditors del renunciant o en perjudici de drets de tercers és ineficaç; s'ha d'entendre en relació amb el que disposa l'article 531-14, això és, que no perjudiquen els creditors les donacions atorgades després de la data del fet o de l'acte del qual neixi el crèdit si manquen altres recursos per cobrar-lo.

notari que autoritza una escriptura de renúncia en notifiqui el contingut als altres cotitulars si se'n coneix el domicili.

- b) Tributa com una donació pel valor de la part que acreix a cada cotitular i d'acord amb el parentiu de cada d'ells amb el renunciant. La quota renunciada, en la part proporcional que correspon, queda afectada al pagament de l'impost.
- c) Si es tracta d'una quota en l'habitatge familiar cal el consentiment del cònjuge o convivent. Demostrar que l'habitatge no és familiar es pot fer per manifestació del renunciant o per qualsevol altre mitjà de prova, inclosa, a efectes pràctics, l'acta de notorietat feta *a posteriori*.

V. L'OBJECTE DE LA COMUNITAT I ELS QUI EN SÓN TITULARS

En essència és usar i gaudir de la cosa comuna i participar en la seva administració.

1. L'ús i el gaudi de l'objecte en comunitat

Pel que fa a l'ús i gaudi, correspon:

- a) fer-ne ús d'acord amb la seva finalitat social i econòmica i de manera que no perjudiqui els interessos de la comunitat ni el dels altres cotitulars;
- b) obtenir-ne els rendiments i participar en les despeses en proporció a la seva quota;
- c) conservar-ne la substància i no modificar-la sense consentiment dels altres ni tan sols si es fa per millorar-lo o fer-lo més rendible.

L'article 532-6 fa referència a algunes qüestions relacionades amb els dos darrers punts.

- a) Pel que fa a la percepció dels fruits, té en compte el cas que només els ha percebut un cotitular, que n'ha de retre compte als altres d'acord amb les normes de l'administració de béns aliens. Cal remarcar que el Projecte de 2003 contenia, en el títol primer, un capítol específic que regulava, amb caràcter general, l'administració de béns aliens. Atès que aquesta regulació ha desaparegut en la Llei 5/2006, sembla evident que els comptes s'han de retre periòdicament, en la forma habitual en qualsevol rendició de comptes.¹⁶
- b) Si un cotitular fa obres que milloren l'objecte de la comunitat a la vista dels altres, sense que aquests hi manifestin oposició expressa dins de l'any següent a llur execució, el que les ha fet pot exigir el rescabament amb els interessos legals des del moment en què els reclama fefaentment.

¹⁶ Sobre rendició de comptes, vegeu els articles 718 a 720 de la Llei 1/2000, de 7 de gener, d'enjudiciament civil. En el dret català es regula extensament la rendició de comptes en els articles 204 a 206 i 221 a 225 del Codi de família, aplicables amb caràcter general a l'administració de béns aliens per la via de l'autointegració.

Es tracta d'una mena de consentiment tàcit¹⁷ que atorguen els cotitulars que han vist i conegut la realització de les obres i no s'hi han oposat. En sentit contrari, en el cas que les obres no s'hagin fet a la vista dels altres, sembla que el cotitular que les ha realitzades no pot exigir ni el capital ni els interessos, i és discutible si pot tenir en compte la inversió realitzada en el moment de la divisió. En conseqüència, si un cotitular està en possessió de l'objecte i hi fa obres de millora, en té prou notificant-les als altres per, si aquests no s'hi oposen, reclamar-los el rescabament per la part que els correspon.

- c) Quan es tracta d'actes que imposa la Llei, com pot ser el pagament de l'impost sobre béns immobles, la revisió obligatòria d'instal·lacions de gas, i òbviament, també quan resulten d'una obligació contractual o un gravamen, com per exemple les d'un arrendament o d'un usdefruit, tant si es tracta d'actes d'administració ordinària com extraordinària, els pot emprendre qualsevol cotitular, fins i tot amb l'oposició dels altres, amb dret a rescabament i als interessos legals des del moment en què els reclama.

En tot cas, la participació de cada cotitular a les despeses és en proporció a la seva quota i els que les avancen poden exigir als altres el reemborsament de la part que els correspon més els interessos legals des del moment en què els reclamen fefaentment.¹⁸

D'acord amb l'article 551-1.4, les despeses comunes es poden reclamar pel procediment monitori.

2. L'administració

El Codi regula l'administració de la comunitat en l'article 552-7, que segueix el principi tradicional que correspon a tots els cotitulars que decideixen segons el valor de llur quota, i prescindeix de qualsevol consideració al principi de majoria personal.¹⁹ Per tant, un cotitular amb el seixanta per cent sempre s'imposarà a altres quatre cotitulars amb el deu per cent cada un.

Acte seguit, l'article distingeix amb claredat entre els actes següents:

1. d'administració ordinària, que es decideixen per majoria de quotes que obliguen la minoria dissident;
2. d'administració extraordinària, que s'acorden amb la majoria de tres quartes parts de les quotes, i també obliguen, és clar, la minoria dissident, cosa que és una novetat del Codi, i

¹⁷ En aquest sentit, vegeu els articles 1028 i 1029 del Codi civil del Quebec.

¹⁸ Si només avancen la seva part, perquè uns paguen i els altres no, els que paguen queden exonerats de pagar interessos, demores o perjudicis i, internament, poden rescabalar-se dels perjudicis que els puguin causar la demora dels altres.

¹⁹ El Codi quebequès admet la "doble majoria" a l'article 1026.

3. de disposició, que s'acorden per unanimitat.²⁰ L'atorgament de mandats o poders a un gerent, cotitular o no, exigeix les mateixes majories.²¹

En tot cas, els cotitulars dissidents que es considerin perjudicats per la majoria poden acudir a l'autoritat judicial, la qual resol i pot, si cal, establir una administració.

Quan es tracta d'actes que imposa la Llei, com pot ser el pagament de l'impost sobre béns immobles, la revisió obligatòria d'instal·lacions de gas o el pagament de les reparacions extraordinàries en béns usufructuats per altres i, òbviament, també quan resulten d'una obligació contractual, com per exemple les d'un arrendament, tant si es tracta d'actes d'administració ordinària com extraordinària, els pot emprendre qualsevol cotitular, fins i tot amb l'oposició dels altres, amb dret a rescabament i als interessos legals des del moment en què els reclama.

La responsabilitat dels cotitulars per les obligacions que resulten de llur administració és mancomunada i proporcional a llurs quotes respectives, com ho és en la comunitat hereditària.

3. Els convenis per regular la comunitat indivisa

Fins aquí la regulació legal, però el Codi permet que els cotitulars convinguin qualsevol mena de pactes en relació amb l'ús i gaudi i l'administració de l'objecte de la comunitat, i això es pot convenir dia a dia, de manera continuada en l'exercici quotidià dels seus drets o per mitjà d'un pacte d'administració.

En la pràctica, n'hi ha alguns de relativament freqüents:

1. Convenis de constatació de l'existència de la comunitat i de la participació de cada cotitular que tenen per finalitat pràctica l'obtenció d'un NIF.²² Aquests convenis constaten la participació de cada cotitular, determinen un domicili i una denominació social, normalment acabada amb l'expressió *comunitat de béns*, en anagrama CB; vinculen rendiments i despeses a un compte bancari determinat; estableixen un mandat a un dels cotitulars o a un tercer, normalment professional de l'administració de finques, i fixen un repartiment de guanys o de pèrdues anual. En principi, aquests convenis de constatació són exempts d'AJD fins i tot en cas que constin en document públic, perquè, pel fet de tenir només efectes obligacionals, no són inscriptibles. Tampoc no es poden assimilar a societat, llevat que tinguin per objecte l'explotació d'un negoci mercantil, supòsit en el qual

²⁰ També en aquest cas el Codi està pressuposant una regulació de l'administració de béns aliens que especifiqui amb claredat quins actes són d'administració ordinària o extraordinària, que el projecte de 2003 contenia i no conté la Llei 5/2006. Tot i això, la construcció doctrinal sobre el tema és prou consolidada com per a no generar problemes seriosos d'interpretació.

²¹ Cosa que pot permetre que copropietaris amb la majoria suficient atorguin davant de notari el poder tots sols, sense els minoritaris.

²² Imprescindible per poder girar la documentació comptable pròpia de qualsevol administració: factures de lloguers amb els càrrecs d'IVA i l'acceptació de les retencions, justificants de despeses, declaracions fiscals.

- mai no seran societat civil, perquè, d'acord amb la normativa societària, l'objecte mercantil s'ha d'exercir per mitjà de societats mercantils.²³
2. Convenis d'ús divís de l'objecte de la comunitat quan els cotitulars no poden o no volen fer la divisió, però volen fruir de manera separada del bé o béns objecte de la comunitat, i aquest ho permet, com és el cas de rústiques inferiors al doble de la unitat mínima de conreu, de plantes baixes constituïdes per una entitat registral on hi ha dos locals, o cases integrades per més d'un habitatge.²⁴
 3. Convenis d'ús per fraccions temporals, quan els cotitulars pacten, per exemple, que una obra d'art o qualsevol objecte familiar serà gaudit per "torns" d'un any en els domicilis respectius, o la casa de vacances els titulars de la qual es reparteixen l'ús a l'estiu i a l'hivern per anys alternatius.
 4. Convenis o reglaments per a l'adopció d'acords i les majories necessàries fins i tot amb modulació de les majories de quotes per la de majories personals, la de periodicitat de les reunions, la convocatòria i forma de deliberar i de dur els comptes, i d'altres de similars, que poden consistir fins i tot en una remissió als articles 533-15 a 533-32, en què s'estableixi, alhora, el règim d'acords de la propietat horitzontal.²⁵

Els convenis dels grups b i c, si consten en document públic i fan referència a immobles, poden quedar sotmesos a l'impost d'actes jurídics documentats, tot i que cal remarcar que normalment no seran inscriptibles perquè els interessats no en tindran la intenció, cosa que es pot convenir de manera clara per manca de requisits administratius. Si hi queden, la base és el valor de l'objecte de la comunitat, tot i que normalment no resulta del document. En tot cas, sembla aconsellable establir-los en el títol de constitució, tant si és la compravenda dels immobles, com la d'una quota per tercers, com la partició hereditària.

VI. LA DIVISIÓ DE LA COSA COMUNA

I. L'acció de divisió

L'article 552-9 del Codi assenyala unes causes de dissolució de la comunitat que són obertes. En bona tècnica, un cop dissolta la comunitat caldria parlar de la liquidació, un període en què els cotitulars han de procedir a fer el compte general de fruits que han de percebre i despeses que han de pagar, i de bestretes avançades per uns i altres, i procedir, llavors, a fer-se les adjudicacions pertinents.

²³ Sempre seran exclusivament comunitats de béns i no societats la simple tinença i explotació de béns immobles, incloent-hi l'explotació agrària. En canvi, l'activitat de promoció i construcció, feta de manera habitual i principal, sí que té objecte societari.

²⁴ Ens podríem preguntar si el conveni d'ús divís comporta l'aplicació automàtica de la normativa de la propietat horitzontal. La resposta és negativa, perquè aquest règim exigeix voluntat explícita de tots en forma *ad solemnitatem*.

²⁵ Els articles 1106 i 1107 del Codi italià fan referència expressa a aquesta mena de convenis.

El Codi no regula el procés de liquidació i hi són d'aplicació, per la via de la integració, les normes de la partició de l'herència del Codi de successions que no siguin contràries a la normativa de la comunitat.²⁶

L'article 552-10 estableix el següent: "Qualsevol cotitular pot exigir, en qualsevol moment i sense expressar-ne els motius, la divisió de l'objecte de la comunitat".

Malgrat tot, hi ha excepcions, que poden ser:

1. convencionals, o
2. legals.

1.1. *Els pactes d'indivisió*

D'acord amb la tradició del Codi civil espanyol, que ja va fer seu el Codi de successions de 1991 en relació amb la comunitat hereditària, el Codi català estableix que els cotitulars, per unanimitat, poden pactar la indivisió per un termini que no pot superar els deu anys. No hi ha cap referència a les pròrrogues, però res no s'oposa al fet que, passat un temps, els mateixos cotitulars o els seus successors en les quotes pactin novament la indivisió per deu anys més, que comptaran des del nou pacte.

La indivisió els pot ser imposada en el títol d'adquisició si aquest és gratuït. Em fa l'efecte que si una persona dona a unes altres quatre un immoble pot imposar-los la indivisió per més de deu anys; com a mínim quinze, si l'immoble donat és residència habitual d'un dels donataris que sigui fill del donant, que és el cas que preveu l'article 45 del Codi de successions en relació amb la prohibició de fer la partició. Més enllà d'aquest cas, ningú no pot obligar els cotitulars a continuar en una situació de comunitat per més temps que el legal.

Ningú, és cert, però el punt 3 de l'article 552-10 permet que, si algun dels cotitulars és menor d'edat o incapaç, i la divisió el pot perjudicar, l'autoritat judicial estableixi la indivisió, fins i tot contra la voluntat d'una part dels cotitulars, sempre que ho faci de manera raonada i el termini no superi els cinc anys.

1.2. *La causa legal d'indivisió*

El punt 4 de l'article 552-10 estableix una causa legal d'indivisió per raó de l'objecte de la comunitat. Així, no es pot demanar la divisió quan l'objecte sobre el qual recau la comunitat és una nau o un local que es destina a places d'aparcament o a trasters, de manera que cada cotitular té l'ús d'una plaça o de més d'una, llevat que s'acordi prèviament modificar-ne l'ús i això sigui possible.

Aquesta excepció, que reitera la lletra a) de l'article 553-52.1, s'ha d'interpretar de manera restrictiva i no pot anar més enllà del cas concret a què fa referència. Mai no es pot al·legar, per exemple, en una casa amb diversos habitatges o locals en condomini ordinari en què cada cotitular té l'ús d'un habitatge, perquè la llei és taxativa (places de pàrquing o trasters) i perquè no hi hauria identitat en la raó, que és la situació de fet que l'ús de la nau és la de garatge i la divisió el fa

²⁶ Articles 45 a 62, tot i que mai no serà d'aplicació l'article 51.

inútil. El que caldria discutir, llavors, és per què s'exclou l'acció de divisió i no s'exclou el dret preferent d'adquisició. Si l'ús d'una nau com a garatge impedeix la divisió, s'ha de donar al titular d'una quota, representada per un garatge, la plena llibertat de disposar-ne per qualsevol títol. Considero que cal distingir, a la pràctica, si la nau és d'un edifici dividit en propietat horitzontal, cas en què no hi ha dret preferent d'adquisició,²⁷ o si es tracta d'una nau industrial o d'un simple solar, supòsit en que sí que hi ha dret preferent.

2. El procediment de la divisió

L'article 552-11 estableix el procediment de divisió de la comunitat en el qual, curiosament, no s'esmenta la divisió material de l'objecte o del patrimoni, divisió material que tradicionalment és la manera més senzilla de dividir: una finca de seixanta hectàrees es divideix en tres de vint, o un solar de sis-cents metres, en tres de dos-cents, o sis escultures que es tenen en comú es divideixen per mitjà de l'adjudicació a cada cotitular de dues escultures. Tot i això, és evident que la divisió física és una de les opcions per fer la divisió.

L'article 552-11 conté una sèrie de novetats sobre la legislació del Codi civil espanyol vigent fins ara com a supletòria a Catalunya. Són les següents:

- a) Es pot fer la divisió adjudicant a un cotitular el dret real d'usdefruit sobre el bé objecte de la comunitat i a l'altre la nua propietat, cosa que pot ser útil en la divisió d'habitatges en casos de crisi familiar. Cal valorar l'usdefruit d'acord amb la normativa fiscal, això és, segons l'edat de l'usufructuari a raó d'un punt per cent per cada any que li falta per arribar als 89, amb un mínim del deu per cent i un màxim del noranta per cent. Si entre tres cotitulars n'hi ha un de 59 anys, es pot adjudicar l'usdefruit de la totalitat i deixar als altres dos la nua propietat per meitats.
- b) El cotitular que ho és de les quatre cinquenes parts de les quotes o més pot exigir l'adjudicació de la totalitat del bé objecte de la comunitat pagant en metàl·lic el valor pericial de la participació dels altres cotitulars. El Codi ha volgut evitar el xantatge freqüent del cotitular minoritari que ni fa ni deixa fer: ni compra ni permet vendre, i ho ha fet amb aquesta mena d'acció que, més que de divisió, és d'expulsió.²⁸
- c) Quan l'objecte de la comunitat és indivisible o desmereix notablement en dividir-se, o és una col·lecció que integra el patrimoni artístic, bibliogràfic o documental, s'adjudica al cotitular que hi tingui interès, sense necessitat d'anar a subhasta. Si n'hi ha més d'un que hi té interès, s'adjudica al que hi té la participació més gran. En cas d'interès i participació iguals, decideix la sort. L'adjudicatari ha de pagar als altres el valor pericial de llur participació, que en cap cas no té la consideració de preu ni d'excés d'adjudicació. Si cap cotitular no hi té interès, es ven i es reparteix el preu.

²⁷ Article 553-52.1 a).

²⁸ S'exclou en el cas del promotor d'un edifici, i en general al propietari únic, que ha començat a vendre els pisos sense haver fet la divisió horitzontal.

- d) Tot i que no és una novetat, val la pena de remarcar que es diu de manera expressa que les comunitats ordinàries entre cònjuges, en els procediments de separació, divorci o nul·litat, es poden dividir com una sola divisió, tal com diu l'article 43 del Codi de família.

Dues observacions de transcendència fiscal:

- a. El Codi subratlla que en cap cas el valor pericial de la participació amb què l'adjudicatari paga als altres la compensació no té la qualificació de preu o d'excés d'adjudicació. Per tant, se sotmet a l'impost d'actes jurídics documentats, si es donen els requisits, però mai al de transmissions patrimonials. Això, que des de l'any 2003 ha quedat consolidat d'acord amb la jurisprudència del Tribunal Suprem, no era tan clar quan es redactava el Projecte de 2003 i, en tot cas, cal elogiar la insistència del legislador civil en aquest punt.
- b. Les dissolucions de patrimoni matrimonial regit pel règim de separació de béns o pel d'una parella estable haurien de quedar exempts de l'impost tant si la dissolució és fruit d'una crisi familiar com si no ho és, perquè són un acte de dissolució, encara que sigui parcial, del règim matrimonial.²⁹ Tot i això ordinàriament només s'admet l'exempció si es tracta de dissolucions que tenen per fonament una sentència judicial. Això continua sent una discriminació per als matrimonis casats en règim de separació de béns en relació amb els casats en règims de comunitat.

3. Els efectes de la divisió

Pel que fa als efectes de la divisió, l'article 552-12 estableix que la divisió atribueix a cada adjudicatari en exclusiva la propietat del bé o del dret adjudicat i no perjudica els tercers, que conserven íntegrament llurs drets sobre l'objecte de la comunitat o els que en resulten després de la divisió.

D'acord amb el punt 3 d'aquest article, els titulars de crèdits contra qualsevol dels cotitulars poden concórrer a la divisió i, si es fa en frau de llurs drets, impugnar-la, però no la poden impedir. Això és aplicable al creditor hipotecari, a parer meu en tots els casos, fins i tot en el cas que procedeixin a una divisió material o per constitució de propietat horitzontal. Tot i això, si pretenen, a més, la distribució de la hipoteca, cal el consentiment del creditor hipotecari, d'acord amb l'article 123 de la Llei hipotecària. Per a l'anticresi, l'article 569-25.3 estableix la mateixa solució. Probablement és aquest el criteri que cal seguir per a la penyora i també per als drets voluntaris d'adquisició preferent.

Si l'objecte de la comunitat està gravat amb un usdefruit, els nus propietaris poden fer-ne la divisió sense el consentiment de l'usufructuari, que no veu alterat el seu dret, però se li ha de notificar la divisió, cosa lògica perquè en endavant les relacions entre usufructuari i nu propietari s'han de mantenir estrictament amb l'adjudicatari de l'objecte.³⁰ La mateixa solució s'ha de mantenir en el cas

²⁹ Vegeu la STSJ de 4 d'abril de 2002.

³⁰ Vegeu l'article 561-11 del Codi.

que la finca que és objecte de la comunitat que es divideix estigui gravada amb un dret d'ús o d'habitació (article 562-1), o un dret d'aprofitament parcial (563-1). Si està gravada amb un cens, s'aplica l'article 565-6 i, per tant, cal dividir el cens entre tantes finques com finques resultin de la divisió, tant si és material com si és per establiment del règim de propietat horitzontal, sempre en proporció a la superfície i, a més, cal notificar el censalista bé en el domicili, bé per edictes que es publiquen en el tauler d'anuncis del Registre. El censalista té un any per impugnar judicialment la divisió.

Si la finca està gravada amb una servitud o en frueix d'alguna constituïda a favor seu, la divisió de la finca no l'altera, llevat dels supòsits que preveu l'article 566-12, punts 2 i 4.

LA REGULACIÓ DE LA PROPIETAT HORITZONTAL AL CODI CIVIL DE CATALUNYA

ANTONI GINER GARGALLO

REGISTRADOR DE LA PROPIETAT

SUMARI

I. Presentació i contingut de la ponència.....	141
II. Introducció.....	143
1. Què és una propietat horitzontal.....	143
2. Què pot constituir una propietat horitzontal.....	144
3. Quina naturalesa jurídica té la comunitat de propietaris.....	144
III. Constitució.....	145
1. Qui pot constituir un immoble en règim de propietat horitzontal.....	145
2. Quan es pot constituir un immoble en règim de propietat horitzontal.....	146
3. Què succeeix si s'han venut alguns departaments abans de la constitució o inscripció del règim de propietat horitzontal.....	146
4. Quin títol formal és necessari per a la constitució d'aquest règim.....	147
5. Quin és el contingut del títol de constitució.....	148
6. Requisits urbanístics per constituir un immoble en propietat horitzontal.....	150
7. Requisits per modificar la propietat horitzontal.....	150
8. Requisits per extingir aquest règim jurídic.....	151
9. Forma d'acreditar els acords de la comunitat per obtenir-ne la inscripció al Registre de la Propietat.....	152
10. Comunitats horitzontals de fet.....	152
IV. Elements de la propietat horitzontal.....	153
V. Despeses de la comunitat. Garantia. Deutes de la comunitat.....	156
VI. Govern de la comunitat.....	157
VII. Comunitats horitzontals amb règim especial.....	158

I. PRESENTACIÓ I CONTINGUT DE LA PONÈNCIA

El 20 d'abril passat el Parlament de Catalunya va aprovar la Llei del llibre cinquè del Codi civil de Catalunya, relatiu als drets reals. El text va ser publicat al DOGC el dia 24 de maig i va entrar en vigor l'1 de juliol d'aquest mateix any. Aquesta llei és una nova fita en la configuració d'un nou dret civil de Catalunya adequat a les necessitats actuals dels seus ciutadans. El llibre cinquè no sols compila les diferents lleis especials aprovades amb anterioritat (servituds, censos, usdefruits, etc.), sinó que regula qüestions fins ara no contingudes en la legislació civil

catalana. Una d'aquestes qüestions és precisament la regulació de la propietat horitzontal.

Una primera pregunta que ens podríem fer és si era necessària la regulació catalana de la propietat horitzontal. La pregunta, en realitat, amaga dues qüestions diferents: *a)* si era necessari que en la legislació catalana es regulés la propietat horitzontal; *b)* si aquesta regulació havia de diferenciar-se de la regulació general estatal.

No és la finalitat d'aquestes notes contestar aquestes preguntes. És el mateix legislador qui ha de contestar-les, i així ho ha fet amb aquesta llei. Ara bé, com qualsevol comentarista d'un text legal ens podem permetre algunes observacions:

1. Si s'ha decidit que Catalunya tingui una legislació civil pròpia completa, és necessari regular la propietat horitzontal.
2. No hi ha cap raó d'interès general o d'unitat de mercat que obligui a una regulació unitària espanyola en aquesta matèria.
3. En la Constitució es reconeix el dret de les comunitats amb dret civil propi a conservar-lo, facultat que el Tribunal Constitucional ha interpretat de forma àmplia, incloent-hi la facultat de regular qüestions noves.
4. L'article 129 del nou Estatut d'Autonomia de Catalunya atribueix a la Generalitat de Catalunya competència exclusiva en matèria de dret civil.
5. La Llei de 21 de juliol de 1960, amb les seves poques reformes posteriors, ha estat una norma generalment coneguda i acceptada. Per això, la regulació catalana no podia suposar una reforma integral de la figura. Ara bé, la regulació catalana sí que podia, i en gran part ha estat així, utilitzar-se per resoldre uns problemes que el legislador estatal no ha sabut o no s'ha atrevit a solucionar.

Per tot això podem concloure que era necessària la regulació catalana de la propietat horitzontal des del moment en què es va decidir dotar-nos d'un Codi civil propi. Igualment, podem concloure que aquesta regulació havia de resoldre alguns problemes pràctics que plantejava la regulació de 1960, cosa que, com veurem, s'ha aconseguit en gran part, si bé també veurem que han quedat algunes qüestions pendents.

En aquestes notes intentarem fer una petita aproximació a la regulació de la propietat horitzontal continguda al llibre cinquè del Codi civil de Catalunya. No és un tractat sobre la propietat horitzontal que exhaureixi tota la problemàtica d'aquesta figura, ja que això no sols excedeix de la meua capacitat professional, sinó que tampoc no s'adequaria al format d'aquestes jornades. Tractaré d'examinar una sèrie de problemes que se m'han plantejat en la meua vida professional com a registrador de la propietat, i veurem quines solucions ens ofereix la nova normativa, al mateix temps que destacarem les novetats que presenta en relació amb la Llei de 1960. Quedaran fora d'aquest treball nombroses qüestions de gran interès que escapen de la meua pràctica professional i de les quals ja s'estan ocupant altres professionals (advocats, administradors de finques, etc.).

Abans de tot hem de fer esment al fet que la regulació actual és aplicable també als edificis i conjunts establerts en règim de propietat horitzontal abans de la seva

entrada en vigor, si bé preveu l'obligació de les juntes de propietaris d'adaptar els seus estatuts a les noves previsions legals (disposició transitòria sisena).

II. INTRODUCCIÓ

En primer lloc hem de respondre tres preguntes sobre la propietat horitzontal:

1. Què és una propietat horitzontal?
2. Què pot constituir una propietat horitzontal?
3. Quina naturalesa jurídica té la comunitat de propietaris?

I. Què és una propietat horitzontal

La definició legal d'aquesta institució la trobem a l'article 553-1.1: "el règim jurídic de la propietat horitzontal confereix als propietaris el dret de propietat en exclusiva sobre els elements privatis i en comunitat amb els altres en els elements comuns".

No és aquesta definició legal un exemple de redacció immillorable, però conté ja la característica essencial de la figura: la coexistència d'una propietat exclusiva i una comunitat o copropietat.

Podríem definir la propietat horitzontal com aquell règim jurídic aplicable a un immoble en què coexisteixen elements de propietat privativa i elements comuns a tots els propietaris. Així doncs, són tres els elements essencials per poder parlar de propietat horitzontal:

- a.* Un immoble únic.
- b.* Uns elements d'aquest immoble que poden ser objecte de propietat exclusiva.
- c.* Altres elements de propietat comuna dels propietaris dels elements privatis.

Els articles 8.4 i 5 de la Llei hipotecària, redactats per la Llei de 1960, regulen la mecànica d'inscripció al Registre de la Propietat de la situació de propietat horitzontal. D'aquesta norma resulta l'existència d'aquests tres elements:

- a.* Una finca registral única, on s'inscriu la constitució en règim de propietat horitzontal.
- b.* Una finca registral pròpia per a cadascun dels elements objecte de propietat separada.
- c.* Encara que no es digui expressament, la descripció del total de l'edifici o immoble inclou la definició dels elements comuns i, a falta d'especificació, es considera element comú tot allò no inclòs en la descripció dels elements privatis.

També l'article 553-9.5 regula la forma d'inscripció en el mateix sentit, encara que és un precepte innecessari, ja que la regula la Llei hipotecària.

El paràgraf 2 de l'article 553-1 estableix que el règim jurídic de la propietat horitzontal comporta l'existència, present o futura, de dos titulars o més. Exigeix,

per tant, l'existència d'una pluralitat de propietaris. Això planteja un dubte: l'existència d'una pluralitat de propietaris és requisit essencial per al naixement de la propietat horitzontal? És a dir, si el propietari únic d'un edifici el constitueix en règim de propietat horitzontal, l'aplicació d'aquest règim jurídic queda suspès a l'aparició d'altres propietaris? Entenc que la resposta és negativa. El règim de propietat horitzontal neix des de la seva constitució pel propietari únic. La Llei ja disposa que aquesta situació de pluritularitat pot produir-se amb posterioritat. En realitat, la disposició legal tan sols implica que no hi haurà una situació de comunitat pròpiament dita fins que coexisteixen diferents propietaris, sense perjudici que el règim jurídic estigui plenament configurat.

D'altra banda, ja hem avançat que un dels elements que configuren aquesta institució és l'existència d'uns elements de propietat comuns a tots els propietaris dels elements privatis. Ara bé, aquesta comunitat no és una comunitat ordinària, i per tant no són aplicables les regles de l'article 552 en els diferents números d'aquesta mateixa llei, sinó les regles especials contingudes a l'article 553. Aquesta exclusió ja l'anticipa l'article 551-2.2 quan diu que: "La comunitat en règim de propietat horitzontal es regeix pel títol de constitució, que s'ha d'adequar a les disposicions del capítol III".

Per això la lletra c) de l'article 553-1.2 exclou dos dels elements essencials de la comunitat ordinària: l'acció de divisió i el dret d'adquisició preferent dels copropietaris que regulen els articles 552.4 i 552.10 de la Llei. En realitat no hauria estat necessària l'exclusió expressa d'aquests drets per l'especialitat del règim de propietat horitzontal.

2. Què pot constituir una propietat horitzontal

L'article 553-2 considera que poden constituir-se en règim de propietat horitzontal els edificis en què coexisteixen elements privatis, d'usos diversos, i comuns, i també els ports esportius, mercats, urbanitzacions privades, cementiris i qualsevol altre de semblant.

De fet, tal com s'indica en la norma de *numerus apertus* continguda al final de l'esmentat article, pot constituir-se en règim de propietat horitzontal tot immoble on coexisteixin elements de propietat privativa i elements comuns als propietaris dels elements privatis, sigui quina sigui la seva configuració física (edificis, ports, soterranis, urbanitzacions, etc.) i la seva destinació (habitatges, locals, aparcaments, etc., incloent-hi l'anecdòtica figura dels nínxols funeraris).

3. Quina naturalesa jurídica té la comunitat de propietaris

Aquesta tercera pregunta introductòria no obté resposta directa en la Llei, però sí indirecta. Sembla que el legislador català ha mantingut la situació tradicional de no dotar de personalitat jurídica la comunitat de propietaris. Així ho sembla no només perquè cap norma li atribueix aquesta qualitat, sinó també perquè l'article 553-4 atribueix a tots els propietaris una titularitat mancomunada tant dels crèdits com dels deutes i les obligacions de la comunitat.

Contra el que pugui semblar, no hi cap obstacle jurídic per configurar les comunitats de propietaris com a persones jurídiques plenes. El legislador fiscal els

dota de número d'identificació fiscal, i les lleis processals n'admeten la legitimació activa i passiva per actuar en els procediments. Però no es poden inscriure al Registre de la Propietat béns a favor seu. Per què no podem fer un pas més i dotar-les de personalitat jurídica? És veritat que la configuració dels elements privatis de benefici comú (article 533-34) ha resolt alguns problemes, però es podria haver avançat més amb el reconeixement ple de la seva personalitat.

III. CONSTITUCIÓ

Intentarem contestar algunes preguntes sobre la constitució del règim jurídic de propietat horitzontal.

1. Qui pot constituir un immoble en règim de propietat horitzontal

L'article 553-8.1 diu que: "El títol de constitució de la comunitat l'atorguen els propietaris de l'immoble".

Per tant, per constituir un immoble en règim de propietat horitzontal és necessari l'acord dels seus propietaris o la decisió del propietari únic. Planteja un dubte important la relació de l'article 553-8 amb l'article 552-7, per als supòsits en què l'immoble pertanyi a diversos propietaris en proindivís. L'article 552-7, en el capítol de la regulació de la comunitat ordinària indivisa, estableix que la majoria dels titulars poden acordar actes d'administració ordinària i que els propietaris de tres quartes parts de les quotes poden acordar actes d'administració extraordinària. Imposa l'article 553-8 una regla d'unanimitat que excepciona les regles de l'article 552-7? Entenc que no, ja que no ho diu així expressament. L'article tan sols exigeix que el títol l'atorguin els propietaris. Però com que abans de constituir-se la comunitat especial del règim de propietat horitzontal hi ha una comunitat ordinària, l'acord de constitució és un acte d'administració. És discutible si és ordinari o extraordinari, sent aquesta segona opció la més defensable per les especialitats que comporta aquest règim, entre les quals hi ha l'extinció de la comunitat ordinària sobre l'immoble total i la seva subrogació en els departaments d'aprofitament privatiu.

En cas de propietat separada entre usdefruit i nua propietat, són els nus propietaris els que poden acordar la constitució d'aquest règim, per aplicació de l'article 561-9.4, si bé podria aplicar-se, per analogia amb la construcció d'edificacions, la necessitat de notificar-ho als usufructuaris.

La configuració d'un immoble en aquest règim jurídic pot considerar-se un acte d'administració, per la qual cosa n'hi ha prou amb els requisits de capacitat que la Llei exigeix per administrar immobles. Per això, els menors d'edat actuen representats pels seus pares, sense necessitat d'autorització judicial ni consentiment de dos parents; els emancipats poden actuar per si mateixos; els incapaços han d'actuar d'acord amb la sentència d'incapacitat i, a falta d'especificació, estan representats pels seus tutors sense necessitat d'autorització judicial; els apoderats amb poder per administrar immobles poden atorgar el títol.

2. Quan es pot constituir un immoble en règim de propietat horitzontal

La Llei només demana que l'obra nova de l'edifici estigui declarada, la qual cosa es pot fer abans de constituir la propietat horitzontal o a la vegada, com a acte previ (article 553-9.4). No és necessari que l'edificació estigui acabada (articles 553-7 i 553-8). La Llei suposa que en tota constitució de propietat horitzontal és necessari que hi hagi una edificació prèvia, i així ho és en la majoria dels casos, però no sempre: pensem en un solar que es destina a aparcament, sense cap edificació, però amb elements comuns (les parts del solar destinades a passos, accessos, etc.).

3. Què succeeix si s'han venut alguns departaments abans de la constitució o inscripció del règim de propietat horitzontal

Són situacions de prehoritzontalitat aquelles en què el propietari de l'edifici ha venut departaments d'aprofitament independent abans de la constitució del règim de propietat horitzontal. La jurisprudència i la doctrina de la Direcció General de Registres i Notariat (DGRN) havien interpretat que si hi havia propietaris d'entitats independents abans de l'atorgament del títol constitutiu, encara que haguessin adquirit el seu dret per document privat, haurien d'intervenir en la constitució del règim de propietat horitzontal.

La Llei actual estableix les normes següents per a aquestes situacions:

- El promotor de l'immoble no pot adjudicar-se'l per dissolució de comunitat ordinària si ja ha venut algun departament en document privat; en aquest cas s'entén que ja no regeixen les regles de la comunitat ordinària (553-8.2)
- Els adquirents en document privat poden exigir la formalització immediata del títol constitutiu ajustat al projecte autoritzat per la llicència (553-8.2).
- Hi ha ratificació del títol de constitució si en l'escriptura de venda dels departaments es ressenya el títol de constitució i les normes de comunitat (553-8.3).

Com sempre, la Llei no pot resoldre tots els casos possibles. Per exemple, s'atorguen el mateix dia l'escriptura de constitució del títol i una escriptura de venda d'un departament, i com acostuma a passar, la primera no es presenta al registre el mateix dia de l'atorgament i la segona sí. Sembla que en aquests casos, si a la escriptura de constitució de propietat horitzontal no s'han ressenyat les normes de comunitat, el comprador del departament haurà de consentir-ho expressament *a posteriori*. Ara bé, si no s'inscriu la divisió horitzontal tampoc no es pot inscriure la compra del departament privatiu. Per tant, ens trobem davant d'una situació de difícil solució.

4. Quin títol formal és necessari per a la constitució d'aquest règim

En bona lògica, caben dues solucions possibles per a aquesta qüestió:

- Aplicar la regla general de llibertat de forma, de manera que el títol de constitució és vàlid sigui quina sigui la seva forma, sens perjudici de la necessitat d'inscriure'l al Registre de la Propietat perquè obligui tercers.
- Establir la necessitat d'inscriure el títol al Registre com a requisit per constituir el règim de propietat horitzontal.

La Llei no segueix cap d'aquestes solucions, sinó una altra de menys lògica, quan l'article 553-9.1 diu que: "El títol de constitució del règim de propietat horitzontal ha de constar en escriptura pública..."

La primera pregunta que ens planteja aquesta regla és si el legislador català s'aparta de la regla clàssica de llibertat de forma. Al preàmbul de la Llei que aprova el llibre cinquè del Codi civil es diu que el Codi parteix dels principis de llibertat civil, però també de promoció de la seguretat jurídica preventiva, i aquest últim es manifesta en la utilització equilibrada dels instruments notariais i dels registres públics en els supòsits en què l'interès públic i la transcendència dels interessos de tercers en fa aconsellable l'ús. Vol dir això que la defensa d'aquests interessos fa aconsellable exigir l'escriptura pública com a requisit per constituir una propietat horitzontal?

D'altra banda, el legislador català encara no ha modificat la regla de llibertat de forma dels contractes de l'article 1278 del Codi civil espanyol, integrada a la doctrina jurídica catalana. Així, l'article 531.1 del Codi civil català estableix que els béns s'adquireixen per l'existència d'un títol d'adquisició i per la tradició. Un dels títols d'adquisició són els contractes, que encara no estan regulats especialment a Catalunya, de manera que formen part de la nostra tradició jurídica les normes del Codi civil espanyol. D'aquest Codi, destaquem l'article 1280, que exigeix document públic per a determinats supòsits, però la jurisprudència ha interpretat que aquest requisit no ho és *ad solemnitatem*, sinó que es tracta d'un requisit d'eficàcia o de prova. Entenem que aquesta mateixa interpretació pot aplicar-se a la constitució de la propietat horitzontal.

La qüestió no és totalment innòcua. Pensem en el cas que els diferents propietaris d'un edifici acordin constituir-lo en règim de propietat horitzontal i pactin que els departaments privatis només podran estar destinats a habitatge. Si aquest acord no consta en escriptura pública, podria un dels copropietaris al·legar la no-validesa del pacte per falta de forma?

Per tant, aquí no compartim la solució del legislador. L'escriptura pública aporta a l'acte de constitució certesa sobre la seva existència (dóna fe de la data de constitució, de la identitat dels atorgants i del contingut de l'acord) i, a més a més, la intervenció del notari assegura una qualitat tècnica del títol. Però l'escriptura no dóna publicitat al títol de constitució, ja que el contingut dels protocols notariais no és públic. Si el que es volia era exigir publicitat al títol, la solució hauria estat establir-ne la inscripció al Registre com a requisit de la seva constitució. Personalment, entenc que no és necessari separar-se del sistema tradicional de llibertat de forma i establiment de la inscripció com a requisit per oposar la constitució a tercers adquirents, pels efectes de legitimació, fe pública

i oposabilitat que regulen els preceptes de la legislació hipotecària. I no oblidem que per inscriure el règim de propietat horitzontal, el títol constitutiu ha de constar en document autèntic (escriptura pública, document judicial o document administratiu).

La segona qüestió és quin efecte té la inscripció del títol de constitució al Registre de la Propietat. S'ha de descartar que aquesta inscripció sigui requisit per al naixement del règim jurídic de propietat horitzontal, ja que la Llei no ho disposa expressament. Al contrari, l'article 553.7 estableix que la propietat horitzontal s'ha d'inscriure al Registre de la Propietat d'acord amb la Llei hipotecària i amb els efectes que aquesta llei estableix. Aquests efectes són els ja enunciats de fe pública, legitimació i oposabilitat a tercers. Així ho reflecteix l'article 553-11.3 quan diu que els estatuts són oposables a tercers des que s'inscriuen al Registre de la Propietat.

5. Quin és el contingut del títol de constitució

La Llei estableix uns continguts mínims del títol de constitució i d'altres que també poden incloure-s'hi.

Els continguts mínims són els següents (article 553-9.1):

- Descripció de l'edifici en conjunt, amb indicació de si està acabat o no, i dels elements, instal·lacions i serveis comuns. Evidentment, si no és un edifici, la descripció és de l'immoble matriu.
- Descripció de tots els elements privatis, als quals ens referirem més endavant.

Altres possibles continguts del títol constitutiu (article 553-9.2):

- -Els estatuts:
 - i.* Concepte: són les normes que contenen la regulació essencial del funcionament de la comunitat. Formen part del títol constitutiu i, per això, són la llei que regeix les relacions entre els diferents propietaris, amb caràcter preferent a la mateixa llei, tal com disposa l'article 553-9.3. És molt important aquesta precisió, ja que determina l'aplicació subsidiària o dispositiva de la Llei, a diferència de les interpretacions doctrinals i jurisprudencials que donaven a les disposicions de la Llei de 1960 un caràcter imperatiu. Per tant, l'autonomia de la voluntat i la llibertat de pacte han de ser les regles generals, i per tant, els estatuts són la llei fonamental de la comunitat, i tan sols s'aplica la Llei a falta d'estatuts o de previsió estatutària.
 - ii.* Contingut: l'article 553-11 enumera uns possibles continguts dels estatuts (destinació, ús, limitacions, aprofitament dels béns privatis i comuns, exercici dels drets i obligacions, distribució de càrregues, despeses i beneficis, òrgans i forma de govern i administració), els quals són merament indicatius, ja que els estatuts no han de regular obligatòriament totes aquestes qüestions i poden regular qualsevol altra cosa que els propietaris constituents considerin.

- iii.* Contingut especialment admès: el número 2 de l'article 553-11 enumera una sèrie de clàusules de les quals es discutia la validesa amb la legislació anterior però que ara són expressament admeses:
1. L'autorització a segregar, dividir, agrupar o agregar entitats i desvincular annexos sense autorització de la comunitat. Es posa fi a una polèmica contradicció en aquesta qüestió entre la jurisprudència del Tribunal Suprem, que declarava nul·les aquestes clàusules (per exemple, les sentències de 9 de febrer de 1976 i de 31 de gener de 1981) i la doctrina de la DGRN, que les considerava inscripibles al Registre de la Propietat (per exemple, les resolucions de 20 de febrer de 1988 i de 21 de setembre de 2000).
 2. L'exoneració als propietaris de determinats elements de pagar algunes despeses.
 3. La possibilitat de crear zones comunes d'utilització exclusiva d'algun element privatiu.
 4. L'autorització per col·locar cartells de publicitat en la façana.
 5. La limitació de les activitats que es poden fer als departaments.
- iv.* Contingut no admès: veient el caràcter dispositiu de la Llei i el paper essencial que atorga als estatuts, entenem que s'ha d'admetre qualsevol regla que hi estigui continguda, excepte aquelles regles que impliquin una reserva a favor del promotor o constituent de la facultat de modificar unilateralment el títol de constitució o de decidir en el futur en assumptes de competència de la junta de propietaris (article 553-10.4). Un exemple freqüent d'aquests supòsits és la reserva de nomenament d'administrador de la comunitat que moltes vegades s'estableixen als estatuts.
- v.* Diferència amb el reglament de règim interior: l'article 553-12 preveu que els propietaris pactin un reglament de règim interior amb les regles de convivència i bon veïnatge dels propietaris i d'utilització dels elements comuns. Aquestes regles, que no poden oposar-se als estatuts, són obligatòries per als propietaris i usuaris dels elements privatis. La diferència entre aquestes regles i els estatuts radica en el grau d'importància de les qüestions regulades per cadascuna d'elles. Però aquesta diferència moltes vegades és difusa. Per modificar les normes estatutàries es necessiten les majories previstes per modificar el títol constitutiu, mentre que per aprovar i modificar les normes de règim interior n'hi ha prou amb l'acord de la majoria de quotes en segona convocatòria (article 553-25). Les normes estatutàries sols obliguen els tercers si consten inscrites al Registre de la Propietat, mentre que les normes de règim interior no s'inscriuen al Registre i, per tant, obliguen tothom des que s'aproven. En aquesta última qüestió hauria estat convenient possibilitar-ne la inscripció com a requisit de publicitat.
- Reserva de dret a edificar sobre o sota l'edifici o en el solar comú: l'article 553-13 admet aquesta reserva a favor del promotor pactada al títol constitutiu. No és una norma estatutària, ja que ha de constar en clàusula separada i específica. Aquest dret s'ha de subjectar als requisits de l'article

567-2 (nombre màxim de plantes, edificis o elements privatis, criteris per a la fixació de les quotes, termini per al seu exercici amb el màxim de 30 anys). El titular del dret pot, per sí sol, atorgar el títol d'ampliació d'obra nova i de modificació de les quotes, segons els criteris pactats en la reserva corresponent.

- La previsió d'una futura formació de subcomunitat (aparcaments, etc.).
- Plànol de l'edifici.

6. Requisits urbanístics per constituir un immoble en propietat horitzontal

La Llei 2/2002, de 14 de març, d'urbanisme, va introduir una novetat en aquesta qüestió. Fins aleshores, la constitució d'un immoble en règim de propietat horitzontal era un acte de voluntat dels propietaris sense cap tipus de control de l'Administració. És més, la divisió horitzontal era una de les excepcions en què no era necessària la llicència de parcel·lació. Aquest fet va portar a la utilització d'aquest règim jurídic com a mitjà per evitar el control municipal en operacions de fraccionament de finques. Amb la nova Llei d'urbanisme de Catalunya s'introduí l'article 210, que determina que les divisions horitzontals que tinguin per objecte l'increment d'habitatges o establiments contra les determinacions del planejament són considerades infraccions de parcel·lació urbanística. La regla no era gaire clara i va donar lloc ràpidament a un recurs contra la qualificació d'un registrador que va exigir llicència municipal per inscriure una divisió horitzontal. Contra l'opinió del notari recurrent (i la del seu client, que va constituir la propietat horitzontal), el president del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, en interlocutòria de 25 de febrer de 2004, va ratificar l'aplicació a les divisions horitzontals dels mateixos requisits urbanístics que els fraccionaments de finques. Per això és necessari acreditar l'obtenció de la corresponent llicència municipal per a la inscripció registral. Aquesta exigència ha estat reconeguda jurídicament pel Decret 287/2003 i mantinguda a l'article 210 del text refós de 2005 de la Llei d'urbanisme. Sembla encertada aquesta novetat de la Llei del 2002 com a instrument per controlar els requisits de densitat urbana i comercial que inclouen alguns planejaments. Ara bé, no s'aplicarà ni a les divisions horitzontals constituïdes abans de l'entrada en vigor de la Llei de 2002 ni a aquells edificis dels quals es pugui acreditar de manera fefaent que els habitatges o locals ja existien de forma independent abans de l'entrada en vigor d'aquesta llei, encara que no s'hagués constituït la propietat horitzontal. Això es pot acreditar per certificació municipal, cadastral, de tècnic competent o per acta notarial de notorietat.

7. Requisits per modificar la propietat horitzontal

Regula aquesta qüestió l'article 553-10 i exigeix un doble requisit:

A) Acord de la junta de propietaris. Els requisits de quòrum d'aquest acord depenen, en primer lloc, del que disposin els estatuts, que, com hem vist abans, són la llei principal de la comunitat. A falta de disposició estatutària, és necessari el següent:

- la unanimitat per modificar les quotes dels departaments privatius (article 553-3);
- el vot favorable de quatre cinquenes parts dels propietaris que representin quatre cinquenes parts de les quotes per modificar qualsevol altre aspecte del títol constitutiu o els estatuts (553-25);
- els acords que disminueixin les facultat d'ús o gaudi d'un propietari requereixen sempre el seu consentiment (553-25).

B) Les mateixes circumstàncies mínimes del títol de constitució enumerades a l'article 553-9. Entenem, però, que aquestes circumstàncies només són necessàries si s'alteren o modifiquen les originàries (per exemple, la descripció de l'immoble, d'algun departament, elements comuns, etc.).

C) L'article enumera uns supòsits en què no és necessari l'acord de la comunitat. Són els supòsits ja vistos d'autorització estatutària per segregar, dividir, etc., i l'execució de les reserves d'edificar. A més a més, en la lletra c) de l'article 553-10.2 s'inclou com a supòsit en què no és necessari l'acord de la junta el del canvi d'ús o alteració de destí d'un departament, llevat que els estatuts ho prohibeixin expressament. Aquesta regla ha portat al text legal el que ja va avançar la DGRN en les resolucions de 12 de desembre de 1986 i de 20 de febrer de 1989, però que després va matisar en la resolució de 23 de març de 1998. Amb la llei actual ja queda clar que la conversió d'habitatge a local comercial o a l'inrevés no necessita autorització de la comunitat si els estatuts no ho prohibeixen expressament. Però en aquests supòsits sempre és necessària la corresponent llicència municipal, per aplicació de l'article 210 de la Llei d'urbanisme, ja que impliquen incrementar el nombre d'habitatges o locals comercials que hi ha a l'edifici.

D) Altres alteracions en la descripció dels departaments privatius: un cas freqüent a la pràctica és aquell en què el propietari d'un departament privatiu n'altera la descripció. Es planteja la qüestió de quan és necessària l'aprovació de la junta de propietaris. Hem vist ja el cas d'alteració d'ús, que no requereix aquesta autorització. Tampoc no creiem que sigui necessària per alterar el nombre de cambres del pis o local (l'article 553-36 permet fer obres que no perjudiquin els altres propietaris). Però una altra cosa és la modificació de la superfície del departament o dels seus límits. Entenc que són dos supòsits de necessitat d'autorització de la comunitat, especialment en el cas d'augment de la superfície, que pot implicar l'apropiació d'elements comuns. Per això és preferible que en la descripció de les entitats s'indiqui també la superfície construïda i no sols la superfície útil, ja que la primera és la que permet comprovar els límits reals entre els elements privatius i els comuns.

8. Requisits per extingir aquest règim jurídic

L'article 553-14 preveu dos supòsits d'extinció:

A) Forçosa, en cas de destrucció, declaració de ruïna o expropiació forçosa de l'edifici. Per a la cancel·lació registral del règim de propietat horitzontal i conversió, si s'escau, en una comunitat ordinària segons les quotes dels departaments inicials, qualsevol propietari ha d'acreditar la declaració de ruïna

o destrucció, a menys que en els estatuts s'hagi pactat la continuació de règim amb obligació dels propietaris de reconstruir l'immoble.

B) Voluntària, per acord unànim dels propietaris i també dels titulars de drets reals dels departaments o, si no consenten, per autorització judicial.

9. Forma d'acreditar els acords de la comunitat per obtenir-ne la inscripció al Registre de la Propietat

Hem vist fins ara que per inscriure algunes operacions referents a la comunitat de propietaris és necessari l'acord de la comunitat (modificació d'estatuts, del títol constitutiu, desafectació d'elements comuns, etc.). Per acreditar aquests acords davant del Registre de la Propietat és necessari aportar un certificat expedit pel secretari de la comunitat de l'acord adoptat en què consti el quòrum o majoria amb què es va adoptar. La firma del secretari ha d'estar legitimada notarialment i s'ha d'acreditar la vigència del seu càrrec mitjançant l'exhibició del llibre d'actes corresponent. No és necessari que es detallin nominalment els propietaris que han votat l'acord ni la seva coincidència amb els titulars registrals de les finques corresponents. Això facilita molt l'adopció d'aquests acords, així com la inscripció de les operacions jurídiques corresponents. Ara bé, no s'estableix ni l'obligació d'inscriure aquests actes ni el termini de vigència de l'acord adoptat. Així, per exemple, els estatuts només obliguen els tercers adquirents si estan inscrits al Registre. Però pot succeir que la comunitat hagi aprovat aquests estatuts abans de l'adquisició d'un tercer, però els hagi inscrit amb posterioritat. Els tercers adquirents no han votat aquests estatuts ni els coneixien en adquirir el seu departament. Sembla que aquests tercers adquirents poden al·legar que els nous estatuts no els són aplicables si no els consenten. Crec que seria preferible establir un termini breu que obligui la comunitat a inscriure aquests actes.

Quan la comunitat ha d'atorgar un títol (per exemple, la modificació dels estatuts, la desafectació d'un element comú, etc.), l'ha de representar el president de la comunitat, que ha d'acreditar el seu càrrec mitjançant l'exhibició del llibre d'actes corresponent i ha de justificar la seva actuació per certificació de l'acord que l'empara, expedit pel secretari amb firma legitimada notarialment.

10. Comunitats horitzontals de fet

Amb aquesta terminologia anomenem les situacions en què, sense que hi hagi un títol de constitució de la propietat horitzontal, trobem un edifici en què hi ha diferents departaments que són objecte d'un aprofitament independent per diferents propietaris. En tots els registres trobem edificis en què no hi ha títol de constitució de la propietat horitzontal però en què es transmeten participacions indivises a les quals s'adjudica el dret d'ocupar un departament o gaudir-ne. La Llei no dona solucions a aquestes situacions anòmales. És cert que qualsevol propietari pot instar la constitució d'aquest règim jurídic, però mentre no s'arribi a aquest acord o es dicti la resolució judicial, la situació jurídica és absolutament confusa. El registre no pot publicar l'atribució d'un departament que jurídicament no existeix, no queda clara la no-aplicació de les regles de les

comunitats ordinàries, amb el dret d'adquisició preferent i de divisió de la cosa comuna, etc. Per això creiem recomanable una solució legal per permetre la legalització d'aquestes situacions de fet (per exemple, permetre l'atorgament del títol constitutiu sense unanimitat, etc.).

IV. ELEMENTS DE LA PROPIETAT HORITZONTAL

Com ja hem avançat, la propietat horitzontal implica l'existència d'un únic immoble en què coexisteixen dues classes d'elements: els privatisius i els comuns.

A) Elements privatisius

- Són aquells elements de propietat separada i exclusiva, i la seva titularitat comporta la copropietat dels elements comuns.
- Han d'enumerar-se al títol constitutiu, indicant número d'ordre, quota general i especials, si n'hi ha, superfície útil, límits, planta en què està situat, destinació, annexos i vinculacions (article 553-9).
- La quota és l'element essencial per determinar la participació dels propietaris en la comunitat. L'article 553-3 s'hi refereix i podem destacar-ne les característiques següents:
 1. La finalitat de la quota és determinar la posició de cada propietari respecte dels béns comuns. Per això serveix per fixar:
 - i.* La participació en les despeses comunes, si no s'ha pactat una altra cosa.
 - ii.* Els drets polítics o de govern de cada propietari.
 - iii.* La posició de cada propietari en cas d'extinció del règim de comunitat horitzontal i la seva conversió en comunitat ordinària.
 2. Ha de precisar-se en centèsimes, i encara que la Llei no ho diu expressament, han de sumar el 100 %.
 3. Hi ha total llibertat dels propietaris per fixar les quotes, ja que els criteris de l'article 553-3.2 són sols orientatius (superfície, usos, etc.). Sols en cas de discrepància entre els propietaris constituents, aquests criteris legals orientarien la decisió judicial respecte d'això.
 4. Poden existir, a més de la quota general, altres quotes especials per a determinades despeses o espais.
 5. Per a la seva fixació inicial sempre és necessari que hi hagi acord unànime dels propietaris o, supletòriament, de l'autoritat judicial. Per a la seva modificació s'aplica la mateixa regla, però els estatuts poden fixar regles diferents, la qual cosa és una important novetat de la llei catalana.
- Han de tenir independència funcional (habitatges, locals o altres usos) i accés propi a la via pública, directament o a través d'elements comuns (article 553-33). També és possible que l'accés sigui assegurat mitjançant servitud a un altre element privatiu del mateix edifici o d'un altre immoble.

- La llei crea una categoria nova d'elements privatis. Són els elements privatis de benefici comú. Hem vist abans que no es reconeixia a la comunitat de propietaris personalitat jurídica. Això provocava importants problemes quan la comunitat de propietaris optava per administrar de manera directa elements privatis per donar un servei directe o un benefici econòmic als propietaris. La llei ha creat aquesta categoria per resoldre aquests problemes, solució que ens sembla molt encertada. Són elements que per previsió al títol constitutiu o per acord posterior pertanyen a tots els propietaris en proporció a la seva quota, de manera similar als elements comuns, però dels quals es pot fer un aprofitament privat. La seva titularitat registral és en realitat un supòsit de titularitat *ob rem*: s'inscriuen a favor de tots els propietaris dels altres elements privatis i la transmissió d'aquest element implica també i simultàniament la transmissió de la participació en l'element privat de benefici comú. D'ells podem destacar:
 1. Creació: poden fixar-se al mateix títol constitutiu o amb posterioritat. En aquest darrer cas, caben dues possibilitats:
 - i. Crear-se com a resultat d'un procés de desafectació d'un element comú, que veurem més endavant.
 - ii. Crear-se com a resultat d'una adquisició directa per la comunitat d'un element privat preexistent. L'acord de la junta per a aquesta adquisició entenem que no està subjecte a quòrums especials, per la qual cosa n'hi ha prou amb l'acord de la majoria (no modifica el títol constitutiu ni l'estructura o configuració física de l'edifici).
 2. Alienació o gravamen: necessita acord unànime de la junta. Entenem que aquesta regla és aplicable a falta d'altra disposició estatutària.
 3. Administració: n'hi ha prou amb l'acord de la junta de propietaris per majoria.
- Es poden vincular als elements privatis de manera inseparable espais físics determinats. Són els annexos (article 553-35). Han de constar en la descripció de l'element privat i, per tant, no tenen quota pròpia. La seva transmissió separada de l'element privat comporta la modificació del títol constitutiu (a falta de disposició estatutària, vot de quatre cinques parts dels propietaris que representin quatre cinques parts de les quotes). Només se'n pot cedir l'ús si són aparcaments o trasters i no ho prohibeixen els estatuts.
- Els propietaris dels elements comuns poden fer-hi tot el que no perjudiqui els altres propietaris ni la comunitat. Això últim succeeix si afecta la solidesa, composició o aspecte exterior de l'edifici. Per això, s'ha de comunicar a la comunitat quan un propietari es proposa fer obres en el seu departament (article 553-36), encara que no es preveu sanció per la seva omisió. És evident, per tant, que no poden fer-se obres que alterin elements comuns sense consentiment de la comunitat. Ara bé, transcorreguts sis anys des de les obres sense oposició de la comunitat, es pressuposa aquest consentiment (article 553-36.3). Igualment, els propietaris han de mantenir el seu element en bon estat (article 553-38). Tampoc no poden

desenvolupar-se activitats contràries a la convivència de la comunitat o que facin perillar l'edifici, prohibides als estatuts o per la normativa urbanística (articles 553-40 i 553-47).

- Els elements privatius són transmissibles i gravables lliurement, si bé amb obligació de notificació del canvi de titularitat, i el nou propietari ha de designar un domicili per a notificacions (article 553-37). Igual que en altres supòsits, tampoc no hi ha sanció expressa per falta de compliment d'aquesta obligació, si bé sí que hi té importants conseqüències: les notificacions fetes al propietari anterior són vàlides a falta de la comunicació esmentada. És interessant la referència a la possibilitat de constituir servituds en benefici de finques d'altres immobles, les quals s'extingeixen en enderrocar-se o destruir-se l'edifici.

B) Elements comuns:

L'article 553-41 conté una enumeració merament enunciativa d'aquests elements. En realitat, són elements comuns tot allò no inclòs en la descripció dels elements privatius. L'article 553-42 permet l'habitual pràctica d'assignar a un departament privatiu l'ús d'un element comú. Aquesta assignació s'ha de contenir en la descripció de l'element privatiu corresponent, i el seu propietari ha d'assumir les despeses ordinàries de conservació, i la comunitat, les despeses estructurals o extraordinàries.

Els elements comuns poden perdre aquest caràcter per la seva desafectació (article 553-43). Aquesta alteració requereix un acord unànim de la comunitat de propietaris (excepció a l'article 553-25), sempre que els estatuts no indiquin una altra cosa, com hem vist anteriorment. Respecte dels titulars de drets reals que graven els departaments privatius (sobretot hipoteques), la solució és discutida:

- La DGRN, en les resolucions de 13 de juny de 1998 i de 28 de febrer de 2000, entre d'altres, ha entès que l'acte de desafectació és un acte col·lectiu de la comunitat de propietaris i, per tant, en la decisió no han d'intervenir els titulars de drets reals limitats. Ara bé, el departament desafectat resta gravat amb totes les hipoteques que gravaven els departaments privatius, en proporció a la quota que tenia cada un d'ells abans de la desafectació.
- La segona posició comparteix el primer enunciat de l'anterior: és la junta de propietaris la que ha d'acordar la desafectació i els titulars de drets reals dels departaments no són membres d'aquesta junta de propietaris. Però, a diferència de la posició anterior, la conseqüència lògica de tot això és que el nou departament neix lliure de les càrregues dels altres departaments. Els titulars dels drets reals poden impugnar judicialment l'acord si s'ha fet en frau dels seus drets, però, a falta d'impugnació, l'acord és vàlid i el nou departament no resta gravat per aquests drets. Personalment, entenc que aquesta segona posició és l'única factible en la pràctica, ja que la posició de la DGRN impedeix *de facto* les desafectacions d'elements comuns. Però, a més a més, és l'única que comprèn el caràcter de la comunitat de propietaris com a òrgan col·lectiu en què només són part els propietaris i no els altres titulars de drets reals. Encara que la nova llei no hagi donat solució a aquest problema, com hauria estat desitjable, creiem que la

Direcció General de Dret i Entitats Jurídiques de Catalunya o els òrgans jurisdiccionals catalans, que hauran de resoldre els recursos contra les qualificacions dels registradors, tenen arguments suficients per separar-se de la doctrina de la DGRN abans esmentada.

Després d'aquesta desafectació caben dues possibilitats:

- Vincular-ne l'ús a un element privatiu preexistent.
- Convertir-lo en nou element privatiu, de la categoria dels elements privatis de benefici comú, amb assignació de quota i modificació de la quota dels altres departaments. És aquesta una gran novetat, ja que amb la legislació anterior no cabia la inscripció de l'element desafectat fins que no es transmetés a un tercer, ja que la comunitat de propietaris no té personalitat jurídica. Per això s'obligava la desafectació i venda simultània del nou element, cosa que dificultava el procés d'obtenció de crèdit hipotecari per la falta d'inscripció del mateix departament abans de la venda.

V. DESPESES DE LA COMUNITAT. GARANTIA. DEUTES DE LA COMUNITAT

Tots els propietaris han de sufragar les despeses comunes en proporció a llur quota de participació, d'acord amb les especialitats que fixen el títol constitutiu i els estatuts. Aquestes especialitats poden donar lloc a quotes especials d'algunes despeses. Igualment, la comunitat, per acord de les quatre cinquenes parts del propietaris i quotes, poden acordar que un departament pagui més per certes despeses, però sense excedir el doble de la quota (article 553-45).

Per a l'efectivitat del cobrament d'aquests deutes, els elements privatis responen del pagament de les despeses comunes, ordinàries i extraordinàries, corresponents a la part vençuda de l'any corrent i les de l'any anterior. És la denominada *afecció real* (article 553-5). L'important i la diferència d'aquests deutes radiquen en el fet que no són deutes personals de qui era propietari en el moment del seu naixement, sinó que són deutes que afecten el departament amb independència del seu titular. Aquesta afecció real implica també que la reclamació del deute afecti els titulars d'altres drets reals inscrits (hipoteques, etc.) o anotats (embargaments).

El procediment ordinari d'execució forçosa, a falta de pagament voluntari, en principi s'ajusta al de qualsevol altre deute: demanda judicial contra el propietari deutor i embargament dels béns de què sigui titular, ja sigui el mateix departament que ha originat el deute o qualssevol altres béns. Ara bé, quan la reclamació al propietari actual es fonamenta en el caràcter real del deute, perquè correspon al deute de l'any anterior i de l'actual, encara que fossin contrets per un propietari anterior, l'embargament sols es pot sol·licitar sobre el mateix departament i no sobre altres finques del propietari actual. En aquest cas podem dir que el propietari actual no és deutor, però sí que l'afecta el deute en la finca que l'origina. Si es vol fer efectiu el deute davant de titulars de drets inscrits o anotats, aquests

titulars han de ser demandats també en el procediment. Per evitar que pel pas del temps el deute perdi el caràcter de real i no afecti el propietari actual ni els titulars d'altres drets reals, es pot sol·licitar l'anotació preventiva de la demanda que s'interposi per aquesta reclamació, indicant sempre en el manament que la reclamació correspon al deute de l'any corrent i de l'any anterior.

La llei catalana no ha mantingut el caràcter privilegiat del crèdit a favor de la comunitat de l'article 9 de la llei estatal. No sabem si es tracta d'un oblit o si en realitat s'ha considerat que la qualificació del deute com a afecció real de la finca ja el protegeix suficientment.

Com que els deutes anteriors poden afectar els nous adquirents, la Llei obliga els transmissors a declarar que estan al corrent de pagament de les despeses de la comunitat o la part pendent d'aquestes despeses, per a la qual cosa han d'aportar un certificat expedit pel secretari de la comunitat en aquest sentit. Aquesta obligació ja constava en la legislació anterior des de la reforma de 1999, però en la pràctica presenta importants deficiències que no s'han resolt amb la llei catalana:

1. L'adquirent pot renunciar a obtenir el certificat, que es converteix en molts supòsits en clàusula d'estil en moltes escriptures.
2. Segons la DGRN (per exemple, la resolució de 19 d'octubre de 2005), els registradors no podem comprovar el compliment d'aquesta obligació, per la qual cosa l'incompliment de l'obligació no té sanció de cap tipus.
3. Els certificats són documents privats, sense que es comprovi la identitat ni el càrrec de qui l'expedeix.

Tot això porta a considerar molt dèbil el sistema de protecció tant de la comunitat com dels tercers adquirents respecte dels deutes de despeses comunes garantides amb afecció real. Una solució imaginativa podria consistir a fer constar en el Registre les quantitats degudes per cada propietari mitjançant una comunicació remesa directament al Registre de la Propietat pels secretaris de les comunitats amb firma electrònica.

Respecte dels deutes de la comunitat, la mateixa comunitat en respon amb els seus fons i crèdits i amb els elements privatis de benefici comú (article 553-46). Ara bé, l'article 553-46.2 exigeix per embargar-los que el manament es dirigeixi contra tots els propietaris, demandant-los personalment. No crec que sigui una solució pràctica; la demanda dirigida contra la mateixa comunitat hauria de ser suficient. Per contra, és lògica l'exigència de demandar el propietari per l'embargament dels departaments privatis ordinaris.

VI. GOVERN DE LA COMUNITAT

Els articles 553-15 a 553-32 regulen els òrgans de la comunitat, les seves facultats i la forma d'adoptar els seus acords. Per tant, regulen el govern de la comunitat.

La Llei manté la separació entre un òrgan sobirà i altres òrgans de representació o administració. El primer és la junta de propietaris, formada per tots els

propietaris dels departaments privatius. Els segons són el president, el secretari i l'administrador.

Els tres últims òrgans, que poden recaure en una mateixa persona, es reparteixen les facultats d'execució de la manera següent:

- a) Les facultats representatives corresponen al president (en aquesta categoria s'inclouen les enumerades a l'article 553-16). Per això és qui representarà la comunitat en tots els actes inscripibles.
- b) Les facultats fedatàries corresponen al secretari (article 553-17), i és qui expedeix els certificats que acrediten els acords de la junta.
- c) Les facultats de gestió corresponen a l'administrador (article 553-18).

De la junta de propietaris, òrgan sobirà de la comunitat, se n'ocupen els articles 553-19 a 553-32. Fan una regulació acurada del funcionament, reunions, convocatòries, assistència, constitució, acords, impugnació, suspensió, etc. No ens detindrem en aquestes qüestions, moltes de les quals no modifiquen la legislació anterior. Ara bé, sí que creiem destacables les següents:

- No tenen dret de vot els propietaris que tenen deutes pendents a menys que hagin impugnat judicialment els comptes i hagin consignat l'import. Aquests vots tampoc no es computen per a la formació de majories.
- S'ha suprimit el requisit d'unanimitat per modificar el títol constitutiu: n'hi ha prou amb l'acord de quatre cinquenes parts dels propietaris que representin quatre cinquenes parts de les quotes.
- Els propietaris no assistents que no s'oposin als acords en un mes des de la notificació es computen com a vot favorable. La notificació es fa al domicili que hagi designat cada propietari, i a falta d'aquest domicili, en el mateix element privatiu de què és titular i al tauler d'anuncis.
- Si els elements privatius pertanyen a una comunitat ordinària han de designar un copropietari per acudir a la junta, però la Llei no determina com s'ha de nomenar ni què passa si hi acudeixen dos o més copropietaris i voten de manera diferent. En cas que sobre les finques hi hagi un dret d'ús o de gaudi, és el propietari qui hi pot assistir. Igualment, en cas d'usdefruit i nua propietat, hi ha d'assistir el nu propietari.
- Amb tots els acords adoptats es redacta una acta i es transcriu a un llibre d'actes. Aquest llibre ha d'estar legalitzat pel registrador de la propietat del districte corresponent pel procediment de l'article 415 del Reglament hipotecari.

VII. COMUNITATS HORITZONTALS AMB RÈGIM ESPECIAL

Finalment, la Llei regula les denominades propietats horitzontals complexes i propietats horitzontals per parcel·les.

Com hem vist al principi, es pot constituir en règim de propietat horitzontal tot immoble en què coexisteixin elements privatius i elements comuns. La Llei fa una enumeració de possibles supòsits, però sense tancar la possibilitat

d'altres. Així doncs, no seria necessària una regulació expressa per permetre propietats horitzontals complexes o propietats horitzontals per parcel·les, però el legislador ha considerat convenient dotar-les de normativa pròpia. Les propietats horitzontals complexes ja estaven regulades a la llei estatal, a l'article 24, introduït a la reforma de 1999. Respecte de les parcel·les, la regulació catalana és una novetat. Com que aquestes darreres són objecte de l'exposició següent, tan sols ens referirem a la propietat horitzontal complexa (articles 553-48 a 553-52).

La característica essencial de la propietat horitzontal complexa és la coexistència de subcomunitats integrades en un mateix immoble. Són els casos de conjunts immobiliaris o d'edificis amb diferents portals o escales. També els locals d'aparcaments o trasters, encara que pertanyin a diferents edificis.

Per tant, cada persona propietària d'un departament privatiu exerceix la copropietat dels elements comuns de cada escala, portal o edifici, i també dels del conjunt total. Per això hi ha una doble quota: una de particular sobre l'escala, portal o edifici, i una de general sobre el conjunt.

La constitució d'aquest règim pot fer-se inicialment o per associació de diverses comunitats ja existents. En el primer cas es descriu el conjunt total, les diferents subcomunitats en què es divideix i els departaments privatius de cadascuna. L'assignació de la quota general és pot fer assignant una quota a cada subcomunitat o bé assignant una doble quota a cada departament (la general i la de la seva subcomunitat). En el segon cas, és necessari que hi hagi l'acord de les comunitats que s'associen. És discutible quin quòrum és necessari per adoptar aquest acord. Entenem que, a falta de disposició estatutària, serien necessaris els mateixos requisits que per modificar el títol constitutiu, per la transcendència que comporta la creació de la nova realitat, amb noves despeses i obligacions per als propietaris de les entitats privatives.

La mecànica registral consisteix a obrir foli registral pel conjunt total, foli propi per a cada subcomunitat i finalment foli de cada departament privatiu.

Per la gestió de la supracomunitat, la Llei preveu la formació d'un consell de presidents de subcomunitats que regirà l'administració ordinària. Ara bé, no queda clar en la Llei si els estatuts poden atorgar a aquest consell facultats com les de modificar el títol constitutiu de la supracomunitat o extingir-la.

L'article 553-52 fa una especial referència als garatges i trasters. Estableix que el local destinat a aparcaments o trasters constitueix una subcomunitat pròpia, a menys que els estatuts ho prohibeixin, si aparcaments o trasters són entitats privatives independents o es transmeten per participacions indivises amb dret d'ús d'una plaça d'aparcament o traster; per contra, no hi ha subcomunitat si els aparcaments o trasters són annexos dels altres departaments o el local aparcament és un element comú del total edifici. La subcomunitat especial és obligatòria quan diversos edificis comparteixen local destinat a aparcament o trasters.

Veiem que la Llei conté una referència al supòsit de transmissió de quotes indivises del local destinat a aparcament amb assignació del dret a la utilització d'un aparcament o traster. És una pràctica molt comuna, amb inici en les notaries, per evitar relacionar totes les places que hi ha en el local total. Aquesta pràctica

ha estat nefasta, amb molts errors de participacions i d'identificacions de les places, que a la pràctica s'han traduït en nombrosos plets i una situació registral complexa. La reforma del Reglament hipotecari de 1998 va obligar a descriure les places o trasters amb indicació de la seva superfície i límits en cada transmissió d'una participació del local total. El Tribunal Suprem, en sentència de 31 de gener de 2001, va anul·lar aquesta exigència a instància d'una associació notarial. Ara bé, encara és vigent l'article 53.b) del Reial Decret 1093/1997, de 4 de juliol, amb la mateixa exigència. En definitiva, podria haver-se aprofitat aquesta llei per posar fi a aquesta confusa pràctica i exigir la definició inicial de totes les places i trasters existents, amb obertura de foli registral per a cadascuna.

ASPECTES PRÀCTICS DE LES URBANITZACIONS PRIVADES EN LA NOVA REGULACIÓ DEL CODI CIVIL DE CATALUNYA

EMILI GONZÁLEZ BOU

NOTARI

SUMARI

I. Concepte i configuració de les urbanitzacions privades	163
II. Finques de titularitat privativa	167
III. Elements de titularitat comuna i limitacions.....	168
IV. Títol de constitució	170
1. Contingut civil del títol constitutiu.....	171
2. Contingut administratiu i urbanístic del títol constitutiu	173
3. Qui atorga el títol constitutiu.....	174
4. Constància registral.....	176
V. Extinció voluntària	178

Les urbanitzacions privades han estat una de les qüestions jurídiques més debatudes doctrinalment, començant per la controvèrsia de la mateixa denominació,¹ seguint amb la configuració i acabant amb el règim jurídic. No obstant això, no crec convenient entrar en discussions purament teòriques ja que el més important avui és examinar la regulació que de les urbanitzacions privades fa el llibre cinquè del Codi civil de Catalunya, relatiu als drets reals, aprovat per llei del Parlament de Catalunya de 10 de maig de 2006, de manera que el que faré serà comentar els articles que les regulen per, a través de la seva anàlisi, posar en relleu aquells aspectes pràctics, especialment notariais i registrals, més destacats.²

¹ El llibre cinquè del Codi civil de Catalunya opta per la denominació *propietat horitzontal per parcel·les*, que es considera més correcta per definir la situació de les “mal anomenades urbanitzacions privades”, com diu l’exposició de motius. No obstant això, el cert és que aquesta darrera denominació ha tingut un èxit evident en la pràctica jurídica i en la societat, de manera que és la que utilitzarem normalment en aquesta exposició.

² Per tant, partim de la base que una cosa és el procés urbanitzador, regulat pel dret administratiu urbanístic, i una altra la urbanització resultant, pròpia del dret privat, que és aquella a què ens referim en aquesta exposició, distinció que va posar en relleu GETE-ALONSO Y CALERA, M. C.: “Urbanizaciones privadas (explicación de una propuesta de regulación)”, *La Notaría*, setembre-octubre de l’any 2001, número 9-10, pàg. 99 i seg. Tampoc no ens referirem aquí a les “entitats urbanístiques col·laboradores” i, especialment, a les “entitats administratives de conservació”, que sorgeixen quan el planejament urbanístic preveu que les obres d’urbanització, una vegada acabades, en lloc de ser cedides

No obstant això, i prèviament, s'ha de precisar que dins del terme *urbanitzacions privades* s'hi poden incloure dues situacions similars, encara que diferenciades:

- a) La urbanització formada per parcel·les físicament independents objecte de propietats absolutament separades que tenen una participació en determinats elements comuns situats en altres parcel·les o zones de la urbanització.
- b) El conjunt format per parcel·les que, si bé també són objecte de propietat separada i són independents, estan integrades en una unitat formada pel solar originari objecte de divisió.

La diferència entre les dues és el grau d'independència dels elements privatis que la integren, que en la primera forma és molt més acusada ja que el terreny no és mai un element comú, sinó exclusiu de cada propietari. En canvi, en la segona modalitat la independència és matisada en tant que sorgeix de la divisió en propietat horitzontal d'un terreny o solar, amb la qual cosa es creen entitats jurídicament independents que tenen com a annex inseparable el terreny situat al voltant de la casa, si bé aquest terreny serà realment un element comú d'ús privatiu de cadascuna de les cases. Aquesta segona possibilitat es dona quan el terreny no permet fer una divisió material per finques absolutament independents pel fet que les que es pretén construir no tenen la superfície mínima establerta per la normativa urbanística, raó per la qual es recorre a la figura de la divisió horitzontal, de manera que cada casa constitueix un element privatiu jurídicament independent, amb una quota de comunitat sobre els elements comuns, que tot sovint es limiten al terreny sobre el qual s'han construït totes les cases. En aquesta fórmula, el jardí privatiu de cada casa, com a terreny, és element comú, però a la vegada és d'ús exclusiu de cada casa, de manera que es parla d'annexos d'ús exclusiu que són inseparables de cadascuna de les cases. Per tant, ens trobem davant d'una veritable propietat horitzontal ordinària o simple, regulada en la secció 2a del capítol tercer, encara que estesa sobre el terra, que no presentaria especialitats respecte a la propietat horitzontal en general, llevat de la configuració física i material dels elements comuns.

Un cop feta aquesta precisió, l'objecte d'aquesta exposició haurà de ser la veritable urbanització privada a què ens hem referit en primer lloc, caracteritzada pel fet d'estar formada per un conjunt de solars físicament independents que participen de manera inseparable d'uns elements comuns situats en la mateixa urbanització.

immediatament a l'Administració, que s'ocuparia ja de la seva conservació, aquesta s'encarrega temporalment als propietaris a través de l'entitat urbanística col·laboradora, que és una entitat de base associativa integrada necessàriament per tots els propietaris afectats pel procés urbanitzador. Aquestes entitats estan regides per la normativa urbanística i només serveixen per organitzar el compliment de les obligacions dels propietaris de les parcel·les davant l'Administració, però no per regular els seus drets i obligacions de caràcter civil que deriven de la urbanització.

Finalment, tampoc no ens referirem a aquelles urbanitzacions que, havent nascut com a privades, ja han cedit tots els elements comuns a l'ajuntament i s'han convertit en un nucli de població municipal ordinari, encara que caracteritzat pel fet d'estar format per parcel·les independents, la qual cosa el diferencia del nucli urbà.

D'altra banda, i abans d'entrar en l'estudi detallat de la institució, no em puc estar d'avançar l'encert del legislador català de regular les urbanitzacions privades, ja que tenen una indubtable importància al nostre país. És cert que la regulació en el Codi civil català no era imprescindible, ja que s'haurien pogut regular per la legislació estatal, que avui dona la Llei de propietat horitzontal, de 21 de juliol de 1960, amb la modificació de la Llei 8/1999, de 6 d'abril, reguladora, precisament, dels complexos immobiliaris privats, però el cert és que a Catalunya aquesta institució ha tingut una gran implantació. Als anys seixanta i setanta neix i es desenvolupa dins del fenomen turístic, i als vuitanta es comença a utilitzar al voltant de les ciutats amb més habitants com una reacció a la recerca d'una primera residència amb millors condicions de vida³ i a un preu més adequat a les economies familiars, ja que era una forma d'obtenir sòl edificable més barat. Per aquestes raons, entre d'altres, les urbanitzacions privades han tingut una expansió incessant al nostre país i en la seva regulació jurídica hi ha hagut una línia d'actuació marcada per notaris i registradors que van aplicar a les urbanitzacions privades la Llei de propietat horitzontal, degudament adaptada a les especialitats d'aquestes urbanitzacions. Aquesta pràctica constant, unida a l'extensió de les urbanitzacions privades a què fèiem esment, ha creat una manera de regular les urbanitzacions privades prou estesa i constant al nostre país que justifica que el legislador català les reguli al Codi civil sota la denominació de *propietat horitzontal per parcel·les*.

I. CONCEPTE I CONFIGURACIÓ DE LES URBANITZACIONS PRIVADES

La mateixa sistemàtica del Codi civil ja ens anticipa la configuració de les urbanitzacions privades, ja que el títol cinquè engloba les anomenades *situacions de comunitat*. En el capítol primer es regulen les disposicions generals, en el segon la comunitat ordinària indivisa, en el tercer el règim jurídic de la propietat horitzontal i en el quart la comunitat especial per torns. I, a la vegada, el capítol tercer, que és el que aquí ens interessa, es divideix en quatre seccions, la primera dedicada a les disposicions generals, la segona a la propietat horitzontal simple, la tercera a la propietat horitzontal complexa i la quarta a la propietat horitzontal per parcel·les. D'aquesta manera, el legislador ja ens està dient clarament que les urbanitzacions privades constitueixen una forma de propietat horitzontal o, millor dit, un règim jurídic que es configura com una especialitat del general de la propietat horitzontal, la qual cosa confirma l'article 553-53 quan diu que:

“1. El règim de propietat horitzontal es pot establir, per parcel·les, sobre un conjunt de finques veïnes físicament independents que tenen la consideració de solars, edificats o no, formen part d'una urbanització i participen amb caràcter inseparable d'uns elements de titularitat comuna, entre els quals

³ No es tracta simplement d'accedir a un habitatge més gran o de millor qualitat, sinó també a instal·lacions esportives, centres culturals i d'esbarjo, serveis de seguretat, neteja i consergeria i zones verdes.

s'inclouen altres finques o serveis col·lectius, i també limitacions sobre llur gaudi a favor de totes o d'algunes de les altres finques del conjunt.- 2. El règim de propietat horitzontal per parcel·les afecta amb caràcter real les finques o els solars privatius i es regeix per les normes específiques d'aquesta secció i, supletòriament, per les d'aquest capítol d'acord amb la seva naturalesa específica i salvant sempre el que disposa la normativa urbanística aplicable."

Per tant, la urbanització privada tindrà els elements següents:

1. Les propietats separades, exclusives o independents, que són les parcel·les edificables o ja edificades.
2. Una comunitat sobre els elements i serveis comuns, de manera que és essencial que la propietat dels elements privatius comporti necessàriament la pertinença a la comunitat sobre els elements comuns destinats al servei i utilitat de tota la urbanització, sent aquesta vinculació de caràcter real i tenint en compte que la comunitat tant por recaure sobre finques com sobre serveis col·lectius i que les normes de comunitat poden també establir limitacions sobre el gaudi de totes o algunes finques en funció de la conveniència del conjunt urbanístic.
3. Una organització que permeti l'administració i conservació dels elements comuns i l'exercici ordenat dels drets i obligacions de tots els propietaris, que aquest precepte no regula i que es regirà pel que disposin els estatuts i, si no hi ha regulació, per les disposicions generals de la propietat horitzontal de la subsecció tercera de la secció 1a del capítol tercer, amb les adaptacions que siguin necessàries.

Aquests elements permeten, com diu GETE-ALONSO, configurar-la com "un règim jurídic propi, comunitari sobre el nou objecte de dret, considerat de manera unitària, el qual es considera com a urbanització privada..."⁴ o propietat horitzontal per parcel·les.

Atesa aquesta situació de fet, el Codi considera aplicables a la urbanització privada les normes de la propietat horitzontal, encara que reconeix que no es poden considerar situacions idèntiques, ja que, si bé a l'article 553-53 es diu que "el règim de la propietat horitzontal es pot establir per parcel·les...", s'assenyala també que seran aplicables a les urbanitzacions privades les normes de la propietat horitzontal "d'acord amb la seva naturalesa específica..." Així doncs, és clar que el legislador català ha optat per adoptar la tesi formulada per SAPENA TOMAS,⁵ que va posar en relleu que la situació dels copropietaris era similar

⁴ Op. cit., pàg. 104. Per aquesta autora, "la unitat d'aquest objecte de dret resideix en el fet que està format simultàniament per béns que són privatius dels titulars i béns que són comuns, béns entre els quals el vincle jurídic es representa per una quota", op. cit., pàg. 107.

⁵ SAPENA TOMAS, "Problemática jurídica de las urbanizaciones privadas", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 1968, tom XVI, pàg. 486 i seg. Aquest autor va considerar aplicables les normes de la propietat horitzontal a les urbanitzacions privades atesa l'analogia entre ambdues institucions, si bé també altres autors, com Font Boix i Camy, les han identificat configurant la urbanització privada com una propietat horitzontal, els elements de la qual no estan superposats sinó que són col·laterals.

en els dos casos, per la qual cosa era necessària una configuració unitària de la urbanització que delimités els drets i deures dels copropietaris singulars. Per aquest autor les dues figures no són idèntiques, ja que la raó de ser de la propietat horitzontal està en la unitat substancial del mateix edifici, mentre que en la urbanització privada la unitat neix del destí comú, però en els dos casos la permanència està en el sòl i la semblança o analogia ve d'un fet social i una motivació econòmica idèntica, que és l'objectiu d'assolir un pis o xalet amb una sèrie d'avantatges que actuant per separat no serien possibles. Per aquesta raó la propietat horitzontal i les urbanitzacions privades tenen nombrosos punts en comú, responen a problemes socials i realitats econòmiques molt similars i es troben situades en un mateix pla. Per tant, encara que no es poden identificar, ateses les diferències que presenten, el fet que es tracti de subespècies d'una categoria més àmplia, que seria el conjunt immobiliari o complex urbanístic, i que la propietat horitzontal és la figura més pròxima a la urbanització privada, permet acudir a la seva normativa per regular-la.

No obstant això, s'ha de reconèixer que una part important de la doctrina ha destacat que la situació de fet de les urbanitzacions privades presenta diferències importants respecte de la de la propietat horitzontal, que, com ha posat en relleu MARTÍNEZ GARCÍA,⁶ són les següents:

- a) En les urbanitzacions privades hi ha casos en què el nombre de propietats separades és molt gran, la qual cosa fa poc viable acudir al règim de majories de la Llei de propietat horitzontal.
- b) Normalment en les urbanitzacions privades hi ha més elements comuns i de més entitat que en la propietat horitzontal simple, per la qual cosa calen normes específiques d'ús i manteniment.
- c) En les urbanitzacions privades els elements comuns per naturalesa són escassos, mentre que els que ho són per destí són molt més abundants, la qual cosa obliga a determinar clarament quins són els elements comuns.
- d) La independència de les parcel·les de les urbanitzacions privades és molt més gran que la dels pisos o departaments d'una propietat horitzontal sobre un edifici, en la qual tots els elements privatis comparteixen els elements comuns, com són la façana, el sostre, el sòl, les escales, etc.
- e) El sistema de les quotes fixades amb rigidesa amb referència a una base de 100 no s'adiu amb les especialitats de les urbanitzacions privades.
- f) En molts casos, en les urbanitzacions privades no es parteix d'una finca única, sinó de diverses parcel·les amb propietaris diferents, de manera que el procés d'agrupació per formar la urbanització pot motivar despeses i oposició d'alguns propietaris.
- g) Mentre que els edificis estan normalment inscrits en divisió horitzontal, en el cas de les urbanitzacions privades n'hi ha moltes que s'han format per simples segregacions i vendes de parcel·les, sense regulació dels elements comuns i fins i tot al marge de la legalitat urbanística.

⁶ MARTÍNEZ GARCÍA, M. Á.: *Urbanizaciones privadas*, Academia Sevillana del Notariado, 2003, tom XIII, pàg. 319 i seg.

- h) En els edificis en propietat horitzontal els estatuts consten inscrits en el Registre de la Propietat, de manera que les normes no inscrites no perjudiquen el tercer de bona fe, mentre que en les urbanitzacions privades es dóna una major importància de la publicitat de fet o material.
- i) L'interès jurídic predominant en la propietat horitzontal és regular relacions de veïnatge i en la urbanització privada regular les relacions de propietat, de manera que, mentre que en un edifici el que interessa és no només garantir el sosteniment de les despeses comunes i el manteniment dels elements comuns, sinó també disciplinar especialment les relacions dels copropietaris entre si, en les urbanitzacions privades la independència de les parcel·les fa que el primer interès sigui el manteniment dels elements comuns.

A les diferències assenyalades, que incideixen especialment en la situació fàctica peculiar de la urbanització privada, n'hauríem d'afegir una de caire estrictament jurídic que ha posat en relleu GOMÁ LANZÓN, per al qual:

“L'eix està en el principi d'unitat de la parcel·la, de manera que la diferència essencial entre la propietat horitzontal i la urbanització privada és si les diverses unitats immobiliàries que en formen part són o no parts d'una mateixa cosa més àmplia:

— En el cas de la propietat horitzontal, l'edifici que es constitueix en tal règim, juntament amb la parcel·la a la qual per accessió pertany, és un sol objecte de dret en si mateix, és una cosa.

— En el cas de les urbanitzacions privades, el conjunt no és una sola cosa, sinó moltes, interconnectades pel fet de tenir cadascuna, inseparablement, un dret o participació en certs elements comuns.

Efectivament, en la propietat horitzontal l'existència de les diferents titularitats privatives és compatible amb la idea que l'edifici en conjunt segueix sent una cosa que pertany per quotes als propietaris dels pisos o locals, de la mateixa manera que el sòl és element comú per essència... Aquestes característiques, en canvi, no haurien d'adornar la regulació del complex immobiliari: el conjunt no és una sola cosa i el sòl no és comú, sinó privatiu de cada parcel·la, llevat del corresponent als elements comuns. Cada finca en un complex és absolutament lliure i independent, i el sòl que està sota seu li pertany, per la qual cosa totes les facultats de subedificar i les despeses i reparacions del sòl li corresponen...”⁷

El cert, però, és que aquestes diferències l'únic que fan és fer evident que es tracta de situacions que no són idèntiques, com ja ha hem dit, i que a la pràctica hi ha urbanitzacions privades amb situacions especials, atesa la manera com es van formar, però aquestes consideracions no desvirtuen el fet essencial que en els dos casos es parteix d'una situació de fet que presenta evidents similituds, ja que tant en la urbanització privada com en la propietat horitzontal sobre un edifici, s'ha d'organitzar una situació de copropietat en què hi ha una sèrie d'elements privatis susceptibles d'aprofitament independent, que són objecte de propietats separades i especials, i uns elements comuns que pertanyen als propietaris dels

⁷ GOMÁ LANZÓN, I: “La «propietat horitzontal estesa». La urbanización privada desde el punto de vista del objeto de derecho”, *La Notaría*, novembre-desembre del l'any 2003, número 11-12, pàg. 115 i seg.

elements privatius i que estan al servei d'aquests. La coincidència de tots aquests elements converteix la urbanització privada en un objecte unitari de dret, és a dir, una unitat física i jurídica, encara que de menys intensitat que en el cas de l'edifici dividit horitzontalment, idea que adopta el legislador català i que té el seu reflex en les normes que veurem posteriorment referents al títol constitutiu i la seva inscripció en el Registre de la Propietat. Per tot això, l'assimilació de les urbanitzacions privades a la propietat horitzontal que fa el projecte és del tot encertada i aquesta ha estat, d'altra banda, la tesi que ha seguit la Dirección General de los Registros y del Notariado des de la coneguda resolució de 2 d'abril de 1980 i que han aplicat a bastament al nostre país notaris i registradors des que es va començar a donar el fenomen de les urbanitzacions privades.⁸

II. FINQUES DE TITULARITAT PRIVATIVA

En les urbanitzacions privades s'ha de distingir, tal com hem dit, entre els elements privatius i els elements comuns. Els primers són les parcel·les edificades o susceptibles d'edificació que constitueixen propietats separades, exclusives i independents de les altres, tal com reconeix el número 1 de l'article 553-54, quan diu que:

“Les finques privatives i, si escau, llurs annexos inseparables, pertanyen en exclusiva a llurs titulars en el règim de propietat que els sigui aplicable”,

i l'article 553-53.1, que hem vist anteriorment, quan es refereix a “finques veïnes físicament independents”.

Hem dit que es tracta de propietats exclusives perquè cada parcel·la⁹ pertany al seu propietari o propietaris en funció de les normes generals del dret civil (copropietat ordinària, nua propietat i usdefruit, dret de propietat i dret de superfície, dret de propietat i dret d'ús o habitació, etc.), ja que aquest és el sentit que hem de donar a l'expressió “en el règim de propietat que els sigui aplicable”.

També hem dit que són propietats independents ja que precisament aquesta independència dels elements privatius s'accentua en les urbanitzacions privades, en les quals les parcel·les estan físicament separades i no comparteixen cap element estructural comú, a diferència del que succeeix en un edifici dividit

⁸ D'aquesta manera el legislador català ha prescindit d'altres formes de regular les urbanitzacions privades, com les solucions basades en la integració dels copropietaris en una entitat o persona jurídica (associacions, societats civils, mercantils o cooperatives); solucions basades en el dret urbanístic, integrant els copropietaris en una junta de compensació o una entitat urbanística de conservació; establir servituds recíproques entre totes les parcel·les i per la utilització dels elements comuns; titularitats *ob rem* per connectar els elements comuns amb els privatius; establir una comunitat de béns romana, ordinària o per quotes sobre els elements comuns; o aplicar analògicament les normes del Reglament hipotecari sobre la comunitat d'aigües.

⁹ Amb la parcel·la hem d'incloure els annexos inseparables, si s'escau, que són elements patrimonials afectats a la propietat de la parcel·la. Pensem en el cas de places d'aparcament, amarrats d'embarcacions, casetes de bany o trasters.

en propietat horitzontal, fins al punt que cada parcel·la podria ser objecte de propietat separada sense necessitat d'integrar-se en una urbanització, mentre que en el cas de l'edifici els elements privatis no poden existir sense els elements comuns de la propietat horitzontal.

Conseqüències necessàries de la independència i titularitat exclusiva dels elements privatis són que:

- a) Els seus propietaris tenen unes facultats de disposició absolutes, de manera que podran vendre, alienar o hipotecar lliurement la seva propietat, si bé l'acte d'alienació comprendrà necessàriament la quota de participació en els elements comuns, com estableix l'article 553-54.2, segons el qual:

“Els actes d'alienació i gravamen i l'embargament de les finques privatives s'estenen de manera inseparable a la participació que els correspon en els elements comuns”,

de manera que els elements comuns són inseparables de les finques privatives, com confirma l'article 553-55.2, que veurem posteriorment.

- b) En la propietat horitzontal, en cas de venda d'un pis o local, els propietaris dels altres, pel sol fet de formar part de la propietat horitzontal, no tenen els drets de tempteig i retracte, norma que es dóna també, encara amb més raó, en les urbanitzacions privades, de manera que l'article 553-54.3 estableix que:

“L'alienació d'una finca privativa no dóna, per ella mateixa, cap dret d'adquisició preferent de naturalesa legal”,

precepte que, si bé no té una redacció gaire encertada, recull la norma general referida en el sentit que el sol fet de produir-se la venda d'una parcel·la no atorga a la resta de propietaris de la urbanització cap dret de tempteig i retracte, sense perjudici de la possibilitat que cada propietari pugui establir-los per via voluntària en l'àmbit de la seva capacitat individual de disposició.

III. ELEMENTS DE TITULARITAT COMUNA I LIMITACIONS

En la urbanització privada és imprescindible l'existència d'una comunitat sobre els elements i serveis comuns destinats al servei i utilitat de la urbanització, de manera que la propietat dels elements privatis comporti necessàriament la pertinença a la dita comunitat. Per això el número 2 de l'article 553-55 ordena que:

“Els elements comuns són inseparables de les finques privatives, a les quals resten vinculats per mitjà de la quota de participació que, expressada en centèsims, correspon a cada finca en el conjunt”,

de manera que cada parcel·la serà jurídica i físicament independent, si bé representarà un percentatge en els elements comuns que haurà de constar en el

títol constitutiu en forma de quota de comunitat expressada en centèsims, és a dir, percentualment. Aquesta vinculació és de caràcter real, ja que cap parcel·la no podrà ser alienada sense la seva participació en els elements comuns, com diu l'article 553.54.2, vist anteriorment.

Aquests elements comuns tenen com a característiques fonamentals la seva exterioritat, ja que se situen externament i separatament de les parcel·les individualment considerades; la dependència funcional, en tant que estan destinats al servei o utilitat comuna de les parcel·les, i l'exclusivitat, ja que es destinen exclusivament als propietaris de la urbanització.

Una vegada establerta la necessitat de l'existència dels elements comuns i les seves característiques, cal referir-s'hi, i el número 1 de l'article 553-55 en fa una descripció i una enumeració exemplificativa quan diu:

“Són elements comuns les finques, els elements immobiliaris i els serveis i les instal·lacions que es destinen a l'ús i gaudi comú que esmenta el títol de constitució, entre les quals s'inclouen les zones enjardinades i d'esbarjo, les instal·lacions esportives, els locals socials, els serveis de vigilància i, si escau, altres elements semblants”,

als quals hem d'afegir:

“Les limitacions a l'exercici de les facultats dominicals sobre finques privatives que imposen el títol de constitució o els estatuts, el planejament urbanístic o la Llei”,

que tenen també “la consideració d'elements comuns” segons l'article 553-56. Per tant, el legislador català admet que en el títol constitutiu es puguin establir tots aquells elements comuns que considerin oportuns els propietaris, que la comunitat tant pot recaure sobre finques (espais i zones verdes, jardins, instal·lacions esportives, club social) com sobre serveis col·lectius (serveis de neteja, manteniment de jardins, vigilància, administració de les instal·lacions comunes), i que les normes de comunitat estatutàries poden també establir limitacions sobre el gaudi de totes o algunes finques en funció de la conveniència del conjunt urbanístic (limitació d'altura de la construcció en determinades zones, parcel·les mínimes, distàncies entre edificacions i característiques d'aquestes, normes sobre les tanques de separació, tipus de vegetació dels jardins, etc.). Es podran imposar també als propietaris prestacions no pecuniàries, com l'obligació de fer o d'abstenir-se de fer en favor de la urbanització determinades tasques (neteja de la piscina o jardins o no fer festes sorolloses, per exemple).

Ara bé, quan parlem d'elements comuns és imprescindible referir-se a la clàssica distinció entre elements comuns essencials i no essencials. Els primers són aquells que resulten imprescindibles perquè es pugui parlar d'urbanització privada, com les carreteres interiors, vials, parcs i jardins o zones verdes en general. Els segons tenen per objecte dotar la urbanització d'unes utilitats o serveis convenients per a un millor estar dels seus propietaris, com ara les instal·lacions esportives, culturals o comercials, i el cert és que en moltes urbanitzacions els únics elements comuns existents són aquests últims, ja que els serveis i elements

comuns essencials en molts casos se cedeixen a l'Ajuntament, de manera que passen a ser béns de domini i ús públic en compliment de les normes establertes pel planejament urbanístic. Per això podríem dir amb ROCA SASTRE que:

“Només hi haurà autèntica urbanització privada quan l'actuació del promotor o dels propietaris vagi més enllà del pla urbanístic, quan del que es tracti sigui de dotar les parcel·les amb caràcter permanent i exclusiu d'una sèrie de serveis i instal·lacions que ni són obligatoris ni són imposats pel planejament i que l'Administració no està en condicions de proporcionar”.¹⁰

En aquest punt, s'ha discutit doctrinalment sobre la possibilitat que existeixin carrers de propietat i ús privat, si bé crec que el punt essencial serà distingir entre aquells que són imposats pel planejament urbanístic, que seran públics encara que no se n'hagi fet la cessió formal a l'Ajuntament, i aquells altres que la urbanització faci per al gaudi i ús exclusiu dels seus propietaris sense estar previstos per la normativa urbanística i que, per tant, seran d'interès purament privat i formaran part dels elements comuns de la urbanització.

Finalment, és inevitable fer una referència a la consideració de les limitacions establertes pel planejament urbanístic o la llei com a element comú, ja que l'obligatorietat de les seves normes és determinada per la mateixa força de la legalitat vigent que obliga tots els ciutadans. Segurament, el que ha volgut dir el legislador és que aquestes limitacions poden incorporar-se als estatuts, de manera que, a més de la seva força legal, tindrien la que resultaria d'haver estat incorporada als estatuts de la urbanització pels seus propietaris, encara que s'ha de reconèixer que la dicció de l'article no deixa de resultar sorprenent.

IV. TÍTOL DE CONSTITUCIÓ

El títol de constitució és fonamental per a la configuració jurídica de la propietat horitzontal, ja sigui simple o per parcel·les, ja que és el document que la configura tant en els seus elements privatis com comuns, estableix tot el ventall de drets i deures dels propietaris, n'organitza la convivència i constitueix la garantia dels drets dels futurs adquirents. Atesa aquesta indubtable importància, el legislador ha ordenat, en l'article 553-57: “El títol de constitució del conjunt ha de constar en escriptura pública [...]”.

D'aquesta manera la intervenció del notari esdevé fonamental en el naixement de la propietat horitzontal per parcel·les, però no només des d'una perspectiva purament formal, ja que s'ha de tenir en compte que pot tenir una gran complexitat i es poden donar una gran varietat de supòsits que podran ser regulats gràcies al respecte que té el projecte per l'autonomia privada. És precisament en aquest marge de llibertat que tenen els propietaris de les parcel·les per configurar els seus estatuts i la forma de regular la utilització dels elements i serveis comuns

¹⁰ ROCA SASTRE, R. M. i ROCA SASTRE MUNCUNILL, L.: *Derecho hipotecario*, Bosch, 1997, tom V, pàg. 138.

en què serà fonamental la tasca d'assessorament pròpia del notari per donar les solucions jurídiques més adients a cada cas.

D'altra banda, ens hem de plantejar la qüestió de si l'escriptura pública és una forma constitutiva o s'imposa de manera simplement obligatòria, és a dir, si l'escriptura és una exigència sense la qual no existeix la urbanització o és una simple obligació sense sanció que no impedeix que la urbanització existeixi de fet entre els copropietaris, encara que sense eficàcia davant tercers. No crec que sigui procedent entrar en la discussió doctrinal sobre el tema de les formes constitutives i, des d'una perspectiva purament pràctica, és evident que l'escriptura permet sotmetre la urbanització a les disposicions del Codi, de manera que la seva regulació jurídica quedarà fixada de forma autèntica i permetrà que els estatuts accedeixin al Registre de la Propietat, amb la qual cosa podran ser oposables davant tercers adquirents de les parcel·les. En conseqüència, podem dir que l'escriptura és condició indispensable per configurar la urbanització en la forma prevista legalment (tipicitat legal) i perquè produeixi tots els seus efectes jurídics, mentre que la urbanització no formalitzada en escriptura es regularà de la manera que decideixin els seus propietaris, que podran triar qualsevol de les possibilitats configuradores que hem vist anteriorment, encara que amb una eficàcia purament privada, sense ser oposable a tercers adquirents, si bé, si no hi ha regulació jurídica pactada entre els copropietaris, seran aplicables les normes sobre la propietat horitzontal per parcel·les, sempre que es donin les circumstàncies de fet que la caracteritzen, seguint així la línia marcada pels tribunals i la Direcció General de los Registros y del Notariado.

La importància de l'escriptura pública s'accentua més si tenim en compte el contingut obligatori que ha de tenir, que establirà necessàriament una regulació completa de la urbanització en tots els seus aspectes jurídics, ja que la regulació que fa l'article 553-57 del títol constitutiu és, pel seu detall, més pròpia d'un reglament que d'una llei.

En aquest contingut podríem distingir entre els aspectes jurídics de caire civil i administratiu, entre els quals hi hauria els urbanístics.

1. Contingut civil del títol constitutiu

Ja podem anticipar que registralment el legislador ha optat per aplicar el sistema de la propietat horitzontal i l'article 8, apartats 4 i 5, de la Llei hipotecària, confirmat per la Resolució de la Direcció General de los Registros y del Notariado de 2 d'abril de 1980, de manera que el títol constitutiu s'ha d'adaptar a aquesta exigència perquè sigui inscripció en el Registre de la Propietat. Així, en principi, s'ha de fer una finca originària, si és necessari amb les agrupacions prèvies que calguin, que és la urbanització en conjunt, amb tots els seus elements privatis i comuns, que s'hauran de descriure detalladament, i s'hauran de fer constar també les normes del títol constitutiu i dels estatuts. A cada element privatiu o parcel·la se li dóna un número correlatiu i una quota de participació en els elements i despeses comuns expressada en centèsims, que seran objecte d'inscripció separada, encara que relacionada amb el foli general de la urbanització.

D'acord amb aquesta configuració general, l'article 553-57 exigeix que en el títol consti:

a) La descripció del conjunt en general, que ha d'incloure el nom i l'emplaçament, l'extensió..., el nombre de solars que la configuren i la referència a les finques i instal·lacions comunes i la seva descripció.

b) La relació de les obres d'urbanització i de les instal·lacions del conjunt i el sistema previst per conservar-les i fer-ne el manteniment, i també la informació sobre la prestació de serveis no urbanístics...

c) La relació descriptiva de totes les parcel·les i dels altres elements privatis, que ha d'incloure el número d'ordre, la quota general de participació i, si s'escau, les especials que els corresponen, així com la superfície, els límits i, si s'escau, els espais físics o drets que en constitueixin annexos o que hi estiguin vinculats...

d) ...

e) Els estatuts, si n'hi ha...

f) ...

g) Un plànol descriptiu del conjunt, en el qual s'han de identificar les finques privatives i els elements comuns.

Hem de destacar l'exigència d'un plànol, que sens dubte serà un element aclaridor de la descripció global de la urbanització i de cadascuna de les parcel·les, i la voluntarietat dels estatuts, que solament constaran si així ho volen els propietaris de la urbanització. Per tant, la norma preveu la possibilitat que no es vulguin establir normes complementàries a les que resulten del mateix Codi, que en tot cas són aplicables, però encertadament obre la porta a la voluntat privada dels propietaris per configurar un règim jurídic específic de la urbanització, que permetrà, per exemple, regular l'organització atenent les seves característiques especials, com nombre de parcel·les i de propietaris, elements i serveis comuns o situació urbanística, per facilitar i fer més eficaç el seu govern i administració.

També, encara que no ho digui expressament aquest article, crec que serà possible establir en el títol constitutiu un reglament de règim interior, ja que, de la mateixa manera que els estatuts regulen aspectes del règim jurídic real de la urbanització, podent ser oposables a tercers si s'inscriuen en el Registre de la Propietat, el reglament de règim interior conté les normes internes de la urbanització que regulen les relacions de veïnatge i convivència, i té una eficàcia purament privada entre els copropietaris. El que passa és que aquesta eficàcia interna fa que no sigui necessari establir el reglament en el títol constitutiu i que el pugui aprovar en qualsevol moment posterior la junta de propietaris, encara que això no impedeix que consti en el títol si així ho acorden els copropietaris.

2. Contingut administratiu i urbanístic del títol constitutiu

De la mateixa manera que per a la declaració d'un edifici en propietat horitzontal és necessari acreditar al notari la legalitat de l'obra amb la llicència i certificació tècnica, quan es tracta d'urbanitzacions també és necessari acreditar-ne la legalitat. Però, a més, s'ha de tenir present l'extraordinària importància que la normativa urbanística té en aquests casos, ja que la urbanització privada és el resultat d'un procés d'urbanització subjecte a la legislació urbanística general i als plans urbanístics concrets que l'afecten, i les normes d'aquests sempre els seran aplicables. Per això el legislador català exigeix que en el títol es facin constar les següents referències a aquesta qüestió:

a) ...aprovació administrativa de l'actuació urbanística en què s'integra, les dades essencials de la llicència o de l'acord de parcel·lació...

b) ...les altres circumstàncies que resultin del pla d'ordenació...

c) ...

d) Les regles generals o específiques sobre la destinació i l'edificabilitat de les finques i la informació sobre si són divisibles.

e) ...

f) La relació de terrenys reservats per a sistemes urbanístics i dels declarats d'ús i domini públic, si n'hi ha, en cas que la urbanització coincideixi territorialment amb una actuació urbanística.

No obstant això, i a pesar que el número 1 de l'article 553-57 diu que el títol constitutiu "ha de contenir, almenys," aquestes circumstàncies, el número 2 matisa aquest caràcter obligatori quan diu:

"Les determinacions urbanístiques que contingui el títol de constitució tenen efectes merament informatius".

La pregunta que és necessari formular-se és clara: què passarà amb un títol constitutiu que no tingui cap referència a les dites determinacions de caire urbanístic? Respecte d'això crec que hem de distingir entre els requisits de la lletra a), que són imprescindibles en tant que acreditin la legalitat de la urbanització, i els de les lletres b), d) i f), que són purament informatius en tant que es refereixen a normes urbanístiques que no afecten la validesa i legalitat de la urbanització.

A la pràctica, aquests requisits obligaran el notari a exigir als atorgants de l'escriptura de títol constitutiu d'urbanització privada la llicència de l'Ajuntament i una certificació administrativa, signada pel secretari del consistori i amb el vistiplau de l'alcalde, sobre les circumstàncies exigides, encara que, a efectes purament informatius, el precepte diu que aquestes circumstàncies han de constar en el títol i, a més, d'aquesta manera el títol donarà tota la informació necessària per als titulars actuals i futurs de les parcel·les, de manera que l'escriptura pública constitutiva recollirà totes les determinacions civils i urbanístiques de la urbanització.

3. Qui atorga el títol constitutiu

El títol constitutiu, com hem vist, conté la descripció de les parcel·les i dels elements comuns, la quota de copropietat, així com les normes estatutàries, de manera que afecta directament el contingut del dret de propietat, configurant-lo en el marc de la urbanització. Per això és imprescindible el consentiment de cadascun dels propietaris, i si bé el precepte que ara examinem no ho exigeix expressament, així ho confirma l'article 553-8, relatiu a l'establiment de la propietat horitzontal sobre un edifici,¹¹ quan diu que "el títol de constitució de la comunitat l'atorguen els propietaris de l'immoble", sense fer cap matisació ni referència a majories.

No obstant això, quan parlem d'urbanitzacions que es formin a partir de l'entrada en vigor del llibre cinquè, haurem de distingir entre tres situacions: la urbanització de nova creació portada a terme per un promotor que la constitueix formalment abans de començar les vendes de les parcel·les, que és la mateixa situació que es dona en els edificis de nova construcció en propietat horitzontal; la urbanització també de nova creació que constitueixen diversos propietaris per al seu ús propi, i la que es constitueix per regular la situació fàctica preexistent resultant de diferents parcel·les, cadascuna amb el seu propietari i inscrites registralment com a finques independents, amb unes zones de gaudi comú. En el primer cas, el títol serà atorgat exclusivament pel promotor, mentre que en els altres dos serà necessari el consentiment unànim de tots els propietaris que vulguin integrar-se en la urbanització, amb la qual cosa es confirma el criteri que han establert les resolucions de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de març de 2001, 26 de setembre i 5 d'octubre de 2002 i 5 de gener de 2006, que han declarat que l'acte de constitució d'un conjunt immobiliari és un acte de rigorós domini del qual resulta la necessitat que l'escriptura de constitució sigui atorgada pel propietari únic de l'immoble o per tots els titulars dels diferents elements privatis.

En conseqüència, quan l'article 553-57-3 diu:

"...Si el règim d'urbanització privada s'estableix per acord de tots o d'una part dels propietaris de parcel·les, edificades o no, situades en una unitat urbanística consolidada, que ja figuren inscrites en el Registre de la Propietat com a finques independents..."

no s'està referint a la possibilitat d'acordar la constitució de la urbanització per una part dels seus propietaris, sinó a la situació que es dona quan hi ha una unitat urbanística consolidada i només alguns dels propietaris afectats per ella tenen el propòsit de formar una urbanització privada. Aquests propietaris seran una part de tots els afectats per la unitat urbanística, però seran necessàriament tots els que tenen la voluntat d'organitzar-se a través de la solució jurídica de la urbanització privada.

No obstant això, si bé en les urbanitzacions creades a partir de l'entrada en vigor del llibre cinquè la regla de la unanimitat serà plenament aplicable, en les

¹¹ Aplicable a les urbanitzacions privades d'acord amb el que es disposa a l'article 553-53.2, vist anteriorment.

ja existents abans el legislador ha estat conscient que resultaria molt complicat aconseguir-la,¹² per la qual cosa la disposició transitòria setena, número 2, estableix exclusivament per a aquest cas, com a excepció, que:

*“Per a l’atorgament del títol, és suficient el vot favorable dels propietaris que representin dues tercers parts del total de les parcel·les concernides, però cal aportar la llicència de l’ajuntament del terme municipal on està situada la urbanització, o bé acreditar que s’ha sol·licitat amb més de tres mesos d’anticipació respecte a l’atorgament de l’escriptura”.*¹³

Per tant, en les urbanitzacions ja existents abans de l’1 de juliol de 2006, data d’entrada en vigor del llibre cinquè, s’ha optat per un sistema d’atorgament del títol constitutiu per una majoria qualificada de propietaris, sense reconèixer el dret de cada propietari a oposar-se a la seva inclusió en la urbanització, ja que s’imposa la voluntat de la majoria. Per aquesta raó, en aquest cas crec que serà necessari garantir sempre la citació fefaent de cadascun dels propietaris en tots els tràmits i el seu dret de defensa, per evitar reclamacions basades en defectes formals que poguessin afectar la legitimitat dels acords assolits.

Aquesta constitució de la urbanització per acord majoritari, encara que excepcional i limitada en el seu àmbit d’aplicació, suposa una novetat, ja que en el règim del dret comú la regla segueix sent la de la unanimitat, com ha recordat l’esmentada Resolució de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de gener de 2006.

D’altra banda, en aquests casos, com que la urbanització es constitueix de manera sobrevinguda, com hem dit, sobre parcel·les que ja consten en el Registre de la Propietat com a independents, es diu en l’article 553-57-3 que en el títol constitutiu:

“No cal descriure cadascuna de les parcel·les... però s’ha de fer constar, com a mínim, el número que els correspon en la urbanització, la identificació registral, la referència cadastral i els noms dels propietaris”,

norma que confirma la disposició transitòria setena, en el número 3, per a les propietats horitzontals per a parcel·les existents abans de l’entrada en vigor del llibre cinquè.

¹² A més de les dificultats de fet derivades de la sempre possible oposició no fonamentada d’algun propietari puntual, hem de tenir en consideració les estrictament jurídiques si es vol inscriure el títol en el Registre de la Propietat, ja que el principi de tracte successiu obligaria que atorguessin el títol tots els titulars registrals i no els propietaris reals, cosa que faria imprescindible solucionar les situacions derivades d’herències no formalitzades, contractes privats no elevats a escriptura pública ni, per tant, inscrits, escriptures públiques no inscrites i propietaris desapareguts perquè la realitat registral coincidís amb la material.

¹³ Segons el número 1 d’aquesta mateixa disposició transitòria, una vegada transcorregut el termini de cinc anys des de l’entrada en vigor del llibre cinquè, “qualsevol propietari o propietària pot demanar judicialment l’atorgament del títol” amb la majoria dita.

4. Constància registral

A diferència de l'article 553-57, que comença dient que “el títol de constitució ha de constar en escriptura pública”, a l'article següent es diu que “l'escriptura de constitució del règim de propietat horitzontal per parcel·les s'inscriu en el Registre de la Propietat d'acord amb la legislació hipotecària...”, de manera que desapareix el caràcter imperatiu. Per tant, es regula la forma d'inscripció, però aquesta no és constitutiva ni tan sols obligatòria, de manera que el règim de propietat horitzontal estesa existirà, en els termes que hem dit anteriorment, des de l'atorgament del títol constitutiu, que podrà ser inscrit en el Registre de la Propietat a l'efecte de poder ser oposable davant tercers (art. 32 Llei hipotecària).

Aquest article regula el reflex registral del títol constitutiu en el Registre de la Propietat, i distingeix entre la urbanització de nova creació, regulada en els cinc primers apartats, i la sobrevinguda sobre finques ja inscrites com a independents, regulada en el número sis.

En el primer cas, el legislador català ha adoptat la tècnica del doble o triple foli registral,¹⁴ que va ser avalada per la Dirección General de los Registros y del Notariado en resolució de 2 d'abril de 1980, de manera que el número 1 del precepte estableix que:

“L'escriptura de constitució del règim de propietat horitzontal per parcel·les s'inscriu en el Registre de la Propietat d'acord amb la legislació hipotecària. S'ha de fer una inscripció general per al conjunt i una inscripció per a cadascuna de les finques privatives i, si escau, de les finques destinades a ús i gaudi o a serveis comuns, a cadascuna de les quals s'ha d'obrir un foli especial separat”.

Dit això, el legislador hauria pogut donar per tancada la qüestió ja que la Llei hipotecària és aplicable a Catalunya, atès que la regulació dels registres i instruments públics són de competència exclusiva estatal. Per això, sorprèn que l'article 553-58 faci una regulació d'aspectes propis de la pura tècnica registral ordenant que “la inscripció s'ha de fer en el foli de la finca en què s'assenta” i que:

“Si la urbanització recau totalment o parcialment sobre diverses finques, s'han d'efectuar les operacions registrals necessàries per formar-ne una de sola. Si les finques són de diversos propietaris, es pot establir una comunitat ordinària indivisa sobre l'agrupada, que es pot mantenir en les finques privatives, o bé es poden adjudicar directament a cada titular les finques

¹⁴ Tradicionalment es diu que aquesta resolució va introduir el sistema del “triple foli registral”, si bé ho feia per a un cas en el qual dins de les parcel·les hi havia edificis dividits, a la vegada, en propietat horitzontal, de manera que ordenava l'obertura d'un foli per a la urbanització en conjunt; un altre foli per a cadascuna de les edificacions o blocs del complex, relacionat amb el foli general del dit complex, i un altre per a cada pis o departament de l'edifici relacionat amb el foli anterior i amb el foli general. Per tant, el sistema es basa en el “doble foli” si dins de les parcel·les no hi ha cap edifici dividit horitzontalment. No obstant això, si tenim en compte que el legislador català ha admès la inscripció de les finques destinades a l'ús i gaudi o a serveis comuns, es podrà també parlar de triple foli, en tant que n'hi haurà un per a tota la urbanització, un per a cada parcel·la privativa i un altre per a les finques comunes.

privatives que li corresponen. En aquest darrer cas, es considera, a tots els efectes, que mai no ha existit comunitat”,

precisió important, aquesta darrera, ja que l'agrupació es practica com una operació purament de tècnica registral, de manera que solament la voluntat dels atorgants de l'escriptura podrà determinar-ne la titularitat.

I, a continuació, ordena que:

“La inscripció del règim de la urbanització s’ha de fer a favor de la persona o les persones que el constitueixen sobre la finca o les finques de llur propietat”, que “en tots els casos, s’han de fer les notes marginals de referència a les inscripcions de les finques privatives”,

així com la manera d'inscriure les finques privatives i les comunes d'acord amb allò que disposa el títol constitutiu que ja hem vist. Es precisa que en aquestes últimes:

“S’inscriuen a favor dels titulars presents i futurs de les diverses finques privatives, sense esmentar-los de manera explícita ni fer constar les quotes que els corresponen”.

Certament, aquestes precisions no eren necessàries, ja que responen a la tècnica registral emprada actualment i que deriva de les disposicions de la Llei hipotecària i de la jurisprudència de la Direcció General de los Registros y del Notariado, a excepció de la possibilitat d'inscriure com a finques independents les destinades a ús i gaudi o serveis comuns, ja que la Resolució de 2 d'abril de 1980, si bé exigia la descripció dels elements comuns en el foli corresponent a la urbanització en conjunt, no exigia una gran precisió, atès que no són objecte de foli separat i que sempre es pot aplicar el sistema de deducció, de manera que tot el que no estigui configurat com a element privatiu serà comú. En conseqüència, en aquest punt el legislador català s'aparta de la pràctica que s'havia observat fins avui i permet la inscripció com a finca independent de les finques destinades a element comú, la qual cosa permet una major precisió en la seva descripció i que els llibres registrals reflecteixin de manera més exacta i completa la realitat de la urbanització privada per al coneixement dels futurs adquirents. Es tractarà, per tant, d'una finca purament instrumental, en tant que serveix per informar de l'existència dels elements comuns, i amb titularitats esmentades mediatament, en tant que seran tots els titulars actuals i futurs de les parcel·les de la urbanització.

D'altra banda, l'article 553-58 també regula en el número 6 l'establiment de la propietat horitzontal per parcel·les de manera sobrevinguda, és a dir, sobre finques ja existents i inscrites en el Registre de la Propietat com a finques independents amb titularitats diferents per a cada una. En aquest cas, si el legislador hagués exigint també la formació d'una sola finca per agrupació per després configurar la urbanització registralment, hauria fet impossible la inscripció d'aquestes urbanitzacions per les desmesurades despeses registrals i fiscals que aquest sistema provocaria. Per això, amb un sentit pràctic evident, en aquest cas estableix que:

“S’ha d'obrir [...] un foli separat i independent per a la urbanització en conjunt, en el qual han de constar les circumstàncies que estableix aquest article i s’ha

de fer una referència per nota marginal a cada una de les inscripcions de les finques que passen a ésser privatives, en la qual s'ha de fer constar la quota que els correspon”.

En qualsevol cas, la solució adoptada pel legislador català és del tot encertada, ja que el sistema del doble foli no és més que la manifestació del principi d'especialitat o determinació que regeix el Registre de la Propietat i permet al futur adquirent d'una parcel·la informar-se de la situació jurídica d'aquesta i, a través de la nota de relació del seu foli, arribar fins al foli general de la urbanització, on trobarà informació sobre els elements i serveis comuns, estatuts i la resta de dades jurídiques del seu interès.

V. EXTINCIÓ VOLUNTÀRIA

És un principi general del dret que ningú no pot ser obligat a romandre en una comunitat si no vol, que recull l'article 552-10 en reconèixer a qualsevol cotitular el dret a exigir la divisió de l'objecte de la comunitat. No obstant això, quan es tracta de propietat horitzontal, com que cada propietari ja té un element privatiu propi independent i que aquests no poden existir sense alguns dels elements comuns (terreny, estructures generals, coberta de l'edifici), s'ha optat tradicionalment per l'exigència de la unanimitat per extingir-la voluntàriament, tal com fa també l'article 553-14.

En canvi, quan es tracta d'urbanitzacions privades, el Codi ha optat per un règim de majoria, encara que qualificada, ja que, segons l'article 553-59:

“L'extinció voluntària de la propietat horitzontal per parcel·les es produeix per acord de les tres cinquenes parts dels propietaris, que han de representar les tres cinquenes parts de les quotes de participació”.

excepció que té en compte la independència física de les parcel·les i el fet que els elements comuns en aquest cas no són imprescindibles per a la seva existència, sinó únicament per al gaudi d'uns serveis que poden acabar sent considerats innecessaris o cedits a l'ajuntament.

D'altra banda, l'acord de dissolució portarà necessàriament a la liquidació dels elements comuns i a l'extinció de les obligacions de la comunitat, aspecte que regula encertadament el precepte dit en el número 2, quan considera que:

“S'han de liquidar totalment, una vegada acordada l'extinció, les obligacions vers terceres persones i, si escau, vers els propietaris. En el procés de liquidació la junta de propietaris ha de mantenir les seves funcions, ha de percebre les quotes endarrerides i els altres crèdits a favor de la urbanització, ha d'alienar, si escau, els immobles d'ús comú que s'hagi acordat d'alienar i, una vegada acomplertes totes les operacions, n'ha de retre compte a tots els propietaris”.

és a dir, un veritable procés de liquidació, de manera anàloga al que succeeix en les persones jurídiques, encara que ni la urbanització com a tal ni la seva junta de propietaris tenen personalitat jurídica.

QUARTA PONÈNCIA
ELS DRETS REALS LIMITATS

EL USUFRUCTO DE DINERO Y DE PARTICIPACIONES EN FONDOS DE INVERSIÓN Y EN OTROS INSTRUMENTOS DE INVERSIÓN COLECTIVA

CARMELO AGUSTÍN TORRES

NOTARIO

SUMARIO

I. Introducción.....	181
II. Régimen aplicable.....	183
III. El usufructo de dinero	184
1. Régimen general.....	184
2. Usufructo de dinero con garantía.....	186
3. Usufructo de dinero sin garantía.....	187
4. Modificaciones respecto de la Ley 13/2000.....	188
5. Coste fiscal de la garantía.....	189
IV. El usufructo sobre participaciones en FI.....	189
1. Generalidades sobre los FI.....	189
2. Fondos a los que se aplica la regulación de la Ley 5/2006	192
3. Estudio de la regulación legal	194
4. Modificaciones respecto de la Ley anterior 13/2000	203
V. Otros instrumentos de inversión colectiva. Las sociedades de inversión de capital variable (SICAV).....	205
VI. Algunas aplicaciones prácticas.....	207

I. INTRODUCCIÓN

El contenido normativo de la sección quinta capítulo I del título VI de la Ley 5/2006 se refiere únicamente al usufructo de dinero y al de participaciones en fondos de inversión.

En ningún otro lugar regula los que llama en el título otros instrumentos de inversión colectiva que por otra parte no aparecen bajo esta denominación con caracterización legal alguna, en las disposiciones de carácter mercantil o fiscal de aplicación general en toda España.

Sí aparecen las llamadas Instituciones de Inversión Colectiva (IIC) reguladas en la Ley 35/2003 de 4 de Noviembre y su Reglamento de 4 de Noviembre de 2005. Entre ellas se incluyen (art. 1. 3 y 9 de la Ley) los Fondos de Inversión (FI) y las Sociedades de Inversión Colectiva de Capital Variable (SICAV) en forma obligatoria estas últimas de Sociedad Anónima.

Y en función de la política de inversiones las propias normas distinguen sólo entre instituciones de inversión colectiva de carácter financiero que son aquellas que tienen por objeto la inversión en activos e instrumentos financieros (art. 29) y las instituciones de inversión colectiva de carácter no financiero que según el art. 34 son todas aquellas que no estén contempladas en el apartado anterior y en las que se encuentran las instituciones de inversión colectiva inmobiliarias que son las únicas dotadas de regulación especial. Esta Ley tampoco hace referencia a la clasificación entre fondos de inversión de carácter acumulativo o los de reparto.

Para poder ponderar la importancia económica del tema hemos de considerar:

- 1- La extensión del usufructo en Catalunya sobre todo en las transmisiones sucesorias voluntarias o legales. El usufructo universal del viudo en las transmisiones voluntarias ha pasado a convertirse en una cláusula de estilo en la práctica notarial. Y en las sucesiones intestadas en el artículo 331 del Código de Sucesiones mantiene la misma orientación con algunas limitaciones.
- 2- Aportamos los siguientes datos sobre las IIC procedentes de la prensa económica referidos al día 31 de mayo de 2006.

El volumen de patrimonio de las instituciones de inversión colectiva en España era de 320.984 millones de euros y el número de accionistas y partícipes de 10.380.859.

El patrimonio de los FI mobiliarios era el de 252.867 millones de euros y el número de partícipes de 9.226.481.

El patrimonio de los FI inmobiliarios era de 7.565 millones de euros y el número de partícipes de 146.228.

El patrimonio de las SICAV era de 28.691 millones de euros y el número de accionistas de 421.522.

Hay que tener en cuenta antes de entrar en materia la disposición transitoria novena de la Ley 5/2006 aplicable a todos los derechos de usufructo (y parece que según el título también a los de uso y habitación aunque no aparezca así en el articulado). Prescribe que los constituidos a título gratuito antes de la entrada en vigor de la Ley se registrarán íntegramente por las normas de ésta a partir de 1 de Julio de 2006. Y en cambio los constituidos a título oneroso se registrarán por la legislación anterior (Ley 13/2000, a la que la Ley 5/2006 deroga y sustituye) si los usufructuarios y nudos propietarios no pactan otra cosa.

He de decir también que no he encontrado jurisprudencia significativa sobre esta materia de los Tribunales de Catalunya durante el periodo de vigencia de la Ley derogada 13/2000.

II. RÉGIMEN APLICABLE

Artículo 561.32 *Régimen aplicable.*

Los usufructos de dinero y de participaciones en fondos de inversión y en otros instrumentos de inversión colectiva se rigen, en primer término, por el título de constitución y por los acuerdos entre los usufructuarios y los nudos propietarios y, en defecto de título y acuerdos, por las disposiciones del presente capítulo.

Este artículo es una reiteración de lo previsto en el art. 561.1 de esta misma Ley para los usufructos en general y consagra el carácter dispositivo del régimen aplicable. Con relación al art. 561.1 sólo sustituye la expresión modificación del título “por los titulares del derecho” por la de acuerdos entre los usufructuarios y los nudos propietarios con lo que se mejora la redacción de la norma general para todos los usufructos ya que no es posible modificar el título por la sola voluntad de los titulares del derecho (esto es los usufructuarios).

Desde el punto de vista fiscal tal vez resultaba más conveniente la expresión anterior ya que sólo tributan en la legislación actual del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales (ITP) los actos de constitución, extinción y transmisión de derechos reales *pero no los de modificación de derechos* que no están consignados entre los actos sujetos enumerados por la Ley y el Reglamento del Impuesto (art. 7 de a Ley del ITP y 31.1 de su Reglamento).

No obstante y a pesar del carácter dispositivo de esta regulación no hemos de perder de vista el concepto general del usufructo que se contiene en el art. 561.2 de esta Ley como derecho real de usar y disfrutar todas la utilidades de la cosa usufructuada no excluidas por la Ley o por el título constitutivo del usufructo. Si en este título constitutivo se excluyen o limitan de forma excesiva dichas utilidades estaremos en presencia de un derecho distinto al derecho legal del usufructo contemplado por la Ley 5/2006. Se tratará por ejemplo de derechos o facultades de goce y disfrute comprendidos en la enumeración general del art. 23-1 a 3º de la Ley IRPF al hablar de rendimientos de capital mobiliario y que podrán tener un alcance distinto del usufructo típico al que se equipara no obstante en su tratamiento fiscal (en este Impuesto del IRPF).

Y en el magnífico libro publicado recientemente por el Colegio de Registradores (Comentarios de Derecho Patrimonial Catalán) con referencia a la Ley anterior 13/2000 se establecen dos límites a la autonomía de la voluntad en materia del usufructo sobre participaciones de FI:

- a) La de pactar que las minusvalías eventuales generen obligación de los usufructuarios sobre los nudos propietarios (actual art. 561.34.2 de la Ley 5/2006).
- b) La de considerar que los nudos propietarios han de compartir con el usufructuario la condición de partícipe al efecto de exigir el reembolso total o parcial de las participaciones (actual art.561.34.3).

En cambio curiosamente no considera y deja libertad de tratamiento al derecho de traspaso de las participaciones de FI considerado con el de reembolso,

información, exigencia de responsabilidades a la gestora o al depositario y al de reclamación a los organismos competentes como derechos mínimos del partícipe en la Ley 35/2003 de 4 de Noviembre sobre Instituciones de Inversión Colectiva de aplicación general en toda España.

III. EL USUFRUCTO DE DINERO

Artículo 561.33 *El usufructo de dinero:*

1. *Los usufructuarios de dinero tienen derecho a los intereses y a los demás rendimientos que produce el capital.*
2. *Los usufructuarios que han prestado garantía suficiente pueden dar al capital el destino que estimen conveniente. En caso contrario, deben poner el capital a interés en condiciones que garanticen su integridad.*

1. Régimen general

El art. 511.3 de esta Ley dice:

1. *Los frutos de una cosa son sus productos y los demás rendimientos que se obtienen de la misma de acuerdo con su destino.*
2. *Los frutos de un derecho son los rendimientos que se obtienen del mismo de acuerdo con su destino y los que produce en virtud de una relación jurídica.*

Y el art. 541.4 de esta misma Ley nos dice que:

Los frutos en especie se adquieren por su producción cuando se separan del bien que los produce y que los frutos en dinero se adquieren por su devengo (o meritación en el texto catalán) y se entienden percibidos día a día.

Con ello se abandona la clasificación del Código Civil español entre frutos naturales, industriales o civiles. No obstante en la Ley 5/2006 volvemos a encontrar la expresión de frutos civiles en el art. 561.35 cuando habla de los frutos (rendimientos y eventuales plusvalías) en el usufructo de las participaciones de FI.

En el usufructo de dinero nos encontramos ante una aplicación concreta del principio general de quasi usufructo o usufructo sobre cosas consumibles del art.561.5 ya que el dinero es el bien consumible por excelencia. El art. 561.5 con carácter general en estos casos establece:

la obligación del usufructuario de restituir bienes de la misma cantidad y cualidad y si esto no es posible su valor en el valor de la extinción del derecho. Si el usufructo es de dinero se aplica además lo que establece el art. 561.33 que estamos examinando.

El usufructuario de dinero (que además de bien consumible es esencialmente fungible) siempre podrá restituir bienes de la misma cantidad y cualidad y por lo tanto nunca habrá lugar a la imposibilidad de su devolución y a la sustitución de su valor. No obstante la redacción literal del art. 561.5 puede introducir alguna duda

porque parece abrir el paso a un criterio valorista en lugar del principio general nominalista de las deudas de valor que entendemos que adopta claramente después el art. 561.33 al hablar de “capital” en el usufructo de dinero.

Es de notar que el criterio valorista se admite abiertamente en el artículo 117 de la Ley aragonesa 2/2003 de Régimen Económico Matrimonial y Viudedad que dice así:

“El viudo tendrá derecho a los intereses que produzca el dinero. También podrá disponer de todo o parte del mismo. En este caso el viudo o sus herederos habrán de restituir, al tiempo de extinguirse el usufructo, el valor actualizado del dinero dispuesto”.

Esta cuestión ha sido tratada por Javier Hernández García en la Revista de Derecho Civil Aragonés, años 7 y 8 nº 1.

El usufructuario tiene derecho en todo caso a los frutos o rendimientos del dinero. El dinero en sí mismo no produce fruto alguno ni presta utilidad al usufructuario. Para que preste utilidad tendrá que consumirlo o cederlo a un tercero quien satisfará a su vez una contraprestación por todo el periodo de la cesión o de la extinción del usufructo si ésta se produce antes.

El rendimiento típico del dinero es el interés pero el art. 315.2 del Código de Comercio de aplicación general y a propósito de los préstamos ya nos dice que se reputará interés toda prestación pactada a favor del acreedor.

Entre estas retribuciones atípicas puede figurar por ejemplo una prima de reembolso (o sea la obligación del prestatario de satisfacer una cantidad superior a la prestada al tiempo de la extinción de la cesión del dinero y que es una obligación distinta de los intereses periódicos) o una retribución en especie simultánea a la entrega del capital como sucede actualmente con mucha frecuencia en la práctica bancaria para la captación de dinero ajeno. Estos serán también frutos o rendimientos del dinero que pertenecerán al usufructuario.

El régimen legal del usufructo del dinero es distinto según que el usufructuario haya prestado o no garantía.

Las obligaciones de inventario y garantía del usufructuario en beneficio del nudo propietario vienen establecidas con carácter general en el art. 561.7 de esta misma Ley aplicable a toda clase de usufructos pero con carácter dispositivo y quedando a salvo cualquier disposición contraria en el título de constitución o modificación del usufructo.

Estas obligaciones de inventario y garantía pueden ser dispensadas por:

1. El pleno propietario que transmite y constituye el usufructo por traslación del derecho a otra persona en los actos intervivos a título oneroso o gratuito.
2. Por quien sea el nudo propietario residual al tiempo de la constitución del usufructo sin que el mismo lo haya constituido.
3. Por el testador fallecido disponente del usufructo.

Tal vez también por el usufructuario anterior que transmite su derecho a un nuevo usufructuario (ya que el derecho de usufructo es disponible en los términos del art. 561.9.1 de esta Ley) pero que sigue obligado a la devolución del

capital usufructuado a su nudo propietario a la extinción del primer usufructo. El usufructuario transmitente es el que ya ha prestado la garantía o ha sido dispensado de ella y sigue respondiendo de la restitución del capital usufructuado al nudo propietario, si éste no consiente expresamente la transmisión del derecho de usufructo al nuevo usufructuario.

2. Usufructo de dinero con garantía

Si el usufructuario constituye la garantía puede dar al capital usufructuado el destino que tenga por conveniente, bien consumirlo, bien invertirlo en las condiciones que determine el usufructuario por sí solo sin la concurrencia del nudo propietario. Aquí desaparece la obligación general del usufructuario de conservar la forma y la sustancia de la cosa usufructuada, que es requisito natural del usufructo (art. 561.2 de esta Ley).

El usufructuario en este caso está legitimado por la Ley para disponer en pleno dominio del dinero pero con la obligación de restituirlo con un criterio que creemos nominalista, esto es referido a la cifra nominal del capital usufructuado, prescindiendo de fluctuaciones monetarias y dejando a salvo disposiciones legales imperativas de devaluación o revaluación de la moneda (competencia exclusiva del Estado conforme al art. 149.1 primero de la C.E. y al 1170 el Código Civil de aplicación general en España).

Seguimos en general en esta materia las valiosas orientaciones contenidas en el libro ya citado “Comentarios de Derecho Patrimonial Catalán”.

No parece que este capital (consumido o invertido) pueda ser embargado por los acreedores del usufructuario ni incluido en la masa de un concurso. Lo que sí puede ser embargado o incluido en la masa es el propio derecho de usufructo (tal como esté configurado y con sus efectos específicos) que entonces subsista.

Tampoco puede haber lugar a acción directa del nudo propietario contra los terceros poseedores del dinero invertido ya que, como hemos dicho, el usufructuario está legitimado como tal usufructuario, no como propietario, para consumir o invertir el dinero usufructuado. Quien podrá accionar contra dichos terceros poseedores del dinero será el usufructuario en los casos de incumplimiento o ineficacia del contrato de transmisión o inversión del capital usufructuado.

La posición del nudo propietario en caso de consumo o inversión del dinero (que ya no puede identificarse separadamente de otros bienes) se limita al ejercicio de la acción de restitución que proceda contra el usufructuario al término del usufructo. Pero parece que el nudo propietario puede conservar la titularidad del capital si éste permanece identificable lo que sucede cuando el usufructuario lo transmite a un tercero (préstamo o depósito) con obligación de restituírselo.

La posición jurídica del usufructuario que haya prestado garantía no está asimilada tampoco al usufructo con facultad de disponer del art. 561.21 y siguientes ya que aquí el usufructuario no precisa para la inversión o consumo del consentimiento de persona alguna, tampoco tiene que alegar causa de necesidad y sigue obligado a restituir el capital al tiempo de la extinción o del usufructo lo que no sucede en el usufructo con facultad de disponer.

En el caso de que el usufructuario deba prestar garantía y efectivamente la preste, la cuantía y suficiencia de la misma (si no ha sido prevista en el título de constitución del usufructo) se determinará por acuerdo de los interesados y por consiguiente con consentimiento del nudo propietario. Normalmente en la constitución del usufructo por actos inter vivos, onerosos o gratuitos, será el pleno propietario que se desprende del usufructo quien tiene la posesión del dinero y no entregará esta posesión al usufructuario en tanto éste no preste la garantía suficiente que el transmitente calificará y aceptará en su caso (regla general del art. 561.7).

En actos *mortis-causa* pueden tener la posesión del dinero:

1. El heredero o legatario (los dos causahabientes del fallecido). Se aplicará la misma solución que para los actos de inter vivos o sea que el nudo propietario, que es el beneficiario de la garantía, es el que tendrá que calificar su suficiencia.
2. Un nudo propietario que no sea causahabiente del fallecido (piénsese en el caso de usufructo temporal o sujeto a condición resolutoria pendiente propio del testador que sea disponible *mortis-causa*). En este último caso el usufructo tendrá ya constituida anteriormente la garantía y no habrá que prestarla nuevamente.

En caso de falta de acuerdo entre los interesados será preciso acudir a la autorización judicial aunque no haya previsión legal expresa. En este sentido regirá el art. 561.7 de esta Ley relativo a las obligaciones de inventario y de caución con carácter general.

3. Usufructo de dinero sin garantía

En el supuesto de que el usufructuario de dinero no haya prestado garantía (bien sea por dispensa o por imposibilidad) habrá que poner necesariamente el capital a interés lo que supondrá normalmente un contrato de préstamo mutuo con un tercero pero puede haber muchas otras modalidades con denominaciones muy variadas (los llamados productos financieros) admitidas por la legislación y la práctica financiera. Parece que en este caso el nudo propietario conserva la titularidad del capital, que permanece identificable.

Las condiciones de la inversión que garanticen la integridad del capital usufructuado habrán de ser calificadas y aceptadas por quien sea beneficiario de la devolución del capital o sea el nudo propietario. Y si no hay acuerdo será necesaria la resolución judicial.

No contempla este artículo la situación que puede presentarse en la práctica de que el capital usufructuado al tiempo de constituirse el usufructo estuviese ya invertido y en poder de terceros en la gama de los llamados productos financieros cuya variedad y complejidad es infinita. Esto sucederá en virtud de un contrato establecido por el pleno propietario o un usufructuario anterior.

En esta situación habrá que respetar sin duda la duración y las condiciones del contrato tal como esté configurado al tiempo de la constitución del usufructo sin prestación inmediata de garantía. A la expiración de este contrato y lo que resulte en dinero de esta extinción será el capital que entrará a disfrutar el adquirente del

usufructo. Es decir, entonces es cuando nace propiamente el usufructo de dinero y desde entonces es cuando hay que aplicar todas las previsiones de este artículo.

Y citar finalmente que hay tres supuestos en el que usufructo sobre participaciones de FI que examinaremos seguidamente entra en conexión con la regulación del usufructo de dinero:

1. Art. 561.19. Por subrogación real el justiprecio en dinero en la expropiación forzosa sustituye a la cosa usufructuada. Es una aplicación de lo previsto para la extinción del usufructo en el art. 561.16.1.
2. Art. 561.34.4 (reembolso anticipado del FI antes de la extinción del usufructo). En este caso subsiste el usufructo convertido en usufructo de dinero.
3. Art. 561.36.5. Opción del usufructuario por causa de muerte en sucesión testamentaria o intestada para exigir del nudo propietario que le garantice un rendimiento equivalente al del usufructo de dinero. En este caso la Ley no dice que se extingue el usufructo pero concreta el derecho del usufructuario (rendimiento de un usufructo de dinero en lugar de la plusvalía eventual).

4. Modificaciones respecto de la Ley 13/2000

Es de notar que el texto que examinamos ha introducido las siguientes modificaciones con relación a la regulación de la anterior Ley Catalana 13/2000:

- a) Ha suprimido la obligación del usufructuario en el 26.2 de devolver la cantidad de dinero “equivalente al capital usufructuado”, lo que podía suponer una fisura en el principio nominalista.
- b) La eliminación de la expresión del art. 26.4 de que “la titularidad del capital objeto del usufructo corresponde al nudo propietario en todos los casos.” En los supuestos de usufructo con prestación de garantía esta afirmación podría conducir a dificultades de interpretación en orden a la amplia facultad dispositiva en forma de consumo o inversión que se le concede al usufructuario. Observemos que la terminología aquí derogada se mantiene en el art. 561.34.3 respecto del usufructo de Fondos de Inversión (FI) al menos en orden al derecho de rescate porque se trata de supuestos y de derechos distintos.
- c) En el antiguo art. 26.3 se asimila el supuesto de dispensa de garantía a la de imposibilidad de constituirla. En el nuevo texto legal se atiende solamente a los supuestos de constitución o no constitución de la garantía sin hablar de la dispensa. No obstante ya hemos dicho que se trata de una norma dispositiva susceptible de disposición o pacto en contrario.
- d) La desaparición de la norma del art. 28 que decía que los rendimientos del usufructo de dinero son frutos civiles y se entienden percibidos día a día. Ha quedado sustituida por la declaración general del art. 541.4 respecto de la adquisición de los frutos en dinero. La expresión de frutos civiles se mantiene en el art. 561.35 de la nueva Ley sobre el usufructo de participaciones en FI.

5. Coste fiscal de la garantía

En los usufructos en general habrá que ponderar el coste fiscal de la garantía que ha de prestar el usufructuario que estará sujeta y exenta de IVA y no sujeta al ITP (por consiguiente con coste fiscal 0) si se presta por una entidad financiera.

Si se presta por un particular estará sujeta al ITP al tipo del 1%. En estos casos la base imponible según el art. 10.2 j de la Ley reguladora será el capital de la obligación asegurada (que es el importe del capital a restituir).

Es de notar que legalmente el sujeto pasivo del ITP en las fianzas (art.8 de la Ley) es el acreedor afianzado, esto es, el nudo propietario si la fianza es prestada por el usufructuario.

En esta misma Ley 5/2006 hay también un supuesto en que la fianza o caución ha de ser prestada por el nudo propietario de las participaciones de FI para garantizar al usufructuario por sucesión *mortis-causa* un rendimiento equivalente al de un usufructo de dinero si el usufructuario ejercita la opción del art. 561.36.5.

La posición de sujeto pasivo del tributo en tanto que es elemento de la obligación tributaria no puede ser alterada por actos o convenios de los particulares que no surtirán efecto ante la Administración sin perjuicio de sus consecuencias jurídico-privadas (art.17.4 de la Ley General Tributaria) al amparo del artículo 1255 del Código civil.

IV. EL USUFRUCTO SOBRE PARTICIPACIONES EN FI

1. Generalidades sobre los FI

Los FI se consideran como patrimonios separados que pertenecen a una pluralidad de inversores sin personalidad jurídica y cuya naturaleza se discute manejándose conceptos propios de la comunidad romana, comunidad germánica, propiedad-función, propiedad fiduciaria o propiedad temporal de los partícipes, asociación o fundación no reconocida, patrimonios sin sujeto y algunos otros de contornos poco definidos en nuestro derecho positivo.

Estos patrimonios están constituidos con las aportaciones realizadas por varios inversores, llamados partícipes y administrados por una operadora profesional la Sociedad Gestora, controlada por otra operadora profesional la Entidad Depositaria, que custodia los valores y efectivos del fondo y ejerce funciones de vigilancia y garantía ante los inversores. En los fondos inmobiliarios, que invierten en forma mayoritaria en activos no financieros aparece además una sociedad de tasación que no puede pertenecer al mismo grupo financiero que la Sociedad Gestora.

La Sociedad Gestora tiene, entre otras, las siguientes funciones:

Redactar el Reglamento de Gestión del Fondo y otorgar, en unión del Depositario el contrato o la escritura pública de constitución del Fondo, así como las de modificación o liquidación del mismo. Según el art. 4 de la Ley estatal 35/2003 no es preceptiva la escritura pública.

Ejercer todos los derechos, tanto económicos como políticos, inherentes a los valores integrados en el Fondo, y a la propiedad y disposición de los inmuebles en beneficio de los partícipes.

Las participaciones en los FI pueden estar representadas mediante anotaciones en cuenta, (sometidas al régimen de la Ley del Mercado de Valores) o mediante certificaciones nominativas sin valor nominal expresivas del número de participaciones y emitidas por la Sociedad Gestora y la Depositaria.

Las participaciones en los FI de cualquier naturaleza ya fueron considerados expresamente como valores mobiliarios en el Real Decreto 291/1992 de 27 de marzo (junto con las acciones, obligaciones, letras de cambio y pagarés, certificados de depósito, cuotas participativas de Cajas de Ahorro, cédulas, bonos y participaciones hipotecarias), dentro de su caracterización general como valores negociables sujetos al régimen de la Ley del Mercado de Valores. Y por consiguiente es clara su naturaleza jurídica de bienes muebles (al no ser considerados expresamente como inmuebles) encuadrados en el estatuto real del artículo 10 del CC y en el concepto general del art. 511.2.3 de esta Ley.

En este libro quinto del Codi aunque no los clasifique expresamente se alude a los FI de carácter acumulativo, los FI de reparto (al hablar de rendimientos en el art. 561.35) y los FI garantizados en el artículo 561.34.5.

La Ley 5/2006 es una Ley de derecho privado que entra dentro del marco del Derecho Civil Catalán (art. 129 del Estatuto de Autonomía y 149.1 octavo de la Constitución Española) y que fuera de este campo no puede invadir los que sean propios del derecho estatal. Por eso se omite en ella cualquier regulación de los agentes u operadores económicos, entidades financieras, gestoras o depositarias que intervienen en la vida de los FI. Esta preocupación se manifiesta en el art. 561.36.4 cuando menciona entre los derechos del usufructuario el de obtener información de la Sociedad Gestora que no queda obligada por esta Ley a prestarla directamente al usufructuario de tal forma, que si no la facilita, el remedio legal consiste en imponerle la obligación de información al nudo propietario haciendo seguir al usufructuario la información que le haya facilitado la Gestora. Como vemos la Ley Catalana no se atreve a imponer obligaciones a la Sociedad Gestora que en su actuación se atenderá a las disposiciones legales de los FI de necesaria competencia estatal y al propio Reglamento del Fondo.

Han de ser inscritos en el Registro de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, son considerados como sujetos pasivos en el Impuesto de Sociedades y sometidos a un régimen tributario especial y beneficioso. Su inscripción en el Registro Mercantil es potestativa según el art. 10, art. 6 de la Ley y obligatoria en el Registro de la Comisión Nacional del Mercado de Valores. Ambas inscripciones son necesarias para las Sociedades Gestoras y Depositarias.

Los FI en España se regulan actualmente por la Ley estatal 35/2003 del 4 de Noviembre y el Reglamento de 4 de noviembre de 2005 sobre I.I.C. Con esta cobertura han aparecido últimamente algunas variedades de FI a las que entendemos que será también de aplicación la regulación legal general del usufructo.

Entre ellas destacan los fondos de inversión cotizados y los llamados en España fondos de inversión libre o alternativa y conocidos fuera como Hedge Funds:

1- Los llamados FI cotizados

Son aquellos cuyas participaciones están admitidas a cotización en Bolsa de Valores. Cotizan en la Bolsa española desde el día 20 de julio de 2006.

El primero fue constituido por BBVA GESTION y bautizado como acción IBEX 35 ETF (Exchange Traded Fund). En el mes de noviembre de 2006 hay otros dos fondos cotizados creados por entidades financieras españolas y siete extranjeros comercializados por Societé Generale.

En la práctica estos fondos son un híbrido entre las acciones y los FI y reúnen las ventajas de ambos: la diversificación del riesgo y la flexibilidad y liquidez de una acción. Reflejan la evolución de un índice o cesta de valores de forma similar a los llamados fondos indexados que desde hace tiempo se comercializan en España.

La diferencia mas importante respecto de los fondos tradicionales (aparte de que no hay comisión de suscripción y reembolso y las demás comisiones son menores) consiste en que al ser posible la negociación diaria (que sustituye en la práctica al reembolso) el precio de compra y venta de las participaciones de fondo son transparentes y conocidos de antemano a diferencia de los fondos no cotizados en que su liquidación en el mejor de los casos se practica con un día hábil de diferencia al de la solicitud de reembolso y a un precio que se conoce solamente cuando la entidad ha realizado la liquidación.

Su fiscalidad es similar al de las acciones. El inversor debe liquidar en su declaración las ganancias o pérdidas que obtenga cada caso en las ventas de participaciones de ETF que realice así como los dividendos que le reporten estos títulos como los de cualquiera otra acción.

Las plusvalías no están sujetas a retención pero tampoco se benefician del diferimiento en los casos de traspaso de un fondo a otro.

2- Los llamados en España Fondos de inversión libre o alternativa (en el extranjero Hedge Funds).

Estos fondos tienen dos versiones:

Los FI libres puros que invierten directamente en los mercados y los Fondos de fondos que invierten los fondos de Hedge Funds.

Los primeros están reservados para inversores de alto patrimonio y para instituciones mientras que los segundos que cuentan con un grado de diversificación muy alto (invertirán en cuarenta fondos por término medio según los proyectos de las distintas gestoras) tienen un menor nivel de riesgo y por lo tanto podrán ser adquiridos por inversores minoristas.

En España empezaron comercializándose, con la autorización de la Comisión Nacional del Mercado de Valores los FI libres puros pero antes del año 2006 han sido aprobados los dos primeros fondos de Hedge Funds.

En general se diferencian de los FI típicos en que suelen estar domiciliados en centros financieros extraterritoriales, invierten sin restricciones, hacen un uso extensivo de la venta en descubierto (venta de títulos prestados cuya titularidad no es del vendedor) del apalancamiento (financiación mediante deuda) y de los derivados.

2. Fondos a los que se aplica la regulación de la Ley 5/2006

Hay que partir de la idea básica de que el Codi se refiere al derecho real de usufructo sobre participaciones de FI que como ya sabemos son considerados como valores mobiliarios negociables. Las participaciones son cuotas o partes de la comunidad especial formada por un patrimonio de valores mobiliarios, efectivo y en su caso bienes inmuebles gestionados por la Sociedad Gestora que tiene el poder de administración y disposición sobre los mismo y teniendo depositados el efectivo y los valores en la Sociedad Depositaria.

En esta percepción entrará, en juego los artículos 10.1, 3 y 16 del Título Preliminar del Código Civil que son de aplicación general, según el artículo 13.1 del propio Código:

“Artículo 10.1. La posesión, la propiedad y los demás derechos sobre bienes inmuebles, así como su publicidad, se regirán por la Ley del lugar donde se hallen.

La misma Ley será aplicable a los bienes muebles...”

“Artículo 10.3. La emisión de los títulos valores se atenderá a la Ley del lugar en que se produzca.”

“Artículo 16.1. Los conflictos de leyes que puedan surgir por la coexistencia de distintas legislaciones civiles en el territorio nacional se resolverán según las normas contenidas en el capítulo IV con las siguientes particularidades...”

Habrà que tener en cuenta el principio del art.14 del actual Estatuto de Autonomía que concuerda con el principio del art. 111.3 del Codi cuando afirma que el Derecho Civil de Cataluña tiene eficacia territorial sin perjuicio de las excepciones que se puedan establecer en cada materia y de las situaciones que se hayan de regir por el estatuto personal u otras normas de extraterritorialidad.

Creemos que hay que distinguir:

- a) Si las participaciones están representadas por anotaciones en cuenta, el lugar de situación será el del Registro Contable, (domicilio de la entidad encargada) ya que se constituyen mediante su inscripción en tal Registro y se transmiten mediante transferencia contable.
- b) Si las participaciones no están representadas por anotaciones en cuenta, (o sea por certificaciones nominativas sin valor nominal) hay que entender que están situadas en el domicilio de la sociedad gestora que las emite.

Las participaciones se adquieren de la Sociedad Gestora y los derechos sobre ellas se ejercitan por sus titulares a través de dicha sociedad. Parece claro que las participaciones “están situadas” y “vinculadas” en el poder inmediato de la Sociedad Gestora que las emite y las reembolsa (no del depositario que lo es del efectivo y de los valores mobiliarios que forman la comunidad, si bien controla y fiscaliza los actos de administración y disposición de la gestora).

Por consiguiente y en aplicación estricta de los artículos 10.1 y 3 del CC y 111.3 del Codi regirá la Ley del domicilio de la entidad encargada del registro contable o de la sociedad gestora (según el sistema de representación de las participaciones) ya que el FI propiamente tal no tiene ni personalidad ni domicilio propio.

Entendemos pues que el Codi deberá aplicarse a las relaciones entre nudo propietarios y usufructuarios que correspondan a participaciones de FI cuya entidad encargada del registro contable o Sociedad Gestora esté domiciliada en territorio catalán. Es indiferente el domicilio del depositario que lo es sólo de los valores y efectivo que constituyen el patrimonio del fondo, en virtud de una relación más institucional que contractual, que resulta irrelevante como punto de conexión para determinar la aplicación de esta Ley dentro del territorio nacional. Además el patrimonio inmobiliario (de los FI inmobiliarios) cuya situación es siempre definida puede estar disperso en distintos lugares del territorio español.

Este criterio (como me hizo notar ya hace algunos años Juan José López Burniol) puede resultar inquietante y perturbador al ponerlo en relación con los usufructos sucesorios que además de derechos reales son instituciones mixtas de derecho de familia y sucesiones conforme de algún modo reconoce el artículo 16.2 y 3 del Código Civil y el art. 561.1.2 del Codi.

En el libro publicado por el Colegio de Registradores “Comentarios sobre Derecho Patrimonial Catalán” con relación a la derogada Ley 13/2000 se entiende que por aplicación del art. 16 del Código Civil serán aplicables las disposiciones de la Ley catalana cuando el derecho de usufructo sobre participaciones de FI se ejercite en Cataluña, incluso cuando el titular de las participaciones no sea de vecindad civil catalana o las participaciones sean de un fondo domiciliado fuera de Cataluña. Pero no se atreve a llevar a sus últimas consecuencias esta idea y cree necesario reforzar el punto de conexión: que en los usufructos constituidos por actos *mortis-causa* el causante sea de vecindad civil catalana y en los constituidos por actos *inter vivos* que deba aplicarse la Ley catalana al contrato de constitución del usufructo. Y antes Rodolfo Fernández, (en Comentarios a la Ley 13/2000 de regulación de los derechos de usufructo, uso y habitación) a la busca de otros puntos de conexión para evitar el efecto indeseado de la aplicación estricta del criterio de territorialidad considera que en los usufructos constituidos por contrato a falta de sometimiento expreso prevalecería la norma del art. 10.5 del Código Civil que atiende a la Ley personal correspondiente a la vecindad civil común de propietario y usufructuario, en su defecto a la de la residencia habitual común y en último término a la Ley del lugar de celebración del contrato. En la constitución del usufructo mediante donación se aplicaría la Ley de la vecindad civil del donante del usufructo conforme al art. 10.7 del Código Civil.

Pero creo que a los fines prácticos de esta exposición y al menos con carácter provisional y en defecto de otras disposiciones legales de apoyo hemos de admitir el criterio de territorialidad o situación que hemos expuesto. Ciertamente esta aplicación puede templarse o moderarse a través de la regulación que se establezca en el título constitutivo del usufructo o en la del Reglamento del FI que prevalecerán en su caso sobre la regulación legal que tiene carácter dispositivo.

La consecuencia práctica más importante y ciertamente perturbadora de este criterio sería que si cambia el domicilio de la entidad encargada del Registro contable o de la Sociedad Gestora a territorio no catalán cesará también la aplicación de Ley catalana a los usufructos de participaciones del FI controlados por la sociedad que cambie su domicilio lo que podría dar lugar a ciertas disfunciones. Para poder obviar esta consecuencia hay que sostener

que para la aplicación de la regulación legal adecuada habrá que atenerse sólo al momento de la constitución del usufructo. Si entonces es aplicable la Ley catalana su regulación se incorpora al título constitutivo del usufructo que regirá las relaciones entre usufructuario y nudo propietario hasta la extinción del usufructo, salvo modificación posterior por la voluntad concorde de ambas partes y resultando entonces irrelevante a estos efectos tal cambio de domicilio de la gestora o de la entidad encargada del registro contable.

Como sabemos nos movemos en el campo de la normas dispositivas (art. 561.32) y es posible que en el Reglamento de los Fondos exista una previsión específica sobre la regulación de los derechos de usufructo de las participaciones del FI en cuyo caso habrá de prevalecer también la regulación del Reglamento del FI sobre la de la Ley 5/2006 ya que a este Reglamento habrá que remitirse y someterse el título de constitución de usufructo. En este caso el usufructo quedará necesariamente constituido con arreglo a las peculiaridades del Reglamento del Fondo que delimitará el contenido del derecho.

Claro está que el título constitutivo del usufructo (ajeno al Reglamento del Fondo) puede regular con carácter vinculante y puramente interno para usufructuario y nudo propietario los derechos básicos de rendimientos y reembolsos mediante las previsiones oportunas como independientes del Reglamento del Fondo que seguirá regulando las relaciones externas entre partícipes y Sociedad Gestora y Depositaria.

Y también es posible que en el título constitutivo del usufructo o bien después por modificación del mismo pacten los interesados la aplicación de las disposiciones del Codi con lo que al menos en sus relaciones internas se evitará la aplicación del derecho civil estatal, o el de otra Comunidad Autónoma en su caso o el propio Reglamento del FI.

3. Estudio de la regulación legal

Los derechos y obligaciones de los nudos propietarios y usufructuarios de los fondos de inversión han de ser correlativos y compatibles.

Con carácter general el art. 561.1 dice:

1. La propiedad adquirida legalmente otorga a los titulares el derecho a usar de forma plena los bienes que constituyen su objeto y a disfrutar y disponer de ellos.

2. Los propietarios conservan las facultades residuales que no se han atribuido a terceras personas por Ley o por título.

Y el art. 561.34.3 dice a su vez:

Los nudos propietarios gozan, a título exclusivo, de la condición de partícipes al efecto de exigir el reembolso total o parcial de las participaciones.

Así el nudo propietario tiene respecto a las participaciones usufructuadas todos los derechos que la Ley no ha atribuido al usufructuario (que son entre otros los del art. 27.3 de la Ley anterior 13/2000) y cuya mención es innecesaria. De forma específica el art. 561.34.3 declara que el nudo propietario goza a título exclusivo de la condición de partícipe al efecto de exigir el reembolso total o parcial de las

participaciones. Es de notar que esta condición no se le atribuye en los supuestos de usufructo de dinero como hacía la Ley anterior 13/2000 en el antiguo art. 26.3.

La Ley estatal de IIC 35/2003 de aplicación general atribuye en su art. 5, como mínimo los siguientes derechos a los partícipes:

- a) El de solicitar y obtener el reembolso de las participaciones.
- b) Solicitar y obtener el traspaso de sus inversiones a otra IIC.
- c) El de obtener información de la gestora
- d) El de exigir responsabilidades a la gestora y al depositario.
- e) El de acudir al departamento de atención al cliente, al defensor del cliente o al Comisionado para la defensa del Inversor.

Si ponemos este precepto en relación con el art. 561.1 de la Ley Catalana que atribuye al propietario las facultades residuales no atribuidas a terceros (usufructuarios) la regulación autonómica del usufructo debería limitarse a los derechos específicos del usufructuario que no están comprendidos en estas facultades residuales y por consiguiente a los derechos a rendimientos (en fondos de reparto) y de plusvalías (en toda clase de fondos), al derecho supletorio de información del nudo propietario (si no es atendido por la sociedad gestora) y a la regulación de las situaciones que se producen al tiempo de la extinción del usufructo o del reembolso del fondo.

Todo lo demás parece innecesario.

Así (aunque no lo diga expresamente la Ley catalana) parece que el nudo propietario tiene la facultad de traspasar por sí solo y sin consentimiento del usufructuario a otro FI las participaciones usufructuadas de conformidad con la regla general del art. 561.9.4 y siempre que tal disposición no perjudique los derechos del usufructuario y sea compatible con éstos.

En los términos generales del art. 561.7 de Ley 5/2006 parece que el nudo propietario tiene derecho a exigir prestación de caución por el usufructuario en garantía del cumplimiento de las obligaciones de éste.

No obstante, esta garantía es innecesaria ya que la cosa usufructuada (la participación o cuota ideal en el FI) no está en poder del usufructuario que no puede dañarla ni deteriorarla y tampoco naturalmente pedir el reembolso o traspaso.

Tampoco resulta útil la valoración en inventario de las participaciones usufructuadas porque ésta ya viene dada por el valor liquidativo de las mismas que determina y comunica la Sociedad Gestora (o la cotización bursátil en los FI cotizados).

No obstante la Ley no excluye expresamente estas obligaciones como podía perfectamente haberlo hecho.

Hay que tener en cuenta que en Cataluña la mayor parte de los usufructos sobre participaciones en FI se constituyen por causa de muerte. En los testamentos notariales se ha convertido en cláusula de estilo la de dispensar al cónyuge viudo usufructuario de las obligaciones de inventario y de fianza. Y si se trata de usufructo universal por sucesión intestada el viudo queda relevado de fianza por ministerio de la Ley (art. 331 del CS). Y también el usufructuario universal en capítulos matrimoniales (art. 24 y siguiente del CF y 69 del CS).

No regirán en cambio después de esta Ley las previsiones del art. 494 del Código Civil como derecho supletorio, sobre las consecuencias de la no prestación de fianza por el usufructuario: *exigir el propietario que se pongan en administración los inmuebles, que se vendan los muebles, que los efectos públicos y títulos de crédito se conviertan en inscripciones o se depositen en un banco o establecimiento público y que los capitales o sumas en metálico y el precio de la enajenación de los bienes muebles se inviertan en valores seguros. También podrá el propietario si lo prefiere mientras el usufructuario no preste fianza o quede dispensado de ella, retener en su poder los bienes del usufructo en calidad de administrador y con la obligación de entregar al usufructuario su producto líquido deducido a la suma que por dicha administración se convenga o judicialmente se le señale.* Este art. 494 era aplicable como derecho supletorio por la Ley 13/2000 según aparecía con carácter general en la exposición de motivos, aunque no en el texto de la Ley.

En los casos en que el usufructuario disponga de su derecho por actos intervivos a título oneroso o gratuito el nudo propietario tendrá el derecho de adquisición preferente de los art. 561.9 y 10. No así al contrario cuando el nudo propietario enajene su derecho.

Entramos ahora en el estudio de los textos legales concretos y siguiendo el mismo orden de su enumeración en la Ley 5/2006.

Artículo 561.34. El usufructo de participaciones en fondos de inversión.

1. Los usufructuarios, en el usufructo de participaciones en fondos de inversión, tienen derecho a las plusvalías eventuales desde que se constituyen el derecho hasta que se extingue.

El derecho fundamental del usufructuario en los FI es el de obtener las eventuales plusvalías desde que se constituye el derecho de usufructo hasta que este se extingue.

Y esto ocurre tanto en los fondos de acumulación como en los de reparto menos frecuentes por el tratamiento fiscal más beneficioso de los primeros. La fecha de la extinción del usufructo puede o no coincidir con la del reembolso.

Notemos aquí que la Ley sólo tiene en cuenta la fecha de reembolso siendo irrelevante la del eventual traspaso a otro FI cuya posibilidad no se tiene en cuenta y que examinaremos al comentar el art. 561.34.3.

Si el reembolso es anterior a la extinción entrará en juego el art.561.34.4 o sea la reinversión de su importe en otros activos o en dinero en cuyo caso subsistirá el usufructo con un objeto distinto y habrá de aplicarse las reglas que correspondan a la clase de usufructo.

En el supuesto de reembolso habrá que estar a los acuerdos entre nudo propietario y usufructuario dando lugar a cualquiera de las situaciones siguientes:

- a) Liquidar definitivamente los dos derechos concurrentes de usufructo y nuda propiedad adjudicando al titular de cada uno en pleno dominio lo que le corresponda y declarar extinguido el usufructo. Solución que esta

Ley no contempla (y que admitía el art. 27.4 de la Ley 13/2000) pero que no hay inconveniente en admitir.

- b) En caso de reembolso parcial liquidar los derechos concurrentes solo hasta el momento del reembolso y sobre la parte reembolsada. Subsistirá el usufructo sobre la parte no reembolsada y sobre la nueva inversión de la reembolsada si esta inversión se produce.

En defecto de acuerdo la parte total o parcialmente reembolsada que esté convertida en dinero tendrá el tratamiento que corresponde al usufructo de dinero según que el usufructuario haya o no prestado garantía y que hemos examinado anteriormente.

Si el reembolso se produce después de la extinción del usufructo sólo a partir del reembolso del FI podrá efectuar el usufructuario su reclamación sin que proceda entonces la reinversión.

2. Las minusvalías eventuales no generan obligaciones de los usufructuarios hacia los nudos propietarios.

La minusvalía se refiere a la diferencia de valoración en momentos distintos del patrimonio del FI no al rendimiento propiamente tal que es lo único que trasciende en materia de usufructo.

Lo que sí es claro es el sentido de la norma. Cualquiera que sea el signo del rendimiento no hay ninguna responsabilidad del usufructuario al que no alcanzará la prevista para el caso de perjuicio de la cosa usufructuada (art. 561.4) ya que el usufructuario permanece siempre alejado de la gestión del patrimonio del fondo y no entra en posesión de las participaciones.

Por esto creo que sería inútil y perturbador que se le exigiera la obligación general de inventario y caución a que se refiere el art. 561.7. Pero lo cierto es que esta Ley no la suprime.

3. Los nudos propietarios gozan, a título exclusivo, de la condición de partícipes al efecto de exigir el reembolso total o parcial de las participaciones.

La condición de partícipe es siempre del nudo propietario a quien corresponde exclusivamente la facultad de reembolso ya también la de traspaso a otro FI según reconoce con carácter mínimo e inderogable el punto 3 a, b y c del art. 5 de la Ley sobre Instituciones de Inversión Colectiva 35/2003.

Lo que aquí hace la Ley catalana es reconocer con carácter exclusivo la condición de partícipe al nudo propietario *al solo efecto* de exigir el reembolso total o parcial de las participaciones. Pero ya hemos dicho que no sería necesario dado el carácter residual de la propiedad respecto a todas las facultades que no se hayan atribuidos expresamente a terceros (art. 541.1).

La condición de partícipe reconocida por la Ley catalana no puede alcanzar el propósito de trascender de las relaciones del usufructuario y nudo propietario y afectar a la relación entre nudo propietario y el complejo gestora-depositaria cuya regulación mercantil excede de las posibilidades de la Ley.

Nos planteamos la posibilidad de si esta titularidad puede atenuarse o compartirse con otro según el título de constitución del usufructo en la caracterización general dispositiva del art. 561.32 de esta Ley pero en todo

caso creemos que esto afectará sólo a las relaciones internas usufructuario-nudo propietario sin que alcance a las externas con las sociedades Gestora y Depositaria. Por esto el “Comentario” del Colegio de Registradores con relación a la Ley anterior 13/2000 ya decía que ésta no es una materia disponible y que se trata de una norma de derecho necesario contra la que no se admite pacto en contrario.

No establece este artículo precisión alguna respecto al traslado de FI que es también derecho mínimo e inderogable del partícipe según la Ley IIC.

Esta figura se aplica cada vez con mayor frecuencia por el beneficio de su “neutralidad fiscal” que consiste en que las participaciones del segundo FI adquiridas en virtud de las anteriores traspasadas (y usufructuadas) ingresan en el patrimonio del titular con la misma antigüedad y valoración que las traspasadas, con el consiguiente diferimiento en su tributación.

En las disposiciones a título particular del usufructo de participaciones de FI que eran propias del testador al tiempo del testamento y que al tiempo de su muerte han dejado de formar parte de su patrimonio entrará en juego la ineficacia (revocación presunta prevista por el art. 306 del Código de Sucesiones) para el caso de enajenación de la cosa legada salvo las excepciones tasadas de expropiación, permuta o aportación a sociedad.

Nos hemos de preguntar si hay que aplicar esta misma solución a los casos de traspaso de participaciones a otro FI. Teniendo en cuenta que la Ley 5/2006 es posterior a la de I.I.C. (1973) es claro que sus redactores han debido tener en cuenta este derecho mínimo del partícipe y no han querido reservarlo expresamente con carácter exclusivo al nudo propietario como ha sucedido en el derecho de reembolso.

Han debido tal vez considerar que en caso de traspaso se entra en el campo de la norma general del art. 561.9.4 de la Ley ya que es un acto de disposición que puede perjudicar los derechos del usufructuario y que a estos efectos no puede realizar por sí sólo el titular de las participaciones usufructuadas. O que entra en el supuesto de facultad residual del dominio del art. 541.1.

Pero este criterio produce al menos algún desconcierto por su colisión con la Ley I.I.C. de exclusiva competencia estatal en sus artículos 5 y 28.

En cualquier caso creemos que ha de prevalecer lo dispuesto en dicha Ley de ICC con carácter imperativo en este punto sobre lo previsto en el Reglamento del FI o en el título de constitución del usufructo que afectará sólo a las relaciones internas entre usufructuario y nudo propietario. Tendría lugar entonces una especie de subrogación real en que las participaciones adquiridas sustituirán a las traspasadas de igual forma que en los actos dispositivos permitidos por la Ley con tal cautela a los fiduciarios.

4. El capital obtenido, en caso de reembolso de participaciones antes de la extinción del usufructo, debe reinvertirse de acuerdo con lo establecido por el título de constitución o según el acuerdo de las personas interesadas. En defecto de título y acuerdo, se aplican las reglas de usufructo de dinero.

Los efectos han sido ya examinados al comentar el art. 561.34.1

5. Los nudos propietarios de participaciones en fondos de inversión garantizados solo pueden pedir su reembolso una vez vencido el plazo de garantía.

Fondos Garantizados son aquellos en que el valor liquidativo de las participaciones suscritas a una fecha determinada se garantiza por la Sociedad Gestora asegurando la revalorización de las mismas a una fecha posterior también determinada de forma que el partícipe en el fondo obtenga como mínimo una determinada rentabilidad de no ser alcanzada se obliga a realizar la gestora.

La obligación de la gestora se garantiza mediante la fianza de una entidad externa perteneciente generalmente a su grupo financiero. Este artículo establece una cautela lógica para evitar la merma o frustración de los derechos que ha adquirido el usufructuario a los frutos civiles de sus participaciones (rentas de reparto o plusvalías). Es una aplicación concreta del principio general de conservación de la sustancia de la cosa usufructuada.

Pero en supuestos concretos habrá de considerarse su conveniencia y tal vez atenuar la rigidez de la inmovilización de la inversión para su titular.

Si el nudo propietario titular de la participación de un fondo garantizado ejercita el derecho que le reconoce el art. 561.34.3 con carácter al parecer inderogable y obtiene el reembolso la doctrina se divide en cuanto a las consecuencias que se seguirán.

Rivero (en Lacruz) considera que es ineficaz. Otros dicen que se trata de una ineficacia relativa que se limita a las relaciones nudo propietario-usufructuario quien no podrá ver perjudicado su derecho en la fórmula de la opción que preconiza el art. 561.36.5 en los usufructos constituidos *mortis-causa*.

En todo caso el usufructuario no tiene acción directa contra la Sociedad Gestora a menos que se la conceda el Reglamento del FI.

Artículo 561.35 *Carácter de los frutos.*

Se aplican, a los rendimientos y a las eventuales plusvalías, las reglas de los frutos civiles.

El concepto general de fruto civil no aparece en la Ley 5/2006. Así vemos el texto de los artículos 561.6 puntos 1 y 3.

Artículo 561.6 *Frutos y mejoras.*

1. Los usufructuarios tienen derecho a percibir los frutos y utilidades de los bienes usufructuados no excluidos por el título de constitución.

3. Los frutos de un derecho se entienden percibidos día por día y pertenecen a los usufructuarios en proporción al tiempo que dure el usufructo.

En la derogada Ley 13/2000 se atribuía expresamente en su art. 28 el carácter de frutos civiles a los rendimientos en el usufructo de dinero y en el de participaciones en FI.

En la nueva Ley aparece de nuevo el término de fruto civil en el artículo 561.35. Se resucita pues de los art. 354 y 355 del Código Civil de España que no rige ni como derecho supletorio. Lo que es claro es que el derecho a los frutos civiles

(que se entienden percibidos día a día) por el usufructuario cesará al tiempo de la extinción del usufructo aunque se satisfaga en períodos distintos: semanas, meses o años. Pero no podrán exigirse hasta la fecha de reembolso del fondo.

Artículo 561.36 Derechos de los usufructuarios.

1. Los usufructuarios de participaciones en fondos de inversión de carácter acumulativo tiene derecho a las eventuales plusvalías producidas entre la fecha de constitución del derecho y la fecha de extinción o la del reembolso si este se solicita antes de la extinción del usufructo.

Contiene una caracterización correcta de las eventuales plusvalías y sus consecuencias han sido ya examinadas en el art. 561.34.

2. Los usufructuarios tienen derecho a las eventuales plusvalías en el momento en que se extingue el usufructo, pero solo podrán solicitar su pago cuando se produzca el reembolso.

Congruentemente con el apartado anterior el derecho del usufructuario a la plusvalía nace en el momento en que se extingue el usufructo por cualquiera de las causas establecida en la Ley (art. 561.16).

Extinguido el usufructo el mismo usufructuario si vive o sus causahabientes, en otro caso, tendrán derecho a percibir en su día, como frutos civiles, las plusvalías generadas desde la fecha de la constitución hasta la de la extinción del usufructo. Pero solo podrán hacer efectivo en este derecho al tiempo del reembolso exigiendo el pago al nudo propietario a cargo del dinero obtenido por éste que es el único titular que puede obtener tal reembolso.

La consecuencia práctica es que, una vez extinguido el usufructo, el usufructuario o sus causahabientes devienen titulares entonces de un crédito contra el nudo propietario que sólo podrán hacer efectivo cuando éste ejercite su derecho al reembolso que depende exclusivamente de su voluntad lo que puede entrar en colisión con las normas de los artículos 1115 y 1256 del Código Civil (cuando el cumplimiento de la condición dependa de la exclusiva voluntad del deudor la obligación condicional será nula y la validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes).

3. La acción para exigir el cumplimiento de la obligación de pago de los rendimientos del usufructo prescribe a los diez años, contados desde el día en que se produce el reembolso.

Contiene un plazo especial. La acción nace en el momento del reembolso (no en el de la posible extinción anterior del usufructo) y dura 10 años desde entonces.

Coincide con el término general del art. 121.20 del Codi para las pretensiones de cualquier clase que no tengan señalado plazo especial por el mismo Còdi o las leyes especiales.

4. Los usufructuarios, si la entidad gestora del fondo no se la facilita directamente, pueden exigir a los nudos propietarios toda la información que la entidad gestora les facilite relativa al fondo y participaciones usufructuados.

Proclama el derecho de información del usufructuario que podrá reclamarla del nudo propietario si no la obtiene de la Sociedad Gestora. Este derecho de información es atribuido con el carácter de mínimo e inderogable al partícipe en la Ley IIC (art. 5.3).

La Ley Catalana no quiere legislar en materias vidriosas y que pueden estar reservadas a la competencia exclusiva del Estado por la Constitución Española como son la legislación mercantil, las bases de la Ordenación del Crédito, Banca y Seguros y las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (art. 149.11 y 13 de la Constitución Española).

5. Los usufructuarios que lo son por disposición testamentaria, salvo disposición contraria de los testadores, y los que lo son por sucesión intestada pueden optar por percibir las plusvalías del usufructo de acuerdo con lo establecido por los apartados 1 y 2 o por exigir a los nudos propietarios que les garanticen un rendimiento equivalente al de un usufructo de dinero por un capital igual al valor del fondo en el momento de ejercer la opción. Los usufructuarios deben notificar su opción a los nudos propietarios en el plazo de seis meses desde la aceptación de la herencia. Si no lo hacen, se aplican las reglas generales de los apartados 1 y 2.

Ya hemos dicho al principio con ciertas reservas, que entendemos que en esta materia rige el estatuto real correspondiente al lugar de situación de las participaciones usufructuadas que coincide con el domicilio de la entidad encargada del registro contable o de la sociedad gestora.

No juega para nada la vecindad civil del causante antiguo titular de las participaciones y cuyo estatuto personal registrará la sucesión *mortis-causa* pero no el usufructo adquirido en virtud de esta sucesión *mortis-causa* que habrá que registrarse por la Ley 5/2006.

Al poder optar el usufructuario por un rendimiento equivalente al del usufructo de dinero se le concede una importante ventaja que simplifica problemas pero que tal vez resulta excesiva al poder convertir de hecho el usufructuario, por su sola decisión, la participación usufructuada en un valor de renta fija cuando la esencia de las participaciones de los FI acumulativos parece centrada en la renta variable. Como ha dicho López Burniol el ejercicio de esta facultad puede comportar en algunos casos un “deterioro irreversible” de la cosa usufructuada en detrimento del derecho del nudo propietario y sin respeto de la subsistencia de la cosa usufructuada” que demanda la esencia y que constituye el límite del derecho de usufructo conforme proclama el art. 561.2.1 de esta Ley.

La opción ha de ser expresa y exige una manifestación de voluntad positiva simultánea a la renuncia a obtener el rendimiento normal derivado de la plusvalía. Creemos que para esos casos el art. 1280.4 del Código Civil exige el documento público.

Si el usufructuario ejercita esta opción parece que subsiste el usufructo y deviene acreedor frente al nudo propietario de los rendimientos equivalentes a un usufructo de dinero cuya percepción ha de asegurar el nudo propietario. Esto quiere decir que el usufructuario no se convierte en usufructuario de dinero y solo en acreedor del rendimiento.

Aquí la garantía o fianza la ha de prestar el nudo propietario que es quien ha de asegurar la percepción por el usufructuario del rendimiento equivalente.

Tratándose de sucesión testamentaria estaremos normalmente en presencia de un legado de eficacia real entrando en juego los art. 253 y 270 del Código de Sucesiones, según los cuales el usufructuario tiene el derecho a reclamar los rendimientos devengados desde el momento del fallecimiento del causante lo que no sucede en los legados de eficacia obligacional.

El usufructuario que lo sea por sucesión intestada por Ley tiene derecho a los rendimientos desde la fecha del fallecimiento del causante.

Artículo 561.37. *Comisiones.*

1. Las comisiones por la adquisición o suscripción de participaciones en un fondo de inversión se imputan a los nudos propietarios, salvo que el usufructo se constituya simultáneamente, en cuyo caso corren a cargo de los nudos propietarios y de los usufructuarios en la proporción que les corresponda de acuerdo con la valoración del usufructo.

2. Las comisiones correspondientes a la gestión del fondo, mientras dure el usufructo, corren a cargo de los usufructuarios.

3. Las comisiones por el reembolso por extinción del fondo o por el reembolso anticipado corren a cargo de los nudos propietarios, excepto en el caso en que los usufructuarios ejerzan la opción que regula el artículo 561.36.5, en cuyo caso se imputan a éstos.

Este artículo sustituye al art. 32 de la Ley 13/2000.

La regulación afecta sólo a las relaciones internas de usufructuario y nudo propietario y para nada a las entidades financieras gestora y depositaria.

La Ley 35/2003 y su Reglamento hacen referencia con carácter general a las comisiones (con un sistema de máximos) pero no he sabido ver ninguna referencia a los supuestos de concurrencia de derechos de nudo propietario y usufructuario.

En cualquier caso habrá que estar a la regulación específica de los Reglamentos de los FI si contradicen a las disposiciones del art. 561.37, norma civil dispositiva que ha de quedar subordinada a la legislación mercantil de competencia estatal y al Reglamento del FI en su caso.

En cualquier caso el responsable del pago de las comisiones ante el FI es siempre el nudo propietario ya que es titular de la condición de partícipe. (art. 561.34.3). No obstante este precepto parece limitar la titularidad solo para el efecto de ejercitar el derecho fundamental del partícipe que es el de solicitar el reembolso.

No hay imputación ni compensación de las comisiones devengadas por razón de la adquisición o suscripción de la plena propiedad de las participaciones siempre que el usufructo no haya nacido todavía. Esas comisiones de adquisición o suscripción se han descontado ya de la aportación del titular o sea del propietario (que es propietario pleno y no nudo propietario como advierte el art. 561.37.1) que solo incorpora a su patrimonio participaciones cuyo valor liquidativo ya recoge inicialmente este descuento.

Si el usufructo nace simultáneamente con la adquisición o suscripción (que será conjunta por nudo propietario y usufructuario) la comisión es a cargo de ambos atendiendo a la respectiva valoración de sus derechos por acuerdo o resolución judicial. Se suelen aplicar en estos casos sin dificultad las normas de valoración de los usufructos de los impuestos del ITP e ISD.

En la suscripción o adquisición se efectúa el descuento de toda la comisión y se adjudican las participaciones que correspondan a la inversión ya efectuado el descuento en el usufructo y en la nuda propiedad correlativa.

Y para apreciar al tiempo de la extinción del usufructo las eventuales ganancias a que tiene derecho el usufructuario habrá que agregar al importe de las participaciones suscritas o adquiridas el de la comisión de suscripción o adquisición que ha aportado el usufructuario que verá reducido en este importe el de su ganancia al tiempo de reembolso.

En cuanto a las comisiones correspondientes a la gestión del fondo (esto es las comisiones de las Sociedad Gestora y Depositaria) que son a cargo del usufructuario hay que estar al Reglamento del FI. Se satisfacen en la práctica por el titular del fondo con cargo a la cuenta que el mismo haya señalado. Por consiguiente al tiempo del reembolso el nudo propietario que lo obtenga descontará este importe de la cantidad que deba satisfacer entonces al usufructuario. Si las ha satisfecho directamente el usufructuario no habrá lugar a descuento alguno.

Y finalmente las comisiones de reembolso por extinción del fondo o reembolso anticipado son a cargo de los nudos propietarios quienes habrán que satisfacer su importe al usufructuario que ha visto disminuidas sus ganancias al haber descontado la sociedad gestora esta comisión al efectuar el reembolso al nudo propietario.

Otra será la solución si el usufructuario que ha adquirido su derecho por actos *mortis-causa* ejercita la opción del art. 561.36.5 esto es esperar al reembolso para cobrar las eventuales ganancias u optar por el rendimiento fijo propio de su usufructo de dinero. En este último caso no se produce reembolso alguno ya que el capital ha de ser igual al valor liquidativo del fondo en el momento de ejercitarse la opción. Habrá entonces lugar a las imputaciones de comisiones por adquisición, suscripción y gestión pero no la de reembolso que es a cargo del nudo propietario.

Podemos decir como regla general todas las comisiones habrán de ser tenidas en cuenta al practicarse las imputaciones correspondientes al tiempo del reembolso del fondo determinando en cada caso el incremento o la minoración de la cantidad a satisfacer por el nudo propietario al usufructuario.

4. Modificaciones respecto de la Ley anterior 13/2000

Artículo 561.34. *El usufructo de participaciones en fondos de inversión.*

1. Sustituye y modifica el art. 27 de la Ley anterior. Habla solo de eventuales plusvalías. No siempre se producen plusvalías. La Ley 13/2000 nació en un momento de euforia bursátil y hablaba de rendimientos positivos.
2. Se habla de minusvalías eventuales que sustituyen el concepto de valor negativo eventual de los rendimientos.

3. Sustituye el concepto de titularidad de las participaciones por el nudo propietario por el de que el nudo propietario ostenta a título exclusivo la condición de titular de las participaciones a los efectos de exigir su reembolso. Y parece que también a todos los demás efectos dejando a salvo el derecho del usufructuario que en los fondos acumulativos se reduce a un derecho de crédito al tiempo del reembolso del Fondo por el criterio residual del art.541.1.2 de que ya hemos hablado.
4. En el supuesto de reembolso de las participaciones antes de la extinción del usufructo se aplica la misma solución de reinvertir en otros activos pero se elimina por innecesaria la expresión *“una vez liquidados los derechos del usufructuario y si procede los de nudo propietario”*. Es claro que si estos derechos se liquidan en su totalidad queda extinguido el usufructo y no hay necesidad de reinvertir.
Tampoco se considera expresamente la posibilidad de reembolso parcial en que puede haber lugar a una liquidación parcial. Es obvio que en estos casos se aplicará la solución legal en cuanto al capital reembolsado (reversión en otros activos) y no es necesario decir que subsistirá el usufructo sobre las participaciones no reembolsadas.
5. No hace constar expresamente como hacía el anterior art.27.5 que en los fondos garantizados pueda pedir el propietario el reembolso incluso antes de expirar el plazo de garantía con consentimiento o acuerdo del usufructuario. Este consentimiento es un derecho del usufructuario que este puede renunciar libremente conforme a la regla general de libertad civil del art.111.6 del Codi.

Artículo 561.35 *Carácter de los frutos.*

Mantiene el término de fruto civil que es aplicable a los rendimientos y a las eventuales plusvalías de los FI conforme establecía el anterior art. 28 de la Ley 13/2000. Los frutos civiles no son considerados bajo esta denominación en las disposiciones generales sobre el régimen del usufructo en la Ley 5/2006.

Artículo 561.36 *Derechos de los usufructuarios.*

Modifica parcialmente el art. 30 de la Ley anterior 13/2000 también titulado derechos del usufructuario.

En los puntos 1, 2 y 4 no hay modificaciones.

En el punto 3 alarga hasta 10 años el plazo anterior de 5 años a contar desde el reembolso del Fondo para exigir el cumplimiento de la obligación de pago de los rendimientos del usufructo (prescripción de la acción).

En el punto 5 se elimina el concepto de rendimientos presuntos (indexado al interés legal del dinero de la Ley anterior y que producía en periodos de baja bursátil situaciones gravemente perjudiciales al nudo propietario), por el de exigir al nudo propietario que garantice un rendimiento equivalente al de un usufructo de dinero por un capital igual al valor del fondo en el momento de ejercitarse la opción.

No se trata aquí de un usufructo de dinero sino del rendimiento equivalente al de un usufructo de dinero que ha de ser garantizado por el nudo propietario.

Esta norma no es un modelo de precisión y podrá dar lugar a conflictos de valoración que a falta de acuerdo entre las partes habrán de ser resueltos judicialmente.

Se omite por innecesaria la expresión del art. 30.7 de la Ley anterior que concedía al nudo propietario el derecho a hacer efectivo a su cargo los derechos del usufructuario con fondos propios o mediante reembolso parcial de las participaciones. El art. 561.34.3 ya le reconoce esta titularidad a los efectos de exigir el reembolso total o parcial de participaciones.

Artículo 561.37. *Comisiones.*

No introduce modificaciones sustanciales respecto al anterior artículo 32 al que sustituye. Se elimina la consideración de la llamada antes comisión de depósito que se cargaba al usufructuario y que en adelante se estimará soportada por el Fondo.

V. OTROS INSTRUMENTOS DE INVERSIÓN COLECTIVA. LAS SOCIEDADES DE INVERSIÓN DE CAPITAL VARIABLE (SICAV)

Aparte de los FI las únicas instituciones de inversión colectiva de que trata la Ley 35/2003 de 4 de noviembre son las Sociedades de Inversión de Capital Variable (SICAV) que han de adoptar necesariamente la forma de Sociedad Anónima cuyo régimen de funcionamiento se basa en el aumento o disminución de su capital dentro de los límites máximo y mínimo fijados en los estatutos mediante la venta o adquisición por parte de la sociedad de sus propias acciones al valor liquidativo sin necesidad de acuerdo de la Junta General.

En el mes de Junio del año 2006 aparecían inscritas 3036 SICAV en el Registro Especial de la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

La SICAV podrá poner en circulación acciones a precio inferior a su valor nominal y los accionistas de la sociedad no gozaran en ningún caso del derecho preferente de suscripción o puesta en circulación de nuevas acciones.

Existe también la posibilidad de constituir SICAV con un capital mínimo totalmente desembolsado desde su constitución. En uno y otro caso habrán de adoptar necesariamente la forma de sociedad anónima cuyo capital está dividido en acciones.

Las reglas fundamentales referentes al usufructo de acciones en la Ley de Sociedades Anónimas y aplicables a las SICAV se contienen en los art. 68 al 71 de la Ley de S.A. (a los que se remite el art. 36 de las sociedades de responsabilidad limitadas) en cuyo examen detallado no podemos entrar.

De la visión conjunta de las normas de esta Ley vemos que el usufructuario de acciones tiene atribuidos los siguientes derechos:

1. Derecho a los dividendos acordados durante el período de duración del usufructo, sea éste vitalicio o temporal. Es el derecho básico con el contenido mínimo e inderogable del usufructo. Si este derecho a los dividendos se deroga o limita en el título de constitución del derecho de

usufructo, no estaremos en presencia de un usufructo propio sino de un derecho nuevo y distinto que atribuye a su titular un derecho de goce o disfrute mas restringido. Posibilidad que no se pone en duda en derecho sustantivo (autonomía de la voluntad) y que también admiten la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF) cuyo art. 23.1 a 3º considera como rendimientos íntegros del capital mobiliario:

“Los rendimientos que se deriven de la constitución o cesión de derechos o facultades de uso o disfrute cualquiera que sea su denominación o naturaleza sobre los valores o participaciones que representen la participación en los fondos propios de la entidad”.

El derecho a los dividendos puede reclamarse –en cuanto sea exigible según el acuerdo de su distribución - por el mismo usufructuario si vive o sus herederos si el usufructo ha quedado extinguido respecto de los dividendos acordados efectivamente y no percibidos por el usufructuario.

2. Derecho al incremento de valor de la cosa usufructuada correspondiente a los beneficios de la explotación integrados durante la duración del usufructo en las reservas expresas del balance de la sociedad.

En realidad se trata de una aplicación práctica del contenido básico del usufructo que es el de percepción de frutos, rentas y utilidades o sea beneficios sociales ya producidos y consolidados pero sólo pendientes de reparto efectivo. (Son beneficios contables y no incrementos reales).

Este derecho sólo puede reclamarse a la extinción del usufructo y por consiguiente por el usufructuario, si vive, o por sus herederos si entonces ha fallecido.

3. Derecho a igual incremento en caso de liquidación de la sociedad. Tiene el mismo fundamento que el anterior y es solo exigible al tiempo de la extinción de la sociedad y no al del acuerdo de la disolución que abre solo paso al período de liquidación cuyo momento final es precisamente la extinción.
4. Derecho del usufructuario a no ser perjudicado en su derecho básico por la suscripción preferente de nuevas acciones por el nudo propietario o los demás socios. En estos casos si el nudo propietario no ejercita o enajena su derecho de suscripción preferente diez días antes de la extinción del plazo fijado para el ejercicio esta legitimado el usufructuario para proceder a la venta de derechos o la suscripción de acciones. El usufructo se extiende al importe obtenido de la enajenación de derechos de suscripción o a las acciones cuyo desembolso hubiera podido realizarse con el valor total de los derechos utilizados en la suscripción.
5. También se extiende el usufructo a las acciones emitidas en los casos de aumento del capital social con cargo a los beneficios o reservas constituidas durante el mismo y aunque las nuevas acciones correspondan al nudo propietario.

Aquí se trata de evitar el reparto de reservas tácitas o latentes a las que debe tener acceso el usufructuario.

Es exigible en el momento de acordarse el aumento de capital social o la emisión de obligaciones convertibles en su caso.

Pero en cualquier caso hay que distinguir en toda esta materia dos esferas distintas de relaciones jurídicas:

- Relación externa socio-sociedad. Se rige por los estatutos que no pueden ser derogados por disposiciones privadas recogidas en el título constitutivo del usufructo que serán válidas y obligatorias entre las partes desde el punto de vista sustantivo.
- Relación interna usufructuario–nudo propietario. Pueden ser reguladas en el título constitutivo pero no serán oponibles a la sociedad si no están de acuerdo con las previsiones estatutarias. Serán vinculantes entre las partes que vendrán obligadas a ejercitar sus derechos concurrentes de forma que cumplan la voluntad del constituyente del usufructo.

Así lo recoge tal vez con excesiva rigidez la Resolución de la Dirección General de los Registros de 9 de diciembre de 1997.

VI. ALGUNAS APLICACIONES PRÁCTICAS

Creemos que en los aspectos que hoy hemos examinado el libro quinto del Codi que fue aprobado por unanimidad en el Parlament ha de merecer por los operadores jurídicos una acogida favorable.

En el comentario que hemos hecho al articulado de la Ley nos hemos esforzado en poner de manifiesto algunas dudas e imprecisiones que, por el carácter general dispositivo de la Ley examinado en la introducción, pueden ser corregidas por la voluntad de los constituyentes del usufructo si cuentan con el adecuado asesoramiento de Abogados y Notarios.

Nada diremos de nuevo sobre el usufructo de dinero por la simplicidad y claridad de su redacción.

En lo referente a los FI podemos indicar las siguientes posibilidades de regulación especial en el título constitutivo del usufructo o en sus modificaciones: (Algunas de ellas fueron ya examinadas por el autor en un artículo publicado en la Revista Jurídica de Catalunya nº 1, 2002).

- 1) Eliminar o modificar las obligaciones de inventario y de fianza exigidas con carácter general a los usufructuarios (art. 561.7). Estas obligaciones son inútiles en el caso de usufructos de FI por cuanto en el orden práctico el usufructuario no tiene contacto real con el patrimonio del fondo que hay que preservar en interés de los partícipes y su derecho se reduce a créditos contra el nudo propietario por rendimientos positivos repartibles o por plusvalías acumuladas al tiempo del reembolso.

En los testamentos notariales ha pasado a ser una cláusula de estilo en los testamentos la relevación de las obligaciones de inventario y de fianza al cónyuge sobreviviente usufructuario universal.

- 2) Eliminar, atenuar y modalizar los derechos de adquisición preferente (tanteo o retracto) del artículo 561.10 de la Ley catalana que ésta refiere a toda clase de transmisiones intervivos a título gratuito o a título oneroso junto con la posibilidad de impugnar judicialmente el precio o valor notificado.

Estos derechos en la práctica y para los bienes que no sean FI suponen una limitación jurídica a la facultad de disposición que se reconoce al usufructuario y una minoración económica del valor del usufructo ya que al ser posible la impugnación judicial del valor o precio se entorpece la comercialidad de las posibles transacciones.

En los FI el valor de la participación viene dado por el valor de liquidación que establece la Sociedad Gestora y que corresponde a un posible reembolso pero el problema puede plantearse en la valoración del usufructo que no tiene porque contraerse en caso de discordia a las normas de valoración del ISD o del ITP que comúnmente son aceptadas sin protesta.

- 3) Mantener la aplicación de la Ley Catalana incluso en los supuestos en que cambie el domicilio de la sociedad encargada del Registro Contable o de la Sociedad Gestora fuera del territorio catalán.
- 4) Eliminar que el usufructuario pueda optar en los usufructos constituidos por disposición testamentaria por seguir el régimen general de percepción de plusvalías eventuales o porque el nudo propietario le garantice un rendimiento equivalente al de usufructo de dinero (art. 561.36.5). Fijar en su caso en el testamento el interés o porcentaje del rendimiento, bien sea directamente o indexado al interés legal del dinero como hacía la Ley 13/2000.
- 5) Conceder al nudo propietario incondicionalmente el derecho a exigir el reembolso sin necesidad de esperar a que transcurra el plazo de la garantía en los fondos garantizados (art. 561.34.5).
- 6) Establecer que las liquidaciones al usufructuario y al nudo propietario en los casos de reembolso parcial o anticipado, se hagan con arreglo a los porcentajes que correspondan a la valoración de los derechos de usufructo por las normas del ISD.

Se pueden evitar discrepancias en las valoraciones.

- 7) Comisiones. Es materia susceptible de pacto y entre ellos los siguientes:
 - a) Establecer que las comisiones que gravan los fondos y los partícipes sean soportadas en su totalidad por el FI con indemnidad de usufructuarios y nudo propietarios.
 - b) Establecer que las comisiones de depósito y de gestión serán soportadas por el fondo y que las de suscripción y reembolso lo serán por el nudo propietario con indemnidad del usufructuario.
 - c) Establecer el cargo de las comisiones en la forma que se crea conveniente pero haciendo constar que las liquidaciones entre propietario y usufructuario serán calculadas, compensadas y abonadas en efectivo al tiempo del reembolso.

La finalidad en los casos a, b y c es la misma. Simplificar el régimen legal (art. 561.37).

- 8) Dado que el usufructuario o sus causahabientes no pueden ejercitar su derecho a percibir los rendimientos del usufructo hasta el momento del reembolso de las participaciones que queda al arbitrio de su titular propietario y para evitar abusos (del uso del abuso hay el canto de un duro según un viejo proverbio jurídico) se puede prever que se calculen las eventuales plusvalías al tiempo de la extinción del usufructo, a partir del cual el usufructuario o sus causahabientes tendrán derecho a exigir de los titulares de las participaciones y hasta el momento del pago que les satisfagan o garanticen un rendimiento de su importe equivalente al del interés legal del dinero. Resucita en parte la fórmula del art. 35 de la Ley 13/2000.
- 9) Establecer que el derecho de traspaso de las participaciones a otros FI habrá de ser ejercitada con carácter exclusivo por el partícipe nudo propietario sin perjuicio de las consecuencias internas de tal traspaso entre usufructuario y nudo propietario que son susceptibles de regulación privada.
- 10) Y en lo referente al usufructo sobre acciones de SICAV diremos que dado el conjunto de derechos que la Ley atribuye al usufructuario de acciones y que exceden de la consideración clásica de frutos y rentas y que en la práctica (sobre todo cuando se pretendan ejercitar los derechos del usufructuario a los incrementos de valor) pueden dar lugar a dudas y conflictos importantes será necesario por Abogados y Notarios averiguar y concretar la verdadera voluntad de los disponentes del usufructo y recogerla en la congruente disposición testamentaria o contractual.

Si se atribuye en el testamento o en el contrato el usufructo de acciones sin más precisiones se transmitirá al usufructuario el conjunto de derechos que se han examinado antes. Si la voluntad del disponente, que será lo más frecuente, se concreta solo a la transmisión de frutos y rentas habrá de preverse así expresamente en la disposición testamentaria o contractual.

Y dado que en tal caso el usufructuario no tendrá derechos políticos y que el reparto de dividendos habrá de acordarse siempre por la Junta General de Socios en que el derecho de voto corresponde a los nudo propietarios, que podrán de esta forma -en acuerdo social- eliminar o aminorar los derechos típicos y mínimos del usufructuario, también será posible corregir esta situación en el testamento del causante o en la disposición contractual del transmitente del usufructo mediante al adecuada previsión.

Este criterio podría dar lugar a una cláusula compleja de redacción parecida a la siguiente, vinculante en las relaciones entre usufructuario y nudo propietario, pero no oponible a la sociedad si no está de acuerdo con la regulación estatutaria conforme ha recordado la Resolución de la Dirección General de los Registros de fecha 9 de diciembre de 1997.

“El derecho de usufructo en cuanto recaiga sobre acciones tendrá las siguientes características:

- a) En el orden económico se concretara a los dividendos acordados durante el período de duración del usufructo, derechos concedidos por la Ley en los supuestos de aumento de capital social y emisión de obligaciones convertibles y usufructo de la cuota de liquidación social quedando excluidos en todo caso los derechos a aumentos de valor y los demás derechos reconocidos pro la Ley de Sociedades Anónimas.
- b) Llevará anexos los derechos políticos inherentes a dichas acciones, que ejercerá el usufructuario directamente si fuera posible y si no lo es a través de la delegación de voto que habrán de establecer en su favor quienes sean titulares de las acciones usufructuadas.”

11) Como criterio operativo general respecto de las cuentas de los Fondos de Inversión José Ramón Chirivella Vila en su artículo “Tributación del Usufructo de Participaciones de Fondos de Inversión”, en el nº 16 del año 2005 de la revista Internauta Jurídica, dice que deben incorporar en todo caso como titular al nudo propietario si bien es conveniente que conste la figura del usufructuario como beneficiario del usufructo. En cualquier caso la cuenta corriente vinculada al fondo de inversión debe estar titulada a nombre de ambos, para garantizar el acceso a la misma al nudo propietario y al usufructuario.

En esta línea los criterios adoptados provisionalmente por algunas instituciones financieras en Cataluña con motivo de la nueva regulación legal y ajenos por ahora a los reglamentos de FI son más o menos los siguientes:

- a) El titular del expediente de FI será única y exclusivamente el nudo propietario que goza de la condición de partícipe. Se creará un identificador de alfabeto para posibilitar la inclusión del usufructuario en este mismo expediente.
- b) En caso de suscripción simultánea del usufructo y de la nuda propiedad de participaciones la orden de suscripción ha de ser cursada por usufructuario y nudo propietario.
- c) En la constitución del usufructo posterior a la suscripción por el propietario será preciso el consentimiento conjunto de usufructuario y nudo propietario para la inclusión del usufructuario en el sistema.
- d) Al realizar el alta e inclusión de un usufructuario en el expediente el sistema operativo deberá permitir recoger los siguientes datos:
 - Fecha de constitución del derecho de usufructo.
 - Número de participaciones gravadas por el usufructo.
 - Valor de las participaciones en la fecha de constitución del derecho real.

Esta información permitirá controlar en aquellos casos en que el usufructo no afecta a la totalidad de las participaciones y se produzca un reembolso o disposición parcial de las mismas si las participaciones rescatadas o dispuestas están gravadas, están libres o ambas cosas a la vez y en las proporciones que corresponda.

Se dice que esta cuestión podría haberse solucionado mediante la apertura de dos expedientes de fondos de inversión, uno con participaciones afectadas en su totalidad al usufructo y otro con participaciones libres sin el gravamen

del usufructo. Esta solución no tuvo el beneplácito por la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

- e) Las ventas o rescates de participaciones deberán ser consentidas por el nudo propietario titular y el usufructuario y el líquido resultante se abonará en un depósito de dinero a la vista también gravado por el mismo usufructo. Su titular será el partícipe aplicándose el mismo esquema de alfabético del expediente del fondo de inversión a que se refiere el apartado a.

La obligación de entrega de los frutos o rendimientos recae en el nudo propietario como dice expresamente la Ley en su art. 561.34.3 pero se opta por esta operativa para evitar posibles reclamaciones.

El titular partícipe es el obligado fiscal a quien se le practicará en su caso la retención correspondiente. La comunicación fiscal que se enviará en tal caso al partícipe se incluirá la información de que las participaciones dispuestas están sujetas a usufructo.

Este criterio entra como vemos en conflicto con el propio art. 561.34.3 de la Ley, con el art. 5 de la Ley de I.I.C. (referente a derechos mínimos del partícipe) y al criterio del Colegio de Registradores en el libro de Comentarios de derecho patrimonial catalán con referencia a la derogada Ley 13/2000 que hemos citado anteriormente.

Y algunas otras sociedades gestoras que administran fondos de pequeña dimensión económica y escaso número de partícipe (en todo caso han de ser 100 como mínimo) adoptan el criterio práctico de que en los casos de concurrencia de usufructuario y nudo propietario en participaciones en FI se solicitará a ambos titulares una carta firmada de instrucciones para los casos de venta reembolso, traspaso o disposición de participaciones y a cuyas instrucciones se atenderán gestora y depositaria. De esta forma la carta de instrucciones se incorpora a la regulación dispositiva del usufructo.

DERECHOS DE ADQUISICIÓN PREFERENTE

ÁLVARO FERNÁNDEZ PIERA

NOTARIO

SUMARIO

I. Introducción.....	213
II. Disposiciones generales.....	214
1. Naturaleza jurídica.....	215
2. Constitución y eficacia.....	216
3. Ejercicio de todo derecho de adquisición.....	219
III. Derechos de adquisición voluntaria.....	219
1. Constitución.....	219
2. Objeto.....	220
3. Cotitularidad.....	221
4. Extinción.....	221
IV. La opción.....	222
1. Naturaleza jurídica.....	222
2. Plazo.....	223
3. Ejercicio de la opción.....	223
4. Transmisión del derecho de opción.....	224
5. Problemas.....	225
V. Derechos voluntarios de tanteo y retracto.....	226
1. Plazo.....	226
2. Ejercicio.....	227
VI. Derechos de retracto legales.....	228
1. El retracto de colindantes.....	228
2. La tornería.....	228
VII. Problemas de técnica notarial en las actas de notificación y requerimiento.....	229
VIII. Depósitos notariales.....	231
IX. Bibliografía.....	231

I. INTRODUCCIÓN

Es de destacar la existencia de una categoría general de derechos, “Los derechos de adquisición”, en el capítulo VIII. Destacable porque si bien esta categoría ostentaba ya una cierta tradición doctrinal así considerada, no ha tenido verdaderamente hasta ahora una real traducción legal. Es cierto que la Compilación del derecho Civil Foral de Navarra trata de la “opción, tanteo y retracto voluntarios” en las Leyes 460 a 462, no los inserta en una categoría única como hace ahora la Ley catalana. Parecido, sí es cierto, en la Ley 3/92 de 1 de julio del Derecho Civil Foral del País Vasco, en cuyo Libro I del Fuero Civil de

Bizkaia, se regulan, en el título V, “La Saca Foral, y demás derechos de adquisición preferente”. Pero ya en el Proyecto de “Llei de regulació dels drets de superfície, de servitud i d’adquisició” fue recogido en el capítulo III, y actualmente en la vigente Llei, donde se regula claramente esta categoría única, sistemática y material o de contenido. Podemos ensalzar la actual regulación, siendo Cataluña como con frecuencia lo es, pionera e innovadora, y para ello, traer a colación la STS de 20 de julio de 1998:

“el derecho de tanteo convencionalmente establecido..., si bien no se halla regulado en nuestro derecho positivo, es admitido por la doctrina y la jurisprudencia...al amparo del principio de autonomía de la voluntad sancionado por el art. 1255 Cc, debiendo estarse en cuanto a su titularidad y ejercicio a lo pactado”.

Debe subrayarse la labor legislativa de los órganos catalanes, que de siempre han procurado la conservación y desarrollo de un derecho vivo, no sólo en materia familiar y sucesoria, sino también y en lo que aquí nos atañe, del derecho patrimonial, que además ya quedó plasmado en los protocolos notariales. De tal manera, no puede hacerse pasar por alto la transmisión que del Derecho civil catalán, los notarios, como defensores del valor cultural del mismo, han posibilitado de generación en generación, sin olvidar la labor que podría calificarse de creadora de un Derecho privado que poco a poco fue renovándose.

Mi exposición versará sobre los derechos voluntarios de adquisición preferente, que siguiendo a Coca Payeras sería preferible hablar de “derechos voluntarios de adquisición” en lugar de “derechos de adquisición voluntaria” dado que lo voluntario es el origen del derecho pero no la adquisición que posibilitan que, por definición, viene impuesta como consecuencia del ejercicio de un derecho.

II. DISPOSICIONES GENERALES

Toda esta materia aparece recogida en el Libro V, en el capítulo octavo, en los artículos 568.1 al 568.27. Es igualmente necesario resaltar la sistemática de la regulación en la numeración, novedosa, práctica y enormemente útil para su consulta, aplicación y conocimiento didáctico.

Este nuevo Libro introduce modificaciones técnicas y sistemáticas a la anterior Ley del año 2001, con el objeto principal de dar respuesta a algunas cuestiones que habían quedado abiertas, como por ejemplo lo referente a la conservación y pérdida del objeto sobre el que recae la adquisición como con relación a la cancelación de cargas constituidas entre la constitución y el ejercicio del derecho de opción.

Como se resalta en la Exposición de motivos de la nueva Ley, se pretende sobre todo, de unos principios jurídicos básicos como el de libertad civil, dejando a la autonomía de la voluntad un enorme campo de actuación, se limitan los derechos de tanteo y retracto legales a los casos indispensables, una regulación de derechos reales limitados que casi siempre es subsidiaria del pacto entre las partes; la buena fe se presume siempre; promoción destacable de la seguridad

jurídica preventiva con equilibrada utilización de los instrumentos notariales y registros públicos.

Supuestos de *derecho de adquisición preferente regulados por Ley*, y por tanto conferidos por ella, a lo largo del nuevo articulado podemos entresacar los siguientes, antes de examinar a fondo el contenido propio de la exposición. Debe advertirse que es posible su previa regulación por los interesados al tiempo de regular la figura jurídica de la que aquellos derivan, pues es de destacar, como hemos visto, el amplio juego que a la autonomía de la voluntad de los particulares en este Libro se establece:

- Derechos de adquisición de tanteo y retracto en las situaciones de comunidad, en el art. 552-4.
- Al tratar el derecho de usufructo, el que se concede a los nudopropietarios al disponerse del derecho de usufructo, en los arts. 561-9 y 561-10, tanto en la fase de tanteo como de retracto.
- En el derecho de aprovechamiento parcial, el art. 563-4, que señala es el mismo que en el caso de transmisión del usufructo.
- Por supuesto, el derecho de prelación, llamado “fadiga”, al tratar la materia de censo, arts. 565-23 y 565-24.

Breve idea conceptual de los derechos de opción, tanteo y retracto:

El *derecho de OPCIÓN* es el que atribuye a su titular el poder o facultad de decidir, unilateralmente y dentro de un plazo, que un negocio jurídico quede o no perfeccionado, siempre que la elección se ajuste a su título constitutivo y a la legalidad vigente en el momento de su exteriorización.

“La opción, que faculta a su titular para adquirir un bien en las condiciones establecidas por el negocio jurídico que la constituye”.

Este derecho tiene un vasto ámbito de operatividad, pues puede servir para perfeccionar contratos principales, preparatorios, accesorios, contratos unilaterales, bilaterales...etc., en definitiva una numerosísima variedad de relaciones jurídicas.

La opción es siempre relativa a algo, un contrato proyectado, en cuya contemplación se concierta.

El derecho de TANTEO, “que faculta a su titular para adquirir a título oneroso un bien en las mismas condiciones pactadas con otro adquirente.”

El de RETRACTO, “que faculta a su titular para subrogarse en el lugar del adquirente o la adquirente en las mismas condiciones convenidas en un negocio jurídico oneroso una vez ha tenido lugar la transmisión.”

1. Naturaleza jurídica

Veremos, y así explícitamente queda configurado, estos derechos pueden tener carácter de derechos personal o real, dejando, parece a la voluntad de los interesados el posible carácter, con todo lo que ello conlleva. No obstante, no creo que así de sencillo sea.

La configuración de un derecho como REAL o PERSONAL no es una simple cuestión de voluntad de las partes sino que es algo más. Hay que tener cuidado

con ello, pues no debe confundirse en ningún caso, ya que de otro modo quedarían distorsionados los principios de los que se deducen el resto de la regulación de los derechos reales. Es decir, que el carácter de un derecho no puede depender de la voluntad de las partes; sí podrá ser la eficacia y demás, pero en ningún caso, los caracteres propios del mismo.

Por tanto, y hecha esta aclaración, es cierto que en esta exposición me referiré a los derechos de adquisición preferente, reales y personales, pues ambos tienen puntos comunes, pero no el carácter de derechos reales, que son los propiamente regulados en este Libro V, que son bien diferentes a los personales, más propios de la materia obligacional.

Evidentemente, una cosa es la constitución del derecho, y otra su eficacia respecto a terceros, propia de la normativa de los derechos reales y de los registros públicos.

Con carácter real, será a la que me referiré, se constituyen, además de los particulares de cada uno, hay que señalar los que son propios de todo derecho real:

- Inmediatividad, ejercicio directamente sobre el bien, sobre la cosa.
- Oponibilidad “erga omnes”, independientemente de su acceso al Registro de la Propiedad, cuyos beneficios y consecuencias son conocidos.

Así, pueden tener carácter legal o voluntario; aquellos ya hemos visto algunos y los otros los veremos, siguiendo el orden de la presente Ley más adelante; y los voluntarios son a los que me referiré con mayor extensión.

No sólo la doctrina, sino la jurisprudencia, de siempre ha debatido y procurado delimitar el carácter de los mismos. Puede traerse a colación la STS de 3 de marzo de 1995, que se decantaba por la eficacia puramente obligacional del tanteo pese a su inscripción en el registro de la Propiedad, pues la categoría de Derecho Real no se produce por el simple acceso al registro de la Propiedad. El Código, no obstante hace una tipificación estructural y neutra de los mismos, admitiendo eso sí, que los derechos de naturaleza personal pueden tener eficacia erga omnes si son inscritos en el registro de la Propiedad. Pero ha de tenerse en cuenta que en el sistema español de derechos reales, y también en el catalán, la inscripción en el registro no es constitutiva.

2. Constitución y eficacia

“Los derechos reales de adquisición se constituyen en escritura pública y, si recaen sobre bienes inmuebles, deben inscribirse en el registro de la Propiedad”.

Así, deben reunir estos requisitos:

- escritura pública
- si recaen sobre bienes inmuebles, inscripción en el registro

Será real, no ya cuando se inscriba, sino que es requisito necesario la escritura pública. La falta de éste requisito hará que el derecho, si bien real, no personal, carecerá de la legitimación en el tráfico y la titularidad. La Escritura por sí misma

goza de publicidad, y por sí misma, como título suficiente en el tráfico, creando por tanto una apariencia en la que sus titulares, e incluso terceros pueden confiar y apoyarse. Este requisito de la escritura pública zanja también la discusión de imposibilitar el carácter real de determinados derechos reales sobre bienes cuya titularidad no pueda acceder a u Registro público (antes, el requisito de la inscripción era lo que podía denotar cierto carácter real), como por ejemplo el Libro Registro de socios de una SL y la problemática de considerarlo como “registro correspondiente”. Ahora parece que la duda queda solucionada, al precisar la Escritura pública.

Según este requisito de la escritura pública, parece que puede distinguirse:

- Derecho de opción de naturaleza real: escritura e inscripción. Se precisa la voluntad de pretender la eficacia *erga omnes* propia de los derechos reales.
- Derecho de opción de naturaleza personal oponible a terceros protegidos por el art. 34 LH. A falta de voluntad expresa o tácita de constituirlo como derecho real, el derecho de opción de compra es inscribible en base al art. 14 RH, cumpliendo los requisitos de este artículo, entre ellos, no poder establecer una duración superior a los cuatro años, y pacto expreso de las partes para que se inscriba. No parece lógico que se pacte la inscribibilidad y no se establezca la naturaleza real. Y el hecho de que se inscriba en el registro no es incompatible con la naturaleza personal del derecho. Roca Sastre califica el derecho de opción de compra como derecho personal que implica un gravamen o carga real y por ello se exige el pacto expreso del art. 14 RH que no sería necesario si se tratara de un derecho real.
- Derecho de opción de naturaleza personal no oponible a terceros protegidos. Si no se constituye como derecho real ni se pacta su inscribibilidad o simplemente no accede al registro.

Esto es aplicable también al derecho de tanteo por aplicación analógica del art. 14 RH, pues el tanteo no es más que un derecho de opción para el caso de producirse una transmisión. Además se admite la inscribibilidad del retracto convencional del art. 1507 Cc, y la venta a carta de gracia del art. 18 RH.

Si entendemos que los derechos de adquisición de naturaleza personal pueden tener acceso al Registro de la Propiedad, hemos de plantear la diferente eficacia entre que sean reales o personales, ya que evidentemente no es lo mismo.

La teoría general de los derechos reales considera a éstos como los que recaen directamente sobre una cosa y son efectivos frente a cualquiera de forma que el derecho real es oponible *erga omnes*. Así parece que lo recoge el nuevo Libro, y puede defenderse que un derecho de tanteo de carácter real se ejercite en segundas y ulteriores transmisiones, mientras que no lo es si tiene naturaleza personal aunque se haya inscrito. Parece que esta distinción entre segundas o ulteriores transmisiones de la ley catalana hace deducir que esta hablando del derecho de tanteo de naturaleza real, lo que cuadra con la materia de derechos reales propia del Libro V y no de carácter personal, que quedaría mejor acoplada en sede de obligaciones y contratos. Esta mayor eficacia requiere también una mayor diligencia y por ello el legislador exige la *escritura pública y la inscripción registral*, que en teoría no son necesarias para la configuración del derecho real,

pero parece lógico que si el adquirente de un derecho de adquisición quiere que su derecho tenga la máxima extensión y la máxima protección del sistema, haya de acudir a los mecanismos que le sistema ha creado con esta finalidad

Si se trata de un derecho de opción a una adquisición onerosa la contraprestación por la adquisición del bien o los criterios para fijarla. Si se prevé cláusulas de estabilización se ha de tratar de criterios objetivos y poder fijar el precio con una simple operación aritmética.

Dentro de estos términos generales, podemos distinguir la doble eficacia real y personal del ejercicio de estos derechos:

a) Eficacia real

Un derecho de adquisición de naturaleza real puede hacerse efectivo por acuerdo entre las partes, y a falta de acuerdo, por vía judicial.

Si todas las partes están conformes en otorgar la escritura de transmisión de la cosa objeto del derecho de adquisición, no hará falta ninguna notificación previa ni depósito alguno, ya que el dinero se entregará al propietario de la cosa al tiempo de otorgarse la escritura o con anterioridad a ésta.

Pero puede ocurrir que, sin constancia de desacuerdo, el titular del derecho de adquisición quiera asegurar su eficacia, y con el fin de evitar la extinción por el transcurso del plazo fijado, puede iniciar su ejercicio mediante un acta notarial de notificación y requerimiento en la que comunique al propietario su voluntad de ejercitar el derecho de adquisición requiriéndole para el otorgamiento de la escritura correspondiente de transmisión de la cosa.

Puede completarse esta acta con un depósito notarial del precio para acreditar que éste queda a disposición del titular del derecho de propiedad sobre la cosa, o de los titulares de derechos constituidos con posterioridad al derecho de adquisición si se diera el caso. Si existen derechos reales o cargas posteriores a los derechos de adquisición inscritos en el registro correspondiente y se opta por el sistema liquidativo de las cargas, si bien habrá de depositar el precio a disposición de sus titulares (así, RR DGRN 7 de diciembre de 1978, 28 de septiembre de 1982 y 4 de septiembre de 1992).

De estas actas notariales de requerimiento y notificación, así como las de depósito, trataré más adelante como propios de la actividad notarial, que además son cada vez más frecuentes.

En el supuesto en que se prevea la falta de acuerdo entre las partes, o éste acuerdo se desconozca si existe o no, el titular del derecho de adquisición también podrá otorgar un acta notarial de notificación y requerimiento y depositar notarialmente el precio, para dejar constancia fehaciente del ejercicio de su derecho. Si el propietario de la cosa se negara a formalizar la transmisión, el titular del derecho de adquisición habrá de presentar demanda judicial susceptible de anotación preventiva en el Registro de la Propiedad.

Es de hacer notar que siempre que falte acuerdo entre las partes puede acudir directamente al requerimiento y depósitos judiciales.

En cualquier caso, la importancia del ejercicio del derecho de adquisición, al provocar una transmisión de la propiedad, hace necesario que todas las

notificaciones y requerimientos se hagan en forma pública, judicial o notarial, que son las únicas formas fehacientes.

b) Eficacia personal

La manera de exigir el cumplimiento del derecho de adquisición por su titular es la misma que hemos visto, mediante reclamación judicial o acta notarial de notificación y requerimiento.

3. Ejercicio de todo derecho de adquisición

Como se ha dicho anteriormente, los derechos de adquisición pueden tener naturaleza real o personal y, según sea su naturaleza, cambiará el destinatario de la notificación y requerimiento notarial. Si se configura con carácter real, se dirigirá contra el titular del derecho de propiedad actual de la cosa; si es de carácter personal, se dirigirá contra el titular del derecho personal, es decir, el que era propietario de la cosa cuando se constituyó el derecho de adquisición.

El ejercicio de uno de estos derechos conlleva, evidentemente y como su nombre indica, la adquisición del bien en la misma situación jurídica en que se hallaba al tiempo de ser constituidos, y los derechos que sean incompatibles con aquel, que se hubieran constituido con posterioridad sobre el bien objeto de los mismos se extinguirán, si el derecho se hubiera constituido con carácter real, para lo que será preciso el otorgamiento de Escritura Pública, llevando por tanto los caracteres de inmediatez y oponibilidad “erga omnes”.

III. DERECHOS DE ADQUISICIÓN VOLUNTARIA

1. Constitución

1.1. *Elementos personales*

En materia de *capacidad* habrá que acudir a las reglas generales, y así tanto para conceder el derecho como para adquirirlo, la plena capacidad para contratar y obligarse.

El *menor emancipado* necesita el complemento de capacidad si el derecho de adquisición se constituye a título oneroso. Si el derecho se constituye en testamento, el disponente sólo necesitará la capacidad para testar. Para adquirirlo a título gratuito no se requiere capacidad de obrar, solo será necesaria la intervención de los representantes legales del menor o incapacidad para aceptar. Es posible concederlo a favor del nasciturus y concepturus siempre que viva en el momento de la apertura de la sucesión o acepte la donación en vida del donante. Si el derecho de adquisición se constituye entre vivos y recae sobre vivienda familiar del cónyuge concedente o sobre la vivienda común del concedente miembro de una unión estable de pareja, será preciso el consentimiento del otro cónyuge o del otro miembro de la pareja.

El derecho de adquisición se puede constituir de forma *unilateral*, no sólo en la modalidad mortis causa, sino también entre vivos.

1.2. Elementos reales

“Pueden recaer sobre bienes inmuebles y sobre bienes muebles susceptibles de identificación”, los derechos de adquisición sobre bienes muebles pueden recaer sobre bienes futuros.

En cuanto a los *bienes futuros* parece que sólo si son muebles pueden ser objeto de derechos de adquisición preferente, pero también respecto a los inmuebles, interpretando la condición de futuro no sólo como inexistencia física sino jurídica, de manera que un derecho de adquisición pueda recaer por ejemplo sobre un entidad de un edificio declarado en régimen de propiedad horizontal aunque físicamente no existe ni se haya comenzado la construcción.

Es *necesario* que se indique en el título de su constitución:

- *plazo* de duración del derecho, y en su caso, de su ejercicio; si no se fija, el primero se entiende de cuatro años, y el segundo un mes.
- si se trata de la opción, la *contraprestación* para adquirir el bien y, en su caso, el posible pacto de ejercicio unilateral
- si el derecho se constituye a *título oneroso*
- el *domicilio* a efectos de las preceptivas notificaciones
- forma de *acreditar el pago* del precio o contraprestación.

2. Objeto

En cuanto al OBJETO sobre el que recae el derecho de adquisición preferente. La facultad que concede este derecho recae sobre derecho, valga la redundancia, es decir, sobre el derecho que se pretende transmitir o se ha transmitido mediante la enajenación onerosa sobre la que operan. Se trata ahora del “derecho a adquirir” no de la naturaleza del “derecho de adquisición”. El que ejerce el tanteo acaba adquiriendo el derecho de propiedad sobre la cosa de que se trata, pero no obsta a que el derecho sobre el que recaiga el tanteo no sea el de propiedad sino cualquier otro derecho real o incluso de naturaleza personal que implique la posesión de una cosa. Parece hacer una similitud entre el derecho de adquisición preferente y el derecho de adquisición preferente de la propiedad.

El objeto serán los bienes inmuebles o los muebles que puedan identificarse, incluso podrán serlo los bienes futuros, sujeto por supuesto a la efectiva existencia de su objeto,

Puede destacarse la necesidad de indicar un precio individual para cada uno de los varios bienes para que cada uno haga posible el ejercicio de los derecho por separado, requisito éste que será necesario sólo cuando se trate de derechos de adquisición que fueren inscribibles. Además, estos derechos de adquisición sobre inmuebles pueden ser constituidos sobre partes determinadas de estos o su posible edificabilidad.

3. Cotitularidad

Supuesto expresamente recogido en el Libro, con carácter novedoso y marcado, para no dejar dudas al respecto.

Si los derechos de adquisición se constituyen a favor de varios titulares en proindiviso, será necesario que esos derechos se ejerciten conjuntamente por todos los titulares, o bien que lo haga uno sólo por haber sido cedido por los otros.

Elementos formales.

Dice el Libro: “Los derechos reales se constituyen en escritura pública”.

En base al principio de libertad de forma, la escritura pública será necesaria en la constitución por actos entre vivos, si se trata de derechos de adquisición reales; en caso de la opción para adquirir gratuitamente bienes inmuebles en caso en que se pudiera ejercitar la opción unilateralmente por el optante, o cuando se quiere atribuir al acto eficacia real mediante su inscripción en el Registro de la Propiedad.

En actos mortis causa, será frecuente la intervención notarial, bien por el testamento en que se ordene, escritura de capítulos matrimoniales y la posterior manifestación de herencia en ambos casos.

4. Extinción

El art. 568-7:

“...se extinguen por las causas generales de extinción de los derechos reales, y además por su ejercicio o por el vencimiento del plazo de su duración. Los titulares del derecho de tanteo pueden renunciar al mismo con relación a un determinado acuerdo de transmisión. La renuncia del derecho de tanteo implica la del retracto.”

Habrà de considerarse también extinguido por la muerte de su titular, dado el carácter personalísimo del derecho, si en el título de su constitución no se ha establecido lo contrario; por la muerte del concedente, en el caso de derecho de opción a una adquisición gratuita.

En cuanto a los terceros adquirentes posteriores, habrá que distinguir:

- si se ha constituido con naturaleza real, el tercer adquirente ve extinguida su adquisición.
- si de naturaleza personal pero se ha inscrito en el Registro, se mantiene la eficacia de la adquisición del tercero, pero queda obligado a transmitir la finca al titular del derecho de adquisición.
- si de naturaleza personal y no ha tenido acceso al Registro de la Propiedad, el adquirente mantendrá su adquisición y el titular del derecho de adquisición puede exigir al titular de éste la indemnización de daños y perjuicios.

IV. LA OPCIÓN

1. Naturaleza jurídica

Mucha controversia al respecto, sobre los derechos de crédito y los reales e incardinar la opción en alguno.

Prevalece la postura que le atribuye naturaleza personal, siendo posible atribuirle eficacia frente a terceros de buena fe y a título oneroso con base a su acceso en el Registro de la Propiedad.

El derecho es considerado en el Libro V. Si se configura como real, su oponibilidad frente a terceros se alcanzará desde su constitución en escritura pública, es decir desde su nacimiento y aparición del título legitimador del adquirente, y sólo respecto a terceros hipotecarios mediante su inscripción en el registro.

Fase de pendencia del derecho de opción

En esta fase latente habrá que acudir a las reglas generales en sede de propiedad y posesión. La obligación de no disponer normalmente del concedente de la opción debe ceder en los casos en que la opción tiene naturaleza real, o siendo personal, haya accedido al Registro de la Propiedad, o cuando siendo personal pero no accesible al registro se establezca a cargo del concedente la obligación, si transmite, de imponer a su adquirente idéntica obligación a la que le vincula, lo que redundaría en beneficio del libre tráfico de bienes y servicios, presupuesto esencial de nuestro ordenamiento constitucional económico.

La concesión de un derecho de opción no cercena la facultad dispositiva de su titular, tan sólo la limita.

Así:

- 1.- Si la opción se ha configurado *como derecho personal y no se ha inscrito*; el optante puede mediante su ejercicio exigir la entrega de la cosa, pero si el concedente la enajena, puede que haya hecho saber al adquirente la existencia de este derecho de opción, en cuyo caso el adquirente quedará obligado a ella igual que el concedente, o que se haya enajenado como libre, y en este caso distinguir que el tercero haya adquirido a título oneroso o gratuito, si ha habido tradición a su favor, o si el tercero no es de buena fe.
- 2.- Si la opción, aun *siendo personal, se ha inscrito* en el Registro de la Propiedad, al amparo del art. 14 RH, el optante goza del beneficio de la oponibilidad erga omnes, y así cualquier adquirente quedará subrogado en la posición jurídica del concedente.
- 3.- Si la opción se ha configurado *como derecho real*, el “ius disponendi” del concedente ha sido limitado con las características propias de un derecho real: eficacia erga omnes, e inmediatez, es decir que el optante puede ejercitar su derecho directamente sobre el bien, sin necesidad de colaboración jurídica de la contraparte.

2. Plazo

El derecho real de opción puede constituirse por un plazo máximo de 10 años. No obsta el plazo de 4 años del art. 14 RH, dado que este artículo regula el acceso al registro de un derecho personal, no real.

Por tanto, diez años el derecho de opción de naturaleza real sobre bienes inmuebles, que no contradice el plazo de 4 años del art. 14 RH ya que este precepto se refiere únicamente al derecho de opción de naturaleza personal; 5 años, el derecho de opción de naturaleza real sobre bienes muebles; 4 años el derecho de opción de naturaleza personal. Estos plazos se pueden superar si el derecho de opción se constituye como pacto o estipulación integrados en otro negocio (ej, arrendamiento, financiero o no, con opción de compra), en cuyo caso la duración puede ser la misma que la de éste.

Será necesario hacer constar de manera detallada, el plazo de este derecho, el precio de la opción, el domicilio a efectos de posibles notificaciones, y la manera de acreditar el pago.

3. Ejercicio de la opción

Es de esencia en la figura de la opción que el ejercicio de este derecho supone la perfección del contrato de compraventa, bastando la expresión de voluntad del optante para que el contrato de compra quede firme, perfecto y en estado de ejecución, obligatorio para el concedente sin más actos.

Carácter recepticio de la declaración de voluntad del optante. No sólo ha de emitirse, sino que también ha de comunicarse al concedente dentro del plazo de ejercicio de la opción.

Ejercicio de la opción y precio de la compraventa. Cuando se ejercite la opción, para la consumación de la compraventa perfeccionada, cabrán tres posibilidades que en la práctica se conocen como precio confesado (cabe que el precio haya de pagarse, en todo o en parte, de una vez o fraccionadamente, durante el plazo de pendencia de la opción), precio de contado (aun siendo de contado, si no se ha condicionado el ejercicio de la opción al previo pago del precio de la compra, el pago podrá tener lugar después), precio aplazado (puede pactarse el aplazamiento en uno o varios momentos posteriores a la perfección de la compraventa).

La consignación del precio no es, ni civil ni hipotecariamente, requisito necesario ni para el ejercicio de la opción, ni para la perfección de la compraventa, ni para su inscripción, salvo que se haya pactado expresamente

Ejercicio unilateral por el optante. El pacto de ejercicio unilateral por el optante ha sido admitido hace ya tiempo por la DGRN para el supuesto de opción configurada como derecho real. Puede ser también admisible para la opción personal. En el derecho real de opción este pacto es contenido natural del mismo, y recae directamente sobre la cosa y no sobre la actividad del concedente.

Efectos del ejercicio frente a titularidades posteriores

Ejercicio y compradores posteriores. La titularidad dominical posterior, si la opción tiene efectos reales (opción personal inscrita, real frente a titular no inscrito o real inscrita) quedará extinguida como consecuencia del ejercicio de su derecho por el optante. Si la opción es personal, el ejercicio se producirá contra el adquirente, que queda obligado “ob rem” como subadquirente; deberá otorgar título traditorio a favor del optante y entregar la posesión si la tiene. Si la opción es real en puridad el optante no ejercita su derecho contra nadie sino sobre la cosa, y el titular dominical pierde su derecho como consecuencia del ejercicio.

Ejercicio y titulares de derechos de uso y disfrute posteriores. Su situación es similar a la de los adquirentes: si la opción produce efectos frente a ellos sus derechos quedan extinguidos como consecuencia del ejercicio, si bien tiene derecho a la parte del precio que corresponde a su titularidad.

Ejercicio y titulares de cargas posteriores (embargos, hipotecas). Es posible que dichas cargas subsistan, con descuento por parte del optante de su valor en el precio de la compra para atender a su pago y cancelación; o bien que se liquiden o cancelen las cargas con o sin garantía: el optante recibirá la finca al ejercitar su derecho en la misma situación jurídica que tenía cuando la opción fue configurada.

La doctrina y jurisprudencia española optan por el sistema liquidatorio con garantía, es decir, los gravámenes posteriores quedan extinguidos sin necesidad de mandamiento cancelatorio ni consentimiento de los titulares inscritos, si bien deberá ser pedida por el optante al otorgar la escritura de adquisición o con posterioridad (consignación o depósito), art. 568-12.2.

4. Transmisión del derecho de opción

Si el derecho de opción tiene carácter o naturaleza personal, la posición jurídica del optante no sólo conlleva derechos, sino también obligaciones, por lo que la persona del optante no es en absoluto indiferente al concedente, por lo que la transmisión de la posición jurídica de éste no es una mera transmisión de derechos, sino una verdadera cesión de la posición contractual. Por ello, el derecho personal del optante sólo será enajenable con el consentimiento previo, simultáneo o posterior del concedente. Si ese derecho personal se inscribe, la situación es la misma. No varía. Pero habrá que tener en cuenta entonces que el tercer adquirente no gozará de la protección del art. 34 LH (pues no ha adquirido un derecho real)

Pero puede prestarse previamente ese consentimiento, en cuyo caso nos encontramos con la opción con pacto de transmisibilidad. Si la opción se ha constituido como real, por regla general en este caso la opción en sí es transmisible, y el adquirente podrá tener la protección del art. 34 LH si la opción de refiere a bienes inmuebles.

No distingue el Libro V entre derecho personal y real al tiempo de la transmisión, y sólo indica que los bienes sujetos a este derecho son enajenables sin que sea necesario el consentimiento de los optantes, y serán quienes adquieran los que se subroguen en las obligaciones que corresponderían a los concedentes del

derecho, por lo que podemos entender que se está refiriendo al carácter real de este derecho. Sólo, si es personal, y se hubiera constituido en consideración a su titular, entonces, parece que no serán transmisibles, por así desprenderse a “sensu contrario” del art. 568-9.2.

Es de destacar en esta figura de la opción que el ejercicio de este derecho supone la perfección del contrato objeto del mismo, siendo necesaria la expresión de voluntad del optante para que el contrato quede firme, perfecto y en estado de ejecución, obligatorio para el concedente sin más actos.

Si el derecho de opción tiene carácter personal o real y en este último caso no se ha previsto el ejercicio unilateral por el optante, será preciso que las partes (propietario y titular del derecho de opción) otorguen una escritura de transmisión de la propiedad, ya por acuerdo entre ellos o tras el previo requerimiento notarial o judicial.

Pero también es posible, y así es reconocido en el Libro V, configurar el derecho de opción con carácter real y con pacto expreso de formalización unilateral de la transmisión, posibilidad ya admitida por resoluciones de la DGRN, y que en la práctica notarial se venía llevando a cabo. En este caso, la escritura de ejercicio del derecho de opción por la que el optante adquiere la propiedad del bien la puede otorgar éste sólo sin necesidad de ningún requerimiento previo, pues el optante puede unilateralmente ejercer su derecho. Puede, no obstante, surgir el problema del pago del precio, pero este debe acreditarse de alguna manera incluso es posible depositarlo notarialmente en el momento de la formalización del acto.

En el primer caso, el Notario que vaya a autorizar la escritura, puede plantearse problemas de prueba, por lo que es necesario y aconsejable, y así normalmente se desarrollaba en la práctica notarial, prever en la escritura de constitución del derecho de opción la manera de hacer este pago, que puede ser bien mediante ingreso en un cuenta bancaria, una certificación de la entidad financiera, de igual forma que se hace en las escrituras de constitución y ampliación de capital de una sociedad anónima o limitada.

En cuanto al depósito notarial, en la escritura de transmisión de la propiedad habrá de incluir una cláusula de requerimiento de depósito dirigida al Notario, que la aceptará para entregar el dinero al propietario.

Por tanto, el requerimiento habrá de incluir también la notificación al propietario del inmueble del otorgamiento de la escritura de transmisión de propiedad y de la existencia del depósito para que tenga conocimiento del ejercicio del derecho de opción y así pueda cobrar; es decir, la escritura incluirá una cláusula de requerimiento de depósito y otra de notificación, que el Notario cumplimentará una vez lo lleve a cabo en las oportunas diligencias.

5. Problemas

¿Puede atribuirse, al constituirse el derecho, al silencio el valor de declaración de voluntad?

Puede pensarse que debe quedar atado, y los consentimientos prestados al tiempo de constituirse la opción, siendo necesario el consentimiento posterior

de manera expresa. No obstante, si desde el principio así se pacta, y así se hace constar en el contrato en que se pacta, y así se prevé, puede igualmente pactarse que en un plazo de tiempo, el silencio equivalga a la perfección de la misma. Es cierto que puede darse, pero por clarificar el tráfico, evitar dudas y posteriores problemas, se haga constar la perfección de este derecho prestando el consentimiento en el momento en que así se haya previsto

¿Ejercicio por mandatario verbal?

¿Por qué no? Claro depende de la manera en que se haya llevado a cabo, pero nada impide a que se actúe en nombre y representación del interesado en el negocio, quedando en ese caso como expectante a la posterior ratificación por el mandante. Igualmente puede darse en el caso de un mandatario verbal, sin salva de autocontratación por no existir documento alguno en que la representación esté formalizada, pues puede luego al ser ratificada, que aquella se salve. Evidentemente, es supuesto raro, pero jurídicamente no hay obstáculo para llevarse a cabo.

¿Posibilidad de construir un ejercicio solidario de la opción?

En mi opinión, siempre y cuando las partes estén y hayan quedado debidamente informadas, que ello se produzca. No hay regla en contra del posible ejercicio de esta manera.

Por la misma razón no hay inconveniente en que la cosa sea determinada “ab initio”, o sea determinable en un momento posterior, pudiendo fijar cualquier medio que entre las partes pacten para que ello se lleve a cabo.

Evidentemente, en el caso de otorgarse Escritura para el ejercicio de este derecho, todo ello quedará delimitado, en la manera que las partes deseen, siempre y cuando su consentimiento sea debidamente informado, y entre dentro de los parámetros legales, evitándose de esta manera los posibles riesgos que de no hacerlo, de no haber sido debidamente informados, y conocedores de lo que llevan a cabo, así como de los derechos y obligaciones que legalmente corresponde a cada uno, y de lo que libremente estipulen.

V. DERECHOS VOLUNTARIOS DE TANTEO Y RETRACTO

Ya definidos y de la manera antes señalada, hemos de resaltar que se regulan en esta sede los de naturaleza o carácter real, no personal, aunque como se ha hecho con la opción, me referiré a ambos.

Además de lo antes indicado, es de destacar en estos derechos:

1. Plazo

Tanteo: si es de naturaleza real se puede constituir por tiempo indefinido cuando su ejercicio se haya pactado para la primera transmisión, para las segundas o posteriores transmisiones no puede superar los diez años; si es de naturaleza personal no puede superar los diez años.

Es dudoso si el derecho de adquisición concedido a título gratuito puede subsistir después de la muerte del concedente, especialmente en el caso del

derecho de opción de una adquisición gratuita; parece que no debería admitirse al ser similar esta figura con la donación pendiente de aceptación por parte del donatario.

Para su ejercicio, parece que no podrá sobrepasar el plazo de duración del derecho.

Si se da el caso, la voluntad del constituyente de configurar el derecho con carácter real. Se deja a la *autonomía de la voluntad* la fijación de la naturaleza jurídica del derecho de adquisición, y se exige para que el derecho de adquisición tenga naturaleza real que se constituya en escritura pública.

2. Ejercicio

El Libro V considera a los derechos de adquisición voluntaria de tanteo y retracto, como dos derechos diferentes, en plan de igualdad, y así lo recoge, al considerar como tales la opción, el tanteo y el retracto. Se desvía de la dirección doctrinal de concebir un solo derecho de adquisición preferente, que sería el tanteo, siendo el retracto la denominación de ese derecho cuando se ejercita una vez efectuada la transmisión, así Don Ramón María ROCA SASTRE, hablando de tanteo preadquisitivo y postadquisitivo, argumentando en esta línea no sólo el mayor tecnicismo, sino con el apoyo de la regulación legal que siempre hubo en Cataluña del “dret de fadiga”, que comprende esas dos manifestaciones o fases. Caracterizando la regulación catalana siempre además de práctica, parece que obvia la disquisición doctrinal, en aras del empuje a la consideración de derechos diferentes, aunque uno traiga causa del otro.

En el derecho de tanteo, la *notificación a su titular* de la transmisión proyectada por parte del propietario es fundamental ya que de la misma depende la posibilidad del ejercicio del derecho. El plazo para el ejercicio se cuenta desde el día siguiente en que la notificación del acuerdo transmisivo entre el propietario de la cosa y un tercero para poder tener conocimiento del titular el derecho.

La *notificación será judicial o notarial*. Y el derecho de tanteo implica el retracto, entre otros casos, si no se ha notificado fehacientemente el acuerdo transmisivo.

Si la notificación no ha tenido lugar, o no se ha efectuado en forma fehaciente, o se ha llevado a cabo en forma diferente a las notificadas, el derecho de tanteo implicará el *retracto que se podrá ejercer en un plazo de sesenta días, o del plazo pactado para el ejercicio del tanteo, contados desde la fecha de la inscripción registral o desde que se tenga conocimiento de la enajenación, conocimiento al que se podrá llegar mediante acta notarial de notificación instada por el comprador*. Ahora bien, a diferencia de lo que ocurre en las leyes LAU y LAR, no se impone al adquirente la obligación de notificar al titular del derecho de tanteo la transmisión realizada, y este derecho caducará a los sesenta días de la inscripción en el Registro de la Propiedad, dados los efectos que frente a terceros tienen los asientos, por lo que en la práctica no se hace mucho uso en estos casos de la mencionada acta de notificación.

Conversion del derecho de tanteo en retracto, art. 568-15, que indica que tiene lugar si falta la notificación fehaciente de los elementos esenciales del acuerdo de transmisión o si la transmisión se ha hecho en condiciones diferentes de las

que constaban en la notificación o antes de vencer el plazo para el ejercicio del tanteo; en este caso, hay un especial plazo, que será el mismo que el pactado para el derecho de tanteo, y en su defecto, el plazo será de tres meses.

VI. DERECHOS DE RETRACTO LEGALES

El nuevo Libro V dedica a esta materia la sección tercera del capítulo octavo, y regula:

1. El retracto de colindantes

Como particularidades, que lo permite expresamente a las personas físicas y jurídicas que de conformidad con la legislación especial tenga la consideración de cultivador directo y personal que sean propietarios de fincas rústicas que lindan con las fincas rústicas enajenadas.

Si fueran varios, la preferencia será al propietario de la finca colindante de menos superficie y si fuera idéntica, la de la finca con más perímetro colindante. Regulación ésta que es de destacar ya que pueden resolverse muchos problemas que en la práctica pudieran surgir, recogiendo además en este sentido la doctrina más acorde con la jurisprudencia referente a esta materia. Se hace referencia a la cabida de la finca que se enajene, pero no una manera determinada, y que en el futuro pudiera resultar distinta a la finalidad perseguida por la Ley, y en la actualidad, señala que la superficie de la finca rústica sea inferior a la de la unidad mínima de cultivo, y el adquirente no sea propietario de las fincas que con ella lindan.

Trata de soslayar el problema de superficie de la finca, si bien, hay que tener en cuenta que la unidad mínima de cultivo no es la misma siempre, sino que varía según las condiciones que la definen y el lugar donde la finca radique. Y como novedad es de destacar que no tendrá lugar este derecho si en la finca que se enajena existen construcciones ajustadas a la legalidad cuyo valor representa más de los dos tercios del de la finca.

Puede plantear el problema de una construcción que se hizo, no ajustada a la legalidad, pero que ya han transcurrido los años de caducidad de la acción urbanística para su derribo, y se pretende hacer la declaración de obra nueva de la referida construcción.

Una vez ejercitado el derecho, los adquirentes tienen la obligación de agrupar la finca adquirida con la finca de la que son titulares en el plazo de seis meses y conservarla agrupada en un plazo mínimo de seis años; no podrán enajenarla entre vivos en el plazo de seis años.

2. La tornería

Es un claro ejemplo de troncalidad, muy propia de los antes llamados derechos aforados, y especialmente característica en una determinada zona de Cataluña.

Requiere:

- Vecindad local del Valle de Arán en las personas físicas
- Es en favor de los parientes hasta el cuarto grado en la línea de la que procedan los bienes,
- Cuando la enajenación sea a una persona extraña o con parentesco mayor al mencionado,
- Siempre que la finca haya pertenecido a los parientes por consanguinidad durante dos o más generaciones inmediatamente anteriores a la del disponente.

VII. PROBLEMAS DE TÉCNICA NOTARIAL EN LAS ACTAS DE NOTIFICACIÓN Y REQUERIMIENTO

Las notificaciones y requerimientos anteriormente señalados habrán de ser fehacientes a efectos de prueba, y es posible tanto la forma judicial como la notarial, y es esta a la que me referiré aunque sea brevemente.

Conforme al vigente Reglamento Notarial estas actas pueden efectuarse mediante la remisión de documentos por correo, o la propia acta de notificación y requerimiento.

El acta de remisión de documentos por correo, del art. 201 RN, se lleva a cabo en la práctica jurídica como medio o manera de acreditar el contenido de la documentación remitida por correo certificado con acuse de recibo. En estos casos, el Notario se limita a dar fe de que ha enviado determinado documento, testimonio o copia del mismo queda incorporado al acta, y de que se ha recibido el aviso, pero, aunque la carta o documento tenga contenido notificadorio o requisitorio, el Notario no hace propiamente un requerimiento o notificación ni da fe de los mismos. Por tanto, el destinatario no tiene derecho a contestar por el mismo medio y la carta o documento puede enviarse a cualquier destino, por lo que no es preciso que el Notario tenga competencia territorial en el lugar de destino de aquella.

Respecto a las actas de notificación y requerimiento será el mismo Notario quien se personará en el domicilio señalado en el acta, y tras hacer saber su condición de notario y el objeto de su presencia, librárá cédula, con transcripción literal del acta y advirtiéndolo del derecho que tiene el requerido o notificado de contestar en los dos días hábiles siguientes. En este caso el destinatario sí tiene un especial derecho a contestar por el mismo medio, siendo Notario competente el del lugar donde se ha practicado la diligencia de notificación o requerimiento.

Pero este tipo de actas de notificación y requerimiento, en ocasiones, derivan en una remisión de la cédula por correo certificado con acuse de recibo, lo que tendrá lugar:

- si de una norma legal no resulte lo contrario, cuando el Notario lo considere conveniente, pero en este caso será necesario que el Notario sea competente territorialmente en el lugar de destino de la notificación o

requerimiento, ya que si no lo fuera habría de acudirse al exhorto notarial, es decir, notificación mediante Notario competente en aquel lugar.

- cuando, excepcionalmente, la diligencia sólo se ha podido llevar a cabo mediante la lectura íntegra del acta, sin haberse librado la cédula.
- cuando al Notario no le haya sido posible hacer la notificación o requerimiento por no encontrar el lugar, estar cerrado, no habersele permitido la entrada, no encontrar a nadie, o resistencia de la persona que le atienda, salvo que éste último fuera el destinatario. Pero en este caso será preciso que así lo solicite el requirente.

En cuanto a la eficacia de estas notificaciones, el TS, en ST 17 de diciembre de 1992, respecto al requerimiento del art. 1504 CC, entiende que el requerimiento practicado por correo tendrá plena eficacia siempre que se acredite que el mismo ha llegado a su destinatario.

Así las cosas, la forma más aconsejable (para evitar se ponga en duda la certeza de la recepción) es que el requerimiento se practique personalmente por el Notario, pues de esta forma no habrá ninguna duda de que el requerimiento o notificación ha llegado al destinatario. Y si el domicilio del requerimiento no se encuentre en el distrito del Notario, éste habrá de acudir a la notificación mediante Notario competente en el lugar del domicilio de la persona requerida o notificada.

Esto es importante por cuanto el derecho de tanteo caduca en el indicado plazo, contado desde el día siguiente en que la notificación del acuerdo transmisivo entre el propietario de la cosa y un tercero ha podido llegar al conocimiento del titular del derecho. No se exige el conocimiento efectivo por parte del notificado, ni la recepción efectiva, sino simplemente que la notificación haya podido llegar a su conocimiento, por lo que sería suficiente el acta de notificación por correo certificado con acuse de recibo.

No obstante, la seguridad del tráfico hace necesario que el elemento subjetivo del conocimiento de la notificación o requerimiento por el destinatario sea sustituido por el elemento objetivo de la posibilidad de conocer.

Así, y dando un paso más, puede efectuarse la notificación a través del acta prevista en el art. 201 RN: simple acta de remisión por correo, pues a través de la misma, y aunque la carta no tenga un especial contenido notificadorio o requisitorio, no se llega a producir una notificación o requerimiento propiamente notarial, pero a través de la recepción de la carta o documento remitido, el destinatario puede llegar a tener conocimiento y este hecho quedará probado en el mismo ataque recogerá, bajo la fe notarial, el contenido de la carta, su remisión o envío, y la recepción en el domicilio indicado.

VIII. DEPÓSITOS NOTARIALES

El depósito notarial puede encuadrarse dentro de las actas de depósito ante Notario de los arts. 216 a 220 RN, que se caracterizan por ser voluntarios para el Notario, quien además puede imponer las condiciones que crea convenientes. No obstante, y dada la naturaleza de estos depósitos a los que se refiere la legislación vigente, pues son depósitos accesorios de otra actuación notarial que en este caso son las notificaciones, que sí son obligatorias para el Notario, pudiéndose entender que son las recogidas por el Art. 2 LN y 145.1 RN, sin que sea posible negar la función ni imponer condiciones más allá de las estrictamente necesarias para la eficacia y seguridad del depósito (de manera similar a los depósitos a que se refiere la L de 30 de marzo de 1994 de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios).

IX. BIBLIOGRAFÍA

- “Fundamentos de derecho Civil” Tomo III. 3. Puig Brutau. Ed. Bosch.
- “Fundamentos de Derecho Civil patrimonial”. Luis Díez Picazo. Ed. Civitas.
- “Los Derechos Reales”. M. Peña y Bernaldo de Quirós. Ed. Civitas.
- “Instituciones de Derecho Privado”. T. II. Ed. Consejo General del Notariado. Civitas.
- “Sistema de Derecho Civil”. L. Díez Picazo y A. Gullón. Ed. Tecnos.
- “Derecho hipotecario”. Roca Sastre y Roca-Sastre Muncunill. Ed, Bosch.
- “Primer Congreso de Derecho Civil Catalán” “El Derecho patrimonial en el futuro Codi Civil de Catalunya” Publicado en la revista “La Notaria”, N° 9-10, año 2001. Especialmente: “La opción de compra”, ponencia de R. Martínez Díe y M-A. Martínez García; “Los problemas notariales derivados de los derechos de adquisición”, E. González Bou y V. Esquirol Jiménez.

LA NOVA REGULACIÓ DEL DRET DE RETENCIÓ, LA PENYORA I L'ANTICRESI EN EL LLIBRE CINQUÈ DEL CODI CIVIL DE CATALUNYA¹

PEDRO DEL POZO CARRASCOSA

CATEDRÀTIC DE DRET CIVIL
UNIVERSITAT ROVIRA I VIRGILI

SUMARI

I. Presentació.....	234
II. Una qüestió prèvia: gènere i nombre.....	235
III. Article 569-1. Garantia d'una obligació "principal"	236
IV. Article 569-2. Eficàcia general.....	236
V. Article 569-4. Obligacions que poden originar el dret de retenció.....	238
VI. Article 569-5. Constitució del dret de retenció	240
VII. Article 569-6. Extinció del dret de retenció	241
VIII. Article 569-7. Realització del valor del bé moble retingut.....	242
IX. Article 569-8. Realització del valor de la finca o del dret retinguts.....	243
X. Article 569-10. Retenció de béns mobles de poc valor	248
XI. Article 569-11. Substitució del bé retingut	251
XII. Article 569-12. Concepte de penyora.....	251
XIII. Article 569-13. Requisits de constitució de la penyora	252
XIV. Article 569-14. Supressió de la "penyora flotant"	253
XV. Article 569-15. Pluralitat de penyores.....	255
XVI. Article 569-16. Règim de la penyora amb relació a l'objecte empenyorat.....	256
XVII. Article 569-17. Substitució del bé empenyorat	256
XVIII. Observacions a l'article 569-19. Possessió del bé empenyorat.....	258
XIX. Observacions a l'article 569-20. Realització del valor del bé empenyorat	260
XX. Article 569-21. Destinació de l'import de l'alienació	261
XXI. Article 569-22. Penyora de valors cotitzables.....	262
XXII. Article 569-23. Concepte de dret d'anticresi	262
XXIII. Article 569-24. Constitució.....	263
XXIV. Article 569-25. Règim.....	264

¹ Aquest treball forma part del projecte d'investigació "La nueva regulación de los derechos reales en el derecho civil catalán" (Ministeri de Ciència i Tecnologia. Direcció General d'Investigació. Referència: BJU2003-06718-C02-02), del qual l'investigador principal és el Dr. Pedro del Pozo Carrascosa.

I. PRESENTACIÓ

En aquesta ponència faig un estudi de les modificacions que el llibre cinquè del Codi civil de Catalunya (CCcat) ha introduït en la regulació dels drets reals de garantia possessoris (dret de retenció, penyora i anticresi). No faig, per tant, una presentació completa i sistematitzada de la regulació d'aquestes figures, que en els seus aspectes essencials ja és prou coneguda, sinó que em limitaré a analitzar, puntualment, els aspectes innovadors i, si s'escau, proposaré modificacions de fons o redaccions alternatives a determinats articles.

Les garanties possessòries han estat objecte d'atenció important del legislador català en els darrers anys.

Primer va ser la Llei 22/1991, de 29 de novembre, de garanties possessòries sobre cosa moble (LGP), reguladora del dret de retenció sobre mobles i la penyora.

L'any 2002, la Llei 19/2002, de 5 de juliol, de drets reals de garantia (LDRG), va modificar alguns aspectes puntuals de la regulació de la Llei de 1991 i hi va afegir el dret de retenció sobre immobles i l'anticresi.

L'any 2006, la regulació d'aquestes figures s'incorpora al Codi civil de Catalunya,² però, sorprenentment, amb moltes modificacions; dic "sorprenentment" perquè en una regulació recent, aprovada per unanimitat o per amplíssimes majories parlamentàries, correcta des del punt de vista tècnic i aplaudida pels operadors jurídics, potser només hauria calgut fer-hi algunes modificacions puntuals, per corregir alguns defectes que havien estat detectats per la doctrina. No ha estat així, i ja en l'avantprojecte presentat pel govern, com després en la tramitació parlamentària, s'han modificat *tots* els articles de l'LDRG, amb resultats molt diversos. En aquest sentit, podem trobar:

- Meres modificacions a la redacció, sense conseqüències jurídiques ni d'intel·ligibilitat de la norma.
- Modificacions a la redacció que dificulten la correcta comprensió de la norma i en forcen la interpretació.
- Modificacions a la redacció que han introduït, segurament de manera involuntària, errors greus en el contingut jurídic dels articles.

² Les fites principals en el procés legislatiu del llibre cinquè del Codi civil de Catalunya són les següents:

Projecte de llei de la segona llei del Codi civil de Catalunya, de 23 de juny de 2003, publicat al *Butlletí Oficial del Parlament de Catalunya* (BOPC) número 451, de 30 de juliol de 2003.

Projecte de llei pel qual s'aprova el llibre cinquè del Codi civil de Catalunya, relatiu als drets reals, de 26 de juliol de 2005, publicat al BOPC número 216, de 5 de setembre de 2005.

Projecte de llei pel qual s'aprova el llibre cinquè del Codi civil de Catalunya, relatiu als drets reals. Nomenament del relator. Informe de la Ponència de la Comissió de Justícia, Dret i Seguretat Ciutadana, publicat al BOPC número 296, de 24 de febrer de 2006.

Projecte de llei pel qual s'aprova el llibre cinquè del Codi civil de Catalunya relatiu als drets reals. Dictamen de la Comissió de Justícia, Dret i Seguretat Ciutadana, publicat al BOPC número 314, de 31 de març de 2006.

Llei del llibre cinquè del Codi civil de Catalunya, relatiu als drets reals. Aprovació: Ple del Parlament (20 d'abril de 2006), publicat al BOPC número 332, de 8 de maig de 2006.

Llei 5/2006, de 10 de maig, del llibre cinquè del Codi civil de Catalunya, relatiu als drets reals, publicada al DOGC número 4640, de 24 de maig de 2006.

- Modificacions volgudes en el contingut de la norma; es tracta de qüestions de política legislativa amb què hom pot estar d'acord o no, però en les quals no hi ha errors des del punt de vista de la tècnica jurídica. En aquest punt, cal dir que també s'han produït alguns canvis que milloren la redacció anterior, atès que corregeixen defectes que havien estat detectats per la doctrina.

A continuació estudiaré alguns d'aquests canvis produïts. En cada cas transcriu l'article o paràgraf afectat i destaco, en rodona o en cursiva segons s'escaigui, allò que ha estat modificat i és objecte del meu comentari.

II. UNA QÜESTIÓ PRÈVIA: GÈNERE I NOMBRE

Tradicionalment, les persones a què es referien els articles d'una llei eren tractades normalment en masculí i en singular; així, per exemple, es parlava del posseïdor, i no pas de la posseïdora o dels posseïdors o posseïdores. En les lleis més recents del dret civil de Catalunya s'ha anat mostrant una preocupació per mirar de minimitzar aquest anomenat "impacte de gènere", de manera que, per exemple, "el posseïdor", substantiu que en una llei gairebé perdia la idea de masculí per referir-se genèricament a la persona, home o dona, que posseeix un bé, havia de ser substituït, de manera gairebé imprescindible, per "el posseïdor o posseïdora" o, com a mínim, per "la persona posseïdora". Això ha fet que la redacció de les normes de dret civil, ja per si mateixa complicada, hagi donat lloc, en el cas de Catalunya, a normes de redacció confusa, desmanegada i poc elegant.

Sobre com s'haurien de redactar les normes, cadascú té les seves preferències. El que no és admissible, en un codi, és la manca de coherència. Malauradament, en el CCcat en trobem molts exemples; en efecte, manca coherència en la utilització del singular o del plural, així com en la utilització del masculí o del femení, o bé de paraules que pretenen eliminar l'impacte del gènere en la redacció dels articles (com, per exemple, el terme *persona*). Podem veure un exemple d'aquesta qüestió en l'evolució d'una mateixa norma, al llarg del temps, en matèria de dret de retenció:

- Art. 3 LGP (any 1991): "El posseïdor de bona fe..."
- Art. 3 LDRG (any 2002): "La persona posseïdora..."
- Art. 569-3 CCcat (any 2006): "Els posseïdors..."

Semblaria que el criteri actual que pretén seguir el Codi és la utilització del masculí plural. No és així, i en el CCcat trobem molts exemples d'una manca de criteris clars en aquesta matèria, la qual cosa va en detriment del valor del Codi, no solament com a llei, sinó també com a gènere literari. Vegem-ne alguns exemples:

- En l'àmbit de les garanties, no sempre s'utilitza el masculí plural; així, l'art. 569-17.1 CCcat parla del "deutor o la deutora, el pignorant o la pignorant".
- En l'àmbit de l'accessió, el criteri general és parlar del "propietari o propietària" (vegeu, per exemple, l'art. 542-5 CCcat).

- En la regulació del cens, s'utilitza el masculí singular per designar les persones que intervenen; es parla, per tant, del “censalista” i del “censatari” (vegeu, per exemple, l'art. 565-5.1 CCcat).

III. ARTICLE 569-1. GARANTIA D'UNA OBLIGACIÓ “PRINCIPAL”

L'incís inicial de l'art. 569-1 LDRG estableix que:

“Aquest codi regula els drets reals de garantia següents, que es poden constituir per a assegurar el compliment d'una obligació principal”.

L'adjectiu *principal* prové de l'LDRG³ i, tot i no ser incorrecte, no és imprescindible i pot, en canvi, induir a confusions. En efecte, si l'obligació es qualifica de “principal” en relació amb la garantia real, que és, sens dubte, el que es pretén en aquest article, no calia dir-ho, atès que això deriva de la idea mateixa d'accessorietat de la garantia real. Ara bé, una obligació pot ser qualificada de principal en relació amb una altra obligació (per exemple, el deute de capital en relació amb el dels interessos). Si adoptéssim aquest sentit d'obligació principal, resultaria que només podrien ser garantides amb garantia real les obligacions, si seguim amb l'exemple, de capital, però no les d'interessos. No és això el que pretén el legislador, com podem comprovar en l'art. 569-4.d CCcat, que permet garantir amb dret de retenció una obligació d'interessos.

Per aquests motius, segons la meua opinió, caldria eliminar l'adjectiu “principal”.

IV. ARTICLE 569-2. EFICÀCIA GENERAL

L'art. 569-2 CCcat estableix, en els dos primers apartats:

“1. Els efectes dels drets reals de retenció i penyora són els següents:

- a) La retenció de la possessió del bé fins al pagament complet del deute garantit.*
- b) La realització del valor del bé, en els casos i de la manera que estableix aquest codi.*

2. Els efectes del dret real d'anticresi són els que estableix l'apartat 1 per als drets reals de retenció i penyora i, a més, la imputació dels fruits del bé al pagament dels interessos del deute garantit i, si escau, al del capital”.

³ No figurava, en canvi, a l'art. 1 de l'LGP de 1991 ni a l'avantprojecte de l'LDRG; va ser introduït durant la tramitació parlamentària de l'LDRG.

1. Apartat 1. Realització del valor de la garantia

En l'apartat *b)*, cal eliminar l'expressió “de la manera que estableix aquest codi”, atès que limita de manera injustificada les facultats del titular d'un dret real de garantia. Tot i que no era gaire precisa, era preferible la redacció de l'art. 2.1.c LDRG, que es referia a “la realització del valor de la cosa, *en els casos establerts legalment*”, és a dir, per la llei en general. Potser l'ideal fóra referir-se a la realització del valor de la cosa i prou.

En dir que la realització del valor de la cosa s'ha de fer “de la manera que estableix aquest codi”, s'està negant la realització judicial, a la qual la llei no fa referència, però que, evidentment, no exclou (d'altra banda, perquè la Generalitat de Catalunya no té competències per fer-ho).

En definitiva, el titular d'un dret real de garantia pot optar per realitzar el valor de la cosa d'acord amb els mecanismes previstos en la norma catalana (i segurament ho farà, per raons de simplicitat i d'operativitat) o bé a través dels mecanismes previstos en la LEC; aquesta última opció és la que s'exclou injustificadament si es manté l'expressió “de la manera”.

2. Apartat 1 i apartat 2. Eliminació de l'efecte anticrètic a la penyora i al dret de retenció

En els dos primers apartats de l'art. 569-2 CCcat trobem un dels canvis més importants, alhora que més inexplicables, en relació amb l'LDRG: l'eliminació de l'anomenat “efecte anticrètic” en els casos de la penyora i el dret de retenció. En efecte, en l'LDRG tenia lloc, per a qualsevol garantia real possessòria —dret de retenció, penyora i anticresi— l'anomenat “efecte anticrètic”, és a dir, la imputació dels fruits de la cosa objecte d'una garantia possessòria als interessos del deute garantit i, si esqueia, al capital (art. 2.1.b LDRG). Aquesta imputació queda ara limitada únicament a l'anticresi, i ja no es preveu per a la penyora i el dret de retenció.

Al meu entendre, aquesta limitació resulta totalment injustificada. Hi ha diferents arguments que permeten mantenir aquesta opinió.

El primer argument és que excloure l'“efecte anticrètic” de la penyora i del dret de retenció perjudica principalment l'interès del creditor, que sens dubte és l'interès que cal tenir més en compte en el cas dels drets reals de garantia. Amb l'efecte anticrètic, la garantia real *possessòria* —penyora, dret de retenció o anticresi— afegeix, a la funció de garantia que li és pròpia, una funció de pagament. D'altra banda, també el deutor pot sortir perjudicat per l'eliminació de l'efecte anticrètic, perquè la imputació automàtica dels fruits pot acabar extingint el deute i, en definitiva, evitar l'execució de la cosa donada en garantia.

El segon argument és que es modifica, sense justificació aparent, l'eficàcia tradicional d'aquestes garanties:

- Pel que fa a la penyora, vegeu l'art. 2.1.c de l'LDRG de 2002 (i abans, l'LGP de 1991); en el dret comparat, per exemple, vegeu els art. 2081 del CC francès, 1868 del CC espanyol i, més recentment, l'art. 2737 del CC del Quebec.
- Pel que fa al dret de retenció, vegeu els mateixos preceptes de les lleis catalanes i l'art. 502.3 del CC espanyol, que permet l'efecte anticrètic en un

cos legal, com és el CC espanyol, que no configura el dret de retenció com un dret real.

El tercer argument és que el legislador català, si el que pretenia era eliminar l'efecte anticrètic en les garanties mobiliàries (tot i que el dret de retenció també pot tenir com a objecte un immoble), incorre en una contradicció. En efecte, l'art. 561-3.2.c CCcat regula l'anomenat "usdefruit en garantia", que, com que no fa cap distinció, pot recaure tant sobre béns mobles com sobre immobles. En concret, l'art. 561-3.2.c CCcat permet que:

"Lusdefruit es constitueixi en garantia o en seguretat d'una obligació dinerària, cas en el qual les utilitats del bé gravat s'imputen al pagament del deute".

El quart argument és que la freqüència i la importància actual de l'efecte anticrètic, especialment en el cas de la penyora, han estat posats en relleu per la doctrina, especialment en el cas de la penyora de valors.⁴

Per tots aquests motius, caldria "recuperar" l'efecte anticrètic en els casos del dret de retenció i de la penyora, com un efecte automàtic i un element tipificador d'aquestes figures. D'altra banda, no s'exclou que es pacti la imputació de fruits; és a dir, el fet que la nova llei no prevegi explícitament l'efecte anticrètic com a automàtic no s'ha d'entendre com una prohibició d'aquest efecte, en el cas en què les parts l'hagin pactat. És a dir, l'art. 569-2 CCcat estableix els elements o efectes tipificadors dels drets de retenció, penyora i anticresi, però no exclou que se'n pactin d'altres. En aquest sentit, no seria possible una anticresi sense imputació, perquè aquest element està explícitament previst com a tipificador en l'esmentat article, però sí que seria possible, en canvi, afegir la imputació al dret de retenció i la penyora, perquè, si bé l'article no ho preveu, tampoc no ho exclou.

V. ARTICLE 569-4. OBLIGACIONS QUE PODEN ORIGINAR EL DRET DE RETENCIÓ

1. Apartat a). Despeses necessàries

L'apartat a) de l'art. 569-4 CCcat preveu, com una de les obligacions que pot originar el dret de retenció:

"El rescabament de les despeses necessàries per conservar i gestionar el bé i de les despeses útils, si hi ha dret a reclamar-ne el reemborsament".

⁴ Sobre la importància de l'efecte anticrètic en el cas de la penyora de valors, vegeu especialment: BARRADA ORELLANA, R.: *Las garantías mobiliarias en el derecho civil de Cataluña*, Tirant lo Blanch - Departament de Dret Privat, Processal i Financer (Universitat Rovira i Virgili), València, 2005, pàg. 360 i 366-370.

En relació amb l'LDRG, aquest precepte ha afegit l'expressió "si hi ha dret a reclamar-ne el reembossament". És una norma aclaridora i, en principi, la seva inclusió sembla correcta.

En efecte, no tota despesa qualificada de necessària o útil faculta el posseïdor per convertir-se en retenidor. Per exercir el dret de retenció resulta imprescindible que, a causa de la realització d'aquestes despeses, s'origini un dret de crèdit per demanar-ne el reembossament. El dret de retenció pressuposa, per tant, una obligació per garantir, i l'existència d'aquesta obligació dependrà de cada figura jurídica concreta, en el supòsit de fet de la qual es prevegi el reembossament de les despeses necessàries i les útils efectuades pel posseïdor.

És per això que no seran despeses necessàries, en el sentit d'aquest article, aquelles que, tot i ser imprescindibles per mantenir l'estat de la cosa, hagin de ser suportades pel posseïdor, d'acord amb la regulació de la figura en la qual s'originen. Vegeu, per exemple, l'art. 1743 CC: els "gastos ordinarios que sean de necesidad para el uso y conservación de la cosa prestada" han de ser, lògicament, assumits pel comodatari, que és qui es beneficia de l'ús de la cosa. Per tant, tot i ser despeses de conservació, no generen un dret de crèdit i, per tant, no poden originar un dret de retenció.

Si seguim amb el comodat, la utilitat del caràcter general de la regulació del dret de retenció en el CCcat i de les obligacions que permeten exercir-lo, la trobem en relació amb l'art. 1751 CC: si el comodant fa "gastos extraordinarios para la conservación", és a dir, despeses que no deriven directament de l'ús de la cosa, tindrà dret de retenció d'acord amb el CCcat, malgrat que l'art. 1747 CC li nega aquest dret.

Aquest precepte planteja, però, un dubte originat per la seva redacció: si aquest incís es refereix només a les despeses útils (que és el que sembla) o també a les despeses necessàries (que és el que hauria de ser). Proposo la redacció següent:

"a) El rescabament de les despeses necessàries per conservar i gestionar el bé i de les despeses útils; *en ambdós casos*, si hi ha dret a reclamar-ne el reembossament."

2. Apartat c). Retribució de l'activitat

L'apartat c) de l'art. 569-4 CCcat preveu, com una de les obligacions que poden originar el dret de retenció:

"La retribució de l'activitat acomplerta per confeccionar o reparar el bé, si prèviament hi ha hagut, en el cas de mobles, un pressupost escrit i acceptat i, en el cas d'immobles, un acord exprés entre les parts, i si, en tots els casos, l'activitat s'adequa al pressupost o al pacte".

L'exigència de l'acord exprés entre les parts en el cas dels immobles és nova. Sens dubte, la intenció del legislador ha estat la de flexibilitzar la norma en el cas dels immobles, no exigint l'elaboració d'un pressupost en sentit estricte, la qual cosa no s'ajustaria, moltes vegades, a la realitat del tràfic jurídic.

VI. ARTICLE 569-5. CONSTITUCIÓ DEL DRET DE RETENCIÓ

1. Apartat 1. Notificació i oposició

La primera frase de l'art. 569-5.1 CCcat estableix que:

“Els retenidors han de notificar notarialment als deutors, als propietaris si són unes altres persones i als titulars dels drets reals, si escau, la decisió de retenir, la liquidació practicada i la determinació de l'import de les obligacions que estableix l'article 569-4”.

La notificació als titulars de drets reals que ha introduït aquest precepte no és imprescindible, i pot complicar de manera innecessària la constitució del dret de retenció. D'altra banda, observem que aquesta notificació no es produeix en altres casos: així, per exemple, la constitució d'una segona hipoteca no es notifica al titular de la primera.

Una notificació d'aquest tipus, feta als titulars de drets reals constituïts amb posterioritat al dret de retenció, sí que pot tenir una gran utilitat, per donar a aquells la possibilitat de pagar el deute que va donar lloc a l'esmentada garantia. No obstant això, el criteri del CCcat en aquesta matèria és erràtic: es preveu en el cas de l'acord que la cosa retinguda l'alieni directament el retenidor, el propietari mateix o un tercer (art. 569-8.2 CCcat), però no, en canvi, en l'acte que dona inici a la subhasta notarial, que és on acaba culminant l'eficàcia d'un dret real de garantia (art. 569-8.3.d CCcat).

La segona frase de l'art. 569-5.1 CCcat afegeix que els retenidors

“Es poden oposar judicialment a la retenció en el termini de dos mesos a comptar de la data de la notificació”.

L'adopció del termini de dos mesos per oposar-se a la retenció sembla realment capriciosa (i no és l'únic cas de variació capriciosa de terminis en la nova regulació dels drets reals de garantia):

1991 (LGP): 3 mesos
 2002 (LDRG): 1 mes
 2006 (CCcat): 2 mesos

Finalment, cal felicitar el legislador per l'eliminació de l'últim incís de l'art. 4.1 LDRG, precedent immediat del precepte que ara examinem, segons el qual:

*“Només impedeix la realització del valor de la cosa l'oposició judicial, acompanyada de la consignació o el finançament per una entitat de crèdit del valor del deute principal més el 20 % per les despeses”.*⁵

⁵ Vegeu la meua crítica a aquest precepte a: DEL POZO CARRASCOSA, P.: “Els drets reals de garantia”, a *Boletín del Servicio de Estudios Registrales de Cataluña*, núm. 105, t. 1 (maig i juny 2003), pàg. 221-231 (vegeu especialment les pàgines 222 a 224). Vegeu també: DEL POZO CARRASCOSA, P., GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, J. L., a COLEGIO DE REGISTRADORES (coord.), *Comentarios de derecho patrimonial catalán*, Bosch, Barcelona, 2005, pàg. 938-939.

2. Apartat 2. No-oposició dels cònjuges

L'art. 569-5.2 CCcat estableix que:

“La notificació a què fa referència l'apartat 1, si l'objecte que es reté és una finca que constitueix l'habitatge familiar, també s'ha de fer als cònjuges o als convivents, els quals no es poden oposar a la retenció”.

Tot i que era evident, abans no es deia que el cònjuge o el convivent no es podia oposar a la retenció. La finalitat de la notificació és, simplement, que el cònjuge pugui fer ell mateix el pagament i alliberar del dret de retenció la finca que constitueix l'habitatge familiar. Per claredat i per seguretat, em sembla correcte que ara es digui.

VII. ARTICLE 569-6. EXTINCIÓ DEL DRET DE RETENCIÓ

L'apartat tercer de l'art. 569-6 CCcat estableix que:

“El dret de retenció s'extingeix si els retenidors tornen voluntàriament el bé retingut als propietaris, encara que després en recuperin la possessió, i, en la retenció immobiliària, si consenten de cancel·lar la inscripció”.

La primera qüestió que planteja aquest precepte és la referència als “propietaris”; aquesta referència és nova, en relació amb l'art. 6.3 LDRG, que es limitava a declarar extingit el dret de retenció simplement si el retenidor “torna voluntàriament la cosa”, sense precisar més. Hem de tenir en compte que una cosa “es torna” només a la persona que inicialment la va entregar, i aquesta persona és el deutor (que pot ser el propietari, però pot no ser-ho).

La segona qüestió que planteja l'art. 569-6.3 CCcat és la consideració de la cancel·lació de l'assentament registral que publica el dret de retenció com una causa d'extinció de l'esmentat dret. En efecte, si la inscripció del dret de retenció no és constitutiva, això significa que la vida d'aquest dret, igual que la de la majoria de drets reals, pot desenvolupar-se perfectament fora del Registre de la Propietat. Per tant, si el dret de retenció s'inscriu, i posteriorment l'assentament es cancel·la, l'únic efecte de la cancel·lació hauria de ser una *presumpció d'extinció, i no una extinció efectiva*. Això concordaria, a més, amb la legislació hipotecària, especialment amb l'art. 97 LH, segons el qual, “cancelado un asiento, se presume extinguido el derecho a que dicho asiento se refiera” (vegeu també l'art. 38.1 LH).

D'altra banda, no s'entén per què la cancel·lació de l'assentament registral que publica el dret de retenció hauria de produir l'extinció, mentre que la cancel·lació de l'assentament de l'usdefruit, per exemple, no.

Finalment, a més de l'aspecte merament tècnic, hem de tenir en compte que es poden donar perfectament situacions en les quals el retenidor tingui interès a cancel·lar la constància registral del seu dret, sense que això hagi d'equivaldre a renunciar-hi. Aquest seria el cas, per exemple, en què al retenidor se li garanteix el pagament amb una altra garantia, potser aportada per un tercer, o el cas en què el retenidor confia en la voluntat de pagar per part del deutor i accepta la

cancel·lació perquè el deutor pugui hipotecar la finca com a lliure del dret de retenció (confia que amb una part dels diners prestats el deutor pagarà el deute que va originar la retenció).

VIII. ARTICLE 569-7. REALITZACIÓ DEL VALOR DEL BÉ MOBLE RETINGUT

L'art. 569-7 CCcat regula els mecanismes de realització del bé moble retingut. A continuació exposo els canvis més rellevants, en relació amb l'art. 7 LDRG.

1. Modificació d'alguns terminis

A l'art. 569-7.3.b CCcat, el termini per anunciar la subhasta és d'un mínim de 10 i un màxim de 15 dies hàbils d'antelació respecte a la data de la subhasta. L'art. 7.3.b LDRG establia els límits d'entre 5 i 15 dies, i es tractava de dies naturals, atès que no es feia cap esment al caràcter de dies hàbils (cfr. art. 5.2 CC).

A l'art. 569-7.3.d CCcat, el termini per realitzar la segona subhasta és d'entre 3 i 15 dies hàbils comptats a partir de la primera. L'art. 7.3.d LDRG establia els límits d'entre 2 i 15 dies i, com en el cas anterior, també es tractava de dies naturals.

2. Apartat 3.c. Tipus de la subhasta

L'art. 569-7.3.c CCcat estableix:

“El tipus de la subhasta ha d'ésser l'acordat entre els creditors i els propietaris. Si no hi ha acord, el tipus ha d'ésser, com a mínim, igual a l'import de les obligacions que han originat la retenció més les despeses previstes per a l'alienació i el lliurament del bé. No obstant això, es pot establir com a tipus l'import que resulti d'un peritatge tècnic aportat pels retenidors si és més alt que l'anterior”.

Aquesta última frase és nova, en relació amb l'art. 7.3.c LDRG. Com a principi, sembla un bon criteri que, en cas que no hi hagi hagut acord en la valoració del bé i, en definitiva, en el tipus de la subhasta, la discrepància es resolgui aportant un peritatge tècnic imparcial.

Ara bé, el que no té sentit és que l'únic legitimat per aportar aquest peritatge que hauria de substituir el tipus subsidiari que preveu el mateix precepte (import de les obligacions i despeses) sigui el retenidor. Hem de tenir en compte que al retenidor l'únic que l'interessa és cobrar; per això, per al retenidor l'ideal és que el tipus sigui el més baix possible (evidentment, que sigui suficient per cobrir l'import del deute i les despeses de la subhasta), en el sentit que això facilitarà l'alienació del bé. Per exemple, si el bé retingut val 1.000, i l'import del deute i les despeses és de 200, al retenidor li convé que el tipus sigui només de 200. Dificilment el retenidor es molestarà a demanar —i pagar— un peritatge que no el beneficia gens.

En canvi, al propietari del bé sí que l'interessa una més gran valoració de la cosa retinguda i un tipus més elevat en la subhasta. D'aquesta manera, si hi

ha un comprador, no solament podrà pagar el deute i les despeses, sinó que, a més, es podrà quedar amb el romanent. Paradoxalment, en canvi, al propietari no se li permet aportar aquest peritatge! Sens dubte, la raó és el risc que el propietari aportés una valoració del bé tan elevada que acabaria fent inviable la subhasta.

3. Apartat 5. Documentació

L'apartat 5 de l'art. 569-7 CCcat és nou; no té cap precedent en l'LDRG. En concret, aquest precepte estableix que:

“S’han d’aplicar, en el cas de retenció de béns mobles inscrits en el Registre de Béns Mobles, les lletres b i c de l’apartat 3 de l’article 569-8”.

La remissió a l'art. 569-8 CCcat significa que:

- 1r. Per tal que el notari iniciï el procediment de la subhasta, el retenidor que l’ha requerit li ha d’aportar l’escriptura pública de constitució del dret de retenció o, si escau, la resolució judicial corresponent.
- 2n. El notari, un cop examinada aquesta documentació, ha de sol·licitar al Registre de Béns Mobles un certificat de domini i càrregues del bé inscrit sobre el qual recau el dret de retenció.

IX. ARTICLE 569-8. REALITZACIÓ DEL VALOR DE LA FINCA O DEL DRET RETINGUTS

L'art. 569-8 CCcat regula els mecanismes de realització del valor d’una finca o d’un dret sobre una finca que són objecte del dret de retenció. El precedent d’aquest precepte és l’art. 8 LDRG. A continuació examinarem les principals modificacions que la nova regulació ha introduït.

I. Apartat 1: necessitat d’inscripció en el registre

L’apartat primer de l’art. 569-8 CCcat estableix que:

“Els titulars d’un dret de retenció inscrit en el Registre de la Propietat poden realitzar el valor de la finca o del dret retinguts per alienació directa o subhasta pública notarial, d’acord amb les regles que estableix aquest article”.

La novetat que introdueix aquest precepte és que ara s’exigeix la inscripció en el Registre per utilitzar qualsevol de les modalitats d’execució previstes en el CCcat. És a dir, tant per la venda directa com per la subhasta notarial. En canvi, en l’LDRG només s’exigia la inscripció en el cas de la subhasta notarial (es deia de manera indirecta, a l’art. 8.2.c LDRG).

Si en el cas de la subhasta la inscripció té la seva raó de ser com un element més de seguretat d’un procediment que es basa en la publicitat, no sembla que la inscripció sigui, en canvi, tan important en el cas de la venda directa. En efecte,

tot i que és evident que qualsevol situació que pugui afectar l'història jurídica d'un immoble és convenient que accedeixi al Registre de la Propietat, hi ha diferents arguments per no fer la inscripció imprescindible en el cas de l'alienació directa, com ara l'encariment del procediment i el fet de convertir, pràcticament, la inscripció en obligatòria.

2. Apartat 2. Termini per a la venda directa

L'apartat segon de l'art. 569-8 CCcat introdueix un element nou, en relació amb l'art. 8.1.1a LDRG, com és fixar un termini màxim, concretament de sis mesos, per dur a terme l'alienació directa o a través d'un tercer. El segon incís de l'art. 569-8.2 CCcat estableix que l'acord pel qual el retenidor i el titular del bé retingut acorden que aquest bé sigui alienat directament per qualsevol d'ells o a través d'un tercer

“s'ha de formalitzar necessàriament en una escriptura pública, ha de contenir els criteris de l'alienació i el termini en què s'ha d'acomplir, que no pot superar els sis mesos, i s'ha de notificar fejaentment als titulars de drets reals posteriors inscrits, a fi que, si els interessa, paguin el deute i se subroguin en la posició dels creditors”.

Aquesta norma permet plantejar diferents qüestions, que examinem a continuació.

- 1a. El termini de sis mesos hauria d'estar limitat al cas en què el legitimat per fer la venda fos el propietari, per evitar qualsevol alentiment injustificat. En canvi, si el legitimat és el creditor, aquesta limitació del termini ja no està tan justificada; s'entén que, si en sis mesos no ha venut el bé pignorat, és perquè li ha estat impossible o perquè no ha trobat una oferta suficient.
- 2a. El precepte no es planteja què succeeix si la venda es fa un cop passat aquest termini. Sens dubte, cal entendre que l'acord d'alienació directa ja no és vinculant i que, en conseqüència, el creditor podrà exigir que l'alienació es faci a través d'una subhasta notarial.
- 3a. Malgrat la redacció imperativa del precepte, una interpretació finalista ens duu a entendre que el termini de sis mesos que estableix l'art. 569-8.2 CCcat no té caràcter imperatiu; sí que en té, en canvi, la necessitat de fixar-ne un. És a dir, cal fixar un termini, i si no se'n fixa cap, s'entén que és de sis mesos, per no perjudicar el creditor. Ara bé, no hi ha inconvenient perquè el retenidor i el propietari pactin un termini diferent, que pot ser superior als sis mesos que estipula l'esmentat article. Aquesta interpretació es basa en el principi de llibertat civil, evidentment, amb el límit del no-perjudici de tercers (art. 111-6 CCcat) i en el fet que, segons el tipus de bé, no sempre serà possible la seva alienació en un termini inferior als sis mesos.

3. Apartat 3.b. Problemes greus de redacció

L'apartat 3.b de l'art. 569-8 CCcat estableix que:

“Els retenidors han de requerir al notari o notària competent la iniciació del procediment i han d'aportar la inscripció en una escriptura pública de la constitució de la retenció o, si escau, la resolució judicial corresponent”.

Aquest precepte conté problemes greus de redacció i de tècnica jurídica. Què significa “han d'aportar la inscripció en una escriptura pública de la constitució de la retenció”?

D'entrada, l'expressió “aportar la inscripció” no té cap sentit jurídic. En efecte, una inscripció no “s'aporta”; el que es pot “aportar” és una certificació registral, o l'escriptura de reconeixement del dret de retenció a què es refereix l'art. 569-5 CCcat, amb la menció que l'esmentat dret ha estat inscrit en el Registre de la Propietat.

D'altra banda, l'expressió controvertida que ara examinem tampoc no significa ni que el dret de retenció s'hagi de constituir en escriptura pública, ni que s'hagi d'inscriure en el Registre. En aquest sentit, hem de tenir en compte que l'escriptura pública de reconeixement a què es refereix l'art. 569-5 CCcat no és un requisit de constitució del dret de retenció; aquesta garantia es constitueix amb la simple notificació notarial i la no-oposició a què també al·ludeix l'esmentat article. Això reafirma l'argument que no cal que el dret de retenció s'inscriui en el Registre i que, si s'hi inscriu, la inscripció no és, evidentment, constitutiva. Una qüestió diferent és que, per realitzar el valor de la finca d'acord amb el CCcat, sí que cal la inscripció, com estableix l'art. 569-8.1 CCcat.

En definitiva, el que es pretén dir amb aquesta redacció és que, per iniciar el procediment, el retenidor ha d'aportar l'escriptura pública de reconeixement del dret de retenció a què es refereixen els apartats 3 i 4 de l'art. 569-5 CCcat, amb la nota d'haver estat inscrita en el Registre de la Propietat (vegeu també l'art. 236a RH). Per tant, segons la meua opinió, caldria tornar a la redacció del Projecte o, fins i tot, la de l'art. 8.2.b LDRG (“Ha d'acompanyar l'escriptura pública [de reconeixement] degudament inscrita”).⁶

Finalment, parlar simplement de la “retenció” com a sinònim del dret de retenció és erroni. La retenció és un efecte comú a tres drets reals de garantia (penyora, anticresi i dret de retenció). Aquest és un error que es repeteix en altres apartats d'aquest mateix article 569-8 CCcat.

⁶ El que resulta preocupant és com ha arribat aquesta redacció al text sotmès a aprovació del Parlament, perquè no respon a cap esmena presentada. En efecte, la redacció del projecte de llei era correcta i no hi va haver cap esmena presentada (BOPC núm. 296, de 24-02-2006, pàg. 102). En canvi, el text que arriba al Parlament és totalment inintel·ligible, com hem vist (BOPC núm. 314, de 31-03-2006, pàg. 49).

4. Apartat 3.d: habitatge familiar

L'apartat 3.d de l'art. 569-8 CCcat estableix que:

“Una vegada transcorreguts cinc dies hàbils des de la recepció del certificat del Registre de la Propietat, sense necessitat de requerir el pagament als deutors, el notari o notària ha de notificar l'inici de les actuacions als titulars del dret retingut, als propietaris de la finca si són unes altres persones i, en ambdós casos, si consta que es tracta de llur habitatge familiar, als cònjuges o als convivents”.

A banda d'alguna qüestió menor de mera redacció, aquest precepte ha afegit, en relació amb el seu precedent, l'art. 8.2a LDRG, l'expressió “si consta que es tracta de llur habitatge familiar”.

Cal reconèixer que aquesta expressió, i la precisió que se'n deriva, pot arribar a limitar l'abast de l'article i la seva finalitat. En efecte, la finalitat de la norma és, sens dubte, possibilitar, en qualsevol cas, al cònjuge o convivent, pagar el deute que va originar el dret de retenció per, d'aquesta manera, evitar l'alienació del que constituïa l'habitatge familiar. I aquesta finalitat s'ha de poder complir encara que no consti explícitament que aquella finca és efectivament l'habitatge familiar. Pensem, per exemple, que és possible que la finca no tingués la condició d'habitatge familiar en el moment de constituir-se el dret de retenció (art. 569-5.1 CCcat), però ha adquirit aquesta condició (que no “consta”) abans de la subhasta. D'altra banda, hem de tenir en compte que el caràcter d'habitatge familiar no constarà, en aquest cas, en el Registre de la Propietat.

L'expressió que ara examinem s'ha d'entendre, per tant, en el sentit que sempre que el notari estigui assabentat, per qualsevol font d'informació, que la finca que s'ha de subhastar constitueix l'habitatge familiar, ho ha de notificar als cònjuges o als convivents. D'altra banda, hem de tenir en compte que la notificació al cònjuge o al convivent no perjudica els tercers. El seu únic efecte és permetre el pagament, per paralitzar l'execució.

5. Apartat 3.f. Remissió incorrecta

L'apartat 3.f de l'art. 569-8 CCcat estableix que “el tipus de la subhasta és el que acorden els creditors i els propietaris d'acord amb l'article 569-7”.

La remissió que aquest precepte fa a l'art. 569-7 CCcat és incorrecta. En efecte, si, d'acord amb l'art. 569-8.3.f CCcat, “el tipus de la subhasta és el que acorden els creditors i els propietaris”, això significa que necessàriament han d'acordar un tipus. En canvi, l'art. 569-7 CCcat, referent a la realització del bé moble retingut (en concret, la remissió seria a l'apartat 3.c de l'esmentat article), no configura aquest acord com a obligatori (“si no hi ha acord...”).

En conseqüència, la remissió que fa l'art. 569-8 CCcat s'ha d'entendre feta a l'art. 569-5.4.b CCcat, que preveu que un dels elements que ha de contenir necessàriament l'escriptura de reconeixement del dret de retenció és “el valor en què les persones interessades taxen la finca o el dret retinguts, perquè serveixi de tipus en la subhasta”. Que la remissió s'ha d'entendre feta a aquest

article ho confirmen els precedents legislatius; així, l'art. 8.2a.f LDRG es remetia, correctament, a l'art. 4 LDRG.

6. Apartat 3.g. Termini

L'apartat 3.g de l'art. 569-8 CCcat estableix que:

“Si no es presenta cap postura a la primera subhasta, se n’ha de fer una altra en un termini d’entre tres i quinze dies a comptar de la primera”.

El termini mínim ha passat dels dos dies que establí l'art. 8.2.g LDRG als tres dies que estableix el precepte que ara examinem.

Es pot observar una manca coordinació amb l'art. 569-7.3.d CCcat, perquè en l'art. 569-8.3.g CCcat no s'exigeix explícitament que els dies siguin hàbils. No obstant això, tot i que es tracta d'una subhasta notarial, aquests terminis es poden qualificar de “processals” i, en conseqüència, excloure els dies inhàbils, d'acord amb els art. 185 LOPJ i 133 LEC.

7. Apartat 3.i. Eliminació de la designació de mandatari

L'apartat 3.i de l'art. 569-8 CCcat estableix el següent:

“Una vegada adjudicada la finca o el dret retinguts, els seus titulars o, si s’hi neguen o no n’hi ha, l’autoritat judicial han d’atorgar una escriptura de venda a favor dels adjudicataris, que poden inscriure llur dret en el Registre de la Propietat. Les càrregues anteriors a l’adjudicació subsisteixen i les posteriors s’extingeixen i es cancel·len”.

La redacció actual d'aquesta norma elimina el desafortunat segon incís de l'art. 8.2.i LDRG, que permetia una autèntica paradoxa temporal, absolutament impossible i inadmissible en un text legal. Aquest segon incís de l'art. 8.2.i LDRG, que es va introduir durant la tramitació parlamentària de l'LDRG, admetia que en l'escriptura d'adjudicació, arran de la subhasta, de la finca retinguda, el propietari podia designar un mandatari que el representés en l'atorgament de la mateixa escriptura!

8. Article 569-9. Destinació de l'import de l'alienació

L'art. 569-9 CCcat estableix que:

“S’aplica el que estableix l'article 569-21 pel que fa a la destinació de l'import obtingut en la subhasta o encant públic”.

L'LDRG contenia una regulació caòtica, introduïda durant la tramitació parlamentària, de la destinació de l'import de l'alienació. Caòtica, no solament per la multiplicitat de preceptes que en parlaven (quatre: art. 7.3.e, 8.2.g, 9 i 19.9 LDRG), sinó, i això era el més greu, perquè la regulació d'aquests preceptes no era homogenia.

El CCcat millora l'LDRG en aquest punt, establint un únic criteri, manifestat en dos articles diferents, un per al dret de retenció i un altre per a la penyora. No obstant això, des del punt de vista de la tècnica legislativa, crec que fóra més correcte que, si hi ha dos articles que es refereixen a la mateixa matèria, la norma

hauria d'estar recollida en el primer dels dos, segons l'ordre de la llei, de manera que el segon article s'hauria de limitar a fer una remissió al primer. En el tema que ara ens ocupa passa exactament el contrari: l'art. 569-9 CCcat, primer en l'ordre de la llei, es remet a un article posterior, com és l'art. 569-21. Per claredat, hauria de ser a l'inrevés, de manera que l'art. 569-9 CCcat hauria de contenir el text de la norma, mentre que l'art. 569-21 CCcat s'hauria de limitar a fer remissió a l'art. 569-9 CCcat.

X. ARTICLE 569-10. RETENCIÓ DE BÉNS MOBLES DE POC VALOR

Per fer entenedor l'abast de les modificacions que s'han produït en aquesta norma, cal fer una breu referència als seus precedents.

L'aplicació de l'LGP de 1991 va posar de manifest que, en el cas dels béns mobles de poc valor, la posada en pràctica del dret de retenció era, si bé tècnicament possible, inviable a la pràctica, a causa de la desproporció existent entre, d'una banda, les despeses de constitució i execució i, d'altra banda, el valor de la cosa objecte de la garantia. A la pràctica, la persona que reparava un petit electrodomèstic, un rellotge o objectes similars, d'un valor econòmic no gaire elevat, no podia accedir a la garantia del dret de retenció. La situació s'agreujava, a més, pel fet que, si els béns reparats no eren recollits pel seu propietari, qui havia fet la reparació no tenia mecanismes jurídics senzills i operatius, no solament per cobrar el seu crèdit, sinó ni tan sols per poder-se desfer materialment de l'objecte reparat.

L'LLDRG de 2002 va donar solució a aquest problema fent una nova regulació del dret de retenció dels béns mobles de poc valor (fins a 500 euros), per augmentar l'operativitat de la garantia i abaixar-ne el cost; això sí, sense disminuir la seguretat jurídica de les persones que intervenen en la relació jurídica.

1. Apartat 1. Exercici

L'apartat 1r de l'art. 569-10 CCcat estableix que:

“Es pot exercir el dret de retenció sobre un bé moble de valor inferior a l'import de tres mesos del salari mínim interprofessional originat per la retribució de l'activitat que s'hi ha acomplert per encàrrec dels posseïdors legítims, d'acord amb les regles que estableix aquest article”.

La primera qüestió que planteja aquest precepte fa referència a la voluntarietat de l'exercici d'aquesta modalitat de dret de retenció. En efecte, tant l'art. 10 LDRG com l'avantprojecte presentat pel Govern deien que el dret de retenció “es pot exercir *també*” d'acord amb el que preveia l'article. La utilització de l'adverbi “també” deixava clar que estàvem davant d'un mecanisme alternatiu per a l'exercici del dret de retenció: d'acord amb el mecanisme general o d'acord amb aquest mecanisme específic. L'eliminació del terme *també* durant la tramitació parlamentària és desafortunada, perquè ja no deixa clara aquesta alternativitat.

Sembla que el dret de retenció sobre els béns mobles de poc valor només “es pot” constituir d'acord amb el que preveu aquest article i de cap altra manera més.

No és aquest el veritable sentit de la norma: no varien ni la naturalesa ni l'eficàcia del dret de retenció, però sí el seu exercici. Es tracta, per tant, d'una modalitat de dret de retenció basada en la voluntarietat: és el retenidor qui decideix si opta per constituir el dret de retenció segons els criteris d'aquest article (art. 569-10 CCcat) o segons el sistema general de l'art. 565-5 CCcat.

La segona qüestió que planteja aquest precepte fa referència a l'import que permet exercir aquesta modalitat de dret de retenció. En concret, s'ha substituït l'import de 500 € que fixava l'art. 10 LDRG per “tres mesos de salari mínim interprofessional”. Em sembla correcte adoptar el criteri flexible de la referència al salari mínim; no obstant això, crec que s'hauria de *rebaixar el nombre* de mensualitats del salari, per no desvirtuar la finalitat d'aquesta modalitat de dret de retenció.

Hem de tenir en compte que aquesta modalitat de dret de retenció intenta donar una resposta àgil i operativa a casos en què la constitució per la via “normal” (ara, la de l'art. 569-5 CCcat) és inviable des del punt de vista econòmic. Com a contrapartida, en certa manera, d'aquestes agilitat i operativitat esmentades, cal reconèixer que la figura conté alguna “esquerda” en matèria de seguretat jurídica; fonamentalment, el fet que la notificació ha d'acreditar la recepció, però no el contingut d'allò que es rep (apartat segon de l'article; és el cas, per exemple, de la carta amb avís de recepció: hi ha constància que s'ha rebut una carta, però no hi ha constància del seu contingut). Aquesta “esquerda” en la seguretat jurídica va ser assumida de manera conscient pel legislador de l'LDRG. En efecte, la conjunció de la diligència exigible al deutor, la poca quantia del deute i l'indici de prova que representa la carta certificada amb justificant de recepció feien que la legitimitat d'aquest mecanisme de constitució del dret de retenció no hagués de ser posada en qüestió: era versemblant que aquell deutor havia pogut tenir coneixement de la retenció.

Ara bé, l'esmentada “esquerda” en la seguretat jurídica, assumida de manera conscient pel legislador de l'LDRG, s'ha de limitar als casos d'escassa quantia econòmica. Ampliar-ho a objectes que podrien arribar a 1.800 € o més podria donar lloc a una utilització abusiva d'aquesta modalitat de dret de retenció; seria, en certa manera, posar un esquer a la temptació.

2. Apartat 2. Comunicació

L'apartat segon de l'art. 569-10 CCcat estableix que:

“La comunicació de la decisió de retenir a què fa referència l'article 569-5 es pot substituir, en el cas de béns mobles de poc valor, per una notificació feta per burofax, per correu certificat amb avís de recepció o per qualsevol altre mitjà que n'acrediti suficientment la recepció”.

En relació amb l'art. 10 LDRG, s'ha substituït “feament” per “suficientment”, sens dubte amb la intenció de flexibilitzar i facilitar al màxim la constitució de la garantia.

3. Apartat 3. Error de concepte i de redacció

L'apartat tercer de l'art. 569-10 CCcat estableix el següent:

“Els retenidors, una vegada transcorregut un mes des de la notificació sense que els deutors ni els propietaris del bé hagin pagat el deute o s'hagin oposat fefaentment a la retenció, poden disposar lliurement del bé. En aquest cas, les càrregues preexistents subsisteixen, llevat que constin inscrites en el registre corresponent limitacions de la facultat de disposició o reserves de domini”.

Durant la tramitació parlamentària, s'ha produït un canvi en la redacció d'aquest precepte que ha comportat una alteració absolutament injustificada del seu sentit, atès que constitueix un error greu des del punt de vista dels principis que regeixen el nostre ordenament jurídic.

En efecte, la segona part de l'art. 10.b LDRG (i en sentit gairebé idèntic l'art. 569-10.b del Projecte de llei) establia que el retenidor

“pot disposar lliurement de la cosa, amb subsistència de les càrregues preexistents, llevat que constin degudament inscrites en el corresponent Registre limitacions a les facultats de disposició o reserves de domini”.

El sentit d'aquesta norma, la derogada, és clar:

- 1r. El retenidor pot disposar lliurement de la cosa, això sí, tret que en el Registre (s'entén que és el de Béns Mobles) consti inscrita una prohibició de disposar o una reserva de domini.
- 2n. Si el retenidor disposa (s'entén perquè en el Registre de Béns Mobles no constaven inscrites prohibicions de disposar o reserves de domini), i el bé estava prèviament gravat, aquestes càrregues preexistents subsisteixen; això, evidentment, d'acord amb els criteris generals d'oposabilitat i de protecció de tercers.

És a dir, es tractava d'una norma perfectament coherent amb els principis del nostre ordenament jurídic, especialment pel que fa a la jerarquia dels drets reals i a la protecció dels tercers.

En canvi, la redacció actual, totalment deficient, fa entendre que, si en el Registre consta inscrita una prohibició de disposar o una reserva de domini, el retenidor no solament podrà disposar de la cosa retenguda, sinó que, a més, les càrregues preexistents s'extingiran! Això, evidentment, no té cap sentit des del punt de vista dels principis del nostre ordenament, de la protecció de tercers i, en definitiva, de la seguretat del tràfic.

Segurament, aquesta aberració pot ser corregida per la via de la interpretació assenyada de la norma, tenint en compte especialment els seus precedents legislatius. Això sí, cal una correcció immediata i tornar a la redacció de l'art. 10.b LDRG o la de l'art. 569-10.b del Projecte de llei.

XI. ARTICLE 569-11. SUBSTITUCIÓ DEL BÉ RETINGUT

1. Apartat 1. Terminologia incorrecta

L'apartat primer de l'art. 569-11 CCcat estableix que:

“Els deutors o els propietaris del bé retingut poden imposar als retenidors, mentre disposen del dret de retenció, la substitució de la retenció per una altra garantia real o pel fiançament solidari d'una entitat de crèdit que siguin suficients”.

En primer lloc, cal criticar el poc tecnicisme de l'expressió “disposar del dret de retenció” que utilitza aquest precepte, la qual cosa pot donar lloc a conclusions errònies en relació amb el sentit de l'article. En un estricte sentit tècnic, *disposar* només fa referència als actes d'alienació o gravamen que una persona realitza sobre béns de la seva titularitat o sobre els quals està legitimat per actuar jurídicament. És obvi que no és aquest el sentit que el verb *disposar* té en el precepte que ara examinem, on s'utilitza com a sinònim de *tenir* o de *ser titular de*. D'altra banda, el contingut jurídic d'aquest incís és totalment superflu i, per tant, prescindible. No obstant això, si es volgués mantenir, la redacció idònia seria “mentre són titulars del dret de retenció”.

En comptes de “substitució de la retenció”, caldria dir “substitució del *dret* de retenció”. El que se substitueix no és només “la cosa retinguda”, com es limita també a dir l'art. 11 LDRG, que es fixa només en l'aspecte aparent o extern de la substitució, sinó la garantia; i la garantia no és “la retenció” (que és un efecte comú al dret de retenció, la penyora i l'anticresi), sinó “el dret de retenció”.

2. Apartat 2. Preu de mercat

L'apartat segon de l'art. 569-11 CCcat estableix que:

“S'entén que la garantia real és suficient si el preu de mercat del bé ofert en garantia, encara que sigui inferior al dels béns retinguts, arriba a cobrir l'import del deute que va originar la retenció i un 25 % més”.

Se substitueix l'expressió “preu just” de l'art. 11.1 LDRG per la de “preu de mercat”. Es tracta d'expressions sinònimes; vegeu també l'art. 323.2 CDCC, que, en matèria de rescissió per lesió, es refereix “al preu just o sia al valor de venda”.

XII. ARTICLE 569-12. CONCEPTE DE PENYORA

L'art. 569-12 CCcat estableix que:

“El dret de penyora, que es pot constituir sobre béns mobles, valors, drets de crèdit o diners en garantia del compliment de qualsevol obligació, faculta el creditor a posseir-los, per ell mateix o per una tercera persona si s'ha pactat, i, en cas d'incompliment de l'obligació garantida, a sol·licitar-ne la realització del valor”.

Aquest article és nou; no té precedent a l'LDRG. És correcte que el CCcat hagi afegit un article donant el concepte legal de la penyora (igual que en el cas del dret de retenció, on ja existia). Això sí, la redacció es podria millorar. Per exemple, quan l'article parla de "béns mobles, valors, drets de crèdit o diners", n'hi hauria prou amb la referència a "béns mobles"; els altres en són simples exemples. Es podria dir: "béns mobles, com ara valors, drets de crèdit o diners". D'altra banda, hem de tenir en compte que l'art. 569-15 CCcat considera com a objectes únics de penyora els "conjunts de coses" i els "conjunts o paquets de valors".

XIII. ARTICLE 569-13.

REQUISITS DE CONSTITUCIÓ DE LA PENYORA

L'art. 569-13 CCcat regula els requisits de constitució del dret real de penyora; aquest article té com a precedent l'art. 12 LDRG. A continuació examinarem les principals modificacions introduïdes pel nou precepte.

1. Apartat 1. Possessió i poder de disposició

L'apartat primer de l'art. 569-13 CCcat estableix:

"La penyora, constituïda per qualsevol títol, requereix:

a) La transmissió de la possessió dels béns als creditors o a terceres persones, d'acord amb els pignorants, per qualsevol mitjà admès per aquest codi.

b) El poder de lliure disposició del bé moble empenyorat per la persona que l'empenyora".

En l'apartat *a)*, l'expressió "per aquest codi" no és correcta, i resulta limitadora. Era preferible l'expressió "per la Llei" (en general, per tant) que utilitzava l'art. 12.1.b LDRG. En efecte, limitar els mitjans de transmissió de la possessió als que preveu el Codi pot plantejar problemes que, això sí, en alguns supòsits es poden resoldre per via interpretativa. Aquest és el cas, per exemple, de la pignoració de valors anotats en compte, supòsit en què la transmissió possessòria s'entén feta quan s'inscriu la penyora en el registre comptable (vegeu l'art. 10.1 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores), atès que aquest mecanisme no està previst específicament en el CCcat (si bé es pot justificar amb una interpretació finalista dels art. 521-2 i 531-4 CCcat).

En l'apartat *b)*, l'expressió "poder de lliure disposició" és incorrecta. És preferible, des del punt de vista tècnic, l'expressió "lliure poder de disposició" que utilitzava l'art. 12.1.a LDRG.

2. Apartat 2. Data de la penyora

L'apartat segon de l'art. 569-13 CCcat estableix que:

"La penyora tan sols té efectes contra terceres persones des del moment en què la data en què s'ha acordat de constituir-la consta en un document públic".

Era preferible la redacció de l'art. 12.2 LDRG, en relació amb la qual s'ha afegit la referència a la constància de la data, sens dubte per mimetisme amb l'art. 1865 del CC espanyol. Aquest afegit resulta limitador; el que ha de constar en document públic és l'acord de constitució de la penyora, la data del qual figurarà, evidentment, en el document.

3. Apartat 3. Document públic i notificació

L'apartat tercer de l'art. 569-13 CCcat estableix que:

“La penyora de crèdits s’ha de constituir en un document públic i s’ha de notificar al deutor o deutora de crèdit empenyorat”.

Aquest precepte és nou; l'art. 12 LDRG no recollia aquesta norma. Hi ha dues qüestions que s'han de tractar.

En primer lloc, l'exigència que la penyora de crèdits s'hagi de fer necessàriament en document públic sembla absolutament desproporcionada. El document públic ha de ser un requisit d'oposabilitat de la penyora, com estableix el mateix art. 569-13 CCcat, en l'apartat segon, i no un requisit de validesa. D'altra banda, l'exigència de document públic pot fer que la constitució de la penyora sigui totalment antieconòmica (pensem, per exemple, en la penyora d'un xec al portador de poca quantia).

En segon lloc, com a principi, em sembla correcte que s'hagi introduït aquesta referència a la notificació de la constitució de la penyora al deutor del crèdit (no “de crèdit”, com diu l'article) que es dona en garantia. Aquesta notificació té un paper complementari de la despossecció, ja que permet que el pagament que en endavant es faci al creditor no sigui alliberatori (el mateix que succeeix en el cas de la cessió del crèdit, d'acord amb l'art. 1527 CC).

De totes maneres, el caràcter imperatiu de la notificació al deutor no té gaire sentit en el cas dels crèdits documentats en un títol al portador. Hem de tenir en compte que, en aquest cas, el deutor renuncia, ja d'entrada, a conèixer qui és el seu creditor; no cal, per tant, notificar-li cap avatar en la posició de creditor.

XIV. ARTICLE 569-14. SUPRESSIÓ DE LA “PENYORA FLOTANT”

L'art. 569-14 CCcat estableix:

“1. La penyora pot garantir qualsevol obligació, present o futura, pròpia o aliena, dels pignorants.

2. La penyora pot garantir obligacions de les quals es desconeix l'import en el moment de constituir-la. En aquest cas, s'ha de determinar la quantitat màxima que garanteix”.

La principal modificació que ha introduït aquest article en relació amb el seu precedent, l'art. 13 LDRG, no està en el que diu sinó en el que ha deixat de dir. En efecte, aquest article correspon als apartats 1 i 2 de l'art. 13 LDRG, amb meres modificacions de redacció. En canvi, ha realitzat una modificació important en

relació amb el seu precedent, com és la supressió de l'anomenada *penyora flotant*. Observem, en efecte, que l'art. 569-14 CCcat no inclou l'apartat tercer del seu precedent, l'art. 13 LDRG, que regulava aquesta figura;⁷ tampoc no ho fa cap altre article del CCcat. L'art. 13.3 LDRG establí que: “La penyora pot garantir diverses obligacions ja contretes o per contreure de manera simultània o successiva entre el mateix deutor o deutora i el mateix creditor o creditora, durant un període de temps i per una quantia màxima convinguts”.

Segons la meua opinió, no hi ha cap justificació a l'eliminació de la penyora flotant, sobretot si tenim en compte que tant els professionals del dret com la doctrina havien aplaudit la regulació a Catalunya d'aquesta figura ja des de l'LGP de 1991. Es tracta, al meu parer, d'un pas enrere injustificable en el desenvolupament del dret civil de Catalunya.

Cal destacar, a més, que l'eliminació de la penyora flotant és una decisió plenament conscient presa pel legislador; és a dir que no es tracta d'un oblit o d'un simple error en la tramitació parlamentària de la llei. En efecte, la Ponència recomanava no adoptar una esmena d'addició (la núm. 194, presentada pel Grup Parlamentari de Convergència i Unió) que reclamava la “recuperació” de la penyora flotant.

Cal entendre que la retirada explícita de la penyora flotant de la llei actual és una prohibició absoluta d'aquesta figura?

Formalment, semblaria que sí. En efecte, si una llei nova deixa de regular una figura que preveia una llei anterior, això es pot entendre equivalent a la prohibició de la figura en qüestió. Era realment aquesta —suprimir la penyora flotant definitivament— la intenció del legislador català, en deixar de regular aquesta figura? Aparentment sí, però la lògica del sistema jurídic i la bondat i utilitat intrínseques de la figura ens duen a intentar mantenir la vigència de la penyora flotant. L'argument bàsic en aquest sentit és el principi de llibertat civil (art. 111-6 CCcat), que es palesa en l'autonomia de la voluntat per crear nous tipus contractuals i nous drets reals o les seves modalitats.

Ara bé, també serà necessària una interpretació forçada de molts articles del CCcat que, quan es refereixen a l'obligació garantida per la penyora, ho fan precisament en singular: per exemple, “l'obligació garantida” (art. 569-12 CCcat, *in fine*), “el crèdit garantit” (art. 569-18 CCcat) o “el deute garantit” (art. 569-20.1 CCcat).

Altres articles estableixen que “qualsevol obligació” pot ser garantida amb penyora (així, art. 569-12 CCcat, en la primera part, i art. 569-14.1 CCcat). Ara bé, la indeterminació que palesa el “qualsevol” ho és pel tipus d'obligació (present, futura, etc.), no pel nombre d'obligacions.

L'únic article que parla d’“obligacions”, en plural, és l'art. 569-14.2 CCcat, en relació amb la penyora de màxim. Però aquest plural es justifica únicament per l'elegància de la redacció, atès que aquesta norma és una simple precisió a la continguda en l'apartat 1r del mateix art. 569-14 CCcat, que, com acabem de

⁷ Sobre la regulació de la penyora flotant a l'art. 13.3 LDRG, vegeu: DEL POZO CARRASCOSA, P.; TORMO SANTONJA, M. a COLEGIO DE REGISTRADORES (coord.), *Comentarios de derecho patrimonial catalán*, Bosch, Barcelona, 2005, p. 980-981.

veure, es refereix tan sols a una única obligació com a susceptible de ser garantida per la penyora.

L'argument més clar per afirmar que es tracta d'una interpretació forçada ens el dona l'art. 569-15.1 CCcat: l'únic cas en què el CCcat permet explícitament que un mateix bé garanteixi dues o més obligacions és quan el bé "es torna a empenyorar", és a dir, quan hi ha una pluralitat de penyores sobre el mateix bé i no una única penyora, com seria el cas de la penyora flotant! Faré referència a aquest tema tot seguit.

En conclusió, si amb una interpretació molt benèvola entenem que hem salvat els esculls a què acabo de fer referència, podem mantenir que, malgrat la supressió explícita, el CCcat no prohibeix la penyora flotant. Ara bé, si el legislador realment no tenia voluntat de prohibir-la, la claredat, la simplicitat i la coherència de la llei agrairan la incorporació al CCcat del text de l'antic art. 13.3 LDRG, que regulava la penyora flotant.

XV. ARTICLE 569-15. PLURALITAT DE PENYORES

L'apartat primer de l'art. 569-15 CCcat estableix que:

"Un bé empenyorat no es pot tornar a empenyorar, llevat que sigui a favor dels mateixos creditors i es distribueixi la responsabilitat de les obligacions garantides".

Aquest article manté la prohibició de pignorar el mateix bé una pluralitat de vegades, que ja establia l'art. 14.1 LDRG, però hi introdueix una excepció, com és que totes les penyores es facin a favor del mateix creditor. Aquesta modificació em sembla encertada. En efecte, la prohibició general de pignorar un mateix bé dues o més vegades es justifica pels problemes del desplaçament possessori a favor de dos o més creditors (vegeu, en aquest sentit, l'exposició de motius i els art. 2 i 12.2 de la Ley de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión, de 16 de desembre de 1954); en canvi, aquests problemes desapareixen quan el creditor és el mateix en ambdós casos (una única persona creditora, dos crèdits, un únic objecte donat en garantia).

El que no resulta clar, en canvi, és el contingut del segon requisit que l'art. 569-15.1 CCcat estableix perquè el mateix bé es pugui tornar a pignorar: que "es distribueixi la responsabilitat de les obligacions garantides". Què significa distribuir la responsabilitat de les obligacions garantides? No oblidem que tenim diverses obligacions, però un únic objecte. Sens dubte, s'ha produït una certa confusió amb el principi d'especialitat a què es refereix l'art. 569-16 CCcat (cas en què tenim diversos objectes i una única obligació, i en què es pot distribuir la responsabilitat entre els diversos objectes). Segons la meua opinió, caldria eliminar aquest últim incís de l'art. 569-15.1 CCcat; i si es volgués mantenir, el millor seria dir, simplement, que ha de constar clarament l'import de les dues o més obligacions garantides per una única penyora.

A efectes pràctics, el problema que planteja aquesta possibilitat de penyores successives sobre el mateix objecte és que caldrà constituir la penyora cada vegada. En canvi, això no caldria si, com proposo, s'admetés de nou la penyora flotant (vegeu el comentari a l'art. 569-14 CCcat).

XVI. ARTICLE 569-16. RÈGIM DE LA PENYORA AMB RELACIÓ A L'OBJECTE EMPENYORAT

L'art. 569-16 CCcat estableix el següent:

“1. Els creditors i els deutors o, si escau, els propietaris del bé, si hi ha més d'un objecte empenyorat, poden fixar la part de crèdit que garanteix cadascun. En aquest cas, s'entén que s'han constituït tants drets de penyora com objectes hi ha.

2. El conjunt de béns el valor dels quals es determina en el tràfic tenint-ne en compte el nombre, el pes o la mida és un únic objecte de penyora.

3. Els conjunts o paquets de valors, entre els quals s'inclouen les accions, les obligacions, els bons, els crèdits i els efectes en general, es poden configurar com a objectes unitaris de penyora, d'acord amb la legislació aplicable en aquesta matèria”.

Aquest article correspon a l'art. 15 LDRG. El Projecte del 2005 en va mantenir gairebé la mateixa redacció.

Per què, aleshores, en la tramitació parlamentària, es redacta l'article de nou, sense variar, això sí, el contingut, però empitjorant l'estil i introduint imprecisions allà on no n'hi havia? Per exemple, en l'apartat segon, l'expressió “tenint-ne en compte” fa entendre que el pes, la mida o el nombre no són els criteris exclusius a l'hora de determinar el preu, sinó que pot haver-n'hi d'altres, i aquesta no és la idea de l'art. 15 LDRG i del Projecte del 2005, que utilitzen l'expressió “es determina en consideració”. Vegem-ne un altre exemple: en lloc de “garanteix cadascun”, que sembla referir-se als deutors, hauria de dir “garanteix cadascun d'ells”, on queda clar que es refereix als diferents objectes pignorats.

XVII. ARTICLE 569-17. SUBSTITUCIÓ DEL BÉ EMPENYORAT

L'art. 569-17 CCcat regula la substitució del bé donat en penyora. Aquest article es basa en l'art. 16 LDRG, en el qual introdueix força modificacions, algunes d'importants. Les estudiem a continuació.

1. Apartat 1. Béns fungibles

L'apartat primer de l'art. 569-17 CCcat estableix que:

“El deutor o deutora o, si és una altra persona, el pignorant o la pignorant, si la penyora recau sobre béns fungibles i s’ha pactat expressament, pot substituir la totalitat o una part dels béns empenyorats”.

La redacció d’aquest precepte es basa en la de l’art. 16.1 LDRG, amb meres modificacions d’estil. El canvi més important és que el text actual ja no conté la definició o descripció del concepte de fungibilitat, que contenia l’art. 16.1 LDRG, que definia les coses fungibles com “les que es poden substituir per altres de la mateixa espècie i qualitat”. Aquesta definició ha desaparegut del text actual, que es limita a fer referència als “béns fungibles” i prou. És una llàstima, perquè cal tenir en compte que els art. 511-1 a 511-3 CCcat, que integren el títol I del llibre cinquè del CCcat, dedicat als béns, no donen cap concepte de fungibilitat.

2. Apartat 2. Valors

L’apartat 2 de l’art. 569-17 CCcat estableix el següent:

“La substitució d’uns valors per uns altres, en el cas de valors cotitzables, es fa d’acord amb el preu de les cotitzacions respectives en el mercat oficial el dia de la substitució. En el cas de valors no cotitzables, per a acreditar la substitució és suficient que els tinguin en llur poder els creditors pignoratius o les terceres persones designades i que consti inscrita en el mateix efecte o document que acredita el dret.”

Aquest precepte correspon a l’art. 16.2 LDRG, amb meres modificacions d’estil. Hem de destacar, això sí, que ni aquest apartat ni la resta de l’article recullen la norma de l’art. 16.3 LDRG, segons la qual, en el cas de substitució de valors, a més d’haver de respectar la legislació específica en aquesta matèria (cosa que resultava evident), s’admetien les diferències de valor fins al cinc per mil, cas en el qual el deutor havia de reposar immediatament la diferència en metàl·lic. No veig cap justificació a l’eliminació d’aquesta norma, sobretot si tenim en compte que l’equivalència exacta en els preus dels valors substituïts és gairebé impossible. Això obliga necessàriament al pacte, que no sempre es podrà assolir.

3. Apartats 3 i 4. Manteniment de la data de l’empenyorament

Els apartats 3 i 4 de l’art. 569-17 CCcat estableixen:

“3. S’entén a tots els efectes, en els dos casos a què fa referència l’apartat 2, que la data de l’empenyorament es manté, com si s’hagués constituït inicialment sobre els béns que substitueixen els inicialment gravats.”

4. S’entén a tots els efectes, en els casos de substitució del bé empenyorat, que la data de l’empenyorament es manté, com si s’hagués constituït inicialment sobre els béns que substitueixen els inicialment gravats”.

Aquests dos apartats de l’art. 569-17 CCcat contenen una única norma, presentada dues vegades amb una variació mínima. Aquests preceptes no tenien cap precedent a l’ LDRG ni tampoc figuraven en l’Avantprojecte. Es varen introduir durant la tramitació parlamentària del llibre cinquè del CCcat, amb un

resultat molt insatisfactori, tant pel que fa a la tècnica legislativa com pel que fa al contingut de la norma.

En relació amb el primer aspecte, cal dir que els dos apartats estan repetits, o gairebé. Es podria dir que l'apartat 3 es refereix només als valors (“en els dos casos a què fa referència l'apartat 2”), mentre que l'apartat 4 es refereix a qualsevol objecte (“en els casos de substitució del bé empenyorat”); si és així, podríem dir que sobraria l'apartat tercer, que és més específic.

El que resulta preocupant és que durant tota la tramitació parlamentària ningú no s'adonés d'aquest error, com ho prova el fet que ningú no presentés esmenes i la ponència no fes cap recomanació.

Ara bé, aquesta qüestió, merament formal, no tindria més importància si no fos pel fet que els paràgrafs —repetits— esmentats inclouen un error greu, com és prescindir dels drets que terceres persones poguessin tenir sobre el bé aportat en substitució de la penyora. En aquest sentit, caldria haver dit que la data de pignoració roman inalterada “sens perjudici de tercers” o una expressió semblant. Pensem, per exemple, que si el bé que es dóna en substitució estava gravat o embargat prèviament, la substitució, si la data inicial de la penyora és anterior a aquest gravamen, permetrà eliminar-lo!

Cal dir que trobem el mateix error en l'art. 10 del RDL 5/2005, de 11 de marzo, de mejoras urgentes para el impulso de la productividad y para la mejora de la contratación pública, en el qual sembla que s'ha inspirat el legislador català; aquest art. 10 es refereix a les garanties complementàries que s'han d'aportar quan el valor de la garantia inicial ha disminuït. En el CCcat, com a mínim es podria haver inclòs un article com l'art. 13 RDL 5/2005, que, encara que sigui de manera indirecta (en referir-se a les valoracions de les garanties i al càlcul de les obligacions), introdueix criteris de protecció de tercers.

XVIII. OBSERVACIONS A L'ARTICLE 569- 19. POSSESIÓ DEL BÉ EMPENYORAT

L'art. 569-19 CCcat té com a precedent l'art. 18 LDRG. A continuació examinem les novetats principals.

1. Apartat 1. Restitució

L'apartat primer de l'art. 569-19 CCcat estableix que:

“Els creditors pignoratius es poden negar a restituir el bé empenyorat fins que se'ls pagui totalment el crèdit garantit pel principal, els interessos i les despeses de procediment pactades”.

En relació amb l'art. 18.1 LDRG, s'ha afegit l'expressió “pel principal, els interessos i les despeses de procediment pactades”. A més del caràcter confús i poc tècnic de la redacció (què és el “crèdit garantit pel principal...?”), cal destacar la inutilitat de la referència a les “despeses de procediment pactades”. En efecte:

- 1r. Si el deute s'acaba pagant voluntàriament, no hi ha cap motiu per reclamar unes despeses de procediment que no s'han generat. El creditor, per tant, haurà de restituir la penyora encara que no se li paguin, contràriament al que la defectuosa redacció d'aquest precepte fa entendre.
- 2n. Si el bé pignorat s'ha d'alienar, el creditor haurà d'entregar-ne la possessió a l'adquirent, encara que no s'hagin obtingut prou diners per pagar el capital, els interessos i les despeses de procediment. Pel que fa a la destinació de l'import de l'alienació, vegeu l'art. 569-21 CCcat.

2. Apartat 2. Conservació

L'apartat segon de l'art. 569-19 CCcat estableix el següent:

“2. Els creditors pignoratius han de conservar el bé empenyorat amb la diligència exigible i no en poden fer cap altre ús que el merament conservatiu. Les despeses necessàries per a conservar-la se sotmeten al règim de retenció”.

Aquest apartat pren com a base l'art. 18.2 LDRG, en relació amb el qual podem destacar dos canvis:

- 1r. Ara es parla de la diligència “exigible”, en comptes de la diligència “necessària”, com feia l'art. 18.2 LDRG. Cal entendre que el sentit és el mateix i que el nivell de la diligència que ha d'esmerçar el creditor pignoratiu no ha variat.
El defecte que podem observar és de tècnica legislativa i, més concretament, de coherència dins de la mateixa llei. En efecte, l'art. 569-6 CCcat, en l'apartat 2n, també es refereix a la diligència en la conservació, concretament en el cas de qui exerceix el dret de retenció, i la qualifica de diligència “necessària”, igual com feia l'art. 6.2 LDRG. Per què en dues normes amb un contingut idèntic, una de referida al dret de retenció i l'altra a la penyora, la qualificació de la diligència ha de ser diferent? Caldria, per tant, tornar a la redacció anterior i parlar, també en el cas del creditor pignoratiu, de diligència “necessària”.
- 2n. El precepte finalitza dient que les despeses de conservació se sotmeten al règim “de retenció”. Aquest és un altre error inexplicable: si estem en una norma reguladora de la penyora, les despeses de conservació s'han de sotmetre al mateix règim “de la penyora”, com deia l'art. 18.2 LDRG, de manera que la penyora passa a garantir, per imperatiu de la llei, dos crèdits diferents, l'inicial i el de les despeses de conservació. No tindria cap sentit, en canvi, mantenir que per a les despeses de conservació neix un dret de retenció sobre la cosa pignorada, dret que estaria creat directament per la llei!

XIX. OBSERVACIONS A L'ARTICLE 569-20. REALITZACIÓ DEL VALOR DEL BÉ EMPENYORAT

Aquest article pren com a base l'art. 19 LDRG, en relació amb el qual introdueix alguns canvis.

1. Apartat 4, incís inicial. No-oposició judicial

L'incís inicial de l'art. 569-20.4 CCcat estableix que:

“Els creditors pignoratius, si no hi ha un acord per a la venda directa, poden alienar el bé per mitjà d'una subhasta notarial si aporten al notari o notària que l'autoritza el títol de constitució de la penyora i el requeriment de pagament i li garanteixen la manca d'oposició judicial, d'acord amb les regles següents: [...]”.

L'exigència de la garantia de la manca d'oposició judicial, per poder procedir a la subhasta notarial, resulta totalment incompreensible:

- 1r. El mateix art. 569-20 CCcat ja exigeix, en l'apartat primer, que, per procedir a la realització del bé pignorat d'acord amb algun dels mecanismes que preveu el mateix article, no hi ha d'haver hagut oposició judicial per part del deutor en el termini d'un mes a partir del requeriment de pagament que se li hagi fet.
- 2n. Resulta evident que el deutor pot iniciar una actuació judicial atacant el dret de penyora o el de crèdit en qualsevol moment. Quedarà aleshores a l'arbitri del jutge decidir si, tot i haver transcorregut el mes al qual hem fet referència, hi ha motius suficients per paraitzar la subhasta notarial, com a mesura cautelar.
- 3r. Tal com està redactat el precepte, correspon al creditor garantir al notari que no s'ha produït una oposició judicial. No obstant això, no és possible exigir una “garantia” o certesa absoluta, perquè al creditor pot no haver-li arribat encara cap notificació judicial. L'únic que sap amb certesa si s'ha produït l'oposició judicial és el deutor, però l'article no li exigeix cap manifestació respecte d'això.
- 4t. En conseqüència, l'únic que es pot exigir al creditor és que manifesti si té coneixement que el deutor s'hagi oposat judicialment a la penyora, manifestació que en cap cas no es pot fer equivaldre a una “garantia” o a una certesa absoluta, que és el que sembla exigir aquest precepte.

2. Apartat 4.a. Notaria

L'art. 569-20.4.a CCcat estableix el següent:

“La subhasta, llevat de pacte en contra, s'ha de fer en qualsevol notaria del municipi on els deutors tenen el domicili, si és a Catalunya, a elecció dels creditors. Si no hi ha cap notaria al dit municipi, s'ha de fer en qualsevol de les que hi ha a la capital del districte notarial corresponent”.

En relació amb l'art. 19.4.a LDRG, s'ha eliminat el criteri subsidiari per a la determinació de la notaria, que era la del lloc on es trobava l'objecte de la penyora. En aquest sentit, l'art. 19.4.a LDRG establia que:

“Altrament, la subhasta s'ha de fer a qualsevol notaria de les de la capçalera del districte notarial on es trobi la cosa objecte de la penyora”.

3. Apartat 4.e. Romanent

L'art. 569-20.4.e CCcat estableix que:

“El romanent, si el bé se subhasta per un import superior al crèdit, s'ha de lliurar als propietaris del bé o, si escau, als creditors que correspongui”.

Aquest apartat s'hauria d'haver eliminat, igual que s'ha fet en el cas dels art. 569-7 i 569-8 CCcat, que regulen les subhastes en el cas del dret de retenció, atès que la destinació de l'import de l'alienació ja està regulada en l'art. 569-21 CCcat.

4. Altres apartats

Els apartats 5, 6 i 8 de l'art. 569-20 CCcat estableixen el següent:

“5. Els creditors pignoratius, si la penyora recau sobre diners o sobre un títol representatiu de diners, sempre que sigui per una quantitat líquida i exigible, els poden fer seus, sense necessitat de subhasta prèvia, però solament fins al límit de l'import del crèdit garantit, amb l'únic requisit de notificar-ho feiaentment als deutors abans de fer-ho.

6. L'alienació, si la penyora recau sobre valors cotitzables i altres instruments financers que s'hi assimilen d'acord amb les lleis, s'ha de fer segons el procediment específic que estableix la legislació aplicable en matèria de mercat de valors.

8. L'execució que estableix aquest article és aplicable supletòriament a les penyores que constitueixen els monts de pietat reconeguts legalment i a les penyores de garantia financera.”

Les expressions en rodona o en cursiva, segons s'escaigui, són modificacions amb les quals estic d'acord, atès que aclareixen el sentit de la norma.

XX. ARTICLE 569-21. DESTINACIÓ DE L'IMPORT DE L'ALIENACIÓ

L'art. 569-21 CCcat estableix el següent:

“1. L'import obtingut en la subhasta o l'encant públic s'ha de destinar primerament a pagar les despeses d'alienació i, després, a satisfer el deute.

2. El romanent, si n'hi ha, sens perjudici del que estableix la legislació concursal, es destina a pagar els titulars de càrregues inscrites o els creditors amb millor dret posteriors al deute que va originar la constitució del dret real

de garantia, segons l'ordre de prelación que correspongui. Finalment, el darrer romanent es lliura al propietari o propietària del bé.

3. El notari o notària, si no hi ha un acord entre el propietari o propietària del bé i els creditors posteriors pel que fa al romanent, l'ha de consignar judicialment”.

Aquest article és nou, en relació amb l'LDRG, i em sembla molt encertat, perquè acaba amb la dispersió i les incerteses que, en relació amb aquesta matèria, contenia l'LDRG.

Com ja he indicat abans (vegeu el comentari a l'art. 569-9 CCcat), l'estructura del CCcat milloraria si aquest art. 569-21 CCcat permutés el seu lloc amb l'art. 569-9 CCcat.

XXI. ARTICLE 569-22. PENYORA DE VALORS COTITZABLES

L'art. 569-22 CCcat estableix que:

“Les disposicions d'aquest capítol són aplicables a la penyora de valors cotitzables i d'altres instruments financers que s'hi assimilén d'acord amb les lleis en tot allò que no estableixi la legislació específica aplicable en matèria de mercat de valors”.

Les expressions en cursiva són modificacions amb les quals estic d'acord, atès que aclareixen el sentit de la norma, en relació amb l'art. 20 LDRG.

L'únic error que trobem en aquest precepte és de tipus formal: en lloc de referir-se a les disposicions “d'aquest capítol”, ho hauria de fer a les de la subsecció segona, que és la que regula el dret de penyora. Aquest és un error que s'arrossega de l'art. 20 LDRG; hem de tenir en compte que, d'acord amb l'estructura formal de l'LDRG, la penyora estava regulada en un “capítol” de la mateixa penyora.

XXII. ARTICLE 569-23. CONCEPTE DE DRET D'ANTICRESI

L'art. 569-23 CCcat estableix que:

“El dret d'anticresi, que es pot constituir sobre un immoble fructífer en garantia del pagament de qualsevol obligació, faculta els creditors a posseir-lo, per ells mateixos o per una tercera persona si s'ha pactat, i a percebre'n els fruits per a aplicar-los al pagament dels interessos i a l'amortització del capital de l'obligació garantida i, en el cas d'incompliment de l'obligació garantida, a sol·licitar-ne la realització del valor”.

Aquest article és nou; no té un precedent en l'LDRG. Igual que en els casos del dret de retenció i la penyora, al CCcat també es dona el concepte legal de l'anticresi. Segons la meua opinió, aquesta és una decisió encertada, si bé es podria millorar notablement la redacció en els aspectes següents:

- “Aplicar-los”. Hem de tenir en compte que l’art. 569-2 CCcat, que es refereix a l’eficàcia general dels drets reals de garantia, en el cas de l’anticresi no parla d’“aplicar els fruits”, sinó d’“imputar els fruits”.
- En la part final de l’article, caldria evitar la repetició, massa pròxima, de l’expressió “obligació garantida”.
- L’expressió “sol·licitar-ne” (al final) té el referent (l’“immoble fructífer”, al començament) massa lluny. L’article guanyaria en claredat si en la part final es fes una referència expressa a l’immoble (o finca).

En conseqüència, proposo la redacció següent de l’art. 569-23 CCcat:

“El dret d’anticresi, que es pot constituir sobre un immoble fructífer en garantia del pagament de qualsevol obligació, faculta els creditors a posseir-lo, per ells mateixos o per una tercera persona, si s’ha pactat, i a percebre’n els fruits per a imputar-los al pagament dels interessos i a l’amortització del capital de l’obligació garantida i, en el cas d’incompliment de la mateixa, a sol·licitar la realització del valor de la finca”.

XXIII. ARTICLE 569-24. CONSTITUCIÓ

1. Apartat 1.A. Poder de disposició

D’acord amb l’art. 569-24.1.a CCcat, per constituir l’anticresi es requereix “el *poder de lliure disposició* de l’immoble sobre el qual recau per la persona que constitueix la garantia”.

Fóra més correcte, des del punt de vista tècnic, dir: “Lliure poder de disposició”. Cal corregir aquest error, que, com ja s’ha indicat anteriorment, també trobem en matèria de penyora (art. 569-13 CCcat) i que corre el risc de perpetuar-se en la legislació civil catalana.

2. Apartat 2. Escriptura pública

L’apartat segon de l’art. 569-24 CCcat estableix que:

“El dret d’anticresi s’ha de constituir necessàriament en una escriptura pública i solament es pot oposar a terceres persones a partir del moment en què s’inscriu en el Registre de la Propietat”.

En relació amb el seu precedent (art. 21 LDRG), aquest precepte ha afegit el requisit de l’escriptura pública com a requisit de validesa del dret d’anticresi; aquest és el sentit que s’ha de donar a l’expressió “s’ha de constituir necessàriament en una escriptura pública”.

L’exigència d’escriptura pública és una decisió del legislador que, tot i ser tècnicament correcta, no comparteixo, per dos motius. En primer lloc, perquè el requisit de l’escriptura pública com a requisit de validesa és cada cop més freqüent en el dret civil de Catalunya, amb la qual cosa s’està minimitzant el principi de llibertat de forma. En segon lloc, l’exigència d’escriptura pública només estaria justificada en el cas dels drets reals no possessoris, com, per exemple, la hipoteca o el cens, perquè en ells no hi ha “visibilitat” del gravamen; no, en canvi, quan la

posseïció del bé gravat ja indica i publica l'existència del dret real, com ara el cas de l'usdefruit, en què el CCcat no exigeix l'escriptura pública.

XXIV. ARTICLE 569-25. RÈGIM

1. Apartat 1. Remissions

L'apartat primer de l'art. 569-25 CCcat estableix que:

“Les normes que estableixen els articles 569-14, 569-15 i 569-19.1 pel que fa a les obligacions garantibles amb penyora, a la pluralitat i la indivisibilitat de garanties anticrètiques i a la facultat dels creditors de negar-se a restituir la finca fins que se'ls pagui totalment el crèdit garantit, són aplicables al dret real d'anticresi en allò que sigui compatible amb la naturalesa d'aquest dret”.

Igual que feia el seu precedent, l'art. 22.1 LDRG, aquest precepte fa una remissió a diferents articles de penyora, per aplicar el seu contingut, sempre que sigui compatible, a la regulació de l'anticresi.

L'únic que ha afegit la nova redacció és la concreció de la matèria a què fan referència els articles objecte de la remissió. La finalitat sembla correcta, però la redacció utilitzada no, perquè hi ha una manca evident de coherència. En efecte, si es tracta d'articles que regulen la penyora, la referència aclaridora pot fer-se a la penyora, o bé es pot fer l'adaptació a l'anticresi; això sí, sempre s'ha de seguir el mateix criteri, al contrari del que fa aquest art. 569-25.1 CCcat, en el qual trobem una barreja injustificable. En aquest sentit, es parla de “les obligacions garantibles amb penyora”, però també de “la pluralitat i la indivisibilitat de garanties anticrètiques” i de “la facultat dels creditors de negar-se a restituir la finca”.

Segons la meua opinió, una redacció més correcta de la primera part de l'incís que figura en cursiva seria la següent:

“Pel que fa a les obligacions garantides amb anticresi, a la pluralitat d'anticresis sobre una mateixa finca, a la indivisibilitat de la garantia i a la facultat dels creditors...”.

2. Apartat 3. Divisió i segregació

L'apartat tercer de l'art. 569-25 CCcat estableix que:

“Els creditors i els propietaris, si la finca gravada se segrega o es divideix, poden convenir, en una escriptura pública, la part del crèdit que garanteix cadascuna de les finques resultants. Si no ho fan, les finques resultants continuen garantint el crèdit de manera solidària”.

La redacció d'aquest precepte no és satisfactòria per dues raons.

1a. L'expressió “se segrega” pot induir a confusió, perquè sembla que és precisament la finca gravada amb l'anticresi la que se segrega d'una altra. No és aquesta la finalitat de l'article, que es refereix al cas en què de la finca gravada se'n segrega una part. En aquest sentit, era més correcta la

redacció de l'art. 22.3 LDRG, que començava: “Quan les finques gravades siguin objecte de segregació o divisió [...]”.

- 2a. L'expressió “de manera solidària” no és correcta des del punt de vista tècnic jurídic estricte, malgrat que s'utilitzi sovint en el mateix sentit i context que aquest precepte. En efecte, la solidaritat és un concepte de dret d'obligacions, que s'aplica de manera impròpia als drets reals; no hauria de figurar en el text d'una llei. Fóra més correcte dir que les finques resultants continuen garantint el crèdit “en la seva totalitat” o, millor encara, que “segueixen garantint la totalitat del crèdit” (en aquest sentit, vegeu l'art. 123 LH).

3. Apartat 4. Efectes

L'apartat quart de l'art. 569-25 CCcat estableix, en la primera part, que:

“Els titulars del dret d'anticresi, durant la retenció, han d'administrar el bé amb la diligència necessària per a obtenir-ne el màxim rendiment possible i conservar-lo en bon estat d'acord amb la seva naturalesa, i tenen dret a fer seus els rendiments nets per a aplicar-los al pagament de l'obligació garantida i, si escau, dels seus interessos”.

En relació amb l'art. 22.4 LDRG, aquest precepte presenta tres novetats, que detallem a continuació.

- 1a. El titular del dret d'anticresi ha d'administrar el bé amb la diligència necessària per obtenir-ne “el màxim rendiment possible”. Segons la meua opinió, era preferible l'expressió “els rendiments normals” que utilitzava l'art. 22.4 LDRG. Cal tenir en compte que el deure d'obtenir “el màxim rendiment possible” pot ser una font de conflictes; per exemple, el creditor anticrètic estaria obligat a canviar el tipus de conreu actual per un altre que, en teoria, seria més rendible? D'altra banda, hem de tenir en compte que una bona gestió interessa no només el deutor propietari de la finca (perquè en recuperarà la possessió abans), sinó també el creditor (perquè cobrarà abans la totalitat del seu crèdit).
- 2a. El titular del dret d'anticresi ha de conservar el bé “en bon estat d'acord amb la seva naturalesa”. Tot i no ser imprescindible, aquesta referència, que no figurava a l'art. 22.4 LDRG, tampoc no és sobrerera.
- 3a. Els titulars del dret d'anticresi “tenen dret a fer seus els rendiments nets per a aplicar-los al pagament de l'obligació garantida i, si escau, dels seus interessos”. En aquesta expressió trobem un error important, a més d'una manca de coordinació amb l'art. 569-2 CCcat. En efecte, mentre que l'art. 569-25.4 CCcat, que ara examinem, diu que (1) els rendiments nets (2) s'apliquen (3) al pagament de l'obligació garantida i, si escau, dels seus interessos, l'art. 569-2.2 CCcat utilitza uns altres termes i segueix uns criteris diferents. En efecte, l'art. 569-2.2 CCcat es refereix:

- 1) Als “fruits”, en comptes de fer-ho als “rendiments nets”.
- 2) Diu que aquests rendiments “s'imputen”, en comptes de “s'apliquen”.

- 3) La imputació es fa “al pagament dels interessos del deute garantit i, si escau, al del capital”. En canvi, a l’art. 569-25.4 CCcat el criteri és el contrari: primer es paga el capital (“l’obligació garantida”) i després els interessos.

Pel que fa als punts 1) i 2), la manca de coordinació entre els dos textos no té gaires repercussions. Una interpretació assenyada dels dos textos permet arribar a la mateixa conclusió: els fruits (terme genèric que utilitza l’art. 511-3 CCcat) de la finca anticrètica, un cop restades les despeses necessàries per obtenir-los, disminueixen la quantia del deute.

Arribem aquí a la contradicció del punt 3). De les dues possibilitats que es plantegen, cal optar per la que imputa els fruits de la finca anticrètica, en primer lloc, al pagament dels interessos i, si escau, al pagament del capital. Aquest és el criteri que té més sentit, tant des del punt de vista econòmic (permet que el capital segueixi generant el màxim d’interessos) com jurídic, atès que concorda amb altres preceptes de l’ordenament jurídic. En aquest sentit, vegeu especialment l’art. 1173 del CC espanyol; a més, aquest és el criteri que presideix l’art. 565-13.2 CCcat, en matèria de redempció del cens, i l’art. 9.1 de la Llei 6/2000, de 19 de juny, de pensions periòdiques.

COMUNICACIONES

COMUNICACIONS A LA SEGONA PONÈNCIA

EL CULTIVADOR DE MALA FE I LA MTR DE LA PAC¹

ANDRÉS MIGUEL COSIALLS UBACH²

DEPARTAMENT DE DRET PRIVAT
UNIVERSITAT DE LLEIDA

SUMARI

I. Introducció.....	271
II. El cultivador de mala fe: aproximació a les seves característiques	272
III. Conseqüències jurídiques de l'acció del cultivador de mala fe previstes al llibre cinquè.....	274
IV. La <i>mid-term review</i> de la política agrícola comuna.....	276
1. Una nova realitat: els drets de pagament únic.....	276
2. La clàusula del benefici inesperat.....	279
V. Transcendència de l'assignació al cultivador de mala fe dels drets.....	279
1. Respecte del cultivador de mala fe.....	279
2. Respecte del propietari de la finca.....	280
VI. La indemnització per danys i perjudicis de l'article 542-11.1 CCcat.....	281
VII. Conclusió.....	282

I. INTRODUCCIÓ

La normativa que regula el llibre cinquè del Codi civil de Catalunya recull la regulació de l'accessió, que fins a l'entrada en vigor, l'1 de juliol de 2006, era regulada per la Llei 25/2001, de 30 de desembre (LAO). Aquest estudi té com a objectiu analitzar la regulació de la figura del cultivador de mala fe dins la normativa catalana i els fonaments de la tradició jurídica catalana en vista que l'entrada en vigor del llibre cinquè ha coincidit en el temps amb l'aplicació de la reforma de la política agrícola comuna. Com es desenvoluparà a continuació, la conjunció de les dues normatives permetrà que la persona que de mala fe hagi cultivat un camp aliè pugui obtenir uns beneficis de la seva conducta antijurídica.

¹ La realització d'aquest treball s'emmarca en les activitats del grup consolidat de la Generalitat de Catalunya AGAUR núm. 2005SGR00199 i del projecte d'investigació "Derecho de propiedad, propiedad agraria y aprovechamientos" (MEC SEJ2006-14875-C02-01/JURI).

² Ha rebut el suport de la Generalitat de Catalunya i del Fons Social Europeu.

II. EL CULTIVADOR DE MALA FE: APROXIMACIÓ A LES SEVES CARACTERÍSTIQUES

L'actor del supòsit de fet es defineix per dues notes característiques: per l'acció que realitza (cultivar) i pel seu *animus*. Quan parlem de cultivador fem referència a qui planta o sembra. BORRELL I SOLER afirma que per *plantació* s'ha d'entendre, a efectes de l'accessió, quan els arbres o les plantes arrelen a la terra.³ Aquesta idea pot retrocedir en el temps fins a les Institucions de Justinià, atès que s'exigia que la planta "hubiere echado raíces, pues antes que las haya echado, permanece siendo de aquel de quien había sido".⁴ PAULO assegurava que l'arrelament és important, ja que des d'aquest moment la planta rep l'aliment de la terra. Així, si un arbre fou arrancat de soca-rel i plantat després a un altre camp, l'amo anterior ho és fins que aquest hagi arrelat, i després que hagi arrelat, cedeix al camp. Si l'arbre es tornés a arrancar, no pertanyeria a l'amo anterior, perquè, segons afirma, l'arbre s'ha transformat en un altre pel fet de nodrir-se d'una altra terra.

Per *sembla* hem d'entendre l'acte d'espargir o enterrar⁵ llavors i grans.⁶ L'accessió es realitza des d'aquest moment i no fa falta que aquests treguin arrels, ja que no es poden recollir.⁷

D'altra banda, un supòsit de fet especial és aquell en què un cultivador empra *safates d'alvèols de poliestirè expandit* o de plàstic flexible. En aquest sistema, el cultiu que es realitza no està unit directament a la terra de la finca. SCAEVOLA posava l'exemple d'un predi on un tercer instal·lava un magatzem movable per blat, fet de taules de fusta. L'autor opina que el magatzem continua sent propietat del tercer i no del propietari de la finca per via d'accessió.⁸ Anàlogicament podríem extreure la mateixa conclusió per al cas de les safates d'alvèols. No existeix una veritable accessió entre la plantació i la terra de la finca, ja que els plantons poden separar-se sense sofrir minva. Així ho recull la sentència del Tribunal Suprem de 13 de desembre de 1949:

"Dándose el supuesto de la adjunción, cuando unidas dos cosas para formar un todo, si bien se distingue una y otra, no pueden separarse volviéndolas a su primitivo estado sin perjudicar su naturaleza; de donde se sigue que si las

³ Cfr. BORRELL Y SOLER, Antonio M.: *Derecho civil vigente en Cataluña, Derechos reales*, 2a ed., Ed. Bosch, 1944, §125, pàg. 79-83.

⁴ INSTITUTA, II.1.31 (versió de GARCÍA DEL CORRAL, Ildefonso L.: *Cuerpo del derecho civil romano a doble texto, traducido al castellano del latino publicado por los hermanos Kriegel, Hermann y Osenbrüggen con las variantes de las principales ediciones antiguas y modernas y con notas de referencias*, tom 1, Ed. Lex Nova, Valladolid, 1988, pàg. 35).

⁵ Vid. BORRELL y SOLER, Antonio M.: *Derecho civil vigente...*, op. cit., pàg. 80.

⁶ INSTITUTA, llibre II, títol I, paràgraf 32 (versió GARCÍA DEL CORRAL, Ildefonso L.: *Cuerpo del derecho...*, tom 1, op. cit., pàg. 35).

⁷ Cfr. PUIG FERRIOL, Luis y ROCA TRÍAS, Encarna: *Fundamentos del derecho civil de Cataluña*, tom IV/1, Derecho Patrimonial Catalán, Ed. Bosch, Barcelona, 1981, pàg. 17.

⁸ Digest 41.I.60 (versió GARCÍA DEL CORRAL, Ildefonso L.: *Cuerpo del derecho...*, tom 3, op. cit., pàg. 317).

cosas unidas pueden separarse sin detrimento, no existe en rigor accesión y los dueños respectivos tienen facultad de exigir la separación de aquéllas”.⁹

Una vegada analitzat el subjecte, passem a estudiar el seu *animus*. El nostre estudi s’ocupa d’analitzar el cultivador de *mala fe*. L’article 542-10.1 CCcat disposa que es presumeix que aquell que planta o conrea un terreny aliè ho fa amb la creença que té títol per fer-ho. La presumpció de bona fe es trobava definida a la LAO en l’àmbit de l’accessió mobiliària. Allí es disposava que concorria bona fe quan la persona tenia la convicció que era propietària de la cosa i no existien mitjans racionals per pensar que pertanyia a altri;¹⁰ el concepte de mala fe s’havia d’extreure *a sensu contrario*.¹¹ Respecte del seu precedent, l’article 278 de la Compilació, PUIG FERRIOL opinava que existia mala fe del cultivador quan aquell sabia o ignorava per un error inexcusable que actuava sobre una finca aliena o sobre una finca respecte de la qual li mancava tot dret que el legitimés per realitzar el cultiu.¹² El Tribunal Superior de Justícia de Catalunya afirmava, respecte de la normativa de la Compilació, que:

“[l]a buena fe que exige el artículo 278 supone que una persona edifica, planta, siembra y rompe en terreno ajeno porque *piensa que su actuación es lícita y correcta*.”¹³

Així mateix, a la seva sentència de 19 de febrer de 2004, el TSJC entenia que no hi havia mala fe quan la realització de la conducta, en aquell cas la construcció, es feia “a ciencia y paciencia, bajo la vigilancia y tolerancia del dueño”.¹⁴ Si el cultiu es realitzés d’acord amb aquesta premissa, el propietari no podria al·legar mala fe per part del cultivador. La sentència de l’Audiència Provincial de Múrcia de 17 d’octubre de 2005 ens presenta un supòsit de fet on es pot veure aquest raonament. El cas que analitza el Tribunal és el d’una empresa que sembla bròquil en un camp aliè i quan el propietari la demanda afirma que el propietari era coneixedor d’aquest cultiu perquè hi passava amb certa regularitat. Però, com assenyala la sentència, el propietari no va actuar amb passivitat i tolerància:

“[...] no hubo pasividad por parte de la actora ni que la espera en denunciar los hechos ante la Guardia Civil hasta la recolección se hiciese maliciosamente, antes al contrario estima que su actuación fue coherente y lógica: tiene noticias de la ocupación a finales de febrero, hace gestiones para localizar a su autor, intenta negociar una solución amistosa al tema y, finalmente, viendo que aquél procede a recoger la cosecha, pone

⁹ RJ 1949/1472.

¹⁰ L’article 359 CC estableix: “Todas las obras, siembras y plantaciones se presumen hechas por el propietario y a su costa, mientras no se pruebe lo contrario”.

¹¹ MARSAL GUILLAMET, Joan: “La accesión y las disposiciones finales de la Ley 25/2001, de 31 de diciembre, de la accesión y la ocupación”, a COLEGIO DE REGISTRADORES (coord.): *Comentarios de derecho patrimonial catalán*, Ed. Bosch, Barcelona, 2005, pàg. 854.

¹² PUIG FERRIOL, Luis: “Artículo 278”, a ALBALADEJO, Manuel: *Comentarios al Código civil. Artículos 277 a final de la Compilación de Cataluña*, tom XXX, Ed. EDERSA, Madrid, 1987.

¹³ STSJ Catalunya núm. 5/1993 (Sala Civil i Penal), d’1 de març, RJ 1994/6990.

¹⁴ RJ 2004/1039.

la denuncia, *evidenciando su voluntad contraria a la explotación verificada en la finca*".¹⁵

La mala fe l'ha de provar qui l'al·legui, amb la qual cosa es trenca la presumpció de bona fe que estableix la llei. A més a més, es disposa que la mera oposició dels propietaris del predi, encara que sigui de forma extrajudicial, fa cessar la presumpció de bona fe de què gaudia el cultivador (article 542-10.2 CCcat).

BROCÀ i AMELL s'acollien a la doctrina de CÀNCER pel que fa a la diferenciació de la bona o mala fe. Aquests autors només feien referència a una sèrie de supòsits on hi hauria mala fe del constructor, però podem utilitzar-los analògicament al nostre supòsit: quan l'amo del camp fes protesta davant del cultivador, exhibint documents o davant de testimonis; quan fos comprador de béns, amb coneixement que estaven subjectes a fideïcomís; quan cultivés el terreny després d'haver iniciat un plet; quan fos usufructuari o tingués sobre el terreny altres drets semblants, sempre que no cultivés, mentre persistia el seu dret o amb autorització de l'amo.¹⁶

III. CONSEQÜÈNCIES JURÍDIQUES DE L'ACCIÓ DEL CULTIVADOR DE MALA FE PREVISTES AL LLIBRE CINQUÈ

Respecte de la conseqüència jurídica de cultivar un terreny aliè amb mala fe, com diu MARSAL GUILLAMET,¹⁷ l'article 542-11.1 no ha variat respecte del seu precedent, l'article 11.1 LAO. Aquelles persones que cultivin de mala fe en un terreny aliè perden, en benefici dels propietaris del sòl, *tot el que han plantat i conreat*, i, a més, han d'indemnitzar-los pels danys i perjudicis causats.¹⁸ Trobàvem també la mateixa solució a l'article 278 de la Compilació, on s'establia que perdia a favor de l'amo del sòl la plantació o el conreu.

DURAN I BAS, a l'articulat que proposava a la seva memòria, recollia la següent regulació: "Si ha obrado de mala fe *lo pierde todo* á favor del dueño".¹⁹ Aquesta regulació es fonamentava en l'usatge *Si quis in alieno*.²⁰ DURAN I BAS afirmava que:

¹⁵ SAP Múrcia núm. 303/2005 (sección 1a), de 17 d'octubre, JUR 2006\81244.

¹⁶ Cfr. BROCÀ i MONTAGUT, Guillermo M. i AMELL I LLOPIS, Juan: *Instituciones del derecho civil catalán vigente*, tom segon, 2a ed., Imprenta Barcelonesa, Barcelona, 1886, pàg. 5

¹⁷ MARSAL GUILLAMET, Joan: "L'accessió: de la Compilació al llibre cinquè del Codi civil de Catalunya per la via de la Llei 25/2001, de 31 de desembre, de l'accessió i l'ocupació", *Revista Catalana de Dret Privat*, vol. 6, Barcelona, 2006, pàg. 29.

¹⁸ Art. 542-11.1 CCcat.

¹⁹ DURAN i BAS, Manuel: *Memoria acerca de las instituciones del derecho civil de Cataluña*, article CXXXVI de l'articulat. Vid. *Proyecto d'apèndix i materials precompilatoris del dret civil de Catalunya* (estudi introductori d'Antoni Mirambell i Abancó i de Pau Salvador Coderch), Ed. Generalitat de Catalunya-Departament de Justícia, Barcelona, 1995, pàg. 455.

²⁰ Usatge *Si quis in alieno* (169): "Si algu en lo sol d'altre de sa propria materia edifica la casa d'aquell, sia la casa de qui sera lo sol, pero si a bona fe haura edificat creient lo sol esser seu,

“[e] elemento moral de la posesión respecto a los efectos que produce, o sea la buena fe y la condenación de la fuerza, es imperante en las Decretales y por tanto en el derecho catalán, en cuanto en aquellas se establece que no adquiere el derecho de posesión el que ha ejercido, mandado o aprobado la violencia”.²¹

Deixava clar, doncs, que aquell que obrés de mala fe o amb violència no havia de poder adquirir cap dret. El projecte d'Apèndix de 1930, que va consistir en una revisió del treball de DURAN I BAS,²² continuava assenyalant que el que obrava de mala fe “*ho perdía tot*”²³ a favor de l'amo de la finca. L'avantprojecte d'Apèndix de 1931, al seu article 108 *in fine*, recollia la regulació dels supòsits de mala fe de l'accessió, però no presentava cap modificació respecte de la que contenia el projecte oficial de 1930.²⁴

Finalment, al projecte de Compilació de 1955, a l'article 164, figurava també que “[e] que al edificar, sembrar, plantar o roturar haya obrado de mala fe, lo perderá en favor del dueño de la finca”.²⁵ Tanmateix, en aquesta redacció no figurava de forma clara l'objecte que perdria: “*lo perderá*”.

Així doncs, veiem que s'han produït dues variacions respecte dels projectes inicials fins als textos que definitivament van entrar en vigor. Primer, tant l'article 11.1 LAO com el 542-11.1 CCcat disposen que el cultivador haurà d'indemnitzar pels danys i perjudicis causats, conseqüència que no es preveia als anteriors textos. Segon, s'ha evolucionat cap a una definició restrictiva *d'allò que perden*; la normativa actual no disposa que els cultivadors de mala fe ho perdin tot, sinó només allò que varen plantar o sembrar. Aquest enfocament

podrà retener la casa fins que lo preu de la materia e lo loguer dels mestres li sia restituit. Mas si ab mala fe sabant que edificave en sol d'altre contra voluntad del senyor es vist haver coratge de donar. Mas si per dret de loguer pur o de conductiones volutariament, si sens culpa del senyor no forçant-lo alguna necessitat desamparara la casa no cobrara lo preu de la materia ni lo loguer dels mestres, pero si per culpa del senyor, o forçat per la necessitat la cas desempara, axi com per fam d'aquella regio o per guerra, o per impressio de algun potent, llavors lo senyor es forçat de retre lo preu de la materia compensat si alguna cosa lid u per lo loguer de la casa e qualsevol coses qui sie dites d'aquell qui a bona fe e a mala fe edifica, totes sien enteses de aquell qui sembra o planta, o la selva infructuosa extirpa”. (Versió: *Incunable dels Usatges de Barcelona i Constitucions de Catalunya*, Barcelona, 20 de febrer de 1495, llibre setè, Usatge, foli 126r. Arxiu de la Corona d'Aragó. Col·leccions Incunables, 49).

²¹ DURAN y BAS, Manuel: *Memoria acerca de las Instituciones del derecho civil de Cataluña*, pàg. 106. Vid. *Projecte d'apèndix...*, op. cit., pàg. 224.

²² MIRAMBELL I ABANCÓ i SALVADOR CODERCH assenyalen que el ministre de Gràcia i Justícia fou el va que suggerir a Joan Maluquer i Viladot la revisió del treball de Duran i Bas per aprovar un apèndix català. Vid. MIRAMBELL I ABANCÓ, Antoni i SALVADOR CODERCH, Pablo: “Artículo 1”, a ALBALADEJO, Manuel: *Comentarios al Código civil y compilaciones forales. Artículos 1 a 51 de la Compilación de Cataluña*, tom XXVII, vol. 1r, ed. EDERSA, Madrid, 1981, pàg. 53, nota 122.

²³ Article 135 del projecte d'Apèndix de 1930: “Lo pierde todo a favor del dueño el que, al edificar, sembrar, plantar o desmontar el bosque, haya obrado de mala fe”. Vid. *Projecte d'apèndix...*, op. cit., pàg. 601.

²⁴ Vid. *Projecte d'apèndix...*, op. cit., pàg. 710.

²⁵ Vid. *Projecte d'apèndix...*, op. cit., pàg. 808.

restrictiu que finalment ha adoptat la legislació catalana²⁶ no permet que aquells drets que puguin ser-li assignats al cultivador de mala fe els perdi a favor de l'amo de la finca. Aquesta situació ha succeït amb els nous drets de producció de la Unió Europea (DPU),²⁷ que han estat assignats a les persones que varen cultivar la terra durant el període 2000-2002, amb independència que en fossin les propietàries o no.

L'actual legislació del Codi civil de Catalunya, per tant, *implica que* el cultivador de mala fe *perd allò que ha cultivat i pot haver d'indemnitzar el propietari*. No obstant això, s'ha de tenir en compte que, d'acord amb el dret comunitari, el *cultivador pot acabar obtenint beneficis de la seva conducta*, ja que reconeix al cultivador drets derivats de la realització d'aquest cultiu, amb independència de la seva bona o mala fe.

IV. LA MID-TERM REVIEW DE LA POLÍTICA AGRÍCOLA COMUNA

1. Una nova realitat: els drets de pagament únic

La Comissió Europea va proposar el juliol de 2002, en una comunicació dirigida al Consell i al Parlament Europeu, una revisió a mitjà termini de l'Agenda 2000²⁸ (*mid-term review*). És en aquest document en què la Comissió proposa realitzar el canvi sorprenent²⁹ d'introduir una ajuda única per explotació, dissociada de la producció i fonamentada en un període de referència.³⁰ Aquesta nova regulació es va plasmar al Reglament horitzontal 1782/2003 del Consell, de 29 de setembre,³¹ i al Reglament 795/2004, de la Comissió, de 21 d'abril, a més d'altres reglaments comunitaris que modifiquen i despleguen aquesta normativa. L'aplicació pràctica d'aquesta normativa preferent i directa ha coincidit en el temps amb l'entrada en vigor del llibre cinquè del Codi civil de Catalunya. La nova PAC va establir un règim de pagament únic pel qual l'ajuda directa a la renda dels agricultors seria pràcticament dissociada de la producció. Aquesta reforma ha implicat l'assignació d'uns drets de producció o drets de pagament únic als cultivadors de terrenys agrícoles. Però l'assignació només es fa als cultivadors que durant un

²⁶ El Codi civil espanyol també preveu a l'article 362 només la pèrdua d'allò sembrat o plantat.

²⁷ Drets de pagament únic.

²⁸ COM(2002) 394 final, de 10 de juliol de 2002: Comunicació de la Comissió al Consell i al Parlament Europeu, revisió intermèdia de la política agrícola comuna.

²⁹ BIANCHI utilitza aquest adjectiu per fer referència al caràcter summament innovador i inesperat de la reforma de 2003, que es va convertir en un ajustament de gran importància de la política agrícola de la Unió Europea (Vid. BIANCHI, Daniele: *La politique agricole commune (PAC). Toute la PAC, rien d'autre que la PAC!*, Ed. Bruylant, Brussel·les, 2006, pàg. 38).

³⁰ COM(2002) 394 final, pàg. 21-22.

³¹ DOUE L 270, de 21 d'octubre de 2003, pàg. 1.

cert temps, l'anomenat "període de referència",³² van cultivar aquelles terres. Com afirmava la Comissió Europea en una de les seves comunicacions,³³ la reforma de 2003 (MTR) va introduir canvis "radicals" a la PAC i especialment a la seva política de sosteniment de la renda.³⁴

Així, al cultivador en sòl aliè, com a conseqüència d'haver declarat durant "aquest període" el seu cultiu a l'Administració, el DARP o l'organisme públic que correspongui li assignarà una certa quantitat de drets. El nombre de drets és determinat pel nombre d'hectàrees que es van cultivar durant aquest període; si el nombre d'hectàrees va disminuir durant el període de referència s'haurà de calcular la mitjana de superfície durant aquests tres anys.

Aquests drets podran ser "plens" o "parcials", és a dir que si només va cultivar aquell terreny aliè durant un any, també rebrà drets, però no tindran el mateix valor que els drets d'aquell cultivador que va conrear el camp durant els tres anys del període de referència. Aquesta diferència es produeix perquè el valor total del dret es divideix pel nombre d'anys en què durant el període de referència es va declarar el cultiu d'aquella terra. Per tant, tots els drets no tenen un mateix valor econòmic, però el valor que tinguin és reconegut per l'Administració. Si la terra que es va cultivar fou menys d'una hectàrea, rebrà un dret, però amb la participació corresponent a la superfície cultivada. Així, on la finca fos de 0,44 ha tindria un dret amb una participació al 44 %.

Per consegüent, si el cultivador de mala fe va cultivar la terra durant tot el període de referència (2000-2001-2002), el propietari no haurà tingut la possibilitat d'accedir a la finca i no podrà obtenir drets de producció mitjançant l'assignació. L'ordenament jurídic ha previst una via d'accés per a aquelles persones que no hagin rebut drets per l'assignació inicial. Aquesta via és la sol·licitud de drets a la Reserva Nacional, però per sol·licitar-los es requereix complir una sèrie de requisits establerts a l'article 9.1 del Reial decret 1617/2005, de 30 de desembre, pel qual es regula la concessió de drets als agricultors dins del règim de pagament únic. Primerament, la sol·licitud de drets a la Reserva Nacional s'havia de fer durant el primer any d'aplicació del nou règim (2006). En segon lloc, l'accés a la Reserva exclusivament estava destinat a: *a)* productors lactis, *b)* agricultors,³⁵

³² Comprèn les anualitats de 2000, 2001 i 2002 (article 38 del Reglament UE 1782/2003), incloent-t'hi l'any 1999, si es tracta d'una plantació d'oliveres.

³³ Vid. COM (2005) 509 *fine*, de 19 d'octubre de 2005.

³⁴ Cfr. GREER, Alan: *Agricultural Policy in Europe*, col·l. European Policy Research Unit Series, Ed. Manchester University Press, Manchester, 2005, pàg. 142-143.

³⁵ Agricultor a títol principal és aquell *agricultor professional* (vid. articles 2.5 i 2.6 de la Llei 19/1995, de 4 de juliol, de modernització de les explotacions agràries, i 2.5 i 2.6 RD 613/2001, de 8 de juny, de millora i modernització de les estructures de producció de les explotacions agràries) que obtingui almenys el 50 % de la seva renda total de l'activitat agrària exercida a la seva explotació i que dediqui un temps de treball a activitats no relacionades amb l'explotació inferior a la meitat del seu temps de treball total. El Projecte de llei de contractes de conreu també defineix aquesta figura, que anomena *cultivador directe i personal*, que és aquella persona física que, sola o amb la col·laboració de persones que conviuen amb ella o, si no es dóna la convivència, de descendents o d'ascendents, du a terme efectivament l'activitat agrària i es fa càrrec dels riscos de l'explotació, si el 50 % de la

c) joves agricultors³⁶ amb primera instal·lació³⁷ a partir del 16 de maig de 2004, i d) els nous agricultors que haguessin iniciat la seva activitat agrària dins del període comprès entre l'any 2003 i el 15 de maig de 2004 i sempre que demostrassin que havien exercit la seva activitat de manera continuada fins al moment de la sol·licitud, sense rebre ajudes l'any 2002.

Aquell propietari agrari que no sigui agricultor no podrà accedir a la Reserva Nacional per sol·licitar drets. Aleshores, haurà d'acudir al mercat secundari, on els preus dels drets fluctuen per l'oferta i la demanda, encara que sempre tindran un valor mínim que serà el que ha assignat l'Administració. BIANCHI adverteix del greu perill d'especulació dins d'un mercat on els drets estan desacoblats de la producció.³⁸ Avui dia ja es troben anuncis a publicacions agràries que demanen o ofereixen aquests drets.³⁹

seva renda total s'obté d'activitats agràries o altres de complementàries, sempre que la part de la renda procedent directament de l'activitat agrària realitzada a la seva explotació no sigui inferior al 25 % de la seva renda total i el temps de treball dedicat a activitats agràries o complementàries sigui superior a la meitat del seu temps de treball total, sens perjudici que pugui contractar personal auxiliar. Les societats agràries de transformació, les comunitats de béns, les cooperatives de producció agrària i les societats civils, mercantils i laborals, per al conreu de què es tracti, també rebrien aquesta qualificació sempre que estiguessin integrades totalment per persones físiques que fossin cultivadores directes i personals (art. 8, publicat al BOPC, 15 de febrer de 2007, núm. 18, pàg. 6). Aquest concepte té importància en diferents aspectes de la regulació dels contractes de conreu proposada pel Govern de la Generalitat: si l'arrendatari és conreador directe i personal, la durada mínima del contracte serà de cinc anys (art. 18.2) i la pròrroga serà de tres en tres anys (art. 19), en contraposició a la llibertat de pacte (art. 18.1), i la pròrroga d'any en any si no ho és (art. 19). L'article 9 de la Llei 26/2005, de 30 de novembre, que modifica la Llei 49/2003, de 26 de novembre, d'arrendaments rústics, recull una definició d'agricultor professional només aplicable a aquesta llei: serà agricultor professional aquella persona que obtingui uns ingressos bruts anuals provinents de l'activitat agrària superiors al doble de l'indicador públic de renda d'efectes múltiples (IPREM) i una dedicació directa i personal a aquesta activitat d'almenys un 25 % del seu temps de treball.

El llibre cinquè del Codi civil de Catalunya també fa referència al concepte de conreador directe i personal, però sense definir-lo. Aquella persona que tingui aquesta consideració i sigui propietària de finques rústiques que confronten amb finques rústiques alienades podrà exercir el dret de retracte de confrontants (art. 568-17.1 i 568-17.2 CCcat).

³⁶ Els articles 2.7 de la Llei 19/1995 i del RD 613/2001 defineixen jurídicament la figura del jove agricultor com aquella persona que hagi complert els divuit anys i no n'hagi complert quaranta i exerceixi o pretengui exercir l'activitat agrària.

³⁷ El RD 613/2001 disposa que per primera instal·lació s'ha d'entendre aquella en la qual un jove accedeix per primera vegada a la titularitat, exclusiva o compartida, d'una explotació agrària prioritària o a la qualitat de soci d'una entitat titular d'una explotació prioritària de caràcter associatiu (article 2.10).

³⁸ BIANCHI, Daniele: *La politique agricole...*, op. cit., pàg. 332, nota 363.

³⁹ Per exemple: "Vendo 2 has. de derechos de oliva". Consultat a: www.asaja.org/se_vende.htm (2/9/06) ./- "Vendo derechos de 120 Has. de secano y 40 Has. de regadío. Término municipal de Carmona". Consultat a: <http://www.asajasev.es/asp/files/ASAJA%20444.pdf> (22/1/07) ./- "Noviembre 2006: cedo derechos: de cereal". Consultat a: <http://www.asajacyl.com/extras/CRnoviembre06web.pdf> (15/1/07); o aquests altres on en demanen: "10/5/2006: Compro 35 has. de derecho de pago único, preferiblemente de algodón, olivar o herbáceos regadío. Juan (Jaén)". Consultat a: www.agrodigital.com/VerAnun.asp?S=C (2/9/06). ./- "Compro 8.0

2. La clàusula del benefici inesperat

Un any després d'haver aprovat el Reglament horitzontal, la Comissió Europea va apreciar algunes conseqüències perverses de la nova regulació, a les quals el RUE 1782/2003 ja feia referència al seu article 42.9. Aquest reglament permetia a la Comissió poder establir el percentatge de drets que havien d'integrar-se a la Reserva Nacional procedents dels venedors i arrendadors que van vendre terres o les van arrendar per 6 o més anys durant el període de referència i fins al 15 de maig de 2004.⁴⁰ Així doncs, els venedors i arrendadors rebrien drets per unes terres que, o bé ja no eren seves, o bé no tenien dret a cultivar. El Reglament 795/2004, de 21 d'abril, conté la regulació que la Comissió va considerar pertinent establir per solucionar aquest supòsit. En cas de venda, hauria d'integrar-se a la Reserva nacional fins a un 90 % de l'import de referència per al venedor, en funció de les hectàrees i els drets de prima cedit. Si l'arrendament fou de sis anys, s'hauria d'integrar a la Reserva Nacional fins a un 50 % de l'import de referència, també tenint en compte les hectàrees i els drets de prima cedit. Si el termini de l'arrendament era de més de sis anys, es restaria un 5 % del import rebut pel venedor o arrendador, per cada any suplementari fins a un màxim d'un 20 %; d'aquesta manera, la reducció màxima en cas d'arrendament seria un 70 %.

V. TRANSCENDÈNCIA DE L'ASSIGNACIÓ AL CULTIVADOR DE MALA FE DELS DRETS

1. Respecte del cultivador de mala fe

El cultivador de mala fe té dues opcions per aprofitar-se econòmicament dels nous drets adquirits. La primera serà que podrà utilitzar-los en altres terrenys de la seva propietat que no tinguin drets o comprar finques sense drets per utilitzar-los, rebent una espècie de "pensió", com anomena GERMANÒ, sempre que mantingui la finca "in buone condizione agronomiche e ambientali".⁴¹ Així, podrà beneficiar-se de les ajudes de la Unió Europea i del DARP i d'altres beneficis procedents de l'Administració. Cal tenir en compte que, si aquests drets no s'utilitzen durant tres anys, els *adquireix* l'Estat i passen a formar part de la Reserva Nacional.

hectareas (derechos), (de regadío, en concreto maíz, pero estoy abierto a otras opciones de secano,...)". Consultat a: http://www.agroterra.com/mercado/det_sector.asp?IdProducto=8345 (22/1/07).

⁴⁰ Aquest article va ser modificat pel Reglament (CE) 864/2004 del Consell, de 29 d'abril de 2004, i que fa introduir la limitació del 15 de maig de 2004.

⁴¹ GERMANÒ, Alberto: "Il disaccoppiamento e il premio unico aziendale", a CASADEI, Ettore i SGARBANTI, Giulio (coord.): *Il Nuovo Diritto Agrario Comunitario, Reforma della Politica Agricola Comune, Allargamento dell'Unione e Costituzione Europea, Diritto Alimentare e Vincoli Internazionali*, Ed. Giuffrè Editore, Milà, 2005, pàg. 23.

La segona opció és vendre a tercers els drets assignats al mercat secundari, perquè aquests drets dins del comerç tenen un valor mínim i un número d'identificació assignat per l'Administració. L'article 46 RUE 1782/2003 s'encarrega de regular aquestes vendes a tercers, que anomena "cessions". No obstant això, aquestes cessions estan gravades amb una sèrie de retencions per part de l'Administració (també conegudes pel sector com a "peatges"), que passen a engrossir la Reserva Nacional. Aquesta, a la vegada, nodrirà aquells propietaris que compleixin els requisits per obtenir drets, per exemple, ser agricultor professional. Les retencions poden arribar fins al 50 % si es venen drets sense terres durant els tres primers anys d'aplicació de la reforma. Segons CARDWELL,⁴² aquesta previsió de retencions per la cessió de drets és fruit de l'experiència de la Unió Europea respecte a l'especulació que va haver-hi durant la introducció del règim de quotes lleteres. El Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees, a la sentència del cas Hubert Wachauf contra Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft, va manifestar que aquestes retencions eren vàlides, sempre que responguessin efectivament a la salvaguarda d'un interès general, perquè els drets no són absoluts sinó que s'ha de tenir en compte la seva funció social:

"Les droits fondamentaux reconnus par la Cour n'apparaissent toutefois pas comme des prérogatives absolues mais doivent être pris en considération par rapport à leur fonction dans la société. Par conséquent, des restrictions peuvent être apportées à l'exercice de ces droits, notamment dans le cadre d'une organisation commune de marché, à condition que ces restrictions répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général poursuivis par la Communauté et ne constituent pas, compte tenu du but poursuivi, une intervention démesurée et intolérable qui porterait atteinte à la substance même de ces droits".⁴³

2. Respecte del propietari de la finca

El propietari que no hagi pogut obtenir drets mitjançant la Reserva Nacional o el mercat secundari serà privat de rebre ajudes de la PAC per a l'autocultiu del seu camp. A més a més, no trobarà fàcilment arrendataris per a una finca sense drets, perquè aquests tampoc no rebran subvencions de la PAC.⁴⁴ Finalment, una altra conseqüència de l'acció antijurídica perpetrada pel cultivador de mala fe serà la

⁴² CARDWELL, Michael: *The European Model of Agriculture*, Ed. Oxford University Press, Oxford, 2004, pàg. 165.

⁴³ Sentència del TJCE (sala tercera) de 13 juliol de 1989. Assumpte [C-] 5/88. *Hubert Wachauf contra Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft*. Repertori de jurisprudència 1989, pàg. 2609.

⁴⁴ Únicament si l'arrendatari tenia drets assignats a la seva persona podrà cobrar les subvencions, encara que la renda que rebria el propietari disminuiria perquè la possibilitat de rebre la subvenció per part de l'arrendatari no formaria part de l'objecte del contracte.

disminució del valor de la seva finca⁴⁵ i el fet de no poder vendre-la al preu que tenia abans de la MTR.⁴⁶

VI. LA INDEMNITZACIÓ PER DANYS I PERJUDICIS DE L'ARTICLE 542-11.1 CCCAT

L'article 552-11.1 estableix que el cultivador de mala fe és responsable d'indemnitzar pels danys i perjudicis causats. BADOSA COLL afirma que el "contingut del dany" comprèn el *dany emergent* i el *lucre cessant*, que són "definites per l'article 1106 com a «pèrdua» efectivament produïda («pèrdua que haya sufrido») i «guany» esperat i no aconseguit («ganancia que haya dejado de obtener»)." ⁴⁷ Quedaria clar que el propietari de la finca podria reclamar per via del *dany emergent* la indemnització pel fet de no poder utilitzar la seva finca. La quantia que proposem podria ser l'equivalent a la renda mitjana que hauria pagat un arrendatari d'aquell municipi per una terra de característiques similars. Una altra qüestió és si el propietari podria reclamar per no haver rebut els drets de producció, en cultivar la terra durant el període de referència el cultivador de mala fe. Aquest problema és més controvertit, perquè ja no ens trobaríem davant d'un *dany emergent*, sinó d'un possible *lucre cessant*.

Ara bé, el *lucre cessant*, com a element que configura el concepte de dany patrimonial,⁴⁸ ha de tenir una certesa de producció.⁴⁹ La jurisprudència requereix que "se ha de probar el nexo causal entre el acto implícito y el beneficio dejado de percibir —lucro cesante— y la realidad de éste".⁵⁰ Com afirma RUDA GONZÀLEZ, ha d'existir una certa probabilitat objectiva que el benefici seria realitat i s'hagués

⁴⁵ Recentment, el Consell Consultiu de la Generalitat de Catalunya, amb l'objecte de dictaminar el Projecte de llei de contractes de conreu, ha assenyalat la importància que té per al dret de propietat la rendibilitat del terreny agrari. Així, "[e]l contingut essencial de la *propietat agrària resideix en la rendibilitat, que és la utilitat privada que no pot ser anul·lada sense desnaturalitzar el concepte de domini rústic* que s'enllaça amb la utilitat social prescrita constitucionalment per a «la modernització i desenvolupament del sector agrícola» (art. 130.1 CE), «la millora de la qualitat de vida» i «la utilització racional dels recursos naturals» (art. 45.2 CE)" (BOPC, núm. 370, 24 de juliol de 2006, pàg. 56).

⁴⁶ Sobre supòsits reals de propietaris que es veuen en la impossibilitat de vendre la finca sense drets, <http://www.agroinformacion.com/foro/ver-mensaje.aspx?mensaje=2764> (consultat el 10/1/2007).

⁴⁷ BADOSA COLL, Ferran: *Dret d'obligacions*, Ed. Barcanova, Barcelona, 1990, pàg. 389.

⁴⁸ Cfr. DÍEZ PICAZO, Luis: *Derecho de daños*, Ed. Civitas, Madrid, 1999, pàg. 323; VICENTE DOMINGO, Elena: "El daño", a REGLERO CAMPOS, Fernando (coord.): *Lecciones de responsabilidad civil*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2002, pàg. 77.

⁴⁹ S'hauria de demostrar que el propietari tenia intenció de cultivar aquella terra, perquè ja havia pogut o adquirit la llavor per sembrar-la després, ja havia preparat la terra per al cultiu (l'havia llaurat...), etc.

⁵⁰ STS 14/7/2006, RJ 2006\6380, F.J. 4t; STS 14/7/2003, RJ 2003\4629, F.J. 4t; STS 2/3/2001, RJ 2001\2590, F.J. 3r.; SAP Lleida 8/4/2004, JUR 2004\214691, F.J. 3r, entre d'altres.

obtingut segons el curs normal dels fets.⁵¹ Així, podria donar-se el supòsit d'aquell propietari que hagués cultivat cada any la seva terra, excepte quan el cultivador de mala fe ho va fer —tot coincidint amb el període de referència—, impedit-ho de fer al propietari. En condicions normals, el dit propietari hauria rebut els drets de producció, si no s'hagués produït el cultiu de mala fe. Respecte del lucre cessant, manifestava el Tribunal Suprem a la STS de 17 de juliol de 2002 que:

“Las pérdidas que han de ser reales y a las ganancias frustradas o dejadas de percibir, que han de presentarse con cierta consistencia y no así las que estrictamente son dudosas, pues sin exigirse la rigurosidad de tener que tratarse de ganancias seguras, sí hay que considerar las ganancias que resulten verosímiles, apoyadas en algún principio de prueba y así lo exige la doctrina jurisprudencial, al proclamar la necesidad de demostrar que realmente se han dejado de obtener, por presentarse como ganancias muy probables.”⁵²

Si l'absència de la realització del cultiu de mala fe hagués permès al propietari cultivar la terra de manera que li haguessin assignat els drets de producció (DPU), estaríem davant d'un cas de *lucre cessant*. D'aquesta manera, NAVEIRA ZARRA afirma que:

“Procederá reparar el lucro cesante cuando del juicio efectuado resulte probado que, en ausencia de hecho dañoso, la ganancia habría ingresado efectivamente en el patrimonio del sujeto perjudicado.”⁵³

Una altra cosa seria que el propietari no cultivés la terra i la tingués erma. L'assignació dels drets de producció havia d'implicar una acció positiva per part del propietari, cultivant la terra per ell mateix i declarant-ho a l'Administració. Si, segons el curs normal dels fets, el propietari no hagués cultivat la terra, no es compliria la proposició presentada,⁵⁴ ja que en absència del cultiu no haurien ingressat al patrimoni del propietari els drets de producció.

VII. CONCLUSIÓ

Com que el Codi civil de Catalunya només disposa que el cultivador de mala fe perdrà allò sembrat o plantat, aquest conservarà els drets de producció aconseguits per la seva conducta antijurídica. Encara que els reglaments comunitaris tenen preferència sobre la legislació interna, si la redacció de l'article hagués definit el supòsit de manera més àmplia, aquest supòsit de fet s'hi podria

⁵¹ RUDA GONZÁLEZ, Albert: “Comentario a la sentencia de 14 de marzo de 2005. Responsabilidad civil medioambiental”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 71, 2006, pàg. 725.

⁵² RJ 2002\6252.

⁵³ NAVEIRA ZARRA, Maita María: *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual*, Ed. EDERSA, Colección de Monografías Jurídicas “Gregorio López”, Madrid, 2006, pàg. 86.

⁵⁴ Cfr. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo: *Tratado de responsabilidad civil*, 3a ed., Ed. Civitas, Madrid, 1993, pàg. 755.

haver encabit. La regulació actual de l'accessió no permet la pèrdua de drets assignats al cultivador de la mala fe. Aquest se'n beneficiarà i el propietari en sortirà perjudicat; només podrà sol·licitar una indemnització pel fet de no poder utilitzar la seva terra i no rebre DPU, sempre que provi que hauria cultivat si no s'hagués donat el supòsit de fet de l'accessió.

LA ADQUISICIÓN DE BUENA FE DE BIENES MUEBLES EN EL CÓDIGO CIVIL DE CATALUNYA

SANTIAGO ESPIAU ESPIAU

CATEDRÁTICO DE DERECHO CIVIL
UNIVERSIDAD DE BARCELONA

SUMARIO

I. Introducción.....	285
II. La regla general del art. 522-8 CCCat.....	286
III. La excepción a la regla general.....	289
IV. La excepción a la excepción.....	292

I. INTRODUCCIÓN

Una de las novedades que aporta el Libro V CCCat, publicado en el DOGC nº 4640 de 24 de mayo de 2006 y que acaba de entrar en vigor, es la regulación de la adquisición de buena fe de la posesión de bienes muebles y de las consecuencias que derivan de ella. Se refiere a estas cuestiones el art. 522-8 CCCat y, de acuerdo con lo que explica al respecto el *Preàmbul* del Libro V, dicho precepto:

“configura l’adquisició de bona fe de béns mobles com a mecanisme transmissor del dret sobre el bé posseït”.¹

En ocasión anterior me había ocupado ya de este “mecanismo transmissor”, tal y como se configuró originariamente en el Proyecto publicado en el BOPC nº 451, de 30 de julio de 2003;² la presente comunicación trata tan sólo de destacar y

¹ Cfr. *Preàmbul*, III, 4.

² Con motivo de la presentación del *Projecte de Llibre V del Codi civil de Catalunya*, me fue encargada una ponencia sobre el tema en el *2on Congrés de Dret civil català: el Codi civil de Catalunya*, celebrado en Tarragona el 1 y 2 de octubre de 2003, que fue posteriormente publicada: vid. Santiago ESPIAU ESPIAU, “La adquisición de buena fe de bienes muebles en el Proyecto de Libro V del Código civil de Catalunya”, *La Notaria*, 11-12, noviembre-diciembre 2003, pp. 13-26, trabajo en el que se desarrollan algunas de las ideas que se recogen en esta comunicación.

analizar las modificaciones introducidas a lo largo del proceso de elaboración del Libro V, que han culminado en el vigente art. 522-8 CCCat.

Con el art. 522-8 CCCat, se ha querido incorporar al ordenamiento jurídico catalán un precepto similar al art. 464 CC español y con ello se pone de manifiesto que, con anterioridad, este artículo no era aplicable en Cataluña.³ Ahora bien, el problema que plantea el art. 522-8 CCCat no es el de si esta incorporación es procedente o no; el problema es que se ha realizado de manera especialmente desafortunada, agravando las dificultades y las dudas que suscita la interpretación de las disposiciones contenidas en el art. 464 CC. Y lo que es aún más preocupante es que a este resultado se ha llegado por modificar sin justificación alguna la redacción originaria del texto que inspira el actual art. 522-8 CCCat, que precisamente trataba de soslayar y aclarar las dudas planteadas por el precepto del Código civil español.

II. LA REGLA GENERAL DEL ART. 522-8 CCCAT

El art. 522-8 CCCat parte de la siguiente regla o principio, que proclama su párrafo primero:

“L’adquisició de la possessió d’un bé moble de bona fe i a títol onerós comporta l’adquisició del dret en què es basa el concepte possessori, encara que els posseïdors anteriors no tinguessin poder de disposició suficient sobre el bé o el dret”.

Guiado por el propósito de incorporar el art. 464 CC español al ordenamiento jurídico catalán, el legislador ha querido acoger la denominada interpretación germanista del mismo,⁴ que parece ser la que actualmente prevalece en

³ Tesis mantenida en Santiago ESPIAU ESPIAU, *La equivalencia de la posesión al título y la aplicación del art. 464 CC en Cataluña*, Barcelona, 2004. Ciertamente y contra lo que se dice en el texto, también podrá pensarse que el art. 522-8 CCCat confirma y explicita dicha aplicación, que, por tanto, se producía ya bajo la legislación anterior; pero como ponía de relieve en dicho trabajo, tal aplicación sólo sería factible a través de la supletoriedad del Código civil español y ésta se excluía expresamente cuando la disposición de que se trate fuera contraria –como era el caso– a los principios generales que informan el derecho civil catalán: cfr. DF 4º CDCC y el actual art. 111-5 CCCat.

⁴ Cfr. *Treballs preparatoris del Llibre cinquè del Codi civil de Catalunya: els drets reals*, Barcelona, 2003, p. 61, en los que se recogen el texto articulado de lo que entonces era Anteproyecto y los correspondientes comentarios explicativos de los miembros de la *Secció de Dret Patrimonial del Observatori de Dret privat de Catalunya* encargados de su redacción. De la solución o interpretación germanista del art. 464 CC español, se dice que “no és, potser, la més arrelada en el Dret civil de Catalunya”: a mi juicio, no es que dicha solución no sea “la més arrelada en el Dret civil de Catalunya”, sino que no puede estarlo en absoluto, porque es contraria a los principios inspiradores del derecho civil catalán, máxime teniendo en cuenta que tanto el derecho romano como el derecho canónico –cuyos principios han informado tradicionalmente el ordenamiento jurídico catalán– protegen al propietario no poseedor frente al poseedor no propietario y nunca admitieron la regla “*possession vaut titre*” que recoge esa solución germanista.

la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁵ y que defiende también de forma mayoritaria la doctrina.⁶ Sin embargo y ya de entrada, se aprecia –aparte la distinta formulación de sus disposiciones- una diferencia importante entre el art. 464 CC español y el art. 522-8 CCCat, que afecta al mismo supuesto de hecho de la norma: mientras el art. 464 CC la predica de la adquisición de la posesión de buena fe, sin más, el art. 522-8 CCCat añade la exigencia de que tal adquisición se haya producido a título oneroso. Con esta exigencia —que creo improcedente⁷— se pone de manifiesto que los principios que inspiran uno y otro precepto son distintos: mientras que la regla de la equivalencia de la posesión al título que establece el art. 464 CC es una regla posesoria, que se basa en el mero hecho de la posesión de buena fe y opera en abstracto, con independencia del carácter oneroso o gratuito del título adquisitivo, la regla del art. 522-8 CCCat no se basa tanto en la posesión como en la inatacabilidad del título adquisitivo, razón por la cual el sujeto protegido no lo es por ser un poseedor de buena fe, sino por ser un adquirente a título oneroso, con relación al cual el requisito de la “buena fe” tiene carácter secundario.⁸

Ahora bien, en cualquier caso, el supuesto de hecho del art. 522-8 CCCat hace referencia a un negocio transmisivo oneroso potencialmente apto o idóneo para transmitir o constituir un derecho de contenido posesorio –preferentemente, el derecho de propiedad- sobre un bien mueble, que, por más que sea ineficaz o insuficiente para ello, legitima sin embargo la adquisición de su posesión y justifica la buena fe del poseedor que la adquiere, comportando –como consecuencia de todo esto- “l’adquisició del dret en què es basa el concepte possessori” y convirtiendo al adquirente en titular del mismo.

Pero como ya ocurría con el texto originario del precepto, la configuración del supuesto de hecho posibilita una doble interpretación que afecta a su mismo ámbito de aplicación.⁹ En primer lugar, podría pensarse que el art. 522-8 CCCat se aplica en los supuestos en los que el transmitente no es titular de derecho alguno

⁵ Vid. así, STS 25 febrero 1992, que es la última que se ocupa específicamente del tema, con cita de otras anteriores; como es sabido, la postura inicial del Tribunal Supremo español –reflejada en la conocida STS 19 junio 1945- fue contraria a la teoría germanista, acogiendo, en cambio, la denominada tesis romanista.

⁶ Cfr. Manuel ALBALADEJO GARCIA, *Derecho civil* T. III, Barcelona, 2002, pp. 114 ss.; José Luis LACRUZ BERDEJO (y otros), *Elementos de Derecho civil*, T. III, Madrid, 2000, pp. 200 ss.; Luis DÍEZ-PICAZO y Antonio GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho civil*, T. III, Madrid, 1995, pp. 673 ss. Con todo, autorizados autores se han manifestado en contra de esta teoría: vid., en este sentido, José M^a MIQUEL GONZÁLEZ, *La posesión de bienes muebles*, Madrid, 1979.

⁷ Por las razones que expongo en “La adquisición de buena fe de bienes muebles en el Proyecto de Libro V del Código civil de Catalunya”, pp. 15-16.

⁸ En el sentido de que la exigencia de “buena fe” no opera siempre, sino sólo presupuesta la onerosidad del título adquisitivo; si éste es gratuito, la “buena fe” del adquirente es irrelevante. Por lo que respecta al concepto de “buena fe”, se ocupa del mismo el art. 521-7 CCCat, predicándolo de la “posesión” y no del “poseedor”: con todo, de ese mismo precepto puede deducirse que adquiere la posesión de buena fe “quien cree de forma justificable ostentar la titularidad del derecho en cuyo concepto posee”.

⁹ Cfr. ESPIAU ESPIAU, “La adquisición de buena fe de bienes muebles en el Proyecto de Libro V del Código civil de Catalunya”, pp. 18-19.

sobre la cosa que transmite o carece de poder de disposición sobre ella. En efecto, el hecho de que la adquisición del derecho se realice a través de la intervención de un “poseedor anterior” que no tiene poder de disposición suficiente supone que tal poseedor, o bien no es titular del derecho que transmite, o bien que, aun siéndolo, no puede disponer libremente del mismo. En el primer caso, se trataría de un supuesto de enajenación de cosa ajena; en el segundo, de aquél en que el transmitente es titular, pero carece de poder de disposición o lo tiene restringido, al afectarle una prohibición o limitación de disponer.¹⁰ Pero tanto en uno como en otro caso, se trata de supuestos de ineficacia que, atendido el carácter oneroso de la adquisición y la buena fe del adquirente, el art. 522-8 CCCat subsana atribuyendo a este último la titularidad del derecho en cuyo concepto posee.

Ahora bien, el precepto admite una segunda interpretación que amplía su ámbito de aplicación. La afirmación de que la adquisición de la posesión comporta la adquisición del derecho “*encara que els posseïdors anteriors no tinguessin poder de disposició suficient sobre el bé o el dret*” significa que tal consecuencia se produce *siempre* que el adquirente lo sea a título oneroso y de buena fe, *incluso* en aquellos casos en los que el transmitente carezca de titularidad o de poder de disposición. Por tanto, el art. 522-8 CCCat no se refiere sólo a los supuestos de ineficacia del título transmisivo, sino también a los supuestos de invalidez (anulabilidad por falta de capacidad de obrar del transmitente o por vicios del consentimiento), de resolución y de rescisión (por ejemplo, por fraude o lesión de derechos o intereses de terceros), en los que el enajenante es titular de los bienes muebles de los que dispone y el título adquisitivo es eficaz, pero con una eficacia claudicante. Desde este segundo punto de vista, el art. 522-8 CCCat protege a cualquier adquirente a título oneroso de buena fe de bienes muebles, que se convierte en titular definitivo del derecho en que se basa su concepto posesorio, razón por la cual, aunque con posterioridad a su adquisición se impugne el contrato anulable, resoluble o rescindible en cumplimiento del cual se le entregó la cosa, su adquisición es inatacable.

Así, la consecuencia jurídica que se desprende del art. 522-8 CCCat consiste en atribuir con carácter general al adquirente a título oneroso y de buena fe de un bien mueble la titularidad “del dret en què es basa el concepte possessori”, configurando –como avanzaba ya el *Preàmbul* del Libro V- la adquisición onerosa de buena fe de bienes muebles “com a mecanisme transmissor del dret sobre el bé posseït”.¹¹

¹⁰ En el ámbito del derecho civil catalán esta situación se produce, p. ej., con relación a los bienes muebles de uso ordinario de la vivienda familiar, de los que el cónyuge o miembro de la unión estable de pareja que sea titular exclusivo de los mismos no puede disponer sin el consentimiento de su consorte o del otro miembro de la pareja: cfr. art. 9 CF y arts. 11 y 28 de la *Llei 10/1998, de 15 de juliol, d'unions estables de parella*, y, sobre el primero de dichos preceptos, Santiago ESPIAU ESPIAU, “La disposición de la vivienda familiar y de los bienes de uso ordinario en el derecho civil catalán (notas en torno al art. 9 CF)”, *La Notaría*, nº 4, abril 2001, pp. 17 ss., en particular, p. 34.

¹¹ Cfr. *Preàmbul*, III, 4. De este modo, el legislador catalán ha evitado utilizar una de las fórmulas más ambiguas y de interpretación más discutida del art. 464 CC –“equivalencia de la posesión al título”- y se ha decantado directamente por una de sus posibles soluciones: la que sostiene que, como resultado de tal equivalencia, el poseedor se convierte directa e inmediatamente en titular.

En este sentido, el precepto no sólo atribuye eficacia real a un título adquisitivo ineficaz, sino que también confirma el título adquisitivo impugnabile, impidiendo que pueda ser atacado, aún cuando sea anulable, resoluble o rescindible, e, incluso, que la adquisición pueda enervarse cuando el título se impugne efectivamente. El art. 522-8 CCCat protege *a todo adquirente de bienes muebles*, siempre que lo sea *a título oneroso y de buena fe*, cuando su adquisición se produzca en virtud de un negocio transmisivo que no es susceptible de producir efectos reales o que los produce con carácter provisional o claudicante: si se trata de un negocio ineficaz, la ley –el art. 522-8 CCCat- subsana la falta de titularidad o de poder de disposición del transmitente y convierte al adquirente en titular; mientras que si se trata de un negocio impugnabile, la ley –el art. 522-8 CCCat- convierte en inatacable la adquisición y atribuye firmeza al derecho del que ya era titular el adquirente. De este modo, pues, el art. 522-8 CCCat no es tanto una *norma de protección de terceros*, como una norma de *protección de adquirentes*.

Junto a esta eficacia real, el art. 522-8 CCCat sanciona asimismo la producción de efectos de carácter personal, imponiendo al adquirente la obligación de facilitar al propietario –“propietario inicial”- que se ve privado de su derecho los datos de que disponga para identificar al transmitente, posibilitando de este modo que dicho propietario pueda dirigirse contra éste y reclamarle la indemnización de daños y perjuicios correspondiente a la pérdida de su derecho.¹² Si el adquirente proporciona los datos que se le reclaman, queda exonerado de toda responsabilidad y ello aunque la acción del propietario contra el transmitente no prospere. Pero si no proporciona estos datos, entonces es el adquirente quien responde frente al propietario por los daños y perjuicios que le hubiere ocasionado la pérdida de su titularidad; y aunque la acción del propietario es de carácter personal y la posición del adquirente sea inatacable, conservando su condición de titular sin que tenga que restituir la cosa, al menos deberá indemnizar al “propietario inicial”.¹³

III. LA EXCEPCIÓN A LA REGLA GENERAL

Ahora bien, después de proclamar que el adquirente a título oneroso de buena fe de un bien mueble se convierte en titular del derecho en cuyo concepto posee, el propio art. 522-8 CCCat introduce en su apartado tercero una excepción a esta regla: en los casos en que la cosa mueble la hubiera perdido el “propietario inicial”, le hubiese sido hurtada o robada o alguien se la hubiere apropiado indebidamente, la adquisición de la posesión no comporta la adquisición del derecho en que se

¹² La disposición, que constituye también una novedad frente a la regulación del art. 464 CC, procede del art. 3:87 CC holandés, según apuntan los comentaristas de los *Treballs preparatoris del Llibre cinquè del Codi civil de Catalunya*: cfr. op. cit., p. 62.

¹³ En cualquier caso, esta obligación de indemnizar suscita –en ocasiones- cierta perplejidad: así, por ejemplo, no se entiende demasiado que el adquirente tenga que proporcionar al “propietario inicial” los datos que permitan *identificar* al transmitente en los supuestos en los que éste hubiera recibido la cosa o el derecho del propio “propietario inicial”.

basa el concepto posesorio y, por ello, dicho propietario puede reivindicarla de quien la posea. En esta excepción radica la principal novedad que introduce el art. 522-8 CCCat con relación al texto originario presentado al *Parlament de Catalunya* y el problema que suscita es que la excepción es tan amplia que hace inviable la regla, sobre todo por lo que respecta a su aplicación en los supuestos de falta de poder de disposición del transmitente.

El origen de esta excepción se encuentra en la interpretación de la expresión “privación ilegal” del art. 464 CC.¹⁴ Precisamente para evitar que la excepción impidiera la aplicación de la regla de la equivalencia de la posesión al título, los defensores de la teoría germanista del art. 464 CC consideran que la “privación ilegal” ha de entenderse en sentido estricto, incluyendo los supuestos de “hurto” y de “robo”, pero no el de “apropiación indebida”.¹⁵ Por eso, en caso de que la cosa adquirida por el poseedor de buena fe hubiera sido “hurtada” o “robada”, su dueño puede reivindicarla, mientras que si hubiera sido objeto de “apropiación indebida” no procedería la reivindicatoria, siendo entonces cuando opera y despliega todos sus efectos la equivalencia de la posesión al título.¹⁶ La explicación de esta diferencia de trato se justifica –además de por razones históricas relacionadas con el origen del precepto en el derecho de costumbres francés– en la distinta posición que ostenta el propietario de la cosa mueble en uno y otro caso: en los supuestos de “hurto” o “robo”, se ha visto privado de la posesión de la cosa sin o contra su voluntad, siéndole arrebatada o viéndose despojado de ella; en cambio, en los supuestos de “apropiación indebida”, es el mismo dueño quien se desprende voluntariamente de su posesión, cediéndola a un tercero, que –abusando de la confianza que en él ha depositado el propietario– la transmite a su vez a otra persona.¹⁷

De acuerdo con estas ideas, en la redacción originaria del art. 522-8 CCCat, se reconocía expresamente que el propietario sólo podía reivindicar la cosa en los supuestos de pérdida, hurto o robo, sin hacer mención alguna a los de apropiación indebida.¹⁸ La conclusión a la que entonces cabía llegar era clara:

¹⁴ Como es sabido, después de establecer la equivalencia de la posesión al título, el art. 464 CC añade inmediatamente a continuación que, “[s]in embargo, el que hubiese perdido una cosa mueble o hubiese sido *privado de ella ilegalmente*, podrá reivindicarla de quien la posea”.

¹⁵ Vid. Antonio HERNÁNDEZ GIL, “El giro de la doctrina española en torno al artículo 464 del Código civil y una posible interpretación de privación ilegal”, *R.D.P.*, 1944, pp. 413 ss., y los autores que se citan en nota 6.

¹⁶ La interpretación restrictiva de la expresión “privación ilegal” no es absolutamente convincente y no está exenta de crítica; pero es que probablemente sea imposible llegar a una explicación coherente de las disposiciones recogidas en el art. 464 CC.

¹⁷ De este modo, la exclusión de la acción reivindicatoria en estos supuestos constituye, más que una medida de protección al adquirente de buena fe, una especie de sanción a la falta de cuidado o de diligencia del propietario en la elección de la persona a la que confió la posesión de la cosa. Claro que si este es el fundamento de tal exclusión, no resulta demasiado coherente permitir el ejercicio de la acción reivindicatoria al dueño en los supuestos de “pérdida de la cosa”, en los que la misma o parecida negligencia puede serle achacada.

¹⁸ En efecto, el texto del art. 522-8 publicado en el BOPC nº 451 se limitaba a establecer simplemente que “[n]o obstant allò que s'estableix en l'apartat primer, la [persona] propietària d'una cosa moble perduda, furtada o robada, la pot reivindicar de la posseïdora actual”.

cuando el transmitente carecía de poder de disposición suficiente, si la cosa había sido hurtada o robada, el adquirente –por más que lo fuera a título oneroso y de buena fe- era un mero poseedor que debía recurrir a la usucapión para convertirse en titular y, mientras ésta no se consumase, quedaba sometido a la reivindicatoria del dueño; en cambio, si la cosa había sido objeto de apropiación indebida, la adquisición de la posesión comportaba real y efectivamente la adquisición del derecho en que se basara el concepto posesorio. Con ello, el texto originario del art. 522-8 CCCat proporcionaba una solución coherente al problema de la adquisición *a non domino* de los bienes muebles, sin incurrir en contradicción alguna entre sus disposiciones y soslayaba las dificultades interpretativas que plantea el art. 464 CC.¹⁹

Sin embargo, en la redacción actual del precepto ya no sucede lo mismo. En efecto, y como se ha dejado apuntado, el art. 522-8 CCCat establece ahora ²⁰ que no sólo el dueño de una cosa mueble perdida, hurtada o robada puede reivindicarla de quien la posea, sino que también puede hacerlo el que lo sea de una cosa objeto de apropiación indebida. Con ello, ciertamente, el legislador no hace sino retomar y proclamar lo que ha constituido –desde siempre- la doctrina tradicional del derecho civil catalán, es decir, que para que se transmita la propiedad de un bien es necesario que el transmitente sea propietario y tenga poder de disposición sobre el bien cuya posesión traspasa, razón por la cual la enajenación de una cosa ajena o sobre la que no se tiene poder de disposición suficiente no transmite la propiedad y su adquirente –aún siendo a título oneroso y de buena fe- no adquiere más que su posesión.²¹ Pero con ello también, se inutiliza prácticamente la regla proclamada por el propio precepto que convierte al adquirente en titular del derecho en que se basa su concepto posesorio, la cual en escasas ocasiones podrá ser de aplicación, al menos en los supuestos de transmisión por quien carece de poder de disposición suficiente:²² el adquirente queda sujeto a la acción reivindicatoria del propietario

¹⁹ De hecho, así lo destacaban ya los propios redactores del precepto. Cfr. *Treballs preparatoris*, cit., p. 62: “No s’inclou el cas de l’apropiació indeguda o l’estafa; el propietari ja té les accions corresponents contra el dipositari o el comodatari deslleial. A més, cal tenir en compte que la regla de l’article 464.1 CC *només es útil si es restringeix al màxim i de manera clara el concepte de ‘privació’ il·legal que utilitza*. En aquest sentit, l’article 2279 CCF parla estrictament de pèrdua i robatori, ‘vol’, i l’article 3:86.3 CCN parla exclusivament de robatori. En definitiva, es recullen només els casos en què el propietari va perdre el control material de la cosa sense la seva voluntat. Això inclou la pèrdua, el furt o el robatori; no, en canvi, l’apropiació indeguda, cas en què el propietari va entregar la cosa de forma voluntària al dipositari, comodatari, creditor pignoratiu, etc.” [las cursivas son mías].

²⁰ Sin que en ninguna de las distintas fases de elaboración del Proyecto se justifique la modificación.

²¹ Motivo por el cual el art. 464 CC no era de aplicación a Cataluña, toda vez que, como ya se apuntó en la nota 3, de proceder ésta, sólo cabría por la vía de la supletoriedad y esta supletoriedad se condiciona a que la disposición de que se trate no contradiga los principios generales que inspiran el ordenamiento jurídico catalán; sobre la cuestión, ESPIAU ESPIAU, *La equivalencia de la posesión al título y la aplicación del art. 464 CC en Cataluña*, cit., en especial, pp. 205 ss.

²² Sin que, a diferencia de lo que sucede en el ámbito del art. 464 CC, sea posible recurrir a una determinada interpretación de las expresiones que utiliza el precepto para permitir

–que, además, es imprescriptible²³- y sólo puede convertirse en titular si posee el tiempo necesario para que se consume la usucapión por el transcurso de tres años, tal y como señala el art. 531-27, 1 CCCat.²⁴ Desde este punto de vista, el único supuesto en el que procedería la aplicación de lo dispuesto en el art. 522-8.1 CCCat, convirtiéndose el adquirente efectivamente en titular del derecho en cuyo concepto posee sin que su adquisición pueda ser atacada, sería el del “poseedor anterior”, propietario, que enajena una cosa propia infringiendo una prohibición o limitación de disponer: en este caso, en efecto, el adquirente a título oneroso de buena fe se convertiría en dueño y el propietario originario no podría reivindicar porque no se habría producido ni un “hurto”, ni un “robo”, ni una “apropiación indebida”.²⁵

El otro supuesto en el que la regla que establece el art. 522-8 CCCat puede tener algún sentido se referiría a los negocios transmisivos anulables, resolubles o rescindibles, con relación a los cuales sí puede afirmarse –a tenor de lo que dispone el propio precepto y con independencia de que se esté o no de acuerdo con la afirmación- que quien adquiere a título oneroso y de buena fe se convierte en titular del derecho en cuyo concepto posee y que su adquisición es inatacable, sin que le afecte la reivindicatoria del propietario, puesto que ésta no procedería al haber sido precisamente dicho propietario el que habría enajenado la cosa. También de este modo es posible salvar la contradicción y conciliar las disposiciones del art. 522-8 CCCat; pero con ello se desvirtúa asimismo la regla o principio que presumiblemente quiso introducirse al amparo del art. 464 CC español.

IV. LA EXCEPCIÓN A LA EXCEPCIÓN

Finalmente, y dentro del mismo apartado tercero, el art. 522-8 CCCat introduce una excepción a la excepción de reivindicabilidad: aún en el caso de que se trate de cosas perdidas, hurtadas, robadas o indebidamente apropiadas, el propietario no podrá reivindicarlas si quien las posee las adquirió a título oneroso y de buena

una aplicación mínimamente coherente de sus disposiciones: mientras que el concepto de “privación ilegal” del art. 464 CC admite una interpretación restrictiva que excluye –por discutible que sea esta interpretación- los supuestos de *apropiación indebida*, la mención expresa que hace ahora el art. 522-8 CCCat a tales supuestos impide este recurso e impone su aplicación a los mismos, de la misma manera que la impone a los supuestos en los que se trata de un “bé mobile furtat o robat”.

²³ Cfr. art. 544-3 CCCat.

²⁴ Siendo irrelevante –a diferencia de lo que sucede en el ámbito del Código civil español- la buena fe del poseedor: de acuerdo con el art. 531-24, 1 CCCat, “[p]er a usucapir, la possessió ha d’èsser en concepte de titular del dret, pública, pacífica i ininterrompuda i no necessita títol ni bona fe”.

²⁵ La consideración de este supuesto de aplicación del art. 522-8.1 CCCat, en el que no procede la acción reivindicatoria del propietario, la debo a una observación –que agradezco sinceramente- de la Prof. Anna Casanovas i Mussons, Catedrática de Derecho Civil en la Universidad de Barcelona.

fe en subasta pública o en establecimiento mercantil. La disposición coincide con la originariamente redactada en el Proyecto presentado en su día al *Parlament de Catalunya* y las observaciones que suscita son las mismas que ya planteaba su redacción primitiva.²⁶

En primer lugar, en este caso es absurda –o, cuando menos, innecesaria– la precisión de que el adquirente lo sea a “título oneroso”, porque no de otra forma se adquiere en una subasta pública o en “un establiment dedicat a la venda d’objectes semblants al dit bé i establert legalment”.

En segundo lugar, se ha omitido toda referencia al requisito –que condiciona el ejercicio de la propia acción– de que el propietario reivindicante abone al adquirente el precio que éste hubiere satisfecho, que exigía en cambio el derecho histórico catalán para las ventas en pública subasta por medio de corredor,²⁷ y que exige también el art. 464 CC para el supuesto de la “venta pública”.

Y, por último y en cuanto a las consecuencias que derivan de esta excepción, puede entenderse, o bien que comporta la aplicación de la regla general y que, por tanto, el adquirente se ha convertido en titular, o bien que supone tan sólo una *excepción a la reivindicabilidad* en sentido estricto, de manera que el adquirente no es titular, sino un poseedor *ad usucapionem* especialmente privilegiado, puesto que mientras conserve los bienes en su poder, el propietario –que lo sigue siendo– no podrá reivindicarlos. Creo más acertada esta segunda opción: el hecho de que se trate de cosas perdidas, hurtadas, robadas u objeto de apropiación indebida –sin que, por supuesto, esta condición se subsane porque se vendan en subasta pública o en un establecimiento mercantil– impide en todo caso que el adquirente se convierta en titular del derecho en que se basa su concepto posesorio. Por ello, el dueño lo sigue siendo y el adquirente a título oneroso de buena fe es tan sólo poseedor, por más que su adquisición y su posesión sean inatacables por razones de seguridad jurídica; de ahí que si, con posterioridad, dicho adquirente enajena la cosa a otra persona, el dueño podrá reivindicarla, siempre y cuando el nuevo adquirente lo sea a título gratuito o, siéndolo a título oneroso, haya actuado de mala fe, y siempre y cuando –evidentemente– no se haya consumado la usucapión del adquirente o de quien recibe de éste.

Ahora bien, en rigor, esto es así sólo por lo que se refiere a los supuestos de adquisición en subasta pública, puesto que cuando la adquisición se realiza en un establecimiento mercantil se produce la “prescripción de derecho a favor del comprador respecto de las mercaderías adquiridas” que sanciona el art. 85 CCo. En este caso, el comprador se convierte efectivamente en propietario de las cosas adquiridas en el establecimiento, por más que se trate de cosas perdidas, hurtadas, robadas o indebidamente apropiadas; pero ello no porque opere “l’adquisició del dret en què es basa el concepte possessori” que establece el art.

²⁶ Cfr. ESPIAU ESPIAU, “La adquisición de buena fe de bienes muebles en el Proyecto de Libro V del Código civil de Catalunya”, pp. 24-26.

²⁷ En efecto, el cap. 24 del *Recognoverunt Proceres* [“De re non petenda publica vendita per cursorem”] establecía ya que en las ventas en pública subasta por medio de corredor público, el dueño podía reivindicar las cosas adquiridas por el comprador, si bien tenía que restituírle el precio pagado por ellas.

522-8 CCCat, sino porque actúa la “prescripción de derecho” regulada por el art. 85 CCo.²⁸

La “prescripción de derecho” del Código de Comercio –que se contrapone a la “prescripción ordinaria” y a la “prescripción extraordinaria” del Código civil- no deja de ser una ficción legal y encierra una contradicción si con ella se alude a una *prescripción instantánea*, puesto que toda prescripción comporta el transcurso de un plazo de tiempo más o menos largo. Con todo, es una expresión significativa, que se justifica en la relación de equivalencia de la posesión al título que inspira el art. 464 CC, y que niega la idea de una adquisición de propiedad automática por parte del adquirente, exigiendo que éste –en congruencia con lo establecido en las restantes disposiciones del art. 464 CC- acuda a la prescripción adquisitiva para convertirse en dueño, siquiera sea una prescripción con las características excepcionales –“prescripción de derecho” o “prescripción inmediata”- que le atribuye el art. 85 CCo.²⁹ En este sentido, pues, podría apuntarse una cierta discordancia entre los principios que inspiran el art. 85 CCo y el art. 522-8 CCCat, puesto que en este último precepto la adquisición de la posesión comporta –como ya se ha visto- “l’adquisició del dret en que es basa el concepte possessori” de forma directa, inmediata y automática, y el adquirente no tiene que recurrir a la usucapión para acceder a la titularidad; pero evidentemente tal discordancia no condiciona ni mucho menos excluye la aplicación del art. 85 CCo y el hecho de que el dueño de las cosas muebles perdidas, hurtadas, robadas o apropiadas indebidamente no pueda reivindicarlas del comprador que las haya adquirido “en un establiment dedicat a la venda d’objectes semblants al dit bé i establert legalment” no obedece a que dicho comprador se haya convertido en titular a través de “l’adquisició del dret en que es basa el concepte possessori” que sanciona el art. 522-8 CCCat, sino a que se ha convertido en titular en virtud de la “prescripción de derecho” que establece en su favor el art. 85 CCo

²⁸ Como es sabido, esta *prescripción* constituye una innovación que introdujo el Código de Comercio en 1885, y que su Exposición de Motivos justificó en los “intereses del comercio”, que exigen que “todo comprador pueda adquirir las mercaderías que el vendedor tiene en su poder para la venta, con la plena seguridad de disfrutarlas tranquilamente, sin temor a que, una vez apoderado de la cosa comprada, mediante la tradición, se vea molestado por reclamaciones de un tercero, que pretenda tener el dominio o algún derecho real sobre la misma”. El derecho mercantil vigente en aquella época, recogido todavía en las Partidas, era incompatible con la naturaleza de las operaciones del comercio y su derogación se consideraba de absoluta necesidad; de ahí que –concluye la Exposición de Motivos- “inspirándose el proyecto [de Código de Comercio] en los principios del Derecho moderno y en el espíritu que domina a las legislaciones de casi todas las naciones cultas, ha consignado la doctrina de que las mercaderías compradas al contado en almacenes o tiendas abiertas al público son irrevindicables”. Sobre la cuestión, cfr. ESPIAU ESPIAU, *La equivalencia de la posesión al título y la aplicación del art. 464 CC en Cataluña*, pp. 109 ss., y en particular, pp. 112 ss.

²⁹ Vid. ESPIAU ESPIAU, *La equivalencia de la posesión al título y la aplicación del art. 464 CC en Cataluña*, pp. 110-112.

COMUNICACIONS A LA TERCERA PONÈNCIA

L'EVOLUCIÓ DEL RÈGIM DE LES SERVITUDS I EL LLIBRE CINQUÈ DEL CODI CIVIL DE CATALUNYA: L'ESTAT D'ALGUNES QÜESTIONS PROBLEMÀTIQUES

M. ROSA LLÁCER MATAACÁS

PROFESSORA TITULAR DE DRET CIVIL
UNIVERSITAT DE BARCELONA

SUMARI

I. Presentació: la construcció d'un règim català de les servituds en l'àmbit del principi de llibertat de la propietat.....	297
II. Observacions generals sobre el dret de servitud en la Llei 5/2006.....	298
III. L'estat de la constitució del dret de servitud.....	301
1. Qüestions de legitimació. Les implicacions de l'art. 566-2.2 CCcat.....	301
2. El signe aparent i la nova jurisprudència del Tribunal Superior de Justícia.....	302
3. La no-usucapibilitat de les servituds. La transitorietat en la Llei 5/2006.....	304
IV. Les modificacions en el contingut del dret de servitud. La servitud de llums i vistes i l'ordenació de les restriccions del dret de propietat.....	307
V. L'extinció de les servituds: causes. En particular, perspectives de la consolidació en el llibre cinquè del Codi civil català com a causa extintiva.....	311
VI. Les conseqüències de la nova sistematització de les servituds forçoses en el llibre cinquè del Codi civil català.....	313
VII. El tractament de les accions confessòria i negatòria en el llibre cinquè.....	318

I. PRESENTACIÓ: LA CONSTRUCCIÓ D'UN RÈGIM CATALÀ DE LES SERVITUDS EN L'ÀMBIT DEL PRINCIPI DE LLIBERTAT DE LA PROPIETAT

Si a Catalunya calgués destacar un dret real amb una trajectòria històrica llarga i conceptualment rica, aquest dret seria el de servitud, en connexió amb les relacions de veïnatge. El darrer recorregut, iniciat amb la Llei 13/1990, parcialment derogada per la Llei 22/2001, ha conclòs amb la Llei 5/2006, de 10 de maig, de regulació del llibre cinquè del Codi civil de Catalunya. Com se sap prou bé, la Llei 13/1990 no va arrodonir la regulació del dret de servitud, però, alhora, es va decantar per algunes opcions innovadores. La Llei 22/2001, de 31 de desembre, de regulació dels drets de superfície, de servitud i d'adquisició voluntària o preferent, en canvi, es va proposar regular la institució de manera completa (fins i tot assenyalava la via que havien d'emprendre figures properes, com ara les servituds "personals" o drets reals d'utilització parcial) i va intentar

equilibrar la tradició jurídica catalana (així, el règim de la usucapió) i aclarir la incorporació de figures noves, com ara la servitud de propietari. No obstant això, encara va deixar parcialment vigent la Llei 13/1990, atès que no va tocar el contingut i defensa del dret de propietat, tan proper a la constitució i l'exercici del dret de servitud, especialment pel que fa a les relacions de veïnatge (es manté vigent l'art. 26 LANSIRV, referent a les relacions de veïnatge) i a l'acció negatòria.

El llibre cinquè del Codi civil català representa una millora sistemàtica de conjunt pel que fa a la relació entre la servitud i el dret de propietat i a la configuració general dels drets reals, atesa la regulació general del seu règim constitutiu, extintiu o de defensa. Destaquen la imprescriptibilitat de l'acció negatòria, la confirmació de la no-usucapibilitat de la servitud, l'escurçament dels terminis de defensa del dret real limitat (i d'extinció per no-ús) i la tutela de determinades legitimacions per exigir la constitució de servituds que la llei entén que són necessàries per a l'aprofitament racional de les finques.

II. OBSERVACIONS GENERALS SOBRE EL DRET DE SERVITUD EN LA LLEI 5/2006

El llibre cinquè introdueix algunes millores dignes d'esment que consoliden la intensa i recent evolució del règim del dret de servitud. L'art. 566-1 CCcat no introdueix novetats en el concepte de servitud. La gran diferència amb el concepte romà —i propi del Codi civil (art. 530 CC)—, que respon al principi “nemini res sua servit”, continua sent la desaparició de l'*alienitat* de les finques: no cal que les finques pertanyin a un propietari diferent i les lleis 13/1990 i 22/2001 ja havien omès intencionadament aquest aspecte i havien acollit la servitud de propietari.

Es manté la manca de classificació sistemàtica de les servituds característica de les lleis catalanes posteriors a la Compilació i que les diferencia del Codi civil, atès que el dret català en simplifica el règim constitutiu. Només en podem extraure la distinció entre servituds positives i negatives (art. 566-1.1 CCcat) i entre servituds forçoses i voluntàries (art. 566-2.1 CCcat). La primera ha perdut la seva funció principal, en matèria d'usucapió (les negatives demanaven un acte inicial obstatiu), però se'n manté l'interès per valorar els continguts possibles del dret i l'extinció per no-ús.

Es consolida també la desaparició del tipus “servitud personal” a favor de la denominació, més escaient, *dret d'aprofitament parcial*, entès com el que s'ha establert “amb caràcter real a favor d'una persona sobre una finca aliena amb independència de tota relació entre finques” (art. 563-1 CCcat). Aquest dret real es dota d'un règim propi i supera així la regulació precipitada, per remissió, que en feia la disposició addicional de la Llei 22/2001.¹

¹ Anteriorment, la constitució de les anomenades *servituds personals* no gaudia d'un règim clar en l'ordenament català, tot i que era possible, enteses com a dret real en interès d'una

L'art. 566-2 CCcat indica que les servituds solament es constitueixen per títol atorgat de manera voluntària o forçosa. S'ha suprimit l'esment de la constitució "per disposició de la llei", que era incorrecte perquè designava els límits de la propietat en interès públic, que es barregen amb el dret real de servitud en el Codi civil.² Però, per bé que l'art. 566-2.1 CCcat redueix la constitució al títol, retrobem l'expressió *servituds legals* en el context del règim immobiliari de propietat horitzontal. L'art. 553-39.2 i 3 CCcat legitima la comunitat i els propietaris dels elements privatisius per exigir la constitució de determinades servituds. Val a dir que l'art. 553-39 CCcat comprèn dues nocions que cal diferenciar fent referència als art. 545-3.2 i 545-4 CCcat. El primer pren en consideració els límits ordinaris de la propietat en interès privat que es concreten, entre altres aspectes, en l'existència de situacions de comunitat i en les relacions de veïnatge. Aquesta idea es correspon amb l'art. 553-39.1 CCcat, que subjecta els elements privatisius a les "limitacions" imprescindibles per fer obres de conservació i mantenir els elements comuns o privatisius quan no hi ha cap altra manera d'efectuar-les o resulta desproporcionadament cara o carregosa.

Ara bé, l'art. 553-39.2 i 3 CCcat esmenta tot seguit la constitució de "servituds legals" i fa referència a una limitació voluntària, entesa en el sentit de l'art. 545-4 CCcat i subjecta al rescabament de danys o menyscabaments (art. 533-39.4 CCcat). Així, el Codi també empra l'expressió "servitud legal" per designar el dret resultant de l'exercici d'una legitimació que la llei confereix a la comunitat o al titular d'un element privatiu per imposar-ne la constitució, per facilitar l'ús racional d'un element comú o l'execució d'acords de millora adoptats per la junta de propietaris, o bé l'ús normal d'un element privatiu. No es tracta d'un simple límit o d'una necessitat de tolerància implícita en el dret de propietat (cfr. art. 553-39.1 i 533-3.2 CCcat), sinó d'una titularitat exigible i concebuda en un règim

persona i basades en la utilitat d'una finca, a l'empara del dret romà i del seu reconeixement sota la dicció de l'art. 21 LANSIRV i en virtut del principi de llibertat de pacte. Així ho reconeix la STSJ Catalunya núm. 24/2002, de 16 de setembre (RJ 2002/9541), més coneguda perquè s'arreglera amb l'opinió favorable a un termini trentennal de l'acció negatòria dirigida a defensar la propietat de drets reals (cfr. art. 2.5 LANSIRV). La resolució considera que el conveni que autoritzava a obrir finestres establia un dret personal i exclouïa expressament la constitució de cap tipus de servitud. Sense perjudici que l'incompliment només permet exercir una acció personal al titular del dret i mai una acció negatòria (que, en defensa d'un dret real, només correspon als titulars de drets reals limitats que comporten possessió), la sentència indica (FD 4t) que, en cas de voler donar-hi naturalesa real, aquest dret només es podia catalogar entre les servituds personals admeses d'acord amb l'art. 531 CC i el dret romà vigent a Catalunya l'any 1947, moment en què es va concloure el pacte (D.8.3.4). D'altra banda, el titular de la finca perjudicada sempre pot exercir l'acció negatòria davant de les pertorbacions il·legítimes basades en un hipotètic dret real.

² El Grup Parlamentari del Partit Popular de Catalunya va proposar l'esmena següent: "1. Les servituds només es constitueixen per títol, per usucapí i per disposició de la llei" (BOPC de 31 de març de 2006, núm. 314, pàg. 70). L'esmena s'allunyava molt del plantejament de la llei i, pel que fa als modes d'adquirir, representava tornar a la Llei 13/1990 i recuperar la usucapí. S'ha d'entendre que l'establiment per disposició de la llei es refereix a les anomenades *servituds legals*, és a dir, a les limitacions que no provenen de títol, voluntari o forçós.

immobiliari, en benefici de la finca o del titular d'un element privatiu.³ Acordades en junta amb les majories adients, s'han de constituir sigui amb l'acord del propietari afectat sigui judicialment.⁴ Així doncs, la dinàmica d'aquestes servituds, anomenades *legals*, és semblant a la de les servituds forçoses descrites en l'art. 566 CCcat: la llei identifica un supòsit de fet, atorga legitimació per exigir la constitució del dret i el fa coercible. Es tracta de servituds forçoses, en el sentit que es constitueixen per títol atorgat de manera forçosa (cfr. art. 566-2.1 CCcat), però cal matisar algunes mancances del seu règim constitutiu. En efecte, l'art. 553-39.4 CCcat no esmenta si la indemnització ha de tenir caràcter previ ni en detalla els conceptes en els termes de l'art. 566-10 CCcat (els menyscabaments no es corresponen forçosament amb el valor del terreny afectat). Atesa la identitat de raó, cal aplicar analògicament de l'art. 566-10 CCcat.

Veiem, doncs, que la claredat amb què l'art. 566-2 CCcat encara els tipus de servitud i resol la tipificació o distinció entre el dret de servitud i el contingut ordinari de la propietat queda matisada per aquesta perspectiva sobre les servituds legals, servituds que caldria anomenar *forçoses* —en el sentit de coercibles— amb les particularitats constitutives que assenyalen el seu règim propi. El llibre cinquè del Codi aporta complexitat al règim de les servituds que, sota la denominació *limitacions voluntàries*, aplega les que estan constituïdes per títol voluntari o forçós (art. 566-2.1 CCcat), siguin forçoses (art. 566-7 a 10 CCcat) o s'anomenin *legals*, que, com diem, no són límits de la propietat, sinó limitacions voluntàries, entesa aquesta voluntarietat com la discrecionalitat en la decisió que en justifica la constitució.

³ Vegeu el corresponent art. 553-44 dels *Treballs preparatoris del llibre cinquè del Codi civil de Catalunya*. “Els drets reals” (Observatori de Dret Privat de Catalunya, Secció de Dret Patrimonial, Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia i Interior, 2003, pàg. 160), titulat “Servituds legals i forçoses”. Sembla que aquest article reserva la denominació *servitud legal* a les restriccions de la propietat en benefici de la comunitat (anomenades *limitacions imprescindibles per efectuar les obres de conservació i manteniment dels elements comuns*), i els paràgrafs 2 i 3 legitimen la comunitat i els propietaris dels elements privatis per exigir la constitució de servituds (caldria interpretar, aleshores, que l'expressió *servituds forçoses* es refereix a aquest segon supòsit. Actualment l'art. 553-39 CCcat ha corregit la terminologia, si entenem que el seu paràgraf primer designa els límits ordinaris de la propietat en interès privat (art. 533-3.2 CCcat).

⁴ Vegeu DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: “Comentario al art. 91.c) de la Ley 8/1999, de 6 de abril, de reforma de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal”, a *La reforma de la propiedad horizontal*, Lex Nova, Valladolid, 1999, pàg. 99.

III. L'ESTAT DE LA CONSTITUCIÓ DEL DRET DE SERVITUD

1. Qüestions de legitimació. Les implicacions de l'art. 566-2.2 CCcat

Estan legitimats per constituir una servitud el propietari i els titulars de drets reals possessoris sobre les finques dominant i servent. En aquest darrer cas, la servitud, si és voluntària, té l'abast i durada dels seus drets. L'art. 566-2.2 CCcat *in fine* conté una millora sistemàtica perquè precisa que s'ha d'entendre que les referències al propietari de la finca en la secció primera ("disposicions generals") s'estenen al titular de dret real possessorí. D'una banda, això permet d'agilitar la regulació. No obstant això, l'expressió literal condueix a una altra observació, ja que es constata que, si l'ampliació del sentit de la paraula *propietari* es limita a la secció primera i no a les altres, en el context de les servituds forçoses manca qualsevol referència al titular dels drets reals possessoris, a diferència del que s'esdevenia en la Llei 22/2001 (cfr. art. 12.1 i 4, art. 13.1, 2, 3 i 5, i art. 14.1 i 4 LSSDAP). Hom pot observar també que en les seccions següents el Codi parla preferentment del "titular de la servitud". Sembla, doncs, que el Codi limiti la legitimació per establir servituds forçoses al propietari, cosa que representaria un canvi important en relació amb la llei anterior. La veritat és que l'impediment dels titulars de drets reals possessoris per constituir servituds forçoses és més teòric que real, si pensem que el seu interès pot coincidir amb la necessitat predial; en aquest sentit, la doctrina referent al Codi estatal admet limitar la durada de la servitud forçosa a la dels drets dels titulars de drets reals possessoris que n'hagin instat la constitució.⁵ No obstant això, l'art. 566-2.2 CCcat ha conservat la subjecció de la servitud a la durada del dret del constituent i restringeix aquesta possibilitat a les voluntàries,⁶ cosa que dóna a entendre que la coercibilitat que caracteritza determinades necessitats predials encaixa malament amb una decisió que no provingui del titular, i fa necessària la intervenció del propietari de la finca en la constitució (probablement pressuposa la naturalesa tendencialment perpètua de la servitud, en el sentit que la seva causa o utilitat es vincula sempre a la finca i no a la necessitat personal del titular). Així, la situació actual és confusa, ja que la Llei 5/2006 ha aixecat una qüestió d'interpretació que no concorda amb les afirmacions del seu preàmbul, en el sentit que no s'han dut a terme modificacions més enllà de les sistemàtiques.

En cas de copropietat, caldrà el consentiment de tots els comuners (art. 552-7.6 CCcat). Però l'art. 566-2 CCcat, a diferència de l'art. 597.2 i 3 CC, no resol el consentiment prestat únicament per algun dels copropietaris mentre els altres encara no s'han manifestat favorablement a la servitud. No obstant això, cal valorar que l'ordenament català ha incorporat el concepte d'*actes propis* (art. 111-8 CCcat), de manera que els copropietaris no podrien retornar sobre el

⁵ Vegeu LUNA SERRANO: *Elementos de derecho civil*, tom III, vol. 2, *Derechos reales limitados. Situaciones de cotitularidad*, per J. L. Lacruz Berdejo i altres, José M^a Bosch Editor, 1991, pàg. 199.

⁶ "En aquest darrer cas, la servitud, si és voluntària, té l'abast i la durada dels seus drets."

consentiment prestat, i la constitució del dret dependria de la voluntat dels altres.

Si existeixen altres drets reals sobre la finca, el propietari no pot constituir la servitud sense respectar-ne l'exercici. No trobem, en el Codi català, un article similar a l'art. 595 CC, però aquest és un efecte necessari de tot dret real, que compta amb una acció en defensa (així, consentiment de l'usufructuari o del titular primitiu d'una servitud si se'n vol constituir una segona, cfr. art. 566-13 CCcat).

2. El signe aparent i la nova jurisprudència del Tribunal Superior de Justícia

És prou conegut que, des de l'any 1990, el legislador català s'ha esforçat per aclarir que el signe aparent de servitud entre dues finques que pertanyen al mateix propietari manca, per si mateix, d'eficàcia constitutiva. De manera que, quan la titularitat d'ambdues finques se separa, el titular de la que gaudia del servei no pot reclamar la servitud al titular de la finca que l'havia proporcionat. Llevat, naturalment, que en l'acte de separació s'hagi constituït expressament la servitud (art. 566-3.2 CCcat i art. 8.2 LSSAP) o que el titular d'ambdues finques hagi constituït unilateralment una "servitud de propietari", sigui expressament (cfr. art. 8.1 LSSAP, art. 566-3.1 CCcat, com també l'art. 566-1, que omet incorporar l'alienat de les finques al concepte de servitud), sigui voluntàriament sense que el servei aflori únicament de resultes del signe aparent.⁷

L'art. 566-3.2 CCcat planteja, doncs, la insuficiència del signe aparent per constituir per si mateix el dret, en cas d'alienació, com també la seva inviabilitat per configurar un títol voluntari tàcit. En definitiva, es descarta el títol basat en el signe aparent, a diferència del que estableix l'art. 541 CC. La doctrina catalana

⁷ Aquest cas no representa, en realitat, una alternativa a la necessitat de títol. La llei catalana vol evitar que la simple existència de signe aparent de servei, tot i que el propietari que l'ha creat o conservat en desitgi la continuïtat jurídica, no es pugui interpretar, de forma inesperada, com un títol tàcit de servitud atorgat en l'acte d'alienació. L'art. 566-3.2 CCcat parla d'una servitud sobre finca pròpia publicada únicament per l'existència d'un signe aparent. Però, sense haver estat constituïda nominativament, poden existir altres signes d'aquesta voluntat previs a la separació, suficients per interpretar l'existència d'una servitud de propietari i que no consisteixin únicament en un signe aparent. La STSJ Catalunya núm. 37/2004, de 20 de desembre (RJ 2005\95), si bé referida encara a la Llei 13/1990, tracta un cas en què el propietari únic havia constituït un règim de propietat horitzontal que reflectia clarament la possibilitat d'obrir unes portes inviables sense una servitud ("Los locales comerciales de la planta baja y el local de la planta sótano se podrán comunicar con otras fincas contiguas al edificio o partes de ellas en régimen de propiedad horizontal, abriendo los accesos entre los departamentos contiguos de uno y otro edificio sin más límites que la seguridad técnica del mismo"). Indica en el seu 2n FD: "En el caso de autos claramente se demuestra la verdadera voluntad del entonces propietario único del conjunto inmobiliario, así es admitida y consentida por los sucesivos adquirentes y así se refleja en los documentos protocolizados aunque, ciertamente, en ellos no se contenga una específica denominación de la carga real, como sí se contiene en otra servidumbre de paso que también se constituye, apareciendo, pues, como título bastante la expresión contenida en la escritura de «segregación, descripción de resto, declaración de obra nueva, división en régimen de propiedad horizontal y constitución de servidumbre» [...] que se ratifica en el Reglamento de la Comunidad [...]".

i una reduïda jurisprudència havien descartat l'aplicació de l'art. 541 CC, abans de la promulgació de la Llei 13/1990. El consideraven contrari a la tradició jurídica catalana i interpretaven que representava una institució desconeguda en l'ordenament català i no una llacuna legal que calgués integrar recorrent a l'heterointegració, és a dir, al dret estatal supletori (cfr. derogada DF 4a CDCC). Però el cert és que, fins fa molt poc, els tribunals i les audiències catalans encara aplicaven majoritàriament l'art. 541 CC, especialment després que la STS de 31 de gener de 1990 recuperés el criteri de la supletorietat del Codi civil per emplenar una pretesa llacuna del dret català.⁸

Aquesta tendència ha quedat neutralitzada després de dues sentències del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya que han creat jurisprudència i que declaren inaplicable l'art. 541 CC a Catalunya, en atenció als arguments esmentats.⁹ A partir d'aquest moment s'ha aclarit el panorama de la transitorietat, atès que ja no serà possible aplicar aquest article a les situacions nascudes a l'empара de la legislació anterior a la Llei 13/1990. La jurisprudència menor ha acollit immediatament aquesta doctrina en nombroses sentències, cosa que n'evidencia la transcendència pràctica.¹⁰

En definitiva, a Catalunya, s'han anat consolidant les bases per construir un dret de propietat les restriccions del qual descansin en la funció social de la propietat i en els límits legals fixats en interès públic o privat. El principi de la llibertat del domini es materialitza, doncs, en restriccions imposades als drets reals limitats que, pel que fa a la servitud, es basen en la supressió de la usucapió,

⁸ AMAT LLARI, E.: "Comentario a la STS de 31 de enero de 1990", CCJC, gener-març de 1990, núm. 22, pàg. 294; i "Aplicabilidad del artículo 541 del Código civil y otras cuestiones. Comentario a TSJ Catalunya (civil) S 2/1990 de 5 de febrero", *La Llei* (T. 1991-1), pàg. 56.

⁹ STSJC núm. 29/2003, de 18 de setembre, i STSJC núm. 35/2003, de 2 d'octubre. Vegeu-ne un comentari en el meu treball "La inaplicabilitat transitòria de l'article 541 del Codi civil a Catalunya (comentari a la Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya 29/2003, de 18 de setembre)", *Revista Catalana de Dret Privat*, vol. 5, 2005, pàg. 209.

¹⁰ Vegeu les SAP de Lleida núm. 322/2004, de 22 de setembre (JUR 2004\295505), SAP de Barcelona núm. 312/2004, de 10 de maig (JUR 2004\18990), SAP de Barcelona núm. 273/2005, de 12 de maig (JUR 2005\179003), SAP de Girona núm. 339/2005, de 26 de setembre (JUR 2006\52964) i SAP de Barcelona núm. 1/2005, d'11 de gener (JUR 2005\55408), el 2n FD de la qual indica: "No obstant, i poc temps abans que dictés sentència el Jutjat, el TSJC ha tingut oportunitat en dues ocasions de pronunciar-se sobre aquesta qüestió i ho ha fet negant que l'article 541 CC, en període de vigència de la Compilació, fos d'aplicació a Catalunya com a dret supletori. En la primera d'aquestes sentències, de 18 de setembre del 2003, després d'analitzar en detall i precisió els antecedents històrics del dret civil català, manté el Tribunal que «suposaria una incoherència en el nostre sistema legislatiu admetre en el lapse de temps temporal anterior a la vigència de la llei 13/90 la servitud per destinació de pare de família, ja que no és justificable que en l'únic període en què no hi ha una regulació expressa, els operadors jurídics optessin per una integració de la qual se'n derivi la vigència d'una institució que no s'infereix dels antecedents jurídics ni s'ajusta a la regulació escrita immediatament posterior». El mateix criteri es va mantenir en la sentència del 2 d'octubre del 2003. D'acord amb aquesta jurisprudència, doncs, la possibilitat que la servitud que reclamen les actores s'hagués adquirit per la presumpció que preveu l'article 541 CC ha quedat del tot exclosa, tal com mantenia la doctrina majoritàriament" (ponent: Ilma. Sra. Maria Dolors Montolió Serra).

la desaparició de la imposició legal basada únicament en el signe aparent i la restricció dels terminis de l'acció confessòria unida a la imprescriptibilitat de la negatòria, que es pot exercir mentre duri la pertorbació.

3. La no-usucapibilitat de les servituds. La transitorietat en la Llei 5/2006

Hom coneix l'evolució de la usucapció de les servituds a Catalunya. No cal recordar el règim restrictiu de la Compilació (cfr. art. 283 CDCC), hereu del dret municipal, i el canvi radical que va representar l'art. 11 de la Llei 13/1990, que permetia la usucapció de tota servitud sotmesa a les normes tradicionals (possessió pública, pacífica i ininterrompuda, en concepte de titular, durant trenta anys, sense títol ni bona fe).¹¹ La Llei 22/2001 va substituir aquest règim per l'opció contrària i va convertir el règim restrictiu anterior en una supressió de l'adquisició de les servituds per usucapció, amb la qual cosa va introduir una gran diferència entre els drets català i estatal (art. 537 CC).

El cert és que la novetat de l'art. 11 de la Llei 13/1990 va provocar un increment de les al·legacions d'usucapció i finalment el Tribunal Superior de Justícia va aclarir que les servituds que es podien usucapir d'acord amb la Compilació havien de completar el termini de trenta anys i que les altres només començaven a computar des de l'entrada en vigor de la Llei 13/1990.¹² S'introduïa així una

¹¹ Acolliu una via conceptualment possible, basada en l'aplicació del règim general de la usucapció a les particularitats possessòries del dret de servitud i defensada per la doctrina castellana (LACRUZ BERDEJO, J. L.: "La usucapción de las servidumbres discontinuas o no aparentes", RGLJ, 1954, pàg. 560-562; CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.: *Usucapción de servidumbres*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2000, pàg. 114-115). Però les crítiques no es van centrar en aquesta aplicabilitat —que a Catalunya ja se sotmetia al règim general atès que no existia cap modalitat adquisitiva *ad hoc* com al Codi civil—, sinó en el caràcter aliè de la usucapció indiscriminada del dret de servitud en l'ordenament català.

¹² Vegeu la STSJC núm. 17/1994, de 17 d'octubre (RJ 1994\10570), FD 3r: "La antigüedad de la ventana en relación con las vicisitudes del derecho catalán de servidumbres plantea el problema de establecer cuál sea la disposición aplicable al caso; cuestión que debe ser resuelta, como acertadamente razona la sentencia recurrida, de acuerdo con las normas de derecho transitorio. En defecto de preceptos específicos —la Llei 13/1990 sólo contiene disposiciones transitorias referentes a paredes de carga y plantaciones— debemos acudir a las disposiciones transitorias del Código civil y no sólo a las reglas establecidas bajo esa rúbrica, sino también al artículo 1939, que, como ha dicho la jurisprudencia, debe ser considerado «como derecho transitorio común, pudiendo aplicarse también a las leyes que no posean propias y específicas normas especiales de transición» [...]. Si admitimos que la Llei 13/1990 permite adquirir por usucapción la servidumbre de vistas y el derecho civil catalán anterior no, hemos de llegar a la conclusión de que el lapso para la prescripción treintenal sólo empieza a correr desde que entró en vigor la nueva Ley, y no es lícito sumarle el período transcurrido con anterioridad, cuando el transcurso del tiempo no tenía eficacia para la adquisición de la servidumbre de vistas. Así se infiere de la regla general de irretroactividad de las leyes (artículo 2.3 del Código civil) y de las leyes que perjudiquen derechos adquiridos según la legislación civil anterior (primer párrafo de las disposiciones transitorias del Código civil). Específicamente, es de aplicación la regla tercera de las repetidas transitorias [...]. Aún más específico es el artículo 1939 del CC, cuya primera cláusula nos dice que la prescripción comenzada antes de la publicación de este Código se regirá por las leyes anteriores al mismo. De tal norma se infiere que si la ley nueva declara prescriptible un derecho que por la antigua no lo era, no puede computarse el tiempo de

situació transitòria en què les situacions possessòries iniciades a l'empara del dret anterior, ja fos compilat o no, ja es tractés de la Llei 13/1990 (que representava un termini mínim situat l'any 2020), s'havien d'anar esgotant després de l'entrada en vigor de la nova Llei 22/2001, radicalment contrària a la usucapció de servituds. La jurisprudència ha anat resolent aquesta transitorietat a l'empara de l'art. 1939 CC, que permet finalitzar les servituds començades a usucapir d'acord amb la legislació aplicable en el moment d'iniciar-se la possessió. La SAP de Tarragona de 24 de setembre de 2003 (JUR 2003\258186) descarta l'adquisició en aplicació de la Llei 13/1990, però, en canvi, reconeix la constitució de la servitud per usucapció immemorial d'acord amb el dret compilat, un cop provats els fets possessoris, tal com planteja en el seu 2n FD:

“Podemos así concluir que la oposición formulada por la demandada a la acción negatoria sólo podrá prosperar si justifica haber adquirido la servidumbre por usucapición, no durante el período de treinta años que reconoce la sentencia, sino mediante la llamada usucapición inmemorial, figura que, como señala la jurisprudencia mencionada, implica que la actual generación, ni por sí misma ni por tradición de la anterior, haya conocido otro estado de cosas”.¹³

Cal preguntar-nos si aquesta solució ha de variar en el nou context. L'art. 1939 CC permetia fonamentar l'aplicació transitòria de normes que donaven rellevància a un simple fet. Fins ara la jurisprudència es fonamentava en l'evidència que les lleis 13/1990 i 22/2001 mancaven de disposicions transitòries sobre el cas. Des d'una perspectiva més general, la disposició transitòria 9a CDCC indicava que les relacions de dret intertemporal sorgides de l'entrada en vigor de les lleis 40/1960 i 13/1984 s'havien de resoldre segons els principis que informen l'ordenament jurídic català. Traslladar aquest principi obliga a fer uns excursos difícils que la nova legislació ha anat concretant en els diferents camps. El dret català sol aplicar la llei derogada a les relacions sorgides a la seva empara.¹⁴ Però quan el fet encara no s'ha convertit en dret i només és una expectativa, es pot interpretar que cal una

inactividad transcurrido bajo el imperio de la ley antigua (argumento de la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 junio de 1906). En definitiva, como ha dicho la doctrina, el artículo 1939 del Código civil conduce a sostener que quien desee prescribir por la ley nueva no pueden aprovecharse del tiempo transcurrido bajo la antigua normativa.”

¹³ Invocant la SAP de Lleida de 12 de juny de 2000, indica: “D'aquesta forma es planteja un problema de dret transitori per determinar si la norma aplicable és la Compilació o la Llei 13/90. Atès que aquesta darrera no estableix res al respecte cal acudir a les disposicions transitòries del Codi civil, però no només a les regles establertes sota aquest títol, sinó que a més cal acudir a l'art. 1939 del CC, que, com indica la sentència del Tribunal Suprem de 16 de novembre de 1988 (RJ 1988, 8469), ha de ser considerat com una norma de dret transitori comú podent aplicar-se també a les lleis que no tinguin pròpies i específiques normes especials de transició” (ponent: Ilm. Sr. Juan Carlos Artero Mora). La SAP de Lleida núm. 264/2003, de 2 de juny (JUR 2003\167886), rebutja el recurs d'apel·lació contra una sentència que declara adquirida per usucapció una servitud de pas. En canvi, la SAP de Barcelona núm. 363/2005, de 26 de maig (JUR 2005\177434), descarta la constitució per usucapció immemorial atesa la insuficiència dels mitjans de prova.

¹⁴ Pel que fa al dret de servitud, la disposició transitòria 16a del llibre cinquè indica que “les servituds constituïdes abans de l'entrada en vigor d'aquest llibre es regeixen per les normes d'aquest llibre a partir del dia en què entra en vigor”.

norma especial que en fonamenti la rellevància jurídica. Mancant el correlatiu de l'art. 1939 CC en un codi que ja regula els efectes del transcurs del temps, es podria concloure que han quedat interrompudes totes les usucapions en curs. En concret, la disposició transitòria única de la Llei 29/2002 (primera llei del Codi civil català), que conté el règim general transitori relatiu a la prescripció extintiva i a la caducitat, només permet d'acabar el còmput que afecta "les pretensions, les accions i els poders de configuració *nascuts*" i, literalment, no s'aplicaria a les situacions de fet encara irrellevants que generen simples expectatives i no facultats exercibles. Fins i tot es podria interpretar en aquest sentit la disposició transitòria 2a ("la usucapió iniciada abans de l'entrada en vigor d'aquest llibre es regeix per les normes d'aquest llibre, llevat dels terminis, que són els que estableix l'article 342 de la Compilació del dret civil de Catalunya"), de manera que la retroactivitat només es predicaria als terminis, però no al concepte d'usucapió, a la seva dinàmica i a la usucapibilitat dels drets, que se sotmetrien al nou Codi. En general, la jurisprudència quan rebutja la pretensió d'haver usucapit pel fet d'entendre que no s'ha completat el temps necessari.¹⁵ Però algunes sentències donen a entendre que la usucapió no podria concloure amb èxit en el context de la Llei 22/2001, que la descarta. Així ho indica la SAP de Barcelona núm. 370/2004, de 4 de juny (JUR 2006\39428)¹⁶ i la SAP de Barcelona núm. 386/2005, de 20 de juny (JUR 2005\180837), 2n FD:

"Por otro lado, y a partir de la entrada en vigor de la Ley 22/2001, de 31 de diciembre, que impide que ninguna servidumbre pueda adquirirse por usucapión, quedaría igualmente interrumpido el plazo de prescripción de treinta años antes de su transcurso completo, deviniendo imposible la adquisición de la servidumbre por usucapión" (ponent: Ilm. Sr. Fernando Utrillas Carbonell).

No obstant això, cal completar aquesta anàlisi limitada a la naturalesa dels fets considerant també la naturalesa del dret usucapit. Cal diferenciar la usucapibilitat del dret del seu règim i dels terminis d'usucapió. La usucapibilitat representa una qualitat objectiva o legal del dret, i se sap prou bé que el dret català ha anat modificant la seva posició fins a confirmar la no-usucapibilitat de les servituds. Les qualitats objectives del dret s'identifiquen en un moment temporal concret d'acord amb la llei aplicable.¹⁷ Així doncs, cal interpretar la disposició transitòria 2a de la Llei 5/2006 en sentit favorable a la continuïtat de

¹⁵ Vegeu la SAP de Girona núm. 45/2005, de 3 de febrer (JUR 2005\101308), 2n FD: "Pero tal plazo no puede contarse sino desde la entrada en vigor de la Ley, sin que pueda sumarse el tiempo transcurrido con anterioridad. Así lo declara la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya ya mencionada en un caso similar, y que no hace sino recoger el criterio contenido en el artículo 1939 del Código civil" (ponent: Ilm. Sr. Fernando Lacaba Sánchez). Vegeu també la SAP de Tarragona de 5 de maig de 2005 (JUR 2005\183285).

¹⁶ Indica en el 2n FD: "Todo lo anterior ya sería suficiente para desestimar el recurso en este punto, pues en la fecha de entrada en vigor de la ley del Parlament catalán 22/2001, el 18 de abril de 2002 (la cual no contempla la adquisición de servidumbres por usucapión), no se habrían cumplido los 30 años necesarios para adquirir por usucapión una servidumbre."

¹⁷ Vegeu en aquest sentit BADOSA COLL, F.: "Els fets jurídics. El pas del temps i els efectes jurídics que produeix", a *Manual de dret civil català*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2003, pàg. 97.

les usucapions iniciades de conformitat amb la llei derogada (s'entén, de drets que configurava com a usucapibles), sotmeses al règim de la nova llei llevat dels terminis, que són els fixats per la llei derogada, tret que s'hagués de consumir més enllà del temps establert pel Codi. Les servituds que van tenir la qualitat d'usucapibles segons la llei anterior, per tant, encara es poden consumir. Atès que el Codi ha reduït el termini d'usucapció dels béns immobles, que passa de trenta (art. 342 CDCC) a vint anys (art. 531-27.1 CCcat), cal concloure que els terminis s'escurcen per imperatiu de la nova (segona part de la DT 2a Llei 5/2006). Així, si la possessió *ad usucapionem* ja hagués sumat els vint anys actualment necessaris, aquest temps seria suficient per completar-la i anirà concloent en sumar els vint anys que prescriu la nova llei. Si el 19 d'abril de 2002 (en què va entrar en vigor la Llei 22/2001) és l'últim dia hàbil per usucapir servituds a Catalunya, el temps màxim d'usucapció serà el 19 d'abril de 2022 i no el corresponent de l'any 2032.

IV. LES MODIFICACIONS EN EL CONTINGUT DEL DRET DE SERVITUD. LA SERVITUD DE LLUMS I VISTES I L'ORDENACIÓ DE LES RESTRICCIONS DEL DRET DE PROPIETAT

Les novetats en el contingut de les servituds es concreten en les de llums i vistes. Des d'una perspectiva general, cal constatar que, a diferència de l'art. 8 LANSIRV (que contenia un criteri per determinar l'amplitud de les facultats del titular en indicar que la servitud no s'estén més enllà del que cal per assolir-la), ni l'art. 9.1 LDSSAP ni, ara, l'art. 566-4.1 CCcat configuren una altra cosa que el mode d'exercir-la. El títol fixa, doncs, el contingut de la servitud que s'ha d'interpretar restrictivament d'acord amb el principi de llibertat del domini (art. 541.1.2 CCcat), que no admet l'extensió unilateral de les facultats del titular del predi dominant sobre la finca servent.

L'art. 566-6 CCcat omet qualsevol referència a una indemnització del propietari de la finca dominant a favor de la finca servent, a diferència dels art. 9.2 LANSIRV i 9.3 LSSAP. Calia modificar l'art. 9.3 LSSAP per aclarir-ne la finalitat i, de passada, la redacció.¹⁸ Tot titular de la servitud ha de fer-se càrrec de les despeses generades per l'establiment i conservació, en definitiva, per la dinàmica normal de la servitud considerada en si mateixa (construcció i reparació de conduccions, camins, portes...). Però, a més, l'art. 9.3 LSSAP donava a entendre que el titular del dret també havia d'indemnitzar els perjudicis causats per l'establiment (l'art. 9.2 LANSIRV parlava de perjudicis causats per l'ús), cosa que o bé designava una obligació derivada d'un dany o bé volia designar un altre tipus de prestació única i justificada objectivament en el menyscabament d'utilitat, provocada per

¹⁸ Vegeu LAUROBA LACASA, M. E.: "Anàlisi de la regulació de l'art. 9 LSSDAP: algunes propostes de reforma amb vistes a la integració en el futur Codi civil de Catalunya", *La Notaria*, 9-10, setembre-octubre 2003, pàg. 225.

la càrrega, en la finca servent.¹⁹ La primera opció no té sentit si està limitada a l'establiment, amb exclusió de l'ús que també pot comportar perjudicis. La segona encaixa amb l'expressió literal, però sorprèn en el context d'una servitud voluntària, en què els interessats conserven la llibertat de pactar allò que considerin convenient ateses les característiques de llurs finques. Tampoc no podia al·ludir a les despeses necessàries per establir i conservar el dret, obligació accessòria que preveia l'art. 11.1 LSSDAP.

D'altra banda, la nova regulació aprofita per detallar i corregir alguns aspectes del contingut de la servitud de llums i vistes. L'art. 566-5.2 CCcat retorna al contingut de l'art. 25.2 LANSIRV i modifica de manera imperativa el contingut de la servitud de vistes, que necessàriament comprèn la de llums, i permet d'obrir finestres de la forma i de les mides convingudes o habituals segons les bones pràctiques de la construcció. L'art. 10 LDSSAP només preveia aquest contingut si el títol constitutiu no ho disposava altrament, és a dir, admetia que els titulars de les finques pactessin una servitud de vistes que no comportés la de rebre llums, fenomen improbable que no encaixa amb la voluntat de simplificar la configuració del dret de servitud que inspira el legislador. D'altra banda, es determinen els criteris per fixar les mides de les finestres, que, llevat de pacte, s'han de delimitar segons les bones pràctiques de la construcció. Aquest concepte indeterminat permet adaptar el criteri legal al lloc i a l'ús de l'habitatge d'acord amb uns referents objectius que, això sí, poden motivar desacords que finalment hauria de resoldre el jutge.

Per copsar les repercussions de la servitud de llums i vistes cal posar-la en relació amb les normes que regulen les relacions de contigüïtat entre les finques. L'art. 10 LDSSAP només va recollir l'art. 25 LANSIRV i va mantenir la vigència de l'art. 26 LANSIRV, entenent que la seva seu natural havia de romandre en les relacions de veïnatge, regulades en la mateixa Llei 13/1990. El llibre cinquè permet de completar aquesta orientació: l'art. 566-5 CCcat es limita a indicar el contingut estricte de la servitud de llums i vistes, mentre que l'art. 546-10 CCcat, hereu de l'art. 40 LANSIRV, n'incorpora les repercussions en l'exercici de les facultats constructives ordinàries sobre les finques. Així, defineix les limitacions normals o intrínseques del domini, i indica que tot propietari que vulgui obrir finestres ha de construir mirant primer sobre terreny propi i deixar l'androna, però també afegeix que la servitud de llums i vistes trasllada l'androna a la finca servent. D'aquesta manera, el propietari de la finca dominant pot construir fins al seu límit, mentre que la finca servent haurà de respectar l'androna i prestar el terreny per preservar l'espai que necessàriament ha d'existir entre edificacions. Recollint els criteris de l'art. 26 LANSIRV, l'art. 546-10.2 CCcat permet al propietari servent d'obrir finestres per rebre la llum per l'androna i, si la servitud només és de llums,

¹⁹ Indemnització que naixia i es fixava en la constitució i se satisfia en un pagament únic del titular de la servitud al propietari o al titular del dret real possessori sobre la finca servent. Vegeu DEL POZO CARRASCOSA: "Comentari a l'art. 4.3 LDSSAP", a DEL POZO CARRASCOSA, P. i GINER GARGALLO, A.: *"El derecho de servidumbre"*, *Comentarios de derecho patrimonial catalán*, coord. per Antonio Cumella Gaminde i Mercedes Tormo Santoja, Colegio de Registradores, Ed. Bosch, Barcelona, 2005.

d'edificar dins l'espai de l'androna fins al caire inferior de l'obertura que dóna llum.

Pel que fa a la manera de mesurar l'androna, l'art. 546-10.1 CCcat evita de reproduir l'expressió “metre en quadre” i aclareix que l'androna mínima representa un metre en angle recte, prioritzant en qualsevol cas les distàncies fixades per la normativa urbanística, les ordinacions o els costums locals sobre aquest criteri legal.

Pel que fa a les construccions contigües, l'art. 40.2 LANSIRV deixava punts foscos que permetien diferents interpretacions. En efecte, es referia a les parets contigües o que formessin un angle de seixanta graus, per determinar que hom no podia obrir finestres si no era a una distància mínima d'un metre i mig comptant des de la línia d'unió d'ambdues parets. L'article plantejava dubtes sobre la idoneïtat d'aquesta distància per a finestres situades en parets simplement contigües i la seva aplicabilitat en parets formant un angle recte o un angle agut superior a la referència legal (interpretant que aquesta distància s'aplicava als angles que mesuressin *fins* a 60°). La SAP de Tarragona de 5 de novembre de 1997 va interpretar que l'angle havia de ser de 60° o menys per fer efectiu el motiu d'imposar una distància legal, però va posar de manifest la incertesa sobre el règim de les finestres ofertes en angles superiors a 60°, en relació amb les quals el mateix art. 40.2 LANSIRV es proposava de marcar una diferència.²⁰ La SAP de Barcelona núm. 19/2006, de 23 de gener (JUR 2006\73705), n'extrau la conseqüència lògica, tampoc no desitjable, de la inexistència de límits pel que fa a les finestres obertes en parets que formen un angle recte.²¹

L'art. 546-10.3 CCcat diferencia les distàncies aplicables a finestres en una paret contigua (on s'han d'obrir a una distància mínima de quaranta centímetres del límit de la finca) i a les obertures en parets que formen un angle agut, on la distància mínima amb la línia d'unió de les parets ha de ser d'un metre. S'han modificat els supòsits i les distàncies. Es fixen dos règims: el primer, per a les parets contigües o les que formen un angle recte o obtús; i el segon, específic per a

²⁰ Vegeu la SAP de Tarragona de 5 de novembre de 1997 (RJC, secció jurisprudència, 1998, pàg. 359, 3r FD: “A diferencia del antiguo art. 293.3º de la Compilación de Cataluña (derogado antes de las obras, que fueron en 1992), al que viene a sustituir, y a diferencia de aquél, que no establecía ninguna limitación en cuanto a los grados del ángulo existente, y que por tanto se aplicaba a todas las paredes con un ángulo menor de 180º, que es el existente en fachadas absolutamente alineadas, se fijó en la ley un ángulo de 60º, que debe interpretarse como de 60º o menos —pues entender sólo 60º sería absurdo y haría ineficaz el precepto y entender 60º o más dejaría sin regular las casas en que, por ser más cerrado el ángulo, fuese más perjudicial la apertura de huecos— por lo que, estando en este caso ante un ángulo de 90º, es inaplicable la citada ley [...]”.

²¹ Indica el seu 4t FD: “En cuanto a las ventanas abiertas en pared contigua tampoco se aprecia infracción alguna del referido precepto en la medida en que forman un ángulo de 90º con el predio de la actora, de modo que no resulta preciso que respeten la distancia de un metro y medio exigida por el apartado 2º, sin que dicho apartado efectúe referencia alguna a la normativa urbanística, que, en todo caso, no consta impida la apertura de tales ventanas (más bien parece lo contrario cuando la obra cuenta con las licencias administrativas precisas)”.

les parets que formen un angle agut, sense cap altra referència que faci dubtar de l'abast de la norma i, per tant, del règim dels casos no coberts.

La segona part de l'art. 546-10.3 CCcat és força confusa atès que esmenta per primer cop els balcons. En el context de les parets contigües o en angle no agut, caldrà resoldre la distància entre el balcó —com a element constructiu diferenciat de l'obertura— d'acord amb la normativa administrativa o urbanística. Pel que fa a les parets en angle agut, cal entendre que la llei fixa el règim per a les finestres però també pel que fa al balcó —element constructiu que també ha de respectar la distància d'un metre comptat a partir de la línia d'unió de les finques, sense perjudici que el vol del balcó respecti el que correspon a la finca adjacent.

Finalment, el llibre cinquè no esmenta les construccions fetes amb materials translúcids, que, jurisprudencialment, matisen les restriccions legals de les facultats constructives intrínseques del dret de propietat i, per tant, la necessitat de constituir una servitud de llums. Els murs translúcids, que s'utilitzen amb certa freqüència en les tècniques modernes, tenen una funció atenedible, que és la recepció de llum, i no perjudiquen la intimitat de la finca veïna perquè no permeten cap mena de vista. Així, no tindria sentit tractar-los com una obertura, sempre que fossin fixos i, per tant, exclouessin tota utilitat prospectiva. La SAP de Barcelona núm. 721/2003, de 9 de desembre (JUR 2004\29524), parcialment estimatòria, va determinar que calia tapar una finestra amb el mateix material translúcid que s'havia utilitzat per construir un mur, que manté. Així, no tracta la construcció com una obertura sinó com un mur opac, i distingeix entre el mur translúcid i la finestra practicable que cal tapar perquè s'obre en terreny mitger.²² Cal fer notar que, en aquest cas, la construcció no deriva de la constitució d'una servitud sinó de l'exercici normal de la propietat. Així, per bé que no hi ha immissió material ni contradicció jurídica per fer prosperar l'acció negatòria, el titular de la finca que no ha pogut rebatre la presència del mur sí que queda legitimat per construir-hi lliurement, sense que, al seu torn, el titular de la finca veïna pugui exercir l'acció confessòria. La constitució d'una servitud de llums es justifica, doncs, quan hi ha materialment una obertura, però no quan les característiques del mur, quan és cec, permeten que el traspassi la llum. Tanmateix, aquesta situació de fet esdevé claudicant perquè aquest mur no fa variar les relacions de contigüitat generals entre les finques. Situada aquesta realitat en el context de les parets contigües o que formen angle, cal admetre les obertures segellades amb material translúcid

²² Vegeu-ne el 5è FD: "Cabe insistir en que la línea argumental que comparte la Sala es la de que no es necesario que aparezca constituida servidumbre sobre la finca contigua en los supuestos en que el dueño del otro edificio levanta en suelo propio un muro al que dota como elemento constructivo de un cristal traslúcido que permite el paso de la luz pero que impide la visión del fundo vecino. Precisamente por ello no puede autorizarse la ventana de la parte superior de unos cincuenta centímetros que puede abrirse en ángulo de 45 grados puesto que, en este caso, sí puede afectar a la intimidad de la apelada y por lo tanto hay que condenarla en el sentido de sellarla para impedir toda posibilidad de apertura puesto que, si la apelante basa su defensa en que no hay ventanas sino espacios del muro contruidos con cristal traslúcido, debe mantener su tesis y bajo ningún concepto abrir ventana alguna, cualquiera que sea su funcionalidad y dimensiones porque entonces sí que cabría entender que ha creado o constituido por la vía de hecho una servidumbre de vistas sobre el fundo contiguo".

(en aquest sentit, SAP de Barcelona de 29 de novembre de 1999 i SAP de Barcelona de 10 de gener de 2003 (JUR 2003\108496).

V. L'EXTINCIÓ DE LES SERVITUDS: CAUSES. EN PARTICULAR, PERSPECTIVES DE LA CONSOLIDACIÓ EN EL LLIBRE CINQUÈ DEL CODI CIVIL CATALÀ COM A CAUSA EXTINTIVA

L'art. 566-11 CCcat, que recull les causes extintives de les servituds, n'ha reduït el nombre respecte de l'anterior art. 15 LDSSAP. En el context del Codi, cal parlar esmentant a l'establiment de causes generals d'extinció dels drets reals (renúncia, redempció convinguda per ambdós titulars); així mateix, l'extinció pot derivar del negoci constitutiu (compliment de termini o condició). No es tracta, en definitiva, d'una llista tancada (per exemple, expropiació forçosa d'un predi servent feta per l'Administració, que rep la finca lliure de càrregues). L'art. 566-12 CCcat encara n'afegeix una que resulta de la inutilitat de la servitud derivada de modificacions formals de les finques.

El termini de la manca d'ús s'ha reduït de trenta anys a deu, excepte en el cas de la servitud sobre la finca pròpia, que comporta intrínsecament la manca d'exercici en concepte de titular de la servitud per part del propietari (cfr. art. 566-11.1.a CCcat). El no-ús consisteix en una pura absència d'activitat, incompatible amb l'existència de la servitud, que només es justifica si satisfà una utilitat (si hi ha una *causa servitutis*). Aquest termini coincideix amb el de prescripció de l'acció confessòria, també modificat, que s'inscriu en la repetida tendència a afavorir la llibertat del domini, amb el benentès que ja apareix profundament mediatitzat per la seva funció social. Si bé les causes d'extinció que es mantenen no es modifiquen (la pèrdua total de la finca servent o dominant, la impossibilitat d'ús —tenint en compte que la servitud no es restableix si posteriorment l'exercici torna a ser útil o possible, art. 566-11.2— i la transmissió sense declaració expressa de l'existència de la servitud quan entre dues finques hi ha un signe aparent de servitud), observem que deixa de tenir entitat pròpia la pèrdua de la utilitat de l'ús de la servitud, que es podia entendre com la desaparició de la *causa servitutis* per raons materials. No obstant això, roman implícita en el supòsit de fet de l'art. 566-12 CCcat (extinció de servituds derivada de la modificació de les finques). La divisió, segregació, agrupació o agregació de finques poden afectar la subsistència de la servitud (com també altres modificacions formals, com ara la rectificació de límits). Si la servitud deixa de tenir utilitat per a la finca (o les finques) dominant, el titular de la finca servent en pot demanar l'extinció. Si la finca servent es divideix o se'n segrega una part, el titular d'aquestes finques resultants també en pot demanar l'extinció si no reporten cap utilitat a la finca dominant.

Pel que fa a la consolidació, les novetats no se centren en el dret de servitud, sinó en el dret d'usdefruit i en la seva admissió matisada en el context de les causes d'extinció generals dels drets reals (art. 532-3 CCcat). El legislador s'ha inclinat per establir una eficàcia generalment extintiva de la consolidació

(art. 532-1 CCcat), tant si permet consolidar la propietat com si es limita a les facultats derivades de diversos drets reals limitats (cfr. art. 532-3.1, particularment *in fine*). Tanmateix, obre la via de l'eficàcia no extintiva en dos sentits: en primer lloc, recordant que la confusió de titularitats no es dona quan hi ha una separació de patrimonis (així, l'acceptació de l'herència a benefici d'inventari o el benefici de separació de patrimonis —art. 35 i 37 CS);²³ i en segon lloc, deixant al titular la possibilitat de lligar la conseqüència extintiva al fet o *situació* de consolidació (subsistència autònoma de drets reals).²⁴ Aquest segon cas es dona amb diferents matisos. En el dret de servitud la llei nega inicialment l'eficàcia extintiva a la consolidació i deixa al propietari la iniciativa d'extingir el dret (art. 566-3.3 CCcat). En el dret d'usdefruit, la situació és més matisada. La consolidació no es presenta com una causa general d'extinció (és a dir, remet al segon paràgraf de l'art. 532-3 CCcat) i, sobre la base d'aquesta afirmació, afegeix que la consolidació extingeix l'usdefruit sobre bé moble, excepte si l'usufructuari té interès en la continuïtat del dret (art. 561-16.1.c CCcat). Hom pot deduir-ne que l'usdefruit sobre bé immoble no s'extingeix per consolidació i que, tot i que la llei no ho precisa, i com en el cas de la servitud, el titular pot extingir el seu dret i demanar-ne la cancel·lació registral. El propietari en situació de confusió exercirà les seves facultats sobre el bé a títol de tal (no necessita fer-ho a títol d'usufructuari), però manté una titularitat formal que el pot facultar a mantenir el dret en el futur.²⁵

Pel que fa a l'usdefruit, encara queda pendent una qüestió, que es pot plantejar a imatge del que va ocórrer en el dret de servitud. En els casos en què el legislador permet la *subsistència autònoma de drets reals*, també hauria de ser possible la constitució unilateral del dret, que només es preveu en

²³ Pensem també en els patrimonis independents en benefici de persones discapacitades, de conformitat amb la Llei 41/2003, de 18 de novembre, de protecció patrimonial de las persones amb discapacitat.

²⁴ Pel que fa a l'esmentada "situació de confusió", vegeu BADOSA COLL, F.: *Dret d'obligacions*, Barcelona, 1990, pàg. 339. Per a una comparació entre les dues excepcions a l'eficàcia extintiva, una valoració de les opcions del legislador català i un plantejament d'una coordinació de l'eficàcia extintiva de la consolidació, em remeto a la meva aportació "Entorn a la consolidació dels que romanen, conseqüència adient en una comunitat germànica. No obstant això, si es pacta un usdefruit per quotes o s'aplica a situacions mancades dels esmentats vincles personals, la mort de cada titular extingeix parcialment l'usdefruit per consolidació pel que fa a les coses mobles; en l'usdefruit sobre immobles provocaria la participació del nu propietari de l'immoble en el dret limitat, conseqüència lògica d'una confusió únicament parcial (art. 561-16.c CCcat). Cal valorar que les solucions del dret català són contradictòries, ja que l'art. 304.4 CS, que resol de la primera manera la desaparició dels usufructuaris en virtut del llegat universal d'usdefruit, no conté requisits especials de vincles familiars.

²⁵ La consolidació comporta situacions estranyes en el context del cousefruit per quotes. Si bé la mort de l'usufructuari extingeix el dret, atesa la seva naturalesa vitalícia (art. 561-3.3 CCcat), l'usdefruit constituït a favor de persones unides per vincles familiars o assimilats (cfr. art. 561-14.1 CCcat) només s'extingeix amb la mort de l'últim, i s'incrementa la participació dels que romanen, conseqüència adient en una comunitat germànica. No obstant això, si es pacta un usdefruit per quotes o s'aplica a situacions mancades dels esmentats vincles personals, la mort de cada titular extingeix parcialment l'usdefruit per consolidació pel que fa a les coses mobles; en l'usdefruit sobre immobles provocaria la participació del nu propietari de l'immoble en el dret limitat, conseqüència lògica d'una confusió únicament parcial (art. 561-16.c CCcat). Cal valorar que les solucions del dret català són contradictòries, ja que l'art. 304.4 CS, que resol de la primera manera la desaparició dels usufructuaris en virtut del llegat universal d'usdefruit, no conté requisits especials de vincles familiars.

l'àmbit de les servituds. Com se sap, el fenomen de l'eficàcia no extintiva de la consolidació admet dos enfocaments:²⁶ el primer es limita a negar que l'eficàcia extintiva pugui operar de manera automàtica, i el segon engloba aquest fet en el fenomen més ampli dels drets sobre cosa o finca pròpia, és a dir, admetent-ne la constitució *ex novo*. La Llei 13/1990 només reflectia el primer cas en regular les servituds, tot i que el seu preàmbul autoritzava a anar més enllà (aquest resultat es reflecteix en l'art. 566 3.3 CCcat, que faculta el propietari a extingir expressament la servitud i fer-ne la cancel·lació registral). Posteriorment, la Llei 22/2001 i el corresponent art. 566-3.1 CCcat preveuen clarament la constitució de servituds sobre finca pròpia: el títol unilateral d'on neix el dret²⁷ i que condueix a diferenciar entre constitució i exercici de les facultats pròpies del dret limitat, que només s'expliquen en concepte de propietari.²⁸ Creiem que la redacció actual no afavoreix aquesta creació *ex novo* de la situació de confusió i que només s'admet la modalitat no extintiva. Tot i que el preàmbul de la Llei 5/2006 reconeix introduir l'usdefruit de propietari (expressió que també emprava el preàmbul de la Llei 13/1990) i que l'art. 561-3.1 CCcat indica que el dret d'usdefruit es pot constituir per qualsevol títol, cal valorar que la definició del dret d'usdefruit esmenta l'alienat que mancava en l'art. 4.1 LANSIRV (cfr. art. 561-2.1 CCcat) i que el legislador, coneixent la solució trobada per a la servitud, decidís no reproduir-la.

VI. LES CONSEQÜÈNCIES DE LA NOVA SISTEMATITZACIÓ DE LES SERVITUDS FORÇOSSES EN EL LLIBRE CINQUÈ DEL CODI CIVIL CATALÀ

Els articles 12 a 14 i 16 LSSAP regulaven les servituds forçoses de manera bastant reiterativa, sense buscar una ordenació més àgil, perfectament possible atès que les servituds forçoses responen a una mateixa dinàmica: la llei tipifica una necessitat predial i legítima per imposar la servitud al propietari de la finca servent, concretant-ne en cada cas el contingut i les pautes per a la indemnització corresponent. Les servituds forçoses són, doncs, limitacions de la propietat d'interès i d'origen privats. El llibre cinquè introdueix una millora sistemàtica en identificar separadament els tres supòsits (identifica la necessitat i la forma de

²⁶ Per a una exposició d'aquest fenomen em remeto al meu treball *El título constitutivo de servidumbre en el artículo 541 del Código civil*, Barcelona, J. M. Bosch Editor, 1996, pàg. 139.

²⁷ I no un negoci sotmès a condició pendent de l'alienació i la separació de les finques, tal com s'acaba resolent en dret estatal. Vegeu la Resolució de la DGRN de 21 d'octubre de 1980 (5è Cd.), que considera possible la constitució "bajo la condición suspensiva de que nazcan cuando un tercero adquiera alguna de las fincas registrales que van a ir surgiendo de la principal" (vegeu RGLJ, 1981, pàg. 221).

²⁸ MATEO BORGE, I.: *La servidumbre de propietario*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2000, pàg. 153.

prestar el servei en cada cas), però opta per regular-ne l'establiment de manera unitària.²⁹

La llei prioritza tres necessitats: l'accés a la via pública (art. 566-7 CCcat), la connexió a xarxes generals de sanejament o subministrament de serveis (art. 566-8 CCcat) i l'accés a recursos hídrics situats fora de la finca (art. 566-9 CCcat).

L'art. 566-2.1 CCcat parla de títol atorgat de manera voluntària o forçosa, cas en què la persona titular de la finca dominant pot exigir la servitud en els supòsits i condicions establerts per la llei. Destaca així el que distingeix les forçoses de les voluntàries: la tutela coactiva o legitimació legal per exigir i imposar-les, ja que serveixen un interès privat emparat per la llei. Val a dir, però, que les particularitats es limiten al règim constitutiu, és a dir, a la possibilitat d'imposar-la, a l'abast del contingut que es pot imposar i a la necessitat d'indemnització prèvia. A partir d'aquí, el règim del funcionament és idèntic al de la servitud voluntària. De fet, la ubicació sistemàtica de la secció segona "Servituds forçoses", abans de les "Disposicions generals" i abans del règim extintiu i la "Protecció del dret", reforça aquesta visió global del dret de servitud que ja anuncia l'art. 566-2.1 CCcat. Identitat que la mateixa llei confirma o matisa, relligant les dues formes d'atorgament (voluntari i forçós) sota un mateix títol constitutiu o evitant l'extensió de l'expressió *propietari* als titulars de drets reals possessoris en les forçoses (art. 566-2.2 *in fine* CCcat).

El Codi no desenvolupa els termes d'aquesta "exigència", que han estat objecte de consideració doctrinal i jurisprudencial. Queda fora de dubte que, si una servitud forçosa es constitueix voluntàriament d'acord amb els paràmetres legals, no deixa de ser forçosa atès que el propietari de la finca dominant s'ha avingut a valorar i tractar la situació predial d'acord amb la llei.³⁰ Altrament, el propietari de la finca

²⁹ Aquesta sistematització ha fet desaparèixer alguns supòsits previstos per l'art. 13 LSSDAP. A diferència de l'art. 13.5 LSSDAP, l'art. 566-8 CCcat no legitima el titular de la finca servent per exigir que l'accés a la xarxa general es faci de manera que també resulti útil per a la finca servent, i queda obligat a contribuir a les despeses de connexió i a mantenir-la (cfr. art. 11 LSSDAP). D'altra banda, la Llei 22/2001 considerava un supòsit general (que l'accés es fes per la finca servent fins a arribar a la xarxa de serveis situada a l'exterior d'aquesta finca) el cas que la xarxa passés per la finca veïna, cas en què el propietari de la finca dominant podia connectar-se i satisfer la part proporcional del valor de la connexió que el propietari de la finca servent va pagar. Aquesta solució pot resultar la més adient des del punt de vista tècnic (cfr. art. 566-8.3 CCcat) i no s'ha de rebutjar, tot i que l'art. 566-10 CCcat es limita a construir la indemnització sobre el menyscabament causat en la finca servent, i per tant s'hauria de resoldre de conformitat amb la regulació de la contractació dels serveis.

³⁰ Encara que *obiter dictum* (en un cas en què a l'apel·lant l'interessava la modificació d'una servitud al·legant, en contra dels propis actes, que una servitud inicialment pactada en forma recíproca era en realitat forçosa), la SAP de Girona núm. 170/2005, de 27 d'abril (JUR 2005\126704), interpreta en aquest sentit l'art. 7.1 LSSAP en el seu 3r FD: "Que una servidumbre se haya constituido en virtud de un contrato entre los respectivos titulares de la finca dominante y de la sirviente, efectivamente no es un elemento decisivo para calificarla de una manera u otra. La servidumbre voluntaria se caracteriza por el imperio de la autonomía de la voluntad de los contratantes, quienes libremente deciden gravar una finca en beneficio de la otra sin que exista un mandato legal en ese sentido. Por el contrario, en la forzosa esa libre voluntad no existe o aparece diluida o condicionada por un precepto legal, que permite al titular de una finca que se encuentre en alguna de las situaciones

necessitada ha d'exigir-ne coactivament l'establiment, cosa que s'aconsegueix o bé mitjançant una sentència constitutiva³¹ o amb una sentència que reconegui la necessitat de la servitud (és a dir, la naturalesa forçosa)³². La SAP de Tarragona de 15 de juliol de 1997 (AC 1997\1620) va considerar insuficient l'acció confessòria, atès que només implica el reconeixement de l'existència de la servitud, i la SAP de Lleida de 26 d'abril de 1999 (AC 1999\4416) esmenta la insuficiència de l'acció declarativa.

La servitud forçosa no s'imposa per simple utilitat, sinó per criteris de necessitat, per pal·liar la manca d'un servei. Així, la llei conforma els criteris per fixar la naturalesa de la necessitat i, per tant, de la relació de servei (cfr. art.

legalmente previstas exigir su constitución con independencia de la postura que al respecto pueda mantener el propietario del predio sirviente. No excluye el carácter forzoso de la servidumbre que este último, ante la evidencia de la conminación legal, no se oponga a la exigencia del dueño del predio dominante y decidan constituir y concretar por medio de un contrato la servidumbre legalmente exigible, sin necesidad de llegar al extremo de que se le acabe imponiendo judicialmente. Esta distinción es la que parece inspirar al actual artículo 7.1" (ponent: Ilm. Sr. Joaquim Miquel Fernández Font).

³¹ Vegeu la SAP de Tarragona núm. 93/2004, de 22 de desembre (JUR 2005\104829), que, després de no apreciar cap títol constituït d'una pretesa servitud, desestima el recurs d'apel·lació en determinar que no s'havia exercit l'acció constitutiva corresponent: "Distinto es si los demandados tienen derecho a que se establezca una servidumbre de paso de carácter forzoso, pero en tal caso habrán de ejercitar la correspondiente acción de establecimiento o constitución de una servidumbre de paso, lo cual no se ha ejercitado en el presente caso, ya que no se ejercitó la acción por medio de reconvencción" (ponent: Ilm. Sr. Agustín Vigo Morancho).

³² Actualment tingueu en compte l'art. 219 LEC, que fa necessari quantificar i sol·licitar les condemnes en pagament de quantitats i remet a un plet posterior les mancances de les sentències purament declaratives. Vegeu la part dispositiva de la STSJC de 3 de febrer de 2000, que la remet en execució de sentència: "Declaramos que la finca sita en CALLE000 núms. NUM000-NUM001 de esta ciudad, propiedad que fue de D. Javier... se halla afecta, como predio sirviente, a una servidumbre legal de paso de una anchura máxima de 6,5 metros de salida al exterior, a favor de la finca contigua, sita en la CALLE000 núm. NUM002, propiedad de los recurrentes...; dicha servidumbre habrá de constituirse, en ejecución de sentencia, con indemnización concretada en la forma dicha, por el lugar menos perjudicial e incómodo para ambas fincas y más beneficioso para ésta última, como predio dominante." Encara en relació amb el cas, vegeu la Interlocutòria de l'AP de Barcelona núm. 259/2005, de 17 de novembre (JUR 2006\4251), 2n FD: "El que en la sentencia analizada se declare que la finca de la actora está afecta a una servidumbre sólo permite considerar que en este caso, y al concurrir el supuesto de hecho legalmente contemplado, lo que se declara es que nos encontramos ante una situación a la que la ley reconoce la posibilidad de exigir la constitución de una servidumbre, es decir, ante un caso de servidumbre legal forzosa, por lo que se estima que, al necesitar la finca de la parte demandada un paso a través de la de la actora, ésta viene obligada a consentir el establecimiento de una servidumbre de paso en su finca y a ello se le condena, esto es, a que permita el establecimiento de la misma [...]. En este punto no cabe oponer que la servidumbre está ya constituida y que la parte demandada ya ha interesado su constitución, al haber solicitado en la demanda reconvenccional que se constituyera la misma, porque la solicitud contenida en esa demanda y su estimación en sentencia no implica sin más la constitución efectiva de la servidumbre ya que tal solicitud no es sino la reclamación judicial del derecho a que se constituya una servidumbre que legalmente viene reconocida y lo que reconoce la sentencia es ese derecho, que le es negado de contrario, a fin de que los propietarios puedan establecer esa servidumbre de paso."

566-7.1 *in fine* CCcat, art. 566-8.1 *in fine* CCcat i art. 566-9.1 *in fine* CCcat) i per determinar el lloc per on ha de discórrer (art. 566-7.2 CCcat, art. 566-8.3 CCcat i art. 566-9.3 CCcat). Per aquest motiu la necessitat es mesura amb paràmetres de normalitat: la servitud ha de permetre l'exploració normal o racional de la finca, que esdevé impossible sense aquesta explotació (explotació normal, accés necessari per obtenir el servei o connexions).³³ Pel que fa al lloc o punt en el qual hom pot establir la servitud, el Codi manté el criteri tradicional en la de pas (el punt menys perjudicial o incòmode per a la finca gravada i, si és compatible, el més beneficiós per a la finca dominant), però desenvolupa un criteri tècnic en la d'accés a una xarxa general, de manera semblant al que ja havia fet la Llei 22/2001 en la d'aqüeducte. El pas de l'aigua s'ha de donar pel punt i pel sistema de conducció tècnicament més adequats, criteri que no té en compte el benefici de la finca dominant, sinó únicament, si és compatible, el menor perjudici de la servent. Els criteris per accedir a la xarxa són més complexos: l'art. 566-8.3 CCcat diferencia el sistema, que ha de ser el més adequat tècnicament, i el lloc o punt de pas i accés, aspecte pel qual recupera els criteris tradicionals que reflecteix la servitud de pas.

El Codi unifica en un mateix article el pagament previ d'indemnització, com a requisit d'eficàcia de l'establiment de la servitud³⁴ que ha de concórrer de forma general en tota servitud forçosa, juntament amb la necessitat del servei. L'art. 566-10.1 CCcat manté el requisit de pagament *previ* que va establir la Llei 22/2001, i corregeix l'expressió menys precisa de l'art. 18 LANSIRV. En relació amb la Llei 22/2001, la SAP Girona núm. 340/2005, de 26 de setembre, destaca que la demanda ha de comprendre els motius de necessitat que fonamenten la servitud forçosa i l'oferiment de pagament de la indemnització, requisit que, si manca, fa innecessari examinar la resta.³⁵ A l'empara de la Llei 13/1990, la declaració

³³ L'art. 566-8.2 CCcat introdueix un criteri de defectivitat rigorós, en el sentit que considera que la necessitat ha de ser "extrema", és a dir, que la connexió no es pugui fer per cap altre lloc sense despeses desproporcionades i si els perjudicis ocasionats no són substancials. La SAP Barcelona núm. 370/2004, de 4 de juny (JUR 2006\39428), destaca el caràcter imprescindible de la connexió, que, juntament amb la manca d'oferiment d'indemnització, condueix a denegar-ne l'establiment (4t FD): "A este respecto, el art. 13 de la Ley 22/2001 establece que la servidumbre sólo se puede establecer previa indemnización de los perjuicios que se causen en la finca sirviente y previo pago, en su caso, de la parte proporcional del valor de la conexión que en su día realizó el titular del predio sirviente. No constanding estos extremos, no puede entenderse que se haya constituido ninguna servidumbre forzosa. A mayor abundamiento, para su exigencia debería acreditarse que la conexión a la red general no se podría hacer por otro sitio sin gastos desproporcionados y cuando los perjuicios ocasionados no sean sustanciales. Estos particulares tampoco han quedado acreditados. Es más, incluso el perito de la demandada admite, y en este punto coincide con el arquitecto de la actora, que la cuestión podría solucionarse con una simple bomba" (ponent: Ilm. Sr. Josep Llobet Aguado).

³⁴ Vegeu ZAHÍNO RUIZ, M. L.: "Aproximació al règim jurídic de les servituds en la Llei 22/2001, de 31 de desembre, de regulació dels drets de superfície, de servitud i d'adquisició voluntària o preferent", *La Notaria*, núm. 23-24 (novembre-desembre 2005), pàg. 98.

³⁵ L'esmentada SAP de Girona núm. 340/2005, de 26 de setembre (JUR 2006\51251), insisteix sobre la diferència de plantejament entre ambdues lleis, 1r FD: "La alusión al parecer de Juan Enrique en cuanto a que para exigir la servidumbre forzosa debe existir previo

d'existència d'una servitud forçosa exigia l'acord posterior dels propietaris o bé l'execució de la sentència, fase en què calia precisar la indemnització en funció del lloc per on havia de discórrer la servitud.³⁶ Actualment entenem que no queda exclosa la via de l'acció simplement declarativa de l'estat de necessitat de la finca "dominant", amb el benentès que la servitud forçosa s'haurà d'establir posteriorment. Però, d'acord amb l'art. 566-10.1 CCcat, el més indicat serà exercir una acció constitutiva, argumentant la necessitat i el lloc i oferint el pagament de la indemnització.

No es tracta d'una contraprestació, sinó de compensar el perjudici material causat per l'existència del dret.³⁷ El Codi diferencia dos conceptes que s'encavallaven en la llei anterior: el valor del terreny afectat pel pas o conducte (art. 566-10.1 CCcat) i la reparació dels perjudicis que l'exercici del dret causi en la finca servent (art. 566-10.2 CCcat). Els perjudicis derivats de l'exercici es diferencien de les obres per establir i conservar la servitud (art. 566-6.1 CCcat). El pagament d'ambdues quantitats constitueix una obligació ambulatòria que va recaient en la persona que es beneficia de la servitud. Però aquest darrer concepte és general per a tota servitud i no té caràcter indemnitzatori, ja que deriva de la

acuerdo indemnizatorio mas no se requiere el previo pago de la indemnización parece venir referida, de entrada, a la normativa anterior contenida en la Ley 13/1990, de 9 de julio, de la que cabe ahora destacar, en lo que ahora interesa, que establece una regulación distinta en lo que al pago de indemnización se refiere. En concreto, en sus artículos 18 y 22 no se establece, a diferencia de ahora, que ese pago sea previo a la constitución de la servidumbre. Por otra parte, aquí ni siquiera existiría ese acuerdo previo al que alude el autor citado, por cuanto no consta que el recurrente, extrajudicial o judicialmente, haya ofrecido suma alguna a tales fines. Por lo demás, el hecho de que este concreto extremo haya sido objeto de una regulación distinta y se haya hecho constar de forma clara (no dando pie a confusión alguna en cuanto a su interpretación, siendo suficiente estar a la literalidad de los artículos citados) hace que, en definitiva, la pretensión de la parte resulte insostenible por cuanto, en definitiva, se solicita sea reconocida a su favor la existencia de dos servidumbres forzosas, mas sin ofrecer al titular del predio sirviente suma indemnizatoria alguna en compensación al perjuicio que le supone soportar tal gravamen. Hoy por hoy, en suma, es correcto el haber estimado la petición de la actora tendente a declarar que el demandado no tiene el derecho de paso y de acometida eléctrica que actualmente se irroga. Procede, por todo ello, desestimar el recurso presentado" (ponent: Ilm. Sr. Jaime Masfarré Coll).

³⁶ Vegeu la Interlocutòria de l'AP de Barcelona núm. 259/2005, de 17 de novembre (JUR 2006\4251), FD 2n: "En segundo lugar, y por lo que se refiere a la indemnización, no se puede apreciar que la sentencia reconozca sin más a la parte actora la condición de acreedora porque esta sentencia no establece una condena independiente y susceptible de ser exigida al margen de la constitución de la servidumbre. En este sentido debe rechazarse la alegación de que, al declarar la sentencia la existencia de la servidumbre le está reconociendo el derecho a la indemnización, indemnización que procede por haberse declarado esa afección, porque, por un lado, lo que determina la obligación de satisfacer la indemnización, y el correlativo derecho a su percepción, no es aquella declaración sino la efectiva constitución de la servidumbre."

³⁷ Vegeu de nou la Interlocutòria de l'AP de Barcelona núm. 259/2005, de 17 de novembre (JUR 2006\4251), FD 2n: "De igual manera, y conforme al precepto transcrito, será cuando se constituya efectivamente la servidumbre, esto es, cuando se determinen las características y el lugar por el que ha de transcurrir ese paso, cuando podrá fijarse la indemnización ya que es en este momento cuando se conoce cuál es el exacto y concreto terreno afectado y se puede calcular su precio" (ponent: Ilma. Sra. Laura Pérez de Lazarraga).

mateixa existència de la servitud; en canvi, la reparació de perjudicis tendeix a rescabalar el propietari de les conseqüències de la servitud sobre l'explotació, el gaudi o l'estat de la finca servent.

S'eximeix d'indemnitzar si la necessitat d'una finca prové d'un acte de disposició del propietari (per exemple, una segregació; art. 566-10.4 CCcat). Abans, la Llei 22/2001 considerava que el servei s'havia de donar per la finca originària, que, d'aquesta manera, quedava vulnerable en qualsevol moment, gravada per una mena de càrrega real de passar per la constitució de la servitud. Actualment això ha desaparegut però entenem que s'hauria de mantenir, atès que la necessitat prové d'un acte propi.

VII. EL TRACTAMENT DE LES ACCIONS CONFESSÒRIA I NEGATÒRIA EN EL LLIBRE CINQUÈ

L'art. 566-13 CCcat ha introduït uns quants canvis en el règim de les accions confessòria i negatòria. Pel que fa a la confessòria, ha desaparegut el contingut de l'art. 18.2 LSSAP, que enumerava àmpliament els requisits de prova per a l'exercici de l'acció i, sobretot, s'ha reduït el termini de prescripció, que queda en deu anys a partir de l'acte obstatiu. D'altra banda, i atès que la defensa del dret de servitud acostuma a contradir una acció de defensa del domini, cal posar en relleu les modificacions en el context de l'acció negatòria. En concret, volem destacar que la nova regulació permet superar les disfuncions que provocava la manca de coordinació entre els terminis d'ambdues accions i, també, que amplia la legitimació activa als titulars de drets reals possessoris.

L'acció negatòria, que hom enuncia com un mitjà de protecció del dret de propietat, es revela també com un mecanisme de tutela del gaudi derivat d'alguna activitat possessòria legitimada per la constitució d'un dret real. Certament, en aquest cas, el triomf de l'acció beneficia mediatament la propietat atès el seu caràcter real (cfr. art. 544-6.1 CCcat), però també el titular del dret real, legitimat activament per procedir en interès propi (*fer cessar les perturbacions que els afecten*, art. 544-4.2 CCcat). Així, l'usufructuari pot exercir les accions corresponents a la defensa del seu dret, tal com indica l'art. 561-20 CCcat en l'àmbit de l'usdefruit, que no es diferencien en aquest context de l'acció negatòria que l'art. 544-4.2 CCcat els reconeix en interès propi. L'art. 566-13.1 CCcat incorpora el titular de la servitud, alhora titular d'un dret real possessori sobre la finca, als legitimats per exercir l'acció confessòria, de conformitat amb el que estableix l'art. 566-2.2 CCcat.

Fins ara la qüestió més problemàtica en el joc de l'acció negatòria i confessòria havia estat la disfunció entre els seus terminis de prescripció. D'acord amb l'art. 18.3 LSSAP, el termini de prescripció de l'acció confessòria era de trenta anys comptats des de l'acte obstatiu, temps que no es coordinava amb l'art. 2.5 LANSIRV, que fixava el termini de prescripció de la negatòria en cinc anys, comptats des del moment que el propietari tenia coneixement de la perturbació il·legítima. Es creava així un lapse de temps en què el propietari no podia exercir l'acció negatòria (tenint en compte que es podia al·legar amb èxit la prescripció),

mentre que el contrari podia continuar els actes possessoris, que tendien bé a la usucupió (en les condicions i mentre es va admetre en dret català), bé a una situació de fet difícil de reconduir (atesa la inviabilitat de la usucupió a partir de la Llei 22/2001 i els efectes poc satisfactoris de les accions possessòries o de l'acció declarativa de domini). Per tal de resoldre aquesta inseguretat, que alguna sentència ja havia procurat de salvar,³⁸ el Tribunal Superior de Justícia de Catalunya va establir una interpretació funcional de l'art. 2.5 LANSIRV entenent que el termini de cinc anys només estava justificat per les immissions o pertorbacions fàctiques, mentre que, si les pertorbacions eren jurídiques, calia estar al temps de defensa del dret al·legat (inexistent la usucupió en les servituds), és a dir, al termini de trenta anys d'acord amb l'art. 18.3 LSSAP. Les STSJC núm. 24/2002, de 16 de setembre (RJ 2002\9541), i núm. 31/2002, de 14 d'octubre (RJ 2003\651), consecutivament, van establir una jurisprudència, immediatament acollida per les Audiències,³⁹ i que actualment ha esdevingut innecessària atesa la redacció actual de l'art. 544-7.1 CCcat.⁴⁰

L'art. 544-7 CCcat admet l'exercici de l'acció negatòria mentre duri la pertorbació (llevat que, tractant-se d'un dret usucapible, que no és el cas, s'hagi consumat la usucupió).⁴¹ Pel que fa a les situacions nascudes a l'empària de la

³⁸ Vegeu la SAP de Barcelona de 21 d'abril de 1999, secció 15a, encara al·legada per la SAP de Barcelona núm. 107/2005, de 26 de febrer (JUR 2005\117646).

³⁹ Vegeu les SAP de Barcelona de 28 de juny de 2004 (JUR 2004\220070), la SAP de Barcelona núm. 273/2005, de 12 de maig (JUR 2005\179003), la SAP de Tarragona de 5 de maig de 2005 (JUR 2005\183285) i la SAP de Tarragona núm. 460/2005, de 9 de novembre (JUR 2006\80640).

⁴⁰ L'FD 6è de la STSJC núm. 24/2002, de 16 de setembre (RJ 2002\9541), destaca la necessitat de fer una interpretació sistemàtica de la llei per superar el buit derivat de la descoordinació dels terminis esmentats: "Si ens atenem a una interpretació sistemàtica de la Llei 13/1990, s'observa inicialment que es regula l'acció negatòria en el seu capítol 2, que s'intitula «De l'acció negatòria i les immissions», mentre que el dret real de servitud es regula en el capítol 2 de la mateixa llei, que porta per rúbrica «Servituds». D'aquesta sistemàtica se'n pot deduir que, quan el seu article 2.5 estableix la prescripció de l'acció negatòria al cap de cinc anys, ho fa perquè contempla la categoria jurídica que regula el capítol 2 de la Llei, és a dir, les immissions, respecte a les quals es pot considerar correcta la posició que adopta el legislador per la via de la prescripció quinquennal. És cert que l'article 2.1 de la llei esmentada permet exercir l'acció negatòria no sols quan el propietari sofreix una pertorbació material del seu dret, cas de les immissions, sinó també quan sofreix una pertorbació jurídica, com succeeix si un tercer s'irroga en dret real de servitud sobre la seva finca; però en aquest darrer cas l'aplicació de la prescripció dels cinc anys no té cap justificació, [...] especialment si no es perd de vista que l'acció confessòria i l'acció negatòria de servitud són la cara i el revers de la mateixa institució i que, per tant, la manca d'una posició concreta, segons la sistemàtica de la llei sobre la prescripció de l'acció negatòria en relació amb el dret real de servitud, aconsella omplir el buit legislatiu en base a una aplicació analògica de la norma més afí, que no és altra que el termini de prescripció que estableix la llei per a l'exercici de l'acció confessòria, avalada també pels precedents, especialment si no oblidem la importància fonamental que l'article 1, II de la Compilació atribueix a l'element històric a l'hora d'interpretar i d'integrar el dret civil vigent" (ponent: Ilm. Sr. Lluís Puig Ferriol).

⁴¹ Vegeu l'art. 545-10 dels *Treballs preparatoris del llibre cinquè del Codi civil de Catalunya*. Les observacions, a les pàgs.122-123, destaquen que aquesta qualitat equipara el termini amb la imprescriptibilitat.

lleï anterior, la disposició transitòria 4a del llibre cinquè CCcat estableix que la negatòria nascuda i no exercida abans de la seva entrada en vigor subsisteix si es manté la pertorbació amb l'abast i els termes de la Llei 13/1990, però subjecta al que estableix el CCcat pel que fa a l'exercici, la durada i el procediment. Per tant, hom ha d'exercir l'acció negatòria en les condicions temporals del llibre cinquè, cosa que fa innecessària l'alteració de qualsevol termini.

Atesa aquesta nova regulació i que el termini de l'acció confessòria ha quedat reduït a deu anys (correlatiu amb el d'extinció de la servitud per no-ús: art. 561-11.a), resulta que, en el context actual, la persona que ha de vetllar per les conseqüències derivades del transcurs del temps esdevé qui pretén ser titular de la servitud. Aquesta opció, coherent amb el principi de llibertat del domini (art. 541.1.2 CCcat), comporta que, un cop transcorreguts deu anys, el titular del gravamen no pot defensar judicialment la seva posició, mentre que el titular pretesament servent sí que roman legitimat per fer-ho.

VALORACIÓ CRÍTICA DE L'ARTICLE 553-45.4 DEL CODI CIVIL DE CATALUNYA

TERESA ROSELL I GAIROLES

ADVOCADA

SUMARI

I. Introducció.....	321
II. Antecedents.....	322
III. Limitació al dret de propietat. Discriminació per l'exercici d'activitat professional o empresarial	323
IV. Quota de propietat - quota de participació.....	324
V. Àmbit de les despeses sobre les quals es pot aplicar el doble de la quota corresponent.....	325
VI. La càrrega de la impugnació judicial	326
VII. Cessament o canvi de l'activitat.....	327
VIII. L'enriquiment injust.....	328
IX. Conclusió.....	328

I. INTRODUCCIÓ

L'art. 553-45.4 del Codi civil de Catalunya regula un supòsit innovador quan disposa:

“El títol de constitució pot establir un increment de la participació en les despeses comunes que correspon a un element privatiu concret en el cas d'ús o gaudi desproporcionat de manera provada d'elements o serveis comuns a conseqüència de l'exercici d'activitats empresarials o professionals en el pis o el local. Aquest increment també el pot acordar la junta de propietaris per majoria de quatre cinquenes parts de propietaris i quotes. En cap dels dos casos, l'increment no pot ésser superior al doble del que li correspondria per la quota.”

Prenc com a motiu de la meua comunicació un aspecte tan concret del Codi com el precepte que acabo de transcriure perquè considero que aquesta previsió

legal comportarà més problemes que solucions a les comunitats de veïns, una relació de convivència ja prou difícil per la contraposició d'interessos entre aquells que destinen l'ús de l'element privatiu com a habitatge de primera o segona residència i aquells que ho fan per desenvolupar-hi una activitat, sigui professional o empresarial; ara ens trobem, doncs, davant d'una novetat legislativa que aportarà més elements de discòrdia.

Difícilment l'adquirent d'un element privatiu acceptarà de bon grat la circumstància d'haver de fer efectiu el doble de la despesa comunitària pel sol fet de desenvolupar una activitat en un espai permès pel títol constitutiu o bé per un acord posterior de la junta de propietaris, i per damunt de tot, la inseguretat jurídica que suposa trobar-se en dependència permanent de la voluntat d'una de les parts: la junta de propietaris.

Sobta que la previsió s'estengui a locals i pisos. Se'ns pot aduir que, si no hi ha ús o gaudi desproporcionat d'elements comuns, el precepte no resulta aplicable. Ara bé, la casuística és tan àmplia i el precepte deixa indefinits tants conceptes, a la vegada que ho fa tan senzill per a la Comunitat, que el problema es decanta cap al titular de l'element privatiu en el qual es desenvolupi l'activitat professional o empresarial. Un cop adoptat l'acord, la càrrega d'impugnar-lo és per al qui està obligat a contribuir amb l'increment, ja que haurà de formular la demanda corresponent en el supòsit que hi hagi un desacord.

II. ANTECEDENTS

Com que no hi ha cap precedent legislatiu en matèria de propietat horitzontal, el contingut de la norma que comentem parteix d'un dels principis declarats en el preàmbul del Codi: la funció social de la propietat, que es manifesta en la regulació amb caràcter general de les restriccions al dret de propietat. Sobre aquesta base la llei imposa certes limitacions al dret de propietat, si bé, com exposarem, aquests límits són discriminatoris no només respecte a la resta de veïns que no destinin l'element privatiu a una activitat empresarial o professional, els quals no són considerats possibles "usuaris en desproporció dels elements comuns", sinó també respecte a moltes activitats que es poden desenvolupar en un element privatiu que comportin un ús o gaudi que es pugui considerar "desproporcionat", segons el text normatiu, i que malgrat això queden exonerades de l'increment de contribució a les despeses.

És cert que, en el marc de la Llei de propietat horitzontal, el referent "quota o coeficient en propietat" no necessàriament determinava sempre la participació en les despeses, perquè podia resultar que, o bé per títol o bé per acord de junta, determinats elements privatius estiguessin exonerats de contribuir a despeses concretes. Ara bé, es tractava sempre d'anar per sota del coeficient o quota fixada, en cap cas la participació s'incrementava, com resulta de la norma que comentem.

III. LIMITACIÓ AL DRET DE PROPIETAT. DISCRIMINACIÓ PER L'EXERCICI D'ACTIVITAT PROFESSIONAL O EMPRESARIAL

La funció social de la propietat, si ha de comportar limitacions al dret dels particulars, s'ha d'estendre a tot propietari sense cap mena de discriminació, tal com fa la norma, la qual s'adreça només als qui exerceixin una activitat professional o empresarial en el supòsit d'ús o gaudi desproporcionat.

Per començar, els tribunals hauran de definir què s'entén per *activitat professional* i *activitat empresarial*. Els qui desenvolupen professions col·legiades titulades? En aquest supòsit la definició la trobem a l'art. 2 de la Llei 7/2006, de 31 de maig, de l'exercici de professions titulades i dels col·legis professionals,¹ però i les no titulades? Si la “professió” no es troba regulada, com es definirà? I l'activitat “empresarial”? Es considerarà com a tal si es compleixen tots els requisits administratius? I en el supòsit que no es compleixin? Els supòsits també són innumbrables aquí, i n'esmento només un: els apartaments en municipis anomenats *turístics* que se cedeixen en arrendament amb un ús i ocupació “desproporcionats”, sigui al llarg de l'any o en temporada d'estiu, molts cops amb excés d'ocupació, es considerarà activitat empresarial? L'arrendador només té el deure de complir les seves obligacions fiscals, però en cap cas no se'l considera, des d'un punt de vista administratiu, “empresari”.

Tanmateix, la discriminació que resulta de la norma no es produeix només entre els veïns que exerceixen activitats i els que no —no se'ns pot negar un mateix ús o gaudi desproporcionat d'elements comuns *amb* activitat o *sense*—, sinó que la discriminació més palesa ho és respecte de totes aquelles altres activitats que no són emmarcables ni en les professions ni en l'empresa.

La discriminació s'accentua pel fet que la norma manté el silenci respecte de “totes” les activitats que es duen a terme en dependències de l'Administració pública i fa que quedi al marge del possible increment de la participació en les despeses comunes, ja que no veiem on es pot encabir la “professió” o “l'activitat empresarial” si ens referim a centres públics de gestió, a delegacions administratives i a seus de jutjats, per exemple, i també a les associacions sense ànim de lucre, als registres públics i a les corporacions de dret privat o públic: col·legis professionals, etc.

I és que si, per raó d'exercir una activitat professional o empresarial sense cap altre requisit afegit, la norma dedueix un possible ús o gaudi desproporcionat, es fa difícil entendre el límit i exclusió respecte de tantes altres activitats que per raó de l'activitat suposen, sense cap mena de prova, un ús desproporcionat dels elements comuns, per exemple una oficina de recaptació d'impostos.

¹ “Als efectes d'aquesta llei són professions titulades les que es caracteritzen per l'aplicació de coneixements i tècniques per a l'exercici de les quals cal tenir un títol acadèmic universitari, acreditatiu de la completa superació d'un pla d'estudis, que habiliti per a l'exercici professional d'acord amb la normativa vigent i, si s'escau, per a complir les altres condicions establertes per llei.”

IV. QUOTA DE PROPIETAT - QUOTA DE PARTICIPACIÓ

La seguretat jurídica respecte de l'obligació principal de tot propietari en règim de propietat horitzontal espanyol, com ara la contribució al pagament de les despeses, amb la senzilla remissió al coeficient en propietat o bé a la quota de participació en el repartiment de despeses, ara és negada per la norma objecte d'aquest estudi, sense tenir en compte la previsió de l'art. 553.3.

I és que resulta contradictori que en el mateix capítol III del títol V, en allò que es refereix a la definició i regulació de la quota, es mantingui el requisit d'unanimitat per a la seva modificació, i l'art. 553-45.4, que aquí comentem, rebaixa a les quatre cinques parts de propietaris i quotes.

L'article 553.3, després d'assenyalar que la quota de participació determina i concreta la relació dels drets sobre els béns privatis amb els drets sobre els béns comuns, afegeix que serveix de mòdul per fixar la participació en les càrregues, els beneficis, la gestió i el govern de la comunitat i els drets dels propietaris en cas d'extinció del règim; llevat d'un pacte (unànim) en contra, la quota estableix la distribució de les despeses. La precisió de la quota s'assigna de manera proporcional a llurs superfícies *tenint en compte l'ús i la destinació*, i s'acaba establint que les quotes es determinen i es modifiquen *per acord unànim dels propietaris*.

Així doncs, un cop regulada la funció de la quota i els criteris per assignar-la, aquesta norma manté, igual que la llei espanyola, la necessitat que hi hagi unanimitat tant per determinar-la com per modificar-la.

Tanmateix, això que acabem d'assenyalar no és cert, i no s'entén la contradicció. Si la quota serveix de mòdul per fixar la participació en les càrregues i no es pot modificar si no és per acord unànim,² i si es poden establir, a més de la quota general, quotes especials per a algunes despeses determinades —apartat 3 de la mateixa norma—, però sempre sota el requisit de la unanimitat, l'article 553-45.4 permet que la junta de propietaris pugui acordar, amb la *majoria de quatre cinques parts de propietaris i quotes*, l'increment en el cas d'ús o gaudi desproporcionat.

I, resolent una possible interpretació forçada d'aquesta contradicció en el sentit que l'art. 553.3 es refereix a la "quota-coeficient" (com a element determinant de la relació dels drets sobre els béns privatis respecte dels béns comuns), mentre que el 553.45.4 es refereix a la "quota de participació" en les despeses, de què serveix l'apartat 4 de l'art. 553-3? *Les quotes (totes) no es determinen i modifiquen per acord unànim dels propietaris?*

² L'article 553-3.4 exposa: "Les quotes es determinen i es modifiquen per acord unànim dels propietaris o, si aquest no és possible, per l'autoritat judicial si les lleis o els estatuts no estableixen una altra cosa".

V. ÀMBIT DE LES DESPESES SOBRE LES QUALS ES POT APLICAR EL DOBLE DE LA QUOTA CORRESPONENT

També s'assenyala que l'increment no pot ser superior al doble del que li correspondria per la quota. Aquesta previsió s'agreuja en detriment dels titulars de l'activitat *sancionats* per l'ús o gaudi desproporcionat dels elements comuns, perquè el legislador no especifica les despeses a les quals vol que contribueixin el doble, si a les ordinàries o a les extraordinàries. L'art. 553.45 porta per títol "Despeses comunes".

Si la "quota", única expressió emprada, serveix per fixar la participació en les càrregues, l'increment s'haurà d'aplicar a totes les despeses,³ ja que allò que la norma no distingeix no ho pot pas fer el tribunal, amb la qual cosa la duplicat pot suposar xifres importants, per exemple, en quotes extraordinàries per rehabilitació de façanes i innovacions o substitucions de serveis. Caldria que tant la previsió que es faci en el títol constitutiu com l'acord de la junta de propietaris adoptat per quatre cinquenes parts, concretessin el tipus de despeses, ja que, si això no és així, com es podran combatre els possibles arguments de la junta de propietaris en el sentit que l'ús o gaudi desproporcionat també ho és respecte de la despesa extraordinària, per exemple, el canvi d'ascensor?

I així tenim oberta la via discriminatòria de la junta de propietaris, que amb les quatre cinquenes parts de propietaris i quotes pot acordar donar el supòsit d'ús o gaudi desproporcionat, pel sol fet que es desenvolupa qualsevol de les activitats assenyalades pel precepte, i donar peu a una manera d'obtenir recursos econòmics, cosa que comportaria, en definitiva, una reducció en l'import de la quota respecte dels propietaris que no exerceixen cap activitat.

Se'ns pot aduir que el coeficient de participació assenyalat per a l'adopció de l'acord és prou elevat i que s'ha de produir el resultat de la manifestació de la voluntat d'un alt percentatge de propietaris. Res més lluny d'allò que succeeix en el dia a dia, en què no és infreqüent que l'assistència a les reunions de junta de propietaris sigui baixa respecte al total de membres.

Si hi afegim la novetat del Codi respecte del còmput de vots,⁴ en què no es distingeix, com feia l'LPH, entre el còmput dels que s'anomenaven *qualificats* i els que s'anomenaven *ordinaris*, aquest nou sistema permet fàcilment l'obtenció del quòrum que demana l'art. 553-45.4 de les quatre cinquenes parts. La mera passivitat dels absents que no impugnin l'acord d'increment de quotes facilitarà que s'adopti aquest acord, fins i tot d'una manera menys compromesa que si assistissin a la reunió de junta de propietaris, i així *voten*.

En un supòsit com el que examinem, en el qual, generalitzant les situacions de fet, els qui desenvolupen activitats professionals o empresarials representen un nombre minoritari de propietaris i quotes en un determinat immoble en règim

³ L'increment no pot ser superior al doble del que li correspondria per la quota.

⁴ L'article 553-26.2 estableix que es computen favorablement els vots que corresponen als propietaris que, tot i que han estat convocats correctament, no assisteixen a la reunió, si després no s'oposen a l'acord.

de propietat horitzontal, el seu vot contrari pot no ser suficient per rebaixar les quatre cinquenes parts de propietaris i de quotes.

VI. LA CÀRREGA DE LA IMPUGNACIÓ JUDICIAL

Havent vist més amunt la facilitat amb què la junta de propietaris pot adoptar l'acord, s'ha de considerar la possibilitat que el legislador havia de preveure l'obligació de la junta de propietaris de complir uns requisits de procedibilitat per omplir el terme de *desproporció*, tan indefinit segons el contingut previst, ja que l'afegit "de manera provada" suposa una valoració subjectiva dels beneficiats i es pot aconseguir recurrent, senzillament, als rètols, les plaques o els anuncis que indiquin una activitat professional o empresarial, que per si mateixa evidencii un ús o gaudi desproporcionat dels elements comuns: una acadèmia, un advocat, un metge, un gestor sempre podran pressuposar, d'entrada, un ús o gaudi —fórmula disjuntiva— diferent d'aquell que en faci la resta de comuners.

Certament, sembla que la norma concreta una mena de requisit per adoptar l'acord d'increment de la participació: que l'ús o gaudi sigui desproporcionat *de manera provada*. Sense cap altre requisit per a l'adopció de l'acord, és fàcil que la junta de propietaris qualifiqui de desproporcionat l'ús o gaudi dels elements comuns; és clar que en el procés haurà de provar-ho, però, d'entrada, qui ha d'iniciar la demanda és sempre el perjudicat en la impugnació de l'acord.

La impugnació dels acords adoptats per la junta de propietaris només es pot fer seguint el procediment ordinari segons la regulació processal vigent —art. 249.8 LEC— i en un termini que ara estat reduït a dos mesos —art. 553-31.3. Com passa sovint, doncs, el propietari que no ha assistit a la reunió i que no ha tingut la cura de llegir l'acta de la reunió, té notícia de l'increment quan se li reclama la quota. Llavors, com que ha sobrepassat el termini d'impugnació i l'acord pot no ser contrari als estatuts o al títol constitutiu i s'ha adoptat conforme a la previsió legal, no hi cap l'exercici de l'acció en el termini d'un any i, en conseqüència, l'acord esdevé ferm.

Per tractar-se d'una previsió legal tan transcendent per al que està obligat a contribuir, no s'entén que el legislador no hagi previst una mena de requisit previ a la validesa de l'acord, tal com ha fet mantenint el model de la llei espanyola, pel cessament de l'activitat,⁵ fos prèviament a l'adopció de l'acord, requerint informació administrativa, o bé *a posteriori*, mitjançant el deure de comunicació fefaent expressa.

L'afavoriment legal que suposa aquesta norma vers la junta de propietaris es pot portar més lluny davant la gens infreqüent pràctica d'exercici d'activitats professionals o empresarials en elements privatis la destinació dels quals era un altre segons el títol, com ara el d'habitatge o també un magatzem. Fins ara la comunitat combatia aquest canvi per mitjà de dues accions: la de prohibició del títol i la d'activitat molesta. Mentre que la jurisprudència, respecte de la prohibició

⁵ Article 553-40.2.

del títol, s'ha anat decantant cap a una línia uniforme i ha consolidat el criteri de la necessitat de la constància en el títol constitutiu de la prohibició expressa per admetre favorablement la petició de cessament de l'activitat, tal com preveu ara l'art. 553-10.2 c)⁶ del Codi, l'admissió de l'activitat molesta com a conseqüència de l'alteració de la destinació no ha trobat una posició jurisprudencial semblant, i així, partint del fet que la "quota de convivència" prevista en el títol tanca la possibilitat de modificar la destinació, trobem sentències tant en un sentit com en un altre. Tenim una sentència recent de l'Audiència Provincial de Terol de 10 d'octubre de 2006 que disposa que l'alteració de la destinació, un traster per a habitatge, s'emmarca en l'activitat molesta i acull la demanda de la comunitat, en el sentit indicat.⁷

Doncs bé, hem fet el relat precedent per donar més relleu a la prerrogativa que dóna la protecció legal de l'art. 553.45.4 a la comunitat, en el sentit següent: és cert que, desapareguda la prohibició d'alteració de la destinació, llevat que s'estableixi així en els estatuts, el titular podria dur a terme qualsevol canvi; ara bé, en el supòsit que l'activitat desenvolupada estigués prohibida per títol, malgrat que no resultés ni perillosa ni molesta, la Comunitat tindria dues possibles imposicions al titular de l'element privatiu: *a)* optar per la via judicial per al cessament de l'activitat per prohibició expressa del títol, i *b)* adoptar l'acord d'increment de quota i així satisfer la voluntat material recaptatòria, la qual freqüentment concorre en aquests supòsits. O bé es paga o bé es demanda.

VII. CESSAMENT O CANVI DE L'ACTIVITAT

La norma tampoc no resol el que succeeix quan la junta de propietaris ha de prendre l'acord de deixar sense efecte l'increment de la participació en les despeses, sigui perquè així ho estableixi el títol o perquè precedeixi un acord de junta amb motiu del cessament voluntari de l'activitat. L'acord també l'haurà de prendre la majoria de les quatre cinquenes parts de propietaris i quotes? L'acord

⁶ 553.10-2.c) No cal el consentiment de la junta de propietaris per a la modificació del títol de constitució si la motiven els fets següents:... *c)* Les alteracions de la destinació dels elements privatis, llevat que els estatuts les prohibeixin.

⁷ "...este Tribunal considera que, en un caso como el presente, el uso como vivienda de un trastero encuentra su encaje en el precepto legal invocado, art. 7.2 de la Ley de Propiedad Horizontal. No porque se trate de una actividad prohibida por los estatutos, sino por tratarse de una actividad no permitida, expresamente desautorizada por la Comunidad de Propietarios, que entraña un potencial daño de la finca al intensificar un uso desautorizado y desproporcionado de los elementos comunes en beneficio de un propietario o un grupo de ellos, sin correspondencia de cuota de participación proporcional. Actividad que resulta como poco molesta a los vecinos, a quienes se obliga a soportar un uso intensivo y no previsto de los elementos comunes, sin contraprestación, generando una cuota de convivencia no prevista, incómoda siempre proporcionalmente; con el consiguiente malestar entre los vecinos y copropietarios por el abuso que representa, malestar que no casa con los principios de solidaridad y buena vecindad que inspiran el marco de convivencia en las relaciones de vecindad."

és possible a l'empara de l'autonomia de la voluntat de la junta de propietaris, malgrat que la llei no ho estableixi, però, novament, excepte que ens trobem davant d'un supòsit prou rellevant (cessament de l'activitat) —en el qual es faria palès l'abús de dret de la comunitat en cas de negar la supressió de l'increment—, si el cas es donés per un canvi d'activitat que no comportés l'ús desproporcionat dels elements comuns, el propietari *sancionat* seria el qui es veuria obligat a demandar judicialment perquè es corregís l'aplicació de l'increment. Un altre cop trobem el titular de l'element privatiu en inferioritat de condicions respecte a la comunitat.

VIII. L'ENRIQUIMENT INJUST

Un cop establerta la desproporció, no es preveu cap mena de contraprestació. Si, per exemple, es considera que concorre l'ús desproporcionat d'un element comú, com ara la utilització de l'escala amb la consegüent necessitat d'un servei de neteja amb més periodicitat, la norma no mana que els ingressos provinents de l'increment de la participació tinguin per destinació atendre el manteniment i conservació d'aquells elements utilitzats desproporcionadament. La previsió de la norma s'adreça a l'increment amb un límit del doble, i en aquest excés no s'inclouen només les despeses generades per l'ús o gaudi desproporcionat, sinó totes les despeses que genera la comunitat. L'obligació s'estén a l'assegurança, el subministrament de serveis, el manteniment de *tots* els serveis comuns, les reparacions ordinàries i/o extraordinàries, en definitiva, a totes les partides compreses en els pressupostos.

Per això abans hem apuntat que aquesta previsió legal es pot entendre com una mena de sanció o multa, ja que es produeix un enriquiment injust per part de la comunitat, que no té l'obligació correlativa d'incrementar les despeses per raó de l'ús o gaudi desproporcionat, un empobriment de qui està obligat a pagar l'increment de la participació en les despeses comunes, i s'aprecia una manca de causalitat, perquè no es justifica el desplaçament patrimonial, i qui el rep pot donar-hi la destinació que li sembli millor.

IX. CONCLUSIÓ

La norma que estableix l'art. 553-45.4 del Codi civil de Catalunya regula un aspecte que no ha demanat la societat, i n'és una prova l'escassa o nul·la jurisprudència sobre el particular. La possibilitat d'exercir activitats empresarials o professionals en els condominis en règim de propietat horitzontal estava garantida per la mateixa llei espanyola, amb una jurisprudència consolidada, que deixava a l'autonomia de voluntat la previsió de desenvolupar determinades activitats o bé de prohibir-les, amb l'establiment de quotes de participació que prenien com a possible paràmetre les activitats per desenvolupar i amb la constitució de tots aquells elements jurídics que

donessin seguretat a l'adquirent en el marc d'aquest règim de propietat. Aquesta seguretat desapareix en el Codi civil de Catalunya, que deixa a la voluntat de les quatre cinquenes parts dels copropietaris el fet de decidir si s'ha d'establir un increment de la participació en les despeses o no, i que no obliga a destinar les quantitats percebudes a incrementar els serveis pels quals se suposa que es fa un ús o gaudi desproporcionat.

COMUNICACIONS A LA QUARTA PONÈNCIA

COMENTARIO CRÍTICO SOBRE LA EFICACIA DE LA NOTIFICACIÓN NOTARIAL EN LA CONSTITUCIÓN DEL DERECHO REAL DE RETENCIÓN SEGÚN LA JURISPRUDENCIA

REYES BARRADA ORELLANA

PROFESORA DE DERECHO CIVIL
UNIVERSITAT ROVIRA I VIRGILI

SUMARIO

I. Naturaleza real del derecho de retención.....	333
II. La comunicación notarial. ¿requisito de constitución o de eficacia del derecho de retención?.....	334
III. El valor de la notificación notarial en las decisiones del TSJC.....	335
1. Sentencia 24/2001, de 19 de julio, del TSJC.....	335
2. Sentencia 25/2006, de 19 de junio, del TSJC.....	336
3. Líneas fundamentales de la postura jurisprudencial.....	338
IV. Crítica a la postura jurisprudencial. Interpretación del artículo 569-5.1 CCCat.....	338
1. Interpretación literal y su relación con los antecedentes legislativos de la norma.....	338
2. Interpretación contextual.....	339
3. Interpretación según el espíritu y la finalidad de la norma.....	340
4. Interpretación lógica.....	341
5. Conclusión.....	342
V. La situación de retención.....	343

I. NATURALEZA REAL DEL DERECHO DE RETENCIÓN

Los artículos 569-1. a 569-11. CCCat, incluidos en el capítulo IX, están dedicados a la regulación del derecho de retención. En este texto, lo mismo que en las leyes que sobre la misma materia le precedieron, el derecho de retención se configura como derecho real de garantía, al que se le otorgan los efectos que son propios de los derechos de tal naturaleza, especialmente, la posibilidad de realizar el valor del bien retenido por los procedimientos legalmente establecidos y siempre que concurren los presupuestos y requisitos igualmente determinados.

La configuración del derecho de retención como derecho real fue una de las novedades más significativas de la Llei 22/1991, de garanties possessòries sobre cosa moble (LGP) que, entre otras cosas, evitó que trascendiera a su ámbito el desconcierto que existe en torno a la naturaleza jurídica del derecho de retención previsto por el ordenamiento estatal. La regulación fragmentada y dispersa del derecho de retención en el Código civil estatal y el carácter casuístico de sus

supuestos, en los que se prevé como remedio específico para situaciones concretas y con diferente alcance y efectividad, hace extremadamente difícil, cuando no imposible, determinar de forma unánimemente admitida la configuración jurídica de la institución. Esta misma naturaleza real del derecho de retención es la que se mantuvo en la Llei 19/2002, de drets reals de garantia (LDRG) y la que se mantiene en la legislación vigente.

II. LA COMUNICACIÓN NOTARIAL, ¿REQUISITO DE CONSTITUCIÓN O DE EFICACIA DEL DERECHO DE RETENCIÓN?

Para la válida constitución del derecho real de retención el artículo 569-5. exige literalmente que los retenedores notifiquen

“notarialment als deutors, als propietaris si són unes altres persones i als titulars dels drets reals, si escau, la decisió de retenir, la liquidació practicada i la determinació de l'import de les obligacions que estableix l'article 569-4.”

De ello se deduce que el derecho de retención queda constituido cuando el *“posseïdor de bona fe d'un bé aliè”* al que se refiere el artículo 569-3 CCCat. emita una declaración de voluntad expresada formalmente a través de la comunicación notarial, por la que haga pública su voluntad de mantenerse en la posesión del objeto como titular de un derecho de retención, en garantía del pago de una deuda de las descritas en el artículo 569-4 CCCat. En definitiva, y a mi juicio, según el artículo 569-5 CCCat. la notificación notarial es la única forma legalmente admitida para la válida constitución de esta garantía.

No obstante, la tesis que considera la comunicación notarial como requisito esencial de constitución del derecho real de retención no es la comúnmente admitida, sino, más bien, al contrario. La opinión mayoritaria considera que la notificación notarial a la que se refiere el artículo 569-5 CCCat. no es un requisito de constitución del derecho real de retención, sino un requisito de eficacia o de ejercicio. Se entiende que el derecho de retención queda igualmente constituido cuando se demuestre que el deudor conoce la situación de retención y las condiciones de la deuda que la causa, si bien la garantía sólo despliega su completa efectividad en el momento en que se notifique notarialmente, con carácter recepticio. En consecuencia, según esta línea, el acreedor puede constituirse en retenedor al margen de la comunicación notarial. En este caso, al retenedor se le reconoce la facultad de mantenerse en la posesión de la cosa retenida, como mecanismo de compulsión pasivo al pago de su crédito, pero nada más. El resto de los efectos legalmente previstos para el derecho real de retención sólo se desplegarán a partir de que el retenedor decida cumplir con el requisito de la comunicación notarial, lo que significa que hasta que esto suceda no le será posible extender la garantía a los intereses que el crédito genere (art. 569-4. d CCCat.), proceder a la realización del valor del objeto retenido (art. 569-7. y 8. CCCat.), ni oponer la garantía a terceros (art. 569-5. 1.,

2. y 3. CCCat.), de la misma manera que ni el deudor, ni el propietario ni, en su caso, los titulares de derechos reales sobre el bien retenido podrán oponerse a la retención constituida, ni los dos primeros sustituir la retención por otra garantía suficiente (art. 569-11. CCCat.).

III. EL VALOR DE LA NOTIFICACIÓN NOTARIAL EN LAS DECISIONES DEL TSJC

Esta última tesis, que considera prescindible la comunicación notarial para la válida constitución del derecho real de retención, es la que ha quedado plasmada en las sentencias que el TSJC ha dictado al respecto, concretamente el 19 de julio de 2001, bajo la vigencia de la LGP, y, recientemente, el 19 de junio de 2006, bajo la vigencia de la LDRG. En ambas se resuelven en casación contra sendas sentencias dictadas en grado de apelación por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Tarragona (en el mismo sentido resolvió también la Sección 12ª de la Audiencia Provincial de Barcelona en la Sentencia de 5 de marzo de 2004, FD Tercero).

I. Sentencia 24/2001, de 19 de julio, del TSJC

En la sentencia de 19 de julio de 2001, el Tribunal consideró oportuno mantener la tesis seguida por la Audiencia, que apreciaba la existencia de derecho real de retención a pesar de no haber sido notificado notarialmente, básicamente por dos motivos. En primer lugar, se entendió que la indeterminación del artículo 4.2 LGP, que no especificaba plazo alguno para que el acreedor procediera a notificar notarialmente, y el hecho de que en el mismo precepto no se dijera expresamente que la validez del derecho real de retención quedaba condicionada a la existencia de notificación notarial, permitía deducir que, efectivamente, esta última no era necesaria para la existencia de la garantía (FD Segundo, par. 14). Y en segundo lugar el Tribunal consideró que de la lectura del artículo 4.2 LGP quedaba claro que la notificación notarial tenía como objetivo

“el coneixement per part del deutor dels fets que han conduït a la retenció de la cosa mòble de la seva propietat (o d'un tercer se s'escau) (...) Però, si el deutor és coneixedor de l'import del deute i de les circumstàncies de la retenció de que parla l'article 4, i no hi ha motius per pensar que el deutor s'ha vist privat ja de defensar-se de la retenció, ja de substituir la cosa retinguda, res no justifica l'exigència de la notificació notarial amb efectes constitutius del dret” (FD Segundo, pp. 15 y 16).

En su consecuencia, habiendo quedado acreditado que el deudor conocía tanto el origen como el importe de su deuda y pudo reaccionar haciéndola efectiva, el derecho de retención quedó constituido cuando el acreedor invirtió su concepto posesorio y pasó a poseer en concepto de retenedor (FD Segón, pp. 17 y 18).

Llama la atención en la sentencia que ahora se comenta que, no obstante asegurar que el deudor, en tanto conocedor de la situación, no “*s'ha vist privat ja*

de defensar-se de la retenció, ja de substituir la cosa retinguda”, el Tribunal atiende y fundamenta su decisión en el criterio doctrinal que transcribe y según el cual

“l'exercici del dret de retenció sense observança dels requisits previstos en l'article 43.2 de la LGP, suposa la privació de la plenitud dels efectes que dispensa el legislador, ja que no gaudiria d'eficàcia en front a tercers ni es donaria la facultat de realització del valor del bé” (FD Segundo, p. 19).

En este caso, como se puede apreciar, el Tribunal consideró que el derecho de retención constituido al margen de la comunicación notarial desplegaba ciertos efectos, además de la mera retención posesoria.

2. Sentencia 25/2006, de 19 de junio, del TSJC

La reciente sentencia del TSJC de 19 de junio de 2006 también confirma íntegramente la Sentencia de la Audiencia provincial contra la que se formula casación y que deniega la existencia de derecho real de retención con base a lo dispuesto por la hoy derogada LDRG. En este caso, al contrario que en el anterior, el derecho de retención pretendido se refería a un inmueble. En esta Sentencia, igual que en la anterior, el Tribunal considera que la notificación notarial es un requisito, no de constitución, sino “*per l'exercici del dret de retenció*” (FD Quinto, par. 11). Pero, aún así, tampoco queda claro si la comunicación notarial es necesaria en todo caso para el ejercicio del derecho o es simplemente una de las formas que puede utilizar el acreedor para poner al deudor en conocimiento fehaciente de la situación y demostrar ese conocimiento. Así, se dice que

“En el supòsit debatut es procedent afirmar que no s'ha acomplert la reclamació notarial regulada en l'article quart de la Llei 19/2002, requisit per l'exercici del dret de retenció que, o bé es pot considerar com a exigència ineludible, o simplement entendre que cerca un coneixement fefaent per part del propietari, del deute que se li reclama i de les conseqüències del seu impagament” (FD Quinto, par. 11).

No obstante, a pesar de lo anterior, parece que el Tribunal se decanta por el segundo de los criterios, es decir, por entender que la notificación notarial no es preceptiva tampoco para el ejercicio del derecho, sino que es una forma más de poner al deudor en conocimiento de la situación. Eso es lo que a mi juicio se desprende cuando el argumento o justificación de la decisión atiende al hecho de que

“en el supòsit que ara tractem els requeriments del demandant als demandats cercaren només la declaració del dret de propietat de la finca litigiosa, i en cap cas posaven de manifest l'exercici d'un dret de retenció que es podria alçar amb el pagament d'una determinada quantitat” (FD Quinto, par. 11).

lo que podría ser interpretado, a *sensu contrario*, que si los requerimientos hubieran puesto de manifiesto el ejercicio de un derecho de retención que pudiera alzarse con el pago de la deuda hubieran servido para constituirlo o, incluso, para ejercitarlo.

El Tribunal también considera en esta Sentencia la posibilidad de constitución judicial del derecho real de retención, prescindiendo del trámite notarial, pero

no aporta ninguna argumentación que permita deducir claramente su postura al respecto. En este punto, la Sentencia se limita a poner de relieve que

“Tampoc es podria considerar que en aquest litigi, el dret de retenció s’ha volgut constituir judicialment prescindint del tràmit notarial de l’article 4 de la Llei catalana reguladora dels drets realde garantia, ja que la demanda no dona satisfacció a les exigències d’aquest precepte legal, és a dir: ni és concreta suficientment l’import del deute, ni s’exerceix amb contundència el dret a cobrar el mateix ni, finament, es comunica l’exercici d’un pret de retenció, sinó que en realitat el que es fa palès en ella es l’interès del posseïdor de continuar amb la possessió pacífica d’un immoble que pertany a un tercer” (FD Quinto, par. 12).

De ello no se puede deducir que si en la demanda se hubieran hecho constar los extremos a los que la Sentencia se refiere la decisión del Tribunal hubiera sido la opuesta, es decir, considerar la existencia de derecho real de retención a favor del demandante.

Tampoco queda claro en la Sentencia que ahora se comenta si la notificación notarial es absolutamente imprescindible para que el derecho de retención sobre un inmueble pueda ser inscrito en el Registro de la Propiedad. El texto legal dispone que,

“Els retenidors, una vegada notificada notarialment la decisió de retenir, si el dret de retenció recau sobre una finca o un dret inscrit sobre una finca, poden exigir als seus titulars l’atorgament de l’escriptura de reconeixement del dret d retenció, als efectes de la inscripció d’aquest en el Registre de la Propietat” (art. 569-5.3. CCCat).

Por lo tanto, a tenor de lo dispuesto en este precepto entiendo que los retenedores sólo pueden exigir la escritura de reconocimiento una vez ya sean titulares del derecho de retención, que habrá nacido por la correcta notificación, cualquiera que sea la forma en que se admita. Sin embargo, en la sentencia se dice que

“la nova declaració del dret de retenció en la regulació actual només té sentit en cas de poder ésser inscrit en el Registre de la Propietat, per tal de protegir al retenidor en front de qualsevol actuació en contra seva per part de la propietat, i, aquesta inscripció només es podria practicar en cas que el demandant hagués acomplert les exigències de l’article 4 de la Llei 19/2002” (FD Quinto, par. 13).

lo que, a mi juicio, no es del todo correcto. Considero, como he dicho, que el derecho de retención sobre inmuebles se constituye cuando se cumplen los requisitos que demandan los artículos 569-3. CCCat. y 569-5. 3. CCCat. y, desde ese momento ya es oponible, como mínimo, entre las partes. La inscripción del derecho en el Registro pretende la completa oponibilidad del derecho de retención sobre inmuebles también frente a los terceros que desconocieran la existencia del derecho. Pero desde el momento en que la escritura de reconocimiento ha de solicitarse al propietario actual, éste, aunque sea persona distinta del deudor, queda enterado no solo por la notificación que debe de recibir -requisito de constitución o de eficacia, según se entienda- (art. 569-5.1. CCCat.), sino también por la solicitud de reconocimiento del derecho de retención (art. 569-5.3. CCCat.), con lo que la garantía le es oponible desde el

principio. Lo que sí podría suceder es que no hubiera sido posible notificar al actual propietario del bien, porque su identidad y su titularidad sobre la finca retenida no constara en el registro, pero entonces la notificación se hubiera dirigido a quien apareciera como titular registral, aunque éste no pudiera otorgar la escritura de reconocimiento de la garantía, en cuyo caso podría aplicarse por analogía lo dispuesto en el artículo 569-8.3.i) CCCat., y acudir a la autoridad judicial.

3. Líneas fundamentales de la postura jurisprudencial

En definitiva, de la línea seguida por el TSJC en esta materia se deduce lo siguiente, en cuanto a la constitución del derecho de retención se refiere:

1. que la comunicación notarial sólo tiene como objetivo el conocimiento fehaciente de la situación por parte del deudor,
2. que el derecho real de retención se constituye cuando quede demostrado que el deudor conoce la situación de retención, esto es, que se ha producido el cambio en el concepto posesorio del acreedor, quien ha pasado a retener como garantía del pago de una obligación determinada, y
3. que la notificación notarial en ningún caso tiene un carácter constitutivo del derecho real de retención, sino que únicamente puede resultar necesaria para que la garantía despliegue su completa eficacia.

IV. CRÍTICA A LA POSTURA JURISPRUDENCIAL. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 569-5.1 CCCAT

La línea seguida hasta el momento por el TSJC, que considera que la notificación notarial a la que se alude en el artículo 569-5 CCCat. no es un requisito esencial de constitución del derecho real de retención no es correcta, a mi juicio, por los motivos que a continuación se exponen.

1. Interpretación literal y su relación con los antecedentes legislativos de la norma

La subsección primera de la Sección segunda, del Capítulo IX del CCCat se titula “*Dret de retenció*” (arts. 569-3 a 569-11). El artículo 569-5 CCCat, integrado, por tanto, en la regulación del derecho de retención, lleva como título “*Constitució*”. Este mismo título es el que encabezaba el artículo 4 LDRG, que sustituyó al artículo 4.2 LGP. Con el artículo 4.2 LGP podía haber surgido la duda en cuanto no se especificaba la eficacia que debía reconocerse a la comunicación notarial. Es decir, el precepto se integraba en un segundo párrafo de un artículo, sin título alguno que mencionara la funcionalidad de la notificación notarial. Pero con la primera reforma, el artículo 4 LDRG debería haber solucionado esa cuestión al titular el precepto “*Constitució*”, sin que nada se dijera en el Preámbulo del cambio de eficacia de la notificación notarial. La misma fórmula se repite en el vigente artículo 569-5.1. El derecho real de retención ha sido regulado en los últimos 15

años por tres cuerpos normativos diferentes (LGP, LDRG y CCCat.), y en los tres se ha repetido la misma fórmula de constitución de la garantía, aunque con mayor claridad y contundencia en los dos últimos. Entiendo que si el legislador hubiera querido decir otra cosa, esto es, si hubiera querido que la notificación notarial sólo fuera necesaria para la efectividad del derecho y no para su constitución, no tenía más que haberlo dicho. Y decirlo le hubiera resultado fácil, aprovechando las dos modificaciones que en pocos años se han sucedido, la última este mismo año.

La expresión literal contenida en el 569-5.1. CCCat. tampoco admite dudas en cuanto a su interpretación. El precepto dice que los retenedores *“han de notificar notarialment”*. Queda, pues, claro que el acreedor tiene que notificar y que esa notificación ha de ser “notarial”. El carácter notarial de la notificación no puede ser puesto en duda puesto que, además de que en el precepto que comentamos es la que nominalmente consta, la misma expresión se repite en varias partes del articulado dedicado a reglamentar el derecho real de retención. Así, se alude a la notificación notarial en el artículo 569-5.3. CCCat., según el cual el retenedor, *“una vegada notificada notarialment la decisió de retenir”*, puede exigir el otorgamiento de la escritura de reconocimiento de su garantía sobre la finca retenida. La misma fórmula se emplea también en el artículo 569-7.1. CCCat., que faculta al retenedor a iniciar la realización del valor del bien retenido *“una vegada transcorreguts dos mesos des de la notificació notarial de la decisió de retenir”*.

Queda igualmente claro que cuando el legislador quiere referirse a otro tipo de notificación, que pueda articularse de diferentes formas, utiliza otras expresiones. De esta manera, en el artículo 569-7.2. CCCat., que impone la obligación de *“notificar fejaentment”* el acuerdo de venta directa a los titulares de derechos reales conocidos sobre el bien mueble cuyo valor se pretende realizar. La misma expresión, esta misma fórmula es la que se utiliza en el artículo 569-8.2. CCCat. cuando el bien a enajenar por venta directa es de naturaleza inmueble.

2. Interpretación contextual

Dice el artículo 569-10.2. CCCat., que:

“La comunicació de la decisió de retenir a què fa referència l'article 569-5. es pot substituir, en el cas de béns mobles de poc valor, per una notificació feta per burofax, per correu certificat amb avís de recepció o per qualsevol altre mitjà que n'acrediti suficientment la recepció”.

El precepto se refiere al requisito de constitución del derecho real de retención cuando la cosa retenida es un bien mueble de valor inferior al importe de tres meses de salario mínimo interprofesional (art. 569-10-1. CCCat.).

En estos casos, y por un fundamento de equivalencia económica, la ley prevé un mecanismo alternativo para la constitución y el ejercicio del derecho real de retención cuando recaiga sobre un bien mueble de “poco valor” económico (p.e. por la reparación de un electrodoméstico, de un aparato de telefonía móvil o de una joya). En estos supuestos, la constitución y el desenvolvimiento del derecho real de retención, aunque técnicamente posible, supone un esfuerzo económico

para el acreedor que no se corresponde con el valor de la cosa. Atendiendo a lo anterior se brinda la posibilidad legal de constituir la garantía por un sistema sencillo, prescindiendo, si se quiere, de la notificación notarial que, sin duda, encarece el proceso constitutivo. Tan sólo se exige una comunicación que acredite suficientemente la recepción.

La interpretación contextual del artículo 569-5.1. CCCat., especialmente en su relación con el artículo 569-10.2. CCCat., permite deducir en sentido contrario que cuando la ley prevé la sustitución de la forma ordinaria y general de constitución de la garantía en un solo supuesto, al que menciona y describe expresamente, eso significa que los demás supuestos quedan siempre sometidos a la norma general. En el caso que nos ocupa, el artículo 569-10.2. autoriza expresamente al acreedor a constituir el derecho de retención al margen de la comunicación notarial, atendiendo a un supuesto de hecho concreto. Fuera de este supuesto y ante la ausencia de autorización legal, el acreedor se encuentra obligado a constituir su garantía según lo dispuesto en las normas generales o, lo que es lo mismo, notificando notarialmente su decisión de retener, la liquidación practicada y el importe del crédito insatisfecho por el que se retiene.

3. Interpretación según el espíritu y la finalidad de la norma

El derecho real de retención fue configurado en Cataluña, desde un inicio, en la LGP, como una institución autónoma y unitaria, a la que se otorga una única naturaleza jurídica, una única regulación y el mismo grado de efectividad cualquiera que sea la obligación que asegura. El derecho de retención es, en Cataluña, un derecho de garantía de naturaleza real al que corresponden los efectos propios de los derechos de la misma naturaleza.

La ordenación completa, unitaria y homogénea del derecho real de retención, evitando la situación de desconcierto que caracteriza esta institución en el ámbito del Código Civil estatal, dotó de seguridad a la garantía, que en todo supuesto tiene el mismo contenido y efectividad.

Pero si se considera que el derecho de retención nace por el simple cambio de concepto posesorio del acreedor o cuando quede demostrado que el deudor conoce por cualquier medio la situación de retención, si bien la garantía sólo adquiere su plena eficacia una vez realizada la notificación notarial, nos encontramos, en la práctica, con una duplicidad de derechos de retención: el notificado y el no notificado, con efectos diferentes, lo que se opone al espíritu y a la finalidad perseguidos por la norma. Es decir, si es posible que en garantía de una misma obligación exista un derecho de retención que únicamente permita a su titular mantenerse indefinidamente en la posesión del bien retenido, mientras no le sea satisfecho su crédito, pero que no le faculta para el ejercicio del resto de las acciones legalmente previstas; y un derecho de retención notarialmente comunicado y, por ello, plenamente efectivo, nos encontramos ante una situación que se opone frontalmente al deseo de homogeneidad y seguridad que la regulación de la garantía pretende.

En cambio, si se entiende que, tal y como reclama el artículo 659-5. CCCat., la notificación notarial es un requisito esencial de constitución del derecho real de retención, nos encontramos con una garantía homogénea, con el mismo contenido y efectividad en cualquiera de los supuestos y que, desde su constitución permite a su titular ejercitar todas sus facultades con carácter *erga omnes*.

4. Interpretación lógica

El derecho real de retención regulado en el CCCat. es una garantía de constitución unilateral y de origen legal. La forma de constitución del derecho de retención distingue a esta garantía de otras similares en sus efectos, como pueda ser la prenda, precisamente por el carácter unilateral de su constitución. La constitución del derecho de retención no requiere pacto alguno entre las partes de la relación obligacional de la que trae causa, ni pacto de constitución con el propietario del bien, si fuera persona distinta del deudor. Es el acreedor insatisfecho quien decide cambiar su concepto posesorio por el de retenedor y constituirse en titular de una garantía real que, entre otros efectos, le permite no sólo mantenerse indefinidamente en posesión de la cosa retenida, sino proceder a la enajenación de la misma, incluso con la oposición de su propietario -como efecto más característico de este tipo de garantías- (arts. 569-7. y 569-8. CCCat.), para cobrarse con el precio obtenido.

El acreedor que decide retener es ya, además, poseedor del bien sobre el que recaerá la garantía. Es decir, en la constitución del derecho de retención no existe transmisión posesoria -que en la prenda se considera requisito de constitución de la garantía (569.13.1. a) CCCat. y desempeña una función de publicidad frente a terceros. En el derecho de retención la transmisión posesoria se produce un momento previo y por una causa previa (reparación, depósito,...), con lo que no desempeña en este caso una función de publicidad que permita a los terceros conocer el cambio en la situación jurídica del bien que ha sido afectado en garantía del pago de una deuda determinada.

Dado que el derecho real de retención se constituye por la sola voluntad del acreedor sobre un bien cuya posesión de buena fe ya detenta, tanto el deudor como el propietario pueden desconocer la decisión del acreedor y, por consiguiente, la carga real y objetiva que limita y grava el dominio de los bienes sobre los que recae.

Atendiendo a lo anterior y, especialmente, a la beligerancia de la garantía real, resulta absolutamente necesario que el derecho real de retención se constituya de la forma más cierta, segura y fehaciente que sea posible, y que se comuniquen de igual manera a las personas interesadas, para que reaccionen como consideren necesario en la defensa de sus intereses. Y la forma de constitución cierta, segura y fehaciente que garantiza en mayor grado el conocimiento de la situación es la notificación notarial, que es la única a la que la ley se refiere.

En definitiva, se trata de atender y cumplir con el principio de seguridad jurídica en la publicidad de los gravámenes impuestos sobre el dominio, base esencial de los derechos reales, cuya necesidad se hace más patente cuando estos derechos se constituyen sin contar con la voluntad del perjudicado. Atendiendo

a ello, considero que la ley integra la notificación notarial como requisito de existencia del derecho real de retención, en contrapartida al carácter legal de la garantía y a la iniciativa unilateral del retenedor.

5. Conclusión

Por todas las anteriores consideraciones, concluyo que en el ámbito del CCCat., y en desacuerdo con lo resuelto por el TSJC en la Sentencia de 19 de julio de 2001 y en la reciente Sentencia de 19 de junio de 2006, que confirman en apelación lo resuelto por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Tarragona, para la válida constitución del derecho real de retención no valen otras formas de conocimiento o comunicación al margen de la notificación notarial.

El derecho de retención es de naturaleza potestativa, esto es, es un derecho que el ordenamiento pone al alcance del acreedor insatisfecho que unilateralmente modifique su concepto posesorio. El acreedor que así lo considere, y siempre que concurren los presupuestos legalmente establecidos (art. 569-3. y 569-4. CCCat.), puede constituir derecho real de retención mediante la notificación notarial. De otro modo, si el deudor o el propietario reclaman la devolución del bien antes de que el acreedor les haya notificado notarialmente, éste no tiene más remedio que devolverlo o constituir formalmente la garantía. Si el acreedor se niega a la devolución y no constituye formalmente el derecho de retención, entrará en mora con las responsabilidades propias de esa situación.

La postura formalista que aquí se defiende, aunque minoritaria, es, no obstante, la que se acogió y mantuvo por la Audiencia Provincial de Barcelona en dos ocasiones. Así, en la Sentencia de 16 de marzo de 1999, según la cual

“Esta enérgica garantía exige rigor formal en su constitución y a tal efecto, el art. 4 de la ley señala en su apartado segundo que «el retenedor comunicar notarialmente al deudor y al propietario, si fuera distinto, la decisión de retener, la liquidación practicada y la determinación del importe de las obligaciones precedentes» (...) “Tan clara dicción legal sobre la necesidad de comunicación notarial de la retención conduce a la desestimación del recurso, pues evidentemente resulta que la notificación por telegrama que se efectuó no cumple el requisito de forma que, con su carácter *ad solemnitatem*, regula la Ley mencionada” (FD Segundo, par. 3 y 4).

Y, también en el auto de 31 de enero de 2000:

“La enérgica garantía que el mismo comporta, llegando incluso a la posibilidad de ejecución forzosa del bien retenido, exige que se cumplan rigurosamente las formalidades que la Ley establece para su constitución (...) A tal efecto, el art. 4.2 exige la comunicación notarial al deudor y al propietario, si fuere distinto, de la decisión de retener, la liquidación practicada y la determinación del importe de la obligación, momento a partir del cual aquéllos podrán oponerse judicialmente en el plazo de tres meses” (FD Tercero, par 2 y 3).

El motivo de falta de coincidencia en este punto puede venir motivado por una falta de atención de lo que la ley llama la “decisión de retener” que, a mi juicio, supone una fase previa y necesaria para la existencia del derecho real de retención y que podría llamarse la “situación de retención”.

V. LA SITUACIÓN DE RETENCIÓN

El acreedor que decide retener modifica unilateralmente su concepto posesorio, de forma que ya no posee la cosa en virtud del título que hasta entonces le justificaba para hacerlo, sino que pasa a poseer en concepto de retenedor, amparado por el título posesorio que la Ley establece.

Sin embargo, el título que justifica la posesión del acreedor en concepto de retenedor se encuentra condicionado a la válida constitución de la garantía, de manera que una vez constituida formalmente, ésta se proyecta con efectos retroactivos al momento de la inversión del concepto posesorio, para justificarlo.

Esta situación provisional, preparatoria de la existencia de la garantía real, esta “situación de retención” no se puede calificar como derecho de retención, ni real ni personal. En ninguno de los casos, el futuro retenedor, por la sola interversión de su concepto posesorio, puede retener frente a cualquiera y mucho menos asistido por una acción real, que nacería previamente a la existencia del derecho del que dimana y sin la necesaria publicidad que su beligerancia demanda. En otras palabras, no es que hasta el momento de la notificación notarial exista un derecho de retención cuyo único efecto sea el mantenimiento de la posesión, como mecanismo de compulsión al pago, y que por la comunicación notarial el derecho real constituido despliegue toda su eficacia. El derecho real de retención sólo existe desde que se constituye con arreglo a lo dispuesto en el artículo 569-5. CCCat., esto es, desde que se notifica notarialmente, y desde entonces despliega su completa eficacia.

Pero mientras tanto, mientras se mantenga esta situación provisional de retención, el ordenamiento ha de arbitrar medidas que posibiliten la existencia efectiva del derecho de retención, dotándolas de la eficacia precisa para ello. En este sentido, la eficacia defensiva de la “retención” antes de la constitución del derecho ha de limitarse a la defensa posesoria. El acreedor dispone en todo momento de la defensa que como poseedor le corresponde contra la perturbación o el despojo de su posesión (cfr. Art. 250.1, 4º LEC). El acreedor que ante cualquier reclamación quiera asegurar su posición con las facultades propias del derecho real de retención sólo tiene que constituirlo.

Hasta que la “retención” se notifique notarialmente no existe derecho real de retención y, por tanto, no se despliegan los efectos propios de la garantía, lo que no obsta para que exista una “situación de retención” provisional, preparatoria para la válida constitución del correspondiente derecho que, como cualquier otra posesión se encuentre amparada por los mecanismos de defensa que le son propios, especialmente, por las acciones que pretenden la tutela sumaria de la posesión.

EL DRET DE RETENCIÓ DE L'EDIFICI PER PART DE LES PERSONES QUE INTERVENEN EN EL PROCÉS D'EDIFICACIÓ: CONTRACTISTES, SUBCONTRACTISTES I TREBALLADORS ASSALARIATS

JORDI MEDINA ORTIZ

ADVOCAT

SUMARI

I. Introducció.....	345
II. Element objectiu: el crèdit per a la construcció o reparació d'un bé.....	347
1. El crèdit de naturalesa refaccionària com a pressupòsit del dret de retenció	350
2. Supòsits de crèdit refaccionari que donen lloc al dret de retenció.....	353
III. Elements subjectius.....	353
1. La persona que encarrega l'execució d'una obra	353
2. Altres persones que intervenen en el procés de construcció, lligades contractualment amb el contractista i no pas amb el propietari de l'immoble.....	360
IV. L'adequació de l'activitat executada al pressupost o al pacte.....	366
1. Contractes sotmesos a la LOE.....	367
2. Contractes administratius d'obres.....	370
3. Contractes d'obra no sotmesos ni a la LOE ni a la legislació administrativa	371
4. Paper del tercer que hagi d'apreciar el compliment o no de l'execució de l'obra.....	373
5. Conservació de l'obra executada.....	374
V. Conclusions	375

I. INTRODUCCIÓ

La promulgació del llibre cinquè del Codi civil de Catalunya (d'ara endavant CCcat) ha aportat una regulació àmplia i sistemàtica dels drets reals, amb la qual cosa s'ha volgut donar unitat interna a la matèria, regulant en un únic cos tots els drets de naturalesa real. Aquesta tasca ha de ser qualificada, des d'un punt de vista tècnic, de lloable, ja que d'aquesta manera s'evita, en la mesura del possible, haver d'integrar les normes jurídiques catalanes amb normes de dret comú, les quals de vegades responen a principis i estan condicionades per precedents històrics diferents.

Pel que fa al dret de retenció, les novetats introduïdes pel llibre cinquè del CCcat són menors que les que ha aportat en la regulació d'altres drets reals. De fet, el preàmbul de la Llei es limita a dir que "la regulació dels drets reals de garantia

del capítol IX es fa seguint la Llei 19/2002, tot i que se simplifica la normativa concernent al dret de retenció”.

D'aquesta afirmació caldria deduir que realment no s'ha volgut introduir cap novetat de caràcter substantiu en el règim legal del dret de retenció, sinó només correccions de caràcter tècnic que en millorin l'operativitat, la qual, precisament, ha estat objecte de reiterades crítiques, especialment pel que fa a l'exercici del dret de retenció sobre béns immobles. S'ha criticat especialment la Llei 19/2002, de drets reals de garantia (d'ara endavant LDRG), per les múltiples contradiccions internes i dubtes d'interpretació de la Llei, així com per la manca de coordinació de l'LDRG amb la Llei hipotecària i amb la legislació concursal.¹

¹ Des de la promulgació de l'LDRG, amb la regulació de la retenció sobre béns immobles, els diversos estudis que s'han publicat respecte a aquesta qüestió han estat més aviat de caràcter crític.

Per exemple, tenen un interès especial per la seva amplitud, profunditat i pel nivell de detall que assoleixen els dos estudis que va fer FUENTES MARTÍNEZ, Jesús Julián.

El primer, sobre el projecte d'LDRG, intitulat “El derecho de retención sobre bienes inmuebles en el ordenamiento civil de Cataluña: situación actual y perspectivas de reforma”, *La Notaría*, novembre-desembre de l'any 2001. Monogràfic sobre el Congrés de Dret Civil Català: El Dret Patrimonial en el Futur Codi Civil de Catalunya, pàg. 242 a 262.

El segon, ja sobre el text aprovat de l'LDRG, intitulat “Algunas cuestiones prácticas sobre el derecho de retención”, *La Notaría*, 9.10, de l'any 2003, pàg. 123 i seq., que havia estat presentat com a ponència del Segon Congrés de Dret Civil Català: El Codi Civil de Catalunya, que es va dur a terme a Tarragona l'any 2003.

De caràcter més centrat exclusivament en els béns immobles, es va publicar en el mateix número de *La Notaría* un altre estudi de GRAMUNT FONTBUENA, M. D.: “El régimen jurídico de la retención d'immobles”, *La Notaría*, novembre-desembre de l'any 2001. Monogràfic sobre el Congrés de Dret Civil Català: El Dret Patrimonial en el Futur Codi Civil de Catalunya, pàg. 231 a 241.

Un estudi més ampli sobre el dret de retenció al dret civil català, però limitat només a la retenció sobre béns mobles, es pot trobar a la monografia de BARRADA ORELLANA, R.: *Las garantías mobiliarias en el derecho civil de Cataluña*, Editorial Bosch, Barcelona, 2005.

Però, probablement, l'article més crític amb l'LDRG i, concretament, amb la regulació del dret de retenció sobre béns immobles és l'article publicat per CARRASCO PERERA, Á. i CARRETERO GARCÍA, A.: “Los derechos de retención y anticresis en la Ley 19/2002, de Cataluña, de derechos reales de garantía”, *RJC*, 2004, vol. I, pàg. 9 a 34.

Els esmentats autors critiquen obertament la regulació del dret de retenció de béns immobles, i arriben a dir:

“De un «simple» derecho de retención mueble de juego marginal, el legislador catalán se ha inventado en 2002 un derecho de garantía inmobiliaria que actúa sustancialmente al margen del Registro de la Propiedad, al margen de los principios de rango, inoponibilidad y fe pública, pilares de la circulación de derechos inmobiliarios. De un simple *jeu d'esprit* jurídico con menudencias mobiliarias, el legislador de 2002 ha echado sobre el mercado de garantías inmobiliarias en Cataluña un ácido que puede corroer todo el sistema de crédito territorial, tan importante para el desarrollo económico de los pueblos, y al que Cataluña no debería renunciar.

[...] y, en cualquier caso, es un derecho que nunca hubiera podido triunfar frente a los principios registrales de inoponibilidad y fe pública, aunque sólo fuera porque procedería aplicar principios de posteridad y especialidad normativa a favor de la LH, además de la restricción que internamente opondrían los arts. 606 y 608 CC a una interpretación «antirregistral» de la retención anticrética. Tampoco era caso asimilable de la LDRG el del art. 113 LH, ya que el derecho de retención sólo actuaba sobre las mejoras (si ello era posible), y, en cualquier caso, se trataba de una especie de predetracción por el plusvalor que este tercer poseedor había conferido a la cosa con sus mejoras [...]”.

Per això es podria haver aprofitat el moment de la redacció del llibre cinquè del CCcat per aclarir molts dels dubtes que s'havien plantejat sota el règim de l'LDRG. L'objectiu d'aquesta comunicació és examinar algunes qüestions que ja se suscitaven sota el règim de la Llei 19/2002 i que, amb la nova redacció donada pel llibre cinquè del CCcat, no han quedat del tot clares.

En concret, em centraré en l'examen de la qüestió següent: el dret de retenció de les persones que han posat el seu treball en la construcció o reparació d'un edifici, tant si estan lligats amb el propietari de l'edifici per una relació contractual directa (contractista), com si ho estan de manera indirecta per mitjà d'una relació contractual o laboral amb el contractista.

Per a això, però, caldrà fer una delimitació prèvia de l'àmbit objectiu de l'estudi, limitant-lo al dret de retenció que neix dels crèdits derivats de la construcció o reparació d'edificis.

II. ELEMENT OBJECTIU: EL CRÈDIT PER A LA CONSTRUCCIÓ O REPARACIÓ D'UN BÉ

El punt de partida de l'estudi se centra en un dels supòsits que enumera l'article 569 del CCcat, en el qual s'especifiquen els crèdits dels quals pot néixer del dret de retenció. Concretament, en la lletra *c* de l'article 569-4 es diu:

“La retribució de l'activitat acomplerta per a confeccionar o reparar el bé, si prèviament hi ha hagut, en el cas de mobles, un pressupost escrit i acceptat i, en el cas d'immobles, un acord exprés entre les parts, i si, en tots dos casos, l'activitat s'adequa al pressupost o al pacte”.

Estem, doncs en l'àmbit dels crèdits nascuts de l'activitat de “confeccionar o reparar” els béns.

El precedent immediat d'aquest precepte es troba a la lletra *c* de l'article 5 de l'LDRG, en la qual es deia:

“La retribució de l'activitat realitzada per a la confecció o reparació de la cosa, sempre que prèviament hi hagi hagut un pressupost acceptat i que l'activitat realitzada s'hi adeqüi”.

Per la seva part, la Llei 22/1991, de 29 de novembre, de garanties possessòries sobre cosa moble (d'ara endavant LGP), establí al seu article 4.c:

“La retribució de l'activitat realitzada per raó de la cosa, per encàrrec del posseïdor legítim, sempre que hi hagi hagut un pressupost acceptat i que l'activitat realitzada s'hi adeqüi”.

Es pot apreciar que en les successives redaccions del precepte s'ha produït una creixent precisió de l'àmbit objectiu d'aplicació. És a dir, s'observa una progressiva restricció de les activitats que poden donar lloc al dret de retenció: es va passar de “l'activitat realitzada per raó de la cosa” a “l'activitat realitzada per a la confecció o reparació de la cosa” i, finalment, a “l'activitat acomplerta per a confeccionar o reparar el bé”.

Crida l'atenció, però, aquesta tendència vers la restricció dels supòsits de fet que donen lloc al dret de retenció, ja que precisament, quan es va regular l'LGP, es va interpretar² que es volia ampliar l'àmbit d'aplicació de l'article 1.600 del Codi civil espanyol (d'ara endavant CCesp).

En qualsevol cas, la major concreció terminològica respon a una necessitat de distingir supòsits de fet semblants que a la pràctica poden donar lloc a confusions, però que tenen règims legals diferents.

En primer lloc, ens trobem que la idea de reparació o conservació de la cosa posseïda apareix regulada en dos paràgrafs del mateix article 569-4 del CCcat. Concretament, d'una banda, el paràgraf 569-4.a estableix que són crèdits que permeten exercir el dret de retenció per les despeses de conservació de la cosa posseïda; d'altra banda, el paràgraf 569-4.c, com ja hem vist, utilitza els termes *reparació* o *conservació* de la cosa. Aquests dos preceptes ens obliguen a plantejar-nos si es produeix un encavalcament entre els supòsits regulats a l'apartat *a* i els regulats a l'apartat *c* de l'article 569-4 CCcat.

El concepte *confecció* de la cosa implica una idea de creació d'una *res nova* o de la transformació d'una cosa preexistent. En canvi, el concepte *reparació* implica una idea de conservació de la utilitat d'una cosa que ja existia. Des d'aquest punt de vista, poden plantejar-se dubtes entre la *reparació* de la cosa, que regula l'apartat *c*, i la *conservació*, que regula l'apartat *a*.

La diferència entre un paràgraf i l'altre difícilment es podrà determinar des del punt de vista del resultat de l'activitat realitzada, ja que es podria entrar en una dialèctica de matisacions terminològiques que no produiria cap mena de seguretat jurídica. Més aviat, sembla que la diferència s'ha de buscar en la posició jurídica de la persona que fa la despesa: tal com desenvoluparem més endavant, el paràgraf *c* de l'article 469-4 preveu activitats realitzades pel posseïdor per raó d'una relació contractual que l'obliga a fer-les, relació que es materialitza en un *encàrrec*, si es tracta de béns immobles, o un *pressupost acceptat*, si es tracta de mobles. En canvi, el paràgraf *a* de l'article 569-4 preveu les despeses de conservació que realitza el posseïdor, pel fet de ser posseïdor, sense que hagi rebut cap encàrrec específic per part del propietari o d'un posseïdor legítim.

Per tant, entenem que la mateixa despesa pot ser considerada com a despesa de conservació o de reparació, i que l'element que determinarà l'aplicabilitat del

² PUIG FERRIOL deia que el text de l'article 4.c de l'LGP suposava una ampliació de l'àmbit d'aplicació respecte del dret vigent amb anterioritat a aquesta llei. Afirmava que, amb anterioritat a l'LGP, l'article 1600 del CCesp només feia referència a l'"obra ejecutada" en una cosa moble, mentre que, en canvi, l'LGP parlava, en termes més amplis, de l'activitat realitzada "per raó de la cosa", fet que ha de ser interpretat en el sentit d'incloure-hi tots aquells crèdits que s'han realitzat en compliment de les obligacions que el posseïdor havia assumit per virtut de la relació jurídica d'acord amb la qual havia adquirit la possessió de la cosa.

Vegeu PUIG FERRIOL, L. i ROCA TRIAS, E.: *Institucions de dret civil de Catalunya (Part general. Obligacions i contractes. Drets reals)*, 4a edició, vol. I, Tirant lo Blanch, València, 1993, pàg. 422.

paràgraf *a* o *c* de l'article 569-4 depèn només de l'existència o no d'un encàrrec per part de l'amo de la cosa.

En segon lloc, les expressions *confeccionar* o *reparar* poden presentar dubtes sobre si s'han d'entendre inclosos altres conceptes afins, com ara els de despeses de conservació i gestió de la cosa, despeses útils, millores i accessions.

En una primera aproximació al concepte de *despesa*, d'acord amb els principis de dret romà, s'entenia que la despesa equivalia al desembors o dispendi fet en la cosa. Posteriorment, des del dret comú, es va ampliar el concepte en el sentit d'incloure-hi no tan sols la inversió feta en la cosa, sinó també l'activitat o esforç exercit sobre la cosa. D'acord amb aquesta doctrina, hem d'entendre que tant el dispendi o desembors fet en la cosa com la retribució de l'activitat emprada en la conservació de la cosa estan inclosos en la idea de reparació que preveu l'article 569-4.c.

Més modernament s'ha assenyalat que les millores són el resultat d'aquella conducta o sèrie d'operacions materials o jurídiques que tenen per objecte augmentar de manera estable i rellevant el valor de la cosa.³ Alguns autors han distingit fins i tot entre millores que augmenten el valor en ús de la cosa o la productivitat d'aquesta i millores que augmenten el seu valor en canvi o venda. Però, en tot cas, la millora requereix la concurrència de dos elements:

- a) L'activitat millorativa: s'ha discutit si és o no necessari que l'augment del valor de la cosa procedeixi d'una activitat humana perquè pugui ser considerat millora. Però, des del punt de vista del dret de retenció, les accessions naturals —que no provenen de l'activitat humana— no tenen una importància especial.
- b) El resultat o millora en sentit estricte: es tracta de l'augment del valor (ja sigui valor en ús o valor en venda) de la cosa, com a conseqüència de l'activitat humana abans anunciada. És necessari que es tracti d'un augment de valor econòmic. L'element del resultat també pot trobar-se en la redacció de l'art 569-4.c, ja que es fa referència a l'activitat *acomplerta* per confeccionar o reparar el bé. Aquest terme, *acomplerta*, no es trobava en la redacció del mateix supòsit de l'LDRG ni de l'LGP. En aquestes dues lleis es parlava de l'activitat *realitzada*. El terme *acomplir* té una connotació semàntica de resultat diferent que el terme *realitzar*. Mentre que el terme *realitzar* dóna una idea asèptica d'execució o perfecció de l'acció, el terme *acomplir* dóna un matís relatiu a la satisfacció de la finalitat per la qual es realitzava l'acció. No només dóna la idea que l'acte s'ha fet, sinó que significa que l'acte s'ha fet amb resultat satisfactori.

Si concorren ambdós elements (activitat millorativa i resultat milloratiu), estarem davant d'una millora i haurem de considerar-la inclosa en la idea de confeccionar el bé a què fa referència l'article 569-4.c.

³ Per a un examen detallat dels conceptes de despeses i millores, vegeu DÍAZ ROMERO, M. R.: *Gastos y mejoras en la liquidación del estado posesorio*, Editorial McGraw-Hill, Madrid, 1997, 267 pàgines.

Pel que fa a les incorporacions de béns a la cosa, hauríem de distingir segons la separabilitat o no⁴ d'allò que s'hi incorpora. D'aquesta manera, si la incorporació és separable, no ha de considerar-se prevista en l'expressió *confeccionar*, però si la cosa incorporada resulta inseparable, ens trobaríem davant d'una accessió o acreixement de la mateixa cosa i, per tant, dins de la idea de confecció que preveu el precepte examinat.

Per tant, podem concloure que l'àmbit d'aplicació del paràgraf 569-4.c del CCcat inclou les activitats realitzades amb finalitat de conservació de la cosa i les activitats de caràcter material destinades a incorporar un major valor a la cosa. O, dit d'una altra manera, els crèdits que preveu l'article 569-4.c són els crèdits de naturalesa refaccionària.

1. El crèdit de naturalesa refaccionària com a pressupòsit del dret de retenció

Per a la majoria de la doctrina civilista,⁵ les idees de construcció o reparació dels

⁴ Per distingir les millores d'altres figures afins, com ara les addicions, es poden seguir diferents criteris. Seguint DÍAZ ROMERO (obra citada), es pot diferenciar.

A) Diferències i analogies entre accessions i millores

a.1. Analogies:

1. Són ambdues un resultat que suposa un increment patrimonial en una cosa.
2. En ambdós casos poden produir-se per causa de l'home.
3. L'article 361 del CCesp remet als articles 453 i següents, relatius a les despeses i millores per determinar la indemnització que correspongui per motiu de l'accessió del sòl aliè.
4. En ambdós supòsits, la indemnització es fonamenta en l'evitació de l'enriquiment injust.
5. I en ambdós casos l'autor de les accessions o de les millores gaudeix d'un dret de retenció.

a.2. Diferències:

1. Les millores són sempre resultat de l'acció humana, mentre que les accessions poden ser també obra de la natura.
2. L'accessió suposa sempre una incorporació d'una cosa corporal, mentre que la millora pot ser també incorporeal.
3. La millora implica sempre una millor utilitat o comoditat, mentre que l'accessió no sempre produeix aquest resultat.
4. La millora requereix sempre un títol jurídic que vinculi el millorant amb la cosa millorada, mentre que les regles de l'accessió s'apliquen si no hi ha títol, tot i que s'ha discutit si són també aplicables en cas de relació contractual entre el que fa l'accessió i l'amo de la cosa.

B) Diferències entre millores i addicions

La doctrina italiana acull com a categoria diferenciada les addicions. La seva diferència fonamental respecte de les millores rau en la separabilitat: les millores són inseparables de la cosa, mentre que les addicions són separables, consisteixen en un augment o acreixement extrínsec. Les millores suposen un augment qualitatiu, mentre que les addicions suposen un augment quantitatiu.

⁵ GULLÓN BALLESTEROS: *Comentario al Código civil*, pàgina 2072, inclou en la idea de refacció la construcció i reparació dels béns, així com les sumes prestades per realitzar aquestes activitats.

DÍEZ PICAZO: *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, vol. II, *Las relaciones obligatorias*, 5a ed., Editorial Civitas, Madrid, 1996, pàg. 758.

béns, ja siguin mobles o immobles, constitueixen el concepte de *refacció*.⁶ Però s'ha de tenir en compte que, en la doctrina espanyola, normalment no s'utilitza un criteri ontològic de crèdit refaccionari, sinó que es construeix aquest concepte a partir només del règim legal privilegiat que l'ordenament jurídic espanyol dispensa a aquesta classe de crèdits. És a dir, parteix de les especialitats que la llei estableix i, a partir d'elles, construeix un concepte legal de crèdit refaccionari.

Així, el punt de partida del concepte de crèdit refaccionari es busca als articles 1922, 1923 i 1927 del CCesp, sense perjudici de les disposicions especials relatives a l'anotació preventiva en el Registre de la Propietat (articles 42.8, 92 a 95, 59 a 62 de l'LH, 156 a 160 de l'RH) o les regles específiques per a les situacions concursals (articles 90.3 i 84.8 de la Llei concursal).

A partir d'aquestes normes, s'aprecien dues orientacions:

- a. Un concepte restringit, que afirma que els crèdits refaccionaris són únicament les quantitats degudes per raó de la construcció o reparació d'una cosa o també els préstecs destinats a finançar la dita construcció o reparació.
- b. Un altre concepte més ampli, d'origen jurisprudencial, que ha ampliat el concepte i ha creat una categoria unitària que engloba la refacció mobiliària i la immobiliària. Es tracta d'una categoria que atribueix al creditor un rang privilegiat, per damunt dels creditors ordinaris, però per sota dels creditors garantits amb hipoteca o penyora. Des d'aquest punt de vista, s'arriba a incloure en la categoria dels crèdits refaccionaris els crèdits salarials dels treballadors que han intervingut en la construcció o reparació d'un bé, o els crèdits dels que han subministrat materials per a la dita construcció o reparació (STS 21-05-1987).

Dins d'aquesta orientació àmplia, es poden distingir tres subcategories bàsiques de crèdits refaccionaris:

- b.1. Els crèdits per refacció material: són els crèdits que neixen per una creació, millora o reparació de la cosa. Inclouen els supòsits d'accessió

⁶ DíEZ PICAZO: *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, obra citada, pàgina 758, fa notar la necessitat que concorrin els dos elements, finalista i de resultat, quan diu: "El crédito refaccionario existe cuando una persona ha invertido en obras de construcción o de reparación una cantidad que le ha sido prestada para tal fin. El acreedor refaccionario es, en principio, un acreedor cuyo derecho deriva de un contrato de préstamo, en el cual el destino de la cantidad prestada se ha fijado en obras de construcción o de reparación de un bien y la inversión efectiva de la suma se ha realizado en tales obras. Ambas circunstancias —destino contractual previsto y efectiva inversión— deben darse conjuntamente. Por ello, el privilegio no existe cuando el destino no se ha previsto o estipulado, aun cuando el prestatario haya invertido el dinero en obras de aquel tipo. En este caso, el derecho del acreedor es un crédito simple. Tampoco hay, en puridad, crédito refaccionario cuando, no obstante haberse prefijado convencionalmente el destino del crédito, la inversión no se ha efectivamente realizado, pues en todo caso falta la razón objetiva de la preferencia". Aun que normalmente el crédito refaccionario nace de un contrato de préstamo con inversión de las sumas prestadas en una obra, puede ser, también, un crédito refaccionario el derecho del contratista que haya llevado a cabo la construcción o la reparación, anticipando los materiales o el trabajo necesario para ello".

artificial, de contracte d'obra, d'especificació i de despeses de conservació o millora.

b.2. Crèdits per treball: inclouen el treball no retribuït (per exemple, el treball que executa un mandatari) i treball assalariat.

b.3. Crèdits de capital: inclouen els préstecs o crèdits dineraris que s'hagin efectuat amb la finalitat de finançar la construcció o reparació de l'edifici i els crèdits destinats a la seva conservació. Fins i tot la jurisprudència ha arribat a incloure-hi els crèdits de capital consistents en el preu ajornat de la compravenda d'un immoble.⁷

Però, segons la meua opinió, el concepte de crèdit refaccionari que ha estat induït per la doctrina i la jurisprudència, a partir de les normes del CCesp, la Llei hipotecària i la legislació concursal que regulen els privilegis legals d'aquests crèdits, no ha de ser necessàriament coincident amb el que ha pres en consideració la legislació catalana a l'hora de regular el dret de retenció. Només ens pot servir d'orientació, per trobar el fonament de per què la Llei atribueix a determinats crèdits un règim especialment privilegiat, dotat d'una especial prelació creditícia i de la possibilitat d'obtenir una garantia real, per iniciativa unilateral del creditor. És per això que hem de buscar quin és el fonament d'aquest règim legal especialment privilegiat. I així, trobem que el règim especialment privilegiat es fonamenta en el fet que l'activitat refaccionària ha produït una incorporació de profits identificables en una cosa moble o immoble, que no poden restituir-se separatament, però que són identificables en el seu origen i que produeixen una plusvàlua en el bé. El privilegi es fonamenta en la separabilitat econòmica d'un valor que ha quedat incorporat a un objecte moble o immoble, incorporació que és, però, materialment inseparable del bé.⁸

En conseqüència, es pot arribar a un concepte de crèdit refaccionari com aquest: "Tot crèdit que s'hagi generat com a conseqüència de l'avançament d'una prestació, amb la conseqüència d'haver incrementat el patrimoni del deutor en una cosa concreta o de la realització d'una tasca de construcció de millora útil en cosa aliena. Dit crèdit pot néixer com a conseqüència d'una tasca de conservació,

⁷ MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, M. D.: *Garantías del constructor: el crédito refaccionario*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2000, pàg. 381 i seg.

⁸ ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, pàg. 193, dóna un ampli ventall de les diferents teories que hi ha sobre el fonament del règim especial dels crèdits refaccionaris.

Entre aquestes, destaquem per la seva utilitat per entendre la relació entre dret de retenció i crèdit refaccionari el següent paràgraf de la pàgina 213:

"A mí me parece que el examen de los privilegios mobiliarios trasciende del puro análisis de rango de los créditos y pone de manifiesto la estructura interna de la relación posesoria, y los derechos y facultades anejas a la misma. Los privilegios del poseedor, usufructuario, arrendatario, depositario, comodatario, mandatario, acreedor pignoraticio, transportista, comisionista, etc. no se fundan sólo ni principalmente en el incremento de valor, que siempre es relativo, sino más bien en la relación de dependencia de la cosa con una persona, que ha asumido una titularidad siquiera formal o relativa, pero pública y manifiesta, correlativa al deber de conservar y fructificar los bienes como interés privado de las partes y a la vez colectivo".

reparació o construcció d'una cosa del deutor, però també per haver-se transmès la propietat de l'objecte sense percebre el preu”.⁹

2. Supòsits de crèdit refaccionari que donen lloc al dret de retenció

Sense voler desconèixer l'interès de la figura del crèdit refaccionari i la seva complexitat, hem de centrar la nostra atenció en aquest estudi només en aquells crèdits que poden donar lloc a un dret de retenció.

Per tant, tornant a l'anàlisi de l'àmbit d'aplicació de l'article 569-4.c del CCcat, es poden descartar d'entrada tots els crèdits refaccionaris de capital, ja que aquests crèdits no retribueixen l'activitat de confecció o reparació de la cosa. El que fan és, simplement, finançar la persona que fa l'activitat de confecció o reparació.

En canvi, aquest precepte comprèn els crèdits per refacció material, en el sentit que abans hem esmentat (creació, millora o reparació de la cosa, incloent l'accessió artificial, les execucions de contracte d'obra, d'especificació i de despeses de conservació o millora) i crèdit pel treball.

III. ELEMENTS SUBJECTIUS

I. La persona que encarrega l'execució d'una obra

Quant a l'element subjectiu, també hi ha hagut una evolució:

En l'LGP s'exigia que l'encàrrec de l'obra hagués estat fet pel “posseïdor legítim”.

En l'LDRG i en el CCcat, s'ha suprimit l'al·lusió a la persona que ha fet l'encàrrec.

La doctrina interpretava l'LGP en el sentit que era necessari que la persona que encarregava l'obra fos un posseïdor, però bastava que estigués cobert per una aparença de legitimitat.¹⁰

Per la seva part, l'LDRG va suprimir tota referència a la persona que ha fet l'encàrrec. Aquesta omissió ha de ser valorada dins del marc més ampli del canvi legislatiu que suposava l'LDRG respecte de l'LGP: s'ha de sospesar especialment en relació amb el fet que l'LGP regulava únicament el dret de retenció sobre béns mobles, respecte dels quals regia l'article 464 del CCesp, conforme al qual la possessió de bona fe dels béns mobles equival al títol.¹¹ Amb aquest precedent,

⁹ Aquesta definició de crèdit refaccionari és la que dona MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, M. D. a *Garantías del constructor: el crédito refaccionario*, obra citada, pàg. 273.

¹⁰ Per exemple, vegeu ABRIL CAMPOY, J. M.: “El derecho de retención en el ordenamiento jurídico catalán”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1994, II, pàg. 1885 a 1925. Concretament, pàg. 1913.

¹¹ El CCcat ha deixat clar que l'article 464 del CCesp actualment no resulta aplicable a Catalunya. Amb anterioritat a la promulgació del llibre cinquè del CCcat, la situació era més discutible.

Els Drs. BADOSA i ESPIAU, en les seves ponència i comunicació a aquestes XIV Jornades de

es podia pensar que, si el dret de retenció sobre béns mobles exigia que l'encàrrec de l'obra havia de ser fet per una persona que es trobava en una relació jurídica de possessió —que en el tràfic jurídic equivalia al títol de propietat—, semblaria lògic que el dret de retenció sobre béns immobles exigís també que la persona que feia l'encàrrec fos també propietària. L'omissió d'aquest requisit en l'LDRG es podria explicar pel fet que en matèria de béns immobles hi ha altres vies per provar la titularitat, no sent suficient la mera possessió.

Però, si fos certa aquesta afirmació, es podrien produir unes conseqüències que distorsionarien enormement el tràfic jurídic. Penseu, per exemple, en un operari de la construcció al qual s'encarreguen determinades obres de reparació d'un immoble: ¿hauria d'exigir aquest operari a la persona que li encarrega la obra que li acredités la seva titularitat? ¿Hauria d'exigir certificació actualitzada del Registre de la Propietat o podria conformar-se amb escriptures públiques? ¿I amb documents privats? ¿S'hauria d'exigir a l'operari de la construcció que fes una qualificació jurídica de la vàlida i eficaç dels títols que se li exhibeixen, abans d'acceptar l'encàrrec?

Evidentment, aquests plantejaments són absurds i contraris a la realitat social. Fins i tot són contraris al fonament mateix del règim privilegiat dels crèdits refaccionaris. Perquè ja des del dret romà¹² s'afirma que el fonament del règim privilegiat del crèdit refaccionari es basa en l'interès públic: en l'interès de fomentar l'activitat constructiva i reparadora dels edificis.¹³ Si es posen unes exigències molt rigoroses perquè el constructor pugui gaudir dels privilegis legals

Dret Català de Tossa, han defensat la inaplicabilitat a Catalunya de l'article 464 del CCesp, ja abans de la promulgació del CCcat. Vegeu BADOSA COLL, F.: "Els sistemes adquisitius a Catalunya", segona ponència, i ESPIAU ESPIAU, S.: "La adquisición de buena fe de bienes muebles en el Código civil de Cataluña", comunicació a la segona ponència.

Però aquesta qüestió no havia estat objecte d'una atenció especial per part de la doctrina anterior. Per exemple, PUIG FERRIOL i ROCA TRIAS, en la seva segona edició, de 1988, no es plantejaven la qüestió i en edicions posteriors tampoc. Per la seva part, BORRELL i SOLER, Antoni, tampoc no es planteja cap dubte sobre l'aplicabilitat de l'article 464 del CCesp. En canvi, PELLA FORGAS admet sense cap mena de problemes l'aplicabilitat d'aquest precepte.

Vegeu BORRELL I SOLER, A.: *Dret civil vigent a Catalunya*, vol. III, Casa de la Caritat, Barcelona, 1923, i PELLA FORGAS, J.: *Derecho civil de Cataluña*, 2a ed., vol. II, Editorial Vela, Barcelona, 1943, pàg. 148 i 149.

¹² Els antecedents romans del crèdit refaccionari es poden trobar a Ulpia, D. 20, 4,6; D., 20, 2,1; D., 42, 5, 24.1 i 8; D., 18, 7, 8, 14, 17; Novela 136, cap. 3. En aquests antecedents es reconeix el caràcter d'hipoteca tàcita privilegiada als que aportaven diners per reparar un edifici o nau. Si s'estipulava hipoteca expressa, aquesta tenia caràcter privilegiat. Cod. 8, 18, 5 i 6.

¹³ Sembla que, durant el mandat de l'emperador Marc Aureli (anys 161 a 180 d. C.), un desbordament del riu Tíber va destruir gran part de la ciutat de Roma. Per fomentar la reconstrucció de la ciutat, l'emperador va publicar un edicte pel qual es concedia un "privilegiu exigendi" als que van prestar diners per a la reconstrucció. Aquest privilegi s'estenia també als que pagaven al contractista per mandat de l'amo de l'immoble. Vegeu IGLESIAS, J.: *Derecho romano. Instituciones de derecho privado*, 6a ed., Editorial Ariel, Barcelona, reimpressió de 1979, pàg. 360.

Malgrat això, no tots els autors admeten el caràcter d'hipoteca legal tàcita del crèdit refaccionari al dret romà. Per exemple, SCHULTZ, F.: *Derecho romano clásico*, Editorial Bosch, 1960, pàg. 392 i seg.

per a la seguretat del seu crèdit, s'estarà anant contra l'interès públic de foment de la construcció i conservació dels immobles.

De les consideracions anteriors, crec que pot concloure's que basta que la persona que encarrega l'obra o reparació sigui un posseïdor legítim. La seguretat del tràfic jurídic exigeix que la persona que realitza l'activitat de confecció o reparació de la cosa es vegi protegida i emparada pels privilegis legals (en aquest cas, pel dret de retenció), sempre que hagin actuat amb la diligència pròpia d'un bon pare de família. Per això, bastarà que la persona que ha encarregat la construcció o reparació exerceixi la possessió de forma pública i pacífica.

Com a regla general, el posseïdor d'una cosa està obligat a fer-hi les despeses de conservació. I fins i tot, a vegades, el posseïdor ha estat investit en la possessió per virtut d'una relació contractual que imposa al posseïdor l'obligació de fer les reparacions necessàries per a la conservació de la cosa (mandat, dipòsit, hostalatge, transport, arrendament d'obra, arrendament de cosa i, en termes més amplis, qualsevol obligat a entregar una cosa ho està també a conservar-la amb la diligència pròpia d'un bon pare de família, d'acord amb l'art. 1094 CCesp).

Evidentment, també ha de tenir un paper la bona fe en l'apreciació que faci la persona que executa l'obra respecte de l'aparença de titularitat de la persona que li encarrega l'obra. Per exemple, si es tracta d'obres menors de conservació d'un habitatge, basta que les encarregui l'arrendatari. En canvi, si l'encàrrec consistís en la construcció d'un edifici o en una transformació important de l'immoble i al constructor li constés que la persona que encarrega l'obra és un simple arrendatari o un precarista, s'hauria d'entendre que el constructor no ha emprat el nivell de diligència mínimament exigible, amb la qual cosa podria quedar desvirtuada la seva bona fe i, en conseqüència, deslegitimar un eventual dret de retenció.

1.1. *La persona que intervé en l'execució de l'obra*

Respecte de la persona que executa la confecció o reparació, el CCcat no estableix cap requisit especial. Podria tractar-se d'una persona física, d'una persona jurídica, ser un professional o no. L'únic requisit que estableix el CCcat és que sigui un posseïdor de bona fe de la cosa i que, tractant-se de béns immobles, hagi actuat en virtut d'un acord.

Aquests dos requisits ens aboquen a l'examen de noves qüestions:

¿És aplicable el dret de retenció establert a la llei en el supòsit de relacions regides per una relació contractual?

La persona que executa una obra de construcció o reparació d'un edifici, ¿és un posseïdor de bona fe?

1.2. *Aplicabilitat del dret de retenció en cas de construcció o reparació de béns immobles executada en virtut d'una relació contractual*

Sota el règim de l'article 278 de la Compilació de dret civil de Catalunya, la major part de la doctrina entenia que el dret de retenció no resultava aplicable quan posseïdor i propietari estaven lligats amb una relació contractual, perquè en aquest cas s'havia d'actuar d'acord amb el que haguessin pactat les parts i la

regulació específica del contracte en virtut del qual el posseïdor havia entrat en possessió del bé.¹⁴

Certament, aquesta interpretació sembla coherent amb els antecedents històrics del dret de retenció a Catalunya.

En l'usatge "si quis in alieno" es pot apreciar que la bona fe del constructor es basava en la creença que era el propietari del sòl: "Creent lo sol esser seu". En canvi, la mala fe es qualificava fonamentalment pel coneixement del caràcter aliè del terreny: "Mas si ab mala fe, sabent que edificava en sol d'altre contra la voluntat del Senyor". En aquest sentit, es podia afirmar que, si existia una relació jurídica entre el constructor i el propietari del terreny, quedava clar que el constructor sabia que el sòl no era seu, per la qual cosa mai no podria ser considerat posseïdor de bona fe. En la doctrina, semblava haver-hi consens en aquesta interpretació.

La jurisprudència també s'havia pronunciat en aquest sentit: deia, entre d'altres matisacions,¹⁵ que no s'aplicava a les relacions entre el constructor i l'amo del sòl: ST ATB, 28-07-1988, sala tercera.¹⁶

Segons la meua opinió, però, aquesta orientació jurisprudencial i doctrinal és criticable, perquè l'usatge "si quis in alieno" no equipara el simple coneixement del caràcter aliè del sòl a la mala fe del constructor, sinó que al coneixement de l'alienitat se li ha d'afegir l'oposició per part de l'amo ("contra la voluntat del senyor").¹⁷

De fet, l'exigència que el posseïdor cregui que és propietari del sòl sembla equiparar el requisit de la bona fe en la possessió a la possessió en concepte

¹⁴ Així es va pronunciar ja CÀNCER a *Variarum resolutionum iuris Universalis Caesarei, Pontificii et municipalis Principatus Catholoniae*, par. III, cap. VI. Lugduni, 1712, foli 130, núm. 33. També JUANOLA SOLER, "Dret d'accessió", a *Simposi de Dret Civil de Catalunya, XXV Anys de la Compilació*, Barcelona, 1989, pàg. 83 i seg. Tambien PUIG FERRIOL, *Institucions de dret civil català*, 4a ed., vol. I, Tirant lo Blanch, València, 1993, pàg. 280.

En canvi, aquesta opinió va ser rebutada per MIRÓ GILI, M.: "El dret de retenció d'immobles a Catalunya. Àmbit d'aplicació", RJC, 1992, pàg. 897 i seg., i per GRAMUNT FONTBUENA, M. D.: "El règim jurídic de la retenció d'immobles", *La Notaria*, novembre-desembre de l'any 2001. Monogràfic sobre el Congrés de Dret Civil Català: El Dret Patrimonial en el Futur Codi Civil de Catalunya, pàg. 231 a 241.

¹⁵ Així, per exemple, la jurisprudència havia fet diverses especificacions:

— No s'aplicava l'article 278 de la Compilació al cas de la construcció realitzada pel comprador que, una volta iniciada la construcció, veu com és resolta la seva compravenda per incompliment del comprador: STS, 14-06-1956.

— Tampoc no s'aplicava a les millores fetes per un copropietari en una finca comuna: STS, 27-02-1979.

— No s'aplicava a les relacions entre arrendador i arrendatari: ST ATB, 7-03-1970, sala primera (RJC, 1970, pàgina 670).

¹⁶ RJC, 1988, pàg. 903.

¹⁷ L'incís relatiu a fer les obres contra la voluntat del senyor no es troba en els precedents directes de l'usatge "si quis in alieno". Per exemple, en les *Institucions* de Justinià, II, I, 30 trobem un precepte quasi idèntic a l'usatge "si quis in alieno", però en aquell només es parla de la bona o mala fe del que fa la construcció i no de l'oposició de l'amo, per la qual cosa es pot deduir que en l'usatge "si quis in alieno" es vol introduir una millora en la redacció de la regla, més matisada i concretada.

d'amo. Però, en realitat, no hi ha cap raó per pensar que la possessió en concepte d'amo sigui necessària perquè el posseïdor que ha realitzat una construcció en sòl aliè pugui ser considerat de bona fe i pugui gaudir del dret de retenció. Ni l'actual regulació del CCcat ni els precedents immediats o remots demanen com a requisit cap concepte possessori perquè el posseïdor pugui tenir dret de retenció.

També des d'un punt de vista social, difícilment es pot considerar de mala fe la persona que realitza una activitat constructiva, precisament emparat en un títol contractual concertat amb l'amo del terreny.

Es pot afegir que l'existència d'una relació contractual no exclou l'aplicació del règim jurídic de l'accessió. És cert que sovint s'ha afirmat que les regles de l'accessió no s'apliquen quan hi ha una relació contractual entre el que fa la construcció i l'amo del sòl. Però això ha de ser entès de forma adequada. Les regles de l'accessió tenen per objecte la regulació del conflicte d'interessos que es produeix quan una cosa s'incorpora a una altra i passa a constituir un nou objecte. Evidentment, si la incorporació s'ha realitzat en virtut d'un contracte i aquest contracte regula els efectes que ha de produir la incorporació de la cosa, li serà d'aplicació preferent allò que s'ha pactat. Però moltes vegades existirà un contracte que simplement legítimi o autoritzi una persona a realitzar una construcció, plantació o sembra, però sense regular els efectes jurídics que ha de produir en tal cas la incorporació. En aquest darrer supòsit, el simple fet que existeixi una relació contractual no pot ser motiu suficient per excloure l'aplicació de les normes que precisament regulen els efectes de la incorporació.

El fenomen de l'adquisició de la propietat té les seves pròpies normes jurídiques que el disciplinen. L'adquisició de la propietat o la seva transmissió operen per disposició de la llei, encara que tinguin la seva causa en una relació contractual. La transmissió es produeix —per disposició de la llei— mitjançant la *traditio*.

En darrera instància, es pot afegir que no tota la doctrina era unànime en relació amb la inaplicabilitat del dret de retenció en cas de relació contractual, ja que hi havia autors que l'admetien en tots els casos, com ara BORRELL i SOLER,¹⁸ MIRÓ GILI¹⁹ o GRAMUNT.²⁰

¹⁸ BORRELL i SOLER, A: *Dret civil...*, vol. II, pàg. 91 i seg. Hi diu: “Quan una cosa moble s'adhereix a una d'immoble, sia per un cas fortuït, per voluntat del propietari d'una d'elles o per la d'un tercer, de bona o mala fe, la cosa moble té la consideració d'accessòria de l'immoble, i el propietari de la segona adquireix el domini de la primera per accessió. Pertanyen a aquesta mena d'accessió la plantació, la sembra i l'edificació fetes amb matèria que no sia pròpia de l'amo de la finca. [...] per l'edificació, quan els materials estan adherits a l'immoble. En cap dels tres casos no obsta que el propietari de la terra hagués obrat de mala fe”. “Quant a la qualificació de bona o mala fe, BORRELL comença utilitzant el criteri de l'usatge “si quis in alieno”: el que creu ser amo es considera de bona fe; qui sap que no és l'amo, i actua contra la voluntat d'aquest, es considera de mala fe. Però, més endavant, aclareix: “[...] ni s'entén que obri de mala fe el que té dret a posseir el terreny, com el marit respecte del dot inestimati; el fiduciari, fora que obri quan està per restituir, etc. [...]”.

¹⁹ MIRÓ GILI, M.: “El dret de retenció d'immobles a Catalunya. Àmbit d'aplicació”, RJC, 1992, pàg. 897 i seg.

²⁰ GRAMUNT FONTBUENA (op. cit) afirma que CÀNCER també entenia que, als efectes de l'accessió, havien de reputar-se de bona fe aquell constructor o aquella persona que realitzi la plantació en sòl aliè sense l'oposició o amb el beneplàcit de l'amo.

En canvi, amb el nou règim legal, no sembla que es pugui defensar l'afirmació que el dret de retenció no és aplicable als supòsits en què hi ha una relació contractual entre l'amo del sòl i el constructor. Ja l'LGP i després l'LDRG exigien que hi hagués mediat un pressupost acceptat, la qual cosa ens remet a la necessària existència d'un acord de voluntats entre qui encarrega una obra i qui s'obliga a executar-la dins d'un pressupost pactat. La redacció donada per l'article 569-4.c del CCcat sembla deixar encara més clara la qüestió, atès que demana un previ pressupost escrit i acceptat per al cas dels mobles i, per al cas dels immobles, "un acord exprés entre les parts".

Podria semblar que l'acord que s'esmenta en l'article fa referència a un acord sobre la possibilitat que el creditor exerceixi la retenció. Però aquesta interpretació no sembla correcta: d'una banda, perquè el CCcat configura el dret de retenció com un dret de creació unilateral, per part del posseïdor-creditor.²¹ D'altra banda, perquè l'incís final de l'article 569-4.c, quan diu que "l'activitat s'adequa al pressupost o al pacte", no deixa lloc a dubtes; si l'activitat s'ha d'adequar al pacte, és que el pacte ha de fer referència a l'activitat que el posseïdor-creditor ha executat.

1.3. *La possessió per part de la persona que executa una obra en sòl aliè o una reparació en edifici aliè*

En relació amb la segona de les qüestions suara plantejades, cal dir que bona part de la doctrina considera que el contractista que construeix o repara un edifici ha de ser considerat un posseïdor natural, o un posseïdor en nom aliè, si bé la posició majoritària²² el considera com un servidor de la possessió.

Efectivament, DÍEZ PICAZO ha assenyalat que el règim dels articles 1588 a 1600 del CCesp (que regulen l'arrendament d'obra) no resol el problema sobre la possessió de l'obra o edificació abans que la relació jurídica estigui totalment liquidada. Però d'aquests preceptes es pot concloure que la persona que executa l'obra no és propietària d'allò que construeix (perquè, si fos així, no tindria raó de ser el dret de retenció que li reconeix l'article 1600 CCesp), si bé aquest dret de retenció està regulat només per a béns mobles i no es pot aplicar directament als immobles. Davant dels conflictes d'interessos que es poden plantejar entre l'amo del terreny i el constructor en relació amb les titularitats, la jurisprudència té declarat (en el règim del CCesp) que el propietari només fa seva la construcció després d'haver exercit el dret d'opció i d'haver pagat la indemnització.

Aquest plantejament no sembla el més coherent amb el sistema del dret civil català tradicional, en el qual s'interpretava que l'absorció de la propietat per part del propietari del sòl es produïa de forma automàtica. En canvi, en l'actual regulació que ha introduït el llibre cinquè del CCcat, sembla que s'acull un sistema

²¹ Així ho afirmava de manera expressa el preàmbul de l'LDRG, que assenyalava que la diferència entre el dret de retenció sobre béns immobles i l'anticresi radicava només en l'origen unilateral del primer i bilateral de la segona.

²² DÍEZ PICAZO, L.: "Posesión y contrato de obra", a *Estudios de derecho civil en honor del profesor Batlle Vázquez*, Editorial Revista de Derecho Privado - Editoriales de Derecho Reunidas, pàg. 245 a 261.

anàleg al del CCesp, ja que s'estableix el requisit que el propietari exerceixi l'opció de decidir si fa seva la construcció o no,²³ d'acord amb l'article 542-7.

Ara bé, aquest règim legal està pensat per al supòsit en què un altre fa la construcció en sòl aliè. És a dir, quan el constructor per iniciativa pròpia fa una construcció en sòl aliè, però no està tan clar que sigui aplicable quan el constructor actua per iniciativa o per ordre del propietari del sòl. En aquest cas, el contractista està lligat amb el propietari del terreny per un contracte d'obra, és a dir, per una relació juridicobligatòria, per la qual cosa, en principi, no adquireix cap mena de dret real sobre la finca o sobre l'edificació.²⁴ Durant el procés de construcció que es desenvolupa per raó d'un contracte d'obra, el constructor només adquireix drets o expectatives de caràcter juridicopersonals, que es concreten en un dret de crèdit que se li retribueixi la seva prestació, sense perjudici que pugui estar garantit amb un dret real, o per un crèdit especialment privilegiat, com és el règim del crèdit refaccionari del CCesp.

Però, si s'analitza la relació jurídica entre propietari del terreny i constructor, des del punt de vista de la possessió, es pot plantejar:

1. El concepte de possessió requereix la concurrència de dos elements, com ara el *corpus* (o poder immediat i directe sobre la cosa) i l'*animus* (segons la concepció de SAVIGNY, o voluntat de tenir la cosa com a pròpia, o per servir els seus propis fins). És a dir, no és necessari que el posseïdor cregui que és propietari de la cosa, però sí que en faci ús per satisfer els seus propis interessos, no els d'un altre. IHERING va voler superar aquesta concepció dient que el simple contacte amb la cosa no produeix cap efecte jurídic, sinó que constitueix una mera detenció. Però la voluntat de mantenir una relació directa amb la cosa hi és present tant en la detenció com en la possessió: *corpus* i *animus* són inseparables. La distinció entre detenció i possessió rau en la possibilitat assegurada pel dret d'obrar per si mateix i d'excloure els tercers. La possessió, doncs, no es diferencia de la tinença per la voluntat, que és igual en ambdues, sinó que obeeix al fet que el dret, per raons pràctiques, a vegades dóna lloc a drets que en altres casos rebutja. La diferència entre detenció i possessió no obeeix a la voluntat, sinó a raons històriques i utilitàries. A vegades s'ha reconegut la protecció possessòria a persones que actuaven en interès aliè (dipositari o mandatari) o perquè, per raons utilitàries, es va voler debilitar una de les parts respecte a l'altra (com ara l'arrendatari respecte a l'arrendador).

2. El concepte de possessió natural i de servidor de la possessió, en relació amb el contracte d'obra:

De la definició de *possessió natural* que fa l'article 430 del CCesp, part de la doctrina ha subdividit aquells supòsits en què els que estan en contacte amb la cosa són simples detentors d'aquells altres en què són titulars de

²³ Vegeu la ponència de MARSAL GUILLAMET en aquestes mateixes XIV Jornades de Dret Català de Tossa.

²⁴ DÍEZ PICAZO, op. cit., pàg. 248.

drets en els quals, si bé no reben una protecció possessòria plena, sí que en treuen alguna conseqüència jurídica.

Dins de la primera categoria es trobaria el servidor de la possessió. Es tracta d'una persona vinculada amb el posseïdor en virtut d'una relació jurídica que el converteix en un simple instrument de la possessió, com ara l'operari respecte de les eines de treball o el dependent d'una botiga respecte de les mercaderies que s'hi venen.

El contractista que ocupa un terreny amb la finalitat d'executar una obra o edificació, encara que ho faci amb materials propis, no és un veritable posseïdor ni del terreny ni de l'edificació. No és més que un servidor de la possessió o un instrument possessori de l'amo o, si es vol, un posseïdor en nom aliè. Només té un dret de crèdit amb el propietari de la cosa, consistent a ser retribuït o percebre el preu de l'obra que executa, però no gaudeix de cap dret real sobre la cosa.

El constructor mai no és considerat posseïdor, per la qual cosa no se li han reconegut els interdictes per protegir la seva situació.

Ara bé, el que sí que és cert és que el constructor o contractista està en contacte directe amb la cosa. I, a més, es tracta d'una situació guanyada *nec vi, nec clam, nec precario*, per la qual cosa, en qualsevol moment pot intervertir el seu concepte possessori i passar a ser un veritable posseïdor.²⁵

La interversió es produirà des del moment que el constructor deixi de mantenir la seva situació de contacte amb la cosa amb la finalitat de servir els interessos del propietari i passi a mantenir la relació corporal directa amb la cosa, amb la finalitat de servir els seus propis interessos. És a dir, des del moment que la situació de contacte amb la cosa la mantingui amb la finalitat de servir de mitjà de garantia del seu dret de crèdit a ser retribuït per l'obra que ha executat.²⁶

Una volta admesa la possibilitat que el contractista que executa la construcció o reparació d'un edifici —si està en detenció d'aquest mateix edifici— pot exercir el dret de retenció, els dubtes es poden plantejar en relació amb la concurrència de diversos subjectes que intervenen personalment en el procés de construcció i entra en contacte el material amb l'edifici.

2. Altres persones que intervenen en el procés de construcció, lligades contractualment amb el contractista i no pas amb el propietari de l'immoble

2.1. Subcontractistes

El sector econòmic de la construcció ha experimentat una enorme evolució, de la mà de les innovacions tecnològiques, que ha forçat la jurisprudència a aprofundir

²⁵ DÍEZ PICAZO, op cit, pàg., 258, 259 i 260.

²⁶ LÓPEZ LÓPEZ, pàg. 27, en relació amb el contracte de mandat, admet que des del moment en què el mandatari s'oposa a la restitució de la cosa al mandant, interverteix el seu concepte possessori i passa a retenir en concepte de *ius retentionis*.

en la seva tasca d'interpretar l'ordenament jurídic. Aquesta jurisprudència va anar definint un règim jurídic específic per als diferents subjectes que intervenen en el procés constructiu²⁷ (1 el propietari del solar; 2. el propietari de l'obra; 3. el promotor venedor; 4. l'agent de la propietat immobiliària; 5. el constructor; 6. el subcontractista; 7. els arquitectes; els fabricants dels materials emprats en la construcció; 8. la companyia d'assegurances; etc.).

El règim jurídic aplicable als diferents subjectes que intervenen en el procés constructiu és regulat avui dia per la Llei 38/1999, de 5 de novembre, d'ordenació de l'edificació (d'ara endavant LOE).

El capítol III d'aquesta llei regula els agents de l'edificació, entenent com a tals "totes les persones físiques o jurídiques que intervenen en el procés d'edificació" (promotor, art. 9; projectista, art. 10; constructor, art. 11; director de l'obra, art. 12; director de l'execució de l'obra, art. 13; entitats i laboratoris de control de qualitat, art. 14; subministradors de productes, art. 15; propietaris i usuaris, art. 16), i estableix que les seves respectives obligacions seran determinades per allò que disposi aquesta llei i pel contracte que origina la seva intervenció.

La LOE regula de manera minuciosa les obligacions dels subjectes que intervenen en el procés constructiu i el règim jurídic de la seva responsabilitat, però, curiosament, no regula els drets i les accions d'aquests subjectes davant dels impagaments de les prestacions per ells executades. Per a la regulació de les accions que corresponen als agents del procés constructiu continua vigent el CCesp, així com la jurisprudència que l'interpreta i aplica.

Malgrat això, el CCesp únicament regula el contracte d'arrendament d'obra concertat de manera bilateral entre l'arrendatari (normalment, el propietari de la finca) i l'arrendador de l'obra (que s'obliga a executar-la, per si mateix o per mitjà de terceres persones). Des de la perspectiva del dret de retenció, aquesta simplificació esquemàtica que va adoptar el CCesp ens obliga a utilitzar classificacions per distingir el paper que fan els diferents agents del procés de l'edificació: d'una banda, s'haurien d'excloure aquells agents que no intervenen en l'execució material de l'obra (com ara els asseguradors i els agents de la propietat, ja que la seva intervenció és accessòria o fins i tot posterior al procés constructiu), i, respecte d'aquells que intervenen en el procés material d'edificació, s'haurien de classificar en dues posicions jurídiques: l'arrendatari (normalment, el propietari) i l'arrendador (tots els altres subjectes que assumeixen obligacions relatives a l'execució de l'obra).

La possibilitat que les persones que assumeixen obligacions relatives a l'execució de l'obra fossin més d'una ja va ser prevista al CC francès, així com al Projecte de CC espanyol de 1851 i a la versió definitiva del CCesp, que va donar lloc a l'art. 1597 del CCesp.

Aquest article 1597 del CCesp va ser concebut com un règim especial,

²⁷ La Sentència del Tribunal Suprem de 30 de setembre de 1991 (R.6075) dedica una bona part dels seus raonaments a posar de manifest la multiplicitat de persones que intervenen en el procés constructiu, i reconeix que la simplicitat dels esquemes jurídics bilaterals no serveix per disciplinar les relacions plurilaterals que es produeixen en la pràctica.

diferenciat del principi general de relativitat dels contractes,²⁸ fonamentat en un principi d'equitat: evitar l'enriquiment injustificat de l'amo de la cosa en la qual s'executa l'obra. Per aquest motiu, concedeix acció directa contra l'amo de l'immoble a totes aquelles persones que posen el seu treball i materials en una obra ajustada alçadament pel contractista.

La doctrina i la jurisprudència han reconegut legitimació activa per a l'exercici de l'acció directa contra l'amo de l'immoble a totes les persones que posen el seu treball o subministren materials per a l'edificació. Inclouen:

Les persones físiques o jurídiques que hi intervenen en virtut d'una relació contractual de caràcter civil amb l'amo de l'immoble.

Les persones que posen el seu treball, encara que sigui sense mediar cap relació contractual, a títol de mera gestió.

Els que subministren materials que s'incorporen de manera permanent a la construcció.

En termes més amplis, els subcontractistes (STS 29-6-1986 i, molt concretament, STS, sala 1a, de 6 de juny de 2000, ponent MARÍN CASTÁN, en la qual fa una síntesi de la jurisprudència del darrer decenni).²⁹

²⁸ SALVADOR CODERCH, P. *Comentarios al Código civil*, vol. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991. Comentari a l'art. 1597.

²⁹ El fonament de dret segon de l'STS (sala 1a) de 6-06-2000 (ponent MARÍN CASTÁN) fa una anàlisi detallada de la possibilitat d'exercici de l'acció directa per part dels subcontractistes contra el comitent de l'obra. Aquest fonament de dret segon diu:

"Segundo: Antes de abordar el examen pormenorizado de los motivos de cada recurso, es conveniente destacar las aportaciones que la jurisprudencia de esta Sala, especialmente durante la última década y al compás del auge de la construcción y del fenómeno de las subcontratas en este campo, con la aparición de constructoras que no son verdaderamente tales sino meras oficinas de subcontratación, ha hecho en la interpretación del art. 1597 CC para resaltar su eficacia protectora de los derechos del último eslabón de la cadena, formado por quienes al fin y a la postre, poniendo su trabajo o sus materiales, son los verdaderos artífices de la obra y no ven satisfechos sus créditos por aquel que directamente les hubiera contratado.

Compendio de esa jurisprudencia complementaria del art. 1597 CC es la sentencia de esta Sala de 2 Jul. 1997 (recurso núm. 2267/93) que, tras destacar los caracteres de la acción directa contemplada en dicho artículo como «excepción al principio de relatividad del contrato» (con cita de la S 29 Abr. 1991), atiende a la realidad social de nuestros días, con la frecuente aparición de subcontratos encadenados, para justificar cómo «puede llegarse a la aplicación de la acción directa del art. 1597 CC con un planteamiento muy distinto al que se enfrentó el CC del año 1889». Y desde estas premisas, declara lo siguiente acerca de distintas cuestiones que pueden plantearse en la interpretación y aplicación de la norma de que se trata: «Primero. El tercero a quien el art. 1597 explícitamente les concede la acción directa es a los terceros, que ponen su trabajo y materiales. Se interpreta como tercero que interviene en el contrato de obra poniendo trabajo o material o también, como subcontratista. Lo cual ya lo han aclarado sentencias anteriores, como las de 15 Mar. 1990, 29 Abr. 1991 (que emplea la expresión 'subempresarios') y 11 Oct. 1994.

Segundo: La acción directa la concede el art. 1597 al tercero frente al dueño de la obra, pero la razón de ser de esta norma y su fundamento (que, como dice la S 11 Oct. 1994 es: razones de equidad, evitar el enriquecimiento injusto, derecho a manera de refacción, especie de subrogación general derivada del principio de que 'el deudor de mi deudor es también deudor mío', etc.) hacen que alcance también a los contratistas anteriores; es decir, si el dueño de la obra celebra contrato de obra con un contratista, éste subcontrata y éste a

I, fins i tot, els treballadors lligats amb una relació laboral amb el contractista o amb altres empresaris que intervinguin en la construcció.

Però el fet que el CCesp reconegui acció directa d'aquestes persones contra l'amo de l'edifici no implica necessàriament que se'ls reconegui igualment el dret de retenció.

De fet, tal com assenyalàvem abans, es pot apreciar una evolució legislativa tendent a la precisió de l'àmbit d'aplicació del dret de retenció:

a. D'una banda, l'art 569-4.c el limita a "la retribució de l'activitat acomplerta per a confeccionar o reparar el bé". Aquesta nova redacció pot plantejar dubtes en relació amb el crèdit per al subministrament de materials.

Sembla clar que, si l'única relació jurídica existent entre creditor i deutor fos el subministrament de materials, difícilment es podria subsumir en el supòsit de l'art. 569-4.c (a més del fet que la persona que es limita a subministrar els materials difícilment serà posseïdor de l'edifici construït).

Però, en el supòsit que la prestació del creditor hagi consistit a subministrar el material i executar la construcció, crec que es pot argumentar que el crèdit per al subministrament dels materials també està cobert per la garantia del dret de retenció, per diferents raons:

1. En primer lloc, per la inseparabilitat jurídica de la prestació consistent a executar l'obra subministrant els materials. Si s'ha pactat que el contractista està obligat contractualment a lliurar l'obra acabada, la seva prestació comprèn un complex de conductes o serveis, consistents en l'activitat constructiva i en l'aportació dels materials que siguin necessaris. Si manqués alguna d'aquestes conductes o serveis, es produiria un incompliment contractual. Tant si es produís la manca de subministrament dels materials com si manqués l'activitat de construcció o confecció de l'obra que se li ha encarregat, el propietari només gaudiria d'una acció contra el contractista, per incompliment contractual. Inversament, si el que es produeix és un impagament per part del propietari, el contractista que ha subministrat els materials i ha executat l'obra també disposa d'una única acció.
2. En segon lloc, un altre argument per entendre que els crèdits per subministrament dels materials també han de gaudir del dret de retenció el determina el fonament del dret de retenció en relació amb el caràcter de crèdit refaccionari que també s'ha reconegut al subministrament dels materials. La qualificació com a refaccionari del crèdit per al subministrament dels materials motiva que aquest crèdit gaudeixi dels mateixos privilegis o règim legal que aquells. El mateix motiu d'equitat,

otro, etc. cualquiera de los subcontratistas tiene la acción directa frente al dueño de la obra, frente al contratista y frente a un subcontratista anterior.

Tercero. Cuando se ejercita la acción directa, en general y en esta concreta del art. 1597 CC, no se excluye la reclamación al deudor directo, y en tal caso, la responsabilidad de ambos es solidaria. Así lo han admitido, para la acción directa del art. 1597, las SS 29 Abr. 1991 y 11 Oct. 1994».

d'evitació de l'enriquiment injustificat, d'incorporació de valor a la cosa, d'identificabilitat de l'origen de la plusvàlua i de la inseparabilitat material d'aquest, es troben igualment presents en el crèdit per al subministrament de materials.

3. En tercer lloc, l'examen dels precedents normatius de la regulació que fa l'article 569-4.c del CCcat també abona la idea que el crèdit per al subministrament dels materials ha d'estar cobert pel dret de retenció. Perquè, quan es va regular en l'article 4.1.c de l'LGP el dret de retenció pels crèdits nascuts de l'"activitat realitzada per raó de la cosa", es va voler ampliar l'àmbit d'aplicació respecte de l'article 1600 del CCesp,³⁰ ja que aquest es limitava a concedir el dret de retenció per als crèdits que resultaven del "servei prestat" pel qual realitza la construcció o reparació en cosa moble aliena.

Si es vol ampliar l'àmbit d'aplicació del dret de retenció respecte de l'article 1600 del CCesp, s'ha de tenir en compte que aquest precepte és en la secció 2a del capítol III del llibre quart del CCesp. És a dir, és el precepte que tanca la secció dedicada a regular el contracte d'obra sota la rúbrica "de les obres per un ajust alçat". Per tant, dins de la secció en la qual es regula el contracte d'obra en què el contractista executa únicament el seu treball o indústria o aquell en què també subministra els materials (article 1588 CCesp). L'article 1600 només vol establir una regla específica per a l'arrendament d'obra sobre cosa moble, però pren com a pressupòsit el concepte de contracte d'arrendament d'obra, definit en les seves dues modalitats bàsiques per l'article 1588 CCesp.

En conseqüència, cal deduir que, si l'article 4.1.c de l'LGP volia ampliar l'àmbit d'aplicació de l'article 1600 del CCesp, ha de comprendre també en el seu àmbit d'aplicació les dues modalitats bàsiques d'arrendament d'obra: amb subministrament de materials i sense.

4. En quart lloc, un altre argument favorable a la inclusió del crèdit per al subministrament de materials entre els crèdits que donen lloc al dret de retenció, el donaria el precedent més llunyà de l'article 278 de la Compilació. En relació amb aquest precepte, la jurisprudència havia declarat que el crèdit que havia de ser reemborsat al constructor incloïa el subministrament de materials.
5. Per últim, es podria afegir un argument de caràcter sociològic. Consistiria en l'observació que, a la pràctica, molts contractes d'obra —sobretot quan es tracta d'obres de petita entitat econòmica— es tanquen mitjançant l'aprovació d'un pressupost. Però sovint es tracta d'un pressupost global, sense detallar quina part del preu correspon al subministrament de materials i quina altra correspon a l'activitat d'execució de l'obra.

b. D'altra banda, l'article 569-4.c exigeix també que hi hagi hagut un "acord exprés entre les parts". Aquest requisit ens portaria a excloure de la possibilitat d'exercir el dret de retenció les persones que posen el seu treball sense mediar-hi

³⁰ PUIG FERRIOL i ABRIL (obres citades).

cap relació contractual, a títol de mera gestió. Però l'exclusió seria, és clar, sense perjudici que aquests crèdits es puguin encabir en altres paràgrafs de l'art. 569-4 (com ara despeses de conservació o gestió de la cosa o les despeses útils del paràgraf *a*) o que, per raó d'una acceptació tàcita de l'obra executada per part del propietari, pogués arribar a ser aplicable el paràgraf *c*.

2.2. Els crèdits salarials

Dins de l'examen de les persones que posen el seu treball en l'execució d'una obra, adquireix una importància especial, per la seva configuració jurídica especial, la situació dels crèdits de naturalesa salarial dels treballadors de l'empresa del contractista o subcontractista que han realitzat materialment l'obra.

Respecte d'aquests crèdits, una primera qüestió és la relativa a la possessió. De la mateixa manera que abans hem examinat succintament la qüestió de si el contractista ha de ser considerat posseïdor de l'edifici, es planteja el dubte sobre si els treballadors poden ser qualificats de posseïdors o de simples servidors de la possessió.

Aquí es poden reproduir els mateixos arguments que hem dit abans en relació amb els subcontractistes, i crec que la solució ha de ser coincident amb la que hem predicat abans: tot i que siguin simples servidors de la possessió, poden intervertir el seu concepte possessori i passar a posseir en concepte de retenidors.

Igualment, en relació amb els crèdits salarials, també es pot reproduir allò que s'ha dit més amunt sobre l'acció directa que estableix l'art. 1597 del CCesp i que la jurisprudència ha reconegut als treballadors (vegeu SALVADOR CODERCH i ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, obres citades).

S'ha de tenir en compte, però, que la situació jurídica dels crèdits salarials és més complexa que la dels crèdits dels subcontractistes. No obstant això, el simple fet que en el crèdit de caràcter salarial concorrin normes de diferents àmbits legislatius no vol dir que no se li hagin d'aplicar les normes pròpies de la naturalesa refaccionària que a vegades pot tenir el crèdit.

La naturalesa refaccionària dels crèdits salarials respecte dels béns elaborats o confeccionats pels treballadors ha estat reconeguda per la doctrina³¹ i per la jurisprudència.

La STS de 27 d'octubre de 1983 (RJ 5345) fa una interpretació extensiva per aplicar el privilegi refaccionari als salaris, que es refereix als béns elaborats pels treballadors, en aquest cas, a les naus industrials en les quals els treballadors havien realitzat la seva feina. Aquesta interpretació extensiva es fonamenta en motius d'equitat, per evitar un enriquiment injust i pel fet de ser un dret a mode de refacció.

I fins i tot la legislació ha admès la qualificació de refaccionari d'aquests crèdits.

³¹ DÍEZ PICAZO, L.: *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, vol. I, Editorial Tecnos, Madrid, 1996, pàg. 767.

ÁLVAREZ CAPEROCHIPI: *El Registro de la Propiedad y el sistema de preferencias crediticias*, Editorial Comares, Granada, 1995, pàg. 211.

Efectivament, l'article 32 de l'Estatut dels treballadors estableix determinats privilegis per als crèdits salarials: 1) el denominat *superprivilegi salarial* (art. 32.1 ET), limitat als salaris dels darrers 30 dies i en una quantia que no excedeixi del doble del salari mínim interprofessional; i 2) el privilegi creditici establert al paràgraf 2 del mateix art. 32, sense cap limitació per raó de quantia o de temps, sobre els "objectes elaborats pels treballadors, mentre siguin propietat o estiguin en possessió de l'empresari".

L'article 90.3 de la Llei concursal també ha reiterat el caràcter refaccionari. Concretament diu:

"Crèdits amb privilegi especial [...] 1. Són crèdits amb privilegi especial [...] 3r. Els crèdits refaccionaris, sobre els béns refaccionats, inclosos els dels treballadors sobre els objectes per ells elaborats mentre siguin propietat o estiguin en possessió del concursat".

És a dir, malgrat que, en termes generals, el crèdit salarial és un crèdit que exerceix el treballador contra el seu empresari, per raó dels serveis que el treballador ha prestat a l'empresari, sembla que quan els treballadors han intervingut materialment en la construcció o reparació d'un edifici, el crèdit es qualifica de refaccionari perquè neix de l'activitat acomplerta per confeccionar o reparar el bé.

Per això crec que en determinats casos poden concórrer tots els pressupòsits que estableix el CCcat perquè els treballadors que han intervingut en la construcció d'un edifici puguin exercir un dret de retenció sobre el mateix edifici.

IV. L'ADEQUACIÓ DE L'ACTIVITAT EXECUTADA AL PRESSUPOST O AL PACTE

El darrer requisit que imposa l'article 569-4.c és l'adequació de l'activitat realitzada al pacte entre la persona que ha encarregat l'obra i la que l'ha executat.

Es tracta, doncs, d'un requisit fàctic que, a la pràctica, sol convertir-se en una qüestió litigiosa d'una enorme casuística.

De fet, són molt freqüents els litigis en la jurisdicció civil i en la contenciosa administrativa, en els quals la discussió es limita a la correcció o incorrecció de les obres executades.

Davant la conflictivitat d'aquest punt, la pràctica (primer) i la llei (després) han intentat establir un sistema per acreditar de manera objectiva si existeix o no una adequació entre l'obra executada i la projectada.

Per això s'han de distingir tres supòsits diferents:

Els contractes sotmesos a la LOE.

Els contractes d'obra sotmesos a la legislació administrativa.

Els contractes d'obra no sotmesos a cap de les normatives esmentades.

Vegem-los a continuació.

1. Contractes sotmesos a la LOE

L'àmbit d'aplicació de la LOE està definit en el seu article 2.³²

Es tracta dels contractes civils que tenen per objecte l'execució d'obres consistents en la construcció d'un edifici o edificació, incloent-hi les obres de nova construcció, obres d'ampliació, reforma, modificació o rehabilitació total o parcial que produeixin una modificació de caràcter important en els edificis o els seus accessoris.

Queden fora de l'àmbit d'aquesta llei les reparacions i obres de poca entitat.

En matèria d'adequació de l'obra executada a la projectada, adquireix una importància especial el concepte de *recepció de l'obra*.

Per delimitar aquest concepte, el primer que s'ha d'aclarir és que no és el mateix la recepció de l'obra que la presa de possessió de l'immoble per part de l'amo. L'una i l'altra poden coincidir en el temps o no. Però la presa de possessió de l'immoble per part de l'amo no implica —necessàriament— la conformitat de l'amo de l'obra realitzada. L'amo pot perfectament entrar en possessió de l'immoble abans que l'obra estigui acabada. O, fins i tot, després de l'acabament, però sense que l'amo de l'immoble hi doni la seva conformitat.

L'article 6.1 de la LOE estableix:

“La recepción de la obra es el acto por el cual el constructor, una vez concluida ésta, hace entrega de la misma al promotor y es aceptada por éste. Podrá

³² “Artículo 2. Ámbito de aplicación.

1. Esta Ley es de aplicación al proceso de la edificación, entendiéndose por tal la acción y el resultado de construir un edificio de carácter permanente, público o privado, cuyo uso principal esté comprendido en los siguientes grupos:

- a) Administrativo, sanitario, religioso, residencial en todas sus formas, docente y cultural.
- b) Aeronáutico; agropecuario; de la energía; de la hidráulica; minero; de telecomunicaciones (referido a la ingeniería de las telecomunicaciones); del transporte terrestre, marítimo, fluvial y aéreo; forestal; industrial, naval; de la ingeniería de saneamiento e higiene, y accesorio a las obras de ingeniería y su explotación.
- c) Todas las demás edificaciones cuyos usos no estén expresamente relacionados en los grupos anteriores.

2. Tendrán la consideración de edificación a los efectos de lo dispuesto en esta Ley, y requerirán un proyecto según lo establecido en el artículo 4, las siguientes obras:

- a) Obras de edificación de nueva construcción, excepto aquellas construcciones de escasa entidad constructiva y sencillez técnica que no tengan, de forma eventual o permanente, carácter residencial ni público y se desarrollen en una sola planta.
- b) Obras de ampliación, modificación, reforma o rehabilitación que alteren la configuración arquitectónica de los edificios, entendiéndose por tales las que tengan carácter de intervención total o las parciales que produzcan una variación esencial de la composición general exterior, la volumetría, o el conjunto del sistema estructural, o tengan por objeto cambiar los usos característicos del edificio.
- c) Obras que tengan el carácter de intervención total en edificaciones catalogadas o que dispongan de algún tipo de protección de carácter ambiental o histórico-artístico, regulada a través de norma legal o documento urbanístico y aquellas otras de carácter parcial que afecten a los elementos o partes objeto de protección.

3. Se consideran comprendidas en la edificación sus instalaciones fijas y el equipamiento propio, así como los elementos de urbanización que permanezcan adscritos al edificio”.

realizarse con o sin reservas y deberá abarcar la totalidad de la obra o fases completas y terminadas de la misma, cuando así se acuerde por las partes”.

Com es pot apreciar, es tracta d'un acte jurídic en el qual es pretén obtenir la conformitat del promotor amb l'execució de l'obra efectuada pel constructor. El seu objectiu fonamental és deixar constància de si hi ha conformitat amb l'obra executada pel constructor. Per això, la LOE configura la recepció com un acte forma, que ha de fer-se en un termini determinat (trenta dies següents a la data de l'acabament), i estableix que, si no es verifica dins d'aquest termini, s'entendrà tàcitament acceptada l'obra (així resulta del paràgraf 4t de l'article 6 de la LOE).

De fet, la jurisprudència ha admès reiteradament que la recepció de l'obra es pot fer de manera tàcita. Per exemple, la STS 11-05-2004, sala 3a (contenciosa administrativa), secció 4a.³³

Altres sentències entenen que la subscripció d'un nou contracte referent a noves obres que s'hagin de realitzar en la mateixa edificació en la qual ja s'havien realitzat obres, sobre les quals no consta formalment ni la seva acceptació ni la formulació de reserves, equival a una acceptació tàcita (Sentència de l'Audiència Nacional, sala contenciosa administrativa, secció 1a, de 20-11-2003, fonament de dret 3r).³⁴

I altres sentències estableixen altres criteris per presumir acceptada l'obra, com ara en les obres que s'han d'executar per fases, en què, si es paguen unes fases i no unes altres, s'ha de presumir que han estat acceptades les fases que hagin estat pagades. Així ho va entendre la Sentència de l'Audiència Provincial de Cantàbria, secció 4a, de 10 de desembre de 2003.³⁵

³³ La STS 11-05-2004, sala 3a (contenciosa administrativa), secció 4a. En el seu fonament de dret 5è es diu: “Y por último se ha de recordar que esta Sala por sentencia de 28 de octubre de 1997 ha declarado en un supuesto similar al de autos, «B) Pero la exigibilidad de intereses se da también cuando, en supuestos como el presente, en los que no hay coincidencia entre la obra contratada y la efectivamente realizada y recibida, la Administración entra a ocupar la edificación en que las obras consistían, sin formular protesta ni reserva alguna por exceso de la obra efectuada; tal conducta equivale a aceptar la prestación realizada por la contraparte, con la secuela de estar obligado a realizar, también, la contraprestación que de dicho exceso se deriva, y ello con independencia del contenido de las obligaciones contractuales establecidas [...]»”.

³⁴ El fonament de dret 3r de la Sentència de l'Audiència Nacional, sala contenciosa administrativa, secció 1a, de 20-11-2003, diu: “[...] Pero el consentimiento que la empresa prestó al nuevo contrato y al precio allí estipulado sin formular reserva ni protesta alguna conduce a considerar que no es aquí de aplicación la previsión indemnizatoria del artículo 103.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas, pues si el periodo de suspensión de las obras culmina con una modificación del proyecto al que las partes prestan su entera conformidad mediante un nuevo contrato [...]”.

³⁵ El fonament de dret 3r de la Sentència de l'Audiència Provincial de Cantàbria, secció 4a, de 10 de desembre de 2003, diu: “[...] se ha de tener en cuenta, en primer lugar, que de los artículos 1590 y 1592 del Código Civil se infiere que si se destruye la obra antes de haber sido entregada no se tiene derecho a ningún estipendio y en la obra realizada por piezas o medidas, se presume aprobada y recibida la parte satisfecha. No existe esta presunción de aprobación y recepción de la obra reclamada puesto que se han satisfecho las facturas anteriores referidas a los pozos realizados correctamente a satisfacción del dueño y, en cambio, no se hizo lo propio con la factura reclamada, referida a los pozos controvertidos”.

Forma de l'acceptació:

Sense desconèixer la possible acceptació tàcita de l'obra executada, que, tal com acabem de veure, és admesa per la jurisprudència, en principi la recepció de l'obra és un acte formal. El paràgraf 2n de l'article 6 de la LOE estipula el contingut que ha de tenir l'acta de recepció de l'obra.³⁶

I el paràgraf 3r del mateix article fa referència a la manera com s'han de fer constar les reserves sobre els defectes de construcció.

En el cas que l'obra sigui rebuda però es faci constar en l'acta l'existència de defectes, ha de fixar-se en la mateixa acta el termini per a la seva esmena, que pot haver estat establert prèviament, en el contracte inicial. Abans que expiri el nou termini per esmenar defectes (denominat *termini de garantia*), l'amo de l'obra ha d'expressar les noves condicions que consideri convenients. En cas contrari, s'entendrà que s'hi dona conformitat.³⁷

Els efectes fonamentals de la recepció de l'obra per part del promotor o de l'amo són:

- La conformitat amb la presentació realitzada pel contractista i, per conseqüent, la impossibilitat de reclamar contra ell per defectes de la construcció.
- En el moment de la recepció de l'obra sense reserves, neix l'obligació de l'amo o del promotor de pagar al constructor la retribució estipulada.
- Des d'aquest mateix moment, fins que es verifiqui el pagament, es produeix el meritament d'interessos a favor del constructor (així ho afirma la Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, sala contenciosa administrativa, secció 5a, de 14-11-2003, o la Sentència del Tribunal

³⁶ Article 6: "2. La recepción deberá consignarse en acta firmada, al menos, por el promotor y el constructor, y en la misma se hará constar:

a) Las partes que intervienen.

b) La fecha del certificado final de la totalidad de la obra o de la fase completa y terminada de la misma.

c) El coste final de la ejecución material de la obra.

d) La declaración de la recepción de la obra con o sin reservas, especificando, en su caso, éstas de manera objetiva, y el plazo en que deberán quedar subsanados los defectos observados. Una vez subsanados los mismos, se hará constar en un acta aparte, suscrita por los firmantes de la recepción.

e) Las garantías que, en su caso, se exijan al constructor para asegurar sus responsabilidades.

Asimismo, se adjuntará el certificado final de obra suscrito por el director de obra y el director de la ejecución de la obra".

³⁷ El TS, en sentència de la seva sala primera, civil, de 18-07-2003, va dir: "[...] había transcurrido con exceso el plazo de garantía de seis meses establecido en el contrato de 21 de marzo de 1983, en el que se previno que: «terminadas las obras contratadas, y después de la práctica de un escrupuloso reconocimiento, se efectuará la recepción provisional de las mismas, levantándose el acta oportuna [...], si hubiera vicio o defectos constructivos o de materiales serán subsanados o reconstruidos por el contratista en el plazo de seis meses [...]». En caso de que la contrata en dicho plazo no reciba notificación de deficiencia, se considerará realizada la recepción definitiva». Por lo que al no haber recibido reclamación alguna del Patronato durante ese plazo, el juzgador de apelación entendió que la obra había sido recibida de plena conformidad [...]".

Suprem, sala 3a, contenciosa administrativa, secció 4a, d'11-05-2004). En aquesta darrera sentència es declara també que, en el cas que no hi hagi acta de recepció de les obres, la data es comptarà des del certificat de final d'obra.

- S'inicia el còmput del termini de responsabilitat i garantia establert a la Llei (article 6.5 de la LOE).

Per tant, i pel que interessa al dret de retenció, només des del moment en què l'amo o promotor de l'obra hagi fet l'acceptació (expressa o tàcita) i fins al seu pagament, el constructor estarà legitimat per exercir el seu dret de retenció.

2. Contractes administratius d'obres

En el cas de contractes administratius d'obres, l'article 147 del Reial decret legislatiu 2/2000, de 16 de juny, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de contractes de les administracions públiques,³⁸ estableix un procediment de recepció de les obres substancialment coincident amb el de la LOE.

³⁸ "CAPÍTULO III. De la extinción del contrato de obras.

Sección 1ª. Del cumplimiento del contrato de obras.

Art. 147. Recepción y plazo de garantía.

1. A la recepción de las obras a su terminación y a los efectos establecidos en el artículo 110.2 concurrirá un facultativo designado por la Administración, representante de ésta, el facultativo encargado de la dirección de las obras y el contratista asistido, si lo estima oportuno, de su facultativo.

Dentro del plazo de dos meses, contados a partir de la recepción, el órgano de contratación deberá aprobar la certificación final de las obras ejecutadas, que será abonada al contratista a cuenta de la liquidación del contrato.

2. Si se encuentran las obras en buen estado y con arreglo a las prescripciones previstas, el funcionario técnico designado por la Administración contratante y representante de ésta las dará por recibidas, levantándose la correspondiente acta y comenzando entonces el plazo de garantía.

Quando las obras no se hallen en estado de ser recibidas, se hará constar así en el acta y el director de las mismas señalará los defectos observados y detallará las instrucciones precisas fijando un plazo para remediar aquéllos. Si transcurrido dicho plazo el contratista no lo hubiere efectuado, podrá concedérsele otro nuevo plazo improrrogable o declarar resuelto el contrato.

3. El plazo de garantía se establecerá en el pliego de cláusulas administrativas particulares, atendiendo a la naturaleza y complejidad de la obra, y no podrá ser inferior a un año, salvo casos especiales.

Dentro del plazo de quince días anteriores al cumplimiento del plazo de garantía, el director facultativo de la obra, de oficio o a instancia del contratista, redactará un informe sobre el estado de las obras. Si éste fuera favorable, el contratista quedará relevado de toda responsabilidad, salvo lo dispuesto en el artículo 148, procediéndose a la devolución o cancelación de la garantía, a la liquidación del contrato y, en su caso, al pago de las obligaciones pendientes, aplicándose a este último lo dispuesto en el artículo 99.4. En el caso de que el informe no fuera favorable y los defectos observados se debiesen a deficiencias en la ejecución de la obra y no al uso de lo construido, durante el plazo de garantía, el director facultativo procederá a dictar las oportunas instrucciones al contratista para la debida reparación de lo construido, concediéndole un plazo para ello durante el cual continuará encargado de la conservación de las obras, sin derecho a percibir cantidad alguna por ampliación del plazo de garantía.

4. No obstante, en aquellas obras cuya perduración no tenga finalidad práctica, como las

La diferència fonamental se centra en la necessària intervenció del funcionari tècnic competent designat per l'Administració contractant, que és qui donarà per rebudes les obres.

També regula per separat el termini per a la reparació de les deficiències observades i el termini de garantia.

No obstant això, els contractes administratius no són objecte d'aquest estudi.

3. Contractes d'obra no sotmesos ni a la LOE ni a la legislació administrativa

En els supòsits no regulats ni en la LOE ni en la Llei de contractació de les administracions públiques, resulta d'aplicació el règim dels articles 1598 i 1599 del CCesp. En el primer d'aquests preceptes s'estableix que:

“Cuando se conviniere que la obra se ha de hacer a satisfacción del propietario, se entiende reservada la aprobación, a falta de conformidad, al juicio pericial correspondiente.

Si la persona que ha de aprobar la obra es un tercero, se estará a lo que éste decida”.

I segons l'article 1599:

“Si no hubiere pacto o costumbre en contrario, el precio de la obra deberá pagarse al hacerse la entrega”.

D'aquests dos articles es pot deduir el següent règim del lliurament i recepció de l'obra:

1. Si hi ha pacte específic sobre l'aprovació de l'obra per part d'un tercer, s'actuarà d'acord amb allò que decideixi el tercer. No obstant això, hi cap el control judicial, que decidirà segons els dictàmens pericials.³⁹

2. Si hi ha pacte específic de recepció de l'obra “a satisfacció del propietari”, ha de fer-se una adequada interpretació de què s'entén per *criteri del propietari*, ja que l'article 1256 del CCesp acull —com a principi general en matèria d'obligacions i contractes— que la validesa i el compliment dels contractes no pot deixar-se a l'arbitri d'un dels contractants.

Per això, ja des del dret romà (D. 19.2.24 i, posteriorment, en *Las Partidas* P.5.8.17), s'interpretava que l'arbitri del propietari ha d'entendre's com un

de sondeos y prospecciones que hayan resultado infructuosas o que por su naturaleza exijan trabajos que excedan el concepto de mera conservación como los dragados, no se exigirá plazo de garantía.

5. Podrán ser objeto de recepción parcial aquellas partes de obra susceptibles de ser ejecutadas por fases que puedan ser entregadas al uso público, según lo establecido en el contrato.

6. Siempre que por razones excepcionales de interés público, debidamente motivadas en el expediente, el órgano de contratación acuerde la ocupación efectiva de las obras o su puesta en servicio para el uso público, aun sin el cumplimiento del acto formal de recepción, desde que concurran dichas circunstancias se producirán los efectos y consecuencias propios del acto de recepción de las obras y en los términos en que reglamentariamente se establezcan”.

³⁹ GARCÍA GOYENA, *Concordancias...*, vol. III, pàgina 488.

“arbitrium boni viri” i no una mera voluntat o caprici de l'amo. Ha d'entendre's com un judici de caràcter objectiu basat en la bona fe. Mai no pot considerar-se que es tracti d'un contracte subjecte a condició potestativa.⁴⁰

Segons BADOSA,⁴¹ perquè l'opinió de l'amo de l'obra quedi sotmesa a revisió pericial, és necessari que així s'hagi pactat de manera expressa. Basa aquesta opinió en la tradició romanista del CC, amb referència al D.12,2,10.3 i P. 5,8,17.

Però la doctrina majoritària entén que el contractista, almenys com a regla general, se sotmet a la “lex artis”, sobretot quan, a la pràctica, normalment el contractista és un professional de la construcció i, com a tal, un expert que ha d'observar en el compliment de la seva obligació la perícia pròpia d'un professional, la qual és susceptible de control per part de perits.⁴²

La jurisprudència exigeix un pacte específic perquè la decisió sobre la recepció de l'obra quedi en mans de l'amo, si bé no és necessari que aquest pacte s'hagi recollit amb cap mena de formalitat específica (STS 6-03-1963, 3-06-1964, 23-09-1964, 1-04-1971, 22-09-1973, 17-03-1975, 22-12-1982, 14-10-1967).

D'altra banda, la jurisprudència també ha posat de manifest que la disconformitat del comitent respecte a l'obra executada no pot ser contradita pels seus propis actes. Per exemple, no val rebre l'obra sense manifestar cap protesta i, en canvi, manifestar la disconformitat quan se li reclami el pagament del preu (STS 21-12-1981). Tampoc no s'admet la disconformitat quan el treball s'ha executat sota la direcció del mateix comitent o d'un tècnic seu (STS 1-06-1971).

3. Si no hi ha pacte exprés sobre la recepció de l'obra:

S'haurà d'actuar, en primer lloc, d'acord amb allò que estableixi el costum o alguna norma específica. Per exemple, en cas d'obra que s'hagi d'executar per peces o per mesura (article 1592 CCesp), es consideren rebudes a satisfacció del comitent les parts satisfetes.

En defecte de costum o de norma expressa, la recepció de l'obra s'entén realitzada des del moment que l'arrendador de l'obra posi a disposició de l'arrendatari o comitent l'obra degudament acabada.

En aquest sentit, cal tenir en compte que l'article 1599 del CCesp estableix l'obligació de comitent de pagar el preu de l'obra des del moment en què se li lliura, no des del moment de la recepció. Per això ha d'entendre's que —a manca d'acceptació expressa— l'obra es considera acceptada des del moment en què l'arrendador o contractista comunica al comitent que l'obra està acabada i a la seva disposició, llevat del cas que el comitent oposi un incompliment substancial (STS 24-10-1986).

En el cas que l'incompliment del contractista afecti “defectes menors”, no s'admet que oposi l'excepció de “non adimpleti contractus” (STS 15-03-1979, 18-04-1979, 3-10-1979, 14-06-1980, 13-05-1985).

⁴⁰ En aquest sentit: SALVADOR CODERCH, P.: *Comentario al CC*, vol. II, comentari a l'art. 1598, pàg. 1209. GARCÍA GOYENA, vol. III, pàg. 488. Salvador Coderch cita DíEZ PICAZO, SÁNCHEZ CALERO, L. i STS 20-12-1982, 1-04-1971.

⁴¹ BADOSA, F.: *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Bolonya, 1987.

⁴² SALVADOR CODERCH, obra citada, pàg. 1209.

Quan la jurisprudència únicament exigeix que el contractista hagi posat l'obra a disposició del comitent perquè es consideri rebuda l'obra, el que està fent és una aplicació del règim legal de les obligacions recíproques. L'incís final de l'article 1100 CCesp assenyala que:

“En las obligaciones recíprocas ninguno de los obligados incurre en mora [...]. Desde que uno de los obligados cumple su obligación, empieza la mora para el otro”.

Amb independència de la coneguda polèmica sobre si és necessària la intimació perquè neixi la mora en les obligacions bilaterals,⁴³ atesa la naturalesa del contracte d'obra, s'ha d'entendre que des del moment en què el constructor comunica al comitent que ha executat l'obra i que aquesta està a la seva disposició, el constructor ha complert totalment la seva prestació, i en aquell moment neix l'obligació del comitent de rebre-la i abonar al comissionista l'import de l'obra executada.

Si no es considerés que, tan bon punt el constructor posa l'obra a disposició del comitent, queda alliberat de la seva obligació, quedaria el compliment en mans de l'exclusiva voluntat de l'altre contractant.

Per tant, la posada a disposició del comitent produeix els efectes següents:

1. Es considera que el constructor ha executat l'obra, llevat que el comitent al·legui fonamentadament incompliment.
2. Des d'aquell moment, neix l'obligació del comitent de rebre l'obra i pagar-ne el preu.
3. Des del moment en què es comunica al comitent que l'obra ha estat executada i està a la seva disposició, cessa la responsabilitat del constructor pels danys o pèrdues que tingui la cosa o, fins i tot, per la seva destrucció per cas fortuït (és un efecte general de l'article 1100 CCesp).
4. El comitent ha d'abonar els interessos per la quantitat que es va obligar a satisfer.
5. El comitent ha d'indemnitzar el constructor pels danys i perjudicis que li ocasioni el retard en el pagament del preu i el retard en la recepció de l'obra.

4. Paper del tercer que hagi d'apreciar el compliment o no de l'execució de l'obra

Atès que l'article 569-4.c estableix com a requisit per a l'exercici del dret de retenció que l'obra s'adeqüi a l'encàrrec rebut per la persona que l'ha executat, adquireix un interès especial el paper que ha de fer la persona que ha d'apreciar si l'obra ha estat executada d'acord amb l'encàrrec. En els casos en què s'hagi estipulat que l'obra queda subjecta a l'aprovació d'un tercer, així com en els casos que quedi subjecta a l'aprovació del comitent, com hem vist, el criteri de l'aprovació no és la mera voluntat de l'un o l'altre, sinó un criteri de compliment objectiu per part de qui ha de fer la valoració. En ambdós casos, l'actuació del

⁴³ ALBALADEJO, M.: *La mora del deudor en los contratos bilaterales*, Editorial Civitas.

tercer que ha de decidir no és la d'un àrbitre al qual se sotmet una qüestió litigiosa, sinó la d'un "arbitrador", l'activitat del qual és integrar una activitat negocial, per haver estat previst en el mateix contracte d'obra o pel fet de considerar-se un element natural del contracte.

En canvi, en el cas que no s'hagués estipulat res, si ha d'intervenir un tercer per resoldre la manca d'acord entre constructor i cometent, l'actuació d'aquest tercer sí que seria incardinable en una autèntica activitat arbitral: per tant, s'hauria de sotmetre a la Llei d'arbitratge.

Queda al marge del tema del dret de retenció la possibilitat de la intervenció d'un perit en l'àmbit d'un procés judicial o d'un procés arbitral degudament constituït. En aquest cas, l'activitat del tercer seria una autèntica activitat pericial. És a dir, únicament tindria valor com a mitjà de prova, que ha de ser valorada conjuntament amb la resta de proves pel jutge o l'àrbitre.

Per tant, quan s'ha pactat que la correcció o incorrecció de l'obra serà apreciada per un tercer, serà necessari que concorri el visticplau d'aquest tercer perquè el creditor pugui exercir el seu dret de retenció.

5. Conservació de l'obra executada

Continuant amb l'examen dels requisits materials que ha de complir el crèdit del constructor perquè estigui legítim a exercir el dret de retenció, hi ha la possibilitat de plantejar-se si és també necessari que el resultat de l'obra executada, és a dir, allò que s'ha construït, continuï existint quan el constructor (o les persones legitimades, com ara els subcontractistes o les persones que van posar el seu treball i materials a l'obra) pretenguin exercir el seu dret de retenció.

Les teories que pretenen justificar el règim privilegiat dels crèdits refaccionaris per raó de l'enriquiment injust o per incorporació de l'increment del valor en la cosa ens conduirien a concloure que és necessària la conservació de l'obra executada perquè el crèdit pugui exercir el dret de retenció.

Tot i així, no sembla aquesta la posició més encertada. Al contrari, hi ha arguments per pensar que el que es retribueix i es garanteix és l'import del treball realitzat i del material emprat:

1. Perquè, en el contracte d'obra, l'obligació del comitent és retribuir l'obra acabada, si bé, com hem vist abans, un cop el constructor posa l'obra a disposició del comitent, els riscos per la pèrdua o deteriorament són de l'amo de l'obra.

Si el contracte fos d'arrendament de serveis, igualment l'obligació de l'amo seria retribuir l'activitat realitzada per l'arrendador, amb independència de la conservació o no de l'objecte.

Únicament en el cas que no hagués mediat relació contractual entre qui va executar l'obra i l'amo de la cosa (ni una relació establerta directament ni una d'establerta indirectament, per mitjà d'un contractista que hagi subcontractat l'execució de l'obra) quedaria limitada l'obligació de l'amo a abonar l'import del treball i els materials emprats o l'increment de valor que hagués experimentat la cosa (de la manera que estableix l'article 522-4 del CCcat per a les millores útils).

2. I perquè l'opinió que sembla més plausible, el fonament del crèdit refaccionari, es troba en la identificabilitat entre el benefici experimentat per la cosa i el crèdit

del qual procedeix. Aquesta mateixa identificabilitat del crèdit amb el benefici, unida a l'estructura de la possessió, és la que justifica el dret de retenció.

V. CONCLUSIONS

1. L'article 569-4.c del CCcat resol els dubtes que plantejava l'antic article 278 de la Compilació i permet exercir el dret de retenció en garantia del cobrament dels crèdits de naturalesa refaccionària, sempre que hi hagi mediat un encàrrec del posseïdor legítim a la persona que ha fet la construcció o reparació.

2. No basta, però, que el crèdit hagi nascut d'una activitat realitzada amb finalitat de confectionar o reparar el bé, sinó que és necessari que, efectivament, hagi produït un increment patrimonial (plusvàlua) en el bé.

3. Dins dels crèdits de naturalesa refaccionària que preveu el paràgraf *c* de l'article 569-4, s'hi inclouen les despeses per millores útils o de luxe, a diferència del paràgraf *a* del mateix article, que no inclou els crèdits que neixen d'aquests tipus de millores.

4. Poden exercir el dret de retenció, per via del paràgraf *c* de l'article 569-4 del CCcat, els contractistes que han contractat directament amb l'amo de l'immoble, els subcontractistes que han contractat amb el contractista i el personal assalariat del contractista o subcontractista, sempre que hi hagi lloc per a l'aplicació de l'acció directa contra el comitent que estableix l'article 1597 del CCesp i que, a més, es trobi encara detenció de la cosa construïda.

5. Mentre els creditors esmentats estiguin en una situació de detenció de la cosa, poden intervertir el seu concepte possessori i passar a ser posseïdors en concepte de retenidors.

6. No és el mateix lliurament de l'obra que acceptació.

7. Només quan l'acceptació de l'obra per part de l'amo o de la tercera persona designada contractualment per acceptar-la sigui anterior al lliurament de la possessió material al comitent és quan poden concórrer els pressupòsits necessaris perquè el constructor (o els subcontractistes o els assalariats) pugui exercir el dret de retenció.

8. L'acceptació de l'obra pot suplir la manca d'acord previ entre contractista i comitent.

9. En canvi, quan l'amo (o el tercer designat contractualment per fer l'acceptació) rebutgi l'acceptació de l'obra executada, el constructor no podrà exercir mai el dret de retenció de forma extrajudicial.

