

Institut de Dret privat europeu i comparat
Universitat de Girona (Coord.)

Les modificacions recents del Codi civil de Catalunya i la incidència de la Llei de la jurisdicció voluntària en el Dret català



Materials de les Dinovenes
Jornades de Dret català a Tossa

Tossa de Mar, 22 i 23 de setembre de 2016

Les modificacions recents del Codi civil de Catalunya
i la incidència de la Llei de la jurisdicció voluntària en el Dret català
(Materials de les *Dinovenes Jornades de Dret Català a Tossa*)

**Les modificacions recents
del Codi civil de Catalunya
i la incidència de la Llei
de la jurisdicció voluntària
en el Dret català**

Materials de les
*Dinovenes Jornades
de Dret Català a Tossa*

INSTITUT DE DRET PRIVAT EUROPEU I COMPARAT
UNIVERSITAT DE GIRONA
(COORD.)



GIRONA 2017

Dades CIP recomanades per la Biblioteca de la UdG

CIP 347(467.1) MOD

Les Modificacions recents del Codi civil de Catalunya i la incidència de la Llei de la jurisdicció voluntària en el dret català : materials de les Dinovenes jornades de Dret català a Tossa / Institut de Dret Privat Europeu i Comparat, Universitat de Girona (coord.). -- Girona : Institut de Dret Privat Europeu i Comparat de la Universitat de Girona : Documenta Universitaria, novembre 2017. -- 666 pàgines ; 23 cm
Ponències de les Dinovenes jornades de Dret català a Tossa, celebrades els dies 22 i 23 de setembre de 2016.

ISBN 978-84-9984-418-3

I. Universitat de Girona. Institut de Dret Privat Europeu i Comparat, editor literari
II. Jornades de Dret Català a Tossa (19es : 2016 : Tossa de Mar, Catalunya)
1. Catalunya. Codi civil – Congressos 2. Espanya. Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria – Congressos 3. Dret de propietat -- Catalunya – Congressos
4. Unions estables de parella -- Catalunya – Congressos 5. Jurisdicció voluntària – Catalunya – Congressos 6. Dret català -- Congressos

CIP 347(467.1) MOD

Qualsevol forma de reproducció, distribució, comunicació pública o transformació d'aquesta obra només pot ésser realitzada amb la autorització dels seus titulars, llevat excepció prevista per la llei. Dirigiu-vos a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necessita fotocopiar o escanejar algun fragment d'aquesta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 47).

© dels textos: els autors

© de l'edició: Institut de Dret Privat Europeu i Comparat de la Universitat de Girona

© de l'edició: Documenta Universitaria®

www.documentauniversitaria.com

info@documentauniversitaria.com

ISBN: 978-84-9984-418-3

Dipòsit Legal: GI-1.749-2017

Imprès a Catalunya

Girona, desembre 2017

Les Dinovenes Jornades han estat organitzades per l'Institut de Dret privat europeu i comparat 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

Diputació 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 UB (Deganat)

Facultat de Dret UdG (Deganat)

Facultat de Dret UPF (Deganat)

Consell dels Il·lustres Col·legis d'Advocats de Catalunya

Col·legi d'Advocats de Girona

Col·legi d'Advocats de Terrassa

Col·legi d'Advocats de Tortosa

SUMARI

PRIMERA PONÈNCIA LES MODIFICACIONS AL LLIBRE V DEL CODI CIVIL DE CATALUNYA

La incorporació de la propietat temporal al Codi civil de Catalunya..... 17

ESTEVE BOSCH CAPDEVILA

1. Introducció.....17
2. La propietat temporal.....19
3. La propietat temporal a la llei 19/2015..... 30
4. Avantatges i inconvenients de la institució..... 58

La incorporació de la propietat compartida al Codi civil de Catalunya..... 61

CARLES ENRIC FLORENSA I TOMÀS

1. Introducció.....61
2. Antecedents legislatius..... 64
3. Marc socioeconòmic de partida..... 72
4. Gènesi i desenvolupament dels treballs legislatius preparatoris.
La comissió de codificació de catalunya..... 75
5. Alguns apunts de tècnica legislativa..... 90
6. La propietat compartida..... 96
7. Reflexió final.....121

Acotacions del món pràctic a la propietat temporal i a la propietat compartida (I) 125

CARLES SALA ROCA

1. La necessitat objectiva de la implementació de noves fórmules d'accés a
l'habitatge.....125
2. Elements pràctics de l'aplicació de la propietat temporal i la propietat
compartida.....126
3. L'anul·lació parcial de la Llei 19/2015 per part del Tribunal Constitucional
a petició del Govern del Regne d'Espanya.....129

Acotacions del món pràctic a la propietat temporal i a la propietat compartida (II).....131

ANDRÉS LABELLA IGLESIAS

1. Introducció..... 131
2. “Innovar és dialogar amb la tradició”132
3. Les tres àrees d’aplicació.....133

**La propiedad temporal y la propiedad compartida.
Especial atención a los aspectos registrales.....141**

JOSÉ LUIS VALLE MUÑOZ

1. El problema de la vivienda en España como motor de los trabajos preparatorios de la normativa sobre propiedad temporal y compartida 141
2. La propiedad privada plena puede resultar antieconómica153
3. Situación en Derecho comparado158
4. Función social que pueden prestar las tenencias (adquisición accesible, segunda oportunidad, subvenir necesidades económicas).....163
5. Las figuras tipifican posibilidades ya existentes168
6. Constitución del Derecho170
7. Contenido imperativo177
8. La inscripción en el Registro de la Propiedad..... 186

La modificación de la propiedad horizontal: estructura, constitución y régimen orgánico (arts. 553-1 a 553-33) (Llei 5/2015) 199

M^A DEL CARMEN GETE-ALONSO Y CALERA

1. El régimen de propiedad horizontal199
2. El objeto 208
3. Constitución 223
4. Organización de la comunidad 240
5. Bibliografía citada 264

Las modificaciones en materia de propiedad horizontal introducidas por la Ley 5/2015, de 13 de mayo..... 267

FRANCISCO M. ECHEVERRÍA SUMMERS

1. Introducción 267
2. Derechos y obligaciones en el régimen de la propiedad horizontal..... 268
3. Régimen de responsabilidades en la propiedad horizontal289
4. Régimen de garantías en la propiedad horizontal..... 292
5. La propiedad horizontal compleja y la propiedad horizontal por parcelas 298

Acotacions del món pràctic a la propietat horitzontal (I)..... 307

JORDI SEGUÍ PUNTAS

1. Valoració de la reforma de la propietat horitzontal del maig de 2015.
Introducció..... 307
2. Organització de la comunitat 308
3. Règim per a l'adopció i impugnació d'acords 310
4. Propietat horitzontal simple.....313
5. Reforçament del crèdit de la comunitat.....315
6. La quota de participació en la propietat i en les despeses..... 317

Acotacions del món pràctic a la propietat horitzontal (II) 321

ENRIQUE VENDRELL SANTIVERI

Acotacions del món pràctic a la propietat horitzontal (III)..... 333

RAMÓN GARCÍA-TORRENT CARBALLO

**SEGONA PONÈNCIA
HARMONITZACIÓ I ALTRES MODIFICACIONS
DEL CODI CIVIL DE CATALUNYA**

La Llei 6/2015, de 13 de maig, d'Harmonització del Codi civil de Catalunya.

La qüestió de l'emfiteusi..... 351

ORIOI SAVALL LÓPEZ-REYNALS

1. Introducció.....351
2. L'inici del període de prescripció..... 360
3. La interrupció de la prescripció 363
4. Conclusions 366
5. Bibliografia 366

Les modificacions del Llibre tercer del CCCat i la Llei 21/2014, de 29 de desembre, del Protectorat de fundacions i de verificació de l'activitat de les associacions declarades d'utilitat pública 369

MARC-ROGER LLOVERAS I FERRER

1. Les modificacions sobre el llibre tercer del CCCat de 2008..... 369
2. Desenvolupament i ampliació de l'abast del protectorat (Llei 21/2014).....376

El registre de parelles estables i el dret a percebre la pensió de viudetat ... 401

ANNA GINÈS I FABRELLAS

1. Introducció.....	401
2. Breu menció al concepte de parella estable del Llibre II del Codi Civil de Catalunya	402
3. Parelles de fet i pensió de viudetat.....	404
4. El Registre de parelles estables de Catalunya per garantir la igualtat d'accés de les parelles estables a la pensió de viudetat	426
5. Conclusions	428
6. Bibliografia	431

TERCERA PONÈNCIA LA INCIDÈNCIA DE LA LLEI DE LA JURISDICCIO VOLUNTÀRIA EN EL DRET CATALÀ

Significat i abast de l'impacte de la Llei de jurisdicció voluntària en el Dret català: qüestions generals 435

LLUÍS CABALLOL ANGELATS

1. Introducció.....	435
2. Aproximació a la jurisdicció voluntària: notes característiques.....	437
3. La Llei de jurisdicció voluntària 15/2015. Síntesi general.....	439
4. L'atomització i la desjudicialització de la competència per conèixer de la jurisdicció voluntària	441
5. L'impacte de la LJV en el Dret Civil Català.....	445

La repercusión de la reforma de la Ley del Notariado en el Derecho catalán 459

ÁNGEL SERRANO DE NICOLÁS

1. Preliminar.....	459
2. Reforma articulada entre la nueva jurisdicción voluntaria y la desjudicialización notarial.....	463
3. Bloques normativos de la ley de jurisdicción voluntaria y aplicación de la ley del notariado.....	466
4. Modificación del procedimiento o expediente y consiguiente modificación del CCCat	468

5. Desjudialización y atribución de concretos procedimientos exclusivamente al notariado	470
6. Modificación de leyes especiales que requerirían contemplar si procede revisar el CCCat.....	473
7. Atribuciones concretas al notariado que incidirán en la legislación notarial	474

La incidència de la Llei de jurisdicció voluntària en el Dret civil català de la persona 479

JAUME TARABAL BOSCH

1. Qüestions generals.....	479
2. L'expedient d'autorització o aprovació judicial del reconeixement de la filiació no matrimonial.....	483
3. L'expedient d'habilitació per a comparèixer en judici i del nomenament de defensor judicial.....	485
4. Els expedients sobre adopció.....	490
5. Els expedients relatius a la tutela, a la curatela i a la guarda de fet	493
6. La concessió judicial de l'emancipació i del benefici de la majoria d'edat	500
7. La protecció del patrimoni de les persones amb discapacitat.....	501
8. L'autorització o aprovació judicial per a la realització d'actes de disposició, gravamen o altres que es refereixin als béns i drets de menors i persones amb capacitat modificada judicialment	502

La incidència de la Llei de Jurisdicció Voluntària en l'àmbit del Dret de Família..... 505

LÍDIA ARNAU RAVENTÓS

1. Introducció.....	505
2. Expedients de jurisdicció voluntària en matèria de Dret de Família previstos a la LJV	506
3. La Incidència de la LJV en matèria Matrimonial	537

La incidència de la Llei de Jurisdicció Voluntària en l'àmbit del Dret de successions 559

M. ESPERANÇA GINEBRA MOLINS

1. Introducció: qüestions generals	559
2. Els expedients de dret successori previstos en la llei de jurisdicció voluntària i en la llei del notariat i el dret civil català.....	563
3. Altres actes en matèria successòria que contempla el dret català.....	609

COMUNICACIONS

És la creació del Registre de parelles estables la solució als problemes per a l'aplicació del Dret de la UE?..... 629

DIANA MARÍN CONSARNAU

1. Introducció..... 629
2. El Registre de parelles estables631
3. Aspectes de Dret d'estrangeria: els drets de residència de la unió registrada634
4. Aspectes de Dret internacional privat: els efectes patrimonials de la unió registrada.....639
5. Noves perspectives a partir del desenvolupament reglamentari del Registre de parelles estables..... 645
6. Reflexió final 646

El Dret civil balear, exemple de mera conservació del Dret civil "especial". Entre l'ocàs del Dret civil balear i l'oportunitat de la seva resiliència 649

FRANCESCA LLODRÀ GRIMALT

1. Justificació del treball 649
2. Temàtiques presents al projecte de 17 de juny de 2016 i regulació final a la llei 7/2017 650
3. Reformes no projectades al projecte que han permès la resiliència de la compilació 658
4. Reformes inajornables per incidir en la resiliència de la Compilació 662

PRIMERA PONÈNCIA

Les modificacions al llibre V del Codi civil de Catalunya

La incorporació de la propietat temporal al Codi civil de Catalunya

ESTEVE BOSCH CAPDEVILA

Catedràtic de Dret civil

Departament de Dret Privat, Processal i Financer

Universitat Rovira i Virgili

SUMARI

1. INTRODUCCIÓ. 2. LA PROPIETAT TEMPORAL. 2.1. *La propietat és perpètua, o pot ser temporal? Propietat temporal, o titularitat temporal del dret de propietat?.* 2.2. *Els precedents de la propietat temporal en el dret civil català.* 2.3. *Esquema de les situacions de temporalitat del dret de propietat en el dret civil català.* 3. LA PROPIETAT TEMPORAL A LA LLEI 19/2015. 3.1. *Aspectes generals.* 3.2. *Naturalesa jurídica.* 3.3. *Constitució.* 3.4. *Contingut de la propietat temporal: els mecanismes per a la protecció del dret d'adquisició.* 3.5. *Extinció.* 4. AVANTATGES I INCONVENIENTS DE LA INSTITUCIÓ.

1. INTRODUCCIÓ

El 23 de juliol de 2015 el Parlament de Catalunya va aprovar la Llei 19/2015, d'incorporació de la propietat temporal i la propietat compartida al llibre cinquè del Codi civil de Catalunya, amb la finalitat essencial de facilitar l'accés a l'habitatge, ja sigui adquirint-la només temporalment —propietat temporal—, o progressivament —propietat compartida—. ¹

1 El Preàmbul de la Llei 19/2015 estableix: «La introducció d'aquestes modalitats de domini obeeix, principalment, al propòsit d'aportar solucions al problema de l'accés a la propietat de l'habitatge, tot flexibilitzant les vies d'adquisició, oferint fórmules que permetin abaratir o minorar els costos econòmics i respectant la naturalesa jurídica del dret de propietat, de conformitat amb la tradició jurídica pròpia. Aquesta finalitat fa que siguin els béns immobles llur objecte principal, la qual cosa no implica que no s'estenguin també a determinats béns mobles, en concret als que siguin duradors i no fungibles i es puguin registrar, és a dir que siguin identificables».

La gènesi de la norma es troba en uns treballs elaborats per la Càtedra d'Habitatge de la Universitat Rovira i Virgili,² dirigida pel Dr. Sergio Nasarre, arran dels quals l'Agència de l'Habitatge de Catalunya va encarregar a la Secció de Drets Reals de la Comissió de Codificació de Catalunya l'elaboració d'un text articulat, que s'havia d'incorporar al Codi civil de Catalunya, sobre les aleshores anomenades «tinences intermèdies»: la propietat temporal —que donava lloc a una adquisició temporal de la propietat—, i la propietat compartida —que permetia una adquisició gradual de la propietat—. La propietat temporal no s'estructurava a partir de figures preexistents en l'ordenament jurídic català, com podia ser el dret d'usdefruit, el fideïcomís o l'emfiteusi, sinó que es va crear a partir de models comparats ja existents, en concret la institució anglosaxona del leasehold,³ que venia a ser com un dret de propietat limitat en el temps (fins a un màxim de 999 anys).

En el marc general de la preocupació social per tal de facilitar l'adquisició de l'habitatge, la idea d'una propietat temporal hauria de tenir una magnífica acollida: en lloc de comprar la propietat «per sempre», es podria adquirir només pel temps que es necessitaria —és a dir, temporalment—, per la qual cosa el preu a pagar hauria d'ésser, lògicament, inferior, i per tant es faria més assequible l'adquisició de l'habitatge. Es tracta, en certa manera, d'optimitzar el gaudi d'un bé, que s'adquirirà exclusivament per al temps que es preveu que es necessiti, una filosofia similar a la que va donar lloc a l'anomenada multipropietat en relació als allotjaments turístics; si la multipropietat va tenir un cert èxit —relatiu—, podria ocórrer el mateix amb la propietat temporal, inspirada com dic en una idea semblant.

Aquest treball, dedicat a la «incorporació de la propietat temporal al Codi civil de Catalunya», es dividirà en dues parts, estretament relacionades. En una primera s'estudiarà la propietat temporal en general, fent referència a les diverses situacions de temporalitat del dret de propietat. En la segona part s'estudiarà el règim legal de la propietat temporal a partir de la regulació catalana en la llei 19/2015 (arts. 547-1 i

2 Una referència a aquests treballs, així com un comentari article per article a la Llei 19/2015, es pot trobar a Sergio Nasarre Aznar (director), *La propiedad compartida y la propiedad temporal (Ley 19/2015)*. Aspectos legales y económicos, Tirant lo Blanch, València, 2017.

3 Vegeu Héctor SIMÓN MORENO, *El proceso de armonización de los derechos reales en Europa*, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 298-304.

ss. CCCat). Abans, però, cal advertir que el President del Govern Central va interposar, en data 4 de maig de 2016, recurs d'inconstitucionalitat núm. 2465-2016 contra l'art. 1 i, en tot allò referit a la propietat temporal, contra les disposicions addicionals primera, segona i tercera, i contra la disposició final de la llei 19/2015. El Ple del Tribunal Constitucional, per providència de 24 de maig de 2016, va admetre a tràmit el recurs, i va decretar la suspensió de la Llei en els preceptes que regulaven la propietat temporal, suspensió que el mateix Tribunal va aixecar per interlocutòria de 4 d'octubre de 2016. Entre d'altres arguments, la impugnació es basa en què la propietat temporal no és una institució connexa amb les regulades a la Compilació o en la legislació civil catalana que la desenvolupa, i subratlla les seves diferències amb el fideïcomís, la venda a carta de gràcia o el cens emfitèutic. En aquest treball podrem observar com els arguments emprats per l'Advocacia de l'Estat es poden rebatre fàcilment si atenem a la naturalesa d'institucions com el propi fideïcomís d'un bé singular a termini, o el llegat a termini resolutori, institucions ja contemplades a la CDCC,⁴ que donen lloc a un dret de propietat similar al dret del propietari temporal. I així ho ha entès també el Tribunal Constitucional, que en la seva sentència 95/2017, de 6 de juliol, ha desestimat el recurs per unanimitat.

2. LA PROPIETAT TEMPORAL

2.1. La propietat és perpètua, o pot ser temporal? Propietat temporal, o titularitat temporal del dret de propietat?

Una primera qüestió que es planteja és si la constitució d'una propietat temporal atempta o no contra la configuració jurídica del dret de propietat en l'ordenament civil de Catalunya o, dit d'una altra manera, si la perpetuïtat és o no una característica essencial del dret de propietat. Tot i que la Llei no ho estableixi expressament, la majoria de la doctrina assenyala la perpetuïtat com una de les notes que caracteritzen el dret de propietat. Borrell i Soler afirmava

4 El llegat a termini resolutori, regulat actualment a l'art. 427-13 CCCat, ja es contemplava de manera genèrica a l'art. 221 CDCC.

que «el dominio es esencialmente perpetuo e irrevocable».⁵ Montés Penadés es feia ressò de l'opinió general de què «el derecho de propiedad es perpetuo [...] lo que significa, de una parte, que el derecho de propiedad tiende a durar tanto como su objeto: es la duración física de la cosa la que determina la duración del derecho. Y aún más, si la cosa perece por efecto del tiempo o por accidente —dirán los autores— el carácter perpetuo del derecho tiene como consecuencia que el derecho recaiga sobre los vestigios de la cosa».⁶ I Lacruz deia que la perpetuïtat de la propietat «significa que el derecho de dominio no depende de la vida del titular, o de las otras personas: que, al contrario, está llamado a durar sin límite de tiempo entre las manos de los sucesivos dueños mientras siga existiendo físicamente el objeto sobre el que recae».

La perpetuïtat del dret de propietat es basa en la idea que mentre els drets reals acostumen a tenir una durada limitada en el temps, com és el cas del dret d'usdefruit, que és vitalici o té una durada màxima de 99 anys,⁷ la Llei no estableix una durada temporal o una durada màxima del dret de propietat: el dret de propietat podrà existir mentre existeixi l'objecte. Només podríem parlar de propietat no perpètua sinó temporal en aquells casos en què la Llei establís una durada temporal del dret de propietat, circumstància que preveu la Llei només en comptades ocasions: a) En els drets d'explotació de la propietat intel·lectual; l'art. 26 LPI estableix: «Els drets d'explotació de l'obra duraran tota la vida de l'autor i setanta anys després de la seva mort o declaració de mort». b) En la propietat superficiària, a la que la Llei atribueix una durada màxima de 99 anys (art. 564-3.2.a).

Ara bé, que el dret de propietat sigui perpetu, no impedeix que el dret de propietat no es pugui adquirir temporalment. Lacruz

5 Si bé el propi Borrell y Soler deia que la qualitat d'irrevocable del dret de propietat «no es admisible en el derecho catalán, donde lo hace revocable el derecho de luir y quitar, y las herencias fideicomitidas también atribuyen al fiduciario un dominio revocable» (Antonio M. Borrell y Soler, *Derecho Civil vigente en Cataluña*, vol. II, 2ª, ed., Bosch, Barcelona, 1944, pp. 46-47).

6 Vicente Luis MONTÉS PENADÉS, «arts. 348 y 349», a Manuel ALBALADEJO (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo V, vol. I, Edersa, Madrid, 1990, pp. 154-155.

7 Arg. art. 561-3.4; vegi's Del Pozo/Vaquer/Bosch, *Derecho Civil de Cataluña. Derechos Reales*, 5ª ed., Marcial Pons, 2015, pp. 380-381.

així ho afirma de manera clara quan diu que «al titular se le puede atribuir tal derecho sólo por tiempo cierto y limitado. Así, es válido y eficaz el pacto, consignado en escritura pública, mediante el cual traspaso a Héctor la propiedad de la finca por veinte años, o hasta su fallecimiento, momento —el uno o el otro— en el cual automáticamente revierte a mí o a mis herederos».⁸

Aquesta adquisició temporal de la propietat és la que contemplen el arts. 547-1 i ss. CCCat. Tot i que es parli de «propietat temporal», el dret de propietat segueix sent perpetu —mentre existeix la cosa existeix el dret de propietat— però la titularitat del dret de propietat s'adquireix només per a un temps determinat. I el que caracteritza l'anomenada propietat temporal dels arts. 547-1 i ss. és que arribat el termini el dret de propietat no deixa d'existir, sinó que aquest dret passarà a un altre titular predeterminat —al mateix transmetent o a un tercer—; és essencial, doncs, l'existència del titular successiu.

En resum, els arts. 547-1 i ss. regulen l'adquisició temporal del dret de propietat. La «propietat temporal» no és més que una denominació utilitzada per designar la titularitat temporal del dret de propietat, dret que és perpetu.

2.2. Els precedents de la propietat temporal en el dret civil català

L'art. 547-1 CCCat defineix la propietat temporal per tres notes: 1a) L'atribució al seu titular del domini d'un bé; 2a) La temporalitat certa i determinada d'aquesta atribució; i 3a) El trànsit del bé a un altre titular quan arriba el termini. I l'art. 547-4.2 estableix que la propietat temporal s'adquireix per negoci jurídic entre vius, a títol onerós o gratuït, o per causa de mort. Doncs bé, ja abans de la regulació de la propietat temporal als arts. 547-1 i ss. CCCat, existien en el dret civil català altres institucions que donaven lloc a una titularitat temporal de la propietat d'un bé, quan l'adquisició es feia per un negoci per causa de mort —el fideïcomís a termini d'un bé singular, art. 426-1.1, i el

⁸ Ob. cit., p. 288.

llegat ordenat sota termini, suspensiu o resolutori, arts. 427-11 a 427-13—, o bé per un negoci entre vius a títol gratuït —la donació subjecta a termini resolutori, art. 531-16.2—. I aquestes institucions continuen existint, amb una regulació idèntica a la que hi havia abans de l'aprovació dels arts. 547-1 i ss.

2.2.1. Fideïcomís a termini d'un bé singular, i llegat sota termini, suspensiu o resolutori

En el fideïcomís a termini d'un bé singular el testador disposa d'aquest bé a favor d'una persona, que n'adquireix la propietat fins a l'arribada d'un termini, moment en què el bé fa trànsit al fideïcomissari (art. 426-1.1). En el llegat subjecte a termini suspensiu, la persona gravada amb el llegat —l'hereu si es tracta d'un llegat d'eficàcia real— té la propietat del bé fins al moment en què arriba el termini, moment en el que el legatari adquirirà la propietat del bé (art. 427-12.2). I en el llegat subjecte a termini resolutori, el legatari té, d'acord amb l'art. 427-13.1 la propietat del bé a partir de la mort del causant —si es tracta d'un llegat d'eficàcia real—, i quan arriba el termini el bé passa a ser propietat de la persona gravada amb el llegat.

Les analogies de totes tres figures amb la propietat temporal dels arts 547-1 i següents són evidents: en totes elles la propietat es té temporalment, fins a l'arribada d'un termini cert i determinat. La diferència entre elles rau en els subjectes que hi intervenen. En totes elles el causant disposa d'un bé de la seva propietat —partim de la base que si es tracta d'un llegat aquest és d'eficàcia real— per causa de la seva mort. El que pot variar són els successors —els que seran propietaris temporals o titulars successius—:

a) En el fideïcomís pot haver-hi un o varis propietaris temporals, i un o varis titulars successius.

b) En el llegat a termini suspensiu, el propietari temporal es l'hereu, i arribat el termini el bé farà trànsit a un tercer.

c) En el llegat a termini resolutori, el propietari temporal és el tercer, i l'hereu —o la persona gravada amb el llegat— és el titular successiu.

d) En la constitució per causa de mort de la propietat temporal d'acord amb l'art. 547-4.2, tant el propietari temporal, com el titular

successiu, poden ser terceres persones —és a dir, a diferència del llegat, cap d'ells ha de ser necessàriament l'hereu—.

Per tant, amb la diferència dels subjectes que hi intervenen, la naturalesa de totes aquestes figures ve a ser la mateixa, per la qual cosa semblaria lògic que el règim de la propietat temporal estigués unificat, i que la regulació dels arts. 547-1 i ss. hagués tingut en compte el règim d'aquestes altres institucions. Però, com passem a veure a continuació, no ha estat així, i aquest règim s'ha mantingut inalterat.

A) El llegat sota termini suspensiu

Després que l'art. 427-11.1 estableixi la regla general segons la qual «1. Els llegats es poden ordenar sota condició o sota termini, tant suspensius com resolutoris», al llegat sota termini suspensiu s'hi refereix l'art. 427-12 CCCat, precepte que té el seu precedent a l'art. 428 Pr. 1955,⁹ i que va ser recollit a l'art. 263 CS.¹⁰ Diu aquest art. 427-12: «2. El termini suspensiu retarda simplement els efectes del llegat. Si el legatari mor abans del venciment del termini, el dret llegat es transmet als seus successors. 3. La persona gravada pot anticipar el lliurament o el compliment del llegat, llevat que el termini s'estableixi en benefici del legatari. 4. Fins que no venci el termini o es compleixi la condició, la persona gravada fa seus els fruits i les rendes produïts pel bé llegat». Per tant, el legatari adquirirà el bé llegat quan arribi el termini; el termini suspensiu no suspèn la delació, sinó que simplement retarda l'execució

9 «El termino suspensivo retrasará simplemente la efectividad del legado, a menos que el testador disponga que suspenda la adquisición; pero, en ambos casos, aunque fallezca el legatario antes de vencer el término, se transmitirá el legado a sus sucesores. La persona gravada no deberá devolver los frutos y rentas producidos por la cosa legada mientras no venza el término. Salvo que el término sea establecido en beneficio del legatario, la persona gravada podrá anticipar la entrega o cumplimiento del legado».

10 No va passar, en canvi, a la Compilació, que només contenia una norma general al respecte a l'art. 221: «Los legados podrán ser dispuestos eficazmente bajo termino o condición suspensivos o resolutorios. Salvo voluntad distinta del testador, se entenderá término y no condición el legado dispuesto para cuando fallezca el propio legatario o llegue a determinada edad otra persona»; vegeu el comentari que fa a aquest precepte Encarna ROCA TRÍAS, a Manuel ALBALADEJO (dir.), Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, tomo XXIX, vol. 2, EDERSA, 1984, pp. 44 ss. Y respecte a l'art. 263 CS, vegeu Pedro ALBIOL MARÉS, a Comentarios al Código de Sucesiones, vol. 2, Bosch, 1994, pp. 933 ss.

o el compliment del llegat,¹¹ per la qual cosa, si el legatari mor abans del venciment del termini, el dret llegat es transmet als seus successors. I en relació a l'estatut del propietari, que és la persona gravada amb el llegat, mentre no arriba el termini, l'art. 427-12 només diu, al final de l'apartat 4rt., que «la persona gravada fa seus els fruits i les rendes produïts pel bé llegat». Lògicament, si fa seus els fruits i les rendes, haurà de satisfer les despeses necessàries per produir-los. Però respecte a si hi ha o no obligació de conservació, o en relació a qui s'ha de fer càrrec de les reparacions extraordinàries, o si les millores s'han de rescabalar o no, entre d'altres qüestions, es guarda silenci. Ja Roca Trías apuntava que un dels problemes fonamentals que planteja aquest llegat és el de l'assegurament de l'obligació de tornar el bé en el moment que arribi el termini, i que davant el silenci de la Llei, calia acudir a la norma que regulava les obligacions del fiduciari, entre les que s'hi trobava la de prestar fiança o la inscripció dels immobles en el Registre de la Propietat.¹²

B) El llegat sota termini resolutori

En el llegat sota termini resolutori el propietari és el legatari, que ho serà fins que arribi el termini. L'art. 427-13.1 diu que «el legatari adquireix els béns objecte del llegat amb el gravamen resolutori, que afecta els béns com a càrrega real, si el causant no ha ordenat que produeixi efectes obligacionals».¹³ Per tant, queda clar que el legatari és un propietari temporal; l'art. 427-13.2 diu expressament que el legatari «és propietari dels béns». Com a tal propietari,

11 Antoni MIRAMBELL I ABANCÓ, «Art. 427-12», a EGEA-FERRER, Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions, vol I, Atelier, Barcelona, 2009, pp. 787-788.

12 ROCA TRÍAS, Ob. Cit., p. 61.

13 El precepte té el seu precedent en l'art. 429 Pr. 1955: «En los legados bajo término o condición resolutorios, el legatario adquirirá los bienes legados con el referido gravamen resolutorio, que afectará con carga real a tales bienes, si el testador no ha dispuesto que surjan efectos obligacionales. El legatario conservará la propiedad de los bienes y hará suyos los frutos mientras no venza el término o ceda la condición, y prestará fianza y podrá producirse sobre aquéllos del mismo modo que el fiduciario en las sustituciones fideicomisarias de legados. De fallecer entre tanto el legatario, sus sucesores adquirirán los bienes con sujeción al indicado gravamen. Vencido el término o cumplida la condición, dichos bienes harán tránsito de pleno derecho a la persona gravada con el legado o a sus sucesores. Si el legado consistiere en dinero

«fa seus els fruits fins que no venci el termini», i «ha de prestar garantia i té sobre els béns objecte del llegat la mateixa posició que el fiduciari en les substitucions fideïcomissàries de llegat». Per tant, en aquest cas sí es troba regulat, ni que sigui per remissió, l'estatut jurídic del legatari temporal. Arribat el termini, el bé farà trànsit de nou a la persona gravada.

Quant al dret de la persona gravada amb el llegat, l'art. 427-13.1, en la mateixa línia que els seus precedents, parla de «gravamen resolutori, que afecta els béns com a càrrega real, si el causant no ha ordenat que produeixi efectes obligacionals». Aquesta configuració encaixa amb la que proposem per al titular successiu en la propietat temporal, que té un dret real d'adquisició, si bé l'autonomia de la voluntat també permetria configurar-lo com un dret personal.¹⁴

C) Fideïcomís d'un bé singular a termini

L'art. 426-1.1 estableix que en el fideïcomís «el fideïcomitent disposa que el fiduciari adquireixi l'herència o el llegat amb el gravamen que, un cop vençut el termini o complerta la condició, facin trànsit al fideïcomissari». Quan el fideïcomís recau sobre un bé singular (llegat), i quan el trànsit es fa una vegada vençut el termini, el fiduciari es converteix en un propietari temporal, atès que, d'acord amb l'art. 426-26.1, a més de tenir l'ús i el gaudi dels béns fideïcomesos, «gaudeix de tots els altres drets que la llei atribueix al propietari». Ara bé, igual que el legatari sotmès a termini resolutori, el fiduciari està gravat amb l'obligació de lliurament al fideïcomissari, amb la qual cosa es restringeixen les seves facultats dominicals i queda obligat a conservar el bé.

La principal diferència del fideïcomís tant respecte a la propietat temporal dels arts. 547-1 i ss., com en relació al legatari a termini, és la possibilitat que hi hagi una pluralitat de fideïcomissaris, és a dir, que es prevegin de manera successiva varis propietaris temporals (si bé amb una sèrie de límits, art. 426-10).

o bienes fungibles, el legatario devolverá otro tanto de la misma especie y calidad»; aquest precepte, amb l'excepció del darrer apartat relatiu al llegat consistent en béns fungibles, va passar a l'art. 264 CS.

14 Vegeu l'apartat 2.2.2. dedicat a la naturalesa del dret del titular successiu.

2.2.2. *La donació subjecta a termini resolutori*

L'art. 531-16.2 es refereix a la donació subjecta a termini resolutori per establir que el donatari és propietari i adquireix els fruits i les rendes del bé o del dret donats (art. 531-16.2). Tot i que no es digui expressament, el seu règim ha de ser anàleg al del llegat sota termini resolutori. El donatari a termini resolutori és un propietari temporal, que encaixa dins l'art. 547-1 com una propietat temporal adquirida per un negoci jurídic entre vius a títol gratuït.

2.2.3. *Conclusió*

La conclusió és, doncs, que tot i que la temporalitat en la titularitat del dret de propietat no ha estat una institució ni molt menys desconeguda en el dret civil català, la regulació dels arts. 547-1 i ss. CCCat no ha tingut en compte la regulació de les figures que donaven lloc a la propietat temporal, i tampoc s'ha produït una harmonització de règims jurídics. Així, per exemple, quan es vulgui llegar temporalment un bé, queda el dubte de si s'ha d'aplicar el règim de l'art. 427-13, el dels arts. 547-1 i ss., o si s'han de combinar tots dos règims. Tot i que una regulació completa de la propietat temporal la trobem només en els arts. 547-1 i ss., els dubtes poden sorgir en qüestions com per exemple la durada mínima de la propietat temporal (l'art. 547-4.3 sí preveu una durada mínima, però no en canvi l'art. 427-13).

2.3. **Esquema de les situacions de temporalitat del dret de propietat en el dret civil català**

Les característiques essencials la propietat temporal conforme a l'art. 547-1 —atribució de la propietat, durada certa i determinada, i l'existència d'un titular successiu al qui farà trànsit el bé una vegada arribat el termini— es donen també, com acabem de veure, en el fideïcomís a termini (art. 426-1.1), la donació subjecta a termini resolutori (art. 531-16.2), el llegat ordenat sota termini resolutori (art. 427-13), i en el llegat sota termini suspensiu (art. 427-12.2);¹⁵ ja hem dit

¹⁵ El propietari temporal serà en aquest cas la persona gravada.

que el règim de totes aquestes institucions hauria de ser coincident, però que no és així.

A part d'aquestes institucions caracteritzades per les notes que acabem d'apuntar, hi ha altres situacions de temporalitat del dret de propietat, que podem classificar en funció de la certesa o no de la temporalitat.

2.3.1. Durada temporal però indeterminada

Podria haver-hi casos en què el titular del dret de propietat sap amb certesa que només ho serà temporalment, però ignora fins quan. El termini és cert però indeterminat. Seria el cas de la «propietat vitalícia» (o, millor dit, la titularitat vitalícia del dret de propietat), que no es troba regulada al CCCat.¹⁶ Ja hem vist que la regulació dels arts. 547-1 i ss. no admet una propietat vitalícia, atès que l'art. 547-1 exigeix que es tracti d'un termini cert i determinat.¹⁷

Alguns autors entenen que seria convenient poder pactar una «propietat temporal vitalícia».¹⁸ No veig inconvenient en pactar una titularitat vitalícia del dret de propietat d'acord amb els principis de llibertat de pacte i de numerus apertus. Ara bé, dit això, cal advertir que: 1r.) L'atribució temporal del gaudi vitalici d'un bé encaixa molt millor amb la constitució d'un dret d'usdefruit, que no pas amb un dret de propietat.¹⁹ 2n.) A aquesta «propietat vitalícia» no li seria aplicable el règim jurídic dels arts. 547-1 i ss., sinó que el seu règim hauria de venir fixat pel pacte entre les parts; observem que,

16 En la propietat vitalícia, arribat el termini la propietat no passaria als hereus, sinó al titular successiu que s'hagués designat quan es va constituir la propietat vitalícia.

17 I no és un cas de propietat temporal vitalícia el fideïcomís ordenat per a després de la mort del fiduciari, ja que aquest fideïcomís té el caràcter de condicional —art. 426-4.2, i per tant la regla general és que el fideïcomissari no adquireix cap dret fins a la mort del fiduciari, art. 426-5.3—. És a dir, si realment fos una propietat temporal vitalícia, la mort del fideïcomissari abans que el fiduciari no hauria de suposar que la propietat deixés de ser temporal, sinó que arribat el termini (incert: la mort del fiduciari) el bé hauria de passar als hereus del fideïcomissari, i no als hereus del fiduciari.

18 En aquest sentit, MOLINA ROIG, La propiedad compartida y la propiedad temporal cit., pp. 122-124 i 129; vegeu l'apartat III.3.4 d'aquest treball.

19 O un fideïcomís o un llegat si la constitució es fa per causa de mort, o una donació amb clàusula de reversió.

entre d'altres circumstàncies, la titularitat vitalícia no encaixa amb el termini mínim de deu anys que la Llei exigeix per als immobles (art. 547-4.3). 3r.) La mort del propietari introdueix un element d'aleatorietat estrany a la naturalesa del contracte,²⁰ i incompatible amb els interessos del finançador.

2.3.2. *Incertesa en la temporalitat*

Hi ha altres casos en què ni tan sols hi ha certesa de la temporalitat. La temporalitat no és segura, però sí possible, i això fa que es puguin imposar certes restriccions al dret del propietari.

A) *Les titularitats condicionades*

La titularitat del dret de propietat pot estar amenaçada pel compliment d'una condició. El propietari sap que pot deixar de ser-ho si és compleix l'esdeveniment futur i incert en què la condició consisteix. És el cas del fideïcomís condicional (art. 426-1.1), la donació subjecta a condició, suspensiva o resolutòria (art. 531.16), el llegat ordenat sota condició, suspensiva o resolutòria (art. 427-12 i 427-13), la donació amb clàusula de reversió (art. 531-19), i el pacte reversional en els heretaments (art. 431-27). També ho seria la venda feta sota pacte de condició resolutòria, com per exemple l'impagament del preu (art. 621-54 CCCat).

L'amenaça que recau sobre el propietari fa que en alguns d'aquests casos —no en tots— s'imposin limitacions al propietari; l'exemple més evident és el fideïcomís (arts. 426-1 i ss.), en el que s'imposen al fiduciari les mateixes restriccions tant si el fideïcomís és condicional como si és a termini; en canvi no es contempla cap restricció en les donacions sotmeses a condició ni en les fetes amb clàusula de reversió a favor de terceres persones (art. 531-19.2).

B) *El propietari gravat amb un dret d'adquisició*

Si el propietari està gravat amb un dret d'adquisició, la seva titularitat depèn de l'exercici del dret d'adquisició: si el dret s'exercita, deixarà de ser propietari. D'acord amb l'art. 568-1.a), el dret d'opció «faculta el seu titular per a adquirir un bé en les

²⁰ Tret que el preu d'adquisició es transformés en el pagament d'una renda anual, el que no està previst a l'art. 547-5.a) i faria variar la naturalesa del contracte.

condicions establertes pel negoci jurídic que la constitueix». Es tracta d'un dels anomenats «poders de configuració jurídica» (RDGDEJ 5.11.2009). El preu per a l'adquisició del bé ve establert en el títol constitutiu (art. 568-6.b). I, lògicament, aquest preu es fixa d'acord amb l'estat del bé en el moment de la constitució del dret. La quantia de la contraprestació és, en principi, invariable i, per aquest motiu, el bé ha de mantenir les mateixes condicions essencials que tenia en constituir-se el dret. Per això, al propietari del bé se l'imposa el deure de conservació: «els propietaris estan obligats a conservar amb la diligència deguda el bé subjecte al dret d'opció i responen davant dels optants per la deterioració que el dit bé sofreix per culpa o dol» (art. 568-10.1).²¹ I també en el dret de redimir en la venda a carta de gràcia el propietari té el deure de no deteriorar la cosa (art. 568-32.2).

C) *Les titularitats revocables*

Qui adquireix un bé per donació, tot i que no se li hagi imposat una condició ni un termini resolutori (art. 531-16.2), sap que pot ser privat de la seva titularitat. L'amenaça és clara en les adquisicions verificades en virtut d'una donació per causa de mort, ja que aquestes són lliurement revocables pel donant (art. 432-5). Les donacions entre vius també es poden revocar, si bé és necessari que concorri una causa legal de revocació (art. 531-15). Ara bé, en aquests casos, tot i l'amenaça, no s'imposa al donatari el deure de conservar, ni cap restricció al seu dret de propietat. Per tant, el donant corre amb el risc de no poder recuperar no tan sols el bé que ha donat, sinó tampoc el seu equivalent.

D) *Reducció o supressió de donacions i de llegats*

Per últim, les atribucions gratuïtes —ja sigui entre vius o per causa de mort— fetes pel causant poden ser reduïdes, o fins i tot suprimides, per pagar els drets successoris d'origen legal (llegítima i quarta vidual, arts. 451-22 i 452-5). Així mateix, els llegats es poden reduir o suprimir per ser excessius, o per tal que l'hereu es pugui satisfer la quarta falcídia (arts. 427-39 i ss.). En

21 Vegeu amb més detall DEL POZO/VAQUER/BOSCH, Derecho civil de Cataluña. Derechos reales, 5ª ed. 2015, pp. 491 ss.

el cas dels llegats, el legatari, tot i ser propietari per la delació (en el llegat d'eficàcia real, arts. 427-10.2 i 427-15,1), pot no tenir la possessió del bé (art. 427-22), com a garantia de l'hereu per si el llegat s'ha de reduir o suprimir.

2.3.3. *Conclusió*

Hem vist, doncs, diverses situacions de temporalitat del dret de propietat, en les que la certesa o no del trànsit del bé a un titular successiu hauria d'influir en les facultats del propietari (temporal). La Llei no sempre imposa limitacions a les facultats del propietari; no les imposa, per exemple, quan la titularitat està amenaçada per la possibilitat de revocació d'una atribució gratuïta. En altres casos, observem certes discordances en el CCCat en relació a la protecció del titular successiu, como ho palesen aquests dos exemples: a) El titular d'un dret d'opció està més protegit que el titular successiu en la propietat temporal, tot i que qui té un dret cert és aquest últim (per exemple, l'art. 568-10.1 imposa un deure de conservació al propietari gravat amb un dret d'opció, deure que els arts. 547-1 i ss. no imposen al propietari temporal). b) El fideïcomís a termini i la propietat temporal, tot i la certesa del trànsit en tots dos casos, tenen un règim ben diferent, com per exemple en relació a les millores, que s'han d'abonar al fiduciari però no al propietari temporal.²²

3. LA PROPIETAT TEMPORAL A LA LLEI 19/2015

3.1. Aspectes generals

3.1.1. *Concepte*

L'art. 547-1 estableix: «El dret de propietat temporal confereix al seu titular el domini d'un bé durant un termini cert i determinat, vençut el qual el domini fa trànsit al titular successiu». Per tant, com ja he dit anteriorment, els trets bàsics del dret de propietat temporal són:

²² Vegeu l'apartat 3.4.2.B.b.

- a) L'atribució del domini al que s'anomena «propietari temporal».
- b) La temporalitat de l'atribució del domini, temporalitat que és «certa i determinada».
- c) El trànsit del bé a l'anomenat titular successiu en arribar el termini. La Llei fa servir l'expressió «fer trànsit», utilitzada així mateix en el precepte que ofereix el concepte de fideïcomís,²³ i que pretén indicar que, arribat el termini, s'extingeix automàticament la titularitat del primer propietari i, simultàniament i també de manera automàtica, s'atribueix la propietat al nou adquirent.²⁴ El trànsit, com no podia ser d'altra manera, és gratuït.

En la propietat temporal intervenen com a mínim dos subjectes: el propietari temporal, a qui se li atribueix temporalment la propietat, i el titular successiu, a qui farà trànsit el bé una vegada arribi el termini i que, mentre dura la situació de propietat temporal, té un dret d'adquisició.

3.1.2. *Objecte*

No qualsevol bé és susceptible de propietat temporal. La propietat temporal té la seva raó d'ésser primordial en facilitar l'accés a l'habitatge. Així ho estableix el Preàmbul de la Llei, i fins i tot en l'articulat es fa una referència explícita al cas en què la propietat temporal recaigui sobre un bé subjecte al règim de propietat horitzontal (art. 547-4.1.fin). No obstant això, i com succeeix també amb la propietat compartida, l'art. 547-2 admet que pugui ser objecte de propietat temporal qualsevol bé immoble (per exemple, un local de negoci, o una nau industrial), i també determinats béns mobles que reuneixin les tres condicions següents: 1) que es tracti de béns «duradors», és a dir, que no es destrueixin pel seu ús continu; es poden deteriorar, però no destruir per aquest ús, com podria ser per exemple un motor, o una obra d'art; 2) que siguin béns «no fungibles», en el sentit que s'han de poder identificar en venir determinats per determinades circumstàncies

23 Art. 426-1.1; també en l'art. 427-22.2 en relació als llegats d'eficàcia real, i en l'art. 431-20.2 pel que fa a l'heretament mutual

24 És a dir, arribat el termini, la propietat no s'extingeix —en un altre cas el bé es convertiria, temporalment, en res nullius si és moble, o passaria a ser de titularitat de l'Estat si és immoble—, sinó que el que s'extingeix és la titularitat del primer propietari.

que permeten individualitzar-los; i 3) que «puguin constar en un registre públic».

El requisit de que els béns mobles han de ser «duradors» s'ha de connectar amb el tema de la durada de la propietat temporal sobre aquests béns, que és d'un any com a mínim (art. 547-4.3). Si, per exemple es vol constituir una propietat temporal sobre un vehicle a motor, la seva durada —màxima— hauria d'estar d'acord amb la durada útil del bé en qüestió; no tindria gaire sentit constituir una propietat temporal de 30 anys sobre un cotxe.

La propietat recau sobre béns (art. 541-1.1), que ho són tant les coses com els drets patrimonials (art. 511-1.1); per tant, es podria constituir, per exemple, una propietat temporal sobre un dret d'usdefruit, i també una propietat temporal sobre una altra propietat temporal.

3.1.3. Règim jurídic

L'art. 547-3.1 diu: «La propietat temporal, en tot allò que no estableixen el títol d'adquisició ni les disposicions d'aquest capítol, es regeix per les normes d'aquest codi relatives al dret de propietat». Per tant, les fonts per les que es regeix la propietat temporal són les següents:

a) En primer lloc, el pacte entre les parts. Com assenyala el preàmbul de la Llei, «[a] excepció d'allò que fa referència als elements de tipificació de les institucions, les normes que s'introdueixen són de caràcter dispositiu, de manera que es dona un ampli marge a l'autonomia privada, conforme al tradicional principi de llibertat civil (article 111-6 del Codi civil)». L'ampli marge que es concedeix a l'autonomia de la voluntat es posa de manifest en l'art. 547-5, que preveu una sèrie de pactes que poden establir-se en el títol constitutiu.²⁵

25 Aquest article enumera els següents pactes que es poden establir en el títol constitutiu:

- «a) El pagament a terminis del preu d'adquisició.
- b) La facultat del propietari temporal de prorrogar el seu dret per un termini que, sumat a l'inicial, no excedeixi del màxim legal, sens perjudici de tercers.
- c) El dret d'adquisició preferent del propietari temporal per al cas de transmissió onerosa del dret del titular successiu, i el dret d'adquisició preferent d'aquest últim per al cas de transmissió onerosa de la propietat temporal.

b) En allò que no hagin pactat les parts, s'aplicaran els arts. 547-1 a 547-10, la majoria dels quals tenen caràcter dispositiu (entre les normes imperatives s'hi troba, per exemple, la que preveu una durada màxima de noranta-nou anys, art. 547-4.3, la que estableix determinades característiques per a què els béns mobles puguin ser objecte de propietat temporal, art. 547-1, o la que fixa un termini cert de durada, art. 547-1).

c) I, en última instància, la propietat temporal es regeix per les normes relatives al dret de propietat (arts. 541-1 a 546-14). Aquesta regla de l'art. 547-3.1 suposa tota una declaració d'intencions per part del legislador, que pretén assimilar la propietat temporal a la propietat ordinària. La Llei podria haver fet una remissió, com a dret supletori, a altres situacions de temporalitat de la propietat, com per exemple al fideïcomís, però no ho ha fet així, possiblement per subratllar l'autonomia de la institució i per reforçar la posició del propietari temporal.²⁶

3.2. Naturalesa jurídica

En la propietat temporal coexisteixen poders de dos subjectes: els del propietari temporal (enumerats a l'art. 547-6), i també els del titular successiu (art. 547-7). La Llei hauria pogut articular aquesta concurrència de poders de diferents maneres:

a) Com un domini dividit. El Preàmbul de la Llei 19/2015 assenyala que «la propietat temporal és present [...] en la

d) Un dret d'opció de compra de la titularitat successiva a favor del propietari temporal.

e) El dret del propietari temporal que el titular successiu li pagui les despeses per obres o reparacions necessàries i exigibles, atinent, principalment, el temps que resta de la durada de la propietat temporal i l'import de les dites despeses».

26 La regulació de la propietat temporal pretén establir una separació entre la propietat temporal dels arts. 547-1 i seg., i les altres situacions temporals de la propietat. Així es desprèn de la circumstància que l'art. 547-3 no estableixi com a dret supletori el del fideïcomís, per exemple, i que l'art. 547-3.2 disposi que «[e]ls règims del fideïcomís, de la donació amb clàusula de reversió, del dret de superfície o qualssevol altres situacions temporals de la propietat es regeixen per llurs disposicions específiques». No obstant això, considerem que és possible que tots aquests règims es puguin complementar recíprocament en totes aquelles regles que no siguin contràries a les seves respectives naturaleses.

caracterització originària dels censos com a propietat dividida susceptible de durada temporal si així es pacta [...]».²⁷ Però la divisió del domini es manté només en el Codi civil espanyol (especialment art. 1605), i no en el dret català, en què el cens és un dret real en cosa aliena (arts. 565-1 i ss.).

b) Com una comunitat, en la que els cotitulars tindrien diferents facultats, i que passat un temps es convertiria en propietat exclusiva per al que no havia tingut l'ús i el gaudi del bé.

c) Com una propietat gravada amb un dret real. Aleshores, a priori, el propietari tant podria ser el titular successiu, com el propietari temporal. En el primer cas, el titular de l'ús i el gaudi —el que la Llei 19/2015 coneix com a propietari temporal— no seria tal propietari, sinó que vindria a tenir una mena d'usdefruit reforçat. En el segon cas, el titular successiu només tindria un dret d'adquisició.

Ja des dels primers treballs preparatoris es va partir d'aquesta darrera concepció —el propietari temporal és el propietari—, i fins i tot s'assimila el dret del propietari temporal al d'un propietari ordinari. En el Preàmbul de la Llei 19/2015 s'estableix: «En la propietat temporal, el propietari gaudeix, durant el termini fixat, d'un poder jurídic idèntic al del propietari ordinari que el legitima per a actuar com a propietari únic i exclusiu, mentre que el titular successiu ho és d'un dret de reversió». I doctrina autoritzada així ho afirma amb rotunditat; en aquest sentit, Carmen Gete-Alonso assenyala: «[...] la propiedad temporal es el mismo derecho de propiedad ordinaria recogida en los Códigos civiles (cfr. arts. 348 CC, 541-1 CCCat) [...]», i la propietat temporal «es el derecho

27 Sobre la discutida qüestió de la naturalesa jurídica del dret de cens vegeu Antoni Mirambell i Abancó, *Els censos en el dret civil de Catalunya: la qüestió de l'emfiteusi (a propòsit de la Llei especial 6/1990)*, Barcelona, 1997, pp. 312 ss., qui afirma que «Pel que respecta a la legislació i la doctrina jurídica catalana històriques sobre l'emfiteusi, la institució com s'ha vist es regula i estudia sota l'estructura de la divisió del domini entre el senyor directe i el senyor útil o emfiteuta de manera, però, que el domini directe apareix com un domini superior respecte del domini útil, superioritat que es tradueix en un contingut dominical tan ampli que, gairebé, s'acosta a una «propietat exclusiva» la qual es veuria limitada per l'existència del domini útil».

de propiedad porque participa, plenamente, de sus caracteres y régimen excepción de lo que afecta al tiempo».²⁸

3.2.1. La naturalesa del dret del propietari temporal

A) El propietari temporal com a propietari

Amb tot, aquesta plena assimilació entre propietari temporal i propietari ordinari no és tan evident. El que sí està clar és la intenció del legislador d'equiparar un i altre. A més de en l'esmentat apartat del Preàmbul, això es fa palès en diversos preceptes de la Llei 19/2015:

a) En l'art. 547-1, que quan defineix la propietat temporal, no estableix cap límit al domini: «El dret de propietat temporal confereix al seu titular el domini d'un bé durant un termini cert i determinat, vençut el qual el domini fa trànsit al titular successiu».

b) En el mateix art. 547-1, que utilitza l'expressió que el bé «fa trànsit» al titular successiu: no s'estableix cap obligació de lliurament de la cosa, sinó l'adquisició automàtica per part d'aquell.

c) En l'art. 547-3, dedicat al règim jurídic, que fa una remissió a les regles generals del dret de propietat, i no a les d'altres situacions de temporalitat com podria ser el fideïcomís, extensament regulat en els arts. 426-1 i ss. CCCat.

d) A l'art. 547-6.1, que comença dient que «el propietari temporal té totes les facultats del dret de propietat [...]».

e) A l'art. 547-6.3: «Si el bé objecte de propietat temporal és un immoble en règim de propietat horitzontal, l'exercici dels drets i el compliment de les obligacions derivades d'aquest règim corresponen en exclusiva al propietari temporal».

f) En l'art. 547-5.e), que admet el pacte en virtut del qual s'estableix que el titular successiu pagui al propietari temporal les «despeses per obres o reparacions necessàries i exigibles»; d'això es dedueix que, si no hi ha pacte, les despeses les ha d'assumir el

28 Carmen Gete-Alonso Calera, «Una primera lectura de la Llei 19/2015, de 29 de julio, de incorporación de la propiedad temporal y la propiedad compartida al libro quinto del Código Civil de Cataluña», Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS), núm. 7, junio-diciembre 2015, p. 22

propietari temporal, per la seva condició de propietari, encara que siguin obligatòries i redundin finalment en benefici del titular successiu quan arribi el termini.

g) I, finalment, del fet que no es preveu la facultat d'inspeccionar el bé per part del titular successiu; la inexistència de la dita facultat d'inspecció es podria justificar en el caràcter de propietari ordinari del propietari temporal, en veure's la inspecció externa com una intromissió al dret de propietat. En canvi, a la propietat compartida (art. 556-8.b) el propietari formal sí té aquesta facultat d'inspecció, el que es justifica pel seu caràcter de copropietari.

B) Límits al dret del propietari temporal

No obstant això, en altres preceptes de la Llei s'estableixen límits al dret del propietari temporal, que posen en qüestió la seva plena assimilació al propietari ordinari:

a) Si bé l'art. 547-6.1 concedeix al propietari temporal «totes les facultats del dret de propietat», matisa tot seguit que té les limitacions «derivades de la seva durada i de l'existència del titular successiu». Per tant, el dret del titular successiu limita les facultats del propietari temporal, i l'allunya lleugerament del propietari ordinari. Quan l'art. 547-10.2 diu que «el propietari temporal respon davant el titular successiu dels danys ocasionats al bé per culpa o dol», no està establint un deure de conservació del bé, però sí que està limitant una de les facultats que integra el contingut del dret de propietat: la facultat d'abusar del bé; el propietari temporal no pot destruir, total o parcialment, el bé.

b) La facultat dispositiva del propietari temporal té el límit derivat de la seva pròpia temporalitat. Conforme a l'art. 547-6.2, «[l]a propietat temporal es pot alienar, hipotecar i sotmetre a qualsevol altre gravamen amb el límit del termini fixat [...]». La facultat dispositiva del propietari temporal no arriba a la propietat plena, sinó a la propietat temporal. Quan l'art. 541-1.1 defineix el dret de propietat per l'atribució, entre d'altres, de la facultat de disposar, ho refereix a la disposició del propi dret de propietat. Així es palesa clarament en l'usdefruit amb facultat de disposició (arts. 561-1 i seg.): l'usufructuari ordinari té la facultat de disposició sobre el seu dret d'usdefruit, no

sobre la propietat (com succeeix en la majoria de drets reals limitats); la facultat dispositiva va referida a la propietat, no a l'usdefruit.

c) L'art. 547-7.3 estableix: «El titular successiu pot exigir al propietari temporal que es faci càrrec de les obres de reparació o reconstrucció si el bé es deteriora en un 50% o més del seu valor per culpa o dol del propietari temporal»; l'incompliment d'aquesta obligació origina l'extinció de la propietat temporal (art. 547-9.1.b).

C) *El propietari temporal com a propietari «especial»*

Els arguments que, en una i altra direcció, acabem d'apuntar, ens permeten arribar a la conclusió que el propietari temporal és un propietari, però mancat d'alguna de les facultats que integren el contingut de la propietat ordinària (la d'abusar del bé, i la de disposar-ne). Al propietari temporal li queda doncs només la facultat de gaudir del bé, el que l'acosta a l'usufructuari, però es diferencia d'aquest en què 1) té la facultat d'alterar la forma i la substància de la cosa;²⁹ 2) no ha de respectar la destinació econòmica del bé;³⁰ i 3) no té l'obligació de conservació.³¹

Ja he dit que, partint de la base que en tota relació jurídica sobre un objecte cal que existeixi un propietari, la Llei hagués pogut qualificar el propietari temporal com a propietari, però també com a titular d'un dret real limitat, com una mena d'usdefruit reforçat. La Llei ha considerat que, durant la vigència de la propietat temporal, qui té la consideració de propietari ha de ser el propietari temporal —que té el gaudi del bé—, i no el titular successiu, que en aquest període només té un dret d'adquisició —per més que aquest dret d'adquisició operi automàticament en arribar el termini—. L'opció elegida pel Legislador és discutible, si atenem a la qualificació del dret de propietat com un dret perpetu, ja que qui exercirà «a perpetuïtat» les facultats del domini no serà el propietari temporal, sinó el

29 A diferència del règim general de l'usufructuari, art. 561-2.1, segons el qual «l'usdefruit és el dret real d'usar i gaudir béns aliens salvant-ne la forma i la substància», si bé aquest mateix precepte permet que les lleis o el títol de constitució puguin establir una altra cosa.

30 A diferència de l'art. 561.2.3 per a l'usufructuari: «Els usufructuaris han de respectar la destinació econòmica del bé gravat i, en l'exercici de llur dret, s'han de comportar d'acord amb les regles d'una bona administració».

31 Vegeu l'apartat III.4.2.2.4., on es defensa la inexistència d'aquest deure de conservació.

propietari originari o la persona a qui ell hagi transmès el seu dret. La propietat temporal és només un parèntesi dins la perpetuïtat del dret de propietat. La tradicional característica de la «elasticitat» del domini es manifesta en el propietari originari, qui arribat el termini final de la propietat temporal recobrarà el seu dret de propietat; per això entenc que hagués encaixat millor dins del sistema del CCCat la configuració de la propietat temporal com un dret real limitat, mentre que el titular successiu seria un propietari gravat.

D) El propietari temporal no és un propietari gravat

La configuració, com veurem amb més detall tot seguit, del dret del titular successiu com un dret d'adquisició podria fer arribar a la conclusió que el propietari temporal és un propietari ordinari gravat amb aquest dret d'adquisició, és a dir, el propietari temporal seria un propietari que té totes les facultats del dret de propietat, però limitades per l'existència d'un dret real que el grava, com succeeix, per exemple, amb el propietari gravat amb un dret d'opció. Però aquesta configuració té el problema que mentre el gravamen que suposa l'existència d'un dret real és temporal,³² la limitació del propietari temporal és institucional, és a dir, per sempre, amb la qual cosa la pretesa elasticitat del domini no existirà: aquest domini, per al seu titular, no podrà recuperar mai la seva extensió originària. Sí que és cert que si, per exemple, el propietari temporal grava la seva propietat amb un dret d'usdefruit, quan s'extingeixi l'usdefruit la propietat temporal recobrarà la seva extensió originària. Però el propietari temporal no es podrà alliberar mai del gravamen que suposa el dret d'adquisició del titular successiu —sí si adquireix el dret del titular successiu, però aleshores la propietat temporal s'haurà extingit i passarà a ser una propietat ordinària—. Per això, no podem dir que el propietari temporal sigui un propietari ordinari gravat, sinó que té un dret de propietat «especial», amb un contingut diferent —més limitat— que el de la propietat ordinària.

3.2.2. El dret d'adquisició automàtic del titular successiu

El titular successiu, mentre dura la situació de propietat temporal, té un dret d'adquisició que, per la seva inevitable vinculació amb

32 Aquesta és la regla general; hi ha excepcions, com és el cas del cens emfitèutic, que és perpetu, si bé redimible (art. 565-2.1).

la finca —ja que els seus efectes no són hipotètics o aleatoris, sinó que necessàriament es produiran, amb l'arribada del termini—, s'ha de qualificar com un dret real, com ho confirma el fet que es pot hipotecar i sotmetre a qualsevol altre gravamen (art. 547-7.1). En definitiva, el titular successiu no té una simple expectativa, caracteritzada per la seva incertesa (per exemple, art. 231-15 en relació als béns adquirits amb pacte de supervivència; art. 451-2.1, respecte al dret a la legítima abans de la mort del causant), sinó que té un autèntic dret real.

Però és un dret d'adquisició especial, que es distingeix del dret real d'opció regulat en els arts. 568-1 i ss. en què el seu efecte adquisitiu és automàtic, és a dir, l'adquisició es produeix pel mer transcurs del temps, sense necessitat d'exercici del dret per part del seu titular. L'efecte adquisitiu es produeix en el moment fixat, ni abans ni després. Des d'aquest punt de vista, el dret del titular successiu s'assembla al del fideicomissari a termini, que també té un dret real (art. 426-35). És diferent en canvi del dret del propietari gravat amb un dret de superfície, que si bé és propietari del terreny, sobre la construcció o plantació que en ell s'hi realitzi no té més que una simple expectativa. Mentre el titular successiu adquirirà en virtut del dret d'adquisició que té, el propietari gravat amb un dret de superfície, que com diem ja és propietari del terreny, adquirirà per accésio la construcció o plantació que pugui haver-hi en el terreny en el moment de l'extinció del dret de superfície, però mentre no arribi aquest moment no té cap dret sobre la construcció o plantació.³³

El titular successiu té, doncs, un dret real d'adquisició, que fins i tot és més «fort» que el dret d'opció, ja que hi ha la certesa que l'adquisició es produirà (depèn simplement de l'arribada d'un termini, i no de l'exercici del dret per part del seu titular). Tot i això, la protecció que es dispensa al titular successiu és menor que la que l'art. 568-10 concedeix al titular d'un dret d'opció, que té la facultat d'inspeccionar el bé per veure si el propietari gravat compleix amb el deure de conservació. El Preàmbul de la Llei 19/2015 diu que «[a]quest dret a la recuperació de la propietat quan arribi el dia final té

33 També parla de dret d'adquisició GETE-ALONSO CALERA, «Una primera lectura ...», p. 27: «A diferencia del propietario temporal, el propietario sucesivo tiene un derecho de adquisición que actúa en el momento en que se extinga la propiedad temporal [...]».

un contingut jurídic i econòmic, del qual es pot disposar inter vivos i mortis causa, però no permet al seu titular de fer cap ingerència en l'exercici de les facultats del propietari temporal». Aquesta afirmació del Preàmbul exclou la possibilitat d'aplicar al titular successiu, per analogia, l'art. 568-10.2 dedicat a la facultat d'inspecció per part del titular de l'opció, i més tenint en compte que en l'art. 547-3.1, dedicat al règim jurídic, no es fa cap referència a l'aplicació supletòria de les normes dels drets d'adquisició.

3.3. Constitució

3.3.1. *Adquisició de la propietat temporal, constitució de la propietat temporal, o adquisició temporal de la propietat?*

A diferència del que succeeix en la propietat compartida, en la que els arts. 556-4 i concordants utilitzen el terme «constitució» per designar la seva creació o establiment, en la propietat temporal els arts. 547-4 i concordants no parlen de «constitució», sinó d'«adquisició» de la propietat temporal. Aquesta denominació no és casual, sinó que ve determinada per la idea que la propietat temporal és una propietat «ordinària»,³⁴ és a dir, una propietat en la que el propietari temporal té totes les facultats del dret de propietat, les mateixes que tenia aquell de qui la va adquirir. La idea és, doncs, que l'objecte no canvia, sinó que canvia només el titular; per això, la Llei parteix de la base que quan s'estableix una propietat temporal, no s'està creant un dret de propietat diferent, sinó que es transmet i s'adquireix un dret ja existent: el dret de propietat (dret que s'adquirirà de manera temporal).

Aquesta idea és discutible. Quan l'art. 547-4.2 diu que «la propietat temporal s'adquireix...», pot crear el dubte de si aquesta adquisició no s'està referint a la transmissió d'una propietat que ja és temporal. L'expressió utilitzada per l'art. 547-4.2 no explica clarament el «pas» de la propietat «ordinària» a la propietat temporal, per molt que la Llei intenti

34 En aquest sentit, GETE-ALONSO CALERA, «Una primera lectura...», p. 25: «El derecho de propiedad temporal no se constituye, dada su naturaleza, de modo que lo adecuado es referirse, como hace la norma, a los medios aptos para su adquisición/transmisión, medios que no difieren de los comunes».

equiparar una i altra.³⁵ En qualsevol cas, si es volés partir de la idea de l'equiparació entre propietat temporal i propietat ordinària, no s'hauria d'haver parlat d'adquisició de la propietat temporal, sinó d'adquisició temporal de la propietat: la propietat s'adquireix de manera temporal.

I no es pot oblidar que, tal com veurem en l'apartat següent i com estableix explícitament l'apartat 1 de l'art. 547-4, pot haver-hi una propietat temporal sense adquisició ni transmissió de la propietat: quan el propietari es reserva temporalment la propietat, i constitueix un dret d'adquisició a favor d'un tercer.

De tota manera, hi hagi una reserva temporal o es transmeti temporalment la propietat, el que no hi ha dubte que es crea és un dret real d'adquisició per al titular successiu. La pretesa «transmissió» de la propietat temporal determinarà que, a partir d'un sol objecte de dret —la propietat «plena»—, passarà a haver-hi dos objectes de dret diferents: la propietat temporal i el dret d'adquisició del titular successiu.

3.3.2 Formes d'adquisició: cessió, reserva i divisió

D'acord amb l'art. 547-4.1, «[e]l titular del dret de propietat pot retenir la propietat temporal i transmetre la titularitat successiva a un tercer o a la inversa o transmetre ambdues». Per tant, la propietat es pot adquirir temporalment per cessió, per reserva o divisió, com succeeix també en la constitució d'alguns drets reals, com per exemple el dret d'usdefruit o el dret d'opció.

a) El propietari pot cedir temporalment la propietat a un tercer (cessió), i quedar-se ell amb un dret d'adquisició. La transmissió pot ser onerosa, però també gratuïta, i en aquest cas ens trobaríem davant la donació subjecta a termini resolutori previst a l'art. 531-16.2.

b) El propietari també pot quedar-se temporalment la propietat (reserva), i constituir un dret d'adquisició a favor d'un tercer.

c) I el propietari pot transmetre temporalment a un tercer la propietat i a un altre tercer el dret d'adquisició (divisió); si es fa per

³⁵ Vegeu l'apartat 3.2, relatiu a la qüestió de si la propietat temporal és o no una propietat ordinària.

causa de mort, estaríem davant d'un supòsit equiparable al llegat sota termini, suspensiu o resolutori, arts. 427-11 a 417-13.

Mitjançant un fideïcomís, es poden constituir per un negoci per causa de mort vàries propietats temporals de manera successiva; per exemple, A, propietari, transmet per 15 anys la propietat a B, i passats els 15 anys la propietat passarà a C, després de 15 anys més a D, i així successivament, amb els límits de l'art. 426-10. Entenc que el principi d'autonomia de la voluntat també permet constituir aquestes successives propietats temporal per un negoci jurídic entre vius, ja sigui a títol onerós o gratuït, i el contingut de drets i obligacions dels successius titulars es regirà per les normes dels arts. 547-1 i ss. Per tant, poden haver-hi varis propietaris temporals, que poden concórrer simultània o successivament; en aquest darrer cas, estaríem davant d'una transmissió temporal de la propietat feta en el mateix acte a varis subjectes, els quals organitzarien el seu gaudi del dret de propietat de manera successiva. La diferència essencial respecte al règim del fideïcomís es trobaria en què cap dels successius propietaris temporals podria ser un concepturus, sinó que tots ells haurien de concórrer a l'acte de constitució. Tingui's en compte que l'art. 547-6.4 ja permet la transmissió successiva d'una propietat temporal;³⁶ la diferència envers el supòsit que plantegem es trobaria en què els successius propietaris temporals no apareixen en el moment inicial de la constitució de la propietat temporal, sinó a mesura que es van fent les transmissions.

3.3.3. *Títols constitutius*

L'art. 547-4.2 estableix: «La propietat temporal s'adquireix per negoci jurídic entre vius, a títol onerós o gratuït, o per causa de mort. La Llei no exigeix, per tant, cap requisit de forma específica en el títol constitutiu, per la qual cosa s'haurien d'aplicar les regles generals: a) si es transmet temporalment la propietat per un negoci jurídic entre vius a títol onerós, hauria de regir el principi de llibertat de forma; b) si la transmissió es fa per un negoci jurídic per causa de mort, les regles formals seran les aplicables a les disposicions testamentàries;

36 Que és un cas diferent de la transmissió temporal successiva de la propietat, però que ens pot servir com a argument per admetre aquesta última; diu l'art. 547-6.4 que «el propietari temporal pot transmetre una altra propietat temporal de menor durada en favor d'una o més persones, alhora o una després de l'altra».

i c), si es tracta d'una transmissió temporal de la propietat a títol gratuït d'un bé immoble, caldrà que la donació es faci en escriptura pública (art. 531-12).

Ara bé, quan es transmet temporalment la propietat per un negoci entre vius a títol oneros, cal tenir present que al mateix temps s'està constituint un dret d'adquisició a favor del titular successiu, constitució que, d'acord amb la teoria general dels drets d'adquisició, requereix escriptura pública (i, si recau sobre immobles, inscripció registral, art. 568-2.1). Tot i que l'absència de requisits formals es podria fonamentar en un intent d'abaratir costos, considero aplicables les exigències formals de l'art. 568-2.1, i per tant la necessitat d'escriptura pública, bàsicament per dues raons: a) L'escriptura pública és imprescindible per a la inscripció registral del dret del titular successiu, inscripció que resulta convenient si tenim en compte la manca de visibilitat del dret del titular successiu; b) L'art. 547-4.2 no exigeix cap requisit de forma, però tampoc l'exclou, i per tant, si atenem a la naturalesa del dret que es crea, hauria de ser aplicable la regla de l'art. 568-2.1.

L'art. 547-4.2 es refereix a l'adquisició temporal de la propietat per negoci jurídic. Però això no exclou que la propietat es pugui adquirir temporalment per altres títols: per usucapió i per la llei.³⁷

a) Tot i que l'art. 547-4.2 no ho prevegi expressament, la propietat es pot adquirir temporalment per usucapió, si bé es plantegen certs dubtes. La propietat temporal, en tant que propietat, té un contingut possessori (no és una nua propietat sense contingut possessori). La possessió del propietari temporal durant el temps exigít per la Llei determinarà que s'adquireixi per usucapió (art. 531-27). La possessió ad usucapionem hauria de venir determinada pel contingut possessori de la propietat temporal, el que implicaria que la possessió hauria de venir fonamentada en un títol adquisitiu ineficaç. És a dir, imaginem que es fa una donació de la propietat temporal d'un immoble en un document privat per 30 anys. Si el donatari posseeix l'immoble amb els requisits assenyalats per la llei (arts. 531-23 i 531-24), passats 20

³⁷ Així mateix, també es podria constituir per una resolució judicial, si la Llei així ho preveïés; per exemple, que en un procés de crisi matrimonial el jutge pogués optar entre constituir un dret d'ús sobre l'habitatge conjugal, o una propietat temporal sobre el mateix.

anys (art. 531-27) adquirirà la propietat (temporal) de l'immoble, i serà propietari temporal 10 anys més, moment en què aquesta s'extingirà i haurà de fer trànsit al propietari originari, ja que el que se ha usucapit en el seu perjudici és només la propietat temporal. En canvi, el que no es pot usucapir és el dret real d'adquisició, atès que no té contingut possessori; per això, si es fa una donació en document privat del dret d'adquisició del titular successiu (el propietari es reserva la propietat temporal durant un termini de 30 anys, per exemple, passat el qual el bé immoble passarà a ser propietat d'un tercer), aquest titular successiu no podrà usucapir el dret d'adquisició.

b) I la Llei també podrà donar lloc a la constitució d'una propietat temporal, a la que li seria aplicable el règim jurídic dels arts. 547-1 i ss.; per exemple, la Llei podria establir que en la successió intestada en la que concorren descendents i cònjuge vidu, el dret que si li atribuís a aquest no fos un dret d'usdefruit (arts. 442-3 i ss.), sinó un dret de propietat temporal.

Finalment, i com en un altre lloc s'ha apuntat, si la propietat temporal es constitueix per un negoci jurídic per causa de mort, són evidents les analogies amb el fideïcomís singular a termini (arts. 426-1, 426-3.2 i concordants), i amb el llegat a termini, suspensiu o resolutori (arts. 427-11 a 427-13); i si es constitueix per un negoci jurídic entre vius a títol gratuït, l'analogia es produeix amb la donació a termini resolutori (art. 531-16). En aquests casos, el testador o el donant hauran de decidir quina figura i quin règim jurídic els resulta més convenient, si el de la propietat temporal dels arts. 547-1 i ss., o el dels fideïcomisos, llegats o donació, però en cap cas es pot arribar a confondre l'una amb les altres, ja que com dic cadascuna té el seu règim jurídic específic; per exemple, al llegat a termini no se li aplicarien les limitacions temporals de l'art. 547-4.3.

3.3.4. Requisits del títol constitutiu: la durada de la propietat temporal

L'única menció que la Llei exigeix que consti necessàriament en el títol constitutiu és la durada de la propietat temporal. L'art. 547-4.3 estableix que «[e]n el negoci jurídic d'adquisició hi ha de constar el termini cert i determinat de durada de la propietat temporal, que no pot ésser inferior a deu anys per als immobles i a un any per als mobles, ni superior, en cap cas, a noranta-nou anys». Com no podia ser d'altra manera, en la constitució de la propietat temporal

és essencial la fixació del termini de durada, ja que és el seu element definitori. Per això, és lògic que la Llei, a diferència del que es preveu en la propietat compartida (art. 556-4.3), no estableixi cap termini supletori de durada. Queda clar, doncs, que la Llei no admet una propietat temporal vitalícia, és a dir, una propietat en què la titularitat vingui determinada no per un termini cert i determinat, sinó per la vida d'una persona.³⁸

La Llei no preveu les conseqüències de la no fixació en el títol constitutiu del termini de durada de la propietat temporal, ni de l'establiment d'un termini superior al legal. En aquest últim cas, el principi de conservació del negoci pot justificar que la conseqüència de la nul·litat cedeixi pas a la reducció del termini fins al màxim legal (noranta-nou anys). Més difícil és evitar la nul·litat en cas de falta de menció del termini, no només pel caràcter imperatiu de l'art. 547-4.3 («ha de constar»), sinó també, com diem, per la inexistència d'un termini legal supletori, a diferència del que es preveu respecte a la propietat compartida (art. 556-4.3). No obstant això, l'esmentat principi de conservació del negoci podria permetre proposar l'aplicació analògica de l'art. 556-4.3 relatiu a la propietat compartida, de l'art. 563-2.3 en relació als drets d'aprofitament parcial, i de l'art. 561-3.4 sobre l'usdefruit a favor d'una persona jurídica, que preveuen un termini supletori de trenta anys.

La Llei també fixa un termini mínim de durada del dret, que és de deu anys per als immobles i d'un any per als mobles. S'ha ampliat el termini respecte al que disposava el Projecte (que era de sis anys per als béns immobles), ampliació que, tot i que és limitadora de l'autonomia de la voluntat, sembla congruent amb el principi que presideix la Llei que és el de l'equiparació de les facultats del propietari temporal a les del propietari ple, equiparació que té més sentit com major sigui la durada de la propietat temporal.

A més, en el títol constitutiu es poden incloure els pactes que les parts tinguin per convenient establir; a l'art. 547-5 s'enumeren diversos pactes que concedeixen una sèrie de facultats al propietari temporal.

38 Vegeu l'apartat 2.3.1.

3.4. Contingut de la propietat temporal: els mecanismes per a la protecció del dret d'adquisició

El titular successiu té un dret d'adquisició, que la Llei ha de protegir. L'adquisició és certa, ja que es produirà —en ell o en els seus successors— pel simple transcurs del temps, sense necessitat de què es compleixi cap requisit o condició. Per això, la Llei hauria de preveure els mecanismes per assegurar que, arribat el moment, el dret d'adquisició del titular successiu es podrà fer efectiu. Vegem quins són aquests mecanismes, després d'apuntar una breu sinopsi de les facultats d'un i altre.

3.4.1. *Contingut general de deures i facultats del propietari temporal i del titular successiu*

El propietari temporal ha de pagar el preu d'adquisició de la propietat temporal, si l'adquisició és a títol oneros, preu que es pot pactar que es pagui a terminis (art. 547-5.a). Amb els límits que veurem més endavant, el propietari temporal «pot usar de forma plena els béns» (arts. 547-6.1 i 541-1). I, per la seva banda, el titular successiu no ha d'impedir l'ús ple del bé per part del propietari temporal.

Tant el propietari temporal com el titular successiu poden disposar del seu dret. D'acord amb l'art. 547-7, el titular successiu pot alienar, hipotecar i sotmetre el seu dret a qualsevol altre gravamen, i disposar-ne per causa de mort. I segons diu l'art. 547-6.2, «la propietat temporal es pot alienar, hipotecar i sotmetre a qualsevol altre gravamen amb el límit del termini fixat, sense que calgui la intervenció del titular successiu i sens perjudici que li sigui notificat l'acte una vegada celebrat. La propietat temporal també es pot transmetre per causa de mort». Per tant, arribat el termini fixat, el titular successiu adquirirà la propietat (plena), i quedarà alliberat dels gravàmens que hagi pogut imposar el propietari temporal. D'acord amb l'art. 567-7.2, «els actes i contractes no consentits pel titular successiu que excedeixin de la durada de la propietat temporal no el perjudiquen».³⁹ En qualsevol cas, els actes

³⁹ Si el bé sobre el qual recau la propietat temporal és un immoble subjecte al règim de propietat horitzontal, l'art. 547-4.1.fin estableix que «[e]n la transmissió de la propietat temporal d'un bé sotmès a propietat horitzontal s'apliquen, amb caràcter

de transmissió onerosa tant del propietari temporal com del titular successiu poden venir limitats pels drets d'adquisició preferent que s'hagin establert en el títol constitutiu (art. 547-5.c).

Dins de les facultats dispositives del propietari temporal s'hi troba, com ja s'ha apuntat anteriorment, la de «transmetre una altra propietat temporal de menor durada en favor d'una o més persones, alhora o una després de l'altra» (art. 547-6.4).

A més, l'art. 547-5 admet altres pactes que poden concedir una sèrie de facultats al propietari temporal: 1) La pròrroga del seu dret per un termini que, sumat a l'inicial, no excedeixi el màxim legal, sense perjudici de tercers; 2) Un dret d'opció de compra de la titularitat successiva a favor del propietari temporal, el que en realitat no ve ser més que una opció per extingir el dret d'adquisició que té el titular successiu, és a dir, la facultat d'alliberament del gravamen que pesa sobre el propietari temporal.

3.4.2. Referència específica als mecanismes per a la protecció del dret d'adquisició del titular successiu

A) En el moment de constitució de la propietat temporal

La Llei contempla alguns mecanismes de protecció del dret del propietari temporal als que a continuació ens referim.

a) La inscripció del dret del titular successiu en el registre corresponent

L'art. 547-8.1 estableix que «[e]l títol d'adquisició de la propietat temporal s'inscriu en el registre corresponent de conformitat amb el que estableix la llei i amb els efectes corresponents».⁴⁰ No es diu, per tant, que la inscripció de la propietat temporal sigui obligatòria (hauria de dir s'ha d'inscriure), sinó que sembla que és voluntària

general, les regles que estableix el capítol III del títol V». El precepte, que no es trobava en el Projecte, possiblement és redundant, però té la virtut de deixar clar que s'aplicarà l'art. 553-5 en el cas en què es transmeti la propietat (temporalment) i hi hagi quotes pendents de pagament: l'immoble està afectat al pagament de l'import que devia el transmissor.

40 D'acord amb l'art. 547-8.2, en la inscripció del títol d'adquisició s'ha de fer constar «la durada de la propietat temporal i, si escau, el règim voluntari que s'hagi pactat d'acord amb el que estableix l'article 547-5».

(s'inscriu). Aquest precepte contempla la inscripció des del punt de vista del propietari temporal, a qui sembla tractar com a qualsevol altre propietari i per tant li resultarà convenient la inscripció, però no es preveu la seva obligatorietat. Es podria pensar que el propietari temporal és el primer interessat en què s'inscrigui el seu dret, però no sempre serà així; pensi's en el cas que la propietat temporal es constitueixi per via de reserva: el propietari temporal serà l'antic propietari, que ja tindrà inscrita la propietat «plena» al seu nom.

La inscripció voluntària no casa amb la naturalesa del dret del titular successiu. Com s'ha dit, el titular successiu té un dret d'adquisició, i d'acord amb l'art. 568-2.1, la inscripció dels drets d'adquisició és obligatòria —no constitutiva, però sí obligatòria— («s'han d'inscriure», diu l'art. 568-2.1, mentre que l'art. 547-8.1. diu «s'inscriu»).

En definitiva, el titular successiu hauria de tenir el dret d'exigir que el seu dret d'adquisició constés en el Registre; el règim hauria de ser similar al del fideïcomís, en el que d'acord amb l'art. 426-22.1.a), el fiduciari està obligat a inscriure el títol successori corresponent i a inserir-hi la clàusula fideïcomissària.

b) La formació d'inventari

L'art. 547-4.4 exigeix que «[I]a transmissió de la propietat temporal s'ha d'acompanyar amb un inventari dels béns que, si escau, la integren». Aquesta norma es relaciona amb la de l'art. 547-10.3.fin, d'acord amb el qual «[...] en el moment de la finalització de la propietat temporal s'ha d'elaborar un inventari que s'ha de lliurar amb el bé». S'estableix, per tant, l'obligació d'inventariar, pròpia de les institucions en les que hi ha obligació de conservació i de restitució, com és el cas del fideïcomís (art. 426-20) o de l'usdefruit (art. 561-7). La formació d'inventari té per objecte relacionar tant el contingut del bé —per exemple, si es tracta d'un habitatge, el mobiliari que hi ha—, com el seu estat, si bé això no vol dir que el propietari temporal hagi de restituir els béns en l'estat en què es trobaven en constituir-se la propietat temporal; es tracta només d'una mesura de control per poder apreciar si el possible mal estat dels béns en el moment del

trànsit és una normal conseqüència del transcurs del temps, o si es deu a dol o culpa del propietari temporal.⁴¹

c) La no exigència de prestació de caucions

El fiduciari ha de prestar «garantia suficient i a càrrec seu en seguretat dels béns mobles fideïcomesos, exclosos els no susceptibles de desaparició o alienació i els que siguin objecte de disposició o inversió» (art. 426-21); tractant-se d'immobles, l'art. 462-22.1.a) estableix l'obligació del fiduciari d'inscriure el títol successori en el Registre de la Propietat i inserir-hi literalment la clàusula fideïcomissària. En el llegat sotmès a termini resolutori el legatari «ha de prestar garantia» (art. 427-13.2). La finalitat de la garantia és evident: assegurar el trànsit del bé al fideïcomissari quan arribi el termini. En canvi, la Llei no exigeix aquesta caució al propietari temporal, amb la qual cosa el titular successiu pot trobar-se indefens davant de possibles abusos per part del propietari temporal.

B) Durant la vigència de la propietat temporal: l'ús i el gaudi dels béns

En la propietat temporal és evident la tensió entre el dret del propietari temporal com a propietari per una banda, i per altra el dret d'adquisició del titular successiu. Aquesta tensió es posa de relleu a l'art. 547-6.1, segons el qual «[e]l propietari temporal té totes les facultats del dret de propietat, sense més limitacions que les derivades de la seva durada i de l'existència del titular successiu». És a dir, per un costat el precepte diu que el propietari temporal té totes les facultats del dret de propietat —i d'acord amb l'art. 541-1 pot «utilitzar de forma plena els béns que constitueixen el seu objecte» i gaudir d'ells—, però per altre reconeix que l'existència d'un titular successiu, i per tant la temporalitat del seu dret, fa que aquestes facultats quedin «limitades». La qüestió és veure fins on arriben aquests

41 L'obligació d'inventariar no es trobava en el Projecte, i va ser fruit de l'esmena núm. 39, del GP Socialista, que establia el següent: «Abans de la signatura del contracte de copropietat i un cop aquest ha finalitzat s'ha de fer un inventari de l'estat de l'habitatge per a conèixer quines són les condicions de partida i quines són les condicions a la finalització del contracte, així en cas de pèrdua de valor de l'habitatge a causa de les accions de la persona adquirent o de la propietària temporal aquest rescabali al propietari original. Aquest inventari inclourà un certificat de l'estat dels elements comunitaris».

límits; cal tenir en compte que l'adquisició del titular successiu no és condicionada, sinó certa, de manera que, a diferència del que succeeix per exemple amb el dret d'opció, l'adquisició és segur que es produirà (depèn simplement de l'arribada d'un termini, i no de l'exercici del dret per part del seu titular o d'un altre esdeveniment futur i incert).

a) L'alteració de la forma i la substància de la cosa

El propietari temporal pot alterar la forma i la substància de la cosa. Així es dedueix de la seva consideració de propietari, i del fet que la Llei no l'imposa cap limitació explícita que pugui donar a entendre el contrari. En aquest aspecte s'acosta al fiduciari,⁴² i se separa de l'usufructuari.⁴³ El propietari temporal pot alterar la destinació econòmica de la cosa, fins i tot encara que aquesta alteració suposi una pèrdua de valor, sempre que no hi hagi mala fe.⁴⁴

b) Millores

El propietari temporal també pot fer millores en la cosa, però no té dret a què se li abonin, tal com es dedueix de l'art. 547-10.3: «les millores i les accessions introduïdes en els béns que subsisteixen [...] en el moment de l'extinció, si no hi ha pacte, pertanyen al titular successiu»; no es preveu el dret del propietari temporal de retirar-les (en el cas que fos possible), ni es diu que el titular successiu hagi d'abonar el seu import. Això sí, es preveu la possibilitat que hi hagi pacte en un altre sentit.

Les millores tampoc són abonables al propietari gravat amb un dret d'opció. Sembla doncs que la solució de l'art. 547-10.3 és coherent amb el règim de l'art. 568-10.3. Però hi ha una diferència important entre el dret d'adquisició del propietari temporal, i el dret d'adquisició que té el titular d'un dret d'opció: la durada. Mentre el termini de durada màxim del dret d'opció és de 10 anys (art. 568-8.1), la propietat temporal pot arribar fins als 99 anys. Doncs bé, en les situacions de temporalitat en

42 El fiduciari també té aquesta facultat, si bé amb certs límits. L'art. 426-29.2 diu que «el fiduciari pot alterar la substància de les coses si no en disminueix el valor, amb les limitacions que estableix aquest capítol».

43 Se separa del règim general de l'usufructuari, d'acord amb l'art. 561-2.1, que imposa a l'usufructuari el deure de conservar la forma i substància de la cosa, si bé amb la prevenció que les lleis o el títol de constitució poden establir una altra cosa.

44 En aquest aspecte es diferencia, doncs, del fiduciari.

què la durada es pot allargar, sí s'estableix un dret a l'abonament de les millores. Així té lloc en el dret de redimir en la venda a carta de gràcia, i en el fideïcomís. En el dret de redimir en la venda a carta de gràcia, l'art. 568-31.d) diu que, per a obtenir la redempció, el rediment ha d'abonar, a més del preu fixat per a la redempció, «les despeses útils, estimades en l'augment de valor que per aquestes hagi experimentat la cosa en el moment de la redempció, les quals no poden excedir el preu de cost ni, en cap cas, el 25% del preu fixat per a la redempció». I en el fideïcomís, el fiduciari té dret a què se li aboni l'import de les millores efectuades a càrrec seu, estimades en l'augment de valor que el bé hagi experimentat (art. 426-47).

En canvi, el propietari temporal ha de ser conscient que no podrà recuperar cap quantitat que hagi invertit en els béns. I entenc que no són compensables els eventuals augments de valor a conseqüència de la millora amb els danys ocasionats en el bé per culpa o dol, perquè la Llei no fa responsable al propietari temporal per l'eventual disminució de valor del bé, sinó pels «danys ocasionats al bé per culpa o dol» (art. 547-10.2).

c) Despeses i reparacions

En tant que propietari, el propietari temporal pot utilitzar el bé, però també s'ha de fer càrrec de les despeses de conservació, de les obres i de les reparacions necessàries, despeses que no són reemborsables. El propietari temporal pot decidir entre reparar o no el bé, entre millorar-lo o no, entre conservar-lo o no, però si realitza aquestes despeses no podrà reclamar el seu import al titular successiu (a diferència del que succeeix, per exemple, en el fideïcomís, art. 426-47). L'única matisació a aquesta regla general la preveu l'art. 547-5, que permet que en el títol constitutiu es pugui establir «[e]l dret del propietari temporal a què el titular successiu li pagui les despeses per obres o reparacions necessàries i exigibles, atenent, principalment, el temps que resta de la durada de la propietat temporal i l'import de les dites despeses». El precepte es refereix a aquelles obres o reparacions que el propietari temporal no fa voluntàriament, sinó perquè li vénen imposades, per l'Administració o per una comunitat de propietaris, per exemple. En qualsevol cas, si a la propietat temporal li queda poc de durada, no és gaire equitatiu que el propietari temporal hagi de suportar íntegrament

aquestes despeses, de manera que la Llei admet el pacte que prevegi que el seu import es pugui exigir al titular successiu.⁴⁵

d) La conservació del bé

El propietari temporal està obligat a conservar el bé? En diverses situacions de temporalitat del dret de propietat sí s'imposa aquesta obligació: en el fideïcomís, l'art. 426-28.1 estableix que «la conservació i l'administració dels béns fideïcomesos són funcions obligades del fiduciari, el qual respon personalment amb la diligència que cal esmerçar en els béns propis». Fins i tot en casos en què la temporalitat no és certa, sinó que la titularitat està només amenaçada, s'estableix l'obligació de conservació: si el propietari està gravat amb un dret d'opció, diu l'art. 568-10.1 que «els propietaris estan obligats a conservar amb la diligència deguda el bé subjecte al dret d'opció i responen davant dels optants per la deterioració que el dit bé sofreix per culpa o dol»; i el mateix succeeix en la venda a carta de gràcia —l'art. 568-32.2 diu que «en el moment de la restitució, el titular de la propietat gravada ha d'indemnitzar el rediment per la disminució de valor que la cosa hagi sofert per causa imputable a ell mateix i als anteriors titulars»—.

En canvi, en la propietat temporal dels arts. 547- i ss., el propietari temporal no té l'obligació de conservar. Així ho deduïm de les següents circumstàncies: 1^a) L'assimilació del propietari temporal al ple propietari («té totes les facultats del dret de propietat», art. 547-6.1); 2^a) No se l'imposa l'obligació de conservació, a diferència per exemple de l'art. 426-28.1 en relació al fiduciari; 3^a) No es preveu, a diferència de la propietat compartida, ni que la facultat d'usar el bé tingui el límit de «no comprometre la seva subsistència» (art. 556-6.1.a), ni que hi hagi la obligació de reparar o reconstruir el bé si aquest es deteriora en un 20% o més (art. 556-8.b); i 4^a) Només se'l fa responsable dels danys que pateix el bé per dol o culpa (art. 547-10.2).

45 Aquesta regla respon a l'equitat, però segons el meu parer es queda curta. En primer lloc, perquè no hauria de requerir el seu establiment en el títol constitutiu, sinó que hauria de venir imposada per la llei. I, en segon lloc, perquè el fet que l'art. 547-5 només contempli aquest pacte, planteja el dubte de si seria admissible aquell altre pacte pel qual no solament les «obres o reparacions necessàries i exigibles», sinó també les millores o un altre tipus d'obres, serien repercutibles al titular successiu, sense alterar per això la naturalesa de la institució.

Així doncs, els únics límits a les facultats del propietari temporal es troben en què no pot causar danys en el bé per la seva culpa o dol (art. 547-10.2). Se'l fa responsable tant dels danys causants voluntàriament —per exemple, posa foc a la casa—, com dels ocasionats de manera negligent —per exemple, es deixa oberta una aixeta i la casa s'omple d'aigua—. En canvi, no respon dels danys ocasionats per cas fortuït o força major, ni tampoc dels deterioraments ocasionats pel simple transcurs del temps; no té en aquests casos l'obligació de reparar els béns. Atès que no se l'imposa l'obligació de conservar, no respon tampoc dels deterioraments o pèrdues ocasionades per la no realització de les tasques de manteniment del bé; per exemple, no és responsable del deteriorament de la caldera produït per no haver fet les revisions adients, sens perjudici de què sí pugui ser responsable dels danys ocasionats a la casa per l'explosió de la dita caldera ocasionada per l'absència del manteniment corresponent.

e) Deterioraments

El titular successiu adquireix la propietat del bé en l'estat en què es troba, i té dret a què el propietari l'indemnitzi pels danys causats per la seva culpa o dol (art. 557-10.2). El propietari temporal només respon, doncs, pels deterioraments ocasionats per la seva culpa o dol. En aquests casos, el titular successiu pot «exigir al propietari temporal» que es faci càrrec de les obres de reparació o reconstrucció si el bé es deteriora en un 50% o més del seu valor per culpa o dol del propietari temporal». Aquesta regla requereix una sèrie de matisacions: 1^a) Per apreciar el deteriorament, la referència no és la taxació inicial del bé en relació amb la que el bé tingui en el moment del fet culpable o dolós, sinó que, com estableix l'art. 547-7.3.fin, «s'ha de prendre com a referència el valor del bé en el moment en què es produeix el fet culpable o dolós». És a dir, per veure si s'ha produït o no un deteriorament no cal atendre a l'apreciació o depreciació del bé respecte del moment en què es va constituir la propietat temporal, sinó que s'ha de calcular la pèrdua que l'acte dolós o culpós ha provocat respecte al valor actual del bé.⁴⁶

⁴⁶ És a dir, imaginem que es tracta d'un habitatge que quan es constitueix la propietat temporal té un valor de 1.000, i quan es produeix el fet dolós o culpós val 1.500, valor que, a conseqüència de l'esmentat fet, queda reduït a 700; en aquest cas s'haurà produït un deteriorament de més del 50%. En canvi, si el valor inicial era 1.000 i aquest valor es

2ª) Si el deteriorament per dol o culpa no produeix aquesta depreciació del 50%, o si s'arriba a aquest percentatge però el deteriorament no es produeix per aquestes causes (per exemple, té lloc pel simple transcurs del temps, o per cas fortuït o força major), el titular successiu no té dret a exigir la realització de les obres de reparació o reconstrucció.⁴⁷ 3ª) La propietat temporal s'extingeix «[p]er deteriorament del bé en un 50% o més del seu valor per culpa o dol del propietari temporal, si aquest, una vegada requerit pel titular successiu, no s'ha fet càrrec de les obres de reparació o reconstrucció» (art. 547-9.1.b); aquesta causa d'extinció no és automàtica, sinó que opera a requeriment del titular successiu.

f) No hi ha facultat d'inspecció

A diferència del que passa respecte a la propietat compartida (art. 556-8.b), la Llei no concedeix al titular successiu la facultat d'accedir a l'immoble per a comprovar el seu estat.⁴⁸ Per tant, la protecció que es dispensa al titular successiu és menor que la que l'art. 568-10 concedeix al titular d'un dret d'opció, que té la facultat d'inspeccionar el bé per veure si el propietari gravat compleix amb el deure de conservació. El Preàmbul de la Llei 19/2015 diu que «Aquest dret a la recuperació de la propietat quan arribi el dia final té un contingut jurídic i econòmic, del qual es pot disposar inter vivos i mortis causa, però no permet al seu titular de fer cap ingerència en l'exercici de les facultats del propietari temporal»; aquesta afirmació del Preàmbul exclou, com s'ha dit, la possibilitat d'aplicar per analogia l'art. 568-10.2 dedicat a la facultat d'inspecció per part del titular de l'opció, i més tenint en compte que en l'art. 547-3.1, dedicat al règim jurídic, no es fa cap referència a l'aplicació supletòria de les normes dels drets d'adquisició.

redueix pel transcurs del temps a 600, si a conseqüència del dol o culpa el valor es redueix de 600 a 400, no s'haurà produït tal deteriorament en més del 50%. En aquest sentit, és més correcte, com fa la Llei, la utilització del terme «deteriora», que fa referència a l'estat material del bé, que la del vocable «deprecia», que era la que manejava el Projecte, i que fa referència més aviat a la pèrdua de valor per circumstàncies externes.

47 D'altra banda, s'ha de fer notar que l'art. 547-7.3 fixa quantitativament la mesura del deteriorament (un 50%), a diferència per exemple del que passa en relació al fideïcomís, en què l'art. 426-23.2 parla de «posar en perill, dissipar o danyar greument els béns fideïcomesos».

48 Vegeu l'apartat 2.2.2. respecte a la impossibilitat de l'aplicació per analogia de l'art. 568-10.2.

C) Una vegada extingida la propietat temporal

a) L'adquisició automàtica de la propietat

En la propietat temporal, quan arriba el termini —o quan per una altra causa s'extingeix la propietat temporal— es produeix l'adquisició automàtica de la propietat per part del titular successiu, sense necessitat de cap pronunciament per part d'aquest.⁴⁹

L'art. 547-10.1.pr. comença dient que «l'extinció de la propietat temporal comporta que el titular successiu adquireix el domini del bé [...]». Aquesta adquisició, a més de ser automàtica, no es pot renunciar; és a dir, no estem davant d'una delació en la que el bé «és ofert», sinó que per l'efecte del temps el bé «fa trànsit» (art. 547-1) al titular successiu. Abans que arribi el termini el titular successiu pot renunciar al seu dret d'adquisició, i una vegada vençut el termini el propietari pot abandonar el seu dret de propietat. Però el que no es pot fer és renunciar a l'adquisició en sí mateixa, perquè la propietat no se li ofereix, sinó que la seva adquisició es produeix (automàticament) pel simple transcurs del temps.

b) La presa de possessió pel titular successiu

Arribat el termini, el titular successiu pot prendre possessió del bé per sí mateix (art. 547-10.1); això és congruent amb el fet que, a diferència del que passa per exemple en el fideïcomís,⁵⁰ no hi ha cap dret de retenció per part del propietari, atès que, llevat de pacte en un altre sentit (art. 547-5.e) res se li ha d'abonar per les possibles despeses o millores que el propietari temporal hagi realitzat en el bé.⁵¹

⁴⁹ El mateix passa, per exemple, amb els llegats d'eficàcia real (art. 427-15.1) o amb els fideïcomisos (art. 426-44.1), que s'adquireixen automàticament amb la delació, sense que sigui necessari cap acte d'acceptació.

⁵⁰ El fideïcomissari, d'acord amb l'art. 426-45, pot sol·licitar al fiduciari el lliurament de la possessió dels béns, però no pot prendre possessió per si mateix. I és que segons l'art. 426-47.1 el fiduciari té dret a exigir al fideïcomissari que li aboni una sèrie de despeses, i l'art. 426-48 li concedeix un dret de retenció fins que no li satisfacin aquelles despeses.

⁵¹ L'art. 547-10.1.fin, de manera innecessària (això no es trobava en el Projecte, sinó que va ser fruit de les esmenes núm. 37 i 38, dels GP de Ciutadans i CiU, respectivament), estableix que el titular successiu «pot exercir les accions de

Una vegada extingida la propietat temporal, el titular successiu adquireix els béns en l'estat en què es troben. És a dir, no hi ha cap obligació de lliurament dels béns en un determinat estat per part del propietari temporal; aquest únicament ha de respondre davant del titular successiu «dels danys ocasionats al bé per culpa o dol» (art. 547-10.2). La responsabilitat per culpa o dol té lloc sigui quina sigui la quantia del deteriorament produït. L'exigència de deteriorament del 50% a què al·ludeix l'art. 547-7.3 es refereix a la facultat del titular successiu d'exigir al propietari temporal la reparació o reconstrucció del bé; si el deteriorament causat per dany o culpa no arriba al 50% del valor, no es pot exigir la reparació, però sí la indemnització pels danys ocasionats.

I, com ja s'ha dit, el titular successiu no ha d'abonar res al propietari temporal per les possibles despeses i millores que hagi pogut fer, o pels fruits pendents o accions que s'hagin produït (art. 547-10).

3.5. Extinció

3.5.1. Causes d'extinció

La propietat temporal s'extingeix per les causes següents:

a) Per les causes generals d'extinció de la propietat (art. 547-9.1): la pèrdua total de la cosa, i l'abandonament. Per la pèrdua de la cosa s'extingeix tant la propietat temporal com el dret d'adquisició del titular successiu. Per l'abandonament, el que s'extingeix és la propietat temporal, mentre que subsisteix el dret d'adquisició del titular successiu. D'acord amb la teoria general, si el bé abandonat és un bé moble, es converteix en res nullius susceptible d'ocupació, mentre que si és un immoble el bé passa a ser propietat de l'Estat; l'abandonament no aprofita al titular successiu, que no és copropietari, sinó que simplement té un dret d'adquisició que es farà efectiu quant arribi el termini, però no abans.

protecció de la propietat i de la possessió que li corresponguin»; així, en cas de resistència per part del propietari temporal, podrà exercir l'acció reivindicatòria, com no podia ser d'altra manera per la seva condició de propietari.

b) Tot i que no ho digui literalment l'art. 547-9.1 (sí que hi ha una referència a la renúncia a l'apartat segon de l'art. 547-9), la situació de propietat temporal s'extingeix també per les causes d'extinció dels drets reals, previstes a l'art. 532-1: a més de la pèrdua del bé, a la que acabem d'al·ludir, per la renúncia del seu titular i per la consolidació. Així, en cas de renúncia del titular successiu (que té un dret d'adquisició sobre el bé), la propietat temporal queda lliure del gravamen institucional que pesava sobre ella i es converteix en una propietat plena o lliure.⁵² Pel que fa a la consolidació, en el Projecte es preveia com a causa específica d'extinció de la propietat temporal «la reunió de les titularitats en una sola persona». No obstant això, a conseqüència de l'acceptació de les esmenes núm. 30 i 31 (del GP Socialista i d'ERC, respectivament), es va suprimir aquesta regla, de manera que queda el dubte de si aquesta consolidació suposa o no l'extinció de la propietat temporal.⁵³

c) La causa més típica d'extinció de la propietat temporal és el venciment del termini (art. 547-9.a); es tracta d'una causa d'extinció que opera pel simple transcurs del temps, sense que es requereixi cap declaració de voluntat ni cap acte específic: l'extinció de la propietat temporal i l'adquisició de la propietat plena per part del titular successiu es produeixen de manera automàtica.

d) I, finalment, la propietat temporal s'extingeix també «[p]er deteriorament del bé en un 50% o més del seu valor per culpa o dol del propietari temporal, si aquest, una vegada requerit pel titular successiu, no s'ha fet càrrec de les obres de reparació o reconstrucció»

52 En el Projecte sí s'establia expressament, en l'art. 547-9.3, que «per la renúncia del titular successiu, la propietat deixa de ser temporal»; va ser a conseqüència de les esmenes núm. 34 i 35, d'ICV-EUA, i ERC, respectivament, que es va suprimir el precepte esmentat.

53 A favor de la tesi de l'extinció per consolidació es troba la regla de l'art. 532-3.1, conforme al qual «el dret real s'extingeix quan es produeix la reunió de titularitats entre els propietaris i els titulars del dret real»; només s'exceptua el cas en què «aquest codi estableix o permet la separació de patrimoni o la subsistència autònoma dels drets reals» (art. 532-3.2), subsistència que no està prevista expressament a l'art. 547-9. A favor de la tesi contrària, és a dir, que la propietat temporal subsisteix, es pot al·legar la supressió de l'esmentada norma del projecte —que d'altra banda contrasta amb el que es preveu expressament per a la propietat compartida en l'art. 556-1.a); la seva extinció per la reunió en una sola titularitat de totes les quotes de propietat—, i la utilitat que per al seu titular pot tenir el manteniment separat de propietat temporal i dret d'adquisició: la disponibilitat per separat d'una i un altre.

(art. 547-9.1.b). Aquesta causa d'extinció no és automàtica, sinó que opera a requeriment del titular successiu. El titular successiu adquireix la propietat del bé en l'estat en què es troba, i té dret a què el propietari l'indemnitzi pels danys causats per la seva culpa o dol (art. 557-10.2).

3.5.2. Protecció dels tercers en cas d'extinció voluntària de la propietat temporal

Com a norma general de protecció dels tercers que poden haver adquirit algun dret sobre la propietat temporal o sobre el dret del titular successiu, l'art. 547-9.2 estableix que «els drets reals que graven la propietat temporal, en cas de renúncia del dret i d'abandonament de la possessió del bé o de qualsevol altra causa d'extinció voluntària de la propietat temporal, subsisteixen fins que no venci el termini o no es produeixi el fet o la causa que en comporti l'extinció».⁵⁴

4. AVANTATGES I INCONVENIENTS DE LA INSTITUCIÓ

A l'igual que la propietat compartida, la propietat temporal, tal com està regulada en els arts. 547-1 i ss., té com a finalitat principal facilitar l'accés a la propietat de l'habitatge (i, per extensió, a la propietat d'altres béns generalment d'un cert valor);⁵⁵ com assenyala el preàmbul de la Llei 19/2015, aquesta institució «obeeix, principalment, al propòsit d'aportar solucions al problema de l'accés a la propietat de l'habitatge, tot flexibilitzant les vies d'adquisició, oferint fórmules que permetin abaratir o minorar els costos econòmics».

La propietat temporal sorgeix com una institució a mig camí entre la propietat (plena) i l'arrendament, que pretén aprofitar els avantatges i eliminar els inconvenients que cadascuna d'aquestes figures presenten. Si ens centrem en la posició del comprador —que se suposa que és la part a la qual la Llei vol afavorir, facilitant-li l'accés a l'habitatge—, la propietat temporal li ofereix una sèrie d'avantatges, la més important

⁵⁴ Es tracta d'una norma similar a la de l'art. 556-11.2 en relació a la propietat compartida; en el mateix sentit, arts. 561-16.3 i 107.1 LH.

⁵⁵ Vegeu l'apartat 3.1.2. dedicat a l'objecte de la propietat temporal.

que la seva adquisició li resulta econòmicament més assequible que la de la plena propietat, en ser de durada limitada en el temps. I si fem la comparació amb l'arrendament, presenta l'avantatge de la certesa del dret del propietari temporal —dret del que no podrà ser privat durant el termini establert—, la seva disponibilitat, i l'ampli poder que confereix, que permetrà al seu titular fer alteracions en el bé.

Són diversos els casos en què pot ser interessant l'adquisició temporal de la propietat; entre ells podem citar els següents:⁵⁶ a) Els matrimonis amb fills que necessiten un habitatge relativament gran mentre els fills viuen al domicili familiar, però quan els fills s'emancipin en tindrien prou amb un espai més reduït; a aquest matrimoni li podria interessar adquirir no la propietat plena de l'habitatge, sinó la propietat temporal durant el termini en què es prevegi que la necessitaran, el que lògicament suposarà un estalvi en el preu d'adquisició. b) La família que s'ha de traslladar temporalment per raons de treball, a la que li podria convenir adquirir un habitatge per al temps que es prevegi que durarà la seva vida laboral. c) La persona sense fills que vol adquirir un habitatge, a la que li pot interessar adquirir-lo temporalment en relació a la seva expectativa de vida.

Però la figura també presenta alguns inconvenients. Per una banda, és força difícil conèixer a priori el temps per al qual es necessitarà el bé (si bé l'art. 547-5.b permet pactar en el títol constitutiu que el propietari temporal pugui prorrogar el seu dret; i per altra banda de l'«escreix» —és a dir, del període que ja no es necessita— se'n podrà disposar). A més, quan venç el termini, el dret del propietari temporal s'extingeix, sense que tingui dret a rebre cap contraprestació, i sense que pugui reclamar no ja l'import de les despeses realitzades, sinó tampoc les millores que hagi portat a terme. Si comparem la propietat temporal amb l'arrendament, presenta per a l'adquirent els inconvenients de: a) la menor flexibilitat de què disposa pel que fa a la durada del seu dret; b) que ha d'abonar no una renda mensual, sinó tot el preu de la propietat temporal en el moment de l'adquisició del bé (si bé l'art. 547-5-a permet pactar en el títol constitutiu que es pagui a terminis el preu d'adquisició); i c) que el propietari temporal s'ha de fer càrrec de les reparacions del bé. I per al transmetent té l'inconvenient

56 NASARRE AZNAR, ob. cit., pp. 64 i ss., on es citen també altres supòsits en què pot ser interessant l'adquisició de la propietat temporal.

molt important de què no té cap garantia de cóm rebrà el bé. Si el propietari sap que al cap d'un temps perdrà el bé a canvi de res, no té cap estímul per conservar-lo.

En definitiva, la propietat temporal presenta avantatges, però també té inconvenients. I en els casos en què la figura sigui interessant per a l'adquirent, no és fàcil que també ho sigui per al qui transmet. L'element clau serà, moltes vegades, el preu, és a dir, des del punt de vista de l'adquirent, l'«estalvi» que la propietat temporal suposi respecte a l'adquisició de la propietat plena. No és el mateix, per exemple, que una propietat temporal de trenta anys costi el 75% del preu de la propietat plena, que si el seu preu és el 30% d'aquest valor. En aquest últim cas pot resultar atractiva per l'adquirent, encara que caldria preguntar-se si també ho seria per al venedor. I realment serà difícil que en aquest punt puguin coincidir els interessos d'ambdues parts. Si per exemple el preu anual del lloguer és un 4% del valor del pis, se suposa que amb 25 anys de lloguer s'hauria pagat el valor total del pis. Si això és realment així, quin hauria de ser el preu de la propietat temporal per 25 anys? Si el preu no és força reduït respecte al preu de la propietat ordinària, al propietari temporal no l'interessarà. I si el preu es redueix, per exemple, en un 50%, resultarà que el propietari rebrà un 50% menys que si hagués llogat el pis.⁵⁷

Finalment, també es podria qüestionar si per aconseguir la temporabilitat i estabilitat de l'habitatge era imprescindible crear una nova institució, o si amb un usdefruit —amb les modificacions al règim legal supletori que fossin necessàries i que permet expressament la Llei, art. 561-2.1— s'hagués pogut aconseguir una finalitat similar.

En qualsevol cas, el que no podem desconèixer, i el més positiu de la Llei 19/2015, és que ja s'ha obert un camí per a la creació de noves institucions que facilitin l'adquisició d'un habitatge, i que la pràctica diària i el debat científic diran cóm es pot millorar i avançar en aquest camí.

57 Una anàlisi econòmica de la institució pot veure's als treballs de Lorcan SIRR, «Análisis económico de la propiedad compartida y la propiedad temporal», i Ma. José SOLER TARRADELLAS, «Análisis económico sobre la accesibilidad a la vivienda: el esfuerzo familiar en las tenencias intermedias», dins l'esmentada obra *La propiedad compartida y la propiedad temporal*, pp. 575-615 i 617-647, respectivament.

La incorporació de la propietat compartida al Codi civil de Catalunya

CARLES ENRIC FLORENSA I TOMÀS¹

*Catedràtic de Dret civil
Universitat de Lleida*

SUMARI

1. INTRODUCCIÓ. 2. ANTECEDENTS LEGISLATIUS. 2.1. *La llei 18/2007, del 28 de desembre, del dret a l'habitatge*. 2.2. *El decret 75/2014, de 27 de maig, del pla per al dret a l'habitatge*. 3. MARC SOCIOECONÒMIC DE PARTIDA. 4. GÈNESI I DESENVOLUPAMENT DELS TREBALLS LEGISLATIUS PREPARATORIS. LA COMISSIÓ DE CODIFICACIÓ DE CATALUNYA. 4.1. *La iniciativa legislativa sobre les noves "formes de propietat"*. 4.2. *La feina de la Comissió de Codificació de Catalunya*. 4.3. *El dubte inicial, el model d'inspiració i els pressupòsits de la llei*. 4.4. *La qüestió de la propietat de l'habitatge i les «tinences intermèdies»*. 5. ALGUNS APUNTS DE TÈCNICA LEGISLATIVA. 5.1. *La rúbrica de la llei i la "incorporació"*. 5.2. *La "incorporació" al Codi civil de Catalunya*. 5.3. *La naturalesa de la norma*. 6. LA PROPIETAT COMPARTIDA. 6.1. *Presentació legal: aspectes subjectius, objectius i formals*. 6.2. *Els elements tipificadors de la situació jurídica real de la propietat compartida*. 6.3. *El contingut de la llei: la tensió entre la situació de comunitat i la posició jurídica assimilada a la titularitat exclusiva del propietari material*. 7. REFLEXIÓ FINAL

1. INTRODUCCIÓ

La Llei 19/2015, del 29 de juliol, *d'incorporació de la propietat temporal i de la propietat compartida al llibre cinquè del Codi civil de Catalunya*, fou publicada al DOGC núm. 6927, de 4 d'agost de 2015, i va entrar en vigor el 24 d'agost de 2015, als vint dies d'haver estat publicada d'acord amb la seva Disposició Final. L'article 2 de la Llei és l'encarregat d'«incorporar» la propietat compartida² (en endavant, també PC) al Codi civil de Catalunya (en endavant, CCCat),³ situant-la sistemàticament i desenvolupant el seu

-
- 1 Aquest treball s'emmarca en l'execució del Projecte de Recerca DER2016-77680-R (MINECO) i en l'activitat de recerca del Grup de Recerca en Dret Privat, Consum i Noves Tecnologies (GREDINT) i de l'Institut de Desenvolupament Social i Territorial (INDEST) de la UdL.
 - 2 L'article 1 ho fa respecte de la propietat temporal (en endavant, també PT).
 - 3 Només en el cas que l'article citat, al llarg del treball, no correspongui al Codi civil de Catalunya, es farà menció de la seva procedència; en cas contrari, caldrà entendre que pertany al CCCat.

contingut normatiu. En una primera aproximació, es pot descriure la figura des d'una doble perspectiva:

- des d'un punt de vista estàtic, la propietat compartida identifica, més que una «forma de propietat»,⁴ una determinada manera d'organitzar o configurar “una concurrència de titularitats”,⁵ en aquest cas en el dret de propietat i, per tant, una (co)titularitat dominical que dóna lloc a una «situació de comunitat»⁶ per quotes,⁷ per bé que especial⁸ atesa, sobretot, l'atribució de gairebé totes les facultats del domini a un sol dels cotitulars (propietari material),⁹ el que permet considerar-lo anàlogament a un propietari exclusiu des del començament de la situació,¹⁰

4 Tal como la qualifica el Preàmbul, I, §1. Si «forma» ens remet a “tipus” o “classe” (“formes de propietat” = “tipus/classes de propietat”) segons el contingut del domini, val a dir que no es reconfigura cap de les seves facultats, sinó que és l'organització especial de la situació de comunitat el que dota d'especificitat a la figura, como també ho fa, per exemple, el règim respecte de la propietat horitzontal. Si, en canvi, el significat de «forma» es vincula a l'objecte del dret de propietat que, en determinats supòsits, per la seva especial naturalesa o importància estratègica en l'economia, justifica un determinat règim o alteració de les facultats del domini (sòl, mines, aigua, creació intel·lectual, etc.), no sembla tampoc que la PC es defineixi per l'objecte ja que l'única limitació en el seu abast objectiu recau en els béns mobles que no puguin constar en un registre públic, i és força dubtós que aquesta circumstància justifiqui qualificar la PC com una classe de propietat.

5 Preàmbul, I, §4. S'hi escau, doncs, la definició de situació de comunitat que fa l'art. 551-1.1: «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 cursiva és nostra.

6 És l'expressió legal que utilitza el Codi per a assenyalar el complex de relacions jurídiques que deriven de la cotitularitat sobre un dret: així resulta de la rúbrica del Títol V —«De les situacions de comunitat»— del Llibre Cinquè, i dels articles que el desenvolupen (*v. gr.*, art. 551-1. *Situacions de comunitat*).

7 D'aquí en resulta la diferent naturalesa amb d'altres “formes d'accés” a la propietat tradicionals, com per exemple la compravenda amb preu ajornat o a terminis, o la compravenda sotmesa a condició resolutòria, en les quals no existeix cap mena de comunitat o cotitularitat.

8 Tenint en compte que la comunitat ordinària és la indivisa regulada en els articles 552-1 ss.

9 La qual cosa allunya aquesta figura de, per exemple, l'arrendament amb opció de compra, de naturalesa obligacional, o del dret de superfície, en que el titular és superficiari i no pas propietari i, com a tal, titular d'un dret real limitat (*vid.* art. 564-1).

10 Des d'aquesta perspectiva també es pot parlar de “fraccionament de la propietat” quan s'atribueixen totes les facultats dominicals sobre el bé a un dels dos copropietaris malgrat ésser titular només d'una quota o percentatge del domini,

- des d'una perspectiva dinàmica es planteja com un supòsit d'adquisició progressiva del bé, del que l'habitatge n'és el paradigma, conforme a un pla predeterminat pactat entre el venedor —propietari formal— i el comprador —propietari material— (prenent la compravenda com el negoci tipus més habitual), mitjançant l'exercici del seu dret d'adquisició gradual,¹¹ que origina i comporta l'existència tendencialment temporal d'una copropietat per quotes (arts. 556-1 i 556-4).

Apuntada la naturalesa de la PC, convé advertir que el present treball no pretén fer una anàlisi completa del contingut de l'article 2 de la llei, que és el que incorpora la regulació de la propietat compartida —per altra banda, ja força estudiada malgrat la seva vigència recent—¹²

tot exclouent l'altre: *vid.* per tots, Sergio Nasarre Aznar/Héctor Simón Moreno, “Fraccionando el dominio: las tenencias intermedias para facilitar el acceso a la vivienda”, a *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 739, 2013, pp. 3063-3122.

- 11 Que és el que pròpiament permet parlar a NASARRE/SIMON (*op. cit.*, p. 3072) de “*fraccionamiento porcentual del dominio (adquisición progresiva)*”.
- 12 El fet que a la data de publicació d'aquest article ja hi hagi aportacions de la doctrina prou importants sobre la Llei 19/2015, en extensió i contingut, permet que el present treball pugui abordar des d'una perspectiva parcialment diferent a la usual el tractament d'aquesta figura o institució jurídica aturant-nos també en el “com” i en el “qui” a banda de en el “què”.

Principalment, referirem els treballs d'autors que, atesa la seva condició de vocals de la Secció de Drets Reals o d'haver-hi pres part circumstancialment, han tingut l'oportunitat de donar forma i contingut a la llei; ordenats segons la data d'aparició, són: Pedro DEL POZO CARRASCOSA, Antoni VAQUER ALOY, Esteve BOSCH CAPDEVILA [autor de la primera redacció del capítol], *Derecho civil de Cataluña. Derechos reales*, 5ª ed., Marcial Pons, Barcelona-Madrid, 2015, pp. 341-356; M^a del Carmen GETE-ALONSO Y CALERA, “Una primera lectura de la Llei 19/2015, de 29 de julio de incorporación de la propiedad temporal y de la propiedad compartida al libro quinto del código civil de Cataluña”, *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, núm. 7, julio 2015-Diciembre 2015, pp. 19-36; Esteve BOSCH CAPDEVILA, “La propietat temporal i la propietat compartida en el Codi civil de Catalunya”, *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 2, 2016, Barcelona, pp. 55-85/343-373; Sergio NASARRE AZNAR (Dir.), *La propiedad compartida y la propiedad temporal (Ley 19/2015). Aspectos legales y económicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017; Manuel BALLESTEROS ALONSO, “Comentario a los artículos 556-1 a 556-12”, *Derechos reales de Cataluña. Comentarios al libro quinto del Código civil de Cataluña*, Tomo I, José Luis VALLE MUÑOZ/Rafael ARNÁIZ RAMOS (Coord.), Atelier, Barcelona, 2017, pp. 789 a 834; M. Esperança GINEBRA MOLINS, “¿Es tiempo de superar algunos índices identificadores de la propiedad? Propiedad temporal y propiedad compartida en el derecho civil de Cataluña”, *El derecho de propiedad en la construcción del Derecho privado europeo*, E. LAUROBA (Dir.), J. TARABAL (Coord.), Tirant lo Blanch, València, 2017 (en prensa).

sinó que, en la seva primera part, transita per la perifèria de la llei al voltant d'aspectes que acostumen a passar més desapercebuts, com ara la realitat socioeconòmica en la que es forja l'origen de la iniciativa legislativa, els seus motius i pressupòsits, així com la gènesi i el desenvolupament dels treballs preparatoris de la Llei 19/2015 en el si de la Comissió de Codificació, essent conscients de que la majoria de les apreciacions i observacions que es contenen en aquesta part tenen per objecte principal la pròpia llei i, per tant, són vàlides tant per la PC com per la propietat temporal (en endavant, també PT). Prèviament a aquests aspectes, el treball s'enceta amb els antecedents legislatius de la PC per tal d'evidenciar que no es pas, com podia semblar *prima facie*, una absoluta novetat en el desenvolupament del nostre dret civil i que, per tant, la "incorporació" de la PC té tot el sentit de referir-la al Codi civil més que no pas a l'ordenament jurídic de Catalunya. La segona part d'aquesta aportació s'inicia amb algunes consideracions entorn determinades qüestions de tècnica legislativa per a, tot seguit, realitzar una breu anàlisi sobre el contingut de la regulació de la propietat compartida, tant en relació als elements tipificadors que determinen la seva naturalesa, com per a posar de relleu la tensió normativa entre el tractament del propietari material com a únic titular de les facultats dominicals i la situació inqüestionable de comunitat. El treball el tanca una breu reflexió final sobre la utilitat futura de la PC sempre que hi concorren les circumstàncies favorables necessàries.

2. ANTECEDENTS LEGISLATIUS

2.1. La Llei 18/2007, del 28 de desembre, del *dret a l'habitatge*

El contingut de la Llei 19/2015 i, concretament, el relacionat amb la PC no és pas del tot nou sinó que, en part, troba ancoratge en la legislació catalana sobre habitatge¹³ que ja era vigent a la data

13 En l'àmbit estatal, pot fer-se referència al Decreto 2114/1968, de 24 de julio, por el que se aprueba el *Reglamento para la aplicación de la Ley sobre Viviendas de Protección Oficial, texto refundido aprobado por Decretos 2131/1963, de 24 de julio, y 3964/1964, de 3 de diciembre*; aquest és un text encara avui no derogat. En el seu hipertrofiat art. 33 es regula la possibilitat de que, quan es tracti d'atendre necessitats de caràcter social

de la seva publicació. Així, la Llei 18/2007, de 28 de desembre, del dret a l'habitatge¹⁴ (LHAb), establí les bases d'altres formes d'accedir i organitzar la propietat sobre l'habitatge amb la denominació de "copropietat" que, més endavant, se substituiria per l'actual de "propietat compartida";¹⁵ derivadament, els plans per al dret de l'habitatge també se'n farien ressò, com veurem. Per tant, en cap cas es pot dir que la Llei 19/2015, pel que fa a la PC, sigui cap improvisació legislativa; en qualsevol cas, sí que es tracta d'un eixamplament de les opcions per a accedir a l'habitatge per mitjà de l'adquisició de la seva propietat.

El Preàmbul de la LHAb¹⁶ diu que de les actuacions susceptibles d'ésser protegides destaca, entre d'altres, «la possibilitat de signar *contractes de copropietat*¹⁷ entre l'Administració i els particulars com

en defecte de la iniciativa dels promotors, el desaparegut Instituto Nacional de la Vivienda podia encarregar la construcció d'habitatges de protecció oficial i cedir-los als seus beneficiaris en "régimen de acceso diferido a la propiedad", per tal que hi establissin el seu domicili habitual. La cessió en aquest règim es regula en la Secció 5ª (*Acceso diferido a la propiedad*, arts. 133 a 137) del Capítulo VI (Régimen legal de las viviendas de protección oficial), amb les especialitats que introdueix l'article 33.2.

Tot i que la PC també pot ser considerada des de cert punt de vista com una manera d'accés diferit a la propietat (plena), la diferència fonamental i bàsica amb el cas espanyol, com deixa ben clar l'art. 132, és que «[p]or el contrato de acceso diferido a la propiedad de las viviendas de protección oficial *se transfiere al cesionario la posesión de la vivienda, conservando el cedente su dominio hasta tanto aquél le haya satisfecho la totalidad de las cantidades a que esté obligado*» (la cursiva és nostra). La diferència és tanta com la que existeix entre la possessió i el dret de propietat: és un cas de pagament a terminis de la propietat, amb unes condicions econòmiques favorables en atenció a necessitats de caràcter social, però a la qual no s'hi accedeix fins al compliment del termini assenyalat al contracte i el pagament del total, moment en el qual s'atorga l'escriptura pública de compravenda corresponent (art. 135); no hi cap adquisició de quota com a contraprestació dels pagaments anteriors al del final: en canvi, el propietari material de la PC ja és, des del començament, titular d'una quota de domini, més o menys gran. Per trobar alguna similitud entre la posició del cessionari i la del propietari material, pot acudir-se a la lletra e) de l'art. 132, en la que s'estableix l'obligació del cessionari a satisfer al cedent "[e] importe de las contribuciones, impuestos, arbitrios, tasas y derechos que graven la propiedad o uso de las viviendas, con sus recargos legales, satisfechos efectivamente por el cedente" (*cfr.* art. 556-7, c); també, segons l'art. 133, s'ha de fer càrrec de les millores introduïdes a l'habitatge que s'hagin concertat amb el cedent (*cfr.* art. 556-6.4).

14 DOGC núm. 5044, de 9.1.2008; en vigor des del 9.4.2008.

15 De la mateixa manera que l'art. 531-16 preveu un tipus de propietat temporal derivada de la donació sotmesa a condició resolutòria.

16 VI, §2.

17 La cursiva és nostra.

a nova fórmula d'accés a l'habitatge»; conseqüentment, en el Títol V (*De la política de protecció pública de l'habitatge*), Capítol I (*Àmbits i formes de l'actuació pública*), l'art. 68 recull aquella modalitat de contracte.¹⁸ El «sistema de copropietat» que derivava del «contracte de copropietat» es regulava en concret en l'originari art. 71 LHab¹⁹ i tenia ja certes analogies amb la «propietat compartida», tal com el desenvolupava el ja derogat Decret 13/2010, de 2 de febrer, del *Pla per al Dret a l'habitatge del 2009 al 2012*²⁰ que, fins i tot utilitzant l'expressió de «titularitat compartida», preveia que el comprador

18 «Article 68. *Actuacions susceptibles d'ésser protegides.*

1. Es consideren actuacions susceptibles d'ésser protegides en matèria d'habitatge les que tenen com a finalitat donar allotjament a persones o unitats de convivència amb necessitats d'habitatge, actuacions que poden ésser, entre d'altres, les següents: .../... c) Els contractes de copropietat».

19 «Article 71. *Contractes de copropietat.*

1. L'Administració de la Generalitat, o, subsidiàriament, qualsevol administració de caràcter local o supramunicipal, per a incrementar les possibilitats d'accés a l'habitatge dels joves de menys de trenta-cinc anys, les famílies nombroses i les persones amb discapacitat, entre d'altres, pot establir contractes de copropietat amb particulars com a ajuda a la compra d'un habitatge destinat a residència habitual i permanent.

2. L'aportació de les administracions públiques com a ajuda a la compra que figuri en els contractes de copropietat no pot superar el 20% del cost de l'habitatge.

3. Els beneficiaris dels ajuts dels contractes de copropietat poden comprar en qualsevol moment la part de propietat de la Generalitat i, en tot cas, tenen l'obligació de fer-ho en el moment en què vulguin transmetre la propietat. En el moment de la venda, la Generalitat té un dret preferent de compra pel preu del valor escriturat més els interessos financers, tenint en compte la inflació.

4. El preu màxim, el règim jurídic i les condicions de transmissió dels habitatges de copropietat s'han d'establir per reglament».

Aquest text va regir des de l'entrada en vigor de la llei, el 9.04.2008, fins al 30.12.2011.

20 DOGC núm. 5565, d'11.2.2010, derogat pel nou Decret 75/2014, de 27 de maig, del *Pla per al dret a l'habitatge*.

De conformitat amb allò previst en l'originari art. 71 LHab, el Decret preveia la promoció d'habitatges en règim de «copropietat» (art. 2.1, a) i b) i arts. 21 i 22), no pas en règim de PC, ja que l'art. 71 LHab no es modificaria fins a finals del 2011.

pogués acabar adquirint la part alíquota de la Generalitat:²¹ no obstant, les diferències amb la PC actual també són notables.²²

L'important art. 71, conforme al text actualment vigent des del 31 de desembre de 2011,²³ diu així:

Article 71. Propietat compartida

1. Als efectes d'aquesta llei, s'entén per propietat compartida cadascuna de les formes d'accés a l'habitatge protegit intermèdies entre el lloguer i la propietat que impliquen la transmissió a l'adquirent del domini d'una part de l'habitatge i la retenció de la resta per part d'una tercera persona.

2. La figura de la propietat compartida pot implicar o no la transmissió futura o progressiva i per fases a l'adquirent del ple domini sobre l'habitatge.

3. A la part de l'habitatge no transmesa es poden aplicar els corresponents ajuts protegits per al lloguer, segons el que estableixin les disposicions reguladores dels ajuts per a aquestes tipologies d'habitatge.

4. Les administracions públiques poden participar en l'adquisició de propietats compartides.

21 Efectivament, l'art. 21.1 del Decret 13/2010 sembla possibilitar un règim similar a la PC en manifestar que «el sistema de copropietat consisteix en l'adquisició d'un habitatge amb protecció oficial juntament amb la Generalitat. En aquesta figura el comprador privat de l'habitatge posposa la compra de la part alíquota de la Generalitat fins al moment que es determini. La Generalitat manté la *titularitat compartida* de l'habitatge mentre la compra posposada de la seva part alíquota no es perfecciona» (la cursiva és nostra). Enlloc es diu que l'adquisició d'aquesta part alíquota de la Generalitat no es pugui fer progressivament per parts o quotes, la qual cosa atansaria aquesta figura a la PC que després es va regular en l'art. 71 LHab; també és cert que l'art. 21.2 del Decret sembla indicar que aquesta adquisició s'ha de fer en una sola vegada, la qual cosa tampoc seria cap obstacle per assimilar-la a la PC.

22 Potser la principal diferència residia en les conseqüències de la reunió de totes les quotes en una sola titularitat per renúncia a l'adquisició: per al cas del "copropietari", al que el Decret permetia «renunciar a la compra en el moment final», la Generalitat «obté la plena propietat de l'habitatge» sense cap indemnització ni compensació, llevat del dret a seguir residint en l'habitatge per un màxim de 5 anys; en el cas de la PC, la manca d'exercici del dret d'adquisició gradual la converteix en una comunitat ordinària indivisa atorgant al "propietari formal" la facultat d'adquirir la quota del "material" per un 80% del seu valor pericial (ex art. 556-11.3).

23 Arran la modificació operada per l'art. 162 de la Llei 9/2011, del 29 de desembre, de promoció de l'activitat econòmica (DOGC núm. 6035, de 30.12.2011).

Amb la modificació de finals de 2011, el supòsit de fet —i, conseqüentment, la rúbrica de l'article— va canviar de copropietat a *propietat compartida* essent, aquesta darrera, un fenomen de naturalesa més complexa que aquella, malgrat no arriba a identificar-se plenament amb el regulat per la Llei 19/2015, ja que «als efectes d'aquesta llei», la propietat compartida «pot implicar o no la transmissió futura o progressiva i per fases a l'adquirent del ple domini sobre l'habitatge» (art. 71.2 LHab) i, per tant, el negoci del que la propietat compartida en porta causa pot donar vida a una situació que ja originàriament es preveu com una comunitat estable i duradora, que no s'ha d'extingir per l'absorció del ple domini per cap de les parts negocials: aquesta propietat compartida es diferenciaria de la que actualment regula el Codi civil en que aquesta preveu originàriament un pla d'extinció de la comunitat —per bé que es pot acomplir o no:²⁴ *vid.* l'art. 556-11.1, d)— mitjançant l'obtenció del 100% de les quotes amb l'exercici del dret d'adquisició gradual d'una de les parts negocials (la compradora o adquirent).

2.2. El Decret 75/2014, de 27 de maig, del *Pla per al dret a l'habitatge*

En relació a l'accés a l'Habitatge amb Protecció Oficial, el Decret 75/2014, de 27 de maig, del *Pla per al dret a l'habitatge*,²⁵ té ja en compte la nova proposta legislativa sobre la PC en preveure l'adquisició successiva de quotes. Els articles 53²⁶ i 54²⁷ fan referència a les noves modalitats de la propietat amb la mateixa denominació d'«intermèdies» que l'art. 71 LHab utilitzava en relació a les «formes

24 *Vid.* l'apartat 6.2.2 i la configuració del dret d'adquisició gradual com una facultat.

25 DOGC núm. 6633, de 29.5.2014. Segons la Disposició Final Primera, el Decret —i el Pla— «té una vigència mínima de quatre anys i, en tot cas, fins que no s'aprovi i entri en vigor un nou pla de l'habitatge que el substitueixi, de conformitat amb el que estableix l'article 67.2 [garantir que la vigència dels plans assegurui que no hagi períodes sense pla aplicable] de la Llei 18/2007, de 28 de desembre, del dret a l'habitatge»; la Disposició Derogatòria 1 deroga el Decret 13/2010, de 2 de febrer, del *Pla per al Dret a l'habitatge del 2009 al 2012*, fins llavors vigent.

26 «Article 53. *Formes de transmissió i cessió d'ús dels habitatges amb protecció oficial.* Els habitatges amb protecció oficial poden transmetre's o cedir-ne l'ús, per qualsevol dels mitjans que preveu l'article 82 de la Llei 18/2007, de 28 de desembre, del dret a l'habitatge, i segons les *tinences intermèdies* de l'article següent»; la cursiva del text és nostra.

27 Inserits en el Capítol 4 (Programa d'habitatges amb protecció oficial), Secció 3 (Règim jurídic i condicions de transmissió dels habitatges amb protecció oficial) del Decret.

d'accés a l'habitatge», per bé que ara referida per primer cop a les «tinences»;²⁸ pel que ara interessa, l'art. 54 diu:

Article 54. El sistema de tinences intermèdies per a l'accés a l'habitatge amb protecció oficial

54.1. Les tinences intermèdies per a l'accés a l'habitatge amb protecció oficial poden tenir les modalitats següents:

a) La propietat compartida, d'acord amb la definició que conté l'art. 71 de la Llei 18/2007, de 28 de desembre, del dret a l'habitatge.²⁹

b) El dret de superfície i altres tipus de propietat de caràcter temporal.³⁰

28 És el suport legal per a identificar i referir-se tant a la PC com també a la PT, com a “tinences intermèdies”; l'explicació la dona l'art. 71 LHab quan es refereix a la propietat compartida per a identificar cadascuna de les formes d'accés a l'habitatge “intermèdies entre el lloguer i la propietat”. Vid. l'apartat 4.4 per la crítica a aquesta denominació.

El CCCat utilitza el mot “tinença” en un sentit diferent, com un supòsit de detenció (art. 521-1.2).

29 En relació a la propietat compartida, l'art. 54 continua dient:

«2. El preu màxim de venda en el cas de la propietat compartida serà el resultat d'aplicar el percentatge que es transmeti al preu màxim de venda de l'habitatge en ple domini establert a la qualificació definitiva.

Per a l'adquisició de les successives quotes de propietat amb posterioritat a la constitució de la propietat compartida, i sempre que en el moment de la constitució no s'hagi pactat l'adquisició de quotes successives en un termini preestablert, el preu de transmissió per metre quadrat de superfície útil podrà incrementar-se en els percentatges següents:

a) Si l'habitatge està destinat a la venda en règim general o especial, l'increment serà del 15% si l'adquisició es realitza dins dels deu anys següents a la primera adquisició de quotes, i del 30% si l'adquisició es produeix amb posterioritat. En cap cas es podrà superar el preu màxim per metre quadrat de superfície útil d'un habitatge qualificat de preu concertat.

b) Si l'habitatge està qualificat de preu concertat, l'increment serà del 15%.

3. En el cas de la propietat compartida, el propietari de la part no transmesa podrà aplicar una contraprestació econòmica per aquesta part. Aquesta contraprestació es calcularà aplicant a la renda màxima que li correspondria com a habitatge amb protecció oficial, aplicable per la totalitat de l'habitatge, el percentatge corresponent a la part no transmesa.

El mateix serà aplicable en el cas del dret de superfície pel que fa al domini residual. En aquest cas, el lloguer màxim serà proporcional al valor d'aquest domini residual».

30 En relació al “dret de superfície i altres tipus de propietat de caràcter temporal”, ultra el darrer paràgraf de l'apartat 3, l'art. 54 continua dient:

«4. En el cas del dret de superfície o d'una propietat de caràcter temporal, el termini de durada de la protecció oficial no podrà ser inferior a 20 anys i el preu màxim no serà superior a un percentatge del preu màxim de venda d'un

Amb base en la possibilitat expressament assenyalada per l'art. 71.2 LHab, la modalitat de propietat compartida que s'ha desenvolupat legislativament per la Llei 19/2015 *és la que* implica la transmissió futura i progressiva del domini ple sobre l'habitatge en favor de l'adquirent, que és també la que des d'un primer moment va preveure l'art. 54.2 del Decret³¹ quan es referia a «l'adquisició de les successives quotes de propietat amb posterioritat a la constitució de la propietat compartida». Precisament, el Decret fixa, al darrer apartat de l'article 54, un ancoratge al Codi civil de Catalunya de les «tinences intermèdies», apostant així d'una manera incontestable per la seva civilitat (i no només com un expedient administratiu), al considerar que:

6. És d'aplicació el règim jurídic que regula l'article 71 de Llei 18/2007, de 28 de desembre, del dret a l'habitatge, i el que prevegi el Codi Civil de Catalunya per a les diferents modalitats de tinences intermèdies d'accés a l'habitatge que s'indiquen a l'apartat 1 d'aquest article.

Pel que a nosaltres ens interessa, el règim jurídic aplicable a la “tinença intermèdia” de la PC³² seria, en primer terme, l'art. 71 LHab —el qual no conté pràcticament cap norma de règim jurídic i sí de tipificació de la figura— i, sobretot, el que ara —no encara llavors— regula el nou Capítol VI del Títol V del Llibre Cinquè del CCCat. És per això que la remissió a l'art. 71 LHab pot confondre perquè, com hem dit, aquella “propietat compartida” no coincideix exactament amb la naturalesa de la regulada per la Llei 19/2015 i, en canvi, sembla que el règim al qual es vol remetre sigui el del CCCat: probablement,

habitatge qualificat definitivament en el mateix any i la mateixa zona geogràfica. El percentatge serà del 80 per cent en la zona geogràfica A i del 85 per cent en la resta de zones geogràfiques».

Així, doncs, la possibilitat d'una propietat temporal diferenciada del dret de superfície apareix per primer cop en l'art. 54.4 del Decret, ja que no estava prevista per la LHab.

31 *Vid.* nota 28.

32 En relació a les demés “tinences intermèdies” esmentades, els règims aplicables serien els següents: pel “dret de superfície”, allò previst principalment als arts. 564-1 a 564-6; per a la propietat temporal, pròpiament dita, el que es preveu al nou Capítol VII del Títol IV del Llibre Cinquè; per a la cessió d'ús (ex art. 54.1, c), les prescripcions de la LHab i els arts. 562-1 a 562-8 pel que fa al règim del dret d'ús.

l'eventual confusió s'evitaria si es reformés l'art. 71 LHab i s'adeqüés el seu contingut a la "propietat compartida" del CCCat.³³

La possible confusió s'intensifica arran la "remissió externa al buit" que fa l'art. 54.6 del Decret: bona part de l'operativitat de les previsions legals del Decret sobre el règim de les tinences relacionades amb el Codi civil —sobretot, de la PC, que és la desenvolupada per la legislació d'habitatge (arts. 71 LHab i 54.2 i 3 Decret); no tant de la PT, que només és citada impròpiament (art. 54.1, b)— es condicionen a la vigència de la regulació substantiva que en aquell moment no ho era, de vigent, en una mena de curiosa relació de mutu condicionament o de recíproc compromís legal. En efecte, la Disp. Final 2^a del Decret diu:

«L'entrada en vigor de les previsions sobre les modalitats de propietat compartida i propietat temporal per a l'accés a habitatges amb protecció oficial queda diferida a l'entrada en vigor de la regulació del seu règim jurídic pel Codi civil de Catalunya, llibre V, de drets reals».

És obvi que el legislador responsable del Decret coneixia la iniciativa legislativa de modificació del CCCat en relació a les noves figures de la propietat temporal i compartida, i d'aquí la remissió externa d'una norma de rang inferior —el Decret, publicat el 29.5.2014— a una altra, de rang superior³⁴ —la Llei 19/2015—, que encara es trobava en fase de tramitació extraparlamentària³⁵ i que no es publicaria fins 15 mesos després (4.8.2015). Malgrat perseguir una de les funcions típiques de la remissió legal, com ho és la recerca de la unificació normativa en una determinada matèria,³⁶ aquesta remissió externa podia haver esdevingut frustrada per manca de norma objecte de remissió. Però aquesta circumstància no és pas ni nova ni excepcional: el recurs a la remissió a una normativa futura més

33 En aquest sentit, Sergio NASARRE AZNAR, "Conclusiones", *La propiedad compartida y la propiedad temporal* (Ley 19/2015). Aspectos legales y económicos, S. NASARRE (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 674.

34 Que és el supòsit més usual de remissió externa: GRETEL (GRUP D'ESTUDIS DE TÈCNICA LEGISLATIVA), *La forma de les lleis*, Bosch Casa Editorial, 1986, p. 234.

35 En la data de publicació al DOGC del Decret, el text legal —projecte de llei— de la propietat compartida encara no s'havia publicat al BOPC (Número 342, de 23 de juny de 2014).

36 GRETEL, *ídem*, p. 229.

o menys pròxima —de la que aquest n'és un exemple ben recent—, no ha deixat de ser freqüent en l'ordenament jurídic català,³⁷ sobretot quan era encara un Dret *in fieri* en la seva major part; ara, per la pròpia consolidació del dret material (civil) català,³⁸ òbviament és un recurs menys sovintejat però no per això menys útil.

3. MARC SOCIOECONÒMIC DE PARTIDA

La llei no sorgeix pas per generació espontània, sinó que pretén ser la resposta jurídica a un marc de crisi socioeconòmica profunda caracteritzada, principalment, per dos pols fortament interrelacionats: una crisi financera i una crisi de (l'accés i, sobretot, de la permanència per sobreendeutament a) l'habitatge, conseqüència de l'esclat de l'anomenada “bombolla immobiliària”.³⁹ Algunes dades oficials combinades dels anys 2011 a 2015,⁴⁰ totes negatives, poden il·lustrar sobre quin era aleshores el panorama en relació a l'habitatge i la seva assequibilitat, principalment a Catalunya, atenent a indicadors com el nombre de pisos buits,⁴¹ l'estoc

37 A diferència de la remissió a una normativa derogada, “sovinteja la remissió a una norma de futur, norma que es dictarà en un futur” (GRETEL, *ídem*, 233).

38 “L'evolució material mateixa del Dret català farà disminuir la freqüència de les remissions al futur” (GRETEL, *ídem*, 234).

39 Que és l'expressió conforme a la qual es va conèixer i se segueix coneixent l'efecte de la sobrevaloració econòmica dels habitatges.

40 Les fonts principals que hem utilitzat són, d'una banda, l'IDESCAT (www.idescat.cat) i, d'una altra, l'INE, que publica, amb referència 1 de novembre de 2011, els «Censos de Población y Viviendas» (http://www.ine.es/censos2011_datos/cen11_datos_inicio.htm).

41 El nombre de pisos buits familiars no principals a Catalunya el 2011 era de 448.356. Segons l'IDESCAT (www.idescat.cat/pub/?id=aec&n=700&m=m), «Habitatge buit» és l'habitatge que no està ocupat, disponible per a venda o lloguer, o fins i tot abandonat; en censos anteriors es denominaven vacants; «Habitatge familiar» és l'habitatge destinat a ser habitat per una o diverses persones, no necessàriament unides per parentiu, que no constitueixen un col·lectiu; dins d'aquest concepte es poden distingir els habitatges principals, els habitatges secundaris i els habitatges buits (en censos anteriors es denominaven vacants); «Habitatge principal» és l'habitatge familiar els ocupants del qual l'utilitzen com a residència habitual.

A finals del 2016 hi constaven 44.419 habitatges buits a tot Catalunya, segons el «Registre d'Habitatges Buits i Habitatges Ocupats sense Títol Habilitant», la majoria situats en municipis amb una forta demanda acreditada d'accés a l'habitatge i producte d'execucions hipotecàries o de desnonaments i en mans d'entitats bancàries i empreses; de ben segur, el nombre real total d'habitatges buits és superior al dels inscrits al Registre. El «Registre d'habitatges buits i

de pisos per vendre,⁴² les taxes d'atur,⁴³ la renda familiar disponible⁴⁴, el nombre d'execucions hipotecàries,⁴⁵ i a una actitud més vigilant del Banco de España, mitjançant la restricció, per tal d'evitar de nou el sobreendeutament del crèdit.

Aquesta doble crisi i el panorama resultant obligava a la política legislativa a no romandre en actitud passiva davant la gravetat de la situació: potser és agosarat afirmar que la Llei 19/2015 era una llei imprescindible, però sí, sens dubte, convenient. Sigui com sigui, la iniciativa legislativa no es va plantejar pas com un mer exercici intel·lectual o acadèmic, sinó que en tot moment va estar ben present la necessitat de millorar l'oferta jurídica per coadjuvar a la solució social del problema de l'habitatge, sobretot pensant en aquella franja de la població que, d'una banda, no considera el lloguer com una opció i, d'una altra, tampoc pot accedir a la propietat de l'habitatge amb les condicions tradicionals, és a dir, l'adquisició del 100% de l'immoble que es grava amb hipoteca

habitatges ocupats sense títol habilitant» el gestiona l'Agència de l'Habitatge de Catalunya (AHC). Font: *Informe sobre el sector de l'habitatge a Catalunya 2016* (juny 2017, p 12), Secretaria d'Habitatge i Millora Urbana, Departament de Governació, Administracions Públiques i Habitatge, Generalitat de Catalunya.

- 42 A desembre de 2015, l'estoc d'habitatges nous sense vendre era de 80.372 a Catalunya.
- 43 Les taxes d'atur eren vergonyants, amb una incidència lacerant sobre el col·lectiu més necessitat d'habitatge: la taxa d'atur del jovent; al 2015, any de publicació de la llei, fou d'un 17,7% i d'un 39% dels menors de 25 anys. I continuen essent unes taxes inassumibles ja que, malgrat la tendència decreixent, segueixen confirmant-ho les dades del segon trimestre de 2017: un 13,2% de taxa total d'atur i un 30,5% entre menors de 25 anys.
- 44 De tendència minvant des de l'any 2009 (17.400 €) fins 2013 (16.200 €).
- 45 El nombre de les execucions hipotecàries a Espanya, del 2009 al 2015, són esfereïdores, malgrat la tendència minvant: així, al 2009 foren 93.319 les execucions hipotecàries iniciades i 68.135 al 2015; Font: CGPJ. Altres anys: al 2010, 93.636 execucions hipotecàries iniciades; al 2011, 77.854; al 2012, 91.622; al 2013, 82.680; i al 2014, 80.749.
- A Catalunya, en relació als habitatges els titulars dels quals són persones físiques, es van iniciar 10.803 execucions hipotecàries al 2014, 7.341 al 2015 i 4954 al 2016; Font: Estadística Registral Inmobiliària (ERI), 2º trimestre 2017, Publicació trimestral nº 53, Registradores de España, p. 66. La mateixa font ens indica que les certificacions d'habitatges per inici d'execució hipotecària continuen en descens: en el segon trimestre de 2017 representen un 41,2% menys que el mateix període del 2016, malgrat que les 1.135 a Catalunya li confereixen el tercer lloc de l'estat (<http://www.registradores.org/portal-estadistico-registral/estadisticas-de-propiedad/estadistica-registral-inmobiliaria/>).

constituïda simultàniament per a garantir el préstec que finança un percentatge molt alt (al voltant del 80%) de l'adquisició.⁴⁶ El mateix Preàmbul s'encarrega de fixar l'objectiu prioritari de la llei quan afirma que «[l]a introducció d'aquestes modalitats de domini obeeix, principalment, al propòsit d'aportar solucions al problema de l'accés a la propietat de l'habitatge, tot flexibilitzant les vies d'adquisició, oferint fórmules que permetin abaratir o minorar els costos econòmics i respectant la naturalesa jurídica del dret de propietat, de conformitat amb la tradició jurídica pròpia».⁴⁷ Per tant, no s'amaga que la gènesi de la llei obeeix a una determinada conjuntura o, dit altrament, que la situació socioeconòmica va servir de catalitzador per a l'acció polític-legislativa; ara bé, la manera en que es va acarar i vehicular el repte, tenint en compte els instruments emprats, allunyen el resultat del qualificatiu de conjuntural i el situen tant en l'àmbit de l'acció política com en el més tècnic del desenvolupament del dret civil de Catalunya.

El marc social i econòmic que acabem de descriure i la conveniència de l'acció legislativa conseqüent no queda desvirtuat per l'actual situació econòmica de mitjans del 2017, on sembla que la tendència sigui un altre cop cap al creixement o això, si més no, indiquen les dades macroeconòmiques. Tanmateix, i en relació a les dades d'adquisició de l'habitatge, quan la compravenda torna a créixer i toca màxims de 2011,⁴⁸ potser és més necessari que mai insistir en aquestes altres vies d'accés, més quan sembla que, de manera tossuda, esdevenir propietari exclusiu de l'habitatge continuï vehiculant-se per

46 El que es coneix com a “negoci complex de naturalesa unitària”; segons la RDGRN 7.7.1998 (RJ 5962), “el negocio concluido entra en la categoría de los *negocios complejos, de naturaleza unitaria* porque los elementos heterogéneos que lo constituyen hay una íntima soldadura al aparecer fundidas en una síntesis las diversas declaraciones emitidas que confluyen en un único negocio que es resultado de las variadas causas que en él concurren, no puede escindir-se en los dos negocios que lo formen y aplicar a cada uno las normas propias del contrato tipo, sino que por el contrario, la causa compleja que le sirve de base ha absorbido las concurrentes y determina la primacía de uno de ellos que, en el presente caso, es la compraventa, como resulta de las propias manifestaciones de la compradora expresadas en la escritura” (la cursiva és nostra).

47 Preàmbul, I, §9.

48 Com diu l'ERI, “para encontrar niveles de compraventas de vivienda trimestrales superiores a las alcanzadas en el segundo trimestre de 2017 hay que retroceder hasta el primer trimestre de 2011” (Font: Estadística Registral Inmobiliaria, 2º trimestre 2017, Publicación trimestral nº 53, Registradores de España, p. 9).

mitjà de la compravenda tradicional del total de la propietat i de manera indefinida: en realitat, davant l'encariment del mercat immobiliari,⁴⁹ l'habitatge no ha deixat de ser un problema per a una amplíssima capa de la població per a la qual, en un context d'ocupació laboral que, en el millor dels casos, és força precària tant per la durada dels contractes com pels sous, li resulta inassequible accedir-hi.

4. GÈNESI I DESENVOLUPAMENT DELS TREBALLS LEGISLATIUS PREPARATORIS. LA COMISSIÓ DE CODIFICACIÓ DE CATALUNYA

4.1. La iniciativa legislativa sobre les noves “formes de propietat”⁵⁰

En plena IX Legislatura⁵¹ i arran la precària situació per a l'accés a l'habitatge acabada de descriure, la Secretaria d'Habitatge i Millora Urbana del Departament de Territori i Sostenibilitat de la Generalitat

⁴⁹ En bona part provocat per l'activitat inversora provinent de l'estranger, també pel que fa al mercat immobiliari del lloguer (al juliol de 2017 ja s'acumulen 13 mesos consecutius a l'alça del preu de lloguer: www.fotocasa.es/blog/alquiler/las-rentas-de-alquiler-suben-un-27-en-julio-y-acumulan-13-meses-consecutivos-al-alza), sobretot a les ciutats grans i a les mitjanes; de fet, des d'alguns mitjans de comunicació ja s'ha deixat sentir, un altre cop, l'expressió “bombolla immobiliària” (https://economia.elpais.com/economia/2017/03/24/actualidad/1490367506_170978.html), a la que no és aliena l'increment de les signatures de préstecs hipotecaris (*vid.* Informe analítico correspondiente a datos de junio de 2017, Centro de Información Estadística del Notariado, <http://www.notariado.org/liferay/web/cien>; http://www.notariado.org/liferay/c/document_library/get_file?uuid=bfa77030-e581-4a17-b41e-4b00c0d3e3d1&groupId=2289837): el risc sembla real, tot i que entenem que la crisi ha d'haver servit per incloure criteris correctors front a eventuals nous “excessos”: *vid.* Josep Oliver Alonso, “De bombolles i bombolles”, a *La Vanguardia*, 15/04/2017 (<http://www.lavanguardia.com/economia/20170415/421699013441/de-burbujas-y-burbujas.html>). En sentit contrari al risc d'una nova bombolla, l'equip del BBVA Research (<http://www.expansion.com/economia/2017/07/19/596f2f27ca4741e5088b4581.html>).

⁵⁰ Manllevem instrumentalment l'expressió que fa anar el Preàmbul, que fem sinònima de “formes de configurar la (co)titularitat del dret de propietat”; *vid.* nota 3.

⁵¹ Sorgida arran les eleccions del 28 de novembre de 2010, tingué per data de constitució el 16 de desembre de 2010 i per data de dissolució el 2 d'octubre de 2012.

de Catalunya,⁵² per mitjà de la seva Agència Catalana de l'Habitatge⁵³ i en exercici de la competència assumida ex art. 137 EAC, va encarregar al juny de 2012⁵⁴ a la Direcció General de Dret i d'Entitats Jurídiques del Departament de Justícia⁵⁵ que, per mitjà de la seva Comissió de Codificació,⁵⁶ estudiés la viabilitat jurídica i, en cas afirmatiu, la confecció d'un text articulat per a incorporar noves figures d'entre

-
- 52 Era llavors titular de la Secretaria el Sr. Carles SALA i ROCA, que ho continua essent avui, tot i que ara aquest òrgan està adscrit al Departament de Governació, Administracions Públiques i Habitatge; el conseller del Departament de Territori i Sostenibilitat era l'Hble. Lluís RECODER i MIRALLES, que ho va ser fins al final de la legislatura, el 27 de desembre de 2012, prenent el seu relleu amb la X Legislatura l'Hble. Santi VILA i VICENTE, fins al 14 de gener de 2016.
- 53 L'art. 2.1 de la Llei 13/2009, de 22 de juliol, de l'Agència de l'Habitatge de Catalunya, estableix que aquesta té per objectius «executar i gestionar les polítiques d'habitatge que són competència de la Generalitat i, especialment, executar les actuacions públiques de la Generalitat amb relació al creixement de la població satisfent-ne les necessitats en matèria d'habitatge i garantint la proximitat al territori».
- 54 Aquesta és una data genèrica aproximada per assenyalar el començament de la col·laboració, ja que el Conveni entre l'Agència de l'Habitatge de Catalunya i la Direcció General de Dret i d'Entitats Jurídiques es va signar el 28 de setembre de 2012, quan la Secció de Drets Reals havia començat ja amb els treballs preparatoris. Formalment, era un «Conveni de col·laboració entre l'Agència de l'Habitatge de Catalunya i la Direcció General de Dret i d'Entitats Jurídiques del Departament de Justícia de la Generalitat, per al desenvolupament de figures jurídiques intermèdies per a l'accés i tinença dels habitatges»; el Sr. Jaume FORNT i PARADELL era llavors el director de l'Agència de l'Habitatge i el Sr. Santiago BALLESTER i MUÑOZ era el Director General de Dret i d'Entitats Jurídiques (DGDEJ). El Conveni establia la col·laboració entre ambdues institucions per tal que, mitjançant la Comissió de Codificació de Catalunya, es dugués a terme "l'elaboració d'informes jurídics sobre les figures intermèdies de tinença d'habitatges i la seva viabilitat en l'àmbit català, així com la seva implementació per mitjà de l'elaboració de les propostes pertinents de regulació de noves institucions que facilitin l'accés als habitatges amb règims jurídics intermedis entre la compra i el lloguer, en l'àmbit de la legislació civil catalana".
- 55 La titular del Departament fins al final de la IX Legislatura, el 27 de desembre de 2012, fou l'Hble. Pilar FERNÁNDEZ BOZAL; va prendre el seu relleu l'Hble. Germà GORDÓ i AUBARELL fins al final de la X Legislatura, el 14 de gener de 2016; el DGDEJ fou sempre, fins al final dels treballs, el Sr. Santiago BALLESTER i MUÑOZ.
- 56 La Comissió de Codificació de Catalunya és un òrgan adscrit al Departament de Justícia, en tant que aquest té atribuïdes les competències en matèria de dret civil: *vid.* Decret 395/2011, de 27 de setembre, de la *Comissió de Codificació de Catalunya i de l'Observatori de Dret Privat de Catalunya* (DOGC núm. 5974, de 29.9.2011). L'adscripció és fa a la Direcció General de Dret i d'Entitats Jurídiques: amb el Decret 125/2002, de 30 d'abril, de *reestructuració de la Direcció General de Dret i d'Entitats Jurídiques* (DOGC núm. 3631, de 8.5.2002), l'Observatori de Dret privat s'hi va adscriure (*vid.* arts. 1.1, e) i 9.2 i Disp. Add. 2), circumstància que no ha variat amb la Comissió de Codificació, ja que és la que ara assumeix les funcions de l'Observatori.

les anomenades “tinences intermèdies” de l’habitatge, que l’avui Càtedra d’Habitatge de la Universitat Rovira i Virgili⁵⁷ havia estudiat i que semblaven susceptibles d’incorporació. Els objectius eren molt clars: oferir alternatives reals —en el doble sentit, comú i jurídic— a la pèrdua de l’habitatge per motius econòmics, fins i tot com un remei sobrevingut —aquí és paradigmàtica la utilitat de la PC—,⁵⁸ i coadjuvar a la dinamització del sector immobiliari, sense menystenir el comprador o l’inversor estranger.

La idea originària sobre el projecte legislatiu, el primer impuls, doncs, parteix del Departament amb competències sobre habitatge i, per això, aquest bé immoble romandrà sòlidament present com a objecte referencial al llarg de tots els treballs preparatoris per bé que posteriorment s’ampliarà a qualsevol immoble i als béns mobles registrables: aquest és un exemple plausible de haver convingut que fos la Comissió de Codificació de Catalunya qui assumís de la redacció del marc normatiu. L’encàrrec incloïa, amb caràcter preferent, sospesar la conveniència d’introduir les noves “tinences intermèdies” al si del CCCat per tal de dotar de perfils recognoscibles i conformes a la nostra tradició jurídica a les noves modalitats de la propietat.

El termini final pel compliment de l’esmentat encàrrec era el de la vigència del Conveni, el 31 de desembre de 2012: per tant, es tractava de enllestir, en el termini de pràcticament quatre mesos, un text articulat sobre la Propietat Temporal i la Propietat Compartida: per bé que el termini es va complir per un primer esborrany complet, no és menys cert que els treballs en el si de la Comissió de Codificació de Catalunya, ateses les vicissituds de l’agenda i el calendari polític, es van prolongar fins ben entrada la X Legislatura.⁵⁹

4.2. La feina de la Comissió de Codificació de Catalunya

L’encàrrec a la Comissió s’adia perfectament amb la seva naturalesa i la seva estructura renovades conforme al Decret 395/2011, de 27 de

57 Dirigida pel Dr. Sergio NASARRE AZNAR, Catedràtic de Dret civil d’aquesta universitat, figura com a provinent del Grup de Recerca d’Accés a l’Habitatge de la mateixa universitat.

58 *Vid.* la Disposició addicional primera de la llei i l’apartat 7 d’aquest treball.

59 Per això es relacionen els components dels diferents òrgans intervinents en el procés d’elaboració interna durant les dues legislatures, IX i X.

setembre⁶⁰ que, a l'ensem, l'havia dotat d'entitat pròpia i independent per a erigir-se en el nou òrgan tècnic principal de referència de l'Administració catalana sobre el dret civil de Catalunya.⁶¹ Conforme a la nova estructura i a la funció atribuïda a les seccions,⁶² que són les unitats bàsiques de treball,⁶³ la direcció de la Comissió de Codificació⁶⁴

60 *Vid.* nota 55. Segons el seu art. 1 (*Naturalesa*), «La Comissió de Codificació de Catalunya és l'òrgan col·legiat adscrit al departament competent en matèria de dret civil [Departament de Justícia] que té per objecte l'elaboració de propostes de revisió, actualització i desenvolupament del dret privat de Catalunya, en especial del dret civil»; conforme a l'art. 3 (*Organització*), la Comissió «s'organitza per al seu funcionament en el Ple, la Comissió Permanent i les seccions».

61 Fins llavors, l'òrgan encarregat de l'estudi, revisió i desenvolupament del dret civil de Catalunya havia estat l'Observatori de Dret Privat de Catalunya, òrgan creat i regulat per l'art. 3 del Decret 13/2000, de 10 de gener, de *reestructuració parcial del Departament de Justícia* (DOGC núm. 3059, de 19.1.2000) i a qui el preàmbul de la Llei 29/2002, de 30 de desembre, *primera llei del Codi civil de Catalunya* (DOGC núm. 3798, de 13.1.2003) atribueix la consideració de peça clau per a dur a terme la codificació del dret civil. Segons l'art. 5.1 del Decret, «l'Observatori s'organitza en un Consell, presidit pel conseller de Justícia, una direcció executiva i una Comissió de Codificació»; per tant, la Comissió de Codificació era un organisme dependent i integrat en l'Observatori, amb una funció consultiva segons el seu art. 8, que va mantenir amb l'art. 6 del nou Decret 266/2004, de 27 d'abril, de *regulació dels òrgans de l'Observatori de Dret Privat de Catalunya* (DOGC núm. 4122, de 29.4.2004). Amb el Decret 395/2011, en una mena de permuta o intercanvi de funcions, l'Observatori passa a ser un òrgan d'assessorament (*vid.* art. 15).

62 La Comissió recuperava ara les Seccions, tal com havia establert l'Observatori de la primera època (art. 10 del Decret 190/2000). El Decret 266/2004 les va suprimir —*vid.* el §5 del seu Preàmbul—, tot substituint-les per «grups de treball i ponències especials» (Preàmbul, §6 i art. 15). Ara, l'art. 12 del Decret 395/2011, amb un cert mimetisme respecte dels llibres del Codi civil de Catalunya, diu que les seccions són sis: la de Persona i Família, la de Persones Jurídiques, la de Dret de Successions, la de Drets Reals, la d'Obligacions i Contractes i la d'Harmonització. Durant la IX i la X Legislatures no es van activar totes les seccions (com ho permet l'art. 12.3 Decret 395/2011), sinó tan sols tres: la de Drets Reals, la d'Obligacions i Contractes i la d'Harmonització; en l'actual XI Legislatura només s'han activat aquestes dues darreres (*vid.* Resolució JUS/989/2016, de 14 d'abril, de nomenament de membres del Ple i de les seccions de la Comissió de Codificació de Catalunya, DOGC núm. 7104, de 21.4.2016).

63 Segons l'art. 12.2 Decret 395/2011, «[c]orrespon a les seccions la funció de realitzar les propostes de treballs preparatoris d'elaboració, modificació i desplegament de disposicions normatives en la matèria de dret privat que tinguin assignada».

64 Durant tota la IX Legislatura en va ser el director l'autor d'aquest treball: primer, com a director de l'Observatori de Dret Privat de Catalunya (20.6.2011 a 22.2.2012) i, després, ja pròpiament com a director de la Comissió de Codificació (23.2.2012 a 27.12.2012) arran la reestructuració pel Decret 395/2011 i la dotació d'entitat pròpia i independent a aquest òrgan.

va assignar a la Secció de Drets Reals⁶⁵ la tasca primera i principal de confegir un esberrany d'avantprojecte articulat, prèvia deliberació sobre la seva conveniència.

La Secció va iniciar la seva tasca amb una primera reunió el 5 de juliol de 2012 que va servir per a conèixer les principals característiques de les dues modalitats de propietat, així com les fórmules de dret comparat que servien d'inspiració, principalment anglosaxones, a allò que ara es pretenia regular a Catalunya; ja en la següent reunió, de 17.7.2012, la Secció va començar a treballar a partir d'un primer text —*Working Paper 7* (en endavant, *WP7*)— aportat per la Càtedra d'Habitatge URV i datat a 12 de juliol de 2012,⁶⁶ que contenia una proposta inicial de regulació articulada amb text justificatiu; pel que fa a la PC, no va ser fins a la sessió del 13 de novembre que no

65 Per la Resolució JUS/307/2012, de 23 de febrer, de *nomenament de membres del Ple i de les seccions de la Comissió de Codificació de Catalunya* (DOGC núm. 6077, de 29.2.2012), la consellera de Justícia va nomenar President de la Secció de Drets Reals de la Comissió de Codificació de Catalunya a l'Hble. Antoni ISAC i AGUILAR (Registrador de la Propietat i ex Conseller de Justícia) i, com a vocals, a la Dra. Immaculada BARRAL VIÑALS (Professora titular de dret civil, UB), Dr. Esteve BOSCH CAPDEVILA (Catedràtic de dret civil, URV), Dr. Francisco ECHEVERRÍA SUMMERS (Advocat i professor de dret civil, UB), Dra. M. Carmen GETE-ALONSO CALERA (Catedràtica de dret civil, UAB), Sr. Juan Luís GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE (Registrador de la Propietat i professor de dret civil, UNAV), Dr. Pere DEL POZO CARRASCOSA (Catedràtic de dret civil, URV), Sr. Francesc TORRENT i CUFÍ (Notari) i el Sr. Pedro YÚFERA SALES (Advocat i ex degà de l'ICAB). S'incorporà a les sessions per a aquest encàrrec i fins al final de la vigència del Conveni (31.12.2012), tal com s'hi preveia, el Director de la Càtedra d'Habitatge de la URV, Dr. Sergio NASARRE AZNAR (Catedràtic de dret civil, URV) i, a la primera reunió —5 de juliol de 2012—, la lletrada de la Direcció General d'Habitatge, Sra. Immaculada RIBAS ALGUERÓ. L'autor d'aquest treball, el Dr. Carles E. FLORENSA i TOMÀS (Catedràtic de dret civil, UdL), en la seva condició de Director de la Comissió de Codificació i, per tant, com a membre nat de la secció (ex art. 13.3 Decret 395/2011), va coordinar i participar activament en totes les reunions de la IX Legislatura. La Secció, així mateix, va comptar sempre amb la inestimable col·laboració i ajut de la Secretària Tècnica de la Comissió, la Sra. Maria José URZAIZ EZCURDIA.

Amb la X Legislatura, per la Resolució JUS/716/2013, de 27 de març, de *nomenament dels membres del Ple i de les seccions de la Comissió de Codificació de Catalunya* (DOGC Núm. 6349, del 5.4.2013), el nou conseller de Justícia va nomenar les mateixes persones en els mateixos càrrecs, per la qual cosa no es va produir cap solució de continuïtat en els treballs, més enllà de la temporal.

66 Segons figura en l'encapçalament, es tracta d'una "Proposta de normativa de les tinences intermitges a Catalunya (amb justificació). Versió 12-7-2012. Redactada pel Dr. Sergio NASARRE AZNAR, amb la col·laboració del Dr. Héctor SIMÓN MORENO. *Working Paper 7*".

es va iniciar el seu debat monogràfic.⁶⁷ Complint amb el termini, al desembre del mateix 2012,⁶⁸ coincidint doncs amb el final de la IX Legislatura, la Secció va poder presentar un text inicial de la llei —que, substancialment, correspon amb el de la publicada—, perquè a partir de llavors seguís el procediment establert en el si de la pròpia Comissió conforme a la seva nova estructura i funcionament: per tant, en el procés hi va participar també amb aportacions determinants —ja a la X Legislatura—, el Ple de la Comissió de Codificació⁶⁹ en la seva funció

67 Fins llavors, després de dues sessions introductòries per fixar els principals eixos de cada modalitat de propietat, el debat i el treball prelegislatiu es va iniciar i centrar en la PT, amb el convenciment de que establir el seu règim era una tasca de menor dificultat que en relació a la PC: la realitat va desmentir l'expectativa.

68 En tres llargues sessions de treball, durant el cap de setmana del 15 i 16 de desembre de 2012, a Món Sant Benet (Sant Fruitós de Bages) —per això, entre els membres de la Secció, es coneix aquest text legal com la “Llei Món Sant Benet” (vid. GETE-ALONSO Y CALERA, *op. cit.*, p. 20)—, es va donar l'empenta final al text i es va deixar pràcticament enllestit el primer esborrany complet articulat de la llei. Una darrera sessió de la Secció, el 19 de desembre, va permetre lliurar l'encàrrec al Departament de Territori i Sostenibilitat dintre del termini pactat, amb un text datat a 21.12.2012 que, després d'alguna petita correcció, fou novament datat a 10.1.2013 com a text definitiu de la Secció que havia de ser objecte d'examen i aprovació per part del Ple.

69 Per la Resolució JUS/307/2012, de 23 de febrer, de *nomenament de membres del Ple i de les seccions de la Comissió de Codificació de Catalunya* (DOGC núm. 6077, de 29.2.2012), la consellera de Justícia va nomenar vocals del Ple de la Comissió de Codificació a les persones següents: Dr. Ferran BADOSA COLL (Catedràtic de dret civil, UB), Dra. Alegria BORRÀS RODRÍGUEZ (Catedràtica de dret internacional privat, UB), Sr. Víctor ESQUIROL JIMÉNEZ (Notari), Dr. Víctor FERRERES COMELLA (Professor titular de Dret constitucional, UPF), Sra. Silvia GIMÉNEZ-SALINAS COLOMER (Advocada), Sr. Antoni GINER GARGALLO (Registrador de la Propietat i, en aquella època, Degà autonòmic de Catalunya), Hble. Josep D. GUÀRDIA CANELA (ex Conseller de Justícia i President de l'Acadèmia de Legislació i Jurisprudència de Catalunya), Sr. Leopoldo MARTÍNEZ DE SALINAS ALONSO (Notari), Sr. Marcos MAS RAUCHWERK (Advocat de l'Estat), Sr. Màrius MIRÓ I GILI (Advocat), Sra. Nativitat MOTA PAPASSEIT (Registadora de la Propietat), Dr. Lluís PUIG I FERRIOL (Catedràtic de Dret civil UAB i ex magistrat del TSJC), Dr. Sebastià SASTRE PAPIOL (Advocat i Professor titular de Dret mercantil UB) i Sr. Daniel RIPLEY SORIA (Advocat de l'Estat). A més, segons la composició legalment prevista i conforme a la seva condició, també en formen part com a membres nats la persona titular del Departament de Justícia, com a president/a, la persona titular de la DGDEJ, com a vicepresident/a, la persona titular de la direcció de la Comissió de Codificació, la de la direcció del Gabinet Jurídic de la Generalitat i les persones titulars de les presidències i vicepresidències de les Seccions actives de la Comissió (art. 5 del Decret 395/2011, de 27 de setembre).

Per la Resolució JUS/716/2013, de 27 de març, de *nomenament dels membres del Ple i de les seccions de la Comissió de Codificació de Catalunya* (DOGC Núm. 6349, del 5.4.2013), el nou conseller de Justícia va nomenar com a vocals del Ple de la Comissió

d'«examinar, debatre i aprovar els treballs preparatoris sobre textos legislatius preparats per les seccions»,⁷⁰ així com l'Observatori de Dret privat en la d'«informar sobre els avantprojectes normatius que sotmeti a la seva consideració la Comissió de Codificació de Catalunya».⁷¹ cal tenir en compte que les apreciacions i suggeriments d'aquests dos

de Codificació als mateixos juristes, als quals s'hi van afegir el Dr. Ramon CASAS VALLÈS (Professor titular de dret civil, UB), Dr. Miquel MARTÍN CASALS (Catedràtic de dret civil, UdG), Dra. Isabel MIRALLES GONZÁLEZ (Professora titular de dret civil, UB) i Ignacio REDONDO ANDREU (Advocat); l'única baixa fou la del Dr. SASTRE PAPIOL, en ser nomenat Magistrat del Tribunal Suprem pel Ple del Consejo General del Poder Judicial, en la seva sessió ordinària del 29 de novembre de 2012 —prenent possessió el 15.1.2013—, ocupant la vacant deixada per la Dra. Encarna ROCA TRÍAS que, al seu torn, fou designada magistrada del Tribunal Constitucional.

70 Art. 4, d) del Decret 395/2011, de 27 de setembre.

71 Art. 16, c) del Decret 395/2011, de 27 de setembre.

Per Resolució JUS/1767/2012, de 27 d'agost, de *nomenament de vocals de l'Observatori de Dret Privat de Catalunya de la Comissió de Codificació de Catalunya* (DOGC núm. 6210, de 10.9.2012), la consellera de Justícia va nomenar, a proposta dels partits polítics amb representació parlamentària, a Miquel Àngel VALLÈS BLISTIN, a proposta de Convergència Democràtica de Catalunya, Lídia SANTOS ARNAU, a proposta del Partit dels Socialistes de Catalunya, Antoni BOSCH CARRERA, a proposta del Partit Popular de Catalunya, Josep Manuel DOTU SANJUAN, a proposta d'Unió Democràtica de Catalunya, Roc FUENTES NAVARRO, a proposta d'Iniciativa per Catalunya Verds-Esquerra Unida i Alternativa, Albert LAMARCA MARQUÉS, a proposta d'Esquerra Republicana de Catalunya, Jesús GÓMEZ TABOADA, a proposta de Ciutadans, Partit de la Ciutadania, Tomàs SERRA ALBIOL, a proposta de Solidaritat Catalana per la Independència i Antoni ABAD I NINET, a proposta de Democràcia Catalana; entre juristes o entitats de reconegut prestigi en l'àmbit jurídic, va nomenar a Jaume CAMPS ROVIRA, Miquel ROCA JUNYENT, José Félix ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, Francesc de Paula CAMINAL BADIA, Jordi CASAJOANA FELIU, Manuel José SILVA SÁNCHEZ i Juan GÓMEZ MARTÍNEZ.

Per Resolució JUS/1013/2013, de 9 de maig, de *nomenament de vocals de l'Observatori de Dret Privat de Catalunya de la Comissió de Codificació de Catalunya* (DOGC núm. 6375, de 14.5.2013), el conseller de Justícia va nomenar, a proposta dels partits polítics amb representació parlamentària, a Carles MAJÓ CASAS, a proposta de Convergència Democràtica de Catalunya, Lídia SANTOS ARNAU, a proposta del Partit dels Socialistes de Catalunya, Antoni BOSCH CARRERA, a proposta del Partit Popular de Catalunya, Carles Enric FLORENSA I TOMÀS, a proposta d'Unió Democràtica de Catalunya, Roc FUENTES NAVARRO, a proposta d'Iniciativa per Catalunya Verds, Albert LAMARCA MARQUÈS, a proposta d'Esquerra Republicana de Catalunya, Jesús GÓMEZ TABOADA, a proposta de Ciutadans, Partit de la Ciutadania, Rafael SENRA DIEZMA, a proposta d'Esquerra Unida i Alternativa i Montserrat VINYETS PAGÈS, a proposta de la Candidatura Unitària Popular; entre juristes o entitats de reconegut prestigi en l'àmbit jurídic, va nomenar a Jordi CASAJOANA FELIU, Ramon CASAS VALLÈS, Robert FOLLIA CAMPS, Juan GÓMEZ MARTÍNEZ, Montserrat PINYOL PINA, Miquel ROCA JUNYENT, Pablo SALVADOR CODERCH i Manuel José SILVA SÁNCHEZ.

òrgans —sobretot les provinents del Ple, que feia un estudi aprofundit del text remès per la Secció en atenció a la seva funció d'aprovació dels treballs preparatoris —, tenien com a efecte el retorn del text a la Secció de Drets Reals per al seu estudi i eventual encaix, com així va resultar en un alt percentatge de propostes de modificació.

Un cop sotmès preceptivament el text a Informació Pública,⁷² amb les aportacions dels diferents agents socials i jurídics convocats, s'inicià la tramitació governamental i parlamentària de la llei, fins a la seva aprovació. La Secció de Drets Reals va romandre sempre activa fins al final:⁷³ en un primer moment, per a l'estudi i eventual incorporació d'aquelles aportacions i, més endavant, a requeriment de la Comissió de Justícia i Drets Humans del Parlament, per a assessorar-la degudament arran les qüestions o els dubtes sorgits de les esmenes i propostes de transaccions pròpies del treball parlamentari.⁷⁴

Com ja havíem apuntat, la feina es va dur a terme en un context polític prou singular, determinat sobretot per la compressió de la IX Legislatura, la qual cosa va provocar que la llei es fes a cavall de dues legislatures: el primer esborrany es va enllestir més enllà del final de la IX Legislatura i abans d'iniciar-se oficialment la següent; el debat

72 Edicte del Departament de Justícia de 5 de febrer de 2014, *pel qual se sotmet a informació pública l'Avantprojecte de llei d'incorporació de la propietat temporal i de la propietat compartida al llibre cinquè del Codi civil de Catalunya* (DOGC núm. 6562, de 14.2.2014). El termini de 15 dies hàbils preceptius per a donar participació a la ciutadania en el procés d'elaboració de l'Avantprojecte de llei s'inicià el 15.2.2014 i va finalitzar el 6.3.2014.

73 Tal com va referir la diputada Sra. Elena RIBERA i GARIJO (CiU), ponent relatora de la llei, en la seva intervenció durant el debat i votació del Dictamen de la Comissió de Justícia i Drets Humans sobre el Projecte de Llei (DSPC, X Legislatura, Sèrie P-Núm. 119, del 23 de juliol de 2015, p. 58), foren exactament 23, en total, les sessions de treball que va esmerçar la Secció de Drets Reals per a enllestir el text que el Govern va sotmetre a Informació Pública: 17 sessions, des de la primera del 5 de juliol de 2012 fins a l'acabament del termini previst pel Conveni, és a dir, fins a la darrera sessió del 19 de desembre de 2012, fruit de les quals és el text de 10.1.2013 i, amb posterioritat, 6 sessions més —dues al 2013, dues al 2014 i, finalment, dues més al 2015—, arran les observacions del Ple de la Comissió, de l'Observatori de Dret Privat de Catalunya i de les al·legacions sorgides arran el tràmit d'Informació Pública.

74 Se'n feia ressò la relatora de la llei en la mateixa intervenció: «Agraeixo especialment a la senyora Carmen Gete i al senyor Francisco de Echevarría, acompanyats per la senyora María José Urzaiz, que en aquest últim tram de legislatura volguessin venir a passar aquí els dematins, aquí al Parlament, per poder respondre els dubtes que teníem els grups parlamentaris, la qual cosa ha sigut un plaer, perquè sense matrícula ni res nosaltres podíem parlar amb ells del projecte que ens havien portat, i així es van facilitar moltíssim les transaccions».

de l'esborrany en el Ple de la Comissió i en l'Observatori de Dret Privat i el retorn del text a la Secció per introduir les modificacions corresponents ja va tenir lloc en la X Legislatura, però amb un evident retard per causa de la renovació de la Comissió de Codificació. Tot plegat va fer que el projecte de llei al BOPC no fos publicat fins el 23 de juny de 2014 —un any i mig després del primer text enllestí de la Secció de Drets Reals— i que l'aprovació parlamentària de la llei esdevingués la tarda del 23 de juliol de 2015,⁷⁵ és a dir, més d'un any després de la publicació del projecte de llei;⁷⁶ sortosament, una setmana més tard ja aparegué publicada al DOGC.

4.3. El dubte inicial, el model d'inspiració i els pressupòsits de la llei

Inicialment, la Comissió de Codificació va sospesar la necessitat d'una regulació com la que finalment es va proposar, perquè era evident i indiscutible que al mateix o a anàleg resultat del tipificat per la llei s'hi podia haver arribat per mitjà de l'exercici de l'autonomia de la voluntat⁷⁷ i el principi de *numerus apertus* (art.

75 Sense cap vot en contra: el text va resultar aprovat per 100 vots a favor i 25 abstencions (DSPC 23 de juliol de 2015, p. 59).

76 En cap cas, doncs, es pot compartir l'acusació de precipitació i urgència (!) que algun portaveu parlamentari va manifestar en el darrer tràmit parlamentari de la llei, el de debat i votació del Dictamen de la Comissió de Justícia i Drets Humans (*vid.* DSPC 23 de juliol de 2015, p. 51).

77 L'originari art. 71 LHab, que regulava la «copropietat», oferia la base suficient per acabar de construir, per mitjà de l'autonomia de la voluntat, la situació ara regulada de la PC: *vid.* nota 18.

A més, aquest fou un dels arguments que la Lletrada del Parlament de Catalunya va al·legar en favor de la constitucionalitat de la regulació de la propietat temporal a la Llei 19/2015, en el recurs d'inconstitucionalitat presentat el 4 de maig de 2016, en nom del President del Govern de l'Estat, per l'Advocat de l'Estat en contra del seu article 1, regulador de la propietat temporal; segons es fa constar a la Sentència del Tribunal Constitucional (STC) 95/2017, de 6 de juliol de 2017 (BOE núm. 191, 11.8.2017), la lletrada entén que “no existe ningún ordenamiento jurídico en el Estado español que impida a las partes negociales, por la vía de la autonomía de la voluntad, llegar al mismo resultado de autorregulación de intereses que facilita la ley, como es en concreto el someter la titularidad dominical a un plazo determinado” (Antecedentes 4). Tenint en compte que, finalment, no es va recórrer d'inconstitucionalitat l'article 2 de la llei, regulador de la propietat compartida — tot i que l'intent va existir, com ho corrobora l'Informe realitzat pel Ministerio de Justicia, a petició de la Dirección General de Coordinación de Competencias con las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales, del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas,

2.2° LH). Tanmateix, es va considerar que convenia l'esforç legislatiu de fer visible una determinada configuració de la (co) propietat que, tot proposant un marc legal de mínims, garantís a l'adquirent una posició jurídicament segura i estable, per delimitada, i evités haver de deixar-ho tot forçosament a l'eventual negociació. També es va tenir present que les institucions o respostes jurídiques clàssiques no havien servit, fins aquest moment, per a constituir una alternativa real al binomi tradicional d'instruments jurídics d'accés a l'habitatge —l'adquisició de la propietat plena i «definitiva» i el lloguer—, tal com se'n fa ressò el mateix Preàmbul de la llei.⁷⁸

És així que l'experiència reeixida de les anomenades “tinences intermèdies” en el dret comparat i, específicament, en l'anglosaxó, van comprometre la Comissió a treballar decididament en aquesta direcció: l'exemple anglès de la *shared ownership*⁷⁹ era encoratjador —des dels anys 80 del segle XX ha permès oferir un model més assequible, però no menys estable, de l'habitatge, creant un autèntic tercer mercat—⁸⁰ i va servir d'inspiració a aquesta iniciativa legal sobre la PC.⁸¹ Efectivament, la PC evoca aquella figura del dret anglès ja que, en essència,

remès per escrit en data 30.9.2014, que entenia que la regulació proposada vulnerava les competències estatals sobre legislació civil—, cal deduir que l'argument de l'autonomia de la voluntat hi té encara més força; de fet, la pròpia sentència no ho nega per la PT i, per tant, a fortiori per la PC, quan en el Fonament Jurídic 7, c) diu que “Los razonamientos expuestos hasta aquí *no prejuzgan si la autonomía de la voluntad habilita a los particulares para constituir supuestos de «propiedad temporal» y disciplinarlos en virtud de sus acuerdos. Esta es una cuestión de estricto Derecho civil, ajena por completo a la controversia sobre el reparto constitucional de competencias que pende ante este Tribunal, que se ciñe a determinar cuál es la instancia legislativa competente para establecer normas supletorias o de derecho necesario que rijan esta figura»* (la cursiva és nostra).

78 Preàmbul, I, §12.

79 Pot consultar-se la *Shared Ownership. Joint guidance for England* (l'última actualització de la qual data del 13 d'octubre de 2016), elaborada per la *Homes & Communities Agency*, pel *Council of Mortgage Lenders* i la *National Housing Federation* (www.cml.org.uk/policy/guidance/all/shared-ownership-joint-guidance-for-england/).

80 La *shared ownership*, conjuntament amb el *leasehold* —ambdues figures es troben fusionades per a ser utilitzades en les polítiques públiques de l'habitatge, principalment per mitjà de les *housing associations* (entitats sense ànim de lucre i les gestores més importants d'habitatge social)—, han aconseguit assentar a Anglaterra un tercer mercat per a l'accés a l'habitatge, a més del de la propietat absoluta i el del lloguer (NASARRE/SIMÓN (“Fraccionando el dominio...”, *cit.*, p. 3073 s., i 84 s.).

81 De la mateixa manera que el *leasehold* va servir d'inspiració per a la propietat temporal.

coincideixen en l'adquisició progressiva del total domini,⁸² sigui dit amb totes les cauteles en relació a la configuració del sistema britànic de la propietat immobiliària i, concretament, sobre l'habitatge,⁸³ en el qual el fraccionament del domini no és cap problema dogmàtic. Aquest acostament al model anglosaxó, a més, podia fer-lo recognoscible per a l'inversor estranger,⁸⁴ al qual no cal menystenir com a agent dinamitzador i actual i potencial titular dominical d'una part no menyspreable de l'habitatge a Catalunya.⁸⁵ Per últim, la Comissió va tenir molt present que la implementació de la PC partís de la pròpia Administració —els

82 El model anglès, però, incorpora com a indispensable la contraprestació econòmica per l'exercici exclusiu de les facultats del domini en funció de la quota encara no adquirida, mentre que a Catalunya, per bé que la seva presència integrarà el model habitual, la contraprestació no és imprescindible ex art. 556-5.2, b).

Per a un relat il·lustratiu de la *shared ownership* anglesa i la seva efectivitat en facilitar l'accés a l'habitatge, *vid. NASARRE/SIMÓN, "Fraccionando el dominio..."*, *cit.*, pp. 3083-3085; per a un estudi més aprofundit, Jane BALL, "Fragmentando la propiedad para la asequibilidad: la *shared ownership* o «nuevas» tenencias en Inglaterra y Francia", *El acceso a la vivienda en un contexto de crisis*, Sergio NASARRE (Dir.), Edisofer, Madrid, 2011, pp. 173-225.

83 En paraules de NASARRE/SIMÓN ("Fraccionando el dominio...", *cit.*, p. 3090), el dret anglès "no regula la propiedad como un derecho absoluto, pues todavía existen reminiscencias feudales que conllevan que la Corona siga conservando su condición de propietaria de toda la tierra de Inglaterra" i, per tant, només es pot ser "titular de una porción de tiempo".

84 Menys encara quan l'art. 63 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, *de apoyo a los emprendedores y su internacionalización* (BOE núm. 233, de 28.9.2013), modificat per la Disposición Final Undécima de la Ley 25/2015, de 28 de julio, *de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social* (BOE núm. 180, de 29.7.015), permet als estrangers no residents «solicitar el visado de estancia, o en su caso, de residencia para inversores que tendrá una duración de un año» (art. 63.1) si realitzen una inversió significativa, com ara «[l]a adquisición de bienes inmuebles en España con una inversión de valor igual o superior a 500.000 euros por cada solicitante» (art. 63.2, b).

85 Tradicionalment, el comprador estranger ha tingut un paper rellevant en l'adquisició de primeres o segones residències a l'Estat espanyol, i les costes del Llevant i la Costa del Sol en són un bon exemple; entre els estrangers, els britànics són els que més compren, tal com publica l'Estadística Registral Immobiliària (ERI), que pot consultar-se des de l'any 2006 (<http://www.registradores.org/portal-estadistico-registral/estadisticas-de-propiedad/estadistica-registral-inmobiliaria/>). Valgui una dada recent per a confirmar-ho tot plegat: el 13,1% de les compravendes realitzades en el segon trimestre del 2017 (15.600 operacions) van ser dutes a terme per estrangers i, entre ells, el major percentatge correspon als britànics (el 14'9% del total d'operacions d'estrangers), malgrat l'anunci del Brexit (ERI, 2º Trimestre 2017, Agosto de 2017, Publicación trimestral nº 53, Registradores de España; consultable al mateix web o, directament, a http://www.registradores.org/wp-content/estadisticas/propiedad/eri/ERI_2T_2017.pdf).

antecedents legislatius i l'experiència reeixida en dret comparat eren reveladors en aquest sentit—, com a agent de les polítiques públiques sobre l'habitatge protegit, la qual cosa havia de servir per a demostrar que la fórmula comptava amb sòlides perspectives de futur.⁸⁶

Com acabem de dir, aquest model té com a premissa la possibilitat de fraccionar el domini i això sí que plantejava reptes inicials importants, tant dogmàtics com pràctics, que impediien una importació mimètica i automàtica de la figura,⁸⁷ tot el qual va obligar a una tasca prèvia de reflexió i debat de la Comissió de Codificació (Secció, Ple i Observatori) per a aconseguir la seva incorporació sense contravenir els principis i categories pròpies del nostre sistema llatí de la propietat, tradicionalment considerat com unitari, absolut i perpetu, com sembla reflectir l'art. 541-1.1: així, són resultat d'aquesta tasca prèvia d'encaix, per exemple, els articles 556-3, pel que fa al règim jurídic, 556-4.3, pel que fa a la durada, i 556-11.3 en relació a l'extinció i conversió en comunitat ordinària indivisa.⁸⁸

Un cop determinada la voluntat de treballar sobre un text articulat tenint en compte la figura de la *shared ownership* i les possibilitats d'adaptació, i considerant l'Administració, no només com la principal interessada en la iniciativa, sinó com a principal agent en les polítiques d'habitatge, es van establir alguns pressupòsits bàsics sobre els que bastir el contingut de la llei que, sintèticament exposats, són:

- a) La constatació del “fracàs” de les respostes jurídiques tradicionals diferents a la propietat i al lloguer per solucionar el problema de l'accés i permanència a l'habitatge.
- b) Sacsejar el binomi “propietat/lloguer” per mitjà de les anomenades “tinences intermèdies”, amb inspiració en les solucions del dret anglès per a un millor reconeixement legal de les figures per part del l'adquirent estranger.

86 Preàmbul, I, § 14.

87 Ja NASARRE/SIMÓN (“Fraccionando el dominio ...”, *cit.*, pp. 3101 a 3114) havien estudiat i argumentat la possibilitat de fraccionar el domini en el context del nostre sistema de la propietat, portant a col·lació exemples legislatius propis que funcionarien com a excepcions a la regla general: la propietat superficiària, la fiduciària, i l'emfiteusi, entre algunes altres més pròpies de la propietat temporal (*idem*, p. 3114).

88 Com ho són els articles 547-3.1 i 547-9.1 respecte la propietat temporal.

- c) Seguir apostant per un règim en el què el centre de gravetat sigui el «dret de propietat», amb les restriccions imprescindibles pròpies de la naturalesa de les noves figures (temporalitat i comunitat).
- d) Proporcionar eines útils a l'Administració per a les polítiques públiques d'habitatge protegit.
- e) El convenciment de que la iniciativa legislativa, per si sola, no és suficient per millorar la conjuntura, però sí que pot coadjuvar a la solució del problema de l'accés i permanència a l'habitatge a partir de la dinamització del parc immobiliari.⁸⁹

4.4. La qüestió de la propietat de l'habitatge i les «tinences intermèdies»

¿Per què facilitar l'accés a o el manteniment de l'habitatge per mitjà de la propietat i no estudiar altres alternatives? Acabem de veure que el primer pressupòsit del treball prelegislatiu fou el de constatar que «[a] més de l'adquisició de la propietat definitiva (dret real) i del lloguer (contracte, dret personal), que són les dues respostes jurídiques tradicionals a l'accés a l'habitatge, cap de les altres figures jurídiques seculars de l'àmbit dels drets reals, com ara el cens, l'usdefruit o, fins i tot, la més actual de la superfície,⁹⁰ no ha representat una alternativa real a aquella dicotomia».⁹¹ I des de la perspectiva d'aquell binomi, l'estabilitat que confereix la propietat no ha tingut rival en el lloguer, malgrat el repunt en els darrers

89 Segons l'estudi de Servihabitat relatiu al primer semestre de 2017, publicat l'11 de juliol de 2017, encara resten per vendre a Espanya 324.000 habitatges nous construïts en els anys del boom immobiliari (http://corporate.servihabitat.com/documentos/uploads/contenido/estudios/Servihabitat_Resumen_ejecutivo_Mercado_Residencial_IV.pdf).

90 Per a un estudi comparatiu, *vid.* M^a Teresa ALONSO PÉREZ, "El acceso a la propiedad de la vivienda a través del derecho de superficie. Comparación con la propiedad compartida y la temporal catalanas", *La propiedad compartida y la propiedad temporal* (Ley 19/2015). Aspectos legales y económicos, S. NASARRE (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 539 a 574.

91 Preàmbul, I, § 12. I encara s'hi poden afegir l'ús, l'habitació i la més moderna de l'arrendament amb opció de compra.

temps:⁹² «[a] Catalunya, al voltant del 80%⁹³ del parc d'habitatges ha estat adquirit en propietat ... A això s'afegeix l'escassetat del lloguer com a forma de tinença (15%),⁹⁴ situació que no és pas aliena al fet que les circumstàncies socials, econòmiques i jurídiques no hagin propiciat ni el lloguer privat ni el lloguer social, que representa poc més de l'1% del total».⁹⁵ No hi ha dubte, i les xifres així ho reblen, en que la propietat és la modalitat de tinença més àmpliament preferida per múltiples raons, d'entre les quals les jurídiques no hi són pas alienes, com ara una legislació erràtica sobre arrendaments urbans que no ha aportat el necessari equilibri per a fer més estables i segures les respectives posicions de l'arrendador i l'arrendatari.⁹⁶

Aquestes premisses evidenciaven que la cultura del nostre país envers l'apreciació de la bondat de la propietat, com a garantia d'estabilitat present i futura, afavoria l'esforç legislatiu en l'àmbit del

92 El lloguer de pisos té una clara tendència creixent i, més enllà del fenomen dels "pisos turístics", ha arribat a màxims històrics en ciutats com Barcelona: "el precio de la vivienda en alquiler ha vivido un repunte en España durante 2016 y ha acabado el año con un incremento del 15,9%" (<https://www.idealista.com/news/inmobiliario/vivienda/2017/01/16/744939-el-precio-de-los-alquileres-se-dispara-un-15-9-en-2016-madrid-y-barcelona-en-maximos>; accés el 23.2.2017).

93 Exactament, era el 74,32% al 2011, segons el cens d'aquell any (Font: Idescat, a partir del Cens de població i habitatges de l'INE; www.idescat.cat/pub/?id=censph&n=310).

94 Més precisament, era un 19,79% al 2011, segons el cens d'aquell any (Font: Idescat, a partir del Cens de població i habitatges de l'INE; www.idescat.cat/pub/?id=censph&n=310). De la resta, un 1,79% eren cedits gratuïtament o a un preu molt baix (per un familiar, una empresa, etc.) i un 4,1% corresponien a altres formes de tinença.

95 Segons el comunicat de premsa de 10.6.2016 de l'Agència d'Habitatge de Catalunya (http://premsa.gencat.cat/pres_fsvp/docs/2016/06/10/12/15/c2ca09bd-d8c8-43b1-a414-89ed7a399986.pdf), el parc d'habitatges adscrits al Fons d'habitatges de lloguer social de Catalunya eren 29.733, que representaven un 5% del total de pisos en lloguer i un 1% del total d'habitatges principals.

96 N'hi ha prou amb acudir a la darrera modificació de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de *Arrendamientos Urbanos* (BOE núm. 282, de 25.11.1994), duta a terme per la Ley 4/2013, de 4 de junio, de *medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas* (BOE núm. 134, 5 de junio de 2013). Malgrat les dades parlen ben clarament de la preferència per la propietat, això no obsta perquè es pugui valorar la conveniència de treballar decididament sobre una llei catalana d'arrendaments urbans, que porti l'equilibri esmentat entre les posicions contractuals i on l'estabilitat i seguretat de l'arrendatari estigui degudament compensada per a l'arrendador.

dret de propietat:⁹⁷ a partir de la fragmentació o, millor dit, a partir de la diferenciació entre el dret de propietat i la seva titularitat, aquesta pot conformar-se de diferents maneres —limitada en el temps o en comunitat asimètrica— per tal de proporcionar a l'adquirent una posició el més aproximada possible al propietari únic tradicional, malgrat comparteixi transitòriament la seva titularitat amb el transmissent, com succeeix en la PC;⁹⁸ en qualsevol cas, el propòsit ha estat el de respectar «la naturalesa jurídica del dret de propietat, de conformitat amb la tradició jurídica».⁹⁹

Assentada la qüestió de la propietat, la denominació de “tinences intermèdies” amb que s'identifiquen aquestes noves figures de la PC i de la PT pot comportar una certa confusió si no es fan els advertiments corresponents. És obvi que aquesta expressió, que respon a un enfocament sociològic i economicista més que no pas jurídic, ha adquirit un valor convencional per a referir-se genèricament¹⁰⁰ i sobretot —però no només—,¹⁰¹ a aquestes dues “formes de propietat” immobiliària que hom situa entre el lloguer i la propietat (plena i indefinida), enteses com a “tinences” habituals; a més, com ja hem vist, aquesta col·locació intermèdia troba un ancoratge legal en l'art. 71 LHab, i la pròpia denominació en l'art. 54 del Decret 75/2014.¹⁰² No obstant tot això, cal manifestar, conforme a un criteri tècnic, que la PC —tampoc la PT— no constitueix cap

97 Aquest esforç no es podia malmetre per qüestions de nomenclatura jurídica; d'aquí, per exemple, l'esforç en simplificar la denominació de las figures, orientat a que tots els agents del mercat immobiliari (bancs, promotors, propietaris i ciutadania en general) identifiquin i no rebutgin d'entrada el “producte” jurídic pel seu nom: per això és important haver inclòs el substantiu «propietat», terme i posició jurídica que són ben identificats per tothom. En canvi, hagués estat contraproductent anomenar a la PC, «domini dividit» —que no ho és: *vid.* notes 213 a 215—, en provocar rebuig pel propi adjectiu.

98 O sigui titular dominical només per un temps determinat, com en la PT, ex art. 547-1.

99 Preàmbul, I, §9. Abans, en el mateix paràgraf, es deixa ben clara l'aposta per la propietat quan s'afirma que «[l]a introducció d'aquestes modalitats de domini obeeix, principalment, al propòsit d'aportar solucions al problema de l'*accés a la propietat* de l'habitatge, tot flexibilitzant les vies d'adquisició, oferint fórmules que permetin abaratir o minorar els costos econòmics» (la cursiva és nostra).

100 NASARRE/SIMÓN, “Fraccionando el dominio ...”, *cit.*, p. 3071.

101 Perquè en aquesta denominació genèrica també s'hi poden incloure els drets reals limitats adaptats a l'habitatge —d'eficàcia ja qüestionada—, el titular dels quals, per tant, sempre restarà dependent del domini del propietari de l'immoble: usdefruit, superfície, cessió d'ús, etc. (*vid.* art. 54.1 del Decret 75/2014; també, NASARRE/SIMÓN, *ibídem*).

102 *Id.* l'apartat 2.2.

mena de pas o situació intermèdia entre la propietat (dret real) i l'arrendament (dret de crèdit),¹⁰³ sinó que pertany(en) plenament a l'àmbit de la configuració i organització del dret de propietat.¹⁰⁴

5. ALGUNS APUNTS DE TÈCNICA LEGISLATIVA

5.1. La rúbrica de la llei i la “incorporació”

La indicació objectiva del títol de la llei és de caire descriptiu i compleix les dues funcions d'identificar-la i de descriure el contingut essencial de la matèria regulada:¹⁰⁵ llei d'«incorporació de la propietat temporal i de la propietat compartida al llibre cinquè del Codi civil de Catalunya». Hom podria haver optat per un títol més curt,¹⁰⁶ com ara “Llei 19/2015, de la propietat temporal i de la propietat compartida”, però el títol actual és pertinent i no verbós perquè:

- a) en tractar-se d'una llei el contingut de la qual ha d'integrar-se al llibre cinquè del Codi civil de Catalunya, l'art. 6.2 de la Llei 29/2002, de 30 de desembre. *Primera Llei del Codi civil de Catalunya*,¹⁰⁷ mena a fer aquesta precisió indicativa del “Codi civil” com el cos legal receptor i del llibre cinquè que és el que resta addicionat, quan exigeix que els projectes de llei s'han de correspondre a cadascun dels llibres o parts dels llibres del Codi civil i, precisament, aquesta

103 Des del punt de vista jurídic, només en el cas que la contraprestació dinerària es qualifiqués de renda —que no ho és—, tindria raó de ser la idea de “tinença intermèdia”, ja que en el propietari material recauria la doble condició de propietari, per la quota de domini, i de llogater, per la contraprestació a canvi d'usar i gaudir també del contingut de l'altra quota de domini del propietari formal; en canvi, sí que es pot acceptar aquest plantejament des de la perspectiva de la finalitat econòmica (en aquest sentit, Sergio NASARRE AZNAR, “La propiedad compartida y la propiedad temporal como tenencias intermedias de acceso a la vivienda y a otros bienes en el Derecho civil de Cataluña y su extensión al resto de España”, a Bienes en común, S. NASARRE AZNAR (Dir.), Tirant lo Blanch, valencià, 2015, p. 806).

104 Com encertadament destaca GETE-ALONSO, en manifestar que “la calificación jurídica correcta es de derecho de propiedad, por lo tanto, no “entre” dos derechos” (op. , p. 22).

105 GRETEL, *op. cit.*, p. 41.

106 En opinió de GRETEL (*op. cit.*, p. 42 s.), “els bons títols són sempre curts”.

107 DOGC núm. 3798, de 13.1.2003.

correspondència s'acompleix i es fa visible amb i en el propi títol de la llei.¹⁰⁸

b) en tractar-se d'afegir contingut al Codi gràcies a la seva estructura oberta,¹⁰⁹ la referència a la “incorporació” —lleument qüestionada durant el tràmit intern—¹¹⁰ de les noves “formes de propietat” a aquest cos legal no és sobrera, perquè la PC ja havia estat incorporada a l'ordenament jurídic de Catalunya per mitjà de la legislació sobre habitatge: per tant, és una “incorporació” al Codi civil de Catalunya, que és la seva seu natural en tant que matèria civil i, al mateix temps, una “reincorporació” a l'ordenament jurídic català, defugint aquest cop el caràcter sectorial tant de l'instrument legal com de l'àmbit d'aplicació.

El títol de la llei també és el resultat de la pretensió de neutralitat descriptiva front al que anteriorment se li havia atribuït, de manera provisional, durant els treballs preparatoris de la Secció de Drets Reals de la Comissió de Codificació de Catalunya —“formes alternatives d'accés a la propietat”—, que era força esbiaixat, ni que ho sigui el·lípticament, cap a l'objecte primitiu de l'habitatge.¹¹¹ L'Avantprojecte

108 Com, per altra banda, han fet el títols de totes les lleis que han aprovat els llibres del CCCat o han modificat part del seu contingut.

109 El Preàmbul de la Llei 29/2002, de 30 de desembre. *Primera Llei del Codi civil de Catalunya*, destaca que «[l]a principal idea que la inspira [a la llei] és que el Codi civil de Catalunya ha d'ésser un *codi obert*, tant en l'estructura com en el contingut» (I, §2) i «ha de tenir una estructura que permeti anar incorporant les noves regulacions o les modificacions de les ja existents sense que se'n ressenti greument la sistemàtica» (I, §3). De conformitat a aquesta idea, ja en la part dispositiva de la llei el seu art. 6.1 preveu que «El Codi civil de Catalunya s'ha d'elaborar en forma de codi obert mitjançant l'aprovació de diferents lleis».

110 L'Assessoria Jurídica del Departament de Justícia de la Generalitat, en el seu Informe Jurídic Preliminar del 9 de gener de 2014, evacuat a petició de la Direcció General de Dret i d'Entitats Jurídiques del mateix Departament, va advocar per substituir “incorporació” per “regulació” en la rúbrica de la llei. De fet, en la resposta del 20 de gener de 2014 de la DGDEJ a aquest Informe, la Comissió de Codificació considerava que “en tècnica legislativa, seria més correcte parlar de regulació que no d'incorporació”; sigui com sigui, el títol de la llei ja no es va modificar, segurament perquè totes les lleis són, d'alguna manera, de regulació (GRETEL, *op. cit.*, p. 43, nota 21) i, per tant, és una obvietat que cal estalviar-se en la mesura del possible: “[e]n principi, no han de fer-se indicacions normatives: Totes les lleis regulen alguna cosa i això usualment no s'ha de dir en el seu títol com tanmateix, succeeix a vegades” (GRETEL, *op. cit.*, p. 48).

111 En realitat, el primer títol provisional de l'esborrany de la llei fou el de “formes alternatives d'accés a la propietat de l'habitatge”, per a assenyalar indissimuladament l'objecte d'aquestes noves “formes”.

de llei sotmès a Informació Pública¹¹² ja tenia el títol actual:¹¹³ la modificació va obeir, principalment, a la doble consideració tècnica de que ni són “formes d'accés a la propietat”, ni són pas “alternatives”.¹¹⁴ En efecte, no són pas formes “d'accés” perquè a l'habitatge o al bé de què es tracti s'hi accedeix normalment per mitjà del negoci jurídic (títol de constitució: art. 556-4) que correspongui i, si es tracta d'adquirir la propietat, el títol adquisitiu habitual i paradigmàtic serà la compravenda —a més de qualsevol altre habilitant, onerós, gratuït o lucratiu—, la PC en serà la situació resultant constituïda (ex art. 556-4) conforme al model organitzatiu de la cotitularitat pel que negocialement s'ha optat, no pas la via d'accés. Tampoc són “alternatives” perquè, un cop integrades i adequades als principis bàsics del dret de propietat regulat en el Codi civil de Catalunya,¹¹⁵ que troba la seva identitat i les seves arrels en la propietat romana, seran una opció més de situació jurídica real o de configuració del dret real tipificada.¹¹⁶

5.2. La “incorporació” al Codi civil de Catalunya

Com ja hem dit, la decisió d'incorporació de les “noves” «formes de propietat» de la PC i de la PT al nostre ordenament exigia aquella tasca

112 *Vid.* nota 71.

113 El canvi de títol sorgí com a conseqüència de l'estudi i debat del text preliminar en el si de l'Observatori de Dret Privat de Catalunya, ja en la X Legislatura, en l'única ocasió que va tenir per a fer-ho durant la sessió constitutiva del 4 de juny de 2013; la Secció de Drets Reals, en la seva reunió del 26 de juny de 2013, va recollir l'observació que per escrit d'11.6.2013 li va fer arribar el vocal de l'Observatori, Miquel Roca Junyent, en el sentit de que «més que “formes alternatives d'accés a la propietat”, són “formes de configuració de la titularitat del dret de propietat”», adoptant-se llavors el que seria el títol definitiu de la llei. Cal tenir en compte que, en l'interim, l'Acord del Govern del dia 18 de juny de 2013 aprovant la «Memòria Preliminar», identificava el text legal encara amb el títol d'«Avantprojecte de llei que regula les formes alternatives d'accés a la propietat, i de modificació del llibre cinquè del Codi civil de Catalunya, relatiu als drets reals».

114 GETE-ALONSO, *op. cit.*, p. 22.

115 Tal como el mateix Preàmbul (I, §5) de la llei s'apressa a manifestar: «Ambdues modalitats de propietat són formes de poder jurídic real que troben els fonaments en institucions pròpies de llarga tradició jurídica legal i consuetudinària en les fonts catalanes i que es mantenen en el Codi civil. En aquesta llei es desenvolupen a partir de la regulació del Codi civil sobre la propietat i la comunitat».

116 Un cop fetes aquestes precisions tècniques, cal dir que en alguna ocasió hem utilitzat aquesta expressió i tornarem a fer-ho més endavant sense cap ànim de contradicció, sinó per comoditat expositiva.

prèvia d'adaptació del model d'inspiració als principis informadors del nostre dret de propietat i de la comunitat. A més, la Secció de Drets Reals de seguida va entendre que les raons conjunturals del marc socioeconòmic que impulsaven la iniciativa legislativa no tenien per què determinar uns resultats així mateix conjunturals i, per tant, calia optar per l'estabilitat pròpia de la regulació substantiva tot descartant la possibilitat de combinar-la amb disposicions d'una altra naturalesa: partint de la constatació de la civilitat de la matèria, l'encàrrec a la Comissió de Codificació garantia també la civilitat de la norma — per a la qual hom podia tenir en compte la regulació que fins llavors figurava a la legislació sobre habitatge—, però calia sospesar també si l'estabilitat pròpia de la llei civil es proporcionava exclusivament per la seva inclusió al Codi o s'optava per una llei especial extracodicular.

La tècnica de la llei especial semblava encaixar millor amb temps pretèrits en els que el contingut de l'ordenament civil català era més aviat migrat;¹¹⁷ no semblava que, un cop iniciada i gairebé completada la tasca més ambiciosa entorn la legislació del dret privat de Catalunya com ho és la codificació del seu dret civil, la llei extracodicular fos la millor opció¹¹⁸ quan el Codi, gràcies a la seva estructura de codi obert pot —i hauria de— aixoplugar, si més no tendencialment, tota la matèria civil que, per raó d'oportunitat, conveniència o necessitat, es reguli.

Així, la decisió d'incorporació al Codi civil es pot enfocar, principalment, des de la doble perspectiva següent.

117 Una determinada època en la que «el Parlament de Catalunya va fer servir l'instrument tècnic de les lleis especials per anar donant cos a poc a poc a un ordenament jurídic encarcarat i amagrit per la prolongada absència d'institucions legislatives pròpies» (Preàmbul, §1, Llei 29/2002, de 30 de desembre).

118 De fet, en començar la tasca codificadora, el preàmbul de la de la Llei 29/2002, de 30 de desembre, ja va deixar clar que el camí per a, d'una banda, respondre a les noves necessitats de regulació derivades del progrés social i el desenvolupament científicotècnic i, d'una altra, per a la transposició de les directives europees fruit del procés d'integració, no era precisament aquest: «La tècnica legislativa de les lleis especials, que sovint s'ha emprat per a adaptar-se tant a un aspecte com a l'altre, s'ha mostrat com a greument perjudicial per a la claredat, la sistemàtica i la coherència interna del dret civil» (I, §2 *in fine*).

5.2.1. *L'estabilitat i generalitat de la norma codicilar*

La llei civil té propensió a l'estabilitat —la qual cosa no significa immutabilitat—, però un Codi hi afegeix la garantia d'una regulació completa o tendencialment completa, sistemàtica i informada per uns mateixos principis —autointegrable— i amb vocació de perdurabilitat; havent-se concebut el Codi civil de Catalunya com el text legal que ha de reunir tota la matèria civil —l'estructura de codi obert i l'abast de l'acció legislativa duta a terme així ho demostra— la regulació de la PC i de la PT havia d'inserir-s'hi gairebé de manera indubtable. Les òbvies raons conjunturals que informaven l'origen de la llei no tenen perquè correspondre's amb uns resultats així mateix conjunturals i el Codi és una garantia en aquest sentit.

A més, en una relació de recíproc condicionament, la decisió de no limitar l'objecte a l'habitatge afavoria la generalització de la norma, deixant de tenir sentit el caràcter sectorial de l'instrument legal. Al mateix temps, també des d'aquesta perspectiva de la generalitat de la norma, la incorporació al Codi civil allunyava la PC (i la PT) de la seva consideració com a “forma alternativa d'accés a la propietat”, expressió que evoca una mena de solució heterodoxa a un supòsit de fet ben freqüent —accedir a la propietat d'un bé—, i la situava en l'ortodòxia del dret de propietat com una possibilitat legal més d'organitzar el seu contingut i la seva titularitat.

5.2.2. *L'aspecte legal-formal de la incorporació*

Fins a la Llei 19/2015, les lleis que afectaven al Codi o bé eren d'aprovació del llibre corresponent o bé modificaven la regulació ja existent o, fins i tot, havien suposat l'addició escadussera i excepcional d'algun article per a completar la matèria regulada.¹¹⁹ Amb la Llei 19/2015, en canvi, s'incorpora per primer cop tota una matèria nova i, per tant, una nova regulació a un llibre ja existent al CCCat la

¹¹⁹ Com és el cas de l'art. 111-10 sobre la vigència de les lleis, addicionat per l'art. 1 de la Llei 6/2015, del 29 de juliol, d'*harmonització del Codi civil de Catalunya* (DOGC núm. 6875, de 20.5.2015), que modifica disposicions dels llibres primer, segon, quart i cinquè del Codi i que és l'exemple paradigmàtic de llei de modificació de la regulació existent que «en termes generals, no impliquen canvis dràstics en l'orientació de la política jurídica i que pretenen, en primer lloc, millorar la seguretat jurídica aclarint punts on s'havien plantejat dubtes sobre l'abast o l'eficàcia de determinats preceptes» (Preàmbul, §3, *in fine*).

sistemàtica del qual, gràcies un altra vegada a l'estructura de codi obert, no resta pas compromesa.¹²⁰

D'aquesta manera, la “propietat compartida” s'incorpora al Codi civil de Catalunya per mitjà de l'article 2¹²¹ de la Llei 19/2015, del 29 de juliol, d'*incorporació de la propietat temporal i de la propietat compartida al llibre cinquè del Codi civil de Catalunya*; en concret ho fa mitjançant el seu article 2, que porta per rúbrica “propietat compartida”, el qual, abans de disposar la seva regulació, s'afanya a situar-la sistemàticament en el Codi conforme a la seva naturalesa en tant que concurrència de cotitularitats:¹²² així, «s'incorpora al Codi civil mitjançant la introducció d'un capítol»¹²³ nou, el Capítol VI —“Propietat compartida”— al Títol V —“Situacions de comunitat”—, del Llibre Cinquè —“Drets reals”— del Codi civil, resultant la seva numeració¹²⁴ des de l'article 556-1 a l'article 556-12. Com hem dit, la sistemàtica no se'n ressent pas ja que el nou capítol s'afegeix al final del títol corresponent a les situacions de comunitat, sense alterar l'actual disposició del seu contingut.

5.3. La naturalesa de la norma

En relació a la regulació pròpiament dita, s'ha atribuït a la norma un contingut de caràcter dispositiu, en general. En consideració a la idea inicial, ja esmentada, de la voluntat de preveure un règim o sistema de mínims¹²⁵ —«les dota d'un contingut mínim»—,¹²⁶ la llei deixa «un

120 Com diu el Preàmbul de la Llei 29/2002, de 30 de desembre, el codi «ha de tenir una estructura que permeti anar incorporant les noves regulacions o les modificacions de les ja existents sense que se'n senti greument la sistemàtica» (I, §3), com és el cas, «i que es combini la tècnica de la nova regulació de matèries fins ara insuficientment regulades en el nostre dret amb la de modificació i refosa de la regulació existent» (I, §4).

121 La llei consta d'un Preàmbul, dos articles —l'1 per la PT i el 2 per la PC—, tres disposicions addicionals i un disposició final d'entrada en vigor als 20 dies de la publicació. La propietat temporal s'ha inserit en un darrer capítol (el VIIè) del títol dedicat a la propietat (el IV), com una configuració concreta (a termini) d'aquest dret.

122 Preàmbul, I, §4: «Aquesta ordenació sistemàtica la determina la *naturalesa* de les institucions esmentades, ja que ... implica [la propietat compartida] una concurrència de titularitats» (la cursiva és nostra).

123 Preàmbul I, §3.

124 Conforme a allò previst a l'article 5 de la Llei 29/2002, de 30 de desembre. *Primera llei del Codi civil de Catalunya*.

125 *Vid.* apartat 4.3.

126 Preàmbul, I, §1.

ampli marge a l'autonomia privada, conforme al tradicional principi de llibertat civil (article 111-6 del Codi civil)»,¹²⁷ llevat d'allò que es refereix als elements tipificadors, que més endavant es referencien.

Així, per exemple, el règim jurídic (art. 556-3) serà el que el constituent o les parts hagin previst, juntament amb «les disposicions d'aquests capítol» relatives, sobretot, a les facultats i obligacions dels titulars de cadascuna de les dues posicions (bàsicament, arts. 556-6 a 556-10). Així mateix, la configuració del dret d'adquisició gradual — «requisits i condicions del seu exercici» (art. 556-4.2, b)—, veritable eix de la PC, es deixa a la llibertat dels constituent.

Només en defecte de previsió voluntària («en tot el que no») caldrà acudir a les normes de la comunitat ordinària indivisa i a les dels drets d'adquisició. L'article 556-10, en relació als drets de tanteig i retracte per l'alienació a títol onerosos de la quota de qualsevol dels (co)propietaris, remet a la regulació de l'article 552-4 en seu de comunitat ordinària, per davant d'allò previst en la seva seu sistemàtica (Capítol VIII del Títol VI del Llibre Cinquè); en canvi, pel que fa al dret d'adquisició gradual, caldrà acudir a la regulació del dret d'opció en aquella mateixa seu. En qualsevol cas, quan s'hagin d'aplicar les normes supletòries del règim que s'escaigui, caldrà adaptar-les a la idiosincrasia de la PC —«en allò en què hi siguin compatibles»—, i no pas al revés.

6. LA PROPIETAT COMPARTIDA

6.1. Presentació legal: aspectes subjectius, objectius i formals

Segons el propi Preàmbul de la Llei 19/2015,¹²⁸ la pretensió del text legal és la de delimitar l'estatut jurídic propi de la propietat temporal i de la propietat compartida, dotant-les d'un contingut específic que permeti diferenciar-les clarament dels drets reals en cosa aliena i dels drets de caràcter personal, amb l'objectiu tant de facilitar l'accés a la propietat —i també el manteniment de la titularitat— com de

¹²⁷ Preàmbul, I, §4.

¹²⁸ I, §1.

conferir la màxima estabilitat a la situació jurídica real de l'adquirent. El propòsit de la diferenciació dels drets reals limitats i de la facilitació de l'accés a la propietat anuncia, en realitat, el veritable anhel de la llei, és a dir, que l'adquirent —en el cas de la PC, el «propietari material»—¹²⁹ monopolitzi, a la pràctica i des de l'inici de la situació, amb independència del percentatge de quota inicial adquirida, les facultats del domini i s'atansi el màxim possible a l'estatus del propietari únic i ple, amb les limitacions mínimes i imprescindibles (ex art. 556-8, b), per exemple) derivades de la situació de comunitat creada.

La llei presenta la PC per mitjà de l'art. 556-1, dedicat al concepte, conforme al qual la propietat compartida confereix a un dels dos titulars, que rep el nom de «propietari material», una quota inicial del domini, i la possessió, l'ús i el gaudi exclusiu del bé i el dret d'adquirir, de manera gradual, la quota restant de l'altre titular, que rep el nom de «propietari formal» (art. 556-1.1);¹³⁰ la situació jurídica generada comporta, en qualsevol cas, l'exclusió de l'acció de divisió (art. 556-1.2). Aquest precepte ofereix un concepte prou descriptiu de les posicions jurídiques intervinents i de la situació de comunitat que, per bé que no s'explicita, és deduïda amb claredat.¹³¹

129 En el cas de la propietat temporal, el «propietari temporal».

130 La denominació dels dos titulars fou una qüestió que va preocupar i ocupar a la Comissió de Codificació ja que, en bona part, havia de reflectir la pròpia institució i, a l'ensens, el contingut de les respectives posicions jurídiques. El WP7 (*vid. nota 65*) anomenava «nou propietari» al material i «propietari original» al formal, en una visió associada a un determinat esquema d'adquisició de les respectives posicions, sense tenir en compte que l'«antic» propietari únic es pot constituir en «nou propietari» si en el negoci constitutiu de la PC es reserva aquesta posició; al seu torn, la Secció de Dret Reals intentà vincular les denominacions al contingut de les respectives posicions i els va atorgar, en la darrera sessió abans de lliurar l'encàrrec, de 19.12.2012, les denominacions de propietari «útil» —d'alguna manera, l'exemple del cens emfitèutic, conforme a la naturalesa de domini dividit, fou un element comparatiu important com, per altra banda, no amaga el mateix preàmbul de la llei (I, §8)— i propietari «formal», respectivament. Finalment, fou el Ple de la Comissió, en la seva reunió del 16.4.2013, ja en la X Legislatura, la que va canviar definitivament la denominació d'«útil» per la de «material».

131 Les quotes i l'exclusió de l'acció de divisió són dades ben reveladores de l'existència de la comunitat.

Des del punt de vista subjectiu, la PC només pot existir amb les dues posicions jurídiques¹³² del propietari material i del formal, cadascuna d'elles representada per una quota de participació —part alíquota— sobre el domini; òbviament, cada posició pot estar integrada per una o més persones. Al seu torn, el propietari material ha de ser titular d'una quota inicial, adquirida arran el negoci constitutiu de la PC (art. 556-4.2, a), mentre que el propietari formal en serà titular de la resta.

Pel que fa a l'objecte, ja s'ha dit que l'impuls legislatiu respon principalment a la crisi sobre l'habitatge i que, per tant, és lògic que aquest sigui l'objecte paradigmàtic de la PC; tanmateix, des d'aquesta constatació i conscients de que la norma s'inseria en el Codi civil —informat per les idees de generalitat i estabilitat—, no hi havia cap problema, ni tècnic ni pràctic, per estendre l'objecte cap a qualsevol immoble (ex art. 511-2.2) situat a Catalunya.¹³³ L'extensió cap als béns mobles¹³⁴ (ex art. 511-2.3), en canvi, topava amb un doble inconvenient:¹³⁵ d'una banda, els béns

132 La qual cosa determina la configuració jurídica dels drets d'hipoteca que es puguin constituir arran l'exercici del dret d'adquisició gradual de més quota de domini i el finançament d'aquestes noves adquisicions. En efecte, l'eventual execució hipotecària podria significar l'entrada d'un tercer titular de quota segons el tractament que hagi rebut la hipoteca de les quotes successivament adquirides: si són ampliacions de la hipoteca de la quota inicial —la qual cosa mantindria el nivell de garantia del (mateix) creditor—, l'execució hipotecària es resoldria amb un canvi de titular (propietari material) a favor de l'adjudicatari; en canvi, si la hipoteca de cada quota adquirida es considera independent —la qual cosa afavoriria el creditor, sobretot en el cas que fos o fossin diferents de l'inicial—, l'execució hipotecària de qualsevol de les quotes posteriors a la inicial pot comportar l'aparició de l'adjudicatari com un nou copropietari titular de la quota executada. Per tant, sembla que caldria apostar per la configuració de l'ampliació de la hipoteca per tal d'evitar la desnaturalització de la PC; de tota manera, no s'amaguen els inconvenients, teòrics i pràctics, de la solució apuntada.

133 Conforme a l'art. 10.1 CC, que consagra la regla de la *lex rei sitae*.

134 També que es trobin a Catalunya, segons el mateix principi, ex art. 10.1, 2 CC, incloent als automòbils i d'altres mitjans de transport per carretera; en canvi, respecte dels vaixells i aeronaus l'art. 10.2 CC introdueix com a criteri el del lloc de l'abanderament, matrícula o registre.

135 En la sessió del 13.11.2012, la Secció de Drets Reals es va plantejar per primer cop la possibilitat d'incloure els béns mobles com a objecte de la PC però no seria fins la sessió de 15.12.2013, gairebé al final de la primera fase de l'encàrrec que, després d'assegurar els mecanismes d'entitat i d'identificabilitat —no fungible i registrable—, fou acceptada sense cap problema, tant com a conseqüència de la voluntat d'establir una norma general, pròpia d'un Codi, com per guardar paral·lelisme amb l'objecte de la PT, que ja havia estat així determinat.

mobles fungibles (substituïbles) i consumibles i, per una altra, la garantia registral —present des d'un primer moment respecte de l'habitatge— amb què es volia dotar la situació jurídica real de l'adquirent: la solució fou la que consta a l'art. 556-2.1, és a dir, la fungibilitat i la consumibilitat¹³⁶ restaven excloses des del moment en què s'exigeix que el bé moble sigui «durador», és a dir, no efímer¹³⁷ —per consumible—,¹³⁸ i «no fungible» i, per tant, susceptible d'individualització i d'identificació, la qual cosa s'aconseguia per mitjà del seu accés a un registre públic,¹³⁹ amb els efectes corresponents, sobretot respecte de la seva publicitat.¹⁴⁰ La identificabilitat i no fungibilitat de l'objecte, aplicada sobretot als béns mobles, era una exigència atesa la configuració del dret d'adquisició gradual, que és un dret real d'opció i, com a tal, exigeix la identificabilitat del bé *ex art.* 568-3.1. Per

136 L'art. 337 CC confon ambdós conceptes, fent equivalent fungibilitat amb consumició de la cosa per l'ús. Sobre la diferència, *vid.* Carlos J. MALUQUER DE MOTES BERNET, “Capítulo 17. Los bienes y las relaciones entre las cosas”, a *Codificación, persona y negocio jurídico*, Carlos J. MALUQUER DE MOTES BERNET, Bosch, Barcelona, 2003, pp. 258-260.

137 Que sigui durador és una qüestió relativa, però sembla raonable posar en relació la durabilitat del bé amb la durada de la PC: així ho sosté BALLESTEROS, “Comentario al art. 556-2”, *op. cit.*, p. 795.

138 Des del punt de vista pràctic, BOSCH (*op. cit.*, p. 362) hi afegeix la nota de la no deteriorabilitat, associada a la pèrdua progressiva del seu valor, “*perquè aleshores no tindria gaire sentit exercir el dret d'adquisició sobre un bé que s'ha deteriorat*”, i posa l'exemple d'un vehicle; en tot cas, caldrà saber de quin tipus de vehicle es tracta i l'ús que se li vol donar i, per això, el requisit de la no fungibilitat i identificabilitat ajudarà a entendre si el seu eventual deteriorament desaconsella la situació de PC.

139 A més del Registre de la Propietat i Mercantil, cal assenyalar el Registre de Béns Mobles: *vid.* Disposición adicional tercera (*Registro de bienes muebles*) de la Ley 28/1998, de 13 de julio, de *Venta a Plazos de Bienes Muebles* (BOE núm. 167, de 14.7.1998) i, sobretot, la Disposición adicional única (*Creación del registro de bienes muebles*) del Real Decreto 1828/1999, de 3 de diciembre, por el que se aprueba el *Reglamento del Registro de Condiciones Generales de la Contratación* (BOE núm. 306, de 23.12.1999). Conforme a l'art. 6 de la Orden Ministerial de 19 de julio de 1999, por la que se aprueba la *Ordenanza para el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles* (BOE núm.172, de 20.7.1999), no són inscriptibles els actes o contractes sobre béns no identificables, tot afegint en el seu apartat 2 que «se considerarán bienes identificables todos aquellos en los que conste impresa la marca, modelo en su caso, y número de serie o fabricación de forma indeleble o inseparable en una o varias de sus partes fundamentales o que tengan alguna característica distintiva que excluya razonablemente su confusión con otros bienes. Tratándose de automóviles, camiones u otros vehículos susceptibles de matrícula, su identificación registral se efectuará por medio de aquella o del número de chasis».

140 Pensem, per exemple, en un automòbil, un vaixell, una aeronau, una obra d'art, maquinària industrial, títols valors, etc.; certament tots ells béns mobles que poden ser molt valuosos i susceptibles d'individualització.

últim, cal entendre que, malgrat no es digui expressament, no hi ha cap obstacle perquè la situació de PC recaigui sobre una “universalitat” o sobre un “conjunt” de béns que mantinguin una unitat econòmica o productiva sempre que, conforme als criteris de classificació de l’art. 511-2, la unitat tingui la consideració d’immoble o de moble registrable.

En relació als aspectes formals, la llei no exigeix cap forma específica per a la constitució de la propietat compartida. La forma haurà de concordar amb la naturalesa del negoci jurídic constitutiu,¹⁴¹ que és un negoci de disposició per mitjà del qual l’actual propietari¹⁴² cedeix o es reserva una quota de domini sobre un bé i que, quan es tracta d’un negoci entre vius¹⁴³ es regeix pel principi de llibertat de forma com a regla general,¹⁴⁴ mentre que té caràcter formal si es constitueix per causa de mort (art. 556-4.1). Ara bé, no hem d’oblidar que quan es constitueix una propietat compartida, a més de cedir una quota, s’està constituint una comunitat especial, i la regla general que segueix el CCCat és que per constituir aquest tipus de comunitats es requereix escriptura pública (arts. 553-9 i 554-4.2).¹⁴⁵ En qualsevol cas, si no es constitueix en escriptura pública pot sorgir un problema derivat del fet que per constituir un dret d’opció de naturalesa real —el dret d’adquisició gradual— sí que cal escriptura pública, d’acord amb l’art. 568-2.1. Sigui com sigui, la total garantia jurídica de les respectives posicions en la relació jurídica s’assoleix mitjançant l’accés del títol constitutiu al Registre de la Propietat —en el qual cas farà falta l’escriptura pública— o de Béns Mobles —pel que n’hi haurà prou amb un

141 BOSCH, *op. cit.*, p. 77.

142 Que pot ser també el propietari temporal, ex art. 556-2.2.

143 El cas habitual de constitució de la propietat compartida serà aquell en què el propietari originari ven la quota de la “propietat material” i es reserva la quota de la “propietat formal”. Aquesta figura ha sorgit bàsicament com una alternativa per a aquelles persones que desitgen ser propietàries, però que no disposen dels recursos suficients no ja per adquirir l’habitatge al comptat, sinó per obtenir el finançament necessari per dur a terme l’adquisició. Amb la propietat compartida, el comprador no adquireix inicialment tot el domini de l’immoble, sinó només una quota del mateix, amb la qual cosa augmenten les possibilitats d’obtenir finançament: és una adquisició econòmicament diferida en el temps.

144 En aquest sentit, GETE-ALONSO, *op. cit.*, p. 31; BOSCH, *op. cit.*, p. 77; BALLESTEROS, “Comentario al art. 556-4”, *op. cit.*, p. 809. El WP7 (*vid. nota 65*) preveia com a necessària l’escriptura pública, que fou descartada per la Secció de Drets Reals: la justificació de la no exigència de document públic per constituir una propietat compartida pot trobar-se en l’intent d’evitar despeses de constitució.

145 BOSCH, *ibídem*.

document privat en model oficial—,¹⁴⁶ tot i que la inscripció no és ni constitutiva ni obligatòria (art. 556-5.1 vs. art. 7 RH: «deberán»): en efecte, el «s'inscriu» en cap cas té un sentit imperatiu, sinó que la norma ha de ser interpretada a la llum del principi general de la voluntària inscriptibilitat dels drets reals.¹⁴⁷ En realitat, la veritable novetat de la norma sobre inscripció rau en l'art. 556-3, al preveure en quin foli s'ha de practicar la inscripció de la situació de la PC quan l'objecte sigui un immoble¹⁴⁸ —al de la finca matriu— i, sobretot, que el dret del propietari material obre foli registral independent el qual, per a la necessària coordinació, seguretat i publicitat, s'haurà de remetre al d'on consta la situació de la PC.¹⁴⁹

6.2. Els elements tipificadors de la situació jurídica real de la propietat compartida

Per conèixer quins són els «elements de tipificació»¹⁵⁰ de la PC, entesa aquesta com una situació jurídica real que neix com a conseqüència del títol

146 Conforme a l'art. 10 de la Orden Ministerial de 19 de julio de 1999 (*vid.* nota 138).

147 En el sentit que la inscripció és voluntària, BOSCH (*op. cit.*, p. 367), Héctor SIMÓN MORENO (“Comentario al art. 556-5. *Inscripción*”, *La propiedad compartida y la propiedad temporal (Ley 19/2015). Aspectos legales y económicos*, S. NASARRE (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 270) i GETE-ALONSO (*op. cit.*, p.31).

148 Sembla que el mateix criteri s'hauria d'aplicar als béns mobles: així ho defensa BALLESTEROS, “Comentario al art. 556-5”, *op. cit.*, p. 812.

149 Les hipotètiques deficiències d'aquest sistema de foli plural han estat posades de relleu per BALLESTEROS (“Comentario al art. 555-5”, *op. cit.*, p. 813), a l'entendre que es trenca, sense raó suficient, el principi de que “*a cada finca se le abrirá un único folio en que constará todas las titularidades que le afecten*”, perquè al de la finca matriu hi constaran totes les titularitats anteriors a la constitució de la PC, i al de la propietat material, quan s'hagi extingit arran l'adquisició de totes les quotes, hi constaran totes les titularitats posteriors; l'alternativa que proposa és doble: l'obertura de dos folis independents —un per a la propietat formal i un altre per a la material— amb la previsió de que ambdós es tancaran quan s'extingeixi la PC, traslladant-se aleshores totes les titularitats al foli de la finca matriu, o bé, contràriament a la solució legal, obrir foli per a la propietat formal, que és la destinada a extingir-se en favor de la material. En aquest segon cas, però, entenem que el mateix problema denunciat pot romandre si no s'arriba a extingir la PC per adquisició del 100% de les quotes, atès que no existeix l'obligació en aquest sentit: *vid.* l'apartat 6.2.2.

150 Com els anomena el Preàmbul (I, §4). Com diu GETE-ALONSO (*op. cit.*, p. 21), “*la novedad de la norma catalana radica no en crear la propiedad temporal y la propiedad compartida, sino en hacerlas visibles a través de la tipificación, pues hasta el momento se presentaban como pactos contractuales o formaban parte de otras figuras jurídicas que comportaban poderes jurídicos reales*”.

constitutiú, cal acudir precisament a l'article 556-4 que regula la constitució, en el que els apartats 2 i 3 indiquen les «circumstàncies» imprescindibles que aquell títol ha de contenir i que coincideixen, pràcticament, amb els elements que ajuden a configurar i distingir la PC. Cal diferenciar entre els que tenen caràcter essencial —*sine qua non*— i els que tenen caràcter contingent, per bé que en són propis també per a identificar i diferenciar la PC d'altres institucions amb perfils similars. De fet, si el títol de constitució no reuneix algun dels elements tipificadors essencials, tal com estan configurats en la llei, estarem en presència d'una figura atípica, que pot ser semblant a la PC però que no ho serà pròpiament, encara que s'hi puguin aplicar analògicament algunes de les seves regles.

Així, els essencials són la quota inicial del propietari material (art. 556-4.2, a), el dret d'adquisició gradual (art. 556-4.3) i el termini (art. 556-4.3); cap d'aquests elements no poden ser preterits si es vol inserir el resultat del negoci constituent —la PC— en el marc regulador de la Llei 19/2015. L'element tipificador de la “contraprestació” (art. 556-4.2, c), en canvi, és contingent i, per tant, prescindible.

6.2.1. La quota inicial

La PC esdevé a partir de la segregació d'una quota del domini que és precisament la que confereix al seu titular, el propietari material, el desplegament de les facultats dominicals sobre el bé: aquesta quota rep el nom de «quota inicial».¹⁵¹ Res es diu preceptivament al voltant del seu percentatge, que «es deixa a la voluntat de les parts»,¹⁵² tot i que en un plantejament ideal sobre l'adquisició de l'habitatge, i per tal d'evitar un eventual sobreendeutament, hom creu que el propietari material hauria de partir d'un 25% de quota,¹⁵³ distribuït entre «un

151 Preàmbul, I, §2 i II, §3. Des d'una perspectiva dinàmica, l'art. 556-4.2, a) utilitza l'expressió equivalent de «quota inicialment adquirida».

152 Preàmbul, II, §4.

153 Que va estar a punt de traslladar-se al contingut normatiu de la PC, de manera associada a l'obligatorietat de que les quotes successivament adquirides, a manca de pacte, no poguessin ser inferiors al 10% (ex art. 556-4.2, b); el WP7 (*vid.* nota 65) ja ho preveia entre els deures del «nou propietari» i en aquesta hipòtesi va treballar la Secció de Drets Reals fins que, en la sessió de 21.11.2012, va considerar que, conforme a la disponibilitat del règim, no s'havia de fixar preceptivament cap mínim inicial i que, en el seu cas, es podia suggerir un pla ideal d'adquisició, que partís d'una quota inicial determinada, en el preàmbul de la llei, com així va resultar finalment.

5% de domini adquirit amb capital propi del propietari material» i «un 20% de domini que el propietari material adquireix amb finançament hipotecari».¹⁵⁴

Sembla possible que la segregació de la quota inicial no comporti la seva alienació, com ara si es parteix d'una situació prèvia de comunitat ordinària i cada comuner s'atribueix la condició de propietari formal o material; tampoc hi ha alienació en el cas que el propietari únic constitueixi la PC —a imatge del que succeeix amb la propietat horitzontal, ex art. 553-8.1—, l'operativitat de la qual estaria suspensivament condicionada a l'aparició d'un tercer adquirent de la quota inicial; en qualsevol cas,¹⁵⁵ però, caldrà observar l'exigència de dues úniques posicions jurídiques possibles.

6.2.2. *El dret d'adquisició gradual*

És «consustancial a aquesta figura»,¹⁵⁶ i constitueix l'element més emblemàtic entre tots els que identifiquen la PC, el dret del propietari material a adquirir gradualment més quota de domini sobre el bé [(arts. 556-1.1; 556-4.2, b); 556-6.1, c); 556-11.1, d)], segons un probable esquema preestablert amb el finançador i/o amb el venedor —que pot ser també el promotor en el cas de l'habitatge— [art. 556-4.2, b): “condicions del seu exercici”; art. 556-6.1, c): “en la forma establerta en el títol de constitució”)]. El règim de la propietat compartida permet, així, l'adquisició progressiva de la (total) propietat, que és la finalitat naturalment prevista d'aquesta forma de propietat, és a dir, l'extinció per adquisició: a partir d'una inversió inicial accessible per a adquirir la quota inicial de domini, el propietari material adquireix

154 Preàmbul, II, §4. Partint de l'experiència comparada en relació a l'habitatge, aquest model estàndard (o ideal) de la propietat compartida preveu que el venedor —propietari formal— retengui el 75% restant amb la idea i objectiu de que el propietari material el vagi adquirint progressivament. Com explica SIMÓN (“Comentario al art. 556-4. *Constitución*”, *La propiedad compartida y la propiedad temporal ...*, cit., p. 251), aquest model es basa en la *shared ownership* anglesa, tal com es pot comprovar a la guia *Shared Ownership. Joint guidance for England* (vid. nota 78), a la pàg. 6 de la qual es pot llegir que “[t]he purchaser will buy an initial share of the property of between 25% and 75%, the size of shared is determined by the purchaser's ability to afford and sustain the purchase” (www.cml.org.uk/policy/guidance/all/shared-ownership-joint-guidance-for-england/).

155 A favor d'aquestes possibilitats, BALLESTEROS, “Comentario al art. 556-4”, *op. cit.*, p. 805.

156 Preàmbul, II, §5.

progressivament tota la quota restant del propietari formal mitjançant l'exercici gradual del dret.

El «dret d'adquisició gradual» permet diferenciar dos sentits de “quota” o dues quotes diferents en la PC: d'una banda, la quota de la comunitat o “quota comunitària”, és a dir, la part alíquota (o percentatge) de titularitat dominical i, d'una altra, la quota com a objecte del dret gradual d'adquisició, és a dir, cadascuna de les quotes adquiribles.

El dret d'adquisició gradual, l'exercici del qual és «inherent a la institució» de la PC,¹⁵⁷ es configura com una “facultat” del propietari material (ex art. 556-6.1, c) i participa de la naturalesa d'un dret d'opció (de compra) de caràcter real, de manera que és a les mans del propietari material la decisió d'adquirir o no la quota del propietari formal; el propietari material, per tant, no té l'obligació d'adquirir segons la llei, no està sotmès al poder jurídic real del propietari formal per a adquirir més quotes,¹⁵⁸ sinó que té el dret d'adquirir-les: de fet, l'art. 556-6.1, quan enumera les facultats del propietari material, estableix en la lletra c) la d'«adquirir més quota de manera gradual, d'acord amb el que estableix el títol de constitució». Ara bé, tot i que la llei no el configura com exigible, la manca d'exercici no és innòcua, sinó que condueix a una de les seves regles més peculiars. Efectivament, el no exercici de qualsevol dels drets d'adquisició gradual extingeix la PC si no hi ha pacte en contra (art. 556-11.1, d), amb la conseqüència de que «el bé afectat passa a la situació de comunitat ordinària indivisa» (art. 556-11.3), tot desapareixent, per tant, el règim al que estava sotmès.¹⁵⁹ Tanmateix, la norma afegeix que «[e]n aquest cas, qui ha estat propietari formal pot exigir

157 Preàmbul, II, §3.

158 No figura pas en l'enumeració d'obligacions de l'art. 556-7 CCCat.; per tant, el propietari formal no pot obligar el propietari material a portar a terme l'adquisició per a la pervivència de la PC. Una altra cosa és que, del títol constitutiu —paradigmàticament, del contracte de compravenda— sorgeixin relacions de naturalesa personal i, per tant, drets de crèdit i les obligacions correlatives, arran els pactes i condicions de l'exercici del dret d'adquisició gradual que, en cas d'incompliment, hauran de comportar les conseqüències previstes i, entre elles, probablement la indemnització corresponent per incompliment.

159 Bàsicament, cessa el dret d'adquisició gradual de l'antic propietari material, l'eventual de la contraprestació dinerària del propietari formal, tots dos copropietaris podran posseir, usar i gaudir del bé i, per últim, podran extingir la comunitat exercint l'acció de divisió.

l'adjudicació de la totalitat del bé objecte de la comunitat pagant en metàl·lic el 80 % del valor pericial, en el moment d'exigir l'adjudicació, de la participació de qui ha estat propietari material» (art. 556-11.3). Per tant, encara que la situació ja és de comunitat ordinària indivisa, el procediment de divisió que preveu l'art. 552-11 pot ser alterat de manera substancial a voluntat de qui fou propietari formal evitant, per exemple, l'adjudicació del bé al cotitular àmpliament majoritari (4/5 parts) si aquest ho exigeix (art. 552-11.4). Aquesta prerrogativa s'explica a partir de considerar la regla com una mena de sanció a qui fou propietari material per l'incompliment del programa pactat d'adquisició: la inexigibilitat d'exercir el dret gradual d'adquisició ve compensada a partir de la inversió de les "posicions" vigents durant la PC,¹⁶⁰ beneficiant ara a qui ha estat propietari formal al facilitar-li la divisió i l'adjudicació del bé estalviant-se un 20 % del valor de la quota de qui fou el propietari material.¹⁶¹ No obstant, la regla també pot ser vista en sentit positiu, com un incentiu al propietari material per a que, exercint el dret d'adquisició gradual i complint amb el programa pactat, arribi a complir l'objectiu inicial d'esdevenir l'únic propietari, davant la possibilitat de perdre un 20 % del valor de la seva quota.¹⁶² Aquesta mateixa regla peculiar també s'aplica quan la PC s'extingeix per «venciment del termini de durada» (art. 556-11.1, c) i 556-11.3) i, per tant, no haver-se completat l'adquisició del «total de la propietat».¹⁶³

Igualment que per a la quota mínima inicial, també es deixa a la voluntat de les parts —o del constituent— la configuració del dret d'adquisició gradual en el títol constitutiu en el que, segons l'art. 556-4.2, b), hi ha de figurar de manera expressa juntament amb

160 Sobreententent que durant la situació de PC, la llei propendeix a reflectir una posició desequilibrada a favor del propietari material, sobretot des d'una perspectiva de comunitat ordinària.

161 Tot el qual no amaga que, en contextos de crisi immobiliària com els viscuts molt recentment, amb una forta depreciació dels preus de l'habitatge, aquesta solució pugui acabar afavorint exclusivament al propietari material que ja ha adquirit un percentatge ben majoritari de quota del domini: davant la depreciació, pot deixar de pagar, exercitar l'acció de divisió i fer una oferta d'adquisició al propietari formal (promotor o entitat financera) a la baixa de tota la seva quota, ja que el nou preu seria més avantatjós que la suma dels imports de les quotes pendents d'adquirir, veient-se potser el propietari formal en la circumstància d'haver de vendre.

162 BALLESTEROS, "Comentario al art. 556-11", *op. cit.*, p. 833.

163 L'expressió es manlleua de l'art. 556-4.2, b), *in fine*.

«els requisits i les condicions del seu exercici» com, per exemple, els terminis d'exercici, el nombre de quotes, el percentatge i el preu de cadascuna d'elles, les condicions de pagament, la possibilitat d'exercir-lo unilateralment, etc.; una planificació o esquema d'adquisició del 100% és l'aconsellable per a la seguretat de les respectives posicions, sens perjudici de que, en el seu cas i davant de qualsevol eventualitat prevista o no, pugui ser renegociat en virtut de la llibertat de pacte. En canvi, a diferència de la quota inicial, per a la que la llei no establia cap mínim ni cap màxim, per a les quotes restants sí que preveu que, a manca d'establiment voluntari, han de representar un percentatge mínim: «les quotes successivament adquirides no poden ser inferiors al 10% del total de la propietat» (art. 556-4.2, b). De fet, en relació als habitatges i tenint en compte l'experiència comparada, s'està pensant idealment en un pla tipus — que, en tot cas, és flexible: dependrà primer de la voluntat del o dels constituents—, pel qual, a partir de l'adquisició d'una quota inicial del 25% de la manera ja vista, el 75% restant, que roman en mans del propietari formal, s'adquireix gradualment amb el mínim ja esmentat d'un 10% cada cop que s'exercita el dret d'adquisició gradual.¹⁶⁴ Per bé que la hipòtesi habitual inclourà una contraprestació pecuniària per cada adquisició de quota (art. 556-7, a): «pagar el preu d'adquisició de les quotes»), el preu no és inexcusable ja que el propi precepte afegeix un «si escau», que és ben explícit entorn a la possibilitat de la gratuïtat de l'adquisició, bé de totes, be d'algunes quotes successives.

La configuració del dret d'adquisició gradual com un dret real d'opció de compra fa que, a manca de previsió en el títol constitutiu, se li hagin d'aplicar les regles del Codi (arts. 568-1 a 568-12) «en allò que siguin compatibles» (art. 556-3); aquesta prevenció desactiva l'eventual problema en relació a l'exigència d'onerositat pròpia del dret d'opció¹⁶⁵ i, per contra, facilita la compatibilitat de la regla que permet que la contraprestació per l'adquisició de quota no sigui dinerària, *ex* art. 568-6, b).

La progressivitat en l'adquisició de la total propietat per mitja de diversos exercicis del dret (art. 556-4.2, b): «quotes successivament

¹⁶⁴ Preàmbul, II, §4.

¹⁶⁵ Aquesta qüestió mena a BALLESTEROS a recelar d'identificar al dret d'adquisició gradual com un dret real d'opció: «no es exactamente un derecho de opción de compra»; «es más exacto decir que es análogo al derecho de opción» (“Comentario al art. 556-4”, *op. cit.*, pp. 807 i 817, respectivament).

adquirides») és la hipòtesi de partida de la llei, però res impedeix que el dret d'adquisició gradual s'exhaureixi en un únic exercici posterior a la quota inicial. Al seu torn, també és possible el pacte pel qual el propietari material, en lloc d'anar adquirint quota, es lliura gradualment de la seva, que és adquirida necessàriament pel propietari formal —dret d'opció de venda—, per tal d'obtenir així liquidesa¹⁶⁶ en un moment o durant una època determinada: és el que es coneix com *starcaising down*;¹⁶⁷ aquest procés invers, però, no pot establir-se a canvi de prescindir del dret d'adquisició gradual atribuït al propietari material, sense el qual no pot existir la situació de PC: en el seu cas, hauran de coexistir els dos drets.

6.2.3. La durada

La durada del PC no té segurament la transcendència configuradora que té el termini a la PT (ex art. 547-1),¹⁶⁸ però n'és un element essencial¹⁶⁹ ja que en cap cas es pot establir la PC sense una durada determinada (art. 556-4.3), que habitualment serà la prevista en un probable pla d'adquisició per a que el propietari material assoleixi la plena propietat mitjançant l'exercici del darrer dret d'adquisició gradual. Que la durada té aquesta condició configuradora de la PC ho demostra que vençut el «termini de durada», la PC s'extingirà (ex art. 556-11.1, c). Contràriament a la PT (art. 547-4.3), no s'estableix cap diferenciació en la durada segons la naturalesa del bé sotmès a PC. L'art. 556-4.3 preveu fins a tres possibles terminis.

En primer lloc, un termini màxim de durada de la PC de 99 anys¹⁷⁰ («la durada de la propietat compartida ... no pot superar els

166 Preàmbul, II, §5.

167 Núria LAMBEA LLOP, "Comentario al artículo 556-1", *La propiedad compartida y la propiedad temporal (Ley 19/2015). Aspectos legales y económicos*, S. NASARRE (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 226.

168 «El termini ... és l'element de tipificació d'aquesta propietat» (Preàmbul, II, §2).

169 Com diu BALLESTEROS ("Comentario al art. 556-4", *op. cit.*, p. 809), és "*un régimen de comunidad esencialmente temporal*" (el destacat és nostre).

170 En el si de la Secció de Drets Reals, el debat sobre el termini màxim de la PT es va estendre també entorn la PC. Cal dir que una postura defensava que la PC havia de ser indefinida en el temps —sense termini— o, si més no, que aquest havia de ser molt ampli (300 anys); el consens entorn els 99 anys de termini màxim no es va aconseguir fins les darreres sessions a Món Sant Benet, després d'intensos debats numèricament desequilibrats pel que fa a cadascuna de les dues postures.

noranta-nou anys»). Cal dir que aquest termini s'entén més que suficient per a complir l'objectiu econòmic jurídic previst, és a dir, l'adquisició —i la correlativa transmissió— de la completa propietat;¹⁷¹ a més, responent a una «tradicció jurídica catalana, comuna amb el sistemes jurídics continentals»,¹⁷² concorda amb d'altres terminis màxims previstos en la durada d'alguns drets reals que guarden certa similitud amb la PC arran les funcions econòmiques respectives¹⁷³ i que necessiten estabilitat temporal per a la seva operativitat, com és el cas de l'usdefruit (art. 561-3.4), dels drets d'aprofitament parcial (art. 563-2.4), del dret de superfície (art. 564-3.2, a), i de la mateixa propietat temporal (art. 547-4.3, *in fine*).

En segon lloc, el previst com a habitual per la llei, que és el de 30 anys i que es presenta com la regla general que només pot ser alterada per la voluntat de les parts i que, per tant, serà el termini de la PC en el cas que les parts no n'hagin establert expressament. Aquest termini també concorda amb d'altres establerts per la llei en cas de silenci del títol constitutiu —assolint, així, també certa estandardització— i en relació a distints drets reals com, per exemple, l'usdefruit (art. 561-3.4), els drets d'aprofitament parcial (art. 563-2.3) i el dret de vol (en aquest cas, com a termini màxim d'exercici: art. 567-2.1. El termini legal supletori de trenta anys també respon a una raó de tipus funcional vinculada al préstec hipotecari concedit per a l'adquisició de l'habitatge, la durada d'amortització del qual és la mateixa.¹⁷⁴

171 En paraules del Preàmbul (II, §2), tot i que dedicades a la PT, s'entén que 99 anys és «un termini prou ampli per a satisfer les necessitats dels adquirents i donar flexibilitat al mercat»; això ha estat criticat pensant, sobretot, en l'Administració o les empreses atesa la seva vocació de perdurabilitat en el temps (ΣΙΜÓN, “Comentario al art. 556-4. Constitución”, *La propiedad compartida y la propiedad temporal ...*, cit., p. 265).

172 Preàmbul, II, §2.

173 Des d'aquesta perspectiva es pot considerar al termini de 99 anys com un estàndard de llarga durada o, fins i tot, equivalent a durada indefinida del dret real o de la situació jurídica real.

174 L'art. 5, 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de *regulación del mercado hipotecario* (BOE núm. 90, de 15.4.1981), modificat per la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de *medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social* (BOE núm. 116, de 15.5.2013), disposa que «[e]l plazo de amortización del préstamo o crédito garantizado, cuando financie la adquisición, construcción o rehabilitación de la vivienda habitual, no podrá exceder de treinta años».

Per últim, el termini establert voluntàriament: quan intervingui la voluntat en la seva determinació, el termini serà habitualment el que acordin ambdues parts negocials en el títol constituent — que és la circumstància prevista pel precepte—, però també pot resultar determinat pel constituent únic de la PC en el cas de negoci unilateral, com ara un de per causa de mort (testament). La voluntat es presenta en el text com una excepció a la regla general dels 30 anys («llevat que les parts fixin un termini diferent») quan, en realitat, és el criteri prioritari: sempre que no excedeixi del màxim previst de 99 anys, es pot establir el termini que es consideri necessari atès que, al contrari que en la PT (art. 547-4.3), no existeix una durada mínima preceptiva: la durada normalment haurà de tenir en compte tant el preu com la naturalesa del bé. També serà establerta, encara que no es faci de manera explícita, quan en el títol constitutiu hi figuri el pla d'adquisició amb els respectius terminis i condicions d'exercici dels diversos drets d'adquisició gradual, l'últim dels quals coincidirà amb el venciment del termini de la PC,¹⁷⁵ perquè la regla general és que la PC dura el que dura el pla d'adquisició.

En qualsevol cas, si s'ha establert una propietat compartida sobre un bé en règim de propietat temporal (ex art. 556-2.2), la durada d'aquella trobarà el seu límit en el termini d'aquesta.

Diferent de la durada de la PC és el termini d'exercici de cada dret d'adquisició gradual sobre la quota corresponent que, en no tenir-ne cap de previst legalment, haurà de ser el títol de constitució el que ho prevegi (art. 556-4.2, b): «requisits i condicions del seu exercici»), juntament amb el pla o esquema d'adquisició programat.

6.2.4. La contraprestació dinerària

L'art. 556-4.2, c) preveu que el títol de constitució ha de contenir la «contraprestació dinerària», la satisfacció de la qual l'art. 556-7, b) inclou entre les obligacions del propietari material front al propietari formal. La seva concurrència, en ser-ne un element propi, ajuda a distingir i configurar la institució de la PC però, al contrari dels vistos fins ara, aquest té caràcter contingent: efectivament, la pròpia

¹⁷⁵ En aquest sentit, BOSCH (*op. cit.*, p. 366, nota 43), que afegeix la hipòtesi de que, en el cas que el pla d'adquisició no preveïés la transmissió del 100% —eventualitat, d'entrada, contrària a la finalitat de la PC— s'imposaria el termini defectiu dels 30 anys.

dicció de l'art. 556-4.2, c) incorpora l'expressió «si n'hi ha» —de contraprestació—, per a revelar que la seva presència no és necessària per a l'existència de la situació de PC.¹⁷⁶ El mateix text il·lustra, a més, sobre la causa de la contraprestació: «per a l'exercici en exclusiva de les facultats dominicals atribuïdes sobre el bé», és a dir, posseir-lo, usar-lo i gaudir-ne de forma plena, exclusiva i excoent respecte del propietari formal, que són les facultats que integren el domini (art. 541-1.1), a més de la de disposició del bé, de la que n'està privat el propietari material, ex art. 556-6.1, a): des d'aquesta perspectiva, la contraprestació és una mena de “compensació” per l'exclusió de l'exercici de les facultats a que tindria dret el propietari formal per raó de la cotitularitat, ex art. 552-1.2; cal entendre, però, que la manca de contraprestació no dóna dret al propietari formal a exercir aquestes facultats en cap mesura. No obstant, si tal com el Preàmbul preveu, «res no impedeix que la contraprestació dinerària s'imputi al preu d'adquisició de les successives quotes sobre l'immoble» o l'objecte que sigui, a més d'abaratir-se el conjunt de prestacions dineràries a càrrec del propietari material —amb un sol pagament s'obté la satisfacció de dues finalitats, una immediata (ús) i una altra diferida (quota)— la contraprestació trobarà la seva causa també¹⁷⁷ en la quota adquirida parcialment o totalment via imputació.

Encara que la contraprestació és contingent, «si n'hi ha» no es pot disposar del seu objecte: en el text de la llei l'adjectiu «dinerària» l'acompanya pràcticament sempre¹⁷⁸ (Preàmbul, II, §§3 i 5; arts. 556-4.2, c); 556-6.2; 556-7, b); 556-9. 2 i 3 i rúbrica), en una clara manifestació de que la prestació no es concep d'una altra manera que pecuniària.¹⁷⁹

176 Des del WP7 (*vid.* nota 65), la contraprestació dinerària es va configurar com un element essencial més de la PC; no fou fins al final de la primera etapa del treball de la Secció de Drets Reals, a les sessions a Món Sant Benet (*vid.* nota 67), que es va considerar que la titularitat de la propietat material no havia de comportar imperativament un sacrifici econòmic per la monopolització de les facultats del domini. NASARRE (“Conclusiones”, *op. cit.*, p. 674) advoca perquè la contraprestació passi a ser imperativa, sense perjudici de que el propietari formal hi pugui renunciar posteriorment.

177 No només, com sembla defensar BALLESTEROS, “Comentario al art. 556-4”, *op. cit.*, p. 809.

178 Solament s'obvia a l'art. 556-9.1, per una qüestió purament d'estil.

179 BALLESTEROS (“Comentario al art. 556-4”, *op. cit.*, p. 808) entén que es pot pactar una contraprestació d'un altre tipus, com ara una participació en els fruits naturals de la cosa (collites, per exemple).

Malgrat la similitud que hi pugui tenir en virtut de la naturalesa dinerària i del seu fonament —tal com ho demostren els arts. 71.3 LHab. i 54.3 Decret 75/2014¹⁸⁰ en relació a la bonificació o ajuts a l'habitatge protegit—, la contraprestació no es pot qualificar pas de “renda”¹⁸¹ perquè no deriva de cap relació obligatòria.¹⁸²

L'import de la contraprestació està subjecte al propi esdevenidor del programa d'adquisició, ja que com preveu l'art. 556-4.2, c), el títol constitutiu ha de contenir i preveure «la seva actualització i els criteris per a determinar-la a mesura que s'exerceixi el dret d'adquisició gradual». En efecte, la contraprestació tindrà sentit satisfer-la mentre el propietari material no hagi adquirit la total propietat i la seva quantia serà inversament proporcional al percentatge de la seva quota: la contraprestació decreixerà a mesura que el propietari material vagi incrementant la seva quota del dret de propietat (art. 556-7, b): «l'import de la qual, si no hi ha pacte, disminueix proporcionalment amb l'adquisició de més quota».¹⁸³ Una de les diferències amb les prestacions d'origen purament obligacional és que el pagament de la contraprestació corresponent a l'any en curs i als dos anys immediatament anteriors, està garantit amb una afeció real de la quota de domini del seu deutor —el propietari material— i, a més, el crèdit del propietari formal té preferència de cobrament sobre la quota

180 Que reproduïm en el que ara exclusivament interessa, per a major comoditat del lector:

- Art. 71.3 LHab: «3. A la part de l'habitatge no transmesa es poden aplicar els corresponents ajuts protegits per al lloguer, segons el que estableixin les disposicions reguladores dels ajuts per a aquestes tipologies d'habitatge».
- Art. 54.3 Decret: «3. En el cas de la propietat compartida, el propietari de la part no transmesa podrà aplicar una contraprestació econòmica per aquesta part. Aquesta contraprestació es calcularà aplicant a la renda màxima que li correspondria com a habitatge amb protecció oficial, aplicable per la totalitat de l'habitatge, el percentatge corresponent a la part no transmesa. ... / ...».

181 En aquest sentit, GETE-ALONSO, *op. cit.*, p. 29.

182 Amb la conseqüència de que si el bé és un habitatge, no es pot aplicar la legislació sobre arrendaments urbans.

183 Ho explica també el Preàmbul (II, §5), al dir que el propietari material «a mesura que n'adquireixi més [de quota de domini], anirà també reduint progressivament la quantitat que satisfà com a contraprestació dinerària, perquè llavors serà titular d'una quota major de domini sobre l'immoble».

amb la prelació que s'escaigui: és una prerrogativa pròpia d'alguns crèdits que neixen de situacions de naturalesa real.¹⁸⁴

Per últim, la contraprestació dinerària és la prova de que el propietari formal també pot gaudir del bé conforme a la seva quota de domini i, per tant, contradiu la rotunditat de l'art. 556-6.1, a), ja que no d'una altra forma que de gaudi es pot qualificar l'obtenció de diners a canvi de l'ús en exclusiva del bé pel propietari material.

6.3. El contingut de la llei: la tensió entre la situació de comunitat i la posició jurídica assimilada a la titularitat exclusiva del propietari material

La propietat compartida és, sobretot, una «situació de comunitat» en tant que concurrència de titularitats sobre el dret de propietat —copropietat— i conforme aquesta naturalesa¹⁸⁵ està situada sistemàticament al Codi civil; de manera conseqüent, l'art. 556-3 declara l'aplicabilitat supletòria de les seves normes relatives a la comunitat ordinària indivisa, que és la consideració que li escau.¹⁸⁶ En efecte, la constitució de la propietat compartida exigeix, com hem vist, l'adquisició d'una quota inicial (art. 556-4.2, a) per part del propietari material la qual, juntament amb la quota per la resta del propietari formal, donarà lloc a la situació de comunitat per quotes (art. 551-1.1): hi ha un sol dret de propietat sobre un bé i dos posicions jurídiques o (co) titularitats,¹⁸⁷ representades cadascuna per una quota que equival a una part alíquota del domini i que expressa el dret individual de cada titular en la comunitat (art. 552-1.1: «tants drets com titulars hi ha»); seguint la regla general, aquest dret pot ser objecte de transmissió tant *inter vivos*

184 Anàlogament al que succeeix, per exemple, amb els deutes del propietari per les despeses comunes en règim de propietat horitzontal, ex art. 553-5.1.

185 Preàmbul, I, §4. De fet, avançat ja el debat del text preliminar i arran la reunió de 4 de juny de 2013 de l'Observatori de Dret Privat de Catalunya, el vocal Miquel ROCA JUNYENT (*vid.* nota 112) va fer notar que de la frase del preàmbul «*tot i no ser pròpiament una comunitat, implica una concurrència de titularitats*» (I, §4), convenia suprimir la primera part (ara en cursiva) —com així es va fer—, perquè l'existència de quotes i la concurrència de titularitats no admetien altra configuració de la PC que la d'una comunitat.

186 Preàmbul, I, §8: «ja que es considera una comunitat indivisa».

187 Malgrat l'art. 556-1.1 parli de «dos titulars», probablement per evitar recels i presentar la figura el més pròxima possible a la d'un únic titular del dret de propietat, representat per qui ocupa la titularitat material.

com *mortis causa* i també de disposició per qualsevol títol —onerós o gratuït— (arts. 556-6.1, b) i 556-8, a),¹⁸⁸ en relació amb l'art. 552-3.1) amb l'atribució, en cas d'alienació onerosa, del dret de tanteig i retracte corresponent¹⁸⁹ (art. 556-10, que es remet expressament a l'art. 552-4): fins aquí, doncs, cap particularitat en relació a la comunitat indivisa.

Aquesta comunitat, però, és especial¹⁹⁰ perquè s'allunya de l'«ordinària indivisa» principalment en què, i) les (co)titularitats estan limitades únicament a dues, representades per les posicions jurídiques (quotes) del propietari material i del propietari formal (art. 556-1.1: «un dels dos titulars»); ii) comporta l'exclusió en absolut de l'acció de divisió (art. 556-1.2) —*rectius*, de la facultat de demanar-la, *ex* art. 552-10)— i, per tant, la comunitat no resta sotmesa a cap eventual termini d'indivisió (*ex* art. 552-10.2);¹⁹¹ iii) atribueix al propietari material, des del començament de la situació de comunitat i amb independència del percentatge de quota adquirida, les facultats dominicals de la possessió, l'ús, i el gaudi del bé «de forma plena i

188 La locució «hipotecar i sotmetre a qualsevol altre gravamen» dels articles referits és volgutament redundat, per a destacar la hipotecabilitat de la quota, sobretot la del propietari material de cara a facilitar la garantia d'un eventual finançament per a l'adquisició de més quota.

189 Que, conforme a l'art. 556-5.3, *in fine*, s'ha de fer constar en la inscripció del títol de constitució en el Registre corresponent, llevat que «s'hagi pactat altrament» (*ex* art. 556-10).

190 La interpretació segons l'element gramatical ens proporciona arguments afegits als substancials per a confirmar l'especialitat de la situació de comunitat de la PC en contraposició a l'ordinària, tal com apareix a l'art. 556-11.3 («Un cop extingida la propietat compartida ... passa a situació de comunitat ordinària»), també, a l'art. 556-11.1, e) («La propietat compartida s'extingeix per les causes següents: .../... e) La conversió en un règim de comunitat ordinària o especial»). Pot sorprendre l'al·legació d'aquest darrer precepte ja que, per a contraposar-ho a ordinària caldria que, per exemple, acabés dient "... o en un altre d'especial"; l'explicació cal trobar-la en què, a l'inici dels treballs preparatoris, l'esforç anava dirigit a evitar el concepte de comunitat a l'hora d'identificar la situació de PC i, per contra, a ressaltar la posició del propietari material assimilada a la del propietari únic: per això, la primera redacció d'aquest precepte deia, senzillament, que la PC s'extingia per "la conversió en un règim de comunitat", com si la PC no la impliqués; finalment, però, la lògica es va imposar, tot i que l'afegit "o en un altre" hagués beneficiat a l'argument de l'especialitat.

191 L'exclusió de l'acció de divisió és una nota d'especialitat, com ho demostra també l'art. 553-1.4 per a la propietat horitzontal; vegeu l'art. 552-9, a) i arts. 552-10 a 552-12 per a la comunitat ordinària.

exclusiva» (art. 556-6.1, a)¹⁹² i excloent,¹⁹³ normalment a canvi d'una contraprestació dinerària; i iv) és inherent a la posició jurídica del propietari material la titularitat d'un dret real d'opció sobre la quota del propietari formal que li permet adquirir-la gradualment fins assolir el total de la propietat; aquestes dues darreres especialitats són les que caracteritzen de manera més evident la situació de comunitat en què consisteix la PC.

Doncs bé, el tenor de la llei s'explica, en bona part, a partir de la tensió que existeix entre la situació de comunitat i el contingut de la posició del (co)propietari material, en contrast amb el de la del formal. Per bé que entra dintre dels esquemes generals de les situacions de comunitat que els copropietaris organitzin l'ús i el gaudi del bé de la manera que tinguin per convenient, ex art. 552-7,¹⁹⁴ és la llei en aquest cas la que pretén assimilar el propietari material —habitualment, l'adquirent— al propietari únic i exclusiu al concedir-li la monopolització de «gairebé totes les facultats dominicals»¹⁹⁵ durant la vigència tendencialment transitòria de la comunitat, és a dir, fins que no adquireixi la totalitat de les quotes: s'allunya així de la figura habitual del copropietari pro indivís i de les limitacions a les que està sotmès pels drets dels altres titulars (ex art. 552-1.1, 2a part). Vegem a continuació i sense cap ànim d'exhaustivitat, algun exemples, reunits temàticament, d'aquesta tensió i de quina és la solució legal.

D'acord amb el principi *ubi emolumentum, ibi onus*, la monopolització de facultats té una lògica correspondència en les càrregues i obligacions del propietari material com, per exemple, la d'assumir el pagament dels impostos i altres tributs vinculats a la possessió, ús, gaudi i a la «propietat del bé», ex art. 556-7, c): és el cas de l'Impost sobre Béns Immobles que, tenint en compte que, a més del propietari, el superficiari o l'usufructuari

192 Al contrari del previst per a l'ordinària: arts. 552-1.2 («Cadascun dels drets determina la quota de participació en l'ús, el gaudi, els rendiments, les despeses i les responsabilitats de la comunitat»), 552-6.1 («als quals no pot impedir que en facin ús»), i 552-6.2 («els fruits i rendiments corresponen als cotitulars en proporció a llur quota»).

193 No obstant, ja hem dit que la contraprestació dinerària és incompatible amb l'exclusió de la facultat de gaudi al propietari formal.

194 Preàmbul, I, §8.

195 Preàmbul, II, §3.

en són també subjectes passius,¹⁹⁶ a *fortiori* l'haurà de satisfer el propietari material.¹⁹⁷ Així mateix, són al seu càrrec les despeses ordinàries (arts. 556-6.4 i 556-7, c), —les de conservació, derivades de l'ús del bé, són les típiques—, entre les quals s'inclouen les deduïdes de la seva posició en el règim de la propietat horitzontal, en tant que li corresponen «en exclusiva» «l'exercici dels drets i el compliment de les obligacions» (556-6.3). En canvi, les despeses extraordinàries —com ara les obres de millora imposades per la comunitat de propietaris—¹⁹⁸ i les obres derivades de instal·lacions fan emergir la situació de comunitat, ja que es reparteixen entre els dos comuners conforme a la quota de cadascun (art. 556-6.4).¹⁹⁹

196 Conforme als arts. 61.1 i 63.1 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el *texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales* (BOE núm. 59, de 9.3.2004).

197 Sens perjudici de que pugui repercutir-les qui les hagi satisfet, si hi ha pacte en aquest sentit.

198 Que inclouria qualsevol despesa extraordinària (derrama inclosa) que s'aprovi particularment arran d'un fet imprevist —sinistre— o per millorar la comunitat. La qual cosa no deixa de ser discutible perquè, segons l'objectiu de la pròpia institució, el propietari material ha d'acabar adquirint el total de la propietat i, per tant, redundaran en el seu propi benefici les millores produïdes, incrementant el valor del (seu) bé.

Un altre plantejament és el que fa LAMBEA ("Comentario al artículo 556-7", *op. cit.*, p. 306) al voltant de si cal incloure els tributs entre les despeses i, en cas afirmatiu, aplicar la regla de l'art. 556-7, c) només respecte del tributs ordinaris, reservant pels extraordinaris la regla de l'art. 556-6.4: el criteri de distinció que proposa és "*la de vincular el impuesto (o los tributos) con el supuesto de hecho que lo causa, y ver la naturaleza de este hecho (ver si es gasto ordinario o extraordinario) para darle esta misma clasificación al tributo; es decir, vincular el tributo a la actuación que lo genera*".

199 Aquest art. 556-6.4 i la regla que conté, foren afegits en el tràmit de l'Informe de la Ponència (BOPC núm. 639, de 15 de juliol de 2015, p. 13), arran una transacció entre les esmenes 50 (C's), 51 (ERC), 52 (PP) i 53 (CiU), totes les quals responien a una prèvia proposta conjunta del Col·legi d'Administradors de Finques de Barcelona-Lleida i l'Il·lustre Col·legi de l'Advocacia de Barcelona, amb entrada a la Comissió de Codificació per escrit de 15 de juny de 2015, amb un sentit similar al del text de la transacció. La proposta es preocupava per la posició del propietari material quan la seva quota era d'un valor inferior a l'import de les obres que s'havien de dur a terme, i consistia en afegir a l'actual 556-6.3 el text següent, reproduït mimèticament pels dos primers grups parlamentaris esmentats i amb alguna variant pel tercer: "3. .../... *Si la comunitat de propietaris acordés la realització d'obres per un import superior al valor de la quota adquirida pel propietari material, aquest podrà requerir al propietari formal per la part de l'import que excedeixi de la seva quota. En tot cas ambdós seran responsables solidaris davant la comunitat del pagament corresponent a la total propietat.*». L'esmena del grup de CiU, per bé que inspirada en aquesta mateixa proposta, generalitzava el contingut vinculat exclusivament a la comunitat de propietaris, i presentava un text pràcticament igual que el que definitivament es va transaccionar i que va passar a figurar en un apartat propi, el 556-6.4.

L'únic límit que s'imposa a l'exercici de les facultats del domini atribuïdes al propietari material, mentre dura la situació de comunitat, és el de no comprometre la subsistència de la cosa (art. 556-6.1, a) —no pas el del *salva rerum substantia*, propi de l'usdefruit (art. 561-2.1)— que, fins i tot, pot ser eliminat per pacte («llevat que s'hagi pactat altrament») i, per tant, afectar a la pròpia existència del bé:²⁰⁰ es tracta, doncs, d'un dels exemples paradigmàtics de l'assimilació del propietari material a la titularitat dominical exclusiva.²⁰¹ Ara bé, a manca de pacte, emergeix de nou la situació de comunitat per mitjà de la facultat del propietari formal d'exigir judicialment al material que es faci càrrec de les obres de reparació o reconstrucció si se'n compromet la subsistència o el bé es deteriora un 20% o més²⁰² —entenent per tant que aquelles obres són despeses ordinàries—,²⁰³ amb el dret d'accedir a l'immoble per inspeccionar el seu estat i, si és el cas, sol·licitar al jutge les mesures cautelars corresponents (art. 556-8.b); la facultat d'inspecció és ben reveladora de la situació de comunitat, sobretot si es contrasta amb la seva absència en el supòsit anàleg de la PT (art. 547-7.3), perquè el propietari temporal és tractat com un autèntic propietari únic.²⁰⁴ Cal dir que aquesta regla, contràriament

200 LAMBEA, “Comentario al artículo 556-8”, *op. cit.*, p. 320.

201 Fins i tot en el règim de la propietat horitzontal, el propietari de l'element privatiu està sotmès al límit de no disminuir la «solidesa» de l'immoble (art. 553-36.2), sense cap previsió en contrari ni autorització de la comunitat. No obstant, cal entendre que el propietari material estarà subjecte als mateixos límits de disponibilitat material del bé que un propietari ordinari en funció del règim a què estigui sotmès —cas de la propietat horitzontal— o de la funció social que el dret de propietat hagi de complir; no és imaginable un estatut de disponibilitat major que el propi d'un propietari ple.

202 Segons el WP7 (*vid.* nota 65), la regla respon a la combinació de l'article 117 LH (acció de devastació), corresponent a la intervenció de culpa o dol del propietari en la disminució de valor de la finca hipotecada per deteriorament, amb l'originari art. 5, 3 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, *de regulació del mercado hipotecario* (BOE núm. 90, de 15.4.1981), actualment derogat, en relació a l'ampliació d'hipoteca a d'altres béns pel deteriorament del bé hipotecat en un percentatge de més del 20% que, en aquest cas, pot ser causat per raons de mercat o per «qualquier otra circunstancia».

203 BALLESTEROS, “Comentario al art. 556-8”, *op. cit.*, p. 822.

204 *Vid.*, en aquest sentit, Elga MOLINA ROIG, “Comentario al artículo 547-7556-1”, *La propiedad compartida y la propiedad temporal* (Ley 19/2015). Aspectos legales y económicos, S. NASARRE (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 175 s.: “parece que no se ha atribuido esta facultad [d'inspecció] por el legislador dado que estamos ante un Derecho de propiedad y no de una situación de comunidad, a diferencia de lo que sucede en la propiedad compartida”.

a la concordant del Projecte de Llei,²⁰⁵ no es fa dependre de la intervenció de la culpa o del dol del propietari material²⁰⁶ i, per tant, el deteriorament pot obeir a qualsevol causa, des de a l'ús ordinari del bé fins al cas fortuït o la força major.²⁰⁷ la regla ha perdut coherència interna amb l'exclusió d'aquests criteris de responsabilitat²⁰⁸ per bé que, si es dóna el supòsit, el propietari formal sempre tindrà al seu abast l'acció de responsabilitat per danys i perjudicis,.

Un darrer exemple de la tensió en un mateix àmbit d'actuació el trobem en el dels actes de rigorós domini (*vid.* art. 1713 CC),²⁰⁹ els quals representen un veritable atribut del titular dominical: al propietari

205 «Article 556-8. Facultats del propietari formal. .../... b) Exigir al propietari material, llevat que es pacti altrament, que es faci càrrec de les obres de reparació o reconstrucció en cas que, *per la seva culpa o dol*, el bé es depreciï en un 20% o més o es comprometi la seva subsistència» (BOPC núm. 342, 23 de juny de 2014, p. 36); la cursiva és nostra. De fet, des del WP7 (*vid.* nota 65), la regla incorporava la culpa/negligència o dol del propietari material, tot entenent que les conseqüències del cas fortuït i la força major havien de ser suportades pels dos copropietaris en proporció a les seves quotes.

206 Criteris que, en canvi, es mantenen en el cas de la propietat temporal, en un supòsit de fet similar: art. 547-7.3. Essent la *ratio legis* anàloga a la de la PC, la diferència en el percentatge de deteriorament —50% vs. 20%— respon a la situació de comunitat de la PC —inexistent a la PT—, per la qual es justifica que el propietari formal tingui un interès immediat en la conservació del bé, sobretot atesa la seva quota de participació, que pot ser molt majoritària respecte de la del propietari material.

207 LAMBEA, “Comentario al artículo 556-8”, *op. cit.*, p. 315.

208 Fou en el tràmit parlamentari d'esmenes a l'articulat (BOPC núm. 609, de 23 de juny de 2015, pp. 4, 5, 10 i 13) que, mitjançant una transacció entre les esmenes 62 (C's), 64 (CiU) i 65 (ERC), es va acordar el text que ara és vigent, en el que entenem que l'objectiu primordial era facultar al propietari formal la inspecció del bé per acreditar el seu eventual estat de deteriorament, però no que el propietari material hagués de respondre també a manca de culpa o dol. De fet, el text transaccionat coincideix amb el text de l'esmena de modificació —substituint el concepte de depreciació pel de deteriorament— i addició —del paràgraf posterior al punt i següent— presentada pel grup de CiU, amb l'única diferència, precisament, de que no prescindia pas del criteri de culpa o dol; sí ho feien, en canvi, les altres dues esmenes, de contingut idèntic perquè ambdues reproduïen la proposta de modificació d'aquest article 556-8, b) presentada conjuntament pel Col·legi d'Administradors de Finques de Barcelona-Lleida i l'Il·lustre Col·legi de l'Advocacia de Barcelona (*vid.* nota 198), en la que, perseguint el mateix objectiu de que el propietari formal pogués controlar l'estat del bé, se suprimia el criteri de la culpa i el dol sense més.

209 LEÓN ALONSO, José (“Comentario al artículo 1.713”, en *Comentario del Código civil*, PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido, BERCOVITZ, Rodrigo, DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, LUIS, SALVADOR CODERCH, Pablo (Dir.), Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 1534), afirma que “el CC viene a identificar sustancialmente los actos de riguroso dominio con los de disposición”.

material se li permeten exercir per si sol «tots el actes de rigorós domini» però, en canvi, no té la facultat de «dividir el bé»,²¹⁰ per al qual necessita el consentiment del propietari formal (art. 556-6.2); pel demés, aquesta divisió, ja sigui jurídica —per exemple, establint el règim de la propietat horitzontal— ja sigui material, no fa cessar la situació de propietat compartida —la comunitat—, en la que apareixerà un nou copropietari en la posició corresponent.

El títol de l'epígraf ens permet una darrera observació, l'oportunitat de la qual deriva de la complida menció que en fa el Preàmbul de la llei. L'atansament de la posició del propietari material a la d'un autèntic propietari exclusiu o únic permet plantejar si la PC que recaigui sobre un immoble comparteix d'alguna manera la naturalesa de “domini dividit”, en tant que el propietari formal té normalment dret a cobrar una contraprestació mentre el material té gairebé totes les facultats del domini (dret a posseir, a usar i a gaudir del bé): si fos així, caldria acceptar que la PC és una actualització o renovació del clàssic cens emfitèutic i de les posicions del senyor directe i del senyor útil, respectivament.²¹¹ És cert que, des del punt de vista de la funció econòmica de la PC²¹² a partir de la monopolització de facultats per part del propietari material, pot establir-se certa analogia amb l'antiga emfiteusi catalana,²¹³ definida conforme a la

210 No es tracta aquí de dividir la comunitat, possibilitat que està exclosa, sinó el mateix bé sobre el que recau la situació de comunitat i que no suposa l'extinció de la PC.

211 Com ho fa la STC 95/2017, de 6 de juliol (*vid.* nota 76), que desestima el recurs d'inconstitucionalitat presentat contra la regulació de la PT en la Llei 19/2015, perquè aquesta figura “[c]onstituye, sin embargo, una actualización a las necesidades presentes de acceso a la vivienda de un principio preexistente en dicho ordenamiento, cual es la utilización de fórmulas de dominio dividido para facilitar el acceso a la propiedad”.

212 En apreciació de BOSCH (*op. cit.*, p. 362), que compartim genèricament; però la PC està organitzada per a que s'extingeixi per adquisició, la qual cosa determina decisivament les respectives posicions, que queden així configurades de manera distinta a les del domini dividit; de fet, per al propietari material, econòmicament s'assembla més a una adquisició a terminis.

213 En aquest sentit, GETE-ALONSO, *op. cit.*, p. 28: “esta modalidad de propiedad ... es una versión del siglo XXI de las figuras censales”.

tesi de la divisió del domini²¹⁴ que va informar la seva regulació²¹⁵ fins, com a màxim, la Llei 6/1990.²¹⁶ Fins i tot, aquesta similitud és

214 La STC 95/2017, de 6 de juliol (*vid.* nota 76) realitza un recorregut històric per l'emfiteusi catalana en el seu FJ 10, a), posant de relleu aquesta configuració de domini dividit: “En conclusión, el análisis que hemos realizado acredita que ha estado constantemente presente en la tradición jurídica catalana, manteniéndose hasta el tiempo en que se promulgó la Constitución de 1978, la previsión de la enfiteusis como una fórmula de dominio dividido y que se ha adoptado esta configuración en atención a la consecución de objetivos de carácter socioeconómico entre los que ha destacado facilitar el acceso a la propiedad inmobiliaria de todos los sectores de la sociedad”.

Com assenyala Antoni MIRAMBELL I ABANCÓ (*El censos en del dret civil de Catalunya: la qüestió de l'emfiteusi (a propòsit de la Llei especial 6/1990)*, Estudis de dret privat català, 3, Departament de Justícia, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 1997, p. 66), “[e]n atenció a la doctrina catalana que podríem anomenar clàssica, l'emfiteusi s'ha d'estudiar sota l'estructura de la divisió del domini. ... és, doncs, una institució jurídica que comporta una distribució de les facultats que integren el domini ple ... Per al domini directe: Pensió, Millores, Firma, Lluïme, Fadiga, Amortització i Comís. Per al domini útil: Possessió, fruïció i disposició de la cosa; Dimissió o Renúncia”. Pel que ara interessa i abstracció feta de les particularitats pròpies de la institució de l'emfiteusi, es pot apreciar certa analogia entre les respectives posicions jurídiques, però també alguna diferència substancial entre la de l'emfiteuta i la del propietari material, com ho és la facultat de disposició de la cosa. A l'analogia anterior, actualment també s'hi podria afegir la inscriptibilitat del domini útil com a primera inscripció de domini (art. 377 RH) front l'obertura de foli registral independent amb la inscripció de la propietat material (art. 556-5.3): en tots dos casos, més enllà de les diferències evidents, la inscripció és de domini als efectes registrals. La divisió del domini és la naturalesa que roman vigent al Código civil pel cens emfitèutic: *vid.* arts. 1605 i 1628 i ss.

215 A la Compilació de 1960 (Ley 40/1960, de 21 de julio, sobre *Compilación del Derecho civil Especial de Cataluña*, BOE núm. 175 del 22.7.1960) coexistien (arts. 296 a 319), arran una conceptualització ambigua, les dues naturaleses entorn l'emfiteusi —com a dret real en cosa aliena i com a domini dividit—, malgrat que la Ley del 31 de diciembre de 1945, sobre *inscripción, división y redención de censos* (BOE núm. 4, de 4.1.1946) ja havia abandonat aquesta darrera teoria: *vid.* MIRAMBELL, *op. cit.*, pp. 239 s. i 234, respectivament.

216 A partir de, com a mínim (*vid.* la nota anterior), la ja derogada Llei 6/1990, de 16 de març, *dels censos*, la configuració de l'emfiteusi a Catalunya com a domini dividit deixa d'estar vigent; de fet, el propi preàmbul de la llei (§6) justifica la nova regulació en «la possibilitat d'atribuir una configuració jurídica clara als censos, mitjançant una regulació nova, i d'eliminar-ne la complexa divisió del domini i la confusible classificació» (la cursiva és nostra). En efecte, des d'aleshores, la constitució d'un cens —«emfitèutic», si és perpetu i redimible o «vitalic», si és temporal i irredimible— comporta la transmissió de la propietat a favor del censatari, la qual resta gravada amb caràcter real amb el dret de cens (pensió), el titular del qual n'és el censalista; per tant, el cens emfitèutic es tipificà amb el caràcter de càrrega real que suporta la propietat gravada. En paraules de MIRAMBELL (*op. cit.*, p. 334), “[l]a nova llei no contempla l'emfiteusi com a domini dividit, ja que se substitueix la «emfiteusi» pel «cens emfitèutic», de tal manera que converteix l'emfiteusi en un cens, que s'anomena

posada de relleu pel propi Preàmbul de la llei, que s'hi refereix de manera expressa i extensa²¹⁷ quan manifesta que la PC «és, a més, una cotitularitat de propietat que s'endinsa en les figures censals, en concret en el cens emfitèutic tal com es va practicar²¹⁸ en la distinció entre el domini directe —del propietari que cobra el cànon— i el domini útil²¹⁹ —qui posseeix i explota el bé— en consideració a qui està en contacte directe amb el bé. La regulació de la propietat compartida, no obstant això, té caràcters propis que la distancien dels censos històrics,²²⁰ ja que es considera una comunitat indivisa, i no pas una de dividida com aquells, però pren dels censos la distinció jurídica entre la propietat material i la formal, per a destacar aquesta configuració. És a dir, respecta aquesta naturalesa de propietat davant de l'actual concepció dels censos com a dret real limitat. És, d'aquesta manera, una forma evolucionada dels antics censos, adaptada a les necessitats i realitats de la societat del segle XXI, en la qual l'equilibri entre les parts té lloc d'acord amb llur voluntat». Ara bé, de la distribució de facultats que integren el domini que implica la PC no se'n pot deduir, en absolut, la qualificació de domini dividit: tal com proclama el Preàmbul,²²¹ la situació de PC «és una comunitat amb distribució del poder i de la possessió entre els comuners»,

«cens emfitèutic» ... Tot i que aquesta denominació pot resultar criticable, sembla que només es pot justificar per raons de conservació d'una expressió tan arrelada a la tradició jurídica catalana». Aquesta mateixa naturalesa de dret real en cosa aliena és la que conserva el cens emfitèutic en la regulació vigent del Codi civil (vid. arts. 565-1 i 565-2).

217 Preàmbul, I §8; les cursives són nostres.

218 En la seva versió publicada inicialment, el Preàmbul donava a entendre que la tesi de la divisió del domini encara romanía en el nostre ordenament civil al manifestar que “es va practicar i *es manté* en la distinció ...”: l'error es va corregir en la preceptiva correcció d'errades (DOGC núm. 6980, de 21.10.2015).

219 També la versió inicial del Preàmbul contenia un error de concepte, degut sens dubte a un *lapsus calami* inadvertit durant tot el procés, quan atribuïa el domini útil al propietari que cobra el cànon i el domini directe a qui posseeix i explota el bé: “« ... en la distinció entre el domini útil —del propietari que cobra el cànon — i el domini directe —qui posseeix i explota el bé— en consideració a qui està en contacte directe amb el bé); la mateixa correcció d'errades (DOGC núm. 6980, de 21.10.2015) va esmenar la inexactitud.

220 El mot “històrics” no hi era en la versió inicialment publicada del Preàmbul, i s'hi va afegir en la correcció d'errades esmentada per reblar la naturalesa actual del cens com un dret real en cosa aliena, lluny de la situació de domini dividit que l'havia caracteritzat històricament.

221 I, 8§.

que «s'acomoda a la regla, pròpia de la comunitat ordinària indivisa, segons la qual els copropietaris acorden l'ús i la possessió del bé com més el convé (article 552-7)» i, com a tal comunitat indivisa per quotes, el propietari material no té la facultat pròpia del domini dividit de disposar del bé,²²² sinó només d'allò sobre el que té la plena disposició, és a dir, de la seva quota (ex art. 556-6-1, b).

7. REFLEXIÓ FINAL

La iniciativa legislativa que ha conduit a la Llei 19/2015 la impulsava bàsicament un doble propòsit que combinava un aspecte estructural amb un altre de conjuntural. El primer, de caràcter tècnic jurídic, consistia en continuar la tasca desenvolupadora i codificadora del dret civil propi tot completant el perfil i l'estructura flexible del dret de propietat per mitjà de la fragmentació del domini que, en el cas de la PC, s'explica des de l'àmbit d'una comunitat que, per la particular distribució de les facultats dominicals, és de tipus especial. L'altre, de caràcter socioeconòmic, pretenia facilitar l'accés a la propietat de l'habitatge, oferint vies diferents a l'actual paradigma de l'adquisició de la total propietat per mitjà d'un préstec garantit amb hipoteca i, a l'ensem, oferir noves eines per a la política pública de l'habitatge.

Certament, des d'un pla teòric semblen ben clars els avantatges²²³ de la propietat compartida com a instrument jurídic per a accedir, de manera més assequible, a la propietat de l'habitatge que, en un context de restricció del crèdit, encara es poden fer més evidents. Pel que fa a l'adquirent, amb una inversió mínima inicial i un compromís econòmic i jurídic per a adquirir gradualment tota la propietat, conforme a un pla habitualment predeterminat que aporta previsibilitat i que pot ser modificable, obté la possibilitat de sentir-se i comportar-se com a únic propietari des del primer moment; és a dir, a l'adquirent la PC li aporta assequibilitat, flexibilitat i estabilitat en la tinença de l'habitatge. El transmissor,

222 Tot i que en la regulació catalana històrica calia el consentiment exprés del senyor directe (MIRAMBELL, *op. cit.*, 112); *vid.* també l'art. 1633 CC.

223 *Vid.* BOSCH (*op. cit.*, pp. 73 s.), per a una exposició dels avantatges i dels inconvenients de la PC des de la perspectiva del transmissor i de l'adquirent.

al seu torn, a més de l'exercici de les facultats pròpies derivades de la titularitat de la seva quota reconegudes per la llei, obté una rendibilitat immediata al desprendre's d'una primera quota de domini —per exemple, del 25%—, la garantia del(s) seu(s) crèdit(s) per mitjà d'un pla de transmissió gradual que compromet l'adquirent amb l'habitatge, atès que quan venci el termini ha de ser totalment seu, i l'obtenció d'un ingrés periòdic a canvi de cedir l'ús exclusiu del bé.

La Disposició final primera de la llei²²⁴ assenyala a les administracions públiques com el gestor encarregat de protagonitzar les “accions necessàries” amb les entitats de crèdit i els promotors públics i privats per tal de «d'agilitar i facilitar l'accés a l'habitatge dels ciutadans que ho desitgin per mitjà de la implantació de la propietat temporal i la propietat compartida»; ultra aquest paper de facilitador no s'amaga l'impuls principal de l'Administració en el paper directe de propietari formal (promotor o no) i, per tant, en la implantació de la PC (i també de la PT) per mitjà de la simbiosi que s'albira entre els dos copropietaris quan el formal n'és l'Administració: no en va, com s'ha pogut advertir per mitjà dels antecedents legislatius, l'antiga “copropietat” i l'actual “propietat compartida” de la LHab parteixen primer d'un enfocament per part de l'Administració com a agent directe de les polítiques públiques sobre l'habitatge protegit; en definitiva, sembla que, en bona part, és a les mans de l'Administració la implementació directa i indirecta de la PC (i la PT).²²⁵ Amb tot, si veritablement no hi ha un tractament tributari favorable,²²⁶ i no només per part

224 Vid. Rosa María GARCÍA TERUEL, “Comentario a la Disposición adicional primera. Colaboración de las administraciones públicas”, *La propiedad compartida y la propiedad temporal (Ley 19/2015). Aspectos legales y económicos*, S. NASARRE (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 369 a 385.

225 Com el Preàmbul I, § 14, s'encarrega de senyalar: «[n]o s'amaga tampoc la pretensió que, des del dret civil i de manera estructural, es doti l'Administració pública d'instruments útils a l'hora de programar les polítiques de promoció de l'habitatge. En aquest sentit, també és encoratjadora l'experiència, reeixida en dret comparat, de figures anàlogues a les que introdueix aquesta llei».

226 Vid. Estela RIVAS NIETO, “La fiscalidad de las tenencias intermedias”, *La propiedad compartida y la propiedad temporal (Ley 19/2015). Aspectos legales y económicos*, S. NASARRE (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 449 a 491.

de les administracions locals (Disposició addicional segona),²²⁷ la implementació de la llei es veurà probablement frustrada ab initio: si cada adquisició de quota s'ha d'escripturar i inscriure caldria, per exemple, un tractament bonificat dels aranzels.

Des de la perspectiva dels agents privats (promotors, entitats financeres), no cal perdre de vista la utilitat que la PC pot significar en relació al problema de romandre a l'habitatge,²²⁸ «com una alternativa al llançament del deutor hipotecari en els processos d'execució hipotecària si, en constituir la propietat compartida, el deutor i creditor hipotecaris han previst que el primer continuï posseint el bé com a propietari material en la proporció de la quantitat que hagi pagat i, a més, tingui el dret a adquirir gradualment les quotes restants de les quals és titular el creditor hipotecari (titular formal)»,²²⁹ per a la factibilitat de tot el qual la pròpia llei obliga també l'Administració pública a una intervenció negociadora amb les entitats de crèdit («han de negociar».²³⁰

Conscients de que la solució al problema de l'habitatge no vindrà determinat únicament pel Dret, només el temps ens dirà si aquestes formes de propietat i, en concret, la propietat compartida,

227 *Vid.* Estela RIVAS NIETO, “Comentario a la Disposición adicional segunda. Medidas fiscales y normativas”, *op. cit.*, pp. 387 a 400.

228 Valgui deixar apuntat que, en determinats jutjats de lo Mercantil es treballa perquè la PC pugui tenir un paper rellevant i útil en el marc d'un «acord extrajudicial de pagaments» en un concurs de creditors (regulat en el Títol X, arts. 231 i ss., de la Ley 22/2003, de 9 de julio, *Concursal*). A l'entitat de crèdit, dintre de l'acord extrajudicial, li pot interessar més aquesta solució que no pas la dació o cessió en pagament (art. 236.1, c) LC) i, sens dubte, més que acudir al concurs davant la possibilitat que el deutor pugui comptar amb el Benefici d'Exoneració del Passiu Insatisfet (BEPI), ex art. 178 bis LC —evitable amb l'acord extrajudicial—, que potser l'impediria obtenir la diferència del deute per causa de l'exoneració definitiva si el deutor s'ha esforçat en pagar el que he pogut: *vid.* art. 178 bis.8, 2 LC. Entenem, doncs, que l'Administració de Justícia pot tenir també un paper rellevant i facilitador de la PC en el marc del concurs de la persona natural, tant si és empresari com si no, pels beneficis purament econòmics —però també socials— que comporta enfront a les altres alternatives, com ara l'execució hipotecària o la dació en pagament amb retenció de l'ús per mitjà de lloguer social, ja que amb aquestes mesures el creditor difícilment podrà cobrar la diferència entre el rendiment que obté i el que el deutor li queda a deure. És una solució en què totes dues parts hi guanyen.

229 Preàmbul, II, §6 i.

230 «... perquè els habitatges en procés d'execució hipotecària es transformin en propietat temporal o compartida tenint en compte les quantitats amortitzades per l'adquirent» (Disposició addicional primera, 2).

serveixen per a la finalitat social i econòmica per a la qual han estat concebudes; hores d'ara, dos anys després de la publicació de la llei, no hi ha indicis de que els agents privats del mercat immobiliari conformin les seves ofertes, de manera decidida, al voltant d'un escenari jurídic ara més divers.²³¹ Confiem en què el futur de la PC (i de la PT) no s'hagi de seguir limitant als estudis doctrinals teòrics sinó que, a més, la institució pugui ser objecte de comentaris de sentències, no només perquè així la doctrina jurisprudencial, exercint la seva imprescindible funció, podrà acabar de delimitar i interpretar el novell marc normatiu, sinó perquè serà un bon indicador de que l'operativitat i utilitat social²³² de la institució ha vençut les inicials i lògiques reticències, degudes sobretot al desconeixement de la figura i a la inèrcia d'un mercat massa ancorat encara en les fórmules tradicionals d'accés a l'habitatge.

231 NASARRE ("Conclusiones", *op. cit.*, p. 676) informa dels primers contractes que, principalment, són de propietats compartides, "con un interés creciente entre arquitectos, promotores, agentes inmobiliarios, administradores de fincas, constructores, consumidores y banca ética". Es pot consultar una notícia relacionada amb la constitució de la PC, datada a 8 de desembre de 2015, a [http://www.ccma.cat/tv3/ alacarta/telenoticies-migdia/les-tinences-intermedies/video/5570209/](http://www.ccma.cat/tv3/alacarta/telenoticies-migdia/les-tinences-intermedies/video/5570209/); la reticència de les entitats financeres a concedir finançament amb base en aquesta figura, tal com se'n fa ressò la pròpia notícia, pot ser un dels frens més importants al seu vigor social.

232 Alguns exemples d'aplicacions pràctiques de la PC les exposa NASARRE, "Exposición de motivos de la Ley 19/2015", *La propiedad compartida y la propiedad temporal (Ley 19/2015). Aspectos legales y económicos*, S. NASARRE (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 71 a 78.

Acotacions del món pràctic a la propietat temporal i a la propietat compartida (I)

CARLES SALA ROCA

President de l'Agència de l'Habitatge de Catalunya

SUMARI

1. LA NECESSITAT OBJECTIVA DE LA IMPLEMENTACIÓ DE NOVES FÒRMULES D'ACCÉS A L'HABITATGE. 2. ELEMENTS PRÀCTICS DE L'APLICACIÓ DE LA PROPIETAT TEMPORAL I LA PROPIETAT COMPARTIDA. 3. L'ANUL·LACIÓ PARCIAL DE LA LLEI 19/2015 PER PART DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL A PETICIÓ DEL GOVERN DEL REGNE D'ESPANYA

1. LA NECESSITAT OBJECTIVA DE LA IMPLEMENTACIÓ DE NOVES FÒRMULES D'ACCÉS A L'HABITATGE

La situació social i econòmica dels darrers anys, marcada per l'impacte de la crisi, ha incrementat notablement les dificultats de la ciutadania per a accedir a les formes tradicionals de tinença d'habitatge, que a l'Estat són, en ordre de magnitud, la propietat i el lloguer. D'altra banda, el pes de la propietat en termes quantitius i socio-culturals per davant del lloguer, ha fet que la crisi en el mercat immobiliari hagi agreujat les dificultats d'accés a l'habitatge per la via tradicional.

En aquest sentit, l'aturada en la concessió d'hipoteques per la reestructuració del conjunt del sector bancari, el tancament de nombroses promotores i la paralització de la construcció, i la situació econòmica global, amb l'elevat índex d'atur com a factor clau, van provocar *que la via d'accés que històricament ha tingut més implantació es veïés notablement reduïda, i les compravendes, tant d'habitatges nous com de segona mà, van experimentar un descens dràstic.*

Paral·lelament, *el mercat del lloguer, que tan sols representa al voltant del 15% del total d'habitatges a l'Estat, es va dinamitzar a causa de les esmentades dificultats d'accés a la propietat, i en els darrers anys els contractes de lloguer han experimentat un increment, que s'ha complementat, a mesura que la situació econòmica ha millorat, amb un increment de les rendes mitjanes, especialment a Barcelona i la seva zona metropolitana.*

Amb aquest panorama, sembla força evident que *cal promoure noves formes de tinença, com la propietat temporal i la propietat compartida, més enllà de continuar amb l'aposta per fomentar el lloguer com a forma d'accés a l'habitatge socialment més acceptada que permeti acostar-nos als nivells de països europeus en què ens emmirallem (on el lloguer pot suposar des del 30% al 60% del total d'habitatges).*

2. ELEMENTS PRÀCTICS DE L'APLICACIÓ DE LA PROPIETAT TEMPORAL I LA PROPIETAT COMPARTIDA

La Llei 19/2015, del 29 de juliol, d'incorporació de la propietat temporal i de la propietat compartida al llibre cinquè del Codi civil de Catalunya permet que al nostre país es puguin donar noves vies d'accés a l'habitatge que complementin les actuals i actuïn com a alternatives viables i efectives per a persones que, per diferents tipus de raons, o no poden o no volen optar per les formes tradicionals de la propietat o el lloguer a l'hora d'accedir a l'habitatge.

Hi ha, doncs, alguns supòsits pràctics d'aplicació de la propietat temporal i la propietat compartida que permeten veure'n el potencial:

A. Propietaris d'habitatges que no poden pagar la totalitat de la hipoteca pendent però poden pagar-ne una part.

Es poden quedar a l'habitatge amb una participació de propietat compartida equivalent a la part d'hipoteca que poden pagar.

Per l'entitat financera té l'avantatge que no s'ha de quedar amb la propietat de tot l'habitatge. Pels usuaris, poden mantenir-se a

l'habitatge de forma estable i recuperar la propietat en el futur si la seva situació millora.

B. Possibilitats de donar sortida a l'estoc d'habitatges sobretot en zones on hi ha demanda però aquesta demanda necessita condicions de preu més assequibles.

Les propietats temporals i compartides suposen opcions d'accés a l'habitatge a preus molt més assequibles que la plena propietat.

Pels usuaris l'avantatge és que els facilita l'accés, pels propietaris de l'estoc, possibilitat d'ocupar-lo minimitzant les pèrdues, que ara no existeix.

C. Cobrir necessitats d'accés a l'habitatge no definitives, sinó temporals, per raons de:

- Mobilitat laboral (cada cop més freqüents): es treballa a una empresa estrangera i es produeix un traslladat a Catalunya per 10 anys, amb la meva família.
- Edat: es tenen 70 anys i es necessiten diners en aquest moment i s'és propietari de l'habitatge.
- Lleure i turisme. Es tenen, per exemple, 2 fills de 3 i 5 anys i es voldria un habitatge a la platja per anar-hi els estius mentre siguin petits. Quan siguin grans, ja no voldran venir i amb la parella es preferirà viatjar els estius.

En els 3 supòsits, comprar un habitatge en propietat temporal pot ser un recurs. En el cas del segon supòsit, és el mateix però a l'inrevés. La persona gran propietària pot vendre el seu habitatge a un tercer i quedar-se la propietat temporal pels anys que corresponguin.

Pels usuaris, l'avantatge és que accedeixen a un habitatge en unes condicions que s'adapten millor a les seves necessitats.

D. Herències d'un habitatge que necessita obres de reparació, sense que l'hereu tingui recursos per fer-les, però que alhora tampoc vol

vendre l'habitatge ja que, per exemple, voldria que fos pel fill quan sigui gran.

En aquest cas, la venda de l'habitatge per un període d'anys limitat fins que el fill el necessiti pot ser una bona solució. L'usuari assumirà les obres al seu càrrec donat que té assegurada la permanència a l'habitatge durant el temps estipulat i li sortirà a compte.

E. Propietaris d'un habitatge que necessitarien disposar d'uns diners en efectiu ara però també necessitarien uns ingressos mensuals per complementar els ingressos, com per exemple la pensió.

Pot llogar l'habitatge però això no donarà cap ingrés en efectiu en aquest moment. També existeix temença per si no l'arrendatari no paga el lloguer i haver de seguir assumint les despeses de l'habitatge.

Si ven l'habitatge en propietat compartida, obté ara uns ingressos de cop i a la vegada anirà cobrant mensualment la contraprestació que fixi. Existeix més seguretat de cobrar aquests diners que si fos un lloguer ja que l'usuari de l'habitatge difícilment deixarà de pagar el "lloguer" ja que això implicaria perdre la seva propietat compartida.

F. Finalment, el cas més freqüent de tots: parelles que viuen a Barcelona i tenen uns ingressos mensuals entre els 2 de 2.000 €. Tenen una certa estabilitat a la feina i han volgut comprar un pis a Barcelona però és una ciutat cara i els preus no permeten accedir a un pis. Han considerat el lloguer, però prefereixen una fórmula més estable que no obligui cada 3 anys a negociar si es podem quedar o no a l'habitatge o si els pugen el lloguer més o menys. També voldrien una fórmula que els permetés estalviar els diners que hi inverteixin. Òbviament, la propietat compartida s'ajusta a la perfecció a aquesta demanda.

3. L'ANUL·LACIÓ PARCIAL DE LA LLEI 19/2015 PER PART DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL A PETICIÓ DEL GOVERN DEL REGNE D'ESPANYA

Malgrat que la implantació de la Llei 19/2015 suposava des de tots els punts de vista una mesura positiva en l'objectiu d'ampliar el ventall d'opcions d'accés a l'habitatge per part de la ciutadania, *el Govern de l'Estat va presentar-hi recurs d'inconstitucionalitat el 29 d'abril de 2016, admès a tràmit pel TC el 31 de maig d'aquell any.*

En el seu recurs, el Govern de l'Estat considerava que la Llei aprovada pel Parlament de Catalunya “trencava amb la *igualtat de regulació* del dret de propietat”, afegint que “desconfigurava la propietat d'un habitatge com un *dret irrevocable i perpetu* per a convertir-lo en temporal i revocable”. Des de la perspectiva del Govern de l'Estat, la llei incidia “en la naturalesa mateixa del dret a la propietat”.

Alhora, el Govern espanyol considerava que el seu plantejament era coincident amb el del dictamen del Consell d'Estat, en el sentit que la Llei 19/2015 “*excedia les competències* que té atribuïdes per a la conservació, modificació i desenvolupament del seu Dret Civil especial”.

Davant aquest plantejament, el Govern de la Generalitat considerava que la llei no creava una nova forma de dret a la propietat, sinó que la modulava afegint un factor de temporalitat. Així, es considerava que la propietat temporal és el mateix dret de propietat ordinària, però amb la particularitat de la seva durada limitada en el temps.

Es tracta, per tant, d'una modalitat de propietat a terminis, amb un poder jurídic idèntic als del propietari ordinari, i en conseqüència la regulació establerta no constituïa un règim jurídic peculiar ampli i de gran novetat, ni podia considerar-se una nova institució civil, sinó que s'incorporava a la regulació genèrica i tradicional del dret de la propietat admetent que es pugui limitar a un termini mínim i màxim.

Finalment, la Generalitat posava de manifest que el recurs contra la Llei 19/2015 ignorava l'existència d'un dret civil propi i vigent a Catalunya amb anterioritat a la Constitució de 1978.

Actualització: A data d'avui, *la Sentència dictada pel Tribunal Constitucional el 6 de juliol de 2017 ha donat la raó a la Generalitat i les dues figures regulades a la Llei 19/2015 són plenament vigents*, atès que el tribunal va acordar desestimar el recurs en considerar que la regulació de la propietat temporal introduïda per la Llei 19/2015 és un supòsit de creixement orgànic del dret civil especial de Catalunya que troba empara en la competència del legislador català per desenvolupar el seu dret civil especial i, per tant, afirma la constitucionalitat de la norma impugnada i desestima íntegrament la demanda de l'Estat.

Acotacions del món pràctic a la propietat temporal i a la propietat compartida (II)

ANDRÉS LABELLA IGLESIAS

Advocat. Representant del col·lectiu "The Hound"

SUMARI

1. INTRODUCCIÓ. 2. "INNOVAR ÉS DIALOGAR AMB LA TRADICIÓ". 3. LES TRES ÀREES D'APLICACIÓ. 1. *Prevenió*. 2. *Protecció*. 3. *Rescat*.

1. INTRODUCCIÓ

La incorporació de la propietat temporal i propietat compartida al Codi Civil de Catalunya té com a finalitat presentar una alternativa a la dualitat entre la plena propietat i lloguer; i estan destinades a facilitar l'accés a l'habitatge a un volum important de població, amb ingressos superiors als "mínims socials" però no suficients per afrontar els volums de deute que requereix el mercat lliure.

A la pràctica, donades les seves característiques i matisos, inspirades en figures anglosaxones, *que essencialment es basen en una nova forma de concebre el dret de propietat on conviuen al mateix temps dos propietaris*, requeriran d'una gran tasca pedagògica per part de tots els professionals del Dret, del món local, immobiliari i financer per ajudar a que es facin un lloc en el mercat immobiliari català, de la mateixa manera que va succeir al Regne Unit.

Des de la nostra òptica, la conjuntura actual del mercat, està marcada per quatre grans trets: *Primer*, els propietaris i els potencials arrendataris no veuen el lloguer una tinença estable. *Segon*, a causa

de la reestructuració bancària i de les directives europees que s'han promulgat recentment, és difícil accedir a un habitatge en plena propietat per l'enduriment de les condicions per la concessió de préstecs hipotecaris. *Tercer*, la situació laboral i un major índex de mobilitat geogràfica, genera reserves en els compradors a l'hora de demanar un préstec amb garantia hipotecaria, —molt accentuades en joves que tenen menys de trenta anys—; i *per últim*, un important percentatge del parc de l'habitatge existent està pendent de rehabilitació i/o renovació.

Davant d'aquest retrat, considerem que la incorporació d'aquestes noves figures pot ajudar al mercat immobiliari a crear en un cert temps un “tercer mercat” que aporti noves solucions i facilitar l'accés a l'habitatge, com a dret constitucionalment reconegut; i que probablement el món financer tindrà la clau de volta en el moment que accepti la seva utilització generalitzada i la seva capacitat de generar un nou model de negoci més segur i equilibrat.

Com a valor afegit, explorant la utilització d'aquestes noves formes de propietat com a bon exemple d'innovació jurídica, creiem poder afirmar que ofereixen un nou punt de vista per algunes de les situacions i conflictes en les que ens trobem en el nostre dia a dia en l'exercici de l'advocacia. I serà en aquest punt en el que centrarem la nostra intervenció, amb la finalitat de donar una visió més pràctica i allunyada de les qüestions estrictament doctrinals, —aquestes molt importants i complexes, que han arribat a provocar un recurs de constitucionalitat respecte de la propietat temporal.

2. “INNOVAR ÉS DIALOGAR AMB LA TRADICIÓ”

Tot i que aquestes figures són noves en l'ordenament català, tenen un punt de connexió pel que fa a la divisió del domini amb altres institucions jurídiques vigents, —que han representat una icona del dret català històric, havent assolit uns índex altíssims de popularitat i acceptació, com el cas dels *censo*s.

Aquesta mirada sistèmica ens pot ajudar a vèncer les resistències del nostre interlocutor als canvis, i sostenir la tesi

que els contextos socio-econòmics convulsos viscuts a la història han motivat l'evolució del dret de propietat. A mode d'exemple podríem dir, resumint molt i molt, que per acabar amb el sistema feudal les Constitucions van reconèixer el dret a la propietat privada i posteriorment es van crear de les mesures de protecció com el Registre de la Propietat; de la mateixa manera que per donar resposta al creixement demogràfic, més endavant es va elaborar el concepte de la propietat horitzontal, —desenvolupant el concepte de la propietat per pisos—, que ha estat l'instrument més important en el creixement dels nostres pobles i ciutats durant el segle XX, a l'hora de ser la palanca per generar prosperitat i estalvi per moltes famílies.

Per això apostem per fer pedagogia explicant de forma comprensible el diàleg entre, d'una banda, la tradició jurídica catalana, que contempla la figura del propietari i l'autonomia de la voluntat en els pactes, i d'altra, les noves figures més flexibles, estables i que pretenen evitar nous episodis de sobreendeutament.

3. LES TRES ÀREES D'APLICACIÓ

Des de el punt de vista professional ens agrada distingir tres fases d'intervenció durant les actuacions que duem a terme amb els nostres clients: *Prevenició, Protecció i Rescat*.

En cadascuna de les tres àrees trobem que les noves formes de propietat catalanes poden ser molt útils i per aquest motiu posem alguns exemples que considerem que poden ser interessant i útils pels professionals en exercici.

1. *Prevenició*

L'aportació dels advocats al sistema de seguretat jurídica preventiva, que descansa fonamentalment sobre dos pilars, notaris i registradors de la propietat, consisteix en acompanyar, aconsellar i assistir als nostres clients durant la gestació del negoci jurídic i la correcta tramitació del procés d'inscripció. Aquest és un magnífic moment per fer la tasca de pedagogia i difusió de les noves formes de propietat,

tenint en consideració que encara no estan consolidades i generen molts dubtes i resistències. A mode d'exemple posem les següents situacions habituals que tots de ben segur coneixem.

Compravenda responsable

La quota inicial que adquireix el propietari material en la propietat compartida obliga a recuperar l'antic concepte de "l'entrada" pel comprador. Per bé que aquesta quota és susceptible de ser hipotecada, en el moment actual d'implantació de la propietat compartida, de fet, obliga als compradors a tenir uns estalvis inicials i en conseqüència permet diferir l'adquisició sense haver de finançar amb crèdits la totalitat del preu, evitant episodis de sobreendeutament.

En favor dels venedors, permet que aquests puguin optimitzar el seu patrimoni obtenint un preu millor o una major rendibilitat donat que a més del preu de la venda rebran la compensació dinerària establerta en mèrits de l'article 556-4 lletra c), a més de la possibilitat de planificar i optimitzar la seva fiscalitat en l'Impost sobre la Renda de les Persones Físiques o Impost de Societats.

Lloguer reforçat

A través de la propietat compartida, es podria establir un sistema d'adquisició o tinença similar al que es coneix com a Leasing immobiliari o arrendament amb opció de compra. Així proposem que es faci una adquisició d'una petita fracció inicial, que seria com un mena de quota inicial o fiança garantida, i que la resta de les mensualitats tinguin la consideració de lloguer en la seva totalitat, o bé una part lloguer i una part a compte del preu final quan s'exerciti la opció de compra. Amb això s'aconsegueix la fidelització i compliment per part del llogater, així com l'estabilitat, la previsió de la durada del contracte amb possibilitat de futures modificacions i subrogacions, a més de la seva publicitat en front de tercers.

En favor dels venedors, tenint consideració les condicions establertes i garantides, és més factible trobar un futur comprador de la propietat formal, optimitzant d'aquesta manera la rendibilitat del seu patrimoni.

Successions

Un dels millor assessoraments que podem donar als nostres clients és acompanyar-los en el moment d'ordenar la seva successió; un moment delicat on les emocions i les relacions i compromisos familiars moltes vegades generen una gran inquietud. Proposem en alguns supòsits fer ús de la propietat compartida.

Un d'aquest casos podria ser el d'aquella família on un dels fills viu i se'n fa càrrec habitualment de la vetlla de les qüestions domèstiques i dels pares. Si el pare o mare estableix que tots els fills seran hereus per parts iguals, en el moment de la mort es pot generar un conflicte entre els germans que provoca que aquell que vivia a la llar hagi d'assumir un volum de deute important per compensar als seus germans, o bé patir un procés de dissolució de condomini o simplement marxar de casa per tal que es vengui, o malvengui, i repartir el producte.

El nostre consell al testador seria constituir sobre l'immoble familiar un condomini en règim de propietat compartida, on el fill que convivia amb el causant sigui el propietari material i els seus germans els propietaris formals, establint o suggerint les condicions que farà la futura dissolució del condomini.

2. Protecció

La protecció dels drets dels més febles i adoptar les mesures de protecció i rescabament dels drets que s'han vist perjudicats és el gran desafiament que ens plantegem els advocats en el nostre dia a dia, i que el sistema té encomanat al nostre col·lectiu.

Famílies amb membres necessitats de suport específic

Les famílies que tenen membres amb situació de dependència poden optar per constituir ja sigui *inter vivos* o *mortis causa* una propietat compartida, on la persona d'especial protecció sigui el propietari material, i via substitució pupil·lar es pugui establir el destí de la participació indivisa que li correspon a favor dels propietaris formals o successors.

D'aquesta manera s'aconsegueix preservar l'estabilitat en les condicions de vida del propietari material protegit, sense malmetre

els drets dels altres fills, evitant uns conflictes que perjudicarien principalment a la part més necessitada de protecció.

Procediments de dret matrimonial

Un dels esculls que es troben els advocats matrimonialistes a l'hora d'arribar a acords per redactar convenis reguladors és la dissolució del condomini, donades les tensions econòmiques generen els primers moments de la ruptura.

Per mitjà de la propietat compartida establerta en el conveni regulador es pot substituir la clàssica atribució d'ús de l'habitatge (com a dret de família) per configurar-ho com un dret real dotat de moltes més garanties, protegint a l'hora els interessos dels menors i els patrimonis del condomini.

Protecció del patrimoni dels tutelats

Les entitats tutelars que tenen encomanada la preservació del patrimoni del seus tutelats i obligats a rendició de comptes de la seva bona gestió, podrien fer servir la propietat compartida per aconseguir un lloguer reforçat com hem exposat anteriorment, o bé per rehabilitar patrimoni en desús que representa una càrrega, tal com s'exposarà en el apartat destinat al rescat.

Gent gran i els seus cuidadors familiars

Els índex de persones que viuen soles creix de manera progressiva, —segons dades de l'INE de 2015 el número de persones que viuen soles arriba a 4.584.200, el 25,0% del total de les llars.

Moltes d'elles han establert relacions de convivència estable amb vetlladors que han tingut cura de la seva persona i volen tenir la consideració de permetre la continuïtat de l'ús de l'habitatge, sense perjudicar els interessos dels seus fills que no vivien a l'habitatge. Per títol *inter vivos* o *mortis causa* es podria constituir una propietat compartida per mitjà de la qual qui havia estat cuidador es configura com a propietari material i el propietari inicial o els seus fills com a propietaris formals.

3. Rescat

Immables buits

El rescat d'immables en desús és l'especialitat del col·lectiu The Hound, creat per arquitectes i advocats per donar una segona vida a immables en desús. Per aconseguir reobrir espais en desús hem fet ús de la propietat compartida, de manera que el preu de la quota inicial que adquireix el propietari material es correspon amb l'import de les obres de rehabilitació. I es pacta la manera en que s'adquirirà la resta o bé es pacta la compensació corresponent a favor del propietari formal.

En aquest casos ha resultat determinant el fet que la llei estableix la necessitat d'obrir un foli registral independent per la quota inicial del propietari material, de conformitat amb l'article 556-.3 CCat. El fet de tenir una operativa registral similar a la propietat horitzontal o a la transmissió de participacions indivises amb dret a ús de places d'aparcament (article 68 del Reglament Hipotecari) ha estat molt important a l'hora d'explicar a les parts compradores i venedores el sistema operatiu.

En aquest moment s'estan portant a terme les converses amb una entitat financera que ostenta un dret d'hipoteca sobre un d'aquest immables, per tal de aconseguir alliberar d'hipoteca a la part que es transmet com a quota inicial. Aquest fet pot representar un precedent molt interessant donat el fet que la situació és habitual en l'actualitat en el parc d'immables en desús.

Herències jacents

Una font important per a la creació d'habitatge buit prové de les successions que estan a l'espera de ser acceptades i que els cridats a fer-ho no tenen diners suficients per afrontar les despeses inicials més les obres de rehabilitació mínima que requereix l'immoble. En aquest sentit la propietat compartida és una eina que permetria obtenir uns primers ingressos pels propietaris cridats a fer-ho i diferir l'adquisició de la restant participació, o bé establir un règim similar al lloguer reforçat o el que es denomina *masoveria urbana*, que a hores d'ara no té una regulació pròpia.

Execucions hipotecàries

Per tots és conegut el debat obert i la pressió social entorn a la dació en pagament de deute en els processos d'execució hipotecari, així com les lleis que s'han aprovat per part de la Generalitat de Catalunya per pal·liar els greus efectes que això ha provocat en la societat i en l'economia en el seu conjunt.

A ningú se li escapa, d'una banda, que és molt complicat establir amb caràcter general i legal l'obligació d'acceptar la dació en pagament per part de les entitat creditors; i per contra, una vegada ha culminat el procés d'execució d'hipotecària, en la majoria dels casos, una família perd el seu habitatge, que posteriorment queda tancat durant molt temps perquè no reuneix els requisits mínims per ser habitat. És a dir que tothom hi perd.

Davant d'aquesta disjuntiva, plantegem la possibilitat de fer servir la propietat compartida, per tal de modificar la posició jurídica de les parts, i fer servir la dació en pagament amb dret a ser rescabalat parcialment, de forma que els propietaris del ple domini passarien a ser propietaris materials i els titulars del dret d'hipoteca passaria a ser propietari formal, establint un sistema d'adquisició alternatiu a les relacions que havien tingut anteriorment vinculades a un préstec.

Procediments concursals o de successió d'empresa

En molts supòsits en que les empreses es troben en situació de dificultat econòmica que els porta a un procediment concursal, es dona la paradoxa que tant la qualitat dels seus producte com la formació i qualificació dels seus treballadors, farien perfectament viable un nou pla empresarial de continuïtat del negoci o bé establir una planificació en la successió empresarial.

Davant d'aquesta situació, es podria fer ús de la propietat compartida per tal que les nova societat, o els seus treballadors en forma de societat cooperativa, poguessin adquirir una quota inicial de l'immoble que allotja l'empresa, i establir un programa d'adquisició progressiva que no generi sobreendeutament o *apalancament*. Això, a més de protegir el teixit productiu i l'ocupació, permetria satisfer els deutes de l'anterior societat, el que en la pràctica habitual és molt poc habitual.

Persones amb situació de desemparament

Pel que fa a polítiques social, sobretot des de les àrees municipals d'atenció a la persona, el camp d'aplicació de la propietat compartida és molt ampli, i pot ser una gran eina tant pels municipis com per a la xarxa d'oficines d'Ofideute, que pretén ajudar per mitjà de la mediació amb les entitats de crèdit a evitar els devastadors efectes socials que ha tingut l'esclat de la bombolla hipotecaria.

En l'esperança que aquestes acotacions pràctiques puguin servir als professionals en el seu dia per oferir noves propostes i millorar la qualitat de vida dels seus clients, mostrem el nostre desig i manifestem el nostre compromís en la seva difusió i consolidació per tal que esdevinguin unes institucions jurídiques de referència, plenament acceptades per la societat en el seu conjunt i que assoleixin els objectius per als quals es van crear i d'altres cotes més elevades.

La propiedad temporal y la propiedad compartida. Especial atención a los aspectos registrales

JOSÉ LUIS VALLE MUÑOZ

Registrador de la Propiedad

SUMARIO

1. EL PROBLEMA DE LA VIVIENDA EN ESPAÑA COMO MOTOR DE LOS TRABAJOS PREPARATORIOS DE LA NORMATIVA SOBRE PROPIEDAD TEMPORAL Y COMPARTIDA. 2. LA PROPIEDAD PRIVADA PLENA PUEDE RESULTAR ANTIECONÓMICA. 3. SITUACIÓN EN DERECHO COMPARADO. 4. FUNCIÓN SOCIAL QUE PUEDEN PRESTAR LAS TENENCIAS (ADQUISICIÓN ACCESIBLE, SEGUNDA OPORTUNIDAD, SUBVENIR NECESIDADES ECONÓMICAS). 5. LAS FIGURAS TIPIFICAN POSIBILIDADES YA EXISTENTES. 6. CONSTITUCIÓN DEL DERECHO . 7. CONTENIDO IMPERATIVO A) *En la propiedad temporal* B) *En la propiedad compartida*. 8. LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

1. EL PROBLEMA DE LA VIVIENDA EN ESPAÑA COMO MOTOR DE LOS TRABAJOS PREPARATORIOS DE LA NORMATIVA SOBRE PROPIEDAD TEMPORAL Y COMPARTIDA

La Ley 19/2015, de 29 de julio incorpora la propiedad temporal y la compartida al CCCat, señalando en su Preámbulo que “la introducción de estas modalidades de dominio obedece, principalmente, al propósito de aportar soluciones al problema del acceso a la propiedad de la vivienda, flexibilizando las vías de adquisición, ofreciendo fórmulas que permitan abaratar o aminorar los costes económicos y respetando la naturaleza jurídica del derecho de propiedad, de conformidad con la tradición jurídica propia”. De estas palabras extraeré las líneas maestras del presente trabajo, a saber:

- a) Ambas figuras son modalidades del dominio, y como tal aparecen reguladas en los títulos relativos a la propiedad (la temporal) y a la

comunidad (la compartida). Por lo tanto, ni siquiera la propiedad temporal puede ser considerada como un derecho real sobre cosa ajena, como sí sería, por ejemplo, el derecho de superficie.¹ Dado su carácter de auténticas propiedades el artículo 547-6,1 para la propiedad temporal, señala que “el propietario temporal tiene todas las facultades del derecho de propiedad, sin más limitaciones que las derivadas de su duración y de la existencia del titular sucesivo”, y el artículo 556,1 para la compartida dispone que el propietario material tiene la posesión y el uso y disfrute exclusivo del bien, el cual deriva de la titularidad de una cuota del dominio. De una manera un tanto superflua el número 2 del artículo 547-6 respecto de la propiedad temporal señala que la misma se puede enajenar, hipotecar y someter a cualquier otro gravamen con el límite del plazo fijado, sin necesidad de intervención del titular sucesivo (y sin perjuicio de que se establezca una obligación de notificación del acto de disposición una vez efectuado) pudiendo también transmitirse también por causa de muerte, lo que se

-
- 1 El Libro Quinto trata el derecho de superficie en el Título VI, “de los derechos reales limitados”, concretamente en el Capítulo IV, definiéndolo el artículo 564,1, como “derecho real limitado” que atribuye temporalmente la propiedad separada de las construcciones o de las plantaciones que estén incluidas en la finca ajena. En virtud de este derecho se mantiene una separación entre la propiedad de lo que se construye o se planta y el terreno o suelo en que se hace. El objetivo del derecho de superficie es limitar el derecho de propiedad, el cual, a través del instituto de la accesión supone que el propietario, como señala el artículo 542-1, hace suyo lo que se une a la cosa. El propietario puede limitarse, por tanto, constituyendo un derecho real que implique que durante el plazo establecido no juegue la accesión. Sin embargo, más difícil resulta la distinción entre la propiedad temporal y el derecho de superficie contemplado en el artículo 53 de la Ley del Suelo estatal, pues admite la constitución del derecho de superficie sobre construcciones o edificaciones ya realizadas o sobre viviendas, locales o elementos privativos de construcciones o edificaciones, atribuyendo al superficiario la propiedad temporal de las mismas, sin perjuicio de la propiedad separada del titular del suelo. En este caso, por tanto, existiría igualmente una propiedad temporal sobre el departamento, el cual estará sujeto a un régimen de propiedad horizontal, siendo la diferencia más relevante la de que en el caso de la propiedad temporal el suelo será un elemento común por naturaleza, mientras que en el caso de la titularidad superficiaria el suelo carecerá de dicha consideración, lo que tendrá consecuencias en el caso de extinción del régimen por destrucción de la cosa o declaración de ruina, pues, por la desaparición del objeto en un caso habrá pérdida parcial y conversión de la propiedad sobre el departamento en cuota sobre el solar, mientras que en el caso del derecho de superficie, se producirá la extinción del mismo de acuerdo con el artículo 564-6, salvo que los titulares del derecho acuerden la reconstrucción, de acuerdo con la posibilidad concedida en el apartado 4º del este precepto.

establece igualmente para el titular sucesivo en el artículo 547-7,1 y en cuanto a la compartida, tanto para el propietario material (con obligación de notificación al formal), como para el formal en relación con sus respectivas cuotas en los artículos 556-6,1, letra b y 556-8, letra a, respetándose los derechos de tanteo y retracto que pudieran corresponder a los diversos propietarios (especialmente al material). Todo esto es superfluo pues no es más que una consecuencia de sus conceptualizaciones como propiedades, las cuales se presumen libres debiendo las restricciones venir establecidas de modo claro y preciso, y por lo tanto derivan estas facultades de la regla general de respeto a la naturaleza jurídica del derecho de propiedad que predica el propio Preámbulo.

- b) Existe un problema de acceso a la propiedad de la vivienda. No obstante, creo que el problema es mayor que el que resulta de esta declaración preambular: existe también otro problema, y quizás más grave todavía, cual es el de mantener la propiedad adquirida por parte de determinados colectivos especialmente afectados por la crisis, con lo cual estas figuras pueden ofrecer una salida a esas situaciones críticas derivadas de la imposibilidad de afrontar la deuda contraída por la razón que sea (adquisición o refinanciación) pero que se haya garantizada con hipoteca sobre la vivienda.²

2 Mi opinión es que estas figuras pueden desempeñar mejor su potencial como soluciones a situaciones críticas que como alternativas a las figuras existentes. Cuando se produce una ejecución de una vivienda habitual, sea a través de un procedimiento hipotecario o de otro tipo, no sólo se pierde un activo, como podría ocurrir con un desplome bursátil: se pierde la morada. Este es un concepto no solamente jurídico, sino también moral, afectado por la protección de la persona a nivel de tratados internacionales. La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 en su artículo 25, establece que “toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios”. Por su parte, el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, señala el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. La Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea de 2010 recoge en su artículo 34 un derecho a la vivienda con un marcado contenido social, vinculado al libre desarrollo de la personalidad tomando como base la dignidad humana. Sin embargo, para que el drama que supone el desalojo de la morada se aminore es necesario involucrar de manera efectiva a los agentes sociales, comenzando por las Administraciones Públicas, cuya labor de intermediación puede resultar fundamental a la hora de buscar soluciones al desalojo, las cuales no solamente

- c) Es necesario ofrecer fórmulas que permitan abaratar los costes económicos. En definitiva, fórmulas que reduzcan el porcentaje de ingresos destinados a subvenir la necesidad de vivienda. La plena propiedad puede resultar cara o barata no solo según las circunstancias de tiempo y lugar sino también teniendo en cuenta las alternativas existentes. Cuando el artículo 47 de la CE señala que todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, en ningún caso debe entenderse que ese disfrute tenga que ser en propiedad, por lo que la promoción pública para hacer efectivo ese derecho puede dirigirse hacia cualquier figura jurídica que garantice un goce estable y económicamente viable para todas las capas de población. Lo cierto es que, tras la crisis económica y de vivienda que todavía estamos sufriendo, no resulta rentable la construcción de nuevas viviendas para satisfacer las necesidades de los sectores menos favorecidos, por lo menos no en todo el territorio, pues existen en amplias zonas viviendas cuyo precio de mercado es actualmente muy inferior al de construcción. Por ello las políticas públicas deberían orientarse hacia la adquisición de la propiedad, o cuanto menos del disfrute, de dichas viviendas. En este punto, propiedad temporal y compartida podrían tener un amplio campo de juego.³
- d) La alternativa que se ofrece a través de las llamadas tenencias intermedias pretende ser más cercana a la plena propiedad que a otras figuras que simplemente buscan cubrir necesidades temporales y por ello se ofrecen como “fórmulas que permitan

deben ser de carácter generalista (normas) sino que deben considerar medidas que actúen caso por caso, como la mediación, la conciliación y el arbitraje. Es necesario también una educación de los consumidores para que puedan entender claramente el alcance de estos derechos y, finalmente, es necesario involucrar a las entidades de crédito para que valoren estas tenencias como una alternativa real al lanzamiento, el cual en muchos casos, no beneficia a nadie, pues obliga a los adjudicatarios a pagar un sobreprecio en la subasta para luego vender a precios muy inferiores individualmente a particulares o, incluso, por paquetes, a fondos de inversión.

- 3 En Cataluña, el Decreto Ley 1/2015, de 24 de marzo, de “medidas extraordinarias y urgentes para la movilización de las viviendas provenientes de ejecución hipotecaria”, regula en su artículo 2,1 un derecho de tanteo y retracto a favor de la Administración de la Generalidad respecto de la transmisión de viviendas adquiridas en un proceso de ejecución hipotecaria o mediante compensación o pago de deuda con garantía hipotecaria que estén situadas en áreas de demanda residencial fuerte y acreditada que hayan sido adquiridas con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda.

abaratarse o aminorarse los costes económicos, pero respetando la naturaleza jurídica del derecho de propiedad”. A lo largo de la regulación legal late la idea de que estas tenencias deben tener un cierto carácter, llamémosle, interino, es decir, se pretende que sean un camino hacia la adquisición de la plena propiedad, y si bien en la propiedad temporal este carácter ni mucho menos puede considerarse un elemento esencial del negocio, lo cierto es que el propio Preámbulo señala, al referirse a la propiedad compartida, que “es consustancial a esta figura el derecho del propietario material a adquirir gradualmente más cuota de dominio sobre el inmueble, según un probable esquema preestablecido con el financiador o con el promotor vendedor, de modo que, a medida que adquiera más irá también reduciendo progresivamente la cantidad que satisface como contraprestación dineraria, porque entonces será titular de una cuota mayor de dominio sobre el inmueble”. A la hora de estudiar una concreta normativa es fundamental tener en cuenta la época en la que se elaboran los trabajos. Las leyes suelen ir por detrás de la sociedad y, en este sentido, tratan de ordenar problemas que se han planteado previamente. El entorno socio-económico en el que comienzan los trabajos doctrinales buscando figuras intermedias que satisfagan por un lado la necesidad de vivienda y, por otro lado, abaraten el coste del acceso, difiriéndolo por razón del tiempo de duración (caso de la propiedad temporal) o por razón de la gradualidad con que se efectúa dicha adquisición (caso de la propiedad compartida), es el que resulta de la crisis financiera de mediados de la pasada década, la cual dejó tocados los mercados inmobiliarios de la mayoría de los países desarrollados.⁴ Desde finales del siglo pasado, la alta demanda de títulos hipotecarios ejerció una fuerte presión en el mercado inmobiliario a través de

4 Podríamos discutir hasta la extenuación si España sufrió una crisis inmobiliaria o una crisis financiera. Desde mi punto de vista, las crisis son siempre ante todo financieras, y lo que varía es el objeto sobre el que se ceban, que en España y otros países fue con el mercado inmobiliario como antes se había cebado a nivel mundial con las punto.com y mucho antes con los más variados objetos, como fueron los tulipanes en Holanda a principios del siglo XVIII o las obras de arte a finales del siglo XX. En este sentido es muy recomendable el libro de Fernando Trías de Bes, “El hombre que cambió su casa por un tulipán” (“Temas de Hoy”, 2010), en los que analiza diversos supuestos (a nivel mundial) de los últimos cuatrocientos años en los que el hombre ha confundido valor y precio generando crisis financieras de grandes proporciones.

un aumento nunca visto de la concesión de hipotecas, que eran la base de aquellos títulos, y, como consecuencia de este aumento, se produjo una relajación en los criterios de valoración de la aptitud del deudor y un alargamiento de los plazos de duración de los préstamos, precisamente para facilitar dicha aptitud. El incremento de masa monetaria tanto en manos de los potenciales compradores como de los que ya eran propietarios de inmuebles, especialmente de viviendas, produjo un aumento espectacular de los precios de los inmuebles. Este castillo de naipes, títulos hipotecarios, hipotecas, precio de los inmuebles, se desmoronó en el momento en que la demanda de títulos se ralentizó, momento que tuvo lugar en el momento en que los inversores empezaron a percibir la falta de seguridad de los mismos, especialmente en Estados Unidos. El cierre del grifo en la concesión de nuevas hipotecas produjo una caída en la demanda de inmuebles, especialmente de viviendas, lo que provocó que los precios entraran en caída libre debido a la incapacidad del mercado para absorber la enorme oferta de vivienda construida y vacía disponible. La situación en el mercado inmobiliario español se caracterizó, además, por un paro casi total en la actividad de construcción (estábamos en cifras de 800.000 viviendas nuevas al año), lo que supuso un espectacular aumento del desempleo. Un sector de la población se encontró con hipotecas cuyo principal pendiente superaba al valor en el mercado del inmueble y, además, impagables dada la situación de precariedad laboral con la que se encontraron los deudores.

Curiosamente, el desplome en los precios no ha ido acompañado de un aumento en las ventas, lo que demuestra que nos encontramos ante un mercado inelástico. ¿Qué pasaría si un concesionario de automóviles rebajase los precios a la mitad? Probablemente agotaría las existencias. Sin embargo, la caída de los precios no ha provocado un mayor acceso de los ciudadanos a la vivienda, cuanto menos a la vivienda habitual, siendo los principales compradores de vivienda fondos de inversión inmobiliaria. La razón hay que buscarla no sólo en la elevada tasa de desempleo sino también en las restricciones

para acceder al crédito y, en menor medida, en el cambio de la fiscalidad.⁵

Los datos aportados a finales de 2015 para viviendas vacías “nuevas” en toda España es de 389000, según datos de la tasadora Tinsa. Según datos del INE, a finales de 2014 en España había 25,2 millones de viviendas de las cuales 3,4 estaban vacías, lo cual supone que una década el parque de viviendas vacías aumentó un 10,8 por ciento. Con razón España ha sido calificada a nivel internacional como “país de ciudadanos sin vivienda y de viviendas sin ciudadano”.

Con posterioridad al derrumbe del mercado inmobiliario hemos visto numerosas medidas, especialmente provenientes del Derecho de consumidores, que intentan, tanto paliar los efectos producidos, reduciendo los efectos del alto endeudamiento e implementando medidas para la conservación de la vivienda, como prevenir la repetición de situaciones similares para lo que se opta por la mejora en la calidad de la información así como en la exigencia de exámenes de solvencia en la concesión de nuevos créditos.⁶

5 Así, no sólo ha desaparecido en el IRPF la desgravación por adquisición de vivienda, sino que en septiembre de 2012 se incrementó el IVA, y en algunas comunidades también el ITP, situación especialmente grave en Cataluña, que a partir del 1 de agosto de 2013 aumentó el tipo del 8 al 10. En cuanto a la concesión de créditos hipotecarios en el año 2013 el porcentaje de compraventas de viviendas financiado con un préstamo hipotecario se situó en torno al 33 por cien, mientras que en el año 2007 se situaba en cifras superiores al 60 por cien. Además, el importe del préstamo bajo al 78 por ciento del valor de la vivienda, diez puntos por debajo de las ratios observadas antes del inicio de la crisis.

6 Sin ánimo de ser exhaustivo, a nivel estatal podemos señalar el Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, que establece un código de buenas prácticas de carácter voluntario que permite la dación en pago como medida sustitutiva de la ejecución hipotecaria en casos de extraordinaria vulnerabilidad, la Ley 1/2013, de “medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social”, que contiene una batería de medidas dirigidas a limitar los intereses moratorios cobrables cuando se hipoteca la vivienda habitual, suspende los lanzamientos sobre viviendas habituales de colectivos especialmente vulnerables y establece unos requisitos mínimos de información al deudor, llegando incluso a exigir su firma manuscrita respecto de las llamadas “cláusulas de difícil comprensión” (concretamente se recogen tres clases, la de variabilidad del tipo de interés si el que se pacta al alza es superior al que se pacta a la baja, las que lleven aneja la contratación de un seguro de cobertura del interés y las de concesión en una o varias divisas), y la llamada “Ley de segunda oportunidad” (Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero, de “mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas sociales”), cuya Exposición de Motivos señala

En estas medidas, el centro de gravedad se sitúa en el concepto de vivienda habitual, si bien determinadas medidas de protección son aplicables a toda clase de viviendas, sin distinción de su destino y otras, a toda clase de préstamos concertados con consumidores, de suerte que hoy la hipoteca es un derecho real cuyo contenido está en gran parte predeterminado por la cosa hipotecada, la clase de deudor e, incluso, por el tipo de acreedor, según sea o no una entidad financiera o no.⁷ La calificación registral de una hipoteca, previa a

que su objetivo es el de que “una persona física, a pesar de un fracaso económico empresarial o personal, tenga la posibilidad de encarrilar nuevamente su vida e incluso arriesgarse a nuevas iniciativas, sin tener que arrastras indefinidamente una losa de deuda que nunca podrá satisfacer”, para lo cual se modifica, entre otras medidas, la legislación concursal. En cuanto al examen de solvencia para la concesión de nuevos créditos, la Directiva Europea 2014/17/UE, de 4 de febrero de 2014, “sobre los contratos celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial” señala en su artículo 18 que “los Estados miembros velarán por que, antes de celebrar un contrato de crédito, el prestamista evalúe en profundidad la solvencia del consumidor, evaluación que tendrá en cuenta los factores pertinentes para verificar las perspectivas de cumplimiento por el consumidor de sus obligaciones en virtud del contrato de crédito, sin que pueda basarse de modo preeminente en el valor del bien inmueble de uso residencial ni en la hipótesis de que dicho valor aumentará, a menos que la finalidad del contrato de crédito sea la construcción o renovación del bien”. El Código de Consumo de Cataluña se modifica por la Ley 20/2014, de 29 de diciembre regulando en el artículo 263-2 la evaluación de la solvencia.

- 7 Así la Ley de 41/2007, de 7 de diciembre señala en el número VII de su Preámbulo que “lo que se pretende mediante esta reforma es generalizar la posibilidad de garantizar con hipoteca de máximo otras muy diversas relaciones jurídicas, si bien se ha considerado conveniente limitarlo a las entidades de crédito y no a cualquier acreedor, dada la especial normativa de supervisión a la que están sometidas aquéllas”. Por su parte la Ley 2/2009, de 31 de marzo, regula “la protección del consumidor en la contratación de préstamos y créditos hipotecarios por empresas que no son entidades de crédito y de servicios de intermediación”, la cual somete a éstas a un régimen de inscripción en registros públicos, que a tal efecto deben ser creados por las comunidades autónomas en el ejercicio de sus competencias, contemplándose la creación de un Registro estatal, que se nutrirá de la información que faciliten las comunidades y de la inscripción de las empresas extranjeras. La Ley contempla obligaciones de transparencia en la información precontractual de forma que las empresas deban tener a disposición de los consumidores gratuitamente las condiciones generales de contratación que utilicen. Las empresas deberán contar con un seguro de responsabilidad civil o aval bancario que cubra las responsabilidades en que puedan incurrir frente a los consumidores. Como corolario de estas obligaciones, el artículo 18 obliga a notarios y registradores a denegar la autorización o inscripción de los documentos que no cumplan los requisitos establecidos por la legalidad vigente y muy especialmente los fijados por esta Ley.

su inscripción en el Registro de la Propietario, se ha convertido en un verdadero galimatías por las pluralidad de leyes aplicables, las suspensiones por recursos de inconstitucionalidad y las numerosas sentencias (tanto del TS como del TSJUE) que, debido a la normativa de protección de consumidores, van perfilando los límites de determinadas obligaciones accesorias como, por ejemplo, los intereses de demora.⁸

8 Se plantea un problema (bueno yo más que problema lo llamaría laberinto), y es que no todos los consumidores de productos hipotecarios son iguales. La crisis inmobiliaria-financiera que hemos padecido ha conseguido la cuadratura del círculo, que el derecho de consumidores, se convierta en un derecho de clase. Ya sabemos, que los consumidores no son iguales en su capacidad cognitiva, pero tras la Ley 1/2013, tampoco son iguales en cuanto a los derechos que el Ordenamiento Jurídico les confiere. Se suponía que la normativa de consumo tenía por objeto proteger por igual a todos los consumidores. Pues no, no todos son iguales. La situación en que se encuentran los consumidores de créditos y préstamos hipotecarios es dispar, según la clase de bien que sirva de garantía y según el destino que se dé a la cantidad recibida. Si nos ponemos delante de nuestro consumidor de préstamos hipotecarios que llega al Registro a obtener su protección, le vamos a decir, vale, pero su protección es menor porque usted es un prestatario pero el bien dado en garantía no es una vivienda (usted ha hipotecado una plaza de aparcamiento, un solar, una nave industrial, etc.) y por tanto sus derechos en la subasta son menores con arreglo al artículo 671 de la LEC, pues el acreedor puede adjudicarse el bien por el 50 por cien del valor de tasación y no por el 60 y además, si estamos en Cataluña, no tiene derecho a recibir la información que prevé el artículo 123-10 de la normativa catalana, que se reserva a los préstamos sobre vivienda. Además, sus intereses moratorios pueden ser superiores a tres veces el tipo del interés legal del dinero (si estuviese en Cataluña sería diferente pues en toda clase de préstamo con consumidores los intereses moratorios no pueden ser superiores a tres veces el interés legal del dinero vigente en el momento del pacto). Pero, héteme aquí, que comparece otra persona que dice, ¡yo sí que he hipotecado una vivienda! ¡Yo sí tengo plenos derechos!. Pues no, le diremos, usted tampoco, porque aunque sí que tiene derecho a la información citada, en subasta no tiene derecho al 60 por ciento porque su vivienda no es la habitual y sus intereses moratorios no se limitan. Llega un tercero que dice, ¡yo sí he hipotecado la vivienda familiar! Y le diremos, sí, pero su préstamo es de refinanciación, no de adquisición y, por tanto, tiene derecho a la información y al 60 por ciento del valor de tasación, pero sus intereses moratorios podrán ser superiores a tres veces el intereses legal del dinero. En definitiva, sólo nos encontraremos con unos consumidores que realmente alcanzan el más alto grado de protección que son aquellos que contratan un préstamo para la financiación de su vivienda habitual y, por aplicación del artículo 114 de la LH, los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda, no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y sólo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago. Además por aplicación del artículo 6 de la Ley 1/2013, tendrán derecho a enterarse de forma privilegiada

El entorno económico siempre determina las soluciones jurídicas. Piénsese en la normativa arrendaticia que teníamos hasta mediados de los años ochenta, caracterizada por la fuerte protección del arrendatario, lo cual sólo se explica por el entorno social en que se promulgo la LAU de 1964, tras una época de gran inmigración del campo a la ciudad. El actor principal era el arrendatario quedando el arrendador reducido ya no a la condición de actor secundario sino casi, casi, a la condición de extra. En las tenencias intermedias, asimismo, nos encontramos, si bien no de modo tan acentuado, con un actor principal y otro u otros actores, que podríamos calificar de secundarios.

El actor principal es el propietario poseedor. La normativa se pone a su disposición para garantizar que dicha posesión se prolongue en el tiempo lo máximo posible o para que su cuota en el total dominio se amplíe gradualmente. Este centro de gravedad es lo que permite distinguir estas tenencias de otras figuras de carácter real similares que desglosan posesión y propiedad, como el derecho de superficie o el usufructo. El legislador catalán, consciente de la similitud de la propiedad temporal con otras figuras ya existentes que aúnan los conceptos de titularidad y temporalidad, señala en el artículo 547-3 que “los regímenes del fideicomiso, de la donación con cláusula de reversión, del derecho de superficie o cualesquiera otras situaciones temporales de la propiedad se rigen por sus disposiciones específicas”. En este sentido es interesante señalar como la Ley del Derecho a la Vivienda (Ley 18/2007, de 28 de diciembre), tras la modificación operada por la Ley 9/2011, de 29 de diciembre, “de promoción de la actividad económica” ya estableció la posibilidad de la propiedad compartida, al señalar como “a los efectos de la presente ley, se entiende por propiedad compartida cada una de las formas de acceso a la vivienda protegida intermedias entre el alquiler y la

porque como su préstamo recae sobre una vivienda (al igual que si recayese sobre terrenos o edificios construidos o por construir) y la finalidad del préstamo es la adquisición o conservación del bien, tendrán que firmar la llamada “expresión manuscrita”, pero no en todo caso, sino sólo si se estipulan cláusulas suelo dispares con las techo o lleva asociado el préstamo un instrumento de cobertura del riesgo o se concede en una o varias divisas. Eso sí, que no cambie la situación y esta vivienda deje de ser la vivienda habitual en el momento de la ejecución pues entonces lo de la subasta y lo de los intereses de demora deja de tener esa situación especial (salvo que el préstamo esté afectado por la Ley de Consumo de Cataluña, en cuyo caso los intereses de demora seguirán topados a tres veces el intereses legal del dinero en el momento del pacto).

propiedad que implican la transmisión al adquirente del dominio de una parte de la vivienda y la retención del resto por parte de una tercera persona”, señalando los apartados siguientes como la figura de la propiedad compartida puede implicar o no la transmisión futura o progresiva y por fases al adquirente del pleno dominio sobre la vivienda. “A la parte de la vivienda no transmitida se pueden aplicar las correspondientes ayudas protegidas para el alquiler, según lo establecido por las disposiciones reguladoras de las ayudas para estas tipologías de vivienda. Las administraciones públicas pueden participar en la adquisición de propiedades compartidas”.

Como se ha señalado, debido a que la investigación jurídica de estas figuras se ha producido esencialmente durante los años de la crisis inmobiliaria, las tenencias intermedias nacen ligadas al concepto de vivienda y, precisando aún más, al concepto de vivienda habitual. Otra cosa es que, aprovechando que el Pisuerga pasa por Valladolid, se haya ampliado el objeto y así, el artículo 547-2 señale que “Pueden ser objeto de propiedad temporal los bienes inmuebles, así como también los bienes muebles duraderos y no fungibles que puedan constar en un registro público”. Este criterio para la propiedad compartida nos lo encontramos en el artículo 556-2,1 y es una situación en la que ocurre lo mismo: lo normal es que sean objeto de propiedad compartida inmuebles y así se deduce de la normativa, pero se admite que sean objeto de propiedad compartida también los bienes muebles inscribibles.⁹ En este sentido, parece existir una cierta descoordinación en la terminología utilizada en el Libro Quinto, pues en propiedad

9 En realidad las estructuras jurídicas pocas veces determinan la naturaleza del objeto. El arrendamiento puede ser de cosa mueble o inmueble, otra cosa es si descendemos un escalón y vamos a los tipos concretos, los arrendamientos rústicos y urbanos tengan que recaer necesariamente sobre un bien inmueble. Un caso particular se produce con la propiedad horizontal, donde el artículo 553-2 limita el objeto a los edificios y cualesquiera otros inmuebles, incluso en construcción, en los que coexistan elementos privativos, constituidos por viviendas locales u otros espacios físicos susceptibles de independencia funcional y de atribución a diferentes propietarios, con elementos comunes, necesarios para el uso y disfrute adecuado de los privativos. El apartado 2º contempla otros supuestos inmobiliarios semejantes, como amarres, cementerios y mercados. Sin embargo, ¿por qué no puede extenderse el régimen de propiedad horizontal a otros supuestos en que se dé identidad de razón, coexistencia de partes privativas y comunes en un mismo objeto, aunque no sea un inmueble?. Esta claro que un barco, por ejemplo, podría ser susceptible de ser objeto de propiedad horizontal en cuanto podría establecerse la propiedad individual de los camarotes y la común del resto de los elementos.

temporal y compartida se utiliza el término “registrable”, mientras que para la comunidad por turnos se utiliza el de “identificable de forma clara” (artículo 554-2). Mi opinión es que se está diciendo lo mismo pues dado el carácter voluntario de la inscripción, no es necesario que el bien conste ya inscrito en un Registro Público para que pueda ser objeto de propiedad temporal o compartida, sino que basta con que sea posible su inscripción y, solamente son inscribible los bienes muebles que sean susceptibles de una identificación clara.¹⁰

Como resultado de esta investigación jurídica y para facilitar la adquisición del bien, el legislador ha creado dos instituciones. La primera, la propiedad temporal, con arreglo al artículo 547-1, confiere a su titular el dominio por plazo cierto y determinado vencido el cual el mismo hace tránsito al titular sucesivo, y la cual, por ser una verdadera propiedad, conforme al artículo 547-3,1, se rige en todo lo no establecido por el título de adquisición ni por las disposiciones del presente capítulo, por las normas relativas al derecho de propiedad. La segunda figura, la propiedad compartida, que es aquella que, con arreglo al artículo 556-1, confiere a uno de los dos titulares, llamado propietario material, una cuota del dominio, la posesión, el uso y el disfrute exclusivo del bien y el derecho de adquirir de modo gradual, la cuota restante del otro titular, llamado propietario formal, se regula como una forma de comunidad, en el Título V, y por ello el artículo 556-3 señala que esta propiedad, en todo lo no establecido por el título de constitución y las disposiciones del presente capítulo, se rige por las normas relativas a la comunidad ordinaria y a los derechos de adquisición en lo que sean compatibles. Asimismo, en este afán finalista de facilitar la adquisición final de la plena propiedad, el artículo 556-2,2 declara compatibles ambos tipos sobre un mismo objeto.

10 Así, por ejemplo, la Ley de Hipoteca Mobiliaria restringe la posibilidad de la misma a bienes identificables, debiendo ser inscrita la hipoteca en el Registro de bienes Muebles, y concretamente el artículo 12 de la Ley de 16 de diciembre de 1954 señala que son sólo hipotecables los establecimientos mercantiles, los automóviles y otros vehículos de motor, así como los tranvías y vagones de ferrocarril, de propiedad particular, las aeronaves, la maquinaria industrial y la propiedad intelectual y la industrial, exigiendo los artículos respectivos una serie de requisitos que implican la individualización de la cosa, como el local de negocio, número de batidor y motor, matrícula e incluso la previa inscripción en el Registro Mercantil correspondiente.

Como se ha dicho, el hecho de que en el centro de gravedad se sitúe al propietario inmediato (temporal o material) determina que la legislación esté concebida para facilitar la adquisición por el mismo de la total propiedad. La normativa no puede evitar considerar a la propiedad temporal o a la compartida como situaciones interinas a la que hay que facilitar una salida, de modo que la compartida no se prolongue eternamente y que la temporal se prolongue más allá del tiempo pactado hasta convertirse en plena propiedad. No pueden considerarse por tanto situaciones funcionales de suerte que la normativa deba buscar su perdurabilidad, sino lo que la late es que hay facilitar su extinción por su conversión en propiedad ordinaria. El hecho de que la funcionalidad no sea un elemento esencial de esta clase de propiedades conlleva que se permita pactar derechos de adquisición preferente recíprocos a favor del propietario temporal o del sucesivo según sea el caso (artículo 547,5, letra c).¹¹

2. LA PROPIEDAD PRIVADA PLENA PUEDE RESULTAR ANTIECONÓMICA

El gran activo que presentan estas figuras pueden centrarse en dos conceptos: estabilidad y viabilidad económica. Muchas veces se ha dicho que los españoles tenemos metido en el ADN la vocación por la propiedad de la vivienda. Yo niego la mayor: los españoles, al igual que todo el mundo, vamos donde la situación económico-jurídica nos lleva (si el Estado dedicase el 3 por ciento del PIB a políticas de vivienda y, en especial, al alquiler social, nuestras tasas de alquiler probablemente superarían a las de propiedad). La LAU de 1964 y su gran protección del arrendatario provocó que la mayor parte de los españoles optasen por el alquiler. Son las reformas de la normativa arrendaticia las que

11 Cuando nos encontramos con una comunidad funcional, esta situación se pone al servicio de fines individuales y, por ello, la situación de comunidad debe perdurar en el tiempo, al menos mientras dichos fines individuales sigan vigentes. Los ejemplos son muchos, comenzando por la propiedad horizontal, donde la situación de comunidad se pone al servicio del disfrute de los elementos privativos, las comunidades sobre locales destinados a plazas de aparcamiento o trasteros, donde el que adquiere la cuota adquiere también un derecho sobre un espacio físico perfectamente delimitado sobre el cual se le concede un uso exclusivo, aprovechamientos de aguas, etc.

empiezan a invertir la tendencia (sobre todo a partir del conocido como Decreto Boyer, “Real Decreto-Ley 2/1985, de 30 de abril, de medidas de política económica”).¹² Por otra parte, durante las últimas décadas han existido incentivos fiscales para la adquisición en propiedad (incluso, en ocasiones sobre la segunda vivienda). En este contexto de inestabilidad arrendaticia y de incentivo a la propiedad es donde cambia nuestra mentalidad y se crean frases en la conciencia social como la de que “los pisos nunca bajan de precio”, o “alquilar es tirar el dinero”, que, desgraciadamente, han demostrado ser una falacia.

La sociedad siempre ha buscado figuras atípicas, que luego han acabado convirtiéndose en típicas, en busca de la mayor rentabilidad de la inversión. Así, por ejemplo, en materia vacacional, ha sido paradigmática la utilización por turnos del mismo bien inmueble, para pagar sólo el tiempo realmente disfrutado, y así nacieron la multipropiedad (regulada en el ámbito estatal por la Ley 42/1998 “de aprovechamiento por turnos”, sustituida por la Ley 4/2012, de 6 de julio, y en Cataluña por la normativa reguladora de la comunidad por turnos en el Libro V del CCcat), o los condohoteles, donde la propiedad pertenece a diversos propietarios y la gestión la realiza un profesional de la hostelería.¹³ Asimismo está a la orden del día la

12 Este Real Decreto-Ley hizo pasar el grado de protección respecto de los nuevos arrendatarios a niveles mínimos, pues frente al carácter indefinido del contrato de la LAU de 1964, ya que establecía la prórroga a instancia del arrendatario con carácter forzoso, salvo los supuestos legalmente previstos de excepción a la misma por parte del arrendador recogidos en los artículos 62 y siguientes, el artículo 9 suprime la prórroga forzosa señalando que los contratos tendrán la duración que libremente pacten las partes. La Ley de 1994 (Ley 29/1994, de 24 de noviembre) estableció la posibilidad de la prórroga a instancia del arrendatario hasta cinco años, plazo que se rebaja hasta los tres por la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado de alquiler de viviendas.

13 Esta figura importada de Estados Unidos y que las cadenas hoteleras españolas ya han extendido por países como México y Brasil, constituye un híbrido entre el modelo hotelero y el residencial. Según el concepto más general, las habitaciones pertenecen a diferentes propietarios y la gestión corre a cargo de la empresa hotelera. El dueño de la habitación puede disfrutarla durante unas semanas y los ingresos obtenidos por su explotación durante el resto del año se reparten entre el propietario y el gestor. Sin embargo, existe un vacío legal, no existe una norma en España que lo regule específicamente. Además, debido a ciertas similitudes con la multipropiedad o vacaciones de tiempo compartido, el condohotel “choca frontalmente” con el artículo 23.7 de la Ley de Derecho de Aprovechamiento por Turnos, a cuyo tenor, el contrato por virtud del cual se constituya o transmita cualquier otro derecho, real o personal, por tiempo superior a un año y relativo a

utilización compartida de embarcaciones de recreo o de aeronaves privadas.

Sin embargo, el esfuerzo que supone adquirir la plena propiedad, en materia de vivienda, no es igual a lo largo del territorio y, por lo tanto, estas figuras no creo que tengan un éxito homogéneo, sino que el mismo puede que vaya por zonas. En determinadas partes de la costa el precio de la vivienda se ha hundido hasta niveles inimaginables, hasta tal punto que hay sitios donde es más barato un apartamento playero que un utilitario (podemos encontrar caídas de precio superiores al 70 por ciento), y desde luego el precio de mercado se haya por debajo del precio de construcción. No es de prever que en estas zonas con exceso de inmuebles baratos estas fórmulas vayan a encontrar arraigo, por lo menos en el corto plazo. Sin embargo hay zonas donde la vivienda nueva escasea, los alquileres se están disparando y la vivienda de segunda mano tiene precios prohibitivos para la mayor parte de las capas sociales.¹⁴ Las subidas de los precios de las viviendas (y en estos momentos nos encontramos en un ciclo alcista en determinadas zonas), tiene el efecto de onda expansiva: las zonas más cotizadas van extendiendo el efecto subida a las zonas colindantes y así hasta alcanzar gradualmente a barrios periféricos y poblaciones situadas en los cinturones de las grandes ciudades. Estas zonas son muy sensibles, por tanto, a que se produzca una desviación en la razonable proporción entre las rentas de sus habitantes y el precio de las viviendas.

La inestabilidad en el precio de las viviendas ha tenido su lado más visible, o cuanto menos más dramático, en la situación de los ciudadanos, pero también ha causado un gran perjuicio a los

la utilización de uno o más inmuebles durante un periodo de tiempo determinado o determinable al año, al margen del presente Título, será nulo de pleno derecho. Este obstáculo podría superarse si se adapta la legislación nacional a la Directiva Europea sobre adquisición de productos vacacionales de larga duración.

- 14 Madrid, Barcelona, San Sebastián, Marbella..... Madrid y Barcelona lideran la recuperación del mercado residencial, con un aumento del precio de los pisos del 9,2% y del 7,5, respectivamente (Expansión, 3 de abril de 2016). Según, el jefe de Estudios de el Idealista, Fernando Encinar (El Economista, 5 de octubre de 2015), se están produciendo dos velocidades, pues por un lado se encuentran las grandes ciudades, que llevan ya dos años ofreciendo resultados positivos, frente a buena parte del Estado, en el que los propietarios no tendrán más remedio que seguir ajustando precios, ya que en muchas zonas la oferta sigue siendo alta y la demanda reducida”.

acreedores hipotecarios. La creencia popular es que las entidades de crédito están adquiriendo las viviendas en ejecución hipotecaria o por dación en pago, a precio de ganga, por mucho menos de lo que valen. Sí que es cierto que las están adquiriendo por valores muy inferiores a los que constituyeron los precios de tasación, lo cual no significa que no estén pagando un sobreprecio, lo cual es especialmente relevante en las ejecuciones judiciales¹⁵. En mi condición de registrador he podido comprobar como viviendas que parecían haber sido adquiridas por una entidad de crédito como verdaderas gangas (por ejemplo, por el 60 por ciento del valor de tasación), sin embargo eran vendidas pocos meses después con importante descuento sobre el precio de adjudicación. Hoy la subasta judicial (y en general todo el procedimiento de ejecución) puede ser considerado como un medio de realización del valor, más no como un mecanismo para obtener el precio justo.¹⁶

15 La LEC ha sido modificada por la Ley 1/2013, y nuevamente por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, señalando el artículo 671 que “si en la subasta no hubiere ningún postor, podrá el acreedor, en el plazo de los veinte días siguientes al del cierre de la subasta, pedir la adjudicación del bien. Si no se tratase de vivienda habitual del deudor, el acreedor podrá pedir la adjudicación del bien por el 50 por cien del valor por el que el bien hubiera salido a subasta o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos, pero si se tratase de la vivienda habitual del deudor la adjudicación se hará por el importe igual al 70 por cien del valor por el que el bien hubiese salido a subasta o si la cantidad que se le deba por todos los conceptos es inferior a ese porcentaje, por el 60 por cien”.

16 La citada Ley 19/2015, de 13 de julio, de “medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil”, introduce en el artículo 648 de la LEC la subasta electrónica, poniendo de manifiesto el Preámbulo como el recurso a la subasta pública como medio de realización de bienes, se basa en la libre concurrencia, persiguiéndose dos claros objetivos: por un lado la transparencia del procedimiento y, por otro, la obtención del mayor rendimiento posible de la venta de los bienes. Estos procedimientos (notariales, judiciales o administrativos) se caracterizan por su configuración presencial y por una gran rigidez en cuanto a su procedimiento. Por ello, se crea en la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado un Portal Electrónico de Subastas para su celebración, a fin de lograr una mayor simplificación administrativa evitando, al mismo tiempo, el solapamiento de procedimientos mediante la reutilización de los medios disponibles. La existencia de un solo portal ofrece ventajas importantes, entre ellas se familiariza al usuario con un entorno y bastará que se dé de alta como tal en un único lugar para poder participar en todo tipo de subastas. Además, un solo portal implica la existencia de una única base de datos, lo que permitirá, por una parte, mantener un solo motor de búsquedas que abarcará la práctica totalidad de las subastas públicas y por otra, ahorrará significativamente los costes de alojamiento, mantenimiento y desarrollo de la base de datos. Las ventajas de la subasta electrónica frente a la presencial son muy importantes

En esta situación convendría potenciar los mecanismos alternativos a la subasta, ya previstos en la propia LEC, e incluso los contenidos en otras leyes, como ocurre en Cataluña con los mecanismos de mediación y arbitraje contenidos en el Código de Consumo.¹⁷ Así, el artículo 640 de la LEC recoge el convenio de realización aprobado por el letrado de la administración de justicia, con el fin de realizar el bien sujeto a la ejecución a través de la presentación de una persona que, consignando o afianzando, se ofrezca a adquirir los bienes por un precio previsiblemente superior al que pudiera lograrse mediante la subasta judicial. Asimismo, podrá recoger cualquier forma alternativa de satisfacer el derecho del ejecutante. Ni que decir tiene que la constitución de una propiedad temporal o una compartida entrarían dentro de este concepto alternativo de satisfacción. Por su parte, el artículo 641 contempla la posibilidad de que el propio letrado acuerde que la realización se

porque ésta última adolece, hoy por hoy, de serios inconvenientes como la falta de publicidad, ya que las subastas se anuncian escasamente y su limitada difusión dificulta enormemente la concurrencia, lo que genera, a su vez, una escasa participación. También destaca la limitación de acceso de la subasta presencial, lo que complica la participación a los que concurren en persona o representados, en su caso, al obligarles a estar en un lugar, día y hora determinados. Se ha subrayado también la rigidez del procedimiento de la subasta presencial pues adolece de un rigor formalista hoy superado.

- 17 El artículo 131-1 del Código de Consumo de Cataluña (Ley 22/2010, de 20 de julio) establece que “Las administraciones públicas de Cataluña deben impulsar, en colaboración con las organizaciones de consumidores, la disponibilidad para los consumidores y para los empresarios, de sistemas operativos de resolución voluntaria de conflictos y de reclamaciones en materia de consumo, fomentando el desarrollo de la mediación y el arbitraje de consumo. El artículo 131-3 establece que “En el marco de los procedimientos de resolución extrajudicial de conflictos de consumo derivados de contratos de crédito o préstamo hipotecario que afecten a la vivienda habitual de la persona consumidora, el organismo competente puede solicitar un informe de evaluación social que determine los riesgos sociales y económicos derivados del proceso de lanzamiento. Para redactar este informe, debe pedirse información a los servicios sociales básicos sobre la situación de la persona o unidad familiar”. El artículo 132-4 impone en los casos de ejecución hipotecaria de la vivienda habitual que pueda llevarse a cabo un procedimiento de mediación destinado a la resolución extrajudicial del conflicto, el cual debe ser previo a cualquier intervención judicial o notarial. Asimismo las partes pueden acordar someterse a un arbitraje, el cual, según el artículo 133-1 existirá si existe un convenio arbitral, pero en materia de préstamos y créditos hipotecarios se entiende aceptado dicho convenio por el prestamista salvo que, antes de la firma del contrato, se manifieste al prestatario la voluntad en contra.

lleve a cabo por persona especializada y conocedora del mercado y en quien concurran los requisitos legalmente exigidos para operar en el mercado de que se trate.

3. SITUACIÓN EN DERECHO COMPARADO

España se encuentra entre los países de la Unión Europea con mayor porcentaje de vivienda habitual en propiedad (alrededor del 78 por ciento según datos del INE correspondientes al año 2014). Incluso, la crisis ha atemperado nuestras altas cifras, pues el alquiler se ha doblado durante la misma (hasta alcanzar los 2,4 millones de viviendas). Esta alta tasa ¿es buena o mala?. Es difícil dar una respuesta. Para algunas cosas es buena y para otras no. Como pros podríamos apuntar que la ocupación por quien es propietario mantiene en mejor estado los edificios, fuerza al ahorro y garantiza una estabilidad económica futura pues la carga familiar destinada al disfrute de la vivienda irá disminuyendo con los años y el patrimonio familiar aumentando (¿qué pasará si el sistema de pensiones público entra en crisis?, no hay duda de que una sociedad de propietarios tendrá mayor cintura para afrontar esta situación).¹⁸ Sin embargo, existen dos grandes contras, la menor movilidad de la población (la propiedad ata al ciudadano al lugar de residencia, cual siervo

18 Tras el fracaso de la hipoteca inversa, potenciada por la Ley 41/2007, se están desarrollando importantes trabajos doctrinales intentando su reactivación, particularmente el la Cátedra de Vivienda UNESCO de la Universidad Rovira i Virgili de Tarragona. La figura en la actualidad tiene un importante empuje en Estados Unidos, país que, pese a su alto nivel de renta (50.577 euros frente a los 24.100 de España en 2015), carece de un sistema de estado de bienestar equiparable al europeo por lo que son los particulares quienes deben prever en gran medida las contingencias de enfermedad y jubilación. En Estados Unidos existen tres tipos de hipotecas inversas: las hipotecas inversas para propósito único, ofrecidas por algunas agencias del gobierno estatal y local y por organizaciones sin fines de lucro y se caracterizan porque tienen un fin único prefijado con el prestatario (por ejemplo, la rehabilitación de la vivienda); las hipotecas inversas privadas, que son préstamos privados, por lo que el destino no está prefijado; y las hipotecas inversas con seguro federal, conocidas como hipotecas de conversión de amortización hipotecaria o HECM (acrónimo de *Home Equity Conversion Mortgages*), las cuales están respaldadas, por el Departamento de Vivienda y Desarrollo Urbano. En definitiva, la hipoteca inversa es un buen mecanismo para subvenir carencias de pensión o para complementar las existentes.

de la gleba) y el endeudamiento familiar que puede llegar a ser insostenible si la carga de adquisición se desequilibra en relación con los ingresos que, como hemos visto, es una de las consecuencias de nuestra crisis económica.¹⁹

En todo caso, la morada es algo necesario y las políticas públicas tienen que garantizar la misma con cierta estabilidad algo que no ofrece en la actualidad nuestra Ley de Arrendamientos Urbanos, la cual, tras la reforma de 2013 reduce de cinco a tres el plazo de la prórroga forzosa (artículo 9) y, además, establece la inscripción en el Registro de la Propiedad como requisito necesario para derogar la ley *emptioem*.²⁰

Un análisis comparativo de la propiedad en Europa revela, aunque no de manera taxativa, que a mayor renta per cápita, menor es la tasa de vivienda en propiedad lo cual, a primera vista, podría indicar que la vivienda no es concebida como signo exterior

19 El esfuerzo que han tenido que realizar las familias se ha incrementado notablemente durante los años de la burbuja inmobiliaria, creciendo desde el año 1990 al año 2008, según fuentes de la Asociación Hipotecaria Española, en un 21,8 por ciento. Este dato resulta más llamativo si consideramos que el tipo hipotecario a principios de los noventa rondaba el 15 por ciento, frente al 5% de 2008, año en el que el plazo medio de los préstamos era de 22 años frente a los catorce de la década anterior. Indudablemente el alargamiento en los plazos de los préstamos suponía colocar más dinero en manos de las familias y, consecuentemente, aumentar las posibilidades de la oferta, lo que empujó los precios al alza de una manera nunca antes apreciada. Por esta razón, en los trabajos preparatorios de la Ley 41/2007 se propuso por el Grupo Parlamentario de Izquierda Unida una limitación en la duración de los créditos hipotecarios, fijando la duración máxima en quince años, medida que no fue tomada en consideración.

20 La Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado de alquiler de viviendas, da una nueva redacción al artículo 14 de la LAU, estableciendo que el adquirente de una finca inscrita en el Registro de la Propiedad, arrendada como vivienda en todo o en parte, que reúna los requisitos exigidos por el artículo 34 de la LH sólo quedará subrogado en los derechos y obligaciones del arrendador si el arrendamiento se hallase inscrito, conforme a lo dispuesto por los artículos 7 y 10 de la presente ley, con anterioridad a la transmisión de la finca. Si la finca no se hallase inscrita en el Registro de la Propiedad, se aplicará lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 1571 del CC (el comprador tiene derecho a que finalice al arrendamiento). Si el adquirente usare del derecho reconocido por el artículo citado, el arrendatario podrá exigir que se le deje continuar durante tres meses, desde que el adquirente le notifique fehacientemente su propósito, durante los cuales deberá satisfacer la renta y demás cantidades que se devenguen al adquirente. Podrá exigir, además, al vendedor, que le indemnice los daños y perjuicios que se le causen.

de riqueza, al menos no la vivienda habitual, como podrían, por ejemplo, ser los automóviles. Así, por ejemplo, en Suiza, con una renta superior a los 80000 euros, solamente son propietarios de su vivienda habitual el 44,3 por ciento de sus habitantes mientras que en el lado opuesto, en Rumanía, con una renta que apenas sobrepasa los 10000, son propietarios el 97,5. ¿Quiere esto decir que debemos avanzar hacia un modelo más arrendaticio y con menores índices de propiedad?. Parece esto lo lógico, si además consideramos que Alemania y Francia no llegan al 60 por ciento de propietarios, mientras que Bulgaria y Hungría rondan el 90. Existen excepciones a esta regla y así, por ejemplo, Noruega, con la renta más alta de Europa (90000 euros), supera el 80 por ciento de propietarios. Sin embargo, no debemos extraer apresuradamente conclusiones pues cada país tiene su idiosincrasia, y en los países de la antigua órbita soviética los altos índices de propiedad responden más que a una conciencia social a la transferencia de la titularidad directamente del Estado a los ciudadanos como consecuencia del profundo cambio de sistema político-económico operado en los mismos. Si a priori, parece que fórmulas más flexibles en cuanto al disfrute podrían influir positivamente en la economía, en cuanto permiten destinar recursos a otras actividades más productivas (inversiones industriales, planes de ahorro, seguros de vida, etc.) y por otra parte aumentan la movilidad de la población, por el contrario, no es oro todo lo que reluce y en estos países, el precio de la vivienda en determinadas zonas particularmente pobladas provoca que muy pocas personas puedan adquirir la condición de propietarios, pero el ser arrendatarios les supone un importante esfuerzo económico, como luego veremos, por lo que entre estas capas de la población existe un fuerte deseo no satisfecho de ser propietarios.

En toda comparativa entre los diversos países, especialmente los de nuestro entorno, es importante también tener en cuenta otros dos factores: el concepto de derecho de propiedad, el cual no es uniforme, y la protección que reciben las alternativas a la plena propiedad.

El concepto de dominio romano y germánico se parecen bastante en cuanto a su intensidad (en materia de comunidad, sin embargo, son muy diferentes, pues la romana es proindiviso o por cuotas, mientras que la germánica admite una sola titularidad en mano común aunque sean varios los integrantes, careciendo de cuotas). Sin

embargo, hay diferencias con el concepto que impera en el derecho anglosajón, donde la propiedad proviene de la corona y los derechos de los ciudadanos suelen tener carácter temporal.²¹ En Estados Unidos no es uniforme el concepto sino que varía según los diferentes Estados, pero en todo caso impera un concepto más flexible, lo cual ha permitido que funcione de manera adecuada la dación en pago.

Asimismo, otra cuestión es la vivienda como inversión. En este caso, el adquirente no usuario estará desprovisto de toda la cobertura que resulta de las leyes recientes de protección de deudores hipotecarios, salvo las que resulten de la normativa relativa a la protección de consumidores. Por el contrario, tendrá que soportar la normativa de protección del usuario, especialmente la arrendaticia.

En cuanto a las políticas llevadas a cabo por las autoridades públicas, durante los años 90 se realizó en el seno de la Unión Europea, el Estudio W-14 que arrojó los siguientes datos, los cuales se mantienen en líneas generales en la actualidad, con pocas variaciones (entonces nos encontrábamos en la Europa de los “quince”):

- a) Los Países Bajos, Suecia y el Reino Unido se caracterizan por una intensa intervención estatal. Estos países cuentan con los sectores de viviendas sociales de alquiler más extensos de la Unión Europea y sus Gobiernos dedican más del 3% del PIB a la política de vivienda.
- b) En Austria, Dinamarca, Francia y Alemania se ha producido un desplazamiento menor del mercado y se han mantenido unos sectores de viviendas privadas de alquiler amplios. El gasto del

21 Formal y materialmente la propiedad inmobiliaria de Inglaterra y Gales ha pertenecido a la Corona sin que los particulares pudieran ostentar otros derechos que los que ésta les cediera. Aún en la actualidad la Corona es nominalmente la única detentadora de la tierra mientras que los particulares ostentaban derechos, algunos muy complejos, resultado de sus relaciones con la Corona y otros particulares. Desde 1925 estos derechos históricos quedaron profundamente modificados de modo que, con respecto a lo que nosotros denominamos dominio la reforma derogó un gran número de variaciones sobreviviendo dos únicos tipos: la propiedad absoluta y la temporal. La propiedad absoluta es perpetua, pero si en una herencia intestada no concurren parientes, la propiedad revierte a la Corona. La propiedad a término, vulgarmente conocida como “lease”, es un tipo de propiedad y no un derecho real sobre cosa ajena, y puede alcanzar plazos larguísimos, trayendo causa de una propiedad absoluta o de otra a término por un plazo superior (fuente IPRA-CINDER).

Estado en política de vivienda generalmente es del orden del 1-2% del PIB.

- c) Irlanda, Italia, Bélgica, Finlandia y Luxemburgo forman un grupo dispar, pero todos disponen de sectores amplios de viviendas en propiedad y de sectores de viviendas sociales de alquiler relativamente pequeños. El gasto del Estado en política de vivienda se limita por lo general a un 1% del PIB aproximadamente.
- d) Portugal, España y Grecia tienen sectores particularmente grandes de viviendas ocupadas por sus propietarios, unos sectores mínimos de viviendas sociales de alquiler y (hasta hace poco) unos sectores privados de alquiler de baja calidad y en declive. El gasto del Estado en política de vivienda es inferior al 1% del PIB.

En el año 2016, la estadística de Eurostat arrojó los siguientes resultados:

- 1) En 2014, más de una cuarta parte (27,1 %) de la población de la EU-28 vivía en una vivienda propia con un préstamo o una hipoteca pendiente de pago, mientras que más de dos quintos (43,0 %) de la población lo hacía en una vivienda propia sin préstamo ni hipoteca. Como tal, siete de cada diez (70,1 %) personas de la EU-28 vivía en viviendas propias, mientras que el 19,1 % alquilaban sus viviendas a precio de mercado y el 10,8 % alquilaban sus viviendas en alquiler protegido o alojamiento gratuito.
- 2) Este mismo año, el 11,4 por ciento de la población europea (28 Estados) vivía en hogares que destinaron al menos el 40 por ciento de su renta disponible equivalente a subvenir esta necesidad pero, curiosamente, la proporción de la población cuyos costes superaban dicho 40 por cien alcanza el nivel más alto en el caso de los arrendatarios con alquileres a precio de mercado. La diferencia entre los 28 países son acusadas y así la extrema repercusión superior al 40 sólo afecta al 1,6 por ciento de la población maltesa y al 4 por ciento de la chipriota, mientras que en Alemania, Dinamarca y Países Bajos, países con alto rango de alquiler privado, este esfuerzo lo deben realizar más del quince por ciento de la población. El supuesto extremo es Grecia, con un porcentaje superior al 40 por ciento. En España la cifra de sobreesfuerzo es del 10,9, pero el mismo no es debido al endeudamiento, o por lo menos no con carácter prioritario, pues

sólo el 9 por ciento de los que poseen una vivienda hipotecada deben realizar ese sobreesfuerzo, frente al 47,5 de los que detentan la vivienda en alquiler en el mercado libre.

La conclusión es que en España el mayor esfuerzo lo realizan las personas que acuden al mercado de alquiler libre. Es lógico, pues tratándose de viviendas en propiedad totalmente pagadas, sólo el 2,8 por ciento de los españoles tienen que dedicar más del 40 por ciento para subvenir los gastos. Estas situaciones son derivadas de la carencia de ingresos o de situaciones de desempleo o de percibo de pensiones respecto de viviendas cuyos gastos de comunidad e impuestos (básicamente el IBI) suponen un importante esfuerzo. Por tanto, el punto final es que los españoles, una vez que consiguen pagar la deuda hipotecaria, realizan un esfuerzo relativamente pequeño para subvenir la necesidad de vivienda, mientras que los que viven en régimen de alquiler deben realizar ese mismo esfuerzo durante toda su vida, problema que se agudiza en casos de desempleo o disminución de rentas derivada de la situación de jubilación. Por lo tanto, el único inconveniente que presenta la vivienda en propiedad es la menor movilidad de la población, pero a grandes rasgos, no podemos considerar que el ser propietario suponga una mayor carga frente a otras alternativas, sino más bien lo contrario. Para revertir la situación sería necesaria una gran inversión pública en figuras alternativas, como el alquiler social o las tenencias intermedias.

4. FUNCIÓN SOCIAL QUE PUEDEN PRESTAR LAS TENENCIAS (ADQUISICIÓN ACCESIBLE, SEGUNDA OPORTUNIDAD, SUBVENIR NECESIDADES ECONÓMICAS)

Las tenencias, como he apuntado, nacen ligadas al concepto de vivienda habitual. Pueden ser un buen mecanismo para que alguien que se plantee adquirir una vivienda las utilice de forma que no tenga que desembolsar inmediatamente el total precio de aquella, sino que vaya pagando gradualmente a medida que va adquiriendo mayores cuotas o mayores periodos de tiempo. Actualmente, el prototipo

adquisitivo es que una familia hasta que adquiere la que puede considerarse la vivienda definitiva (la que transmite por herencia) pasa por una o varias intermedias, más pequeñas, en barrios más modestos, etc. Esta adquisición de viviendas “completas” puede resultar antieconómica frente a la posibilidad de adquirir la vivienda definitiva en forma temporal o compartida.²²

En este punto, el éxito de estas figuras puede estar en la participación de los poderes públicos en el fomento de las mismas. Su éxito puede radicar en que sean mecanismos utilizados desde un punto de vista social, para dar cumplimiento al mandato constitucional de procurar una vivienda digna, contenido en el artículo 47 de la CE, y en este sentido ya hemos visto como el artículo 71,4 de la LDV de Cataluña señala como las administraciones públicas pueden participar en la adquisición de propiedades compartidas. La Ley 19/2015 contiene buenos propósitos, que esperemos que se materialicen y así, la Disposición adicional segunda impone a la Administración de la Generalidad la obligación de negociar con las administraciones locales para bonificar el impuesto de bienes inmuebles de las viviendas en propiedad temporal o compartida, así como el impuesto de construcciones y obras y las tasas de obras de rehabilitación y adecuación de viviendas en propiedad temporal y compartida, así como reducir o bonificar los tributos pendientes de pago que tengan los propietarios deudores que ofrezcan la vivienda para incluirla en el mercado de propiedad temporal o compartida.

Asimismo, otro gran potencial que presentan estas figuras, y que la legislación no ha desarrollado suficientemente, es el de constituir un mecanismo de solución de situaciones dramáticas generadas por la crisis, es decir, fomentar que jueguen como mecanismos de “segunda oportunidad”. El Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, sólo ha recurrido al alquiler como medida de dar satisfacción a la

22 En mi participación en las Jornadas de Tossa de Mar puse el siguiente ejemplo: un matrimonio que compra su primera vivienda por 100000 euros y que cuando tiene dos hijos, a los diez años compra una algo más grande, por 200000, y que finalmente adquiere la vivienda definitiva por 400000 euros, habrá pagado en ITP (al 10 %), primero 10000 euros, luego 20000 y finalmente 40000, es decir 70000, mientras que adquiriendo por cuotas materiales o temporales la vivienda final pagaría sólo 40000 y de modo fraccionado. Podrían estas figuras, en consecuencia, cambiar la mentalidad social a la hora de adquirir una vivienda.

necesidad de vivienda en el deudor, estableciendo un Código de Buenas Prácticas de carácter voluntario para las entidades de crédito. Asimismo, la Ley catalana 29/2015, de 29 de julio, de “medidas urgentes para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda y la pobreza energética”, recurre al alquiler social. Al menos esta última norma podrían incluir la posibilidad de una propiedad temporal o de una compartida. Asimismo, la Ley 22/2010, del Código de Consumo, introduce en los artículos 132-4 y 133-1, medidas de resolución de conflictos como la mediación o el arbitraje y así señala el primero que “en los casos de ejecución hipotecaria de la vivienda habitual debe garantizarse que pueda llevarse a cabo un procedimiento de mediación destinado a la resolución extrajudicial previo a cualquier otro procedimiento judicial o a la intervención notarial, con el objeto de buscar acuerdos que hagan viable la conservación de la propiedad o, subsidiariamente, su uso y disfrute”. Podría establecerse un llamamiento expreso a las tenencias intermedias en este Código.

En la senda de los buenos propósitos, la Disposición adicional primera de la Ley 19/2015 contiene esta intención, tanto como vía de acceso (número 1), como mecanismo de segunda oportunidad y así, “las administraciones públicas deben negociar con las entidades de crédito para que las viviendas en proceso de ejecución hipotecaria se transformen en propiedad temporal o compartida teniendo en cuenta las cantidades amortizadas por el adquirente”.

Las tenencias presentan una tercera oportunidad: ser un medio para obtener dinero sin necesidad de perder el uso de la vivienda, a través de la reserva de la propiedad temporal inmediata o de la propiedad compartida directa.

La propiedad temporal tiene competidores, especialmente cuando lo que se vende es la propiedad sucesiva reservándose el transmitente la propiedad actual y cuando el transmitente es una persona de cierta edad. Concretamente, el fin económico-social puede conseguirse a través de la hipoteca inversa: se conserva la posesión y la titularidad de la vivienda y se obtiene un montante económico, en un caso vía precio de la compraventa y en el otro a título de préstamo. La Disposición Adicional Primera de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre (“por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas

inversas y el seguro de dependencia”), considera a esta hipoteca como el préstamo o crédito garantizado mediante hipoteca sobre un bien inmueble que constituya la vivienda habitual del solicitante y siempre que cumpla unos requisitos tanto de carácter personal (los beneficiarios deben tener 65 o más años o estar afectados de dependencia, o tener reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento y el acreedor debe ser una entidad de crédito, o un establecimiento financiero o una entidad aseguradora autorizada para operar en España), de exigibilidad (la deuda sólo será exigible y la garantía ejecutable cuando fallezca el beneficiario o el último de ellos si fueren varios), y relativos a la cosa (la vivienda debe haber sido tasada y asegurada de daños con arreglo a lo dispuesto en la Ley de Regulación del Mercado Hipotecario). La regulación está pensando en la hipoteca de la vivienda habitual del solicitante o beneficiario, sin embargo, podrán, instrumentarse hipotecas inversas sobre cualesquiera otros inmuebles, si bien en estos casos la hipoteca se regulará por la normativa general y no por esta Disposición.

La ventaja de la hipoteca inversa se encuentra en que al fallecimiento del deudor, sus herederos cuentan. Así como en la transmisión de la propiedad temporal el adquirente sucesivo se convierte en propietario definitivo y, en consecuencia, el bien habrá salido del patrimonio del propietario temporal y por tanto de su herencia, en el caso de la hipoteca inversa, al fallecimiento del deudor sus herederos podrán cancelar el préstamo en el plazo estipulado si así se ha pactado en la constitución de la hipoteca. Si los herederos optan por no rembolsar los débitos vencidos, con sus intereses, el acreedor sólo podrá obtener recobro hasta donde alcancen los bienes de la herencia. En definitiva juega como un derecho potestativo a favor de los herederos (como una especie de opción), pues si el valor del inmueble es superior a la deuda lo normal es que cancelen el crédito mientras que, por el contrario, si el valor es inferior, no ejercerán la opción de cancelación y el riesgo de desvalorización habrá sido asumido por la entidad de crédito (ya tenemos un supuesto legal de adjudicación en pago, anterior a los regulados en la leyes consecuencia de la crisis).

Estas tres diferentes funciones sociales que pueden jugar las tenencias intermedias aparecen recogidas en la normativa y así el artículo 547-4,1 señala que “el titular del derecho de propiedad puede retener la propiedad temporal y transmitir la titularidad sucesiva a un

tercero, o a la inversa o transmitir ambas”. Respecto de la propiedad compartida, el artículo 556-1 señala quien es el propietario formal y quien el material, pero sin exigir que uno o el otro deban ser propietarios plenos por lo que cualquiera de las dos puede tener como antecedente el haber sido pleno propietario. En consecuencia, para el adquirente representan la posibilidad de obtener el goce sin necesidad de adquirir la totalidad de la cosa, y para el transmitente pueden suponer la posibilidad de obtener el precio asimismo sin la pérdida de dicho goce. Estas situaciones se pueden producir también en un procedimiento de ejecución. Sin embargo, su utilización en los procedimientos de ejecución no es fácil cuando existen derechos de carácter preferente constituidos a favor de terceros sobre la total propiedad, pues éstos, en base al principio registral de prioridad no podrían quedar perjudicados por actos posteriores no consentidos.²³ Lo que sí que pueden constituir estas figuras es una buena alternativa a la dación en pago, con la posibilidad de que el deudor no pierda la

23 La LEC señala en su artículo 674,1 que “a instancia del adquirente, se expedirá, en su caso, mandamiento de cancelación de la anotación o inscripción del gravamen que haya originado el remate o la adjudicación. Asimismo, el Secretario judicial mandará la cancelación de todas las inscripciones y anotaciones posteriores, incluso las que se hubieran verificado después de expedida la certificación prevenida en el artículo 656, haciéndose constar en el mismo mandamiento que el valor de lo vendido o adjudicado fue igual o inferior al importe total del crédito del actor y, en el caso de haberlo superado, que se retuvo el remanente a disposición de los interesados”. Por su parte, el artículo 692,1 dispone que “el precio del remate se destinará, sin dilación, a pagar al actor el principal de su crédito, los intereses devengados y las costas causadas, sin que lo entregado al acreedor por cada uno de estos conceptos exceda del límite de la respectiva cobertura hipotecaria; el exceso, si lo hubiere, se depositará a disposición de los titulares de derechos posteriores inscritos o anotados sobre el bien hipotecado. Satisfechos, en su caso, los acreedores posteriores, se entregará el remanente al propietario del bien hipotecado. No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando el propietario del bien hipotecado fuera el propio deudor, el precio del remate, en la cuantía que exceda del límite de la cobertura hipotecaria, se destinará al pago de la totalidad de lo que se deba al ejecutante por el crédito que sea objeto de la ejecución, una vez satisfechos, en su caso, los créditos inscritos o anotados posteriores a la hipoteca y siempre que el deudor no se encuentre en situación de suspensión de pagos, concurso o quiebra”. En consecuencia, en el procedimiento de ejecución cabrían dos posibilidades: o adjudicar la plena propiedad al ejecutante o adjudicatario, cancelando las cargas posteriores y a continuación constituir la propiedad temporal o compartida, pero quedando la finca gravada con las cargas preferentes sobre el total dominio; o sacar a ejecución sólo la propiedad temporal o la compartida, caso éste en el que las cargas posteriores sólo se cancelarían en la parte afectante al objeto de la ejecución. Entiendo que la cesión del remate podría hacerse asimismo no de la plena propiedad sino de una temporal o de una compartida.

posesión y que acomode la deuda a sus reales posibilidades de pago. Nuevamente la situación económica mutante a lo largo de la vida de las personas puede jugar en favor de estas figuras, pues el hecho de que hoy no se puedan afrontar las cargas no quiere decir que en un futuro no pueda resultar una mejor posición económica del deudor que le permitan afrontarlas sin tener que pasar por el trauma de perder su vivienda habitual, pudiendo recuperarse las propiedades ahora transmitidas.

Y es que de modo voluntario no parece que la figura, hasta la fecha, haya presentado un especial atractivo, particularmente para aquellos actores del mercado que generan el combustible, es decir las entidades de crédito. En mi condición de Director del SERC realicé una encuesta entre mis compañeros de Cataluña en el mes de junio de 2016, preguntando si habían inscrito alguna propiedad temporal o compartida y la respuesta fue negativa. Dando un paso más realicé una segunda pregunta, acerca de si algún notario, entidad de crédito, abogado, agente inmobiliario, etc., les había consultado alguna cuestión relativa a esta clase de propiedades y la respuesta volvió a ser negativa, por lo que diez meses después de la entrada en vigor de la norma, la sensación que tuve fue la de que estas figuras ni estaban ni se las esperaba.²⁴

5. LAS FIGURAS TIPIFICAN POSIBILIDADES YA EXISTENTES

Todo lo que aparece regulado *ex novo* ya era posible realizarlo en base al principio de autonomía de la voluntad recogido en el artículo 1254 del CC. Ya hemos visto como el artículo 71 de la LDV de Cataluña tras la reforma de 2011 admite la propiedad compartida de una forma muy genérica (puede implicar o no la transmisión futura o progresiva y por fases al adquirente del pleno dominio sobre la vivienda) y, asimismo, con base en la normativa de la comunidad de bienes podría ya haberse pactado, antes de la aprobación de esta regulación específica, una propiedad compartida que cumpliera

²⁴ En las Jornadas de Tossa, un Notario asistente me comentó que él había constituido una propiedad temporal, si bien había sido en un negocio sucesorio.

miméticamente los parámetros de la nueva regulación.²⁵ Por otra parte, la posibilidad de una propiedad temporal ya había sido admitida por nuestra doctrina, e incluso el derecho de superficie presenta connotaciones muy similares al de esta figura. Por su parte el artículo 531-19,1 señala como en la donación con causa de reversión el donante puede establecer, a plazo o condicionalmente, que los bienes reviertan en el propio donante, en el cónyuge, en el otro miembro de la pareja estable o en sus herederos, lo cual supone que puede donarse una propiedad temporalmente. El propio preámbulo alude a la venta a carta de gracia (literalmente, “la propiedad temporal que se crea por contrato se emparenta con cláusulas típicas con eficacia real, como por ejemplo la de recuperación de la propiedad en la compraventa a carta de gracia, que supone la creación del derecho a redimir”, de los artículos 326 a 328 de la Compilación del derecho civil de Cataluña). Las figuras no resultan, por tanto novedosas, sino más bien indicativas de las posibilidades existentes.

El gran peligro de esta situación es que el nombre se imponga al contenido. ¿Dos situaciones idénticas se regularán de forma diferente sólo por el nombre que les demos? No parece lógico. Evidentemente, en un sistema de *numerus apertus* como el nuestro, los derechos son inscribibles por su contenido no por el nombre. Por ello, es necesario deslindar el contenido imperativo de estas formas de propiedad, aquél que no es modificable por las partes y que provocará que nos encontremos ante una propiedad temporal o ante una compartida y no ante un derecho de superficie o ante una donación sujeta a reversión, o ante una comunidad de bienes ordinaria con pactos especiales de asignación de uso.

25 El artículo 552-7 regula el régimen de adopción de acuerdos tanto para los actos de administración como de disposición, por lo que podrían acordar los comuneros con las mayorías correspondientes atribuir usos de carácter temporal y sucesivo, o que el titular de una cuota tuviera el uso exclusivo de todo el bien durante un determinado plazo. Depende de la clase de acuerdo bastaría la aprobación de la mayoría de las cuotas si el uso envolviese un acto de administración ordinaria, o de las tres cuartas (si el acto de administración fuese de carácter extraordinario) o la unanimidad (si fuere necesario para fundar dicho uso un acto de carácter dispositivo).

6. CONSTITUCIÓN DEL DERECHO

Señala el artículo 547-4,1 que “el titular del derecho de propiedad puede retener la propiedad temporal y transmitir la titularidad sucesiva o a la inversa o transmitir las dos”. La primera cuestión que se plantea es la de si el derecho madre debe ser necesariamente el derecho de propiedad. Esta claro que nadie puede transmitir más de lo que tiene, pero otra cuestión es si algún derecho real limitado puede dar lugar a una propiedad temporal o a una compartida, ya que no son propiedades plenas. La segunda cuestión es si, por analogía, podrían admitirse figuras que regulasen situaciones similares pero acotadas por el derecho madre. Así, por ejemplo, un derecho de superficie, un usufructo o una concesión administrativa, ¿admitirían un desenvolvimiento semejante al de estas propiedades?

En cuanto a la primera cuestión, en el usufructo con facultad de disponer, no cabe duda que podrá constituirse tanto una como otra figura, pues lo que se reserva al usufructuario es la posibilidad de disponer de la total propiedad, y no sólo de su derecho de usufructo. El artículo 561-21 establece que los usufructuarios pueden disponer de los bienes usufructuados si así lo establece el título de constitución. El otorgamiento de la simple facultad de disposición incluye las disposiciones a título oneroso. La facultad de enajenar a título de venta comprende la de hacerlo por cualquier otro título oneroso. El otorgamiento de la facultad de disposición a título gratuito debe expresarse con claridad. De igual modo, en la donación con facultad de disposición el artículo 531-20 señala que la donación con reserva de la facultad de disponer se rige por su título constitutivo y, si este no establece otra cosa, la reserva de disposición se entiende solo para actos a título oneroso. El ejercicio de la facultad de disponer resuelve la titularidad de los donatarios y de los terceros adquirentes o titulares de derechos, salvo la buena fe de estos y lo establecido por la legislación hipotecaria.²⁶

26 El artículo 37 de la LH sólo contempla que “las acciones rescisorias, revocatorias y resolutorias no se darán contra tercero que haya inscrito los títulos de sus respectivos derechos conforme a lo prevenido en esta Ley. Se exceptúan (entre otras) las de revocación de donaciones en el caso de no cumplir el donatario condiciones inscritas en el Registro”. Por lo tanto, al no tratarse la facultad de resolución de la donación por causa de un incumplimiento del donatario, la facultad de disponer

La concesión administrativa y el derecho de superficie admiten fraccionamientos temporales o porcentuales (siempre de acuerdo con lo dispuesto en el título de constitución y la naturaleza del objeto), pero los derechos resultantes no perderán la consideración de derechos de superficie o derechos de carácter concesional, a diferencia de lo que ocurre con el usufructo y la donación, donde en el caso de ejercitar la facultad de disposición surgen auténticos derechos de propiedad. Por lo tanto, su régimen jurídico se registraría por la normativa correspondiente aunque las carencias podrían llenarse aplicando analógicamente la normativa reguladora de la propiedad temporal y la compartida.

Como pone de relieve Beatriz Ballesteros,²⁷ la propiedad temporal es una figura importada del derecho anglosajón. En concreto tiene su origen en el “leasehold” inglés, regulado en la Law of Property Act de 1925. Esta figura, que es muy aplicada en la actualidad en el Reino Unido, permite a un propietario transmitir su derecho de propiedad de forma temporal a otra persona, la cual mientras posee la finca, tiene todas las facultades dominicales con la única limitación del plazo. El origen del leasehold se encuentra en la Edad Media en el derecho feudal, donde el propietario cedía sus tierras a un vasallo para que la explotara a cambio de dejarle vivir en ellas.

Tradicionalmente la propiedad se configura como perpetua y plena. En nuestro sistema de derecho civil, y a salvo alguna excepción, como serían los patrimonios protegidos regulados en el Libro Segundo,²⁸ no se admite la propiedad fiduciaria. Asimismo,

tendría que estar inscrita en el Registro para que pudiese perjudicar a tercero, y en este sentido el artículo 51,6 del RH exige debe constar en el folio todo lo que, según el título, determine el mismo derecho o limite las facultades del adquirente.

27 Trabajo pendiente de publicación en la obra de la editorial Atelier sobre la el Libro Quinto del Código Civil de Cataluña.

28 El artículo 227-2 del CCcat señala que “el patrimonio protegido comporta la afectación de bienes aportados a título gratuito por el constituyente, así como de sus rendimientos y subrogados, a la satisfacción de las necesidades vitales del beneficiario. Se identifica mediante la denominación que consta en la escritura de constitución y es un patrimonio autónomo, sin personalidad jurídica, sobre el cual el constituyente, el administrador y el beneficiario no tienen la propiedad ni ningún otro derecho real”. Consecuentemente, el artículo 227-9 señala que los bienes que integran el patrimonio protegido son inscribibles en el Registro de la Propiedad o en otros registros públicos a favor del mismo patrimonio con la denominación que consta en la escritura de constitución de acuerdo con el artículo 227-3.2.c.”. También se considera que podrían

la propiedad admite limitaciones por razón de intereses públicos o sociales que delimitan estatutariamente su contenido,²⁹ de suerte que las limitaciones resultantes no pueden considerarse como derechos reales a favor de terceros o favor de otros predios (servidumbres). El carácter pleno de la propiedad también puede limitarse por razón del titular del derecho, de suerte que diversas personas coincidan en la titularidad en el tiempo respecto de una misma cosa, siendo necesario en este caso la existencia de una comunidad ordinaria en proindiviso o de una comunidad especial (titularidades en mano común, a favor de sociedades matrimoniales, etc.). La novedad de la propiedad temporal es que la pluralidad en la titularidad se produce de forma sucesiva y, en consecuencia, sin necesidad de cuotas, pues no existe una comunidad. Por esta razón, la legislación regula el tránsito de una propiedad a otra sin que sea necesario prever una organización que atienda a contingencias comunes, como sí ocurre en la propiedad horizontal o en la comunidad por turnos. En este sentido el número 10 del artículo 547, señala en sus apartados 2º y 3º que “el propietario temporal responde ante el titular sucesivo de los daños ocasionados al bien por culpa o dolo”, lo cual supone la exención de responsabilidades por el deterioro que la cosa sufra por el uso, por caso fortuito o por fuerza mayor. No hay en este caso una comunidad de pérdidas sino que las sufre en su mayor parte el propietario sucesivo, pues el temporal solamente las sufre en la medida de la duración que reste a su derecho. Por su parte, el apartado 3º señala que “las mejoras y accesiones introducidas en el bien que subsisten y los frutos pendientes en el momento de la extinción, en defecto de pacto, pertenecen al titular sucesivo”. Quiere ello decir, que los últimos años duración de la propiedad temporal, el propietario poseedor no tiene estímulos para mejorar el bien a salvo

envolver titularidades fiduciarias las inscripciones que, con arreglo al artículo 2,3 de la LH cabe practicar a favor de personas determinadas pero con obligación de transmitir el bien a otro o invertir su importe en objeto determinado.

- 29 El artículo 11 de la Ley del Suelo señala, por ejemplo, que “el régimen urbanístico de la propiedad del suelo es estatutario y resulta de su vinculación a concretos destinos, en los términos dispuestos por la legislación sobre ordenación territorial y urbanística”. De modo análogo el artículo 545-2 del CCcat señala que “las restricciones en interés público afectan a la disponibilidad o al ejercicio del derecho, constituyen los límites ordinarios del derecho de propiedad en beneficio de toda la comunidad y se rigen por las normas del presente código y de las demás leyes”. El número siguiente contiene una lista abierta de limitaciones ordinarias (urbanismo, Defensa Nacional, aguas, etc.).

lo pactado con el propietario sucesivo, pues no tendrá tiempo para recuperar a través del disfrute el coste de la mejora, lo cual puede contribuir al envejecimiento de las propiedades. Quizás sería más lógico distinguir entre mejoras suntuarias y aquellas que sean acordes con la naturaleza del objeto y necesarias para su adecuado uso y disfrute según las circunstancias de tiempo y lugar (por ejemplo, instalación de ascensores, porteros electrónicos, cámaras de seguridad, etc.) las cuales sí deberían ser satisfechas parcialmente por el propietario sucesivo siempre que no tengan utilidad por sí mismas desgajadas del objeto principal, en cuyo caso si pudiesen ser retiradas por el propietario anterior sin menoscabo de dicho objeto principal sí que podrían ser a costa exclusiva de éste.

Dado el carácter disponible de la propiedad temporal, y su configuración como auténtica propiedad, el propietario actual no sólo puede disponer de la totalidad de su derecho sino que también puede transmitir otra propiedad temporal de menor duración a favor de una o mas personas, a la vez (cotitularidad), o una después de otra (artículo 547-6,4). En todo caso, de lo que puede disponer es de su derecho por lo que el artículo 547-7,2 contiene una norma un tanto innecesaria, al señalar que los actos y contratos del titular temporal no consentidos por el titular sucesivo que excedan de la duración de la propiedad temporal no le perjudican.

Por su parte, el artículo 547-4,1 señala que “en la transmisión de la propiedad temporal de un bien sometido a propiedad horizontal se aplican, con carácter general, las reglas establecidas en el capítulo III del título V”. No se precisan cuales son estas reglas, por lo que debemos entender que el adquirente tiene derecho a conocer el estado de la deuda con la comunidad de propietarios y, en consecuencia, y dado que este crédito a favor de la comunidad goza de una preferencia y de una afección real sobre el total departamento, con arreglo al artículo 553-5,2 los transmitentes de la propiedad temporal deben declarar que están al corriente de los pagos que les corresponden o, si procede, deben especificar los que tienen pendientes y deben aportar un certificado relativo al estado de sus deudas con la comunidad, expedido por quien ejerce la secretaría, en el que deben constar, además, los gastos comunes, ordinarios y extraordinarios, y las aportaciones al fondo de reserva aprobados pero pendientes de vencimiento. Sin esta manifestación y esta aportación no puede

otorgarse la escritura pública, salvo que las partes renuncien expresamente a ellas. En cualquier caso, sin perjuicio de la afección real establecida por el apartado 1, el transmitente responde de la deuda que tiene con la comunidad en el momento de la transmisión.

En materia de propiedad compartida, el artículo 556-4,1 señala que la misma se constituye por negocio jurídico entre vivos, a título oneroso o gratuito o por causa de muerte. Por su parte, el artículo 556-1 señala que “la propiedad compartida confiere a uno de los dos titulares, llamado propietario material, una cuota del dominio, la posesión, el uso y el disfrute del bien y el derecho a adquirir, de modo gradual, la cuota restante del otro titular, llamado propietario formal”, lo cual supone una situación diferente de los copropietarios (material y formal) respecto de la cosa. Por ello, pese a que nos encontremos con una forma de comunidad, se excluye la regla general de que todo comunero tiene derecho a servirse de las cosas mientras no impida el normal uso a que tienen derecho los demás, pues en la comunidad especial que constituye la propiedad compartida, el propietario formal queda excluido del uso aunque, como pone de relieve Manuel Ballesteros,³⁰ esto no supone que el propietario formal esté excluido del disfrute del bien. Sólo en los casos en que no exista contraprestación dineraria a cambio del uso y disfrute, puede considerarse que el propietario formal está privado del disfrute pues en caso de que tenga carácter retribuido el uso, este propietario formal recibirá una compensación a la que puede atribuirse la consideración de fruto civil, como de si una renta se tratare.

En la propiedad compartida, y dado su carácter de comunidad especial, en caso de transmisión a título oneroso de la posición material, el transmitente debe aportar, con arreglo al artículo 556-9, un documento que acredite que está al corriente de pago de la contraprestación dineraria hasta la fecha de la transmisión. Sin esta manifestación y esta aportación no puede otorgarse la escritura, salvo que los adquirentes renuncien expresamente a ellas. Asimismo el propietario material que enajena su cuota debe comunicar el cambio de titularidad al propietario formal. Mientras no lo haga, responde solidariamente del pago de la contraprestación dineraria. Si el propietario que enajena es el

30 Trabajo pendiente de publicación en la obra de la editorial Atelier sobre el Libro Quinto del Código Civil de Cataluña.

formal debe también comunicar el cambio de titularidad al propietario material, teniendo esta notificación el propósito de enervar el efecto liberatorio que produciría el pago o las notificaciones del propietario material al anterior propietario formal (artículo 556-9,4).

El documento debe ser expedido por el titular sucesivo y tiene su causa en la afección real que pesa en caso de transmisión sobre la propiedad material, en los términos que luego veremos. En este punto se produce una descoordinación entre la reforma del Libro Quinto en materia de propiedad horizontal llevada a cabo por la Ley 5/2015, de 13 de mayo, pues la nueva redacción del artículo 553-5 exige el documento equivalente (el certificado de la comunidad acreditativo del estado de deudas con la comunidad) tanto en transmisiones a título oneroso como gratuito con el objeto de dar cobertura a las donaciones y a los legados, dado el carácter cuasioneroso que pueden presentar los mismos en determinadas ocasiones.

La obligación que tiene el propietario material de aportar este certificado debe conciliarse con la obligación que, en su caso, tiene de aportar el certificado acreditativo de la deuda con la comunidad de propietarios respecto de las deudas del total departamento.

El propietario material no sólo puede disponer de su derecho sino que también puede ejercer con arreglo al artículo 556-6,2 los actos de riguroso dominio si bien necesita el consentimiento del propietario formal para dividir el bien. El acuerdo de división debe contener la distribución entre los bienes resultantes, tanto del precio de adquisición como de la contraprestación dineraria establecida en el artículo 556-4,2 letra c) (es decir, la contraprestación por el ejercicio en exclusiva de las facultades dominicales). Al supuesto de división debe asimilarse el de segregación, pues la misma no es más que una división pero con un tratamiento registral diferente en cuanto en la división nacen nuevas fincas y desaparece la original mientras que en la segregación la original continua y se abre un folio independiente a la porción o porciones segregadas.

El resto de actos de riguroso dominio los puede realizar por su cuenta el propietario material y por tanto la declaración de obra nueva, la constitución de un régimen de propiedad horizontal, la agrupación o la agregación de fincas. En todo caso, estos actos no pueden perjudicar al propietario sucesivo. La razón de que estos actos

los pueda realizar por sí sólo el propietario material se haya en que los mismos no suponen más que adaptar la realidad registral a la realidad extrarregistral.

En cuanto a las obligaciones, el propietario material, con arreglo al artículo 556-7, tiene que pagar el precio de adquisición de las cuotas si procede, lo que pone de manifiesto que el negocio originario puede ser oneroso o gratuito y, por supuesto a título inter vivos o mortis causa, vía de herencia o legado e incluso de legado a favor de un propietario con obligación de constituir una propiedad material. También podría configurarse como un negocio mixto, es decir, algunas cuotas ser gratuitas y otras no, y algunas tener un origen mortis causa y otras inter vivos, por lo que las tenencias intermedias pueden ser una solución para partir una herencia, por ejemplo, cuando la misma se realiza no solo con los bienes hereditarios sino también con aportación de bienes o numerario externo al caudal. Asimismo, el número 2, señala que el propietario material debe satisfacer la contraprestación dineraria, si existe, para el ejercicio en exclusiva de las facultades dominicales (uso del bien), estableciéndose que, en defecto de pacto, la misma disminuye proporcionalmente con la adquisición de más cuota. Por supuesto, y dado, que la contraprestación lo que retribuye es el uso exclusivo, la misma es susceptible de actualización con arreglo a los pactado en el título constitutivo. Por último, y dado que el propietario formal es concebido como un propietario al que no corresponde el disfrute físico de la cosa (aunque sí posee, como hemos visto, el jurídico), todos los gastos asociados a dicho disfrute físico se imputan al propietario material; en términos del número 3, debe satisfacer los gastos e impuestos vinculados a la propiedad del bien y ello con independencia de la extensión de su cuota. Quedaría excluidos los gastos e impuestos derivados de las rentas o de la titularidad que correspondan al propietario formal de modo personal (patrimonio, renta, plusvalías, etc.). Los gastos que no teniendo su origen en el disfrute inmediato (extraordinarios y de ejecución de obras de instalaciones) se satisfacen con arreglo a la cuota. Por ello, si el objeto es un departamento en régimen de propiedad horizontal, la cuota ordinaria debe ser satisfecha por el propietario material, pero se debe nsatisfacer proporcionalmente tanto las derramas como las cantidades derivadas de la ejecución de obras extraordinarias.

El artículo 556-12 contiene una norma confusa por innecesaria: “la ejecución forzosa de cualquiera de las cuotas no extingue la propiedad compartida, por lo que el rematante se subroga en los derechos y obligaciones correspondientes”. Es evidente que si cada una de las propiedades, material y formal, son enajenables y gravables por sí y con independencia de la otra, ya resulta de la normativa general que si se embarga o hipoteca, por ejemplo, la propiedad material, el adquirente en el correspondiente procedimiento sólo adquiere lo que ha embargado o ha sido hipotecado, es decir la material, con los derechos y obligaciones correspondientes. Si se ha embargado o hipotecado la plena propiedad con anterioridad a la constitución de este régimen, es evidente que el rematante adquirente la plena propiedad y, en consecuencia, se extinguiría el régimen. Y sí la hipoteca es posterior y recae sobre la totalidad de la cosa³¹ habrá que atender al título constitutivo, pues si lo que se hipoteca es el bien y no la suma de las propiedades, nos encontraríamos con una causa de extinción no contemplada en el artículo 556-11.

7. CONTENIDO IMPERATIVO

El Derecho civil está impregnado por el principio de libertad de negociación. Existen una serie de principios que limitan la libertad de las partes, como la buena fe, los derechos de terceros, etc. Salvando estas limitaciones, las figuras jurídicas pueden adornarse más que un gin-tonic y en ocasiones hacer de difícil encaje un negocio en alguno de los típicos.

El Registro de la Propiedad funciona en base al sistema de *numerus apertus* lo cual supone que un negocio es inscribible si es legal, es decir no infringe la normativa imperativa de carácter civil, reúne los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico (en muchos casos requisitos de carácter administrativo que no afectan

31 El artículo 216 del RH exige la distribución de la hipoteca entre los diversos derechos reales hipotecados, pero el artículo 217 señala que “si se tratare de hipotecar varios derechos integrantes del dominio o participaciones pro indiviso de una finca o derecho, podrán acordar los propietarios o titulares respectivos, para los efectos del artículo anterior, la constitución de una sola hipoteca sobre la totalidad de los derechos, sin que sea necesaria la previa distribución”.

a la validez civil del acto o negocio), y tiene contenido real, es decir las consecuencias del negocio se trasladan a la cosa de suerte que el resto de la sociedad debe respetar y pasar por dichas consecuencias, pese a no haber intervenido en el mismo. Eso supone que negocios innominados son inscribibles y que, por tanto, con anterioridad a la regulación legal los tipos contemplados, propiedad temporal y compartida, ya eran inscribibles.

Desde este punto de vista, la nueva regulación no supone una ampliación de las posibilidades que tienen los ciudadanos, sino más bien una restricción pues ahora no podrán pactar cláusulas que vayan contra el contenido legal imperativo y, desde luego, lo que no será posible es que el mero cambio de nombre permita eludir la normativa imperativa. Esto sería un fraude de Ley.

Sin desconocer que serán las autoridades judiciales las que deben ir delimitando lo que es el carácter imperativo de estas figuras, me atrevo a señalar como contenido imperativo mínimo el siguiente:

A) En la propiedad temporal

1. El artículo 547-4 número 3 recoge el plazo, que debe ser cierto y determinado y que no puede ser inferior a diez años para los inmuebles y a uno los muebles, ni superior en ningún caso a noventa y nueve.

Es importante el plazo mínimo de diez años a la hora de diferenciar este derecho de los arrendamientos en cuanto a su finalidad. Como se ha puesto de manifiesto inicialmente, el objeto de la Ley en materia de vivienda es doble, abaratar costes y dar estabilidad en el uso de la vivienda. Hoy la regulación arrendaticia sólo reconoce una duración máxima de tres años a los arrendamientos de vivienda como derecho del inquilino, plazo que es realmente insuficiente si se pretende que el alquiler sea una alternativa estable a la propiedad. Por lo tanto, el plazo de diez años es el que se ha considerado como mínimo a la hora de constituir una alternativa estable. Ello supone que plazos inferiores deberían ser rechazados, salvo que no nos encontremos ante una propiedad temporal, pues si esta utilización deviene de otras figuras como el censo, la donación con causa de reversión

o el derecho de superficie, habrá que acudir a sus respectivas normativas reguladoras. Respecto de bienes muebles, el plazo de un año está fijado arbitrariamente en base a la, por regla general, menor longevidad de los mismos (un automóvil con diez años, generalmente ya está desfasado y a partir del cuarto año ya deben pasar la inspección técnica de vehículos). El plazo máximo de noventa y nueve años es una necesidad derivada de la temporalidad de la propiedad, por eso se ha puesto un plazo amplio, coincidente con el que se establece para el derecho de superficie (artículo 564-3,2, letra a). Este plazo puede admitir prórrogas y en este sentido el artículo 547-5 al regular el régimen voluntario señala que “en el título de adquisición puede establecerse la facultad del propietario temporal de prorrogar su derecho si bien por un plazo que sumado al inicial no exceda del máximo legal y sin perjuicio de terceros”. Este precepto resulta un tanto incongruente porque si inicialmente se pacta la prórroga y su plazo, y así figura inscrito el pacto en el Registro, la existencia de prórrogas por plazos determinados que, en conjunto no sobrepasen los noventa y nueve años, sí perjudicaría a tercero. Esto es consecuencia del principio de especialidad registral que exige una perfecta descripción del derecho en la hoja registral. En cuanto al plazo máximo no se distingue entre bienes muebles e inmuebles pues hay cosas muebles que podrían superar dicho plazo (por ejemplo, obras de arte, naves, etc.).

2. El artículo 547-6, 3 señala que “si el bien es un inmueble constituido en régimen de propiedad horizontal, el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones derivados de este régimen corresponde en exclusiva al propietario temporal”.

El régimen de propiedad horizontal, dada la comunión de intereses que implica, tiene carácter eminentemente imperativo y, dada su complejidad, se tiende siempre a la existencia de una relación cercana entre el titular del derecho y la persona a la que corresponden los derechos y que debe cumplir las obligaciones. Por eso, el usufructuario tiene reconocida en la ley una cierta intervención, eso sí, sin desvirtuar la regla general de que la comunidad de propietarios en régimen de propiedad horizontal es precisamente eso, una comunidad de propietarios (por ello, con arreglo al artículo 553-22,4

el usufructuario se entiende que representa a los nudo propietarios, salvo que conste su manifestación en contra, pero debiendo ser expresa esta representación si se adoptan acuerdos sobre el título de constitución, los estatutos y las obras extraordinarias o de mejora). Esta inmediatez la tiene el propietario actual y no el sucesivo. Otra cuestión es que las decisiones del propietario temporal puedan afectar gravemente al sucesivo y, por ello, debe existir una responsabilidad de aquel frente a éste, la cual no aparece recogida claramente en la normativa, pues el artículo 547-10 a la hora de regular los efectos de la extinción se limita a recoger los daños ocasionados en el bien por culpa del propietario temporal, pero no recoge con carácter general los menoscabos que pueda sufrir el patrimonio del propietario sucesivo como consecuencia de actos del temporal, para lo cual, en defecto de pacto en el título de constitución, habrá que acudir a la normativa general. Piénsese en un ejemplo extremo: el último día del plazo de la propiedad temporal podría existir una junta que aumentase los gastos del departamento objeto de esta propiedad y el voto a favor del propietario temporal podría ser el que desequilibrase la balanza. El propietario temporal vota y no sufre las consecuencias de sus actos, pero el sucesivo no podrá ejercer el derecho que le reconoce el artículo 553-30,2, a cuyo tenor “los propietarios disidentes no están obligados a satisfacer los gastos originados por las nuevas instalaciones o los nuevos servicios comunes que no sean exigibles de acuerdo con la ley si el valor del gasto acordado es superior a la cuarta parte del presupuesto anual vigente de la comunidad”. Por ello, resulta excesivamente dura la expresión “en exclusiva”, para determinar la pertenencia a la junta y se echa de menos en la regulación legal una norma equivalente a la del usufructo en cuanto a actos de gran importancia (estatutos, obras extraordinarias, extinción o conversión del régimen, etc.).

3. El artículo 547-9 regulador de las causas de extinción, estableciendo como tales, además de las generales de extinción de la propiedad, el vencimiento del plazo, el cual opera automáticamente, a salvo las posibles prórroga. Desde el punto de vista registral se plantea si podría cancelarse el derecho temporal en el Registro a instancia exclusivamente del propietario sucesivo, cancelando la propiedad temporal e inscribiendo la propiedad global. No parece haber

inconveniente e incluso podría solicitarse en documento privado, pues la causa de la cancelación tiene carácter objetivo, es decir no requiere un nuevo concurso de voluntades. Trataremos esta cuestión a la hora de abordar la inscripción en el Registro de la Propiedad de esta figura.

B) En la propiedad compartida

1. La exclusión de la acción de división que sanciona el artículo 566-1,2.

Ambos propietarios comuneros están unidos mientras dure la comunidad, aunque se permite la renuncia voluntaria (artículo 556-11,1, letra g), la cual comporta un acrecimiento a favor del otro propietario. En este caso el artículo 556-11,2 señala que “la renuncia de la propiedad compartida no exime al renunciante del cumplimiento de las obligaciones vencidas y aún pendientes, ni perjudica los derechos que se hayan constituido a favor de terceros”. Asimismo es admisible el acuerdo para poner fin a la comunidad pero sin que el mismo pueda perjudicar a terceros.

La exclusión de la acción de división es algo propio de las comunidades especiales, es decir de aquellas en que la comunidad no es algo transitorio sino un fin en sí mismo y por ello con una vocación de permanencia. Así ocurre también en la comunidad en régimen de propiedad horizontal, donde el artículo 553-1,4 señala que este régimen excluye la acción de división sobre los elementos comunes (comunidad especial), exclusión que no afecta a las situaciones de comunidad indivisa sobre los elementos privativos (comunidad ordinaria), y en materia de comunidad por turnos el artículo 554-1, 2, letra c. establece que “este régimen comporta la exclusión de la acción de división y de los derechos de adquisición de carácter legal entre los titulares”. No obstante, incluso en la especialidad del carácter de una comunidad hay grados y así, frente a la inexistencia de los derechos de adquisición preferente de carácter legal en el régimen de propiedad horizontal y en el de comunidad por turnos (artículos 553-1,4 y 554-1, 2, letra c.), en el caso de la propiedad compartida el artículo 556-10 señala que “la enajenación a título oneroso de la cuota de cualquiera de los propietarios otorga al otro, salvo que en el título de constitución se haya pactado otra cosa, los derechos de tanteo y retracto que se rigen

por lo establecido por el artículo 552-4”, es decir si existen diversos propietarios formales el derecho les corresponde en proporción a sus derechos en la respectiva comunidad ordinaria de propietarios formales. Igual ocurre si existen diversos propietarios materiales.

2. La determinación de la cuota adquirida (556-4,2, letra a) y el derecho de adquisición gradual.

Este derecho de adquisición gradual debe considerarse un elemento esencial de esta comunidad (artículo 556-4), señalando el artículo 556-1, c) como derecho del propietario material el de adquirir más cuota de modo gradual, de acuerdo con lo establecido por el título de constitución. Lo que puede modular el título de constitución es el ritmo de adquisición y los requisitos y condiciones para ejercerlo, pero no sería propiedad compartida si se elimina este derecho. Por ello, en defecto de pacto el propio precepto señala un porcentaje mínimo de adquisición, el 10 por ciento, sin distinguir si la cosa es mueble o inmueble.

El título por el que puede procederse a la adquisición gradual puede ser plural, cualquier negocio jurídico (a título oneroso o gratuito, y si lo es a título oneroso, cesión o permuta). Si la adquisición se realiza a través de compraventas sucesivas es necesario que el precio esté predeterminado, es decir debe ser cierto, lo cual con arreglo al artículo 1446 del CC supone que debe ser determinado o determinable. Esta cuestión es de suma importancia a efectos registrales, pues tanto la propiedad material como la formal son hipotecables y, en consecuencia, también embargables, por lo que un posible adjudicatario o rematante del derecho tendría que conocer a través de la respectiva inscripción la extensión del derecho, lo cual alcanza tanto a la cuantía como a la forma en que el pago se realiza, cuestión ésta que debería constar en el Registro de la Propiedad de conformidad con el artículo 11 de la Ley Hipotecaria, a cuyo tenor “en la inscripción de los contratos en que haya mediado precio o entrega en metálico, se hará constar el que resulte, así como la forma en que se hubiese hecho o convenido el pago...”.

La falta de ejercicio de cualquiera de los derechos de adquisición gradual acordados extingue, salvo pacto en contrario la propiedad compartida (artículo 556-11,1, letra d.). Este pacto en contrario debe constar ab initio y figurar inscrito en el Registro de la Propiedad para

que pueda perjudicar a tercero, pues un nuevo pacto sólo produciría efectos respecto de éstos a partir de su constancia registral.

En cuanto a la determinación de la cuota es consecuencia de la existencia de una comunidad entre propietarios formales y materiales, de suerte que la suma debe alcanzar la unidad. Esta comunidad es de tipo romano si bien sujeta a un régimen especial por razón de su destino (comunidad especial o funcional), que impide aplicar las reglas generales de la comunidad ordinaria, como por ejemplo la contenida en el artículo 552-1,3, a cuyo tenor las cuotas se presumen iguales salvo que se pruebe lo contrario: el título de constitución debe contener la cuota y, en caso contrario, no existirá propiedad compartida.

3. La duración inferior a noventa y nueve años de la comunidad (artículo 556-4,3).

El plazo de treinta años lo es en defecto de pacto. La fijación de un plazo de duración máximo (con independencia de que la cosa sea mueble o inmueble), supone que el ejercicio de adquisición gradual debe ejercitarse necesariamente en dicho plazo. Si se realiza con anterioridad, pese a que se haya pactado un plazo de noventa y nueve años, la comunidad se extingue en el momento en que el propietario material haya adquirido el cien por cien de las cuotas, pero esta adquisición anticipada, salvo que estén pactados sus términos con anterioridad e inscritos en el Registro, no puede perjudicar los derechos constituidos sobre la propiedad formal hasta no transcurrir el plazo de duración pactado. El problema se plantea en el caso de que al concluir el plazo no se haya ejercitado la totalidad del derecho de adquisición gradual, caso en el cual se constituye una comunidad ordinaria entre ambos propietarios en proporción a sus respectivas cuotas en el momento en que se cumpla dicho plazo.

4. Con arreglo al artículo 556-6,3 si el bien es un inmueble en régimen de propiedad horizontal el ejercicio de los derechos y

el cumplimiento de las obligaciones corresponde en exclusiva al propietario material.

Me remito en este punto a lo dicho en cuanto a la propiedad temporal: la inmediatez se produce en el propietario material. Sin embargo, tratándose de propiedad compartida tiene mayor razón de ser que el propietario material sea el miembro de la comunidad pues esta propiedad tiende a convertirse en plena y no a extinguirse, como la temporal. Como norma específica el artículo 556-9 señala que la cuota del propietario material está afectada, con carácter real, al pago de la contraprestación por el uso exclusivo correspondiente al año en curso y a los dos años inmediatamente anteriores. El crédito que se deriva de ella tiene preferencia de cobro sobre la cuota, con la prelación determinada por la Ley. La norma contempla tanto la preferencia (prelación) de cobro como la afección real (prioridad). En este último caso se contempla un plazo de dos años y el corriente, sin que se precise plazo alguno para la prelación del crédito, limitándose a señalar que la preferencia es la que corresponde con arreglo a la Ley. Parece que debe aplicarse el mismo plazo de dos años para prelación y prioridad.³² En este caso, si la cosa es un departamento constituido en régimen de comunidad horizontal se producirá una concurrencia de afecciones y prelación, pero

32 Existe una descoordinación con lo establecido para la propiedad horizontal, caso en el cual la preferencia se extiende a las cuotas correspondientes a la parte vencida del año en curso y a los cuatro años inmediatamente anteriores, contados desde el 1 de enero al 31 de diciembre. Por lo menos la referencia a los meses de enero y diciembre debe entenderse también para esta clase de propiedad. Asimismo, queda en el aire, al igual que en el caso del crédito de la comunidad de propietarios, que preferencia o prelación corresponde con relación a otros créditos del deudor del propietario formal, cuestión ésta que no se resuelve en la legislación catalana, por lo que creo que habría que acudir al CC y más concretamente a sus artículos 1923 y siguientes, así como a lo establecido en la LPH vigente en el resto del Estado, concretamente a su artículo 9,1 letra e), a cuyo tenor “los créditos a favor de la comunidad derivados de la obligación de contribuir al sostenimiento de los gastos generales correspondientes a las cuotas imputables a la parte vencida de la anualidad en curso y los tres años anteriores tienen la condición de preferentes a efectos del artículo 1923 del CC y preceden, para su satisfacción, a los citados en los números 3.º, 4.º y 5.º de dicho precepto, sin perjuicio de la preferencia establecida a favor de los créditos salariales en el Estatuto de los Trabajadores. Distinta de la prelación es la afección real que sigue a la finca con independencia del cambio de propietario y que funciona como una hipoteca legal tácita.

sólo parcialmente, pues las derivadas del régimen de comunidad horizontal tienen por objeto el total departamento mientras que las derivadas de la propiedad compartida tienen por objeto sólo la propiedad material de dicho departamento. Si en virtud de la afección o de la preferencia (a través del correspondiente embargo) un tercero adquiere el total departamento habrá que distinguir si se hace uso de la afección real o no. Si se hace uso de la misma, el artículo 553-5,1 establece que “los elementos privativos están afectos con carácter real y responden del pago de los importes que deben los titulares, así como los titulares anteriores, por razón de los gastos comunes, ordinarios o extraordinarios, y por el fondo de reserva, que corresponda a la parte vencida del año en curso y a los cuatro años inmediatamente anteriores, contados desde el 1 de enero al 31 de diciembre, sin perjuicio, si procede, de la responsabilidad de quien transmite”. Al tratarse de una afección legal juega como una hipoteca tácita y, en consecuencia, la prioridad deviene del momento en que consta en el Registro la constitución del régimen de propiedad horizontal y, por ello, cancelará las cargas y derechos posteriores y por tanto la propiedad compartida. Si las cantidades reclamadas no están cubiertas por la afección real entonces la prioridad devendrá de la constancia en el Registro de la correspondiente anotación del embargo derivada del procedimiento de reclamación de las mismas, por lo que esta anotación no cancelaría la propiedad compartida constituida con anterioridad a la misma. En cambio, si se ejercita la afección real que resulta del artículo 556-9, lo que se ejecuta es la cuota del propietario material y no el total departamento por lo que se cancelarán las cargas posteriores y anteriores constituidas exclusivamente sobre la propiedad material, pero no las cargas constituidas sobre la propiedad formal, pues no olvidemos que con arreglo al artículo 556-8, letra a. el propietario formal tiene las facultades de enajenar, hipotecar y someter a cualquier otro gravamen su cuota. Si se ejecuta la parte de deuda no amparada por la afección real, solamente se cancelarán las cargas posteriores a la necesaria anotación de embargo sobre la propiedad material ordenada en el correspondiente procedimiento judicial, pero no las que se hayan practicado entre la constitución de la propiedad compartida y dicha anotación.

8. LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

El Registro se lleva por fincas, abriendo un historial individual a cada una en el folio correspondiente. Inicialmente el concepto de finca coincide con el de porción de la corteza terrestre, pero ya desde la publicación de la primera Ley Hipotecaria se abrió camino el concepto de finca especial, es decir, aquella unidad económica de carácter inmobiliario que, pese a no constituir una porción de aquella corteza, es susceptible de ser objeto de negocios jurídicos y de derechos de naturaleza real. Los ejemplos son numerosos, las concesiones administrativas, los departamentos en régimen de propiedad horizontal, las cuotas de una comunidad por turnos, etc.

Del mismo modo la idea de una finca un folio también quebró hace mucho tiempo, pues existen las unidades inmobiliarias que pueden formar parte de diversas fincas registrales, dada la situación de comunidad especial en que las mismas se encuentran: el caso paradigmático es el de los departamentos constituidos en régimen de propiedad horizontal, los cuales son unidades jurídico-económicas independientes pero, al tiempo, forman parte de una entidad mayor, cual es el edificio, sujeto a una normativa legal y convencional diferente, por lo que se creó la técnica del doble folio: en el folio abierto al edificio se hacen constar los derechos, cargas, obligaciones propter rem y limitaciones que afectan al edificio en su totalidad mientras que en el folio abierto a cada departamento se publica su titularidad individual y los derechos, cargas y limitaciones que exclusivamente recaen sobre el mismo. Todo lo que consta en el folio del edificio o finca madre proyecta su eficacia sobre los distintos departamentos, pero lo que consta en el folio abierto a estos últimos no proyecta su eficacia sobre la finca matriz. Avanzando un paso más, si el edificio formase parte de un conjunto inmobiliario llegaríamos al sistema de triple folio y, si alguno de los departamentos estuviese sujeto a una comunidad por turno, a un derecho de aprovechamiento por turnos o a una propiedad compartida podríamos llegar, incluso, al sistema de cuádruple folio.

La forma de inscribirse estos dos tipos de propiedad, temporal y compartida, es diferente. En este sentido, al no existir un régimen de comunidad en la propiedad temporal, el artículo 547-8 señala que:

“el título de adquisición de la propiedad temporal se inscribe en el registro correspondiente de conformidad con lo establecido por la ley y con los efectos correspondientes. En la inscripción del título de adquisición debe hacerse constar la duración de la propiedad temporal y, si procede, el régimen voluntario que se haya pactado de acuerdo con lo establecido por el artículo 547-5”.

Por lo tanto, en el mismo folio conviven la propiedad temporal y la sucesiva y, en consecuencia, las posibles diversas propiedades temporales, lo cual puede afectar a la necesaria claridad que debe presidir la redacción de los asientos registrales, pues en el mismo folio constarán las cargas, obligaciones y limitaciones que afecten a la total finca, las que afecten a la propiedad actual y las que afecten a las propiedades latentes. Si tanto la propiedad actual como la sucesiva son susceptibles de transmisión y gravamen y la propiedad temporal puede ser desgajada en propiedades temporales menores, las cuales a su vez pueden ser objeto de transmisión y gravamen, es fácil colegir que en el mismo folio abierto a la total propiedad van a inscribirse derechos con objeto diferente. Esto es algo habitual (usufructo y nuda propiedad, cuotas en una comunidad de garaje o trastero respecto de la cual no cabe abrir folio independiente por no reunir los requisitos del artículo 53 del RD 1093/1997, etc.), pero en el caso de la propiedad temporal puede conducir a una mayor confusión si además tenemos en cuenta que la extinción de la propiedad temporal o de algunas de las propiedades temporales por causas distintas del plazo o de cualquier otra prevista en el título de constitución e inscrita, no provocará la extinción y, consecuentemente, tampoco la cancelación de los derechos constituidos sobre las distintas propiedades.

Distinta es la solución en el caso de propiedad compartida, dada la situación de comunidad ante la que nos encontramos, y así el artículo 556-5,1 señala que “el título de constitución de la propiedad compartida se inscribe en el registro correspondiente de conformidad

con lo establecido por la ley y con los efectos correspondientes”. Añade el párrafo 3º que “la propiedad compartida, si recae sobre un bien inmueble, debe inscribirse, de acuerdo con la legislación hipotecaria, en el folio abierto para la finca matriz. La inscripción del derecho del propietario material debe practicarse en un folio independiente, el cual debe remitir al régimen de la propiedad compartida”.

Sobre una propiedad temporal puede constituirse una propiedad compartida y viceversa, supuestos en los que debemos acudir al sistema de doble folio, pues si primero se constituye la propiedad material y luego o simultáneamente se constituye la temporal, en el folio abierto a aquella se inscribirá esta última, y se constituye primero la temporal y luego sobre esta se constituye la compartida, la primera se inscribirá en el folio abierto a la total finca pero será necesario desgajar un nuevo historial (folio) que refleje las vicisitudes de la propiedad material que sobre esa temporal se constituye. Pero, además, estos derechos pueden recaer sobre un departamento sujeto a un régimen de propiedad horizontal (llegaríamos al triple folio), el cual podría formar parte de un conjunto inmobiliario (alcanzaríamos el cuádruple), e incluso sobre una propiedad compartida o temporal el propietario actual o el material podrían constituir una comunidad por turnos, por lo que a cada turno se le abriría un folio independiente y, de este modo, alcanzaríamos el sistema de quintuple folio.

No se ha establecido por el CCCat la inscripción como constitutiva y, ni tan siquiera como obligatoria, por lo que se sigue la regla general de nuestro sistema registral en el que la inscripción es voluntaria y declarativas salvo contadas excepciones en que puede ser u obligatoria o constitutiva (el caso paradigmático de inscripción constitutiva es la hipoteca, la cual no existe hasta su inscripción registral). Llama la atención que, dada la cierta similitud que guarda la propiedad temporal con el derecho de superficie, no se haya seguido la regla que establece el artículo 53,2 de la Ley del Suelo, a cuyo tenor el derecho de superficie para su válida constitución requiere de su formalización en escritura pública y de su inscripción en el Registro de la Propiedad.

En cuanto a las circunstancias que debe contener la inscripción, el art 9 letra c de la LH señala que el folio real de cada finca incorporará necesariamente la naturaleza, extensión y condiciones, suspensivas o resolutorias, si las hubiere, del derecho que se inscribe, su valor cuando constare en el título, así como el derecho sobre el

cual se constituya el que sea objeto de inscripción (letra d). Por su parte, el artículo 51 del RH señala en sus números 5,6 y 7 que debe constar la naturaleza del derecho expresándose el nombre que se le dé en el título y si no se le da ninguno tampoco se expresará en la inscripción, debiéndose hacer expresión circunstanciada de todo lo que, según el título determine el mismo derecho o limite las facultades del adquirente, copiándose literalmente las condiciones suspensivas, resolutorias o de otro orden establecidas en aquél. Ello supone que, como contenido mínimo de la inscripción debe constar:

a) En la propiedad temporal

- 1) Las circunstancias personales del constituyente y del adquirente de la propiedad actual (ya sea por vía de transmisión, de retención o de desdoblamiento) y del propietario o propietarios sucesivos, pues el constituyente ab initio o el propietario temporal en cualquier momento pueden establecer una o varias propiedades temporales de menor duración a favor de una o más personas, a la vez o una después de la otra (artículo 547-6,4). Tanto el artículo 9 de la LH como el 51 del RH señalan como requisito de la inscripción tanto la determinación de la persona natural o jurídica a favor de quien se haga la inscripción, si legalmente se permite, con identificación de la persona de quien proceden los bienes o derechos.
- 2) El título de adquisición, que puede ser cualquier negocio de carácter constitutivo tanto a título oneroso o lucrativo, como entre vivos o mortis causa (artículo 547-4,2).
- 3) El plazo cierto y determinado de duración de la propiedad temporal.
- 4) El inventario de bienes que en su caso integran la propiedad temporal y que debe acompañarse a cada transmisión (artículo 547-4,4).
- 5) El posible pago a plazos del precio de adquisición (art 547-5, letra a).
- 6) La facultad de prórroga del propietario temporal, determinando los plazos de las posibles prórrogas, no pudiendo la suma total de las mismas superar el plazo máximo de noventa y nueve años (letra b del 547-5).

- 7) Los posibles derechos de adquisición preferente a favor de uno u otro o de ambos, o los posibles derechos de opción de compra que se concedan al propietario o propietarios temporales (letras c y d del propio artículo 547-5).
- 8) Los acuerdos sobre obras necesarias y exigibles realizadas por el propietario temporal (letra e), pues el propietario temporal tienen derecho a que el titular sucesivo le pague los gastos por obras o reparaciones necesarias y exigibles, atendiendo, principalmente, al tiempo que queda de la duración de la propiedad temporal y al importe de dichos gastos (letra e).
- 9) Acuerdos sobre obras de reparación o reconstrucción en caso de deterioro del bien, de conformidad con el artículo 547-7,3, en base al cual el titular sucesivo puede exigir al propietario temporal que se haga cargo de las obras de reparación o reconstrucción si el bien se deteriora en un 50% o más de su valor por culpa o dolo del propietario temporal. A tales efectos, debe tomarse como referencia el valor del bien en el momento en que se produce el hecho culpable o doloso.
- 10) Cualquier otro acuerdo que forme parte del título constitutivo o de su modificación que tenga eficacia real, teniendo en cuenta que las obligaciones propter rem, es decir, aquellas cuyo cumplimiento se imponen a una persona en cuanto a titular de un derecho, tienen siempre eficacia real. Estos acuerdos no pueden ser contrarios a normas de carácter imperativo.

b) En la propiedad compartida

- 1) Las circunstancias relativas a las personas y al negocio de constitución en los términos vistos para la propiedad temporal.
- 2) La cuota inicial del propietario material así como los requisitos y condiciones del ejercicio del derecho de adquisición gradual (artículo 556-4,2 letra b), y el pacto en contra de la extinción del régimen por no ejercicio de este derecho (artículo 556-11, letra d).
- 3) La contraprestación pactada, en su caso, por el ejercicio en exclusiva de las facultades dominicales atribuidas sobre el bien y los criterios de actualización y su determinación en función

de la adquisición gradual si han sido pactados (letra c del artículo 556-4,2).

- 4) La duración del régimen (artículo 556-4,3).
- 5) Pactos relativos de las obras de reparación y reconstrucción (artículo 556-8, letra b), pues el propietario formal puede exigir al material, salvo que se pacte otra cosa, que se haga cargo de las obras de reparación o reconstrucción si el bien se deteriora un 20% o más o se compromete su subsistencia. El propietario formal tiene derecho a acceder al inmueble para comprobar su estado. Si se le niega el acceso o si, después de haber accedido a él, se comprueba que la subsistencia del bien está afectada, el propietario formal puede solicitar judicialmente cualquier medida cautelar (dispone pues de una particular acción de devastación).³³
- 6) Posibles derechos de tanteo y retracto o más exactamente eliminación o modalización de los mismos (artículo 556-10).
- 7) Cualquier otro acuerdo que forme parte del título constitutivo o de su modificación que tenga eficacia real.

En cuanto a la cancelación de estos derechos, la regla general viene establecida por el artículo 82 de la LH, a cuyo tenor:

“las inscripciones o anotaciones preventivas hechas en virtud de escritura pública, no se cancelarán sino por sentencia contra la cual no se halle pendiente recurso de casación, o por otra escritura o documento auténtico, en el cual preste su consentimiento para la cancelación la persona a cuyo favor se hubiere hecho la inscripción o anotación, o sus causahabientes

33 El artículo 117 de la LH regula la acción de devastación en materia hipotecaria estableciendo que “cuando la finca hipotecada se deteriore, disminuyendo de valor, por dolo, culpa o voluntad del dueño, podrá el acreedor hipotecario solicitar del Juez de Primera Instancia del partido en que esté situada la finca, que le admita justificación sobre estos hechos y si de la que diere resultare su exactitud y fundado el temor de que sea insuficiente la hipoteca, se dictará providencia mandando al propietario hacer o no hacer lo que proceda para evitar o remediar el daño. Si después insistiere el propietario en el abuso, dictará el Juez nueva providencia poniendo el inmueble en administración judicial. En todos estos casos se seguirá el procedimiento establecido en los artículos 720 y siguientes de la LEC”.

o representantes legítimos. Podrán, no obstante, ser canceladas sin dichos requisitos cuando el derecho inscrito o anotado quede extinguido por declaración de la Ley o resulte así del mismo título en cuya virtud se practicó la inscripción o anotación preventiva”.

No obstante, existen reglas especiales de cancelación, como la contenida en el artículo 190 del RH según el cual:

“cuando un derecho inscrito se haya extinguido por confusión de derechos, no será necesario un asiento especial de cancelación y bastará que el Registrador, a solicitud del interesado, practique la cancelación en el mismo asiento del cual resulte la extinción por confusión, extendiendo la oportuna nota de referencia al margen de la inscripción cancelada. Si la cancelación no se hubiere efectuado en la forma autorizada en el párrafo anterior, se practicará por otro asiento posterior a solicitud de cualquier interesado”.

Examinando los casos de extinción de la propiedad temporal y la compartida en el Registro, y su reflejo registral, tendríamos que hacer las siguientes precisiones:

A. Propiedad temporal. El artículo 549-7 señala que “la propiedad temporal se extingue por las causas generales de extinción de la propiedad y, además, por las siguientes causas: Por el vencimiento del plazo y por el deterioro del bien en un 50% o más de su valor por culpa o dolo del propietario temporal, si éste, una vez requerido por el titular sucesivo, no se ha hecho cargo de las obras de reparación o resolución o reconstrucción”.

En cuanto a las causas generales de extinción de la propiedad, el propio precepto matiza en el número 2 que: “los derechos reales que gravan la propiedad temporal, en caso de renuncia al derecho y de abandono de la posesión del bien o de cualquier otra causa de extinción voluntaria de la propiedad temporal, subsisten hasta que venza el plazo o se produzca el hecho o causa que comporte su extinción”. Nos encontramos ante una aplicación particular del principio de que la renuncia de derechos no puede perjudicar a

terceros, una de cuyas expresiones ya la encontrábamos en el artículo 107,1 de la LH en relación con la hipoteca del derecho de usufructo, cuando el mismo se extingue anticipadamente por voluntad del usufructuario.

Por lo que respecta a la renuncia, al no existir en la propiedad temporal una comunidad, la misma por sí sola no tiene efectos ni frente al propietario sucesivo ni frente a terceros. La resolución de la DGRN de 30 de agosto de 2103 trata el caso de la renuncia de un local integrado como elemento privativo en un régimen de propiedad horizontal. El registrador consideró que esta renuncia perjudica a terceros y, además, que en el Registro de la Propiedad español no parece posible inscribir la simple renuncia si no es inscribiendo simultáneamente una nueva titularidad, pues sería contrario a los principios registrales que una finca inmatriculada quedara sin titularidad. La DGRN considera que habría que poner en conocimiento de los demás copropietarios dicha renuncia para que puedan impugnarla judicialmente, solicitando las oportunas medidas cautelares. La adquisición de los demás cotitulares no tendrá causa onerosa ni gratuita sino que es consecuencia natural de la relación jurídico-real preexistente (el régimen de propiedad horizontal), pero la renuncia no será inscribible de modo automático, sino que se requiere el consentimiento de los demás copartícipes. Por tanto, analógicamente, la renuncia es un modo válido de extinción, que no perjudica a terceros, y para provocar la correspondiente inscripción a favor del propietario sucesivo de la total propiedad requiere de su consentimiento.

En cuanto al cumplimiento del plazo, la primera cuestión que se plantea es si el vencimiento opera como una causa de extinción automática del derecho y, en consecuencia, podría solicitar el propietario sucesivo la cancelación de la propiedad temporal sin intervención del titular temporal e incluso se plantea si podría proceder el registrador a la cancelación de oficio por la vía del artículo 353 del RH, es decir al practicar un nuevo asiento sobre la finca o al expedir una certificación de cargas de la misma. Mi opinión es que si no hay posibilidad de prórroga, el plazo debe operar automáticamente, lo mismo que se si cumple el plazo máximo pactado o, en su defecto, el legal de 99 años. En consecuencia, el registrador podría cancelar de oficio o a solicitud de cualquier interesado (entendiendo por tal el titular de cualquier derecho inscrito sobre la finca). El problema es si se ha pactado una prórroga y en el Registro se desconoce su ejercicio

o no. En este parece que habría que utilizar la vía del artículo 210,8 de la LH, a cuyo tenor:

“no obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, podrán cancelarse directamente, a instancia de cualquier interesado y sin necesidad de tramitación del expediente, las inscripciones relativas a derechos de opción, retractos convencionales y cualesquiera otros derechos o facultades de configuración jurídica, cuando hayan transcurrido cinco años desde el día en que venció el término en que, según el Registro, pudieron ejercitarse, siempre que no conste anotación preventiva de demanda u otro asiento que indique haberse ejercitado el derecho, modificado el título o formulado reclamación judicial sobre su cumplimiento”.

En consecuencia, transcurridos cinco años desde el momento en que la prórroga pudo ser ejercitada podría cancelarse a instancia de cualquier interesado sin necesidad de escritura pública ni procedimiento judicial.

En cuanto al deterioro del bien y, sin perjuicio de lo que las partes hayan pactado en el título constitutivo a los efectos de la objetivización de esta causa, dado que el registrador no puede resolver controversias entre los interesados, parece que habría que acudir al correspondiente procedimiento judicial, si bien tras la reforma de 2015 se abre camino la vía de la conciliación, pues el artículo 103 bis de la LH señala que:

“los registradores serán competentes para conocer de los actos de conciliación sobre cualquier controversia inmobiliaria, urbanística y mercantil o que verse sobre hechos o actos inscribibles en el Registro de la Propiedad, Mercantil u otro registro público que sean de su competencia, siempre que no recaiga sobre materia indisponible, con la finalidad de alcanzar un acuerdo extrajudicial. La conciliación por estas controversias puede también celebrarse, a elección de los interesados, ante Notario o Secretario judicial. Celebrado el acto de conciliación, el Registrador certificará la avenencia entre los interesados o, en su caso, que se intentó sin efecto o avenencia”.

En todo caso parece que esta certificación, en cuanto documento público, podría considerarse documento inscribible de conformidad con el artículo 3 de la LH. No sería obstáculo el hecho de que el registrador que certifica sea el mismo que inscribe, pues el hecho determinante de la cancelación es la avenencia de los interesados. En todo caso no podrían cancelarse, sin su intervención en el acto de conciliación, los derechos de terceros.

Finalmente, el artículo 547-10 señala que “la extinción de la propiedad temporal supone que el titular sucesivo adquiere el dominio del bien, toma posesión de él por sí mismo y puede ejercer las acciones de protección de la propiedad y de la posesión que le correspondan”. Señala el número 3 que “en todo caso, en el momento de la finalización de la propiedad temporal debe elaborarse un inventario que tiene que entregarse con el bien”. Esta obligación es consecuencia de que al constituirse la propiedad temporal el artículo 547-4,4 exige que la transmisión se acompañe de un inventario de los bienes que la integran. Esta obligación parece de carácter personal y, en consecuencia, su ausencia no impediría ni la inscripción de la propiedad temporal ni su cancelación.

B. En cuanto a la propiedad compartida, el artículo 556-11 establece que la propiedad compartida se extingue por las siguientes causas:

- Reunión en una sola titularidad de todas las cuotas de propiedad, convirtiéndose en propiedad ordinaria. En este caso la inscripción de la extinción debe practicarse en el folio abierto a la total propiedad, cerrándose el folio abierto a la propiedad compartida. Esta misma solución es aplicable a los supuestos previstos en las letras e) y f) relativos a los casos de conversión del régimen en régimen de comunidad ordinaria o especial, si bien en el caso de régimen de conversión en comunidad especial habrá que acudir a las reglas hipotecarias relativas a la inscripción de las mismas (propiedad ordinaria, comunidad por turnos, garajes y trasteros, etc.),³⁴ y al acuerdo de los titulares. En estos casos se requiere de

34 Así el artículo 553-9, establece que el régimen de propiedad horizontal se inscribe en el Registro de la Propiedad de acuerdo con la legislación hipotecaria por medio de una inscripción general para el inmueble y de tantos folios como fincas privativas existan. En el caso de comunidades y subcomunidades para garajes y trasteros el artículo 553-3 permite su funcionamiento con independencia de la comunidad

la unanimidad de todos los titulares para proceder a la conversión o terminación. No obstante, si existen cargas sobre la propiedad material no cabe cerrar el folio hasta la completa extinción de las mismas, pues estos acuerdos no pueden en ningún caso perjudicar los derechos de terceros, y por ello el párrafo 2º del precepto señala que “la renuncia a la propiedad compartida no exime al renunciante del cumplimiento de las obligaciones vencidas y aún pendientes, ni perjudica los derechos que se hayan constituido a favor de terceros”.

- La destrucción o pérdida del bien. Es necesario que esa destrucción o pérdida sea de tal carácter que impida la continuación del régimen, por lo que, y esto es especialmente relevante tratándose de cosas muebles, no puede considerarse destrucción el mero desperfecto, ni pérdida cualquier eliminación temporal de la posesión.
- En cuanto al vencimiento del plazo, pueden realizarse en cuanto a las prórrogas las mismas consideraciones que se han efectuado respecto de la propiedad temporal. Si no se ha ejercido al vencimiento del plazo el derecho de adquisición gradual en su totalidad debe constituirse, a salvo lo que establezcan el título de constitución o los acuerdos entre los titulares, una comunidad ordinaria entre todos los propietarios.
- La falta de ejercicio de cualquiera de los derechos de adquisición gradual acordados, salvo pacto en contrario. Sin embargo, y dado que el ejercicio del derecho de adquisición gradual puede no haber llegado al Registro de la Propiedad, la cancelación registral del folio abierto a la propiedad compartida requerirá

general de la propiedad horizontal si se configura el local como elemento privativo de una propiedad horizontal y la adquisición de cuota atribuye el uso exclusivo de plazas de aparcamientos o de trasteros. A este supuesto le es aplicable el artículo 53 del RD 1093/97, de 4 julio sobre “inscripción en el Registro de actos de naturaleza urbanística”, con arreglo al cual no podrán constituirse como elementos independientes de un régimen de propiedad horizontal (y, en consecuencia, no podrían ser objeto de inscripción separada) las participaciones indivisas de plazas destinadas a garaje que tengan el uso y disfrute exclusivo de una zona determinada sino se incluye en el título una descripción pormenorizada con fijación de su número de orden, linderos, dimensiones perimetrales y superficie útil, así como la descripción correspondiente a los elementos comunes. En materia de comunidad por turnos, el artículo 568 señala que el régimen se inscribe por el sistema de pluralidad de hojas, de acuerdo con lo establecido por la legislación hipotecaria.

del transcurso de los plazos previstos en el artículo 210 de la LH, salvo que con anterioridad ambas partes consientan en la cancelación o se presente la correspondiente resolución judicial.

- En cuanto a la renuncia de cualquiera de los titulares, el propio precepto contempla la solución adoptada por la resolución de 21 de abril de 2015 de la DGDiEJ, es decir, se produce un acrecimiento en el otro. Esta resolución aborda el tema de la renuncia en el seno de una comunidad por turnos, señalando que “cuando se renuncia a una cuota o participación indivisa de un derecho que se tiene en comunidad ordinaria el acrecimiento es automático, pero renunciar a la cuota sin notificarlo al resto de cotitulares no se ajusta a las exigencias de la buena fe, por lo que para que la renuncia sea oponible a aquellos es necesario su conocimiento”. Por lo tanto la cancelación registral del folio abierto a la propiedad material por renuncia requiere, de entrada, que se acredite que se ha notificado al propietario formal (o si es el formal quien renuncia, que se ha notificado al material) si bien se plantea que pasaría si el otro propietario no quiere aceptar dicha renuncia, por ejemplo, por ser demasiado onerosa. Me inclino por considerar que en este caso en el folio abierto a la total propiedad, la consiguiente inscripción a favor del propietario formal o material de la total propiedad debería sujetarse a la condición suspensiva de la no oposición del propietario a favor de quien resulte el acrecimiento.

El número 3 del precepto contiene una norma que debe ser considerada que posee carácter dispositivo y es que, si la extinción se produce por falta de ejercicio del derecho de adquisición gradual o por acuerdo de todos los titulares, el bien afectado pasa a la situación de comunidad ordinaria indivisa, y, dado que esta clase de comunidades no deben perdurar en el tiempo, se establece una regla análoga a la que para la comunidad ordinaria se establece en el artículo 552-10. Para facilitar la disolución de la comunidad, quien ha sido propietario formal puede exigir la adjudicación de la totalidad del bien objeto de la comunidad pagando en metálico el 80 % del valor pericial, en el momento de exigir la adjudicación.

La modificación de la propiedad horizontal: estructura, constitución y régimen orgánico (arts. 553-1 a 553-33) (Llei 5/2015)¹

M^A DEL CARMEN GETE-ALONSO Y CALERA

Catedrática de Derecho Civil

Universidad Autónoma de Barcelona

Vocal de la Comisión de Codificación Civil de Cataluña

SUMARIO

1. EL RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL. 1.1. *Configuración*. 1.2. *Delimitación*.
2. EL OBJETO. 2.1. *Identificación*. 2.2. *Identificación de los elementos*.
3. CONSTITUCIÓN. 3.1. *Carácter expreso del régimen*. 3.2. *Título de constitución: carácter y eficacia jurídica*. 3.3. *Legitimación y requisitos del título*. 4. ORGANIZACIÓN DE LA COMUNIDAD. 4.1. *Delimitación e innovaciones*. 4.2. *Innovaciones en el funcionamiento de la junta de propietarios*. 5. BIBLIOGRAFÍA CITADA

1. EL RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL

La configuración jurídica del régimen de propiedad horizontal que se sigue de la nueva redacción de los preceptos (arts 553-1 a 553-59 CCCat) llevada a cabo por la Llei 5/2015, de 13 de mayo (del Libro quinto del Código civil de Cataluña relativo a los derechos reales), en inicio, así se anuncia en su preámbulo, continúa siendo la misma². Se ha respetado la “tradición”, lo que estaba en el acervo jurídico básico sobre todo en la práctica, pero a la vez que se ha mejorado la regulación, su caracterización jurídica, como no podía ser de otro modo, se ha perfeccionado aunque la refacción, momentáneamente, no se haya llevado hasta sus últimas consecuencias.

1 Este escrito se incardina en el Proyecto de Investigación Actualización del derecho de persona y familiar. Conflictos, modelos y relaciones. DER2014-54997-P. También en los estudios que desarrolla *Actualiza* (Grupo para la reforma y actualización del Derecho Privado en España).

2 Se lee en el Preambul I. 4 “(...) la reforma no comporta pas la modificació del sentit o dels principis que inspiren el règim vigent de la propietat horitzontal a Catalunya. Aquesta llei respecta el sistema del text vigent pel que fa a les divisions entre seccions i subseccions del capítol III del títol V del llibre cinquè del Codi civil de Catalunya. Els articles mantenen la numeració i, en general, la denominació originària”.

1.1. Configuración

En efecto, el dato - índice jurídico que tipifica el régimen de la propiedad horizontal en el Código civil catalán cada vez más significativamente se inclina hacia la propiedad (*rectius*, estatuto dominical) que va más allá de ser una situación de comunidad especial. En el texto codificado, en verdad, la propiedad horizontal se configura como el estatuto jurídico dominical que corresponde a determinados bienes inmuebles, modalidad que sobrepasa tanto la situación de comunidad ordinaria como la propiedad, justificada por la estructura, material y jurídica de determinados elementos del inmueble, en el que coexisten propiedades individuales con comunes.

Como es conocido, en el momento de gestación del régimen³, cuando se empezaron a identificar los problemas que suscitaba la realidad, se modeló sobre la comunidad ordinaria pro indiviso, atendiendo a los bienes que los propietarios exclusivos de determinadas elementos de un inmueble tenían, poseían y disfrutaban en común. En el enfrentamiento entre la propiedad y la comunidad, ya que la novedad radicaba en esos elementos que se tenían en común, se centró la “especialidad” en ella y no en la propiedad, pues era en relación a los que se planteaban conflictos; criterio mantenido hasta ahora, al menos en lo que hace a su encuadramiento sistemático, pese a que la evolución técnica posterior ha llevado por otros derroteros.

Durante bastante tiempo la doctrina se cuestionó la calificación jurídica más adecuada a aplicar a la situación fáctica que presentaba la propiedad horizontal; en particular se discutió a cerca de si se debía tratar como una comunidad, dado que la regulación inicial se insertaba entre los preceptos de ésta⁴, si era una forma o modalidad

3 El problema del régimen jurídico a aplicar a las situaciones en las que en un edificio coexisten propiedades exclusivas con la propiedad en comunidad de ciertos elementos comunes del mismo, comenzó hacia finales de los años 30 del siglo pasado y produjo la modificación de un precepto, el art. 396 CC, que era de régimen de la comunidad indivisa.

4 El origen de esta calificación se puede situar en la primera norma que así lo hace: el artículo art. 396 del Código civil español, que, como se puede observar, es el que ha seguido, seguramente por inercia, el legislador catalán, aunque ello sólo sea aparente como se dice en el texto. Es decir, sistemáticamente se sitúa dentro de la comunidad pero se trata como un auténtico estatuto jurídico de propiedad especial o de modalidad de propiedad.

del derecho de propiedad o, finalmente si era un *tertium genus* de características propias. La normativa catalana, desde el principio (año 2006, de publicación del Libro V del CCCat) optó por calificar la situación como un régimen jurídico inmobiliario especial, sin decantarse de manera explícita por alguna de las tesis propuestas. Configuración que el texto reformado mantiene, a pesar de que suscita y crea *una contradictio in terminis* que se pone de relieve en un dato evidente: que la regulación se inserta, sistemáticamente, en el capítulo dedicado a la comunidad de bienes, cuando bien por sus características y envergadura debería merecer un título propio, separado de la comunidad.

Es verdad que podría habérsenos exigido, a los miembros de la Sección de Derechos Reales de la Comisión de codificación, para realmente cumplir con la labor de perfeccionar la norma, que hubiéramos procedido a recolocar adecuadamente estos preceptos dentro del Libro V del Código civil de Cataluña, y quizá ello hubiera sido conveniente para evitar posibles reformas futuras, y sobre todo, en aras de la coherencia. ¿Por qué no se hizo? La respuesta es fácil y directa: el mandato que tenía la Sección venía perfectamente delimitado por la resolución del Parlamento (I, 2 de la Exposición de Motivos)⁵: la labor se había de ceñir a los preceptos concretos que presentaban problemas de interpretación o aplicación, no se daba carta blanca para una reforma completa. La Sección de Derechos Reales, ciertamente, extendió sus trabajos a todos los preceptos por necesidad técnica, pues sabido es que la variación de una regla no sólo afecta al artículo concreto que se reformula sino que repercute en los demás, y así era obligada la revisión/relectura íntegra de todos los preceptos vigentes, para asegurar que el nuevo texto que se proponía sí depuraba su redacción (*rectius*, sus contradicciones e

5 Se lee en el apartado I. 2 del Peambul: “En aquesta línia, en data 29 de gener de 2009, el Parlament de Catalunya va adoptar la Resolució 371/VIII, en virtut de la qual s’instava el Govern a impulsar els treballs, iniciats per l’Observatori de Dret Privat de Catalunya, de reforma dels preceptes de la propietat horitzontal. En decaure la legislatura sense que es presentessin aquests treballs, el nou Parlament, en data 28 d’abril de 2011, va aprovar la Resolució 55/IX, en la qual s’instava el Govern a complir aquella primera Resolució. En compliment del mandat parlamentari, la Secció de Drets Reals de la Comissió de Codificació de Catalunya va continuar i intensificar la labor d’estudi i anàlisi dels preceptes del Codi civil de Catalunya relatiu al règim de la propietat horitzontal (articles 553-1 a 553-59), i el fruit d’aquests treballs és aquest text”.

incoherencias). No obstante, por exceder del mandato, no se cuestionó la ordenación sistemática del régimen jurídico, aunque sí fuimos conscientes de que no era la más adecuada y el proceder, quizá, delate una cierta dislexia del legislador⁶.

La propiedad horizontal, que la ley no nomina comunidad, se individualiza de la ordinaria proindiviso (tipo básico de comunidad, art. 552-1 CCCat), por su naturaleza, características y la conformación del objeto sobre el que se establece; de una parte características físicas o materiales, junto a otras, fundamentalmente jurídicas que son las que terminan por integrar el entramado de derechos, deberes y relaciones entre los propietarios de elementos privativos y de elementos comunes a la vez (contenido). Sobre un objeto, como es conocido en el que una parte (material y jurídica, en su caso) es común a la pluralidad de titulares y donde coexisten derechos individuales y comunitarios de los mismos propietarios.

Del análisis de la regulación de la propiedad horizontal en el Código civil se constata que la configuración delimitada no es de comunidad, ni siquiera una comunidad especial, como el resto de las que se contienen en el mismo Título V (De las situaciones de comunidad), sino una modalidad de propiedad cuyo fundamento técnico es el poder (derecho subjetivo) dominical que confiere facultades exclusivas y plenas sobre un objeto plural.

La singularidad de la propiedad horizontal, superadas las etapas de discusión en torno a su calificación⁷ es la de ser un régimen jurídico inmobiliario, por razón del objeto (elementos privativos + elementos comunes) sobre el que recae y de su destino (económico), régimen que establece un estatuto jurídico específico de propiedad sobre determinados bienes (al que estarían destinados los inmuebles compuestos por elementos comunes y elementos privativos). Considerado el régimen inmobiliario como una cualidad jurídico real del inmueble fundado en su destino económico, que desde el punto de vista formal lo identifica como objeto unitario y en el orden sustantivo fija el alcance de los poderes (facultades)

6 La ubicación definitiva se debe dejar al momento en que, finalizado el Código civil de Cataluña, se proceda a armonizar éste para evitar incoherencias y contradicciones entre sus Libros.

7 Como comunidad, propiedad o institución dominical "sui generis".

y deberes de carácter real (de derechos reales) y organiza su aprovechamiento y ejercicio.

Es un régimen inmobiliario en el que la cualidad jurídica del objeto, además de por su composición física o material se conforma por la voluntad privada (destino económico) de sus titulares manifestada expresamente en el momento de regular el contenido (poderes y deberes) de la titularidad que se comparte y que está vocado a la concurrencia de más de un titular.

La constitución jurídica de la propiedad horizontal produce, jurídicamente, un efecto multiplicador del objeto del derecho de propiedad: donde materialmente puede, o no, existir un solo objeto (el edificio), jurídicamente se individualiza más de uno (departamentos susceptibles de aprovechamiento exclusivo), donde materialmente existe diversidad, jurídicamente se afectan inmuebles o servicios inmobiliarios a fincas privativas. Sin embargo, en todo caso, como estatuto único y particular de cada inmueble sometido⁸.

También, se ha de adelantar, es un régimen unitario, que se construye en base al modelo de la propiedad horizontal simple a partir de la cual, además, se diversifican y concretan las modalidades de propiedad horizontal: la misma propiedad horizontal simple, la compleja y la por parcelas. En todos los casos modulación que toma como fundamento la caracterización jurídica (concreta) del objeto – bien (cfr, arts. 511-1 y 511-2 CCCat) sobre el que opera.

8 Ferran BADOSA COLL, “La multipropietat com a règim juríic immobiliari” en *Materials de les IV Jornades de Dret català a Tossa. Règim de la propietat col·lectiva urbana a Catalunya*, PPU, Barcelona 1988 pp. 15 y ss.; Ana GIMENEZ COSTA (*El contrato de cesión de finca a cambio de construcción futura en el Derecho civil catalán*, Tesis de doctorado (inérita), Universitat Rovira i Virgili, Tarragona 2015, pp. 585) concluye de manera clara, siguiendo la doctrina del profesor BADOSA, que “La división del futuro edificio en propiedad horizontal, en tanto que régimen jurídico inmobiliario, supone la creación de nuevos objetos jurídicos de derecho, susceptibles de aprovechamiento independiente (...) por la eficacia creadora de la escritura de propiedad horizontal, los pisos o locales a construir existen ya jurídicamente, aunque no existan físicamente. En consecuencia los pisos y locales, materialmente inexistentes, dejan de ser objetos futuros y son susceptibles de titularidad y tráfico jurídico real, puesto que ya no se trata de un derecho real sobre un objeto futuro (...)”.

1.2. Delimitación

El primer precepto (art. 553-1 CCCat) del régimen, bajo el título *Definición* determina su estructura (composición) y los caracteres básicos. Se trata de una descripción —concepto general que se desarrolla, de una parte, en las demás disposiciones generales, de otra en las específicas de la propiedad horizontal simple, compleja y por parcelas.

La nueva redacción, respetando la anterior, mejora sustancialmente la primigenia ya que no sólo emplea un lenguaje más adecuado sino que incorpora los caracteres básicos del régimen que se manifiestan, visibilizan ya, de entrada.

Su tenor literal es el siguiente:

“1. El règim jurídic de la propietat horitzontal implica, per als propietaris, el dret de propietat en exclusiva sobre els elements privatius i en comunitat amb els altres propietaris sobre els elements comuns.

2. El règim jurídic de la propietat horitzontal requereix l'atorgament del títol de constitució i suposa:

a) L'existència, present o futura, d'un o més titulars de la propietat d'almenys un immoble integrat per elements privatius i elements comuns.

b) La determinació de la quota de participació en els elements comuns que correspon a cada element privatiu.

c) La configuració d'una organització per a l'exercici dels drets i el compliment dels deures dels propietaris.

3. Els elements comuns són inseparables dels elements privatius. Els actes d'alienació i gravamen i l'embargament dels elements privatius s'estenen a la participació que els correspon en els elements comuns.

4. El règim de la propietat horitzontal exclou l'acció de divisió sobre els elements comuns i els drets d'adquisició preferent de caràcter legal entre propietaris de diferents elements privatius. Aquesta exclusió no afecta les situacions de comunitat indivisa sobre els elements privatius”.

Antes de analizar esta definición conviene plantearse el valor que se le ha de atribuir. En efecto, porque no es simplemente una norma programática sino que cumple una importante función normativa que es la de tipificar el régimen en el sentido recto y propio de la expresión. Es decir, no sólo dota de regulación propia a la situación y la nomina sino que determina sus índices y los caracteres, y además, aunque no se exprese en este sentido, fija las exclusiones (tipicidad negativa).

Como se expresaba *supra*, se está ante un régimen jurídico dominical abocado a una pluralidad de propietarios y propiedades, establecido de manera voluntaria y expresa sobre un inmueble en el que se diversifican elementos privativos y comunes vinculados inseparablemente. Del mismo se excluyen: los bienes muebles y las situaciones análogas o idénticas en las que no se haya expresado formalmente la voluntad de constituir el régimen.

En el apartado primero se define el régimen, el segundo determina su estructura y tipifica, y los siguientes establecen los caracteres jurídicos propios que lo distancian de la comunidad ordinaria indivisa y reafirman su naturaleza dominical. Del conjunto, resulta su naturaleza.

En la nueva definición destacan:

- a) El *carácter general* del régimen: comprende cualquier modalidad de propiedad horizontal, sea la simple, la compleja o la por parcelas, reguladas expresamente, sean otras modalidades que puedan crearse en el futuro⁹.

De ahí que sea concepto fundamental desde el que arrancan las demás reglas que despliegan el modelo,

- b) Su *carácter voluntario*: no se impone a los propietarios por la simple concurrencia fáctica de los elementos, pues exige manifestación de sometimiento, y, en consecuencia
- c) Su *carácter expreso*, al requerirse el otorgamiento del título de constitución para reconocer su existencia jurídica.

9 Pedro Del POZO CARRASCOSA, Antoni VAQUER ALOY, Esteve BOSCH CAPDEVILA, *Derecho Civil de Cataluña. Derechos Reales*. (5ª ed). Marcial Pons. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo, 2015, pp. 260.

El carácter expreso implica la exclusión de las situaciones de hecho, pero en cambio, como se explica más adelante, no supone una barrera ni implica límite alguno para aplicar sus reglas.

La estructura básica se contiene en el apartado 2 de este artículo, en donde se delimitan los índices de tipo del régimen:

- a) *Pluralidad de propietarios*, presente o futura. No es necesario que, de entrada, exista más de un propietario, de modo que se puede constituir el régimen por uno sólo (art. 553-7 CCCat). Sin embargo, en todo caso, resalta la vocación a la pluralidad.

Importa destacar que la nueva norma, en contraste con la anterior que exigía la presencia de dos o más propietarios, reduce éstos a uno o más. El motivo del cambio obedece a la característica del régimen cuya existencia jurídica no depende en exclusiva del número de titulares sino de que concurren los demás índices de tipificación: singularmente, de la presencia de los elementos privativos y los elementos comunes, la organización, y en particular del otorgamiento del título de constitución (la expresión de la voluntad que es la que lo conforma). De ahí que manteniendo la pluralidad de propietarios a la que está abocado el régimen, baste, en inicio, con la concurrencia de dichos elementos y la constitución voluntaria y expresa, para lo que está legitimado el propietario único (art. 553-8.1 CCCat).

Se distingue, así, la constitución del régimen, que puede hacerse por un solo propietario, de su plena efectividad que tiene lugar a partir de la pluralidad.

- b) *Cuota de participación* que representa (es) el derecho dominical de cada uno de los propietarios de los elementos privativos en los elementos comunes.

Que es la cuota (posición jurídica) de esa propiedad especial sobre los elementos comunes; aunque, en verdad, es más al devenir estatuto jurídico del inmueble (compuesto) sometido al régimen.

- c) *Organización (contenido) de los poderes jurídicos dominicales*, que implica el modo de actuación en la comunidad y el organigrama.

Es, en todo caso, una organización de las relaciones jurídico reales que se establecen entre los propietarios de los elementos privativos por razón de los elementos comunes que comparten, que no comporta la creación de una nueva personalidad jurídica distinta y separada de los propietarios.

El régimen se configura sobre la base de la pluralidad de propietarios y el carácter compuesto del objeto.

En *el apartado 3* se relacionan tres caracteres jurídicos propios del régimen que lo separan de la comunidad ordinaria indivisa y fijan los límites de los poderes de los propietarios de los elementos privativos:

- 1) *Inseparabilidad de los elementos comunes* de los elementos privativos: que opera mientras está vigente el régimen, porque comporta la unidad jurídica del objeto que es múltiple desde la titularidad y los derechos (propiedad).

Una inseparabilidad que actúa preferentemente cuando los propietarios de elementos privativos llevan a cabo actos de disposición del elemento privativo y que comporta que el objeto de éstos afecte al totum objeto (compuesto): elemento privativo más (+) la cuota de participación (derecho) en los elementos comunes.

- 2) *Exclusión de la acción de división*: para mantener la pluralidad de propietarios y la vocación de permanencia del régimen.

En contraste a la comunidad indivisa, la subsistencia del régimen de propiedad horizontal no está sometida a la sola voluntad individual, pues en él el interés colectivo prima sobre ésta.

- 3) *Exclusión de los derechos de adquisición preferente*, el tanteo y el retracto de comuneros (del art. 552-4 CCCat) de carácter legal.

La erradicación de estos derechos, asimismo, asegura la permanencia de la pluralidad de sujetos (titulares) del régimen.

Aunque no se exprese, es un régimen inmobiliario que en cuanto estatuto del bien tiene vocación de perdurabilidad en el tiempo, es decir que su duración es indefinida, lo que no quiere decir que sea perpetua ni implica que sea inextinguible.

En esta configuración del régimen destaca, sobre todo, el objeto sobre el que recae, su naturaleza expresa a la par que general y la organización de la situación comunitaria. A ellas se dedican las siguientes páginas.

2. EL OBJETO

Recordaba el profesor BADOSA COLL en una de las observaciones que formuló al texto articulado que la Sección de Derechos Reales presentó al Pleno de la Comissió de Codificació (año 2012): “El règim de PH. (...) configura jurídicament l’immoble (553-2,-7,-9.1 a),c).4). La configuració consisteix en *fer-lo passar d’objecte de Dret únic*, la situació originària contemplada en el 8.1, *a compost* d’una pluralitat de nous objectes de Dret independents. L’immoble, que continua materialment únic, es descompon jurídicament en “elements privatius”, principals perquè són les noves finques autònomes i “elements comuns”, secundaris i instrumentals”.

Paralelamente, en la modalidad de la propiedad horizontal por parcelas (“las urbanizaciones privadas”)¹⁰ el régimen tiene la virtualidad de transmutar el objeto materialmente plural (las fincas - solares), *rectius* la pluralidad de objetos, en un objeto de derecho único pero compuesto por los elementos privativos y los comunes cuya función es la de servir a aquéllos. Configuración que, asimismo concurre en la propiedad horizontal compleja¹¹ en relación con la supracomunidad.

Esta caracterización del objeto es netamente jurídica, fruto de la voluntad (autonomía privada) por mor del reconocimiento que hace la norma de la fuerza creadora de aquélla. Comporta, en

10 Vid GETE-ALONSO y CALERA, “Las urbanizaciones privadas (Una aproximación a su configuración jurídica, con especial consideración de la legislación catalana sobre protección de la legalidad urbanística)” en *Materials de les IV Jornades de Dret Civil Català a Tossa de Mar (Règim de la Propietat Col·lectiva Urbana a Catalunya)*. PPU. Barcelona 1988, págs 45 a 113.

11 Vid GETE-ALONSO y CALERA, “Comentario a los arts. 553-48 a 553-56 y 553-59” del Código Civil de Cataluña” en *Derechos reales* (Dirección Antonio Giner Gargallo, Coord. Vicenç Clavell Hernández). Decanato Autonómico de los Registradores de Cataluña (Ed Bosch), 2008.

consecuencia, que el objeto exista a pesar de que físicamente no se haya materializado, desde que consta delimitado en el documento en el que se otorga el régimen de propiedad horizontal. Lo que, jurídicamente es así porque, precisamente, es la constitución del régimen, el acuerdo de voluntades (contrato) la que provoca la existencia jurídica no sólo de éste, sino en particular del objeto nuevo y propio, el de la propiedad horizontal, por supuesto siempre que se cumplan los requisitos y exigencias legales¹².

2.1. Identificación

La identificación del objeto, por la trascendencia que tiene en el régimen jurídico, dispuesto en torno al mismo, para organizar la situación jurídica de los propietarios y los intereses económicos y jurídicos en juego, es necesaria como se ha indicado, por la configuración y, además, es exigencia legal.

Conviene parar atención acerca de qué bienes pueden delimitarse como objeto (de derecho, cfr, art. 511-1. CCCat) y cómo éstos son privativos y comunes, es decir, se identifican como tales.

En lo que hace a la primera cuestión, que es la general, la norma es clara, ya desde la redacción primigenia del año 2006, pues estaba muy asumido jurídicamente, y también en la práctica habitual, el carácter exclusivamente inmobiliario del objeto. No obstante, la norma original, lo que fue un logro y acierto de la regulación en dicha fecha, no se centró sólo en el edificio sino que, admitida la diversidad, o sea las modalidades de la propiedad horizontal simple (edificios), compleja (conjunto inmobiliario) y por parcelas (solares edificables), quedaba implícito que se extendía a otras realidades inmobiliarias. Como no podía ser de otra manera, la refacción hecha por la Llei 5/2015 incide en la naturaleza esencialmente inmobiliaria del objeto, pero agrega precisiones de importancia a través de las cuales se termina de configurar la naturaleza del régimen, y de ahí su justificación.

12 El consentimiento (acuerdo de voluntades) siempre debe recaer sobre un objeto común que es la base o fundamento sobre el que se establece la relación jurídica (obligatoria o además con trascendencia real) entre las partes. Es el *in idem placitum consensus* que se mencionaba en las fuentes romanas.

Se delimita el objeto, bajo este *nomen* (art. 553-2 CCCat), a través de la enumeración de las realidades (bienes) para lo que, partiendo de la estructura del régimen del precepto anterior, se utilizan conjuntamente criterios materiales y jurídicos. Se lee en este precepto:

“1. Poden ésser objecte de propietat horitzontal els edificis i qualssevol altres immobles, fins i tot en construcció, en els quals coexisteixin elements privatis, constituïts per habitatges, locals o espais físics susceptibles d'independència funcional i d'atribució a diferents propietaris, amb elements comuns, necessaris per a l'ús i el gaudi adequat dels privatis.

2. Es pot constituir un règim de propietat horitzontal en els casos de coexistència en sòl, vol o subsòl d'edificacions o usos privats i domini públic, de ports esportius amb relació als punts d'amarratge, de mercats amb relació a les parades, de cementiris amb relació a les sepultures i en altres de semblants. Aquestes situacions es regeixen pels preceptes d'aquest capítol adaptats a la naturalesa específica de cada cas i per la normativa administrativa que els és aplicable”.

Conviene detenerse, brevemente, en las innovaciones que se han introducido en este precepto. Después de la configuración del régimen en el primer artículo, se ha explicitado en este precepto que además del edificio, objeto por excelencia de la propiedad horizontal simple, comprende “cualquiera otros inmuebles”.

La novedad, en verdad, no requiere más explicación pues el régimen del Código civil de Cataluña nunca se ha ceñido en exclusiva a los edificios sino que alcanza a los inmuebles, no en general, cierto, pero sí a aquellos en los que, jurídicamente pueda detectarse la estructura compuesta del mismo (elementos privativos y elementos comunes). De ahí, la necesidad de explicitar que el objeto puede ser, además, un inmueble distinto del edificio. Se ha de interpretar que inmueble, aquí, se entiende como el denominado inmueble por naturaleza, lo que se sigue de las modalidades del régimen (simple, compleja y por parcelas), pero

que no excluye que alcance a aquellos que reciban esta calificación por destino¹³.

Pero aún hay más pues junto al suelo, vuelo y subsuelo, las viviendas, los locales y los espacios físicos ya existentes se agrega un dato jurídico que deriva de la existencia del régimen (su constitución, art. 553-7 CCCat i 8 LH) “incluso en construcción”. Es suficiente con su existencia jurídica, *rectius*, descripción en el título de constitución.

El carácter eminentemente jurídico del objeto de la propiedad horizontal lo reafirma la relación de bienes susceptible de ser objeto del régimen que se hace en el apartado 2. Enumeración que, si se observa, se refiere a cualidades jurídicas en las que el dato común denominador es la coexistencia del derecho público con las relaciones jurídicas reales privadas.

De este apartado 2, en la norma nueva se ha eliminado la frase “urbanizaciones con relación a las parcelas” que no procedía, de una parte por la incorrección de emplear el término urbanización cuando se había decidido nominar la situación inmobiliaria como propiedad horizontal por parcelas¹⁴. De otra, porque la inclusión de ésta era distorsionadora pues el texto legal ya regula este régimen jurídico como modalidad de propiedad horizontal y sobra su mención como situación especial.

Mayor alcance jurídico tiene que la norma exprese que en los casos en los que coexistan en el suelo, vuelo o subsuelo edificios o usos privativos y dominio público, el carácter público no supone una traba a la hora de establecer el régimen, que siempre es esencialmente, recuérdese, un régimen dominical privado e inmobiliario.

Ahora se hace visible el supuesto general, por calificarlo así, que antes no estaba suficientemente explicitado. En efecto, pues en la anterior, lo que se mantiene, ya se mencionaban situaciones de

13 Indica el art. 511-2.2. que “Es consideren béns immobles:

- a) El sòl, les construccions i les obres permanents.
- b) L'aigua, els vegetals i els minerals, mentre no siguin separats o extrets del sòl.
- c) Els béns mobles incorporats de manera fixa a un bé immoble del qual no poden ésser separats sense que es deteriorin.
- d) Els drets reals i les concessions administratives que recauen sobre béns immobles, ports i refugis nàutics, i també els drets d'aprofitament urbanístic”.

14 Secció quarta: propietat horitzontal per parcel·les (arts. 553-53 a 553-59).

coexistencia de la propiedad privada y ciertos elementos públicos, como los puertos, los mercados o los cementerios. La referencia expresa a la extensión que puede alcanzar el inmueble (suelo, vuelo y subsuelo) dada la realidad y las posibilidades jurídicas y técnicas de disociación y vinculación, así pues era obligada.

La norma actual, con todo, con la inclusión de las situaciones afectadas por la normativa pública, refuerza el régimen de propiedad horizontal que se sitúa más allá de la titularidad pública o privada del derecho o de los aprovechamientos sobre el objeto, y reafirma su carácter de estatuto jurídico del inmueble. De ahí que, al ser un estatuto dominical, ello suponga que concurren las reglas civiles sobre el régimen con las administrativas correspondientes, lo que deja explícito la norma. La innovación se incorporó en el texto con ocasión de las observaciones que formuló, durante la fase de Información pública, el Departament de Territori i Sostenibilitat que sugería la necesidad de que se expresara, pues en la práctica se planteaban dudas acerca de la si era posible constituir el régimen de la propiedad horizontal en estas situaciones.

La nueva redacción de la norma civil se coordina con las reglas de la legislación urbanística en la que se prevé para estos casos la coexistencia de los usos y del dominio privado y publico (art. 17.3 Texto refundido de la Ley del Suelo Decreto Legislativo 2/2008, 20 de junio¹⁵; art. 35.4 Text refós de la Llei d'urbanisme, Decret Legislatiu

15 Este artículo 17. 3 (modificado recientemente por la Ley 8/2013, de 26 de junio de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas) señala: “La constitución de finca o fincas en régimen de propiedad horizontal o de complejo inmobiliario autoriza para considerar su superficie total como una sola parcela, siempre que dentro del perímetro de ésta no quede superficie alguna que, conforme a la ordenación territorial y urbanística aplicable, deba tener la condición de dominio público, ser de uso público o servir de soporte a las obras de urbanización o pueda computarse a los efectos del cumplimiento del deber legal a que se refiere la letra a) del apartado 1 del artículo anterior.

El complejo inmobiliario podrá constituirse sobre una sola finca o sobre varias, sin necesidad de previa agrupación, siempre que sean colindantes entre sí o únicamente se hallen separadas por suelos que, de acuerdo con la ordenación territorial y urbanística, deban tener la condición de dominio público, ser de uso público, servir de soporte a las obras de urbanización, o ser computables a los efectos del cumplimiento del deber de entregar a la Administración el suelo reservado para viales, espacios libres, zonas verdes y restantes dotaciones públicas incluidas en la propia actuación o adscritas a ella para su obtención”.

1/2010, 3 d'agost¹⁶) y la norma urbanística catalana, expresament, remite a la norma civil sobre la propietat horitzontal.

2.2. Identificació de los elementos

La característica del objeto de la propietat horitzontal, comú a todas las modalidades, es su carácter compuesto, su estructura integrada por elementos privativos y elementos comunes. El precepto descriptor del règimen se encarga de señalar, de entrada, que implica la coexistencia de la propietat exclusiva sobre los elementos privativos con la situación de comunidad sobre los elementos comunes, siempre entre los mismos propietarios (art. 553-1.1 CCCat). Conviene, entonces, estudiar qué

16 Article 35. Compatibilitat entre sistemes urbanístics públics i qualificacions d'aprofitament privat (modificat per la Llei 3/2012, de 22 de febrer de modificació del text refós de la Llei d'urbanisme, aprovat pel Decret legislatiu 1/2010, del 3 d'agost).

“1. Els terrenys que el planejament urbanístic reserva a sistemes urbanístics, que l'administració actuant ha obtingut o ha d'obtenir mitjançant la cessió obligatòria o l'expropiació urbanístiques, s'han de destinar íntegrament a l'ús públic previst, sens perjudici del règim de compatibilitat d'usos regulat per aquest article.

“2. El planejament urbanístic pot preveure que el subsòl dels sistemes urbanístics de titularitat pública es destini a usos diferents dels atribuïts al sòl, sempre que siguin compatibles amb la funcionalitat del sistema. Aquesta compatibilitat d'usos diferents només pot comportar una qualificació urbanística d'aprofitament privat en subsòl si el planejament urbanístic ordena nous sistemes urbanístics, no previstos en el planejament urbanístic anterior, que no són exigibles en compliment dels estàndards mínims establerts per la legislació urbanística o pel planejament urbanístic general. En el cas del sistema viari, la qualificació urbanística d'aprofitament privat del subsòl només es pot admetre si l'esmentat sistema no és part de la xarxa que estructura el teixit urbà o la trama urbana.

“3. El planejament urbanístic pot qualificar com a sistema de titularitat pública part de les edificacions existents, de les edificacions de nova construcció o del vol o del subsòl dels immobles, per raó de la necessitat d'implantació d'equipaments comunitaris, com també per a facilitar l'accés dels vianants als sistemes viari i d'espais lliures. L'obtenció d'aquests sistemes es pot dur a terme per expropiació si l'immoble afectat no és part d'un polígon d'actuació urbanística que prevegi la cessió gratuïta del sistema.

“4. Si, d'acord amb els apartats 2 i 3, el planejament urbanístic preveu la compatibilitat d'una qualificació urbanística d'aprofitament privat i la destinació a sistemes de titularitat pública del sòl, del vol o del subsòl d'un terreny, es pot constituir el règim de propietat horitzontal més adequat d'entre els establerts per la legislació civil catalana, amb les limitacions i servituds que siguin procedents per a la protecció del domini públic.

“5. El règim de compatibilitat que regula aquest article no impedeix l'ús privatiu dels béns de domini públic que, d'acord amb la legislació sobre patrimoni de les administracions públiques, no comporta la transformació o la modificació d'aquest domini.”

criterios determinan la condición de elemento privativo o elemento común, pues junto a los que derivan de la composición (sustancia) del propio objeto confluyen los que bien pueden calificarse como jurídicos emanados de la voluntad privada, unas veces por destino y otras, además, por creación (identificación y delimitación).

Recordemos la descripción general de los elementos en la parte que interesa:

Art. 553-2. 1. CCCat: “Poden ésser objecte de propietat horitzontal (...) /els/ immobles (...) en els quals coexisteixin elements privatius, constituïts per (...) espais físics susceptibles d’independència funcional i d’atribució a diferents propietaris, amb elements comuns, necessaris per a l’ús i el gaudi adequat dels privatius”

Si se observa la descripción legal utiliza, en primer lugar, un criterio físico o material, la independencia funcional o no del bien en concreto, vinculado a su aprovechamiento, es decir al uso y disfrute, según pueda ser único, diríamos que exclusivo (elemento privativo) o plural (más de uno) e instrumental para la facilitar el ejercicio del contenido del derecho de propiedad (elemento común). Criterio que combina con el jurídico que explica la atribución de la titularidad única (no compartida con otros) o la cotitularidad.

Entre las disposiciones generales no existen más preceptos acerca de estos elementos, se ha de acudir a las siguientes Secciones (la segunda regula la propiedad horizontal simple, la tercera la propiedad horizontal compleja y la cuarta por parcelas) para completar los datos que permiten la identificación de cada uno de ellos. De una parte, es lógico que sea en cada sede específica donde se aborden éstos pues la modalidad justifica sobradamente su encaje sistemático; pero, de otra, quizá hubiera sido oportuno que alguna de ellas, en particular las más generales, se adelantaran y se incluyeran en las disposiciones generales. Con todo, como se dijo, el mandato de revisión de los preceptos no alcanzaba a llevar a cabo una profunda reforma y replanteamiento sistemático, pese

a lo que la nueva norma, respetándolo¹⁷ adapta y pone al día el régimen jurídico.

- 1) Los *elementos privativos* aparecen descritos en la propiedad horizontal simple (art. 553-33 CCCat) y en la compleja (art. 553-48 CCCat), porque en la propiedad horizontal por parcelas (art. 553-54 CCCat) el precepto correspondiente no contiene datos de identificación.

La regla es que los elementos privativos son *espais físics susceptibles d'independència funcional i d'atribució a diferents propietaris* (art. 553-2. 1. CCCat), lo que se especifica para cada modalidad:

- a) En la propiedad horizontal simple se indica explícitamente que «Només es poden configurar com a elements privatius d'un immoble els habitatges, els locals i els espais físics que poden ésser objecte de propietat separada i que tenen independència funcional perquè disposen d'accés directe o indirecte a la via pública» (art. 553-33 CCCat).

La descripción, si se compara con la disposición general, responde a los criterios comentados: materiales y jurídicos. Conviene detenerse en los datos que se agregan a lo general, propios de esta modalidad de propiedad horizontal en la que el objeto es el edificio.

Así, de una parte, la independencia del elemento privativo se predica de su uso y destino que implica autonomía en relación al edificio del que forma parte. Es esta independencia la que justifica su existencia jurídica como objeto de un derecho separado y propio respecto de los demás espacios del edificio. A resaltar que junto al dato físico también se utiliza el jurídico que es, en definitiva, el que prima. En efecto, si se observa, el acceso directo o indirecto a la vía pública, dato material, no es decisivo ni influye en la identificación como privativo ya que, en verdad, el dato es el del su destino dominical independiente (pueden ser objeto de propiedad separada) y su destino propio autónomo (independencia funcional) de la unidad material (física) del edificio.

17 Como se lee en e Preámbulo (I, 4) “Aquesta llei respecta el sistema del text vigent pel que fa a les divisions entre seccions i subseccions del capítol III del títol V del llibre cinquè del Codi civil de Catalunya. Els articles mantenen la numeració i, en general, la denominació originària”.

De otra parte, de la atenta lectura del precepto, se percibe otro dato de interés: no existe una mera descripción genérica o abierta sino que de manera deliberada se emplea la expresión únicamente (només) adverbio que matiza el elemento privativo: sólo los espacios físicos y locales que cumplan el requisito de la autonomía dominical (titularidad) e independencia funcional pueden ser y constituirse como elementos privativos.

Esta delimitación, en consecuencia, excluye que, en la propiedad horizontal simple puedan alcanzar la calificación jurídica de elemento privativo otras realidades físicas que no reúnan las condiciones exigidas, también, expulsa otras que pudieran ser fruto de la creación jurídica dimanada de la descripción / destino que se haga en el título de constitución del régimen. Lo que desemboca en que los elementos privativos siempre son físicos: locales o espacios, se entiende deslindados, sobre los que existen titularidades independientes.

- b) En la propiedad horizontal compleja se dice que «cada escala, portal o edificio constitueix una subcomunitat (i) poden configurar com una subcomunitat els elements privatius, situats en un o més immobles, que estan connectats entre si i que tenen independència econòmica i funcional» (art. 553-48. 2 i 3 CCCat).

Los elementos privativos de esta modalidad de propiedad se definen con los mismos criterios comentados: físicos y jurídicos. Así, la realidad de los edificios entre los que se establece, que en esta actúan (son) cómo los elementos privativos, una situación material que coincide ya con el edificio único, ya cuando la construcción comporte unidad de edificios en la que se distingue cada uno a través de los accesos individualizados (portales - escaleras). A lo que se añaden, en esta propiedad horizontal compleja, los elementos privativos conectados que tienen la autonomía propia de este tipo de elementos, funcional y la independencia económica, datos que deben concurrir todos para que reciban esta calificación.

A diferencia de la propiedad horizontal simple los elementos privativos no se circunscriben a unos concretos y determinados, con exclusión de los demás; pero sí prima como en aquella el dato físico sobre el jurídico.

- c) En la propietat horitzontal per parcel·les el precepte expressa que se estableix sobre «un conjunt de finques independents que tenen la consideració de solars, edificats o no, formen part d'una actuació urbanística i participen amb caràcter inseparable d'uns elements de titularitat comuna» (art. 553-53.1 CCCat)

De nuevo, datos físicos junto a los jurídicos, combinación en la que, a diferencia de las modalidades anteriores, priman éstos sobre aquellos. En efecto, si se pone atención en la descripción, pese a que se presupone una realidad material a la vista, la finca entendida como una superficie de terreno delimitada por su contorno y límites (confines), es el dato de que se integre en una actuación urbanística el que determina la aptitud jurídica para ser objeto de una propiedad horizontal por parcelas.

Las parcelas, entendidas en el sentido expresado, son los elementos privativos cuando, según el planeamiento urbanístico correspondiente, tengan la cualidad de solar. Y de conformidad a la normativa son solares los terrenos clasificados como urbanos que estén urbanizados, tengan señaladas alineaciones y rasantes, sean susceptibles de licencia inmediata y edificables (art. 29 del Text refós de la Llei d'urbanisme)¹⁸. Índices, todos, sobrevenidos por la intervención de una determinada actuación pública.

18 Art 29 (Concepte de solar) del tenor literal siguiente:

“Tenen la consideració de solar, als efectes d'aquesta Llei, els terrenys classificats com a sòl urbà que siguin aptes per a l'edificació, segons llur qualificació urbanística, i que compleixin els requisits següents:

a) Que estiguin urbanitzats d'acord amb les determinacions establertes pel planejament urbanístic, o en tot cas, si aquest no les especifica, que disposin dels serveis urbanístics bàsics assenyalats per l'article 27.1 i afrontin amb una via que disposi d'enllumenat públic i estigui íntegrament pavimentada, inclosa la zona de pas de vianants.

b) Que tinguin assenyalades alineacions i rasants, si el planejament urbanístic les defineix.

c) Que siguin susceptibles de llicència immediata perquè no han estat inclosos en un sector subjecte a un pla de millora urbana ni en un polígon d'actuació urbanística pendents de desenvolupament.

d) Que, per edificar-los, no s'hagin de cedir terrenys per destinar-los a carrers o a vies amb vista a regularitzar alineacions o a completar la xarxa viària”.

(Text refós consolidat amb les modificacions introduïdes per la Llei 3/2012, del 22 de febrer, de modificació del text refós de la Llei d'urbanisme, aprovat pel Decret legislatiu 1/2010, del 3 d'agost, i per la Llei 7/2011, del 27 de juliol de mesures fiscals i financeres).

Esta caracterización, de otra parte, es perfectamente explicable y atendible, en particular si se tiene en consideración el empeño del legislador, en este extremo, en coordinar lo público (la ordenación urbanística del territorio) y lo privado (el reconocimiento de una realidad como objeto de derecho), para erradicar, en la medida de lo posible, las ilegalidades urbanísticas, y evitar que a través de la vía privada (ejercicio de la autonomía) constituyendo el régimen de propiedad horizontal por parcelas se puedan “legalizar” situaciones fuera de ordenación no reconocibles en ningún caso¹⁹.

- 2) Los *elementos comunes* se describen en la propiedad horizontal simple (art. 553-41 CCCat) en la compleja (art. 553-48 CCCat) y en la por parcelas (arts. 553-55 i 553-56 CCCat).

La regla general es que los elementos comunes son, *in genere*, aquellos *necessaris per a l'ús i el gaudi adequat dels privatius* (art. 553-2. 1. CCCat), criterio en el que resalta, como dijera el profesor BADOSA COLL, su función instrumental y el lugar secundario, a lo que conviene agregar, y su carácter jurídico, en la medida en que su calificación pende de un acto de destino. Como se comprueba enseguida, de la dicción legal se sigue que junto a los datos físicos propios de la naturaleza del inmueble, en realidad de su tipo o clase, confluye la afectación expresa hecha por la voluntad privada.

Respecto de los elementos comunes también existen concreciones en atención a la modalidad de propiedad horizontal.

- a) En la propiedad horizontal simple la norma indica expresamente que son elementos comunes «el solar, els jardins, les piscines, les estructures, les façanes, les cobertes, els vestíbuls, les escales i els ascensors, les antenes i, en general, les instal·lacions i els serveis dels elements privatius que es destinen a l'ús comunitari o a facilitar l'ús i gaudi dels dits elements privatius» (art. 553-41 CCCat).

Siguiendo una tradición inveterada en este ámbito la descripción del elemento común se inicia con la enumeración ejemplificativa de ciertas construcciones, infraestructuras y situaciones materiales

¹⁹ Vid la Llei 3/2009, 10 de març, de regularització i millora d'urbanitzacions amb dèficits urbanístics.

que reciben la calificación legal de ser elemento común²⁰ para acabar con la mención expresa del índice de tipificación de estos elementos. Un índice que, no podía ser de otra manera, coincide con el general, pero que aquí, en atención al inmueble respecto del cual se predica, no ha de olvidarse que se está ante un edificio, se concreta y alcanza no sólo las instalaciones sino también a los servicios y que exige la concurrencia de un requisito formulado en alternativa: el destino al uso comunitario o a facilitar el uso de los elementos privativos. De donde resalta, precisamente, su carácter instrumental. Aunque, en realidad, lo que determina es la afección, es decir, la voluntad de los titulares.

- b) La propiedad horizontal compleja, como es sabido, comporta la coexistencia de subcomunidades que se integran en un inmueble o un conjunto inmobiliario que la norma indica que se forma «per diverses escales o portals o per una pluralitat d'edificis independents i separats que es connecten entre ells i comparteixen zones enjardinades i d'esbarjo, piscines o altres elements comuns semblants» (art. 553-48.1 CCCat).

Elementos, también, destinados al uso comunitario o para facilitar el uso y goce de los elementos privativos (art. 543-41 CCCat), cuya particularidad, tal y como están delimitados en la norma es que han de materializarse en una cosa (obras, construcciones...) u otras construcciones análogas, se entiende,

20 Baste tener en cuenta la enumeración que aún se mantiene en el art. 396 CC español y que se ha ido incrementando en las sucesivas reformas.

Se lee en éste “ (...) los elementos comunes del edificio, que son todos los necesarios para su adecuado uso y disfrute, tales como el suelo, vuelo, cimentaciones y cubiertas; elementos estructurales y entre ellos los pilares, vigas, forjados y muros de carga; las fachadas, con los revestimientos exteriores de terrazas, balcones y ventanas, incluyendo su imagen o configuración, los elementos de cierre que las conforman y sus revestimientos exteriores; el portal, las escaleras, porterías, corredores, pasos, muros, fosos, patios, pozos y los recintos destinados a ascensores, depósitos, contadores, telefonías o a otros servicios o instalaciones comunes, incluso aquéllos que fueren de uso privativo; los ascensores y las instalaciones, conducciones y canalizaciones para el desagüe y para el suministro de agua, gas o electricidad, incluso las de aprovechamiento de energía solar; las de agua caliente sanitaria, calefacción, aire acondicionado, ventilación o evacuación de humos; las de detección y prevención de incendios; las de portero electrónico y otras de seguridad del edificio, así como las de antenas colectivas y demás instalaciones para los servicios audiovisuales o de telecomunicación, todas ellas hasta la entrada al espacio privativo; las servidumbres y cualesquiera otros elementos materiales o jurídicos que por su naturaleza o destino resulten indivisibles”.

por su destino (elementos comunes semejantes). En paralelo a la propiedad horizontal simple, se citan algunos elementos físicos como las escaleras, los portales, las zonas ajardinadas y de recreo, las piscinas, que legalmente tienen esta calificación, pero tampoco esta enumeración es exhaustiva pues caben otros. Junto al criterio físico, asimismo está el derivado del acto de destinación, lo que incluye la contratación de servicios para todas las subcomunidades en conjunto (limpieza de zonas comunitarias, mantenimiento de instalaciones, vigilancia....). La remisión genérica a los que “sean similares” indica que son elementos materiales (construcciones y obras) y en general los servicios que cumplen con las finalidades comunitarias. En cambio, entiendo que se excluyen los de carácter jurídico (como las limitaciones jurídicas que, en contraste, sí son elementos comunes en la propiedad horizontal por parcelas).

La cualidad jurídica de elemento común, en el caso que nos ocupa, deriva de un acto de autonomía privada mediante el que se establece la vinculación. Ésta supone, de una parte, la destinación del bien al uso y aprovechamiento de la comunidad, es decir la dependencia funcional de la misma y, de otra la dependencia de la propiedad de los elementos privativos de las subcomunidades que la integran. Lo que se expresa en términos ya conocidos: que la propiedad de los elementos privativos comporta la de los elementos comunes de la comunidad compleja (es decir, además de los que correspondan en cada una de las subcomunidades), de donde la transmisión acarrea siempre la de éstos.

- c) En la propiedad horizontal por parcelas se indica que son elementos comunes «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 els 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» (art. 553-55.1 CCCat) y «les restriccions a l'exercici de les facultats dominicals sobre finques privatives que imposen el títol de constitució, els estatuts, el planejament urbanístic o les lleis» (art. 553-56 CCCat).

Así, se disciernen tres posibles tipos de elementos comunes:

- Los que se materializan físicamente en bienes inmuebles: fincas, elementos inmobiliarios e instalaciones adscritas en el título constitutivo que se asignan al uso y disfrute de la pluralidad de propietarios (art. 553-55.1 CCCat).
- Los que constituyen prestación de servicios (arts. 553-54.1 CCCat). Actividades diversas que, en cuanto tal, son prestaciones comprometidas (vigilancia, servicios médicos, de jardinería...).
- Los de carácter jurídico: que incluyen las limitaciones al ejercicio de las facultades dominicales sobre las fincas privativas en general; lo que comprende las legales que correspondan, las urbanísticas (legales, también, pero específicas según el plan urbanístico en el que se inserte la actuación pública) y, por supuesto, las voluntarias derivadas del acuerdo entre los propietarios y que se configuran con eficacia real (destino) en el título de constitución (arts. 553-53.1 y 56 CCCat).

Los elementos comunes de carácter jurídico son una clase propia de elemento común de esta modalidad de propiedad horizontal propiciada, precisamente, por la conformación física o material del objeto (la urbanización privada como núcleo de población).

Los elementos comunes servicios, que carecen de una base física (servicio de asistencia, de vigilancia...) y los de carácter jurídico, alcanzan la cualidad de elemento común, de nuevo, a través de su descripción e inclusión en el título de constitución del régimen. En todo caso, conviene recordar que las limitaciones que pueden configurarse como elementos comunes son sólo las que afectan a las facultades dominicales (art. 541-1 CCCat) de los titulares de las fincas privativas y, en concreto, únicamente las que atañen al ejercicio de aquellas.

- 3) Finalmente, con referencia exclusiva a la propiedad horizontal simple deben mencionarse unos elementos que están en situaciones, llamémoslas así, a caballo entre los elementos privativos y los comunes. Se trata de los elementos privativos en beneficio común y los elementos comunes de uso exclusivo.

Los elementos comunes de uso exclusivo se caracterizan por concurrir en ellos todos los requisitos indicados para obtener la cualidad jurídica de elementos comunes, necesarios para el uso adecuado de los elementos privativos. A esto se agrega, la mayor parte de las veces, que la concreta situación física de los mismos derivada de la estructura de la construcción aboca a que son elementos que están a disposición o alcance de un concreto /o concretos/ elemento privativo y que de hecho su funcionalidad, además de general, de manera particular acostumbra a ser efectiva a los propietarios de estos elementos privativos. En estas circunstancias, estos elementos, sin perder su calificación jurídica de elemento común, actúan de hecho como elementos privativos, porque de alguna manera, además, en su caso, de la funcionalidad común (en general estructural), son de utilización exclusiva del elemento privativo.

Al efecto de identificarlos desde el punto de vista del objeto del régimen, que es lo que nos entretiene aquí, esta cualidad especial del elemento es fruto de su configuración, la estructura del edificio, pero también, en cuanto a su aprovechamiento material, de un acto de afectación, que repercute no sólo en la legitimación para su posesión y uso, que es exclusivo del propietario titular del elemento privativo al que se asigna, sino también, en las reglas sobre la conservación y gastos del mismo.

Se preceptúa que:

“En el títol de constitució o per acord unànime de la junta de propietaris, es pot vincular a un o diversos elements privatius l’ús exclusiu de patis, jardins, terrasses, cobertes de l’immoble o altres elements comuns. Aquesta vinculació no els fa perdre la naturalesa d’element comú” (art. 553-43.1 CCCat)²¹.

21 Continúa el precepto diciendo que:

“2. Els propietaris dels elements privatius que tenen l’ús i gaudi exclusiu dels elements comuns n’assumeixen totes les despeses de conservació i manteniment i tenen l’obligació de conservar-los adequadament i mantenir-los en bon estat.

3. Les reparacions que es deuen a vicis de construcció o estructurals, originaris o sobrevinguts, o les reparacions que afecten i beneficien tot l’immoble, són a càrrec de la comunitat, llevat que siguin conseqüència d’un mal ús o d’una mala conservació.”

La otra situación particular es la que tiene lugar en relación con los denominados *elementos privativos de beneficio común*. En este supuesto se está ante elementos que, en origen, y ahí radica la particularidad, son privativos por concurrir en ellos sus datos pero que jurídicamente son cotitularidad indivisa de todos los propietarios de elementos privativos. Es esta circunstancia jurídica la que les confiere una condición análoga a la de los elementos comunes estricto senso.

Se lee en la norma (art. 553-34 CCCat) que:

“son elements privatius de benefici comú els que, per disposició de la llei, del títol de constitució o per acord de la junta de propietaris, pertanyen a tots els propietaris en proporció a la quota i de manera inseparable de la propietat de l'element privatiu concret. Y se añade que adquieren esta naturaleza (por disposición legal), salvo que se pacte otra cosa, els elements comuns desafectats per acord de la junta de propietaris”.

Nuevamente, es clave para su configuración jurídica el acto de destinación, junto a aquellos que se disponen por la norma (los legales).

3. CONSTITUCIÓN

Una de las características de la normativa catalana sobre la propiedad horizontal es que el régimen, para que exista jurídicamente y se aplique al objeto debe constituirse. Dato propio del régimen, dispuesto en la formulación actual en el primer precepto, como índice de tipificación del mismo, con la finalidad de aclarar su carácter dispositivo, es decir que no se impone por la mera concurrencia de una situación fáctica, sino que es fruto de la autonomía privada; aunque se tenga la convicción de que es el que habría de regir siempre que concorra una pluralidad de propietarios y objeto con elementos comunes y elementos privativos.

«El règim jurídic de la propietat horitzontal requereix l'atorgament del títol de constitució» (art. 553-1.2 CCCat).

La regla implica, de una parte el carácter expreso del régimen; de otra la necesidad de otorgar el título de constitución para que se reconozca jurídicamente.

3.1. Carácter expreso del régimen

La explicitación del régimen es dato de tipificación exigido por la norma, que, además de explicarse por el amplio alcance y margen atribuido a la autonomía privada (la libertad civil, *cf* art. 111-6 CCCat) se asienta en la conformación estudiada del objeto sobre el que recae, actúa en cada caso en concreto (según la modalidad) y se fundamenta en el principio de seguridad del tráfico. Un bien jurídico que, como se ha explicado, existe jurídicamente (objeto de derecho, art. 511-1 CCCat) a partir de que los propietarios en ejercicio de su voluntad lo describen, deciden el destino económico de sus elementos, los delimitan, sobre todo los que dependen de la voluntad y manifiestan la sumisión a la propiedad horizontal. La configuración llevada a cabo en el acto jurídico de constitución del régimen es relevante pues extravasa la determinación ordinaria del objeto de una relación jurídica (*cf*. art. 1273 CC). En verdad, es la que, en atención a la modalidad de propiedad horizontal, crea el objeto jurídico, provoca, en su caso, el efecto multiplicador, y otorga jurídicamente la cualidad de elemento privativo y elemento común. Formulación en la que, aunque se parte de los datos físicos, no tiene por qué existir coincidencia exacta con la realidad (estructura) física del mismo (los elementos comunes físicos, los inmateriales y los servicios que se delimitan con este carácter)²². De ahí el enorme valor jurídico, de creación, de la voluntad privada.

Las disposiciones generales sobre la comunidad (arts. 551-1 y 551-2 CCCat) establecen que ante una situación de comunidad en la que no consta el tipo al que pertenece se presume la comunidad ordinaria indivisa (art. 551-1.3 CCCat) y, en consecuencia, se aplican y se rige por sus reglas (art. 551-2.1 CCCat). La norma general es

22 Dadas las modalidades de propiedad horizontal las situaciones materiales o físicas son muy diversas. Recuerdese lo que se ha analizado en el apartado anterior en los elementos privativos y los comunes. En la propiedad horizontal simple (que es el modelo) el edificio es el objeto, pero en la compleja es un conjunto de fincas que tienen, entre sí, elementos comunes, y lo mismo ocurre en la por parcelas.

que si se constata la concurrencia de los datos que identifican a la comunidad, no basta con ello para determinar el régimen jurídico sino que se debe acreditar, también, cuál es. Si no se consigue probar, ya sea porque no tiene ninguno o no se puede demostrar uno en concreto, la norma entiende que es una comunidad proindiviso, ya que ésta es el tipo ordinario (común) de comunidad. Esta regla general es la que explica que los regímenes de propiedad horizontal simple, compleja y por parcelas e incluso el de la comunidad por turnos, en nuestro ordenamiento, no operen automáticamente desde el momento en que concurren los requisitos que la norma exige sino que se hayan de constituir expresa y formalmente de acuerdo con las exigencias legales (en todas las modalidades de propiedad horizontal, se requiere el otorgamiento expreso del título de constitución, arts. 553-7, 553-50, 553-57, 554-4 CCCat).

Así pues, para cualquiera de las modalidades de propiedad horizontal la exigencia de constitución comporta que no se admite, estrictu sensu, la situación de propiedad horizontal de hecho. Cuando, de facto, concurren los requisitos de la propiedad horizontal y no se ha otorgado el título de constitución del régimen, la situación siempre se reconduce legalmente a un tipo, el de la comunidad ordinaria indivisa, a menos que se pruebe que es otro distinto el que actúa (art. 551-2.1. CCCat) y no se pueden aplicar, en inicio, sus reglas sino las de la comunidad ordinaria indivisa.

En sede de comunidad ordinaria la norma, como se ha indicado, establecía, y establece, como cierre del sistema no sólo la presunción de comunidad ordinaria sino la aplicación de sus reglas a falta de prueba de voluntad en contra (arts. 552-1 a 552-12 CCCat).

La exigencia de constitución expresa del régimen provocó que, a partir de la vigencia del Libro V CCCat, en Cataluña desaparecieran las situaciones de hecho de propiedad horizontal pues, aunque existieran materialmente no se les reconocía este estatuto jurídico ni tampoco la posibilidad de aplicación analógica de sus reglas, atendida la norma de cierre del sistema. Se ha de recordar que desde la entrada en vigor del Libro V todas las situaciones de propiedad horizontal

quedaban sometidas a las disposiciones de éste²³ y, en consecuencia, las reglas que procedían en las situaciones de facto debían ser las de la comunidad ordinaria. Conviene mencionar que la Ley 49/60 de propiedad horizontal (estatal) sí permitía (e impone) que a las situaciones de hecho se apliquen sus reglas²⁴.

La disparidad de criterio ocasionó problemas atendida que la práctica en los tribunales era posibilitar la aplicación analógica de las reglas de la propiedad horizontal a las situaciones de hecho y en general a todas aquellas similares que carecían de una regla específica²⁵. De ahí que, como reacción a las críticas formuladas y

23 Disposició Transitòria Sisena Règim de la propietat horitzontal

“1. Els edificis i els conjunts establerts en règim de propietat horitzontal abans de l'entrada en vigor d'aquest llibre es regeixen íntegrament per les normes d'aquest, que, a partir de la seva entrada en vigor, s'apliquen amb preferència a les normes de comunitat o els estatuts que les regien, fins i tot si consten inscrites, sense que sigui necessari cap acte d'adaptació específica.

“2. La junta de propietaris, sens perjudici del que estableix l'apartat 1, ha d'adaptar els estatuts i, si escau, el títol de constitució a aquest codi si ho demana una desena part dels propietaris. Per a adoptar l'acord que correspon, és suficient la majoria de les quotes en primera convocatòria i la majoria de les quotes dels presents o representats en segona convocatòria. Si l'adaptació que es proposa no assoleix la majoria necessària, qualsevol dels propietaris que l'ha proposada pot demanar a l'autoritat judicial que obligui la comunitat a fer l'adaptació. L'autoritat judicial ha de dictar una resolució, en tots els casos, amb imposició de les costes”.

24 El art. 2 de la Ley 49/60 de la Ley de propiedad horizontal del Estado dispone en su artículo 2 que se aplican las normas de propiedad horizontal

“a) A las comunidades de propietarios constituidas con arreglo a lo dispuesto en el artículo 5.

b) A las comunidades que reúnan los requisitos establecidos en el artículo 396 del Código Civil y no hubiesen otorgado el título constitutivo de la propiedad horizontal. Estas comunidades se regirán, en todo caso, por las disposiciones de esta Ley en lo relativo al régimen jurídico de la propiedad, de sus partes privativas y elementos comunes, así como en cuanto a los derechos y obligaciones recíprocas de los comuneros.

c) A los complejos inmobiliarios privados, en los términos establecidos en esta Ley.

d) A las subcomunidades, entendiéndose por tales las que resultan cuando, de acuerdo con lo dispuesto en el título constitutivo, varios propietarios disponen, en régimen de comunidad, para su uso y disfrute exclusivo, de determinados elementos o servicios comunes dotados de unidad e independencia funcional o económica.

e) A las entidades urbanísticas de conservación en los casos en que así lo dispongan sus estatutos”.

25 Lo que ocurría, fundamentalmente, respecto de objetos acerca de los que no existía previsión legal alguna, como fue, durante bastante tiempo (a partir de los años 70), la situación de las urbanizaciones privadas (propiedad horizontal por parcelas en Cataluña) y los complejos inmobiliarios.

para dar una respuesta adecuada a la preocupación suscitada, se haya incorporado una norma específica, integrada en sede de disposiciones generales de la comunidad, en la que sin alterar los principios rectores del régimen, se establecen criterios de determinación de las reglas que se han de aplicar en este caso.

El artículo 2 de Ley 5/2015 ha introducido una nueva proposición en el apartado 2 del artículo 551-2.2 (Regulación). El contenido actual de este apartado es el siguiente:

“La comunitat en règim de propietat horitzontal es regeix pel títol de constitució, que s’ha d’adequar al que estableix el capítol III. Les situacions de comunitat que compleixen els requisits de la propietat horitzontal i no s’hagin configurat d’acord amb el que estableix el capítol III es regeixen pels pactes establerts entre els copropietaris, per les normes de la comunitat ordinària i, si escau, per les disposicions del capítol III que siguin adequades a les circumstàncies del cas”.

En efecto, en tanto que se considera que este régimen dominical de propiedad horizontal debería ser el “natural”, propio o más adecuado, de ciertos inmuebles cuando concurren los índices de tipo, se dispone que, siempre con respeto a la autonomía de la voluntad, no se ha de impedir que se aplique por analogía a las situaciones de hecho, en los casos en que sea procedente. Se es consciente de que, además, es esa la voluntad presunta de los propietarios.

La nueva norma se ha de interpretar de la siguiente manera: Las situaciones de hecho de propiedad horizontal que no hayan otorgado el título de constitución no están sometidas a este régimen, no obstante la ausencia de título no impide la aplicación de alguna de sus reglas de manera absoluta. La situación de propiedad horizontal de hecho, que en la práctica actúa como si fuera auténtica, se rige, en primer lugar por la voluntad privada, los pactos entre los propietarios (principio de autonomía) y, en lo que afecta a los elementos comunes, por las normas de la comunidad ordinaria, como dispone la norma de cierre del sistema (art. 551-1.3 CCCat), pero como éstas en muchos casos son insuficientes o no solucionan los problemas que surgen en el día a día, se proporciona al juez el criterio que le permite aplicar las disposiciones

de la propiedad horizontal que sean adecuadas al caso concreto, teniendo en cuenta las circunstancias específicas.

Esta regla además resuelve la duda sobre si la aplicación a las situaciones de hecho de las normas de la propiedad horizontal puede tener lugar directamente o no: sólo procede en último término, ya que se han de agotar las demás vías (respetando la voluntad privada que no ha querido establecer el régimen). La norma no hace un llamamiento genérico a las reglas de la propiedad horizontal, sólo permite acudir a la aplicación analógica de las normas de la propiedad horizontal, cuando se plantee un vacío (laguna) de regulación en el caso concreto y sea necesario, ya que antes se han de aplicar los pactos y las reglas de la comunidad ordinaria indivisa.

3.2. Título de constitución: carácter y eficacia jurídica

El carácter expreso del régimen implica que, necesariamente, haya de llevarse a cabo el acto jurídico mediante el que se acuerda su existencia y que, además, se hayan de cumplir los requisitos exigidos en la norma. En lo que afecta a este extremo las modificaciones de la Llei 5/2025 suponen un reforzamiento del valor y eficacia del título de constitución en cuanto a la determinación clara del momento de existencia jurídica del régimen. Asimismo, la nueva redacción de las normas explicita cuando es efectivo plenamente el régimen y aclara determinadas reglas de protección del adquirente, en supuestos directamente relacionados con el otorgamiento del título de constitución, manteniendo sus principios rectores.

Conviene insistir en la naturaleza esencialmente jurídica del objeto inmobiliario sobre el que se establece el régimen pues de la interconexión entre el título constitutivo y el objeto deviene la cualidad del régimen que se erige en su estatuto. De donde derivan las características.

Se indica que “L’immoble se sotmet al règim de propietat horizontal des de l’atorgament del títol de constitució, encara que la construcció no estigui acabada” (art.553-7.1 CCCat, *Establiment del règim*). También, como se tendrá ocasión de comprobar, aunque no concurra la pluralidad de titulares.

El sometimiento del inmueble al régimen, la eficacia inmediata jurídica, entendida como existencia, tiene lugar a partir de que se delimita el objeto (inmueble en cualquiera de sus manifestaciones) a través de su descripción y de los datos contenidos en el título de constitución junto a la expresión de la voluntad de quienes lo otorgan que los (objeto y régimen) conforma.

Así que lo que se toma en consideración es el acto voluntario con trascendencia jurídica en el que no importa la situación material (física), la fase constructiva del objeto en el momento en que se establece el régimen y en el que es suficiente con su mera proyección, mientras se identifique (que es la determinación). Acto jurídico voluntario en el que tampoco es necesaria la pluralidad de personas para el otorgamiento del título, aunque tanto el objeto como los sujetos (titulares) estén abocados a otra realidad material (y por supuesto jurídica) para que tenga lugar la plena eficacia del régimen. La descripción del objeto y el compromiso (voluntad) contenidos en el título de constitución son suficientes.

Dicho de otra manera, el objeto puede existir materialmente tal y como se describe en el tiempo en que se otorga el título de constitución, pero también es posible, se admite, que el objeto sea futuro en términos de realidad física o material, siempre que, en este último caso, en el título se contengan los datos indispensables (mínimos legales) de identificación. Pues, como se viene diciendo repetidamente, las características propias del objeto de la propiedad horizontal, en cualquiera de sus modalidades, se crean o existen en y a partir de que se otorga el título.

Corroborar esta interpretación el dato de que la constitución del régimen exija la declaración de la obra nueva, que además puede tener lugar, como dispone la norma, bien antes, bien coetáneamente al otorgamiento del título de constitución:

“En la mateixa escriptura de constitució o en una altra de prèvia, cal que es declari l’obra nova d’acord amb el que estableixen la legislació hipotecària i les altres normes que hi siguin aplicables” (art. 553-9.3 CCCat).

La norma se acomoda a las previsiones de la Ley Hipotecaria (art. 8, 4º) al efecto de la inscripción en el Registro de la Propiedad de

la finca sometida al régimen. En efecto, a tenor de éste se inscribirán como una sola finca bajo un mismo número “Cuarto. Los edificios en régimen de propiedad por pisos cuya construcción esté concluida o, por lo menos, comenzada”²⁶. Acoplamiento a la norma hipotecaria, si se observa, sólo respecto de la inscripción registral.

En efecto, porque la disposición del Código civil catalán va más allá que la norma hipotecaria, al no exigir que por lo menos la construcción esté comenzada (que al menos haya algún signo externo que lo corrobore) y referirse a que el sometimiento al régimen, el estatuto jurídico del inmueble, existe aunque no esté acabada la construcción, sin indicar fase o estado en el que está. En inicio, puede parecer que ambas normas expresan la misma idea, sin embargo, no es exacta esta valoración pues exigir que “no esté acabada” se puede interpretar en el sentido de que comprende de manera amplia cualquier fase de construcción con inclusión, por supuesto, de la fase de proyecto de obra, momento en que se reconoce jurídicamente el objeto. Cambio de momento, si se quiere formular así, que facilita y resuelve la conocida polémica en torno a qué debe tener la calificación de comienzo de la construcción.

Esta valoración de la norma de la propiedad horizontal concuerda, a su vez, con las exigencias impuestas por otras leyes que se han de aplicar a la construcción. Singularmente con la necesidad de contar con licencia urbanística previa (art. 187.2, r) del Text refós de la Llei d’Urbanisme, D. Legislatiu 1/2010 de 3 d’agost) para:

“La constitució d’un règim de propietat horitzontal o bé d’un complex immobiliari privat, o la seva modificació quan

26 Continúa este precepto: “En la inscripción se describirán, con las circunstancias prescritas por la Ley, además del inmueble en su conjunto, sus distintos pisos o locales susceptibles de aprovechamiento independiente, asignando a éstos un número correlativo, escrito en letra y la cuota de participación que a cada uno corresponde en relación con el inmueble. En la inscripción del solar o del edificio en conjunto se harán constar los pisos meramente proyectados. Se incluirán además aquellas reglas contenidas en el título y en los estatutos que configuren el contenido y ejercicio de esta propiedad. La inscripción se practicará a favor del dueño del inmueble constituyente del régimen o de los titulares de todos y cada uno de sus pisos o locales”. Y se agrega en el apartado “Quinto. –Los pisos o locales de un edificio en régimen de propiedad horizontal, siempre que conste previamente en la inscripción del inmueble la constitución de dicho régimen”.

comporti un increment del nombre d'habitatges o establiments, i també les operacions que tinguin per objecte constituir més elements susceptibles d'aprofitament independent dels que s'hagin fet constar en una declaració d'obra nova precedent (...)” Y se agrega expresamente, que “No cal la llicència si la llicència d'obres ja conté el nombre de departaments individuals susceptibles d'aprofitament independent”.

De donde, a su vez, la situación de prehorizontalidad tan discutida y que tantas discusiones ha suscitado en la doctrina, en el derecho catalán queda reducida a, prácticamente, la mínima expresión, a unos supuestos muy concretos: aquellos en los que el promotor, único propietario aún, vende sobre plano sin haber otorgado el título de constitución del régimen, generalmente en documento privado. Situación en la que, mientras no se establece el régimen (otorga el título de constitución) existe una comunidad ordinaria indivisa entre aquél y los adquirentes en documento privado que comporta la adquisición de la cuota o cuotas correspondientes y a la que en el Libro VI del CCCat se trata de dar salida a través de su configuración como una comunidad especial²⁷. Asimismo, situación que también considera de manera expresa la nueva redacción del artículo 553-8 CCCat. Solución jurídica que mejor se acomoda a la realidad y a la voluntad de las partes, y permite hablar del principio de *pro horizontalidad* cuando concurren los signos visibles de la misma, siempre, por supuesto, que acabe ratificado por la voluntad.

Que la prehorizontalidad es ya, permítase el juego de palabras, en la norma catalana horizontalidad lo corrobora el apartado segundo

27 Article 621-51. Immobles en construcció o rehabilitació amb constitució de comunitat especial

“1. En la compravenda d'un habitatge, local o altre element d'un edifici en construcció o rehabilitació que, s'hagi de sotmetre a un règim de propietat horitzontal, les parts poden establir la situació de comunitat sobre la finca en què s'integra l'immoble venut.

2. En el supòsit a que fa referència l'apartat 1, el contracte ha d'incorporar la descripció del bé i de la finca o conjunt en el qual s'integra el bé com a element independent o privatiu, amb referència expressa a les circumstàncies regulades pel número 1 de l'article 553-9.

3. Les parts poden fixar el termini final de construcció o rehabilitació, que no pot ser superior al de deu anys comptats des de l'obtenció de la llicència d'obres corresponent. Si no hi ha pacte, el termini final és el que es estableix a la llicència.”

de este precepto (art. 553-8.2 CCCat)²⁸, que contiene una norma básica de protección del adquirente (consumidor) conforme a la que éste puede exigir al transmitente, en el caso de que haya vendido antes del otorgamiento del título, que lo haga de inmediato “d’acord amb el projecte pel qual s’ha obtingut la llicència corresponent”. En el *interin*, ciertamente, si no hay título el régimen es el de la comunidad ordinaria (no podía ser otro dada la norma de cierre, art. 551-1.3 CCCat), especial, si se quiere, pero en la que, dada su vocación a ser un régimen de propiedad horizontal, a la vez que se legitima al adquirente para exigir el otorgamiento del título, se impide que el promotor pueda ejercitar la acción de división para recuperar los bienes transmitidos cuando aún mantenga la titularidad de las 4/5 partes de las cuotas o más²⁹. Norma, de otra parte, claramente protectora y dictada para evitar, en particular, la especulación (ante el posible aumento de valor de lo construido).

Junto a lo anterior, asimismo la regla del apartado 3 del precepto mencionado (art. 553-8 CCCat) centrada en la adquisición del elemento privativo futuro, debe interpretarse en idéntico sentido, y desde luego es otra norma de protección del adquirente. El supuesto considerado en este caso se refiere al momento en que el propietario (promotor) que ha enajenado elementos privativos en documento privado otorga la escritura pública correspondiente, se entiende que de transmisión de la propiedad (en verdad, se trata de la elevación a escritura pública del contrato privado), en el que está obligado a incorporar a la misma el título de constitución del régimen y los estatutos y demás normas de la comunidad³⁰, pues vendió un elemento privativo que se complementa con los correspondientes elementos comunes.

28 “El promotor que hagi transmès una quota indivisa de l’immoble no pot fer ús de la facultat que li concedeix l’article 552-11.4. En aquest cas, qualsevol adquirent pot exigir l’atorgament immediat del títol de constitució”.

29 El art-552-11.4 CCCat dispone: “El cotitular o la 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”.

30 “Quan el propietari de l’immoble que ha alienat elements privatius en un document privat atorga l’escriptura pública corresponent, ha de ressenyar el títol de constitució i incorporar-hi els estatuts i les altres normes de la comunitat”.

Ciertamente, así pues, la sujeción del inmueble al régimen existe desde que se otorga el título de constitución e incluso antes cuando el destino o configuración del inmueble se ha determinado, aunque sea incipiente si no ha tenido lugar el otorgamiento del título.

Con todo, para comprender el alcance que tiene la constitución *es obligado diferenciar entre la existencia jurídica del régimen y su efectividad.*

Mientras el inmueble permanece en la titularidad exclusiva del promotor, haya o no otorgado el título de constitución, su régimen jurídico es el de la propiedad que corresponda al caso. El régimen de propiedad horizontal aunque se haya constituido y exista jurídicamente, sin embargo no es efectivo plenamente ya que requiere, para desplegar por completo su eficacia, no sólo la concurrencia de los elementos estructurales (elementos comunes y elementos privativos) sino, en especial la pluralidad de titulares; aquéllos pueden existir jurídicamente desde que se identifican y describen, pero éstos (los titulares de los elementos privativos) no, porque los derechos sobre éstos, como es sobradamente conocido, requieren de sujetos (titulares). En consecuencia, la pluralidad se detecta desde la transmisión del primer elemento privativo, a partir de donde ya existen, al menos, dos propietarios y en el que el régimen es apto para que pueda ser efectivo³¹, dualidad que permite exigir su contenido al otro.

Una vez explicado lo anterior conviene, aún, hacer más matizaciones que llevan a concretar, legalmente, la eficacia completa del régimen. Éste existe desde que se otorga el título y al menos hay dos propietarios, pero cuando el número de propietarios sea inferior a tres, en lo que afecta a la organización de la comunidad, en cuanto a la administración y al régimen de adopción de acuerdos, la norma establece que se aplicará el régimen de funcionamiento de la

31 BADOSA COLL, op cit “La multipropietat com a règim”, pp. 24: “(...) pel constructor propietari de l’immoble el règim d’aquest és la propietat “ordinària”, mentre que pels successius compradors ho serà la propietat “horitzontal”; el que equival a què el constructor crea, però no queda sotmès a la propietat “horitzontal” respecte dels pisos no venuts (sí pel que fa a la “resta” de l’immoble en la mesura en que és compartida amb els propietaris “horitzontals”).”

comunidad ordinaria indivisa (art. 553-15. 9 CCCat)³². Lo que lleva a entender que la plena eficacia (efectividad) del régimen de propiedad horizontal tiene lugar a partir de que existan tres propietarios.

Esta precisión es una novedad de la regulación que se introdujo en la fase de tramitación parlamentaria de la norma, no estaba en el anteproyecto originario, ni tampoco hacía mención alguna el texto anterior. Concreción importante en lo que hace a la eficacia del régimen.

En contraste, la legislación estatal (Ley 49/60) regula esta situación de manera significativamente diferente. Se establece que “Cuando el número de propietarios de viviendas o locales en un edificio no exceda de cuatro podrán acogerse al régimen de administración del artículo 398 del Código civil si expresamente lo establecen los estatutos” (art. 13. 8 LPH).

La norma catalana, al igual que la estatal, pretende facilitar el funcionamiento de estas pequeñas comunidades, para las que no es lógico exigir demasiadas formalidades, órganos de funcionamiento y diversificación de mayorías. Con todo, como se ha adelantado, existen diferencias entre ambas normas, justificadas, una vez más, obligadas, en verdad, por las características propias de cada uno de los regímenes.

En efecto, en la propiedad horizontal sometida a la Ley 49/60, la aplicación de las reglas de la comunidad ordinaria indivisa requiere que cumulativamente el número de propietarios no exceda de cuatro (luego 4, 3 ó 2), haya una declaración expresa de acogimiento a la comunidad indivisa y que se haya previsto expresamente en los estatutos la sumisión a ella. Exigencias que concuerdan con que, como se estudió, todas las situaciones de hecho de propiedad horizontal se entienden sometidas al régimen.

En el régimen catalán, en el que es necesario el sometimiento expreso, una vez ya se ha otorgado el título de constitución la aplicación de las reglas de organización y funcionamiento de la comunidad indivisa

32 Art. 553-15. 9 (Organització de la comunitat): “En els casos en què el nombre de propietaris sigui inferior a tres, i mentre es mantingui aquesta situació, el règim de funcionament de l'organització de la comunitat és el que l'article 552-7 estableix per a la comunitat ordinària indivisa”.

no puede más que ser excepcional. De ahí que, en el caso presente un doble carácter (temporal y en cuanto a su contenido): de una parte es provisional, pues sólo actúa en tanto no termine de formarse la pluralidad de titulares a la que está abocado (el número de propietarios inferior a tres es que sólo existen dos propietarios) y, de otra es imperativo: no pueden eludirlo los propietarios ya que se formula en términos de mandato: “és el que l'article 552-7 estableix per a la comunitat ordinària indivisa” (art. 553-15.9 CCCat), tampoco requiere de previsión expresa en los estatutos. Una vez que se sobrepasa el número, así pues, el régimen ya constituido despliega por completo su eficacia. Deviene en el estatuto jurídico del inmueble como cualidad que le acompaña hasta que se extinga. Aunque, también ha de decirse, está previsto, o mejor, existe el convencimiento de que permanezca indefinidamente.

3.3. Legitimación y requisitos del título

Aun cuando ya se han adelantado algunas de las cuestiones en el apartado anterior, interesa tratar separadamente del contexto general, la legitimación y los requisitos exigidos al título, tanto formales como de contenido.

Pueden otorgar el título de constitución los propietarios, ya que como se viene diciendo reiteradamente, es un régimen dominical que afecta por supuesto al inmueble, pero particularmente al derecho, en tanto implica limitaciones a las facultades ordinarias del propietario sobre su elemento privativo y determina la organización y funcionamiento de la concurrencia de los derechos (cuotas) sobre los elementos comunes.

En consonancia, como ya se regulaba en el precepto reformado, se mantiene el criterio, mejorando notablemente, desde el punto de vista técnico, su redacción. Se establece (art. 553-8.1 CCCat) que:

“Estan legitimats per a l'establiment del règim de la propietat horitzontal el propietari o els propietaris de l'immoble que ho siguin en el moment de l'atorgament del títol de constitució”³³.

33 El precepto anterior decía, simplemente que “El títol de constitució de la comunitat l'atorguen els propietaris de l'immoble”.

Las mejoras inciden en dos cuestiones esenciales que, como es sabido, caracterizan al régimen. La primera tiene relación con el número de personas que pueden establecerlo que, ahora se especifica, puede ser el único propietario o los propietarios, con clara alusión al supuesto más habitual, que parecía que la norma anterior olvidaba, del promotor que lo constituye antes, incluso, de que exista materialmente el edificio o las obras constructivas correspondientes. La segunda cuestión deriva de lo anterior: los legitimados son únicamente los propietarios que tengan esta condición (titularidad) en el momento de otorgamiento del título, los actuales, porque, en cuanto estatuto jurídico inmobiliario, éste es un acto de riguroso dominio para el que sólo quienes sean propietarios están legitimados. De manera que, en el caso en que la persona que haya adquirido un elemento privativo en documento privado venda a otra, sin haber instado la constitución del régimen, no está legitimada.

Por supuesto, la legitimación de los propietarios engloba, en su caso, la situación de titularidad que concurra sobre el elemento privativo en cada caso concreto. Es decir, si existe un condominio pro indiviso previo se tiene que otorgar el título por todos los comuneros (requiere unanimidad, art. 552-7.6 CCCat). Como también cabe que la constitución del régimen de propiedad horizontal sea consecuencia del ejercicio de la acción de división de la cosa común (*ex*, art. 552-11.2 CCCat).

El otorgamiento del título de constitución es un acto formal: debe hacerse constar en escritura pública en la que se ha de explicitar el contenido mínimo impuesto por la ley (art. 553-9.1 CCCat) que es el siguiente:

- “a) La descripció de l’immoble en conjunt, que ha d’indicar si està acabat o no, i la relació dels elements, les instal·lacions i els serveis comuns que té.
- b) La descripció de tots els elements privatius, amb el corresponent número d’ordre intern a l’immoble, la quota general de participació i, si escau, les especials que els corresponen, i també la superfície útil, la situació, els límits, la planta, la destinació i, si escau, els espais físics o els drets que en constitueixin annexos o vinculacions.
- c) Un plànol descriptiu de l’immoble.
- d) Els estatuts, si n’hi ha.

- e) Les reserves de drets o facultats, si n'hi ha, establertes a favor del promotor o dels constituents del règim.
- f) La previsió, si escau, de formació de subcomunitats”.

Si se observa se ha pulido notablemente la redacció anterior. Además, con buen criterio se ha traído a este precepto (antes figuraba en el siguiente dedicado a la modificación) la regla que recuerda la nulidad de “Les estipulacions establertes en la constitució del règim, o en qualsevol altre document, que impliquin una reserva de la facultat de modificació unilateral del títol de constitució a favor del constituent, o que li permetin de decidir en el futur assumptes de competència de la junta de propietaris (...)” (art. 553-9.5 CCCat). Regla quizá innecesaria, pues es aplicaci3n del principio general en materia de actos de disposici3n, pero altamente didáctica, disuasoria de prácticas habituales en este ámbito que se han de erradicar.

En este contenido mínimo se incluye, en el caso en que se hayan pactado, los Estatutos que, como es sobradamente conocido, alcanzan los acuerdos y reglas relativas al régimen jurídico real de la propiedad horizontal correspondiente y que tienen eficacia frente a terceros desde que se inscriben en el Registro de la Propiedad. En el precepto dedicado a los Estatutos (art. 553-11 CCCat) se ha mantenido su contenido y se han introducido algunas novedades en el apartado 2 en el que se formula una enumeraci3n, simplemente ejemplificadora, de cláusulas que la norma considera válidas.

Se lee, en éste:

- “1. Els estatuts regulen els aspectes referents al règim jurídic real de la comunitat i poden contenir regles sobre les qüestions següents:
- a) La destinaci3n, l'ús i l'aprofitament dels elements privatius i dels elements comuns.
 - b) Les limitacions d'ús i altres càrregues dels elements privatius.
 - c) L'exercici dels drets i el compliment de les obligacions.
 - d) L'aplicaci3n de despeses i ingressos i la distribuci3n de càrregues i beneficis.
 - e) Els òrgans de govern complementaris dels que estableix aquest codi i llurs competències.
 - f) La forma de gestió i administraci3n.

2. Són vàlides les clàusules estatutàries següents, entre d'altres:

a) Les que permeten les operacions d'agrupació, agregació, segregació i divisió d'elements privatis i les de desvinculació d'annexos amb creació de noves entitats sense consentiment de la junta de propietaris. En aquest cas, les quotes de participació de les finques resultants es fixen per la suma o la distribució de les quotes dels elements privatis afectats.

b) Les que exoneren determinats propietaris d'elements privatis de l'obligació de satisfer les despeses de conservació d'elements comuns concrets, que poden incloure les del portal, l'escala, els ascensors, els jardins, les zones d'esbarjo i altres espais semblants. (Modificado)

c) Les que estableixen la utilització exclusiva i, si escau, el tancament d'una part del solar, o de les cobertes o de qualsevol altre element comú o part determinada d'aquest en favor d'algun element privatiu.

d) Les que permeten l'ús o el gaudi d'elements comuns per mitjà de la col·locació de cartells de publicitat (Modificado).

e) Les que limiten les activitats que es poden acomplir en els elements privatis (Nuevo).

f) Les que preveuen la resolució dels conflictes per mitjà de l'arbitratge o la mediació per a qualsevol qüestió del règim de la propietat horitzontal (Nuevo).

3. Les normes dels estatuts que no siguin inscrites en el Registre de la Propietat no perjudiquen tercers de bona fe”.

Las modificaciones hechas, si se compara con la literalidad del anterior, son pocas pero importantes y necesarias, afectan a los pactos enunciados en el apartado 2 del que se han actualizado las letras b y d, y se han incorporado las dos últimas letras. En cuanto a las variaciones, ambas responden a la necesidad clarificar el alcance del pacto.

Era necesario, ya que la norma no lo hacía, que quedara claro que la exoneración de determinados propietarios de elementos privatis de la obligación de pagar ciertos gastos de conservación, debe referirse, exclusivamente, a concretos elementos comunes que han de indicarse. La norma anterior ya lo preveía pero olvidaba referirse a su naturaleza de elementos comunes (art. 553-11.2 b) CCCat).

De manera similar el pacto que permite el uso o goce de elementos comunes para la colocación de carteles de publicidad, ahora se concibe en sentido amplio y no sólo circunscrito al uso de la fachada en los locales situados en los bajos (art. 553-11.2 d) CCCat). Se acomoda así, a la realidad y a la legalidad pues, en definitiva, es la normativa de cada Ayuntamiento la que fija las reglas acerca de donde deben colocarse estos anuncios, a la que han de acoplarse los propietarios, y ésta puede determinar que se haga en los bajos, en medio o en la azotea del edificio.

La nueva letra e (art. 553-11.2 CCCat) introduce el pacto, con eficacia real, delimitador, en verdad limitador, de las relaciones de vecindad entre los propietarios que, cada día, tiene más importancia y relevancia, ante la frecuencia de las inmisiones de toda índole que pueden derivarse del ejercicio de determinadas actividades. De ahí, la necesidad de recordar que pueden pactarse, explicitarse en los Estatutos, única manera de que tengan eficacia real.

En fin, en la línea de inculcar la conducta de la resolución extrajudicial de conflictos a través de medios alternativos, se recuerda que los Estatutos son el instrumento jurídico idóneo para que se acuerde acudir al arbitraje o a la mediación para la dirimir cualquiera de los que se planteen en el régimen de propiedad horizontal (art. 553-11.2 f) CCCat). Si esta previsión no consta en los Estatutos y los propietarios no se ponen de acuerdo, lo que es probable cuando ya han surgido las diferencias, difícilmente podrá ponerse en marcha cualquiera de ellos, ya que no se pueden imponer coactivamente (implicaría una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, art. 24 CE, pues la renuncia ha de ser expresa). De ahí la oportunidad de explicitarlo en el texto legal. A nadie se le oculta que muchos desacuerdos pueden solucionarse de manera más rápida acudiendo a cualquiera de estas vías, sobre todo si se tiene en cuenta la normativa propia de esta materia (la Llei 15/2009, de 22 de juliol de mediació en l'àmbit del dret privat)³⁴.

34 En cuyo art. 2.2 se establece expresamente: “La mediació civil a la qual fa referència aquesta llei comprèn qualsevol tipus de qüestió o pretensió en matèria de dret privat que es pugui conèixer en un procés judicial i que es caracteritzi perquè s’hagi trencat la comunicació personal entre les parts, si aquestes han de mantenir relacions en el futur i, particularment, entre d’altres: (...) b) Els conflictes relacionals en l’àmbit de la propietat horitzontal i en l’organització de la vida ordinària de les urbanitzacions”.

Respecto a la regulación del *Reglamento de régimen interior*, cuya eficacia es estrictamente obligacional, no se ha variado la redacción del precepto (art. 553-12 CCCat). En éste se indica que:

“1. El reglament de règim interior, que no es pot oposar als estatuts, conté les regles internes referents a les relacions de convivència i bon veïnatge entre els propietaris i a la utilització dels elements d'ús comú i de les instal·lacions.

2. El reglament de règim interior obliga sempre els propietaris i els usuaris dels elements privatius”.

Aunque el carácter expreso del régimen exige para su existencia jurídica que se otorgue la escritura pública correspondiente, nunca la inscripción en el Registro de la Propiedad ha sido necesaria. Dicho de otra manera, el régimen nace sin intervención del Registro cuya inscripción es meramente declarativa. Aunque el régimen de la propiedad horizontal se inscribe en el Registro de la Propiedad, la inscripción no es constitutiva ni obligatoria (art. 553-9.4. CCCat:

“El règim de la propietat horitzontal s'inscriu en el Registre de la Propietat d'acord amb la legislació hipotecària, per mitjà d'una inscripció general per a l'immoble i de tants de folis com finques privatives hi hagi”.

4. ORGANIZACIÓN DE LA COMUNIDAD

La ausencia de personalidad jurídica del colectivo de titulares entre los que se constituye el régimen de propiedad horizontal no es obstáculo para que a la hora de configurar cómo se organiza el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones (art. 553-1.2 c) CCCat), se delimiten los medios a través de los que se encauzan los intereses que conciernen a la comunidad. Desde los albores iniciales de este régimen, pese a la impropiedad, en puridad técnica, del uso del término (órgano) cuando no existe nueva personalidad, se habla de los órganos de la comunidad para hacer referencia a la persona o personas a quienes se encomiendan determinadas funciones de

gestión y decisión de los intereses comunes, en el entendimiento de que no se confunden con los propios de una persona jurídica.

La norma refaccionada mantiene la organización, clásica, de la propiedad horizontal, los denominados órganos que se identifican, se concretan sus funciones y, en particular, su caracterización, y se resuelven los problemas que se habían suscitado en torno a ellos.

4.1. Delimitación e innovaciones

El artículo 553-15 CCCat (organización de la comunidad), primero de la Sección tercera, enumera los órganos y las reglas generales, comunes a todos. A partir de él los preceptos que le siguen disponen las particularidades de cada uno ellos. Trataré aquí de las innovaciones generales y de las especiales de alguno de los órganos y separadamente de las innovaciones en el funcionamiento de la Junta de propietarios que son de interés e importantes.

Se dispone en las dos primeras frases del apartado 1 (art. 553-15 CCCat):

“Els òrgans de la comunitat són la presidència, la secretaria i la junta de propietaris. Els dos primers són unipersonals”.

En una primera lectura del precepto, sobre todo si es precipitada, no se aprecia novedad, al ser lugar común los órganos mencionados y el carácter unipersonal de la presidencia y la secretaria en la propiedad horizontal. Si se para atención se aprecia, sin embargo, una ausencia llamativa: en el elenco de órganos no se menciona al administrador, órgano clave, como es sabido de la propiedad horizontal. ¿Ha desaparecido? ¿Ya no es necesaria su presencia? Es evidente que no, la administración continúa siendo uno de los órganos de la propiedad horizontal, como se corrobora de la referencia inmediata a la administración que se efectúa en el apartado 2 del precepto y más adelante, del hecho de que se le dedique un precepto específico, el artículo 553-18 CCCat (Administración) en el que se pormenorizan las funciones que le corresponden. La elisión de la administración en el elenco de los órganos mínimos (imperativos) del régimen se entiende si se revisa el proceso parlamentario de elaboración de la norma, de cuya indagación resulta el *lapsus calami* involuntario de su olvido.

En efecto, fue durante la tramitación parlamentaria cuando se “perdió” la alusión porque el proyecto de ley elaborado por la Sección de Derechos Reales, aprobado por el gobierno y sobre el que trabajó la Comisió de Justicia i Drets Humans del Parlament de Catalunya, sí mencionaba expresamente la administración. Inesperadamente y sin obedecer a ninguna enmienda que propusiera eliminar el cargo de administrador, desapareció en el Informe de la Ponencia la referencia expresa a la administración, sin ninguna justificación, lo que induce a pensar que la ausencia se debió a error, o, mejor *lapsus*³⁵.

Continúa el precepto:

“El càrrec de la presidència ha d'ésser exercit per un propietari. La secretaria pot ésser exercida per un propietari o per la persona externa a la comunitat que assumeixi les funcions d'administració”. Y precisa el apartado 2 (art. 553.15 CCCat): “La comunitat pot encarregar l'administració a un professional extern que compleixi les condicions professionals legalment exigibles. En aquest cas, les funcions d'administració inclouen també les de secretaria”.

Se mantiene la exigencia de que la presidencia, imperativamente, se haya de ocupar por quien es propietario, pese a que, en la fase discusión parlamentaria de enmiendas, en la Comisió de Justicia i Drets, se discutió acerca de la oportunidad de permitir que, en algunas situaciones, pudiera hacerse cargo de ella, una persona externa. La naturaleza del régimen jurídico de la propiedad horizontal, en la que, como se ha explicado, resalta su carácter jurídico real impone que haya de ocupar la presidencia un propietario. La concepción más impersonal, más próxima también a la personalidad jurídica que no existe aquí, no puede tener cabida.

Es evidente que la gestión de la propiedad puede conferirse a una persona externa y profesional que reúna los requisitos que la ley exija para el ejercicio de la profesión, referencia expresa que es una novedad

35 Del POZO CARRASCOSA, VAQUER ALOY, BOSCH CAPDEVILA, op cit, Derecho Civil de Cataluña.(5^a ed). pp. 276, indican que “(...) se alegó para la nueva redacción una transacción de las enmiendas 53,54, 55,56,57,58,59,60,61 y 62, pero, como decimos, en ninguna de ellas se proponía la supresión de la referencia al administrador (véase el BOPC núm. 550, de 27 de abril de 2015, pp. 20 y ss)”.

de la norma³⁶, no así la presidència a través de la qual se representa judicial i extrajudicialment a la comunitat (art. 553-16 CCCat). Y la problemàtica que se puede suscitar en algunas comunitats de propietaris en las que un número importante de éstos no puede hacerse cargo, estando obligado a ello (art. 553-15.5 CCCat), se puede resolver a través de otras vías (nomenament de una vicepresidència

36 La Llei del dret a l'habitatge (Refosa Llei 18/2007 del dret a l'habitatge amb les modificacions introduïdes per la Llei 14/2015, del 21 de juliol de l'impost sobre els habitatges buits, i de modificació de normes tributàries i de la Llei 3/2012) ya preveia (arts. 53 y 54) la qualificació professional de los administradores que ahora se recoge en la norma civil.

Article 53 Agents que intervenen en la prestació de serveis immobiliaris. Règim jurídic

“1. Als efectes d'aquesta llei, els agents que intervenen en la prestació de serveis immobiliaris són els administradors de finques i els agents immobiliaris.

2. Els agents que intervenen en la prestació de serveis immobiliaris estan subjectes al règim jurídic i a les obligacions que estableix aquesta llei, sens perjudici del que determina la normativa sectorial específica”.

Article 54 Els administradors de finques

“1. Als efectes d'aquesta llei i de les activitats que regula, són administradors de finques les persones físiques que es dediquen de manera habitual i retribuïda a prestar serveis d'administració i d'assessorament als titulars de béns immobles i a les comunitats de propietaris d'habitatges.

2. Els administradors de finques, per a exercir llur activitat, han de tenir la capacitació professional requerida i han de complir les condicions legals i reglamentàries que els siguin exigibles, amb el benentès que la pertinença al col·legi professional corresponent els habilita per a exercir la professió.

3. Els administradors de finques que compatibilitzen llur activitat amb la prestació de serveis de transacció immobiliària d'operacions de compravenda, permuta o cessió de béns immobles altres que el traspàs o l'arrendament dels béns que administren tenen la condició d'agents immobiliaris, als efectes d'aquesta llei, i han de complir els requisits que estableix l'article 55.

4. Els administradors de finques que prestin serveis de mediació en operacions d'arrendament respecte als béns sobre els quals tenen encomanada l'administració no estan subjectes al compliment dels requisits que estableix l'article 55.

5. Els administradors de finques, en el desenvolupament de llur activitat professional, han d'actuar amb eficàcia, diligència, responsabilitat i independència professionals, amb subjecció a la legalitat vigent i als codis ètics establerts en el sector, amb una consideració especial envers la protecció dels drets dels consumidors establerts per aquest títol.

6. Per a garantir els drets dels consumidors, els administradors de finques han de subscriure una assegurança de responsabilitat civil, que poden constituir per mitjà del col·legi o associació professional corresponent”.

o delegación de funciones en otro órgano, acordada por la Junta de propietarios, otorgamiento de poderes expresos..., etc)³⁷.

Delimitados los órganos principales, cuya presencia es imperativa, el resto de apartados del precepto regulan cómo se designan y cuantos son (apartados 3. 7. 8. 9.), la duración temporal (4.) y su carácter (5. 6.). En general, la novedad del precepto y regulación reside en la ordenación y sistematización, amén de la mejora de redacción, no en el contenido de la regla.

“3. Els càrrecs són designats per la junta de propietaris, davant la qual responen de llurs actuacions. També els pot designar el promotor de l'immoble, cas en què exerceixen fins a la primera reunió de la junta de propietaris”.

“4. Els càrrecs són reelegibles, duren un any i s'entenen prorrogats fins que no es faci la junta ordinària següent al venciment del termini per al qual es van designar”.

“5. L'exercici dels càrrecs és obligatori, tot i que la junta de propietaris pot considerar l'al·legació de motius d'excusa fonamentats. La designació es fa, si no hi ha candidats, per un torn rotatori o per sorteig entre les persones que no han exercit el càrrec”.

“6. Els càrrecs no són remunerats, llevat que recaiguin en persones alienes a la comunitat, cas en què poden ésser-ho. En qualsevol cas, hom té el dret de rescabalar-se de les despeses ocasionades per l'exercici del càrrec”.

“7. Els estatuts poden regular la creació d'altres òrgans, a més dels que estableix l'apartat 1”.

Los dos últimos apartados (8 y 9) son nuevos y, asimismo, se incorporaron en la fase de formación de la norma pues no se preveían en los documentos elaborados por la Sección de Derechos Reales.

37 El caso en el que se pensaba es relativamente frecuente: la persona ya de edad avanzada, en una propiedad en la que la regla general suele ser que todos o la mayor parte de los propietarios están en las mismas condiciones, que, cuando “le toca hacer de presidente” acude a su hijo o hija, que ya no vive en el mismo inmueble, que es quien, de facto, toma las decisiones. Una situación que se admite, pero a la que no puede darse cobertura legal, con independencia de que, jurídicamente, se pueda resolver, si interesa, a través de las reglas de la gestión de negocios ajenos.

El número 8, recoge un principio que, de no haberse expresado, seguiría aplicándose por ser regla general “En la designació dels càrrecs no s’ha de produir cap mena de discriminació per raó de sexe, orientació sexual, origen o creences ni per cap altre motiu”. Seguramente, tiene el valor de recordatorio y a la par visibilizador del principio de igualdad (art 14 CE) y de su carácter imperativo. En consecuencia, de este principio positivado se sigue la nulidad del acuerdo de la Junta de propietarios sobre la elección de cargos, que se muestre impregnado de discriminación, que, por supuesto, puede impugnarse.

El apartado 9 establece una norma que, como se explicó páginas atrás, facilita la organización de la propiedad horizontal en las situaciones en las que aún no se ha desplegado por completo la pluralidad de propietarios a la que está abocada. “En els casos en què el nombre de propietaris sigui inferior a tres, i mentre es mantingui aquesta situació, el règim de funcionament de l’organització de la comunitat és el que l’article 552-7 estableix per a la comunitat ordinària indivisa”. Pero cabe entender que tanto puede ser situación transitoria (sólo se han vendido 3 elementos privativos), que es a lo que parece referirse la norma (“mientras se mantenga esta situación”), como permanente (en el objeto sólo existen tres). Supuesto éste en el que, sin embargo, *a sensu contrario*, no se impide que pueda pactarse y constituirse una propiedad horizontal únicamente con tres propietarios.

Los órganos unipersonales son el presidente (art. 553-16 CCCat), el administrador (art. 553-17 CCCat) y el secretario (art. 553-18). Además, “la junta de propietaris pot designar un vicepresident, que exerceix les funcions de la presidència en cas de mort, impossibilitat, absència o incapacitat del seu titular. També pot exercir les funcions que la presidència li hagi delegat expressament” (art. 553-16.2 CCCat). La regulación actual, a diferencia de la derogada, no sólo menciona el órgano de la vicepresidencia, que es lo que hacía aquélla, sino que la regula y dota de contenido, lo que quedaba difuso. Es un órgano que puede ser muy útil, en particular en comunidades de muchos propietarios y con diversos intereses en juego, y permite que se lleve a cabo un reparto de las labores entre ellos, sobre todo si el presidente delega en él las funciones que, por supuesto, ha de aprobar la Junta de propietarios.

En general, con relación a los demás órganos unipersonales: se explican y ordenan de manera más clara las funciones de cada uno, no se han incorporado modificaciones importantes respecto a las ya conocidas.

4.2. Innovaciones en el funcionamiento de la Junta de propietarios

En cambio, sí que se puede dar noticia de importantes reformas de perfeccionamiento y mejora jurídica de las normas sobre la Junta de propietarios, que contribuyen a consolidar el régimen y a mejorar su efectividad, sobre todo para solventar las dificultades que la aplicación de la anterior normativa había ocasionado.

La Junta de propietarios es el órgano plural, rector del régimen pues es en quien reside el poder de disposición de la propiedad. Órgano del que forman parte todos los propietarios de los elementos privativos sin excepción y en el que residen todas las funciones, las que le atribuyen la ley o los estatutos y todas las dominicales sobre los elementos comunes que no correspondan expresamente a otros órganos (art. 553-19 CCCat).

No es posible, en un trabajo de las características del presente, explicar *in extenso* este importante órgano de gobierno de la propiedad horizontal, me ceñiré, como he hecho hasta ahora, a las modificaciones. Debe adelantarse que todas las innovaciones son fruto, por supuesto, de profundas y provechosas reflexiones y discusiones de la Sección de Derechos Reales, al socaire de las sugerencias, críticas, aportaciones y puestas en evidencia de los colectivos jurídicos en general y en particular de los más directamente relacionados con su aplicación que detectaron las principales disfunciones. En general, las innovaciones se espera que repercutan favorablemente en la aplicación del régimen.

Me ciño a la exposición de cuatro grandes puntos: las reuniones —el derecho al voto— la adopción de acuerdos y la impugnación.

4.2.1. Reuniones

Las innovaciones afectan a los tipos de reuniones, a su convocatoria, a cómo asisten los propietarios y la constitución de la Junta.

La Junta de propietarios debe reunirse, al menos, una vez al año para aprobar las cuentas, los presupuestos y para elegir a las personas que han de ejercer los cargos (art. 553-20.1 CCCat). Es la conocida con el nombre de *junta ordinaria*, en la que ahora la norma explicita, para

que no exista duda acerca de su competencia exclusiva, la función de elección de los cargos. Los que no hayan sido nombrados por la Junta, así pues, no pueden actuar válidamente; sin perjuicio, en su caso, de la aplicación de las reglas de la gestión de negocios ajenos. La reunión anual es el mínimo imperativo que la ley dispone. Con todo, pese a que no se diga expresamente, el año se cuenta desde la celebración de la anterior reunión, aunque no es necesario que coincidan las fechas de la anterior y la actual (de fecha a fecha) pues parece que se admite un margen de flexibilidad temporal al preverse la prórroga de los cargos mientras que no se celebre la siguiente (art. 553-15.4 CCCat)

Además de la reunión ordinaria caben las reuniones de la Junta extraordinaria, la universal y las especiales.

Las reuniones especiales son las acordadas en los estatutos (art. 553-20.3 CCCat) “per a tractar de qüestions que afectin només propietaris determinats o, si escau, les subcomunitats”. Su existencia, ya considerada en la norma derogada, debe preverse expresamente.

Las reuniones universales, asimismo presentes en la anterior normativa, son las que tienen lugar “sense convocatòria si hi concorren tots els propietaris i acorden per unanimitat la celebració de la reunió i el seu ordre del dia” (art. 553-20.4.CCCat). Se ha eliminado, por ser obvio y absurda, la frase final que exigía la aprobación del orden del día antes de iniciar la propia reunión (si se ha acordado la celebración y el orden del día, por supuesto se entiende que se ha aprobado).

La innovación incide en las reuniones extraordinarias, entendiéndose por tales aquellas que tienen lugar cuando se considere conveniente por el presidente, lo solicite como mínimo la cuarta parte de los propietarios o los propietarios que representen la cuarta parte de las cuotas de participación (art. 553-20.2 CCCat). En concordancia con el régimen de cómputo de los votos para formar las mayorías exigidas, se admite que la solicitud de celebración de la junta extraordinaria pueda tener lugar a iniciativa de los propietarios que o representen la cuarta parte del total o, aunque sean menos concentren la cuarta parte de las cuotas de participación; en ambos casos, un número importante de propietarios que justifica que se lleve a efecto la reunión extraordinaria.

El precepto anterior sólo permitía este tipo de reuniones si se convocaban a iniciativa de la presidencia y, por excepción, si la cuarta

parte de los propietarios que representaran la cuarta parte de las cuotas solicitaban, adjuntando el orden del día, pidiendo al presidente que convocara una reunión y éste no lo hacía³⁸. Ahora se facilita este tipo de reuniones, no se deja al libre arbitrio de la presidencia. Además, el supuesto de la negativa del presidente a la convocatoria de la Junta se regula en el siguiente artículo.

La convocatoria (art. 553-21 CCCat) de las reuniones había suscitado controversias importantes en la práctica, tanto en lo que afecta a los requisitos formales como, en particular a su número y su función a la hora de computar los votos emitidos para la formación válida de los acuerdos.

La “presidència convoca les reunions de la junta de propietaris. En cas de vacant, inactivitat o negativa de la presidència, pot convocar la reunió la vicepresidència o, en cas de vacant, inactivitat o negativa d'aquesta, els propietaris que promouen la reunió d'acord amb l'article 553-20.2” (art. 553-21.1 CCCat). Se da entrada al vicepresidente además de, como se comentaba, a la cuarta parte de los propietarios o a la cuarta parte de las cuotas, separadamente, para convocar la Junta ordinaria.

En cuanto a los requisitos formales y temporales (de las citaciones y notificaciones) se respetan los que ya existían, lugares comunes en la materia, a los que se agregan importantes precisiones. De una parte, adaptándose a la realidad, se incorporan las nuevas tecnologías para la notificación (correo postal o correo electrónico) de las que sólo se pide que garanticen la autenticidad de la comunicación y de su contenido, referencia que se ha de entender hecha a las normas específicas³⁹. En cuanto a la dirección de la notificación, se impone la obligación al propietario de comunicarla a la secretaría y en su defecto se dispone que se haga en la que corresponde al elemento privativo del que sea titular. Permanece, simultáneamente, la publicación en el tablón de anuncios a la que se otorga la eficacia

38 La redacción anterior del precepto (art. 553-20.2. CCCat) era realmente atormentada y confusa “La junta de propietaris es pot reunir quan ho consideri convenient el president o presidenta. Si els propietaris demanen al president o presidenta que convoqui una reunió i aquest no ho fa, la junta de propietaris es pot reunir sempre que ho demani, indicant els punts que cal incloure a l'ordre del dia, una quarta part dels propietaris, que han de representar una quarta part de les quotes”.

39 Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.

de notificación cuando la directa no haya sido posible o efectiva (art. 553-21. 2 CCCat).

A la convocatoria de la Junta se ha de adjuntar la documentación que concierne a los asuntos a tratar y, en su defecto, se debe indicar el lugar en donde ésta se pone a disposición de los propietarios, para que puedan consultarla. Obligación que, en la nueva norma, se impone expresamente a quien ejerza las funciones de administración de la comunidad cuando sea un profesional, quien ha de tenerla y a disposición de los propietarios desde el momento en que se expide la convocatoria (art. 553-21.5 CCCat). Precisiones importantes y clarificadoras.

Novedades relevantes son sendas eliminaciones: la necesidad de que la reunión de la Junta se lleve a cabo en la misma comarca en la que está la finca sometida al régimen y la doble convocatoria. Se reconoce, así, la libertad de los propietarios (*rectius* el presidente) para convocar la reunión en el lugar que mejor se adapte a los intereses de todos los implicados⁴⁰.

De otra parte, la eliminación de la doble convocatoria, pone fin a las picarescas que propiciaba la combinación entre la primera y segunda convocatoria atendidas las diferentes mayorías requeridas en uno y otro caso; además de que facilita y despeja el panorama. La realidad, asimismo, mostraba que la mayor parte de las Juntas quedaban constituidas en segunda convocatoria.

La citación a través de la que se convoca la reunión ordinaria tiene un *contenido mínimo imperativo* que ha de constar clara y detalladamente (art. 553-21. 4 CCCat). También éste, por omisión como se acaba de comentar, y por adición presenta novedades. Ha de constar:

- a) El orden del día, con la mención expresa de los puntos que propongan los propietarios promotores si se convoca a petición suya. A lo que se añaden los puntos que haya propuesto cualquier propietario por escrito al presidente antes de la convocatoria, lo que implica el derecho de los propietarios a introducir puntos del orden del día.

40 No se puede dejar de lado la realidad de algunas comunidades de propietarios, sobre todo de segundas residencias, en las que todos o son extranjeros (comunidades belgas, suizas, alemanas...etc) o tienen su residencia habitual fuera de Cataluña (comunidades aragonesas, navarras...etc), para las que es más fácil reunirse en un lugar que no sea la propia finca, ni la misma comarca.

- b) El día, lugar y hora de la reunión. Lugar que puede ser cualquiera.
- c) La advertencia, respecto de los acuerdos del artículo 553-26 (unanimitad y mayoría cualificada: acuerdos de formación sucesiva) de que los votos de los propietarios que no asisten a la reunión se computan, sin perjuicio de su derecho a oponerse, en el sentido de la mayoría. Se ha corregido el precepto anterior que hablaba de que se computaban como votos favorables, expresión que inducía al equívoco.
- d) El listado de los propietarios que tienen deudas pendientes con la comunidad por razón de las cuotas, respecto de los que se hace la advertencia expresa de que aunque tienen voz en la reunión carecen del derecho de voto.

En el caso de las juntas extraordinarias para asuntos urgentes, es suficiente con que los propietarios hayan podido conocer la convocatoria, citación y notificación antes de la fecha en que se haya de celebrar la reunión (art. 553-21. 3 CCCat) (invariado).

Las reglas sobre *la manera de asistir* a la Junta se han intentado ordenar, coordinar con los conceptos jurídicos generales y clarificar; fue éste un empeño de la Sección de Derechos Reales que se refleja en las disposiciones contenidas en el artículo 553-22 CCCat. La asistencia a la Junta, órgano máximo, corresponde a los propietarios que pueden hacerlo personalmente (actuación directa) o por representación. En ésta, según la situación jurídica ante la que se esté, se distingue:

- a) La representación legal, se entiende de los menores de edad y de las personas con capacidad modificada judicialmente,
- b) La representación voluntaria que exige el otorgamiento del poder que se ha de presentar, y
- c) La representación orgánica: que es la que corresponde a las personas jurídicas y, también, se ha de acreditar por escrito.

Además, como una variante de la asistencia personal se admite expresamente, siempre que los estatutos o la Junta lo haya acordado, la asistencia a través de videoconferencia o de otros medios telemáticos de comunicación sincrónica semejantes. Un medio que, por supuesto, es presencial (directo).

En lo que hace al caso en que el elemento privativo pertenezca pro indiviso a varias personas, se mantiene la regla de que los comuneros ha de designar cual de ellos es el que asiste a la reunión (art. 553-22.3 CCCat), con derecho a votar. En el supuesto del usufructo del elemento privativo se acopla la regla a la realidad de los intereses en juego: quien asiste a la reunión es el usufructuario que actúa como representante tácito del nudo propietario si no consta su oposición; no obstante, ha de ser una representación expresa para la adopción de acuerdos que afecten al título, los estatutos y las obras extraordinarias o de mejora (art. 553-22.4 CCCat) que, de otra parte, son las que corresponden al nudo propietario en la relación de usufructo (art. 561-12. 3 CCCat). Ha desaparecido, porque no establecía una norma especial, la regla (contenida en el anterior art. 553-2.3 CCCat) que disponía que en los casos de un derecho real de uso o goce sobre el elemento privativo, quien asistía era el propietario.

La *constitución* válida de la Junta (art. 553-23 CCCat), en coherencia con las innovaciones hechas, tiene lugar simplemente con la concurrencia de los propietarios que asistan, no se exige un número determinado de éstos ni de las cuotas. Cuestión distinta, y separada, es la relativa a las mayorías requeridas para la adopción de acuerdos.

La reunión la dirige el presidente o, en su caso, quien ocupe la vicepresidencia y si éstos no asisten se designa a uno de los propietarios presentes. Si quien no comparece es el secretario se designa a uno entre los que asistan.

La secretaría ha de redactar el acta de la reunión, firmada por el secretario y el presidente, en el término de cinco días que empiezan a contar a partir del siguiente de la reunión (art. 553-27 CCCat). Sustancialmente, el contenido del acta es el mismo enunciado en la norma anterior al que se ha agregado, para que no deje lugar a dudas la información acerca de los acuerdos que sean susceptibles de formación sucesiva, es decir, aquellos que se perfeccionan *a posteriori* (los del art. 553-26.3. CCCat).

Los acuerdos de la Junta de propietarios se transcriben en el Libro de Actas que se legaliza e inscribe en el Registro de la Propiedad correspondiente, se ha eliminado la remisión al distrito que hacía

el precepto derogado, por esta que es respetuosa con la normativa hipotecaria (art. 553-28.1 CCCat).

De otra parte, se mantiene el deber del secretario de custodiar los Libros, que se han de conservar durante treinta años, mientras permanezca el régimen, o, en el caso de que se haya extinguido antes, durante cinco años desde que acabó. Se ha rebajado, aquí el plazo, de los diez años que indicaba el precepto derogado a cinco, por coordinación con las normas fiscales (exigen cuatro años) y contables (art. 553-28.2 CCCat).

4.2.2 *Derecho y ejercicio del voto*

Como regla general, que continúa, el derecho de asistencia a las reuniones de la Junta, de los propietarios de los elementos privativos, incluye el de participar en ellas con voz y voto, sin perjuicio de las reglas específicas exigidas para la formación y adopción de los acuerdos (art. 553-22.2 CCCat).

El derecho al voto, cómo se puede ejercitar y sus limitaciones cuenta con un precepto propio (art. 553-24 CCCat) cuya redacción también se ha refaccionado en la línea de perfeccionarla. Con todo, aunque se mejora notablemente, en el *iter* de formación de la norma, una vez que salió del ámbito de la Sección de Derechos Reales, sufrió ciertas correcciones que, en alguna medida, ensombrecen las distinciones que se querían establecer.

El derecho al voto se limita a los propietarios que tengan pendientes deudas con la comunidad quienes, como en la norma anterior, solamente pueden votar si acreditan la consignación judicial o notarial del importe de la deuda o que han ejercitado la acción de impugnación correspondiente (art. 553-24.1 CCCat)⁴¹. Permanece el criterio ya conocido, pese a que, en sede de impugnación de los acuerdos se modifique⁴². Conviene recordar que la consignación

41 Acerca de la situación / estatus del propietario moroso en la Llei que se comenta me remito M^a del Carmen GETE-ALONSO y CALERA en “Les relacions de crèdit i deute en el règim de la propietat horitzontal: les novetats de la Llei 5/2015, de 13 de maig (de modificació del Libre V del CCCat relatiu als drets reals) en RJC 2015 núm 4, pp. 889 a 919.

42 En esta sede se ha eliminado la necesidad de impugnar previamente la deuda para impugnar el acuerdo, como se explica más adelante.

judicial se regula, ahora, en los arts. 98 y 99 de la Ley 15/2015, de 2 de julio de Jurisdicción voluntaria y en cuanto a la notarial en el art. 69 del Reglamento notarial, modificado, también a raíz de aquélla.

Se han ordenado las diferentes maneras en que se ejercita el derecho de voto (art. 553-24. 2. CCCat):

- a) Personalmente.
- b) A través del representante, lo que comprende la representación voluntaria, la legal y la orgánica. En este caso el voto se emite de conformidad con las reglas que regulan cada tipo de representación. Salvo en la orgánica se ha de tener en cuenta que el representante es quien emite el voto y decide su sentido, sin perjuicio (en la voluntaria) de las instrucciones que pueda haber recibido.
- c) A través de un delegado que ha de ser, necesariamente, un propietario. En este caso, la delegación se ha de hacer por escrito y para una reunión concreta, no cabe una general y se ha de remitir antes de su celebración. En ella ha de identificarse la persona en quien se delega y puede constar el sentido del voto en relación a los puntos del orden del día. Es la figura del *nuntius* cuya función se limita estrictamente al ámbito concreto fuera del cual no es operativa.

En lo que respecta al *modo de cómputo de los votos*, para la obtención de las mayorías requeridas en la adopción de los acuerdos, también se ordenan las normas, de las que resulta lo siguiente:

- a) El voto de quienes se abstienen y el que corresponde a los elementos privativos de beneficio común se computa en el mismo sentido de la mayoría que se haya obtenido (art. 553-24.3 CCCat), regla tradicional de cómputo. Y,
- b) El voto de los propietarios que no asisten a la reunión se computa, sin perjuicio a su derecho a oponerse, en el sentido de la mayoría (art. 553-21. 4 c) CCCat).

4.2.3 Adopción de acuerdos. Tipología

Sólo se pueden adoptar acuerdos sobre asuntos que consten en el orden del día (art. 553-25.1 CCCat). Recordemos que los propietarios pueden proponer al presidente, por escrito, que se incluyan puntos en el orden del día (art. 553-21. 4 a) CCCat). Se erradica totalmente que se puedan adoptar acuerdos sobre asuntos que no consten en el orden del día, regla que podía ocasionar, en la normativa anterior, indefensión para los propietarios que no estuvieran de acuerdo, sobre todo en los casos en que procedía aplicar el régimen general (mayoría). En especial se ha eliminado la norma que permitía que, aunque no constara en el orden del día, podía acordarse en la reunión de la Junta la destitución de las personas que ocuparan los demás órganos (presidente, secretario, administrador) y acordar que se emprendieran acciones contra ellos, permisión que podía derivar, en la práctica, en situaciones picarescas, en indefensión de las personas implicadas y en malos usos.

Interesa remarcar que la nueva regulación perfecciona sustancialmente, respecto de la anterior, el régimen de adopción de los acuerdos, simplificando e identificando los asuntos sobre los que se acostumbra a tomar decisiones, ordenándolos conforme a su importancia para el funcionamiento y subsistencia de la propiedad horizontal. Para llevar a cabo la sistematización se ha tenido en cuenta la larga experiencia y trayectoria práctica y jurisprudencial de la propiedad horizontal, en cualquiera de sus modalidades, acumulada a lo largo de los años y los criterios que se han seguido.

En contraste a la redacción inicial del Libro V, en donde reinaba cierta dispersión, pues la exigencia de la mayoría requerida aparecía diseminada en varios preceptos, la actual concentra en dos preceptos los quórum requeridos⁴³. En ellos se contienen las reglas fundamentales, se reordenan las materias y el tipo de mayoría en función de la relevancia de cada una para la subsistencia y buen funcionamiento de las relaciones entre los propietarios.

43 Se ha de agradecer públicamente, al profesor Esteve Bosch Capdevila, Catedrático de Derecho Civil de la URV, vocal de la Sección de Derechos Reales, su trabajo en la búsqueda de las diferentes mayorías y acuerdos desperdigados en la normativa, la detección de las contradicciones y sobre todo la propuesta de ordenación que hizo a la Sección y constituyó el texto sobre el que después discutimos y trabajamos.

Se distingue así entre el régimen general y los regímenes especiales.

- 1) *Régimen general* u ordinario: se aplica a los acuerdos de formación instantánea que son los que se aprueban, perfeccionan y producen eficacia desde la celebración de la reunión correspondiente; son los del artículo 553-25 CCCat. Se adoptan por doble mayoría simple: de los propietarios que han participado en la votación y que representan la mayoría de las cuotas.

Son los siguientes, relativos a (553-25.2 CCCat)⁴⁴:

“a) L’execució d’obres o l’establiment de serveis que tenen la finalitat de suprimir barreres arquitectòniques o la instal·lació d’ascensors, encara que l’acord comporti la modificació del títol de constitució i dels estatuts o encara que les obres o els serveis afectin l’estructura o la configuració exterior”.

Se ha agregado, para no dejar lugar a dudas, que la exigencia de la mayoría en estos asuntos, por sus características (protección de la persona) no se altera aunque los acuerdos impliquen que se haya de modificar el título, los estatutos o pese a que afecten a la estructura del inmueble; hechos que, en circunstancias ordinarias sí exigen unanimidad o mayoría cualificada (art. 553-26. CCCat).

44 El artículo 553-25.5 y 6. CCCat anterior expresaba:

“5. És suficient el vot favorable de la majoria dels propietaris, que han de representar la majoria de les quotes de participació, en primera convocatòria, o la majoria de les quotes dels presents i representats, en segona convocatòria, per a adoptar els acords que fan referència a:

- a) L’execució d’obres o l’establiment de serveis que tenen la finalitat de suprimir barreres arquitectòniques o la instal·lació d’ascensors.
 - b) Les innovacions exigibles per a la viabilitat o la seguretat de l’immoble, segons la seva naturalesa i les seves característiques.
 - c) L’execució de les obres necessàries per a instal·lar infraestructures comunes, per a connectar serveis de telecomunicacions de banda ampla o per a individualitzar el mesurament dels consums d’aigua, gas o electricitat.
 - d) Les normes del reglament de règim interior.
 - e) Els acords als quals no fan referència els apartats 2 i 3.
6. Els propietaris amb discapacitat física o les persones amb qui conviuen, si els acords a què fan referència les lletres a i b de l’apartat 5 no assoleixen la majoria necessària, poden demanar a l’autoritat judicial que obligui la comunitat a suprimir les barreres arquitectòniques o a fer les innovacions exigibles per a assolir la transitabilitat de l’immoble”.

“b) Les innovacions exigibles per a l’habitabilitat, l’accessibilitat o la seguretat de l’immoble, segons llur naturalesa i característiques, encara que l’acord comporti la modificació del títol de constitució i dels estatuts o afectin l’estructura o la configuració exterior”.

Igual que en la letra anterior, se dispone que esta es la regla que rige para estas obras, sea cual fuere su repercusión en el título, estatutos o estructura.

Con referencia a estas dos situaciones se ha de tener en cuenta que, en el caso de que quien solicite su adopción no consiga la mayoría, ello no impide, de manera absoluta, la realización de la obra correspondiente. En el precepto vigente se perfila y regula más en concreto la exigibilidad al resto de propietarios, de su ejecución. Quien lo solicita puede acudir a la autoridad judicial para obtenerlo; pero se fijan criterios de razonabilidad o proporcionalidad para obligar a la comunidad a suprimir las barreras arquitectónicas o a que haga las innovaciones necesarias para conseguir la accesibilidad y transitabilidad, atendida la discapacidad que lo motiva (art. 553-25.5. CCCat).

En la nueva redacción, se ha ampliado la legitimación de las personas que pueden solicitarlo, junto a los propietarios y las personas que conviven con ellos, se ha agregado a las personas que trabajan para los propietarios y sufren alguna discapacidad, a los titulares de un derecho posesorio sobre el elemento privativo, ya de naturaleza real (usufructo, uso, habitación) ya personal (arrendamiento), y las personas mayores de setenta años⁴⁵. Cuestión distinta, de la que debe separarse, es la relativa a quien, cómo y a cargo de qué fondos se costean estas obras, de lo que se ocupa el artículo 553-30 CCCat⁴⁶.

45 En la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006, se equiparan a los discapacitados al efecto de protección de sus derechos.

46 El actual artículo 553-30 CCCat. (Vinculació dels acords) dispone:

“1. Els acords adoptats per la junta de propietaris són obligatoris i vinculen tots els propietaris, fins i tot els dissidents.

2. No obstant el que estableix l’apartat 1, els propietaris dissidents no estan obligats a satisfer les despeses originades per les noves instal·lacions o nous serveis comuns que no siguin exigibles d’acord amb la llei si el valor total de la despesa acordada és superior a la quarta part del pressupost anual vigent de la comunitat. Els propietaris

“c) L’execució de les obres necessàries per a instal·lar infraestructures comunes o equips amb la finalitat de millorar l’eficiència energètica o hídrica dels immobles i la mobilitat dels usuaris, per a connectar serveis de telecomunicacions de banda ampla o per a individualitzar el mesurament dels consums d’aigua, gas o electricitat, o per a la instal·lació general de punts de recàrrega per a vehicles elèctrics, encara que l’acord comporti la modificació del títol de constitució i dels estatuts”.

Se ha completado la relación de las energías y suministros y demás medios de medida de los mismos en atención a las nuevas necesidades y realidades técnicas que exigen un pronunciamiento expreso de la norma, sobre todo para evitar los problemas y conflictos que se suscitan frecuentemente en relación con ellas.

“d) Les normes del reglament de règim interior”.

“e) L’acord de sotmetre a mediació qualsevol qüestió pròpia del règim de la propietat horitzontal”.

La razón de explicitar el acuerdo de sometimiento del conflicto a la mediación se halla, simplemente, en su valor de recordatorio. Los propietarios pueden acudir a la mediación sin necesidad de que la ley lo diga, basta con que se acuerde por la mayoría de los votos que, al no tener otra precisa, es la mayoría simple. Sin embargo, convenía visibilizar la mediación porque en este ámbito de los conflictos comunitarios es o puede ser una vía idónea de encauzar adecuadamente los intereses de las partes.

només poden gaudir de les noves instal·lacions o els nous serveis si satisfan l’import de les despeses d’execució i de manteniment amb l’actualització que correspongui aplicant-hi l’índex general de preus de consum.

3. Les despeses originades per la supressió de barreres arquitectòniques o la instal·lació d’ascensors i les que calguin per a garantir l’accessibilitat i l’habitabilitat de l’edifici són a càrrec de tots els propietaris si deriven d’un acord de la junta de propietaris. Si deriven d’una decisió judicial conforme a l’article 553-25.5, l’autoritat judicial és qui en fixa l’import en funció de les despeses ordinàries comunes de la comunitat de propietaris.

4. Els propietaris que, sense causa justificada, s’oposin a les actuacions o obres necessàries i exigides per l’autoritat competent o les demorin responen individualment de les sancions que s’imposin en via administrativa”.

“f) Els acords que no tinguin fixada una majoria diferent per a adoptar-los”.

En todo caso, además, cuando los acuerdos que se hayan adoptado por mayoría supongan privación (no disminución) de las facultades de uso y disfrute de los elementos comunes (lo que ya estaba previsto en la norma anterior), los que comporten modificación de la cuota de participación (singularmente serán los de las letras a y b), y los que extingan el régimen de la propiedad simple o compleja (que se han agregado ahora) requieren consentimiento expreso de los propietarios afectados (art. 553-25. 4 CCCat). La facilitación del acuerdo no debe hacerse a costa o en perjuicio de los derechos de los demás propietarios y menos sin su consentimiento cuando, de no concurrir las circunstancias que amparan a la mayoría, hubiera sido necesaria la unanimidad.

Los apartados 3 y 6 del precepto disponen reglas sobre el cálculo y cómputo.

Indica el apartado 3 que:

“Per al càlcul de les majories es computen els vots i les quotes dels propietaris que han participat en la votació de cadascun dels punts de l'ordre del dia, sia de manera presencial, sia per representació o per delegació del vot. En els casos que un element privatiu pertanyi a diversos propietaris, aquests tenen conjuntament un únic vot indivisible per raó de la propietat del dit element privatiu. L'adopció de l'acord per majoria simple requereix que els vots i quotes a favor superin els vots i quotes en contra”.

En el apartado 6 se trata de la situación de los propietarios que no han participado en la votación. En general, dado su absentismo y en aplicación de la regla que rige, debe computarse a favor del acuerdo. No obstante, sin modificar el carácter del mismo y sólo al efecto de la legitimación para impugnar el acuerdo y para exonerarse del pago de los gastos de las nuevas instalaciones o servicios comunes, se les permite que puedan oponerse mediante escrito enviado a la secretaría en el plazo de un mes a contar desde que se les notifica. Si no lo hacen se entiende que se adhieren al acuerdo.

- 2) *Regímenes especiales*: se predicán con relación a los acuerdos de formación sucesiva que son aquellos adoptados en la reunión de la Junta pero cuya perfección y eficacia no tiene lugar en ella sino en un momento posterior. Se ha de esperar a que se notifiquen y que transcurran los plazos y si no se oponen los propietarios que no asistieron o fueron privados ilegítimamente del voto, para conocer si alcanzan la mayoría de votos concreta exigida. Su perfección y eficacia definitiva se completa en un momento posterior a la celebración de la reunión: son los del artículo art. 553-26 CCCat.

Se distinguen los acuerdos que requieren unanimidad de aquellos que necesitan de las 4/5 de los propietarios que representen, a su vez, las 4/5 cuotas de participación.

Se ha respetado el criterio de la norma derogada en lo que respecta a estas mayorías cualificadas que, como se ha indicado, se agrupan ahora en un solo precepto (en contraste a la dispersión anterior), y se ha ampliado la relación de asuntos atendiendo, sobre todo, a los más frecuentes y a las nuevas realidades. Mientras la unanimidad se reserva para los acuerdos que inciden directamente en la existencia y subsistencia del régimen, en los elementos estructurales y derechos irrenunciables, es decir, los que se insertan en los actos de riguroso dominio, la mayoría reforzada de los 4/5 se dispone para actos de especial trascendencia pero en los que se estima que no tiene porqué concurrir la común voluntad y respecto de los que es necesario hacer posible que se puedan poner en práctica cuando un número importante de propietarios lo estiman así.

A) Requieren *unanimidad* los acuerdos para (art. 553-26.1 CCCat):

- “a) Modificar les quotes de participació.
- b) Desvincular un annex.
- c) Vincular l'ús exclusiu de patis, jardins, terrasses, cobertes de l'immoble o altres elements comuns a un o diversos elements privatus.
- d) Cedir gratuïtament l'ús d'elements comuns que tenen un ús comú.
- e) Constituir un dret de sobreelevació, subedificació i edificació sobre l'immoble.
- f) Extingir el règim de propietat horitzontal, simple o complexa, i convertir-la en un tipus de comunitat diferent.

- g) Acordar la integració en una propietat horitzontal complexa.
- h) Sotmetre a arbitratge qualsevol qüestió relativa al règim de la propietat horitzontal, llevat que hi hagi una disposició estatutària contrària”.

El sometimiento a arbitraje requiere de unanimidad porque no se puede obligar a nadie a renunciar a la tutela judicial (art. 24 CE), a que los conflictos se resuelvan a través de esta vía; a diferencia de la mediación en la que basta la mayoría porque el resultado de ésta es contractual y no impide que, posteriormente, se planteen los conflictos ante los tribunales.

Estos acuerdos se entienden adoptados (art. 553-26.3. a) CCCat)

“quan hi han votat favorablement tots els participants a la votació i, en el termini d'un mes des de la notificació de l'acord, no s'hi ha oposat cap altre propietari mitjançant un escrit tramès a la secretaria per qualsevol mitjà fefaent”.

Recuerdese, en este sentido, que los votos de los propietarios que no asisten a la reunión se computan, sin perjuicio a su derecho a oponerse, en el sentido de la mayoría (art. 553-21. 4 c) CCCat).

B) Requieren *voto favorable de las 4/5 partes* de los propietarios con derecho a voto que representen las 4/5 partes de las cuotas de participación los acuerdos para (art. 553-26.2 CCCat):

- “a) Modificar el títol de constitució i els estatuts, llevat que hi hagi una disposició legal en sentit contrari.
- b) Adoptar acords relatius a innovacions físiques en l'immoble, si n'afecten l'estructura o la configuració exterior, llevat que siguin exigibles per a l'habitabilitat, l'accessibilitat o la seguretat de l'immoble, i a la construcció de piscines i instal·lacions recreatives.
- c) Desafectar un element comú.
- d) Constituir, alienar, gravar i dividir un element privatiu de benefici comú.

- e) Acordar quotes especials de despeses, o un increment en la participació en les despeses comunes corresponents a un element privatiu per l'ús desproporcionat d'elements o serveis comuns, d'acord amb el que estableix l'article 553-45.4.
- f) Acordar l'extinció voluntària del règim de propietat horitzontal per parcel·les.
- g) La cessió onerosa de l'ús i l'arrendament d'elements comuns que tenen un ús comú per un termini superior a quinze anys”.

Estos acuerdos se entienden adoptados (art. 553-26.3. b) CCCat):

“quan hi ha votat favorablement la majoria simple dels propietaris i de les quotes participants a la votació i, en el termini d'un mes des de la notificació de l'acord, s'assoleix la majoria qualificada comptant com a vot favorable la posició dels propietaris absents que, en el dit termini, no s'han oposat a l'acord mitjançant un escrit tramès a la secretaria per qualsevol mitjà fefaent”.

A tal efecto, se dispone expresamente (art. 553-27.5 CCCat) ⁴⁷, también una innovación, que transcurrido este plazo de un mes se ha de transmitir a los propietarios el anexo del acta en la que ha de constar si los acuerdos de formación sucesiva se han perfeccionado y son eficaces y el resultado final de los votos.

Los acuerdos son obligatorios y vinculan a todos los propietarios, incluso a los que disintieron, aunque esta obligación, cuando se trata de instalaciones o servicios comunes no exigibles nuevos, se modula para los disidentes dependiendo del montante al que asciende el gasto. Y obligan a todos sin distinción si son los gastos de supresión de barreras, instalació de ascensores y en general los necesarios para garantizar la accesibilidad y habitabilidad del edificio si se acuerdan en junta o derivan de una resolució judicial

⁴⁷ “Una vegada transcorregut el termini que fixa l'article 553-26.3, s'ha de trametre a tots els propietaris un annex a l'acta en el qual s'ha d'indicar si els acords susceptibles de formació successiva han esdevingut efectius o no, i s'ha de fer constar, així mateix, el resultat final de la votació”.

(art. 553-30 CCCat)⁴⁸. En esencia se ha mantenido el criterio pero se ha modulado conforme a las exigencias derivadas de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006.

Asimismo, los acuerdos válidos, es decir en los que concurren los requisitos pertinentes, salvo que se haya previsto otra cosa en los estatutos, son, también ejecutivos desde el momento en que se adopten (art. 553-29 CCCat). No es necesario, ahora, esperar a que se notifiquen a los propietarios como requería la norma derogada, lo que era superfluo, en cierta medida dado que, respecto de los que son válidos y ya están completamente formados la notificación no agrega ni quita más o menos eficacia.

4.2.4 Impugnación de los acuerdos

En fin, una breve referencia a la impugnación judicial de los acuerdos en donde han tenido lugar innovaciones importantes mediante las que se protegen mejor los intereses de las partes. Debe tenerse en cuenta que, aunque los conceptos de validez que se toman en consideración son los generales del negocio jurídico, aquí de alguna manera se modulan en la medida en que se está ante una situación jurídica real (el régimen) predicado de un bien y en relaciones dominicales inter partes, que sólo afectan a ellas (*res inter alios acta*).

48 Article 553-30 (Vinculació dels acords)

“1. Els acords adoptats per la junta de propietaris són obligatoris i vinculen tots els propietaris, fins i tot els dissidents.

2. No obstant el que estableix l'apartat 1, els propietaris dissidents no estan obligats a satisfer les despeses originades per les noves instal·lacions o nous serveis comuns que no siguin exigibles d'acord amb la llei si el valor total de la despesa acordada és superior a la quarta part del pressupost anual vigent de la comunitat. Els propietaris només poden gaudir de les noves instal·lacions o els nous serveis si satisfan l'import de les despeses d'execució i de manteniment amb l'actualització que correspongui aplicant-hi l'índex general de preus de consum.

3. Les despeses originades per la supressió de barreres arquitectòniques o la instal·lació d'ascensors i les que calguin per a garantir l'accessibilitat i l'habitabilitat de l'edifici són a càrrec de tots els propietaris si deriven d'un acord de la junta de propietaris. Si deriven d'una decisió judicial conforme a l'article 553-25.5, l'autoritat judicial és qui en fixa l'import en funció de les despeses ordinàries comunes de la comunitat de propietaris.

4. Els propietaris que, sense causa justificada, s'oposin a les actuacions o obres necessàries i exigides per l'autoritat competent o les demorin responen individualment de les sancions que s'imposin en via administrativa”.

De donde la justificación de la limitación de los plazos al no existir afectación de intereses generales.

Son causas de impugnación judicial (las mismas que había) (art. 553-31. 1 CCCat):

- a) La contravención de lo dispuesto en la ley, en los estatutos y el abuso de derecho cuando resulte de las circunstancias.
- b) La contrariedad a los intereses de la comunidad y el perjuicio grave para uno de los propietarios.

Tienen legitimación activa para promover la impugnación los propietarios que votaron en contra en el momento de la reunión, quienes no asistieron pero se han opuesto en el tiempo oportuno y por escrito, y los que hubieran sido privados ilegítimamente del derecho de voto (art. 553-31. 2. CCCat). Se ha recalcado, en la dicción actual, que debe quedar diáfana la voluntad del propietario no asistente de oponerse al acuerdo, no basta con la falta de adhesión para justificar la impugnación. El acto de impugnación es suficientemente grave como para que quede al libre arbitrio del propietario, de ahí que se exija cómo mínimo haber mostrado, antes, su oposición.

También, pese a que pueda llamar la atención, se ha suprimido la legitimación abierta que permitía que cualquier propietario pudiera impugnar el acuerdo contrario a la ley, sin límite alguno. Ciertamente que la contrariedad a la ley implica, en la teoría general del negocio, la nulidad absoluta y, en consecuencia, debería desembocar en una legitimación abierta. No obstante, en este supuesto conviene, por la razón expuesta y la que se explica enseguida, limitar la legitimación a quienes se han opuesto o no han podido votar, porque no han participado en su formación.

A ello se agrega la exigencia de que el propietario legitimado ha de estar al corriente del pago de las deudas vencidas que tenga frente a la comunidad en el momento en que se haya adoptado el acuerdo que se quiere impugnar o, en el caso de que no haya pagado ha de acreditar que ha consignado, judicial o notarialmente, su importe (art. 553-31.3 CCCat). En contraste con la norma derogada, se ha estimado que no era adecuado que quien está privado del derecho de voto, como ocurre con el propietario moroso, pueda a través de

la vía de la impugnación del acuerdo de la Junta, obtener lo que no puede conseguir en aquélla. De modo que cualquiera sea la causa de impugnación del acuerdo para impugnarlo se ha de estar al corriente del pago de las deudas o, en caso contrario, haber consignado su importe. En este caso es suficiente, para el ejercicio de la acción de impugnación, con que el propietario moroso haya consignado el importe de la deuda, no se establece la alternativa, admitida para gozar del derecho de voto, de impugnación de la deuda, que no es apropiada (impugnar para impugnar).

Permanece invariado el plazo, que siempre es de caducidad, para el ejercicio de la impugnación en los acuerdos contrarios a la ley, a los estatutos o que impliquen abuso de derecho: un año cuyo *dies a quo* es el de la notificación del acta o de su anexo, según corresponda. Se ha ampliado el plazo para las demás causas, que pasa de dos meses a tres, término que supone más margen que el anterior excesivamente corto atendida la complejidad técnica que puede concurrir (art. 553-31.4 CCCat).

La impugnación del acuerdo continúa sin suspender su ejecutabilidad, aunque la autoridad judicial puede adoptar las medidas cautelares que sean convenientes y decidir la suspensión provisional del acuerdo impugnado (art. 553-32 CCCat). En el texto se ha suprimido la referencia que se hacía a que la suspensión debía acordarse si el juez entendía que el acuerdo era manifiestamente ilegal o que podía provocar un perjuicio cuya reparación comportara un coste económico desproporcionado, para acomodarlo a la normativa procesal que no establece este límite (arts. 721 y ss LEC).

5. BIBLIOGRAFÍA CITADA

Ferran BADOSA COLL, “La multiopietat com a règim juríic immobiliari” en *Materials de de les IV Jornades de Dret català a Tossa. Règim de la propietat col.lectiva urbana a Catalunya*, PPU, Barcelona 1988, pp. 15 y ss.

M^a del Carmen GETE-ALONSO y CALERA, “Las urbanizaciones privadas (Una aproximación a su configuración jurídica, con especial consideración de la legislación catalana sobre protección

de la legalidad urbanística)” en *Materials de las IV Jornadas de Dret Civil Català a Tossa de Mar. Règim de la Propietat Col.lectiva Urbana a Catalunya*. PPU. Barcelona 1988, págs 45 a 113.

M^a del Carmen GETE-ALONSO y CALERA, “Comentario a los arts. 553-48 a 553-56 y 553-59” del Código Civil de Cataluña” en *Derechos reales* (Dirección Antonio Giner Gargallo, Coord. Vicenç Clavell Hernández). Decanato Autonómico de los Registradores de Cataluña (Ed Bosch), 2008, pp. 151 a 198

M^a del Carmen GETE-ALONSO y CALERA en “Les relacions de crèdit i deute en el règim de la propietat horitzontal: les novetats de la Llei 5/2015, de 13 de maig (de modificació del Libre V del CCCat relatiu als drets reals)” en *RJC* 2015 núm 4, pp. 889 a 919.

Ana GIMENEZ COSTA, *El contrato de cesión de finca a cambio de construcción futura en el Derecho civil catalán*, Tesis de doctorado (inérita), Universitat Rovira i Virgili, Tarragona 2015

Pedro Del POZO CARRASCOSA, Antoni VAQUER ALOY, Esteve BOSCH CAPDEVILA, *Derecho Civil de Cataluña. Derechos Reales*. (5^a ed). Marcial Pons. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo, 2015.

Las modificaciones en materia de propiedad horizontal introducidas por la Ley 5/2015, de 13 de mayo

Derechos y obligaciones de los propietarios; régimen de responsabilidades y garantías y principales novedades en materia de propiedad horizontal compleja y por parcelas

FRANCISCO M. ECHEVERRÍA SUMMERS

Doctor en Derecho. Profesor asociado de la Universidad de Barcelona. Abogado en ejercicio.

Vocal de la Sección de Obligaciones y Contratos de la Comisión de Codificación de Catalunya y ex vocal de la Sección de Derechos Reales

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. 2. DERECHOS Y OBLIGACIONES EN EL RÉGIMEN DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL. 2.1. *Derechos y obligaciones sobre los elementos privativos.* 2.2. *Derechos y obligaciones sobre los elementos comunes.* 3. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDADES EN LA PROPIEDAD HORIZONTAL. 4. RÉGIMEN DE GARANTÍAS EN LA PROPIEDAD HORIZONTAL. 4.1. *La Preferencia del Crédito.* 4.2. *La afección real.* 4.3. *El fondo de reserva.* 5. LA PROPIEDAD HORIZONTAL COMPLEJA Y LA PROPIEDAD HORIZONTAL POR PARCELAS. 5.1. *Propiedad horizontal compleja.* 5.2. *Propiedad Horizontal por parcelas*

1. INTRODUCCIÓN

La Ley 5/2015 ha respetado rigurosamente la estructura que tenía el capítulo III, del título V del Libro Quinto del Código Civil de Cataluña, dividido en cuatro secciones: la primera dedicada a las disposiciones generales; la segunda a la propiedad horizontal simple; la tercera a la propiedad horizontal compleja y la cuarta y última a la propiedad horizontal por parcelas. El régimen de derechos y obligaciones de los propietarios se encuentra recogido esencialmente en la sección segunda; si bien algunos de los derechos esenciales de los propietarios en este especial régimen de propiedad se encuentran regulados en la sección primera, como puede ser el de asistir, participar y votar en las juntas de propietarios, o el de impugnar los acuerdos que puedan adoptarse.

La sección segunda se compone de 15 artículos (553-33 a 553-47, ambos inclusive). En sus primeros artículos (553-33 a 533-40) contempla la regulación de lo que son elementos privativos en la propiedad horizontal, estableciendo el régimen de derechos y obligaciones de los propietarios respecto de los mismos. Esta regulación está construida sobre la idea de que cada propietario tiene sobre su elemento o elementos privativos las máximas facultades dominicales, sólo restringidas por la concurrencia de derechos de igual clase en el inmueble.

2. DERECHOS Y OBLIGACIONES EN EL RÉGIMEN DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL

2.1. Derechos y obligaciones sobre los elementos privativos

2.1.1 *Derechos sobre los elementos privativos*

A) *Facultad dispositiva*

El art. 553-37 CCCat reconoce a los propietarios la facultad de modificar, enajenar, gravar y realizar cualquier acto de disposición sobre los elementos privativos, incluso constituir servidumbres sobre los mismos. No obstante, dichas facultades se encuentran con diferentes restricciones y condicionantes a lo largo del articulado de la norma.

Restricciones y condicionantes de la facultad dispositiva:

- a) Declaración del estado de deudas y aportación del certificado de la comunidad.

El art. 553-5.2 CCCat, exige al transmitente de un elemento privativo por cualquier título la declaración de estar al corriente de los pagos que le corresponden en la comunidad o, en su caso, especificar los que están pendientes de pago; así como aportar un certificado relativo al estado de deudas con la comunidad, en el que debe constar el estado tanto respecto de los gastos

ordinarios y extraordinarios, como respecto a la contribución al fondo de reserva. Además de la constancia del estado de deudas en relación a los gastos ya vencidos, el certificado deberá hacer constar los gastos que se encuentren ya aprobados por la comunidad y pendientes de vencimiento. Esta última inclusión, no prevista en la Ley de Propiedad Horizontal estatal, lo que hace es informar a los adquirentes de aquellos gastos que tendrán que afrontar con total seguridad en un futuro, al estar ya aprobados y pendientes de vencimiento. Debe recordarse que el criterio comúnmente seguido por los tribunales de justicia es el de que el deudor de los gastos comunes que correspondan a un elemento privativo frente a la comunidad de propietarios será quién sea propietario del elemento privativo en el momento de vencimiento del gasto en cuestión.

El certificado de gastos deberá ser expedido por la persona que ostente el cargo de secretario de la comunidad y tendrá que contar con el visto bueno del presidente, salvo que el secretario sea un administrador que cumpla con las condiciones profesionales legalmente exigibles (art. 553-5.3 CCCat).

Sin la aportación del certificado y la declaración del transmitente antes referida, los notarios no autorizarán la escritura pública correspondiente, salvo que transmitente y adquirente renuncien expresamente a la aportación del certificado. La inclusión de la salvedad obedece al hecho de que en la práctica no son pocas las ocasiones en las que se presenta un problema puntual para la obtención en plazo del certificado correspondiente, estando las partes conformes en que se otorgue el negocio transmisivo sin necesidad del mismo. El hecho de la renuncia al certificado no puede entenderse como una asunción de deudas por parte del adquirente, respecto de las vencidas con anterioridad a la transmisión, ello sin perjuicio de la afectación real del elemento privativo al pago de las deudas comunitarias¹.

La principal novedad en la materia, respecto de la situación prevista en la Ley del año 2006, es la extensión de la obligación de incluir la declaración y aportar el certificado no sólo en las transmisiones que se efectúen a título oneroso, sino también

1 SAP Lleida, sección 2ª, de 23 de febrero de 2012.

respecto de las realizadas a título gratuito. Ello representa que en las donaciones de bienes inmuebles sujetos a este especial régimen de dominio deba incluirse el certificado y la declaración del donante de estar al corriente de pago, o indicación de las deudas pendientes.

b) Comunicación del cambio de titularidad

La Ley 5/2015 incluye la obligación que tiene todo transmitente de notificar a la comunidad de propietarios el cambio operado en la titularidad del elemento privativo. Esta obligación, que está recogida en el Ley de Propiedad Horizontal estatal (art. 9.1 i) LPH), no se incluyó inicialmente en el Código Civil Catalán. Dicha omisión se ha visto corregida en la reforma del 2015, mediante la introducción de un apartado 3 en el art. 553-37, en el que se establece la obligación, por parte del transmitente o enajenante, de comunicar la transmisión al secretario de la comunidad de propietarios.

La sanción que se establece para el incumplimiento de esta obligación es que el transmitente seguirá respondiendo solidariamente con el adquirente de las deudas que vayan venciendo con la comunidad, razón por la cual no podrá oponer la excepción de falta de legitimación pasiva en el caso de que le sean reclamadas directamente las cantidades por parte de la comunidad. El régimen establecido no coincide exactamente con el previsto en la norma estatal, ya que no se contempla la previsión de que la responsabilidad solidaria del transmitente quedará excluida cuando cualquiera de los cargos de gobierno de la comunidad (presidente, administrador o secretario) hayan tenido conocimiento del cambio de titularidad por cualquier otro medio o por actos concluyentes del nuevo propietario, o cuando la transmisión resulte notoria. Sin perjuicio de la interpretación que puedan realizar los tribunales y, en especial, de la consideración que puedan hacer sobre la buena o mala fe en el ejercicio del derecho respecto de la comunidad que reclama frente a un no deudor aun siendo conocedora de la transmisión operada; lo cierto es que la nueva normativa recomienda extremar la cautela a la hora de comunicar a la comunidad cualquier enajenación de elemento privativo, para evitar problemas futuros para los transmitentes de las entidades.

c) Transmisión simultánea junto a la del elemento privativo

El especial régimen de la propiedad horizontal comporta que la transmisión de elemento privativo lleve aparejada la transmisión simultánea de otra serie de bienes. El art. 553-3 CCCat establece que los elementos comunes son inseparables de los elementos privativos, de tal modo que los actos de enajenación o gravamen de los elementos privativos se extienden a la participación que le corresponde sobre los elementos comunes.

El carácter inseparable de los elementos comunes aparece reflejado en otros artículos del libro V, como el art. 553-53 CCCat para la configuración de las propiedades horizontales por parcelas. En la misma línea, el art. 553-54.2 CCCat señala, para las propiedades horizontales por parcelas, que los actos de enajenación, gravamen o embargo de los elementos privativos se extienden inseparablemente a la cuota de participación que les corresponde sobre los elementos comunes. El art. 553-55.2 CCCat establece que los elementos comunes son inseparables de las fincas privativas, a las cuales se encuentran vinculados por medio de la cuota de participación.

La inseparabilidad que existe entre los elementos privativos y comunes únicamente puede salvarse, respecto de los elementos comunes por destino, mediante el acto jurídico de desafectación del elemento común y posterior transformación en elemento privativo. Dicho acto requiere la aprobación en junta con la mayoría cualificada de propietarios y cuotas establecida en la regla 2ª del art. 553-26 CCCat, conforme al procedimiento de formación sucesiva previsto en la Ley.

Junto a la cuota que tiene asignada sobre los elementos comunes, la transmisión del elemento privativo conlleva, a su vez y de forma simultánea, la transmisión de los anexos que el mismo tenga asignados en la propiedad horizontal. En relación a los anexos, señala el art. 553-35 CCCat que son aquellos espacios físicos o derechos vinculados de manera inseparable a un elemento privativo. La inseparabilidad entre el elemento privativo y su anexo aparece también referida en el art. 553-54.1 CCCat.

Dicha inseparabilidad sólo puede salvarse a través de un acto jurídico, como es la desvinculación del anexo, que requiere el

acuerdo de la junta de propietarios adoptado por la unanimidad de los propietarios prevista en el número 1 del art. 553-26 CCCat, conforme al procedimiento de formación sucesiva que se regula en la Ley.

La principal novedad introducida en la regulación de los anexos por la ley 5/2015 es la eliminación de las restricciones que la ley 5/2006 introdujo para la cesión de uso separado de los mismos respecto de los usuarios del elemento privativo principal al que se encuentran vinculados (art. 553-35.2 de la norma anterior). De manera que, a partir de la entrada en vigor de la Ley 5/2015 y salvo limitación estatutaria al respecto, los propietarios pueden ceder el uso del anexo de forma separada al uso del elemento principal en todos los casos.

Junto a la cuota y los anexos, la transmisión del elemento privativo comporta, también, la transmisión de la cuota que correspondía al transmitente en los elementos privativos de beneficio común. Se trata de un tipo especial de elemento privativo regulado en el art. 553-34 CCCat y que tiene la particularidad de que su titularidad viene determinada, con carácter *ob rem*, por quiénes, en cada momento ostenten la condición de propietarios de elementos privativos en el seno de la propiedad horizontal en cuestión.

La ley 5/2015 ha mejorado sustancialmente la regulación de elementos privativos de beneficio común (art. 553-34 CCCat), resaltando los caracteres principales de los mismos, esto es, su pertenencia a todos los propietarios en proporción a la cuota de participación que tengan sobre los elementos comunes y el carácter inseparable respecto de la titularidad del resto de los elementos privativos. De ahí que la transmisión del elemento privativo lleve aparejada, necesariamente, la transmisión de la cuota de participación sobre el elemento privativo de beneficio común en cuestión que el transmitente tuviera asignada.

La reforma ha hecho hincapié en que los elementos privativos de beneficio común pueden serlo por disposición legal, por establecimiento en el título constitutivo o, de forma sobrevenida, por acuerdo de la junta de propietarios, siendo el ejemplo más habitual de este último supuesto la desafectación de la vivienda del portero. Todo el régimen de administración o gobierno

y disposición del citado elemento se registrará por el sistema de adopción de acuerdos previsto en la sección 1ª del capítulo III del Título V del Libro V del CCCat, adoptándose las decisiones por la junta de propietarios.

Para terminar, la transmisión del elemento privativo lleva aparejada la cesión al adquirente del saldo que corresponda al transmitente en el fondo de reservas constituido conforme a lo dispuesto en el art. 553-6 CCCat. Esta es la conclusión que debe extraerse del número 2 del citado precepto, al señalar que el fondo pertenece a todos los propietarios y “queda afecto” a la comunidad, sin que ningún propietario tenga derecho a reclamar su devolución en el momento de la enajenación del elemento privativo.

Todos los aspectos anteriores deben ser tomados en consideración a la hora de fijar el precio de compraventa de un elemento privativo en un inmueble sujeto al especial régimen de la propiedad horizontal y tendrán relevancia para la determinación de los importes a satisfacer en concepto de impuestos.

B) *Facultades de uso y disfrute*

En relación a las facultades de uso y disfrute de los elementos privativos, de nuevo la regla general es la de reconocer las máximas facultades al propietario del elemento. De esta forma, el art. 553-36 CCCat comienza disponiendo que *los propietarios pueden ejercer sobre los elementos privativos todas las facultades del derecho de propiedad*. No obstante, de nuevo, la integración en esta forma especial de dominio hace que existan una serie de restricciones tanto en lo relativo a las actividades a desarrollar, como en cuanto a las alteraciones a realizar en el elemento en cuestión.

En relación al tema de las actividades que se pueden desarrollar en los elementos privativos, la reforma del 2015 elimina la distinción de regímenes que preveían los anteriores arts. 553-40 y 47 CCCat, aglutinando todo el régimen en un único precepto, el art. 553-40 CCCat. Se parte de la regla de que el propietario puede desarrollar en su elemento privativo cualquier actividad, pudiendo modificar

la misma sin necesidad de consentimiento alguno de la junta de propietarios².

La excepción viene representada por el respeto a una serie de límites o restricciones que se imponen a los propietarios derivados de las reglas de buena vecindad y de la confluencia de derechos iguales sobre un mismo inmueble. Dichas limitaciones son: (i) que la actividad desarrollada no sea contraria a la convivencia normal de la comunidad; (ii) que no comprometa o haga peligrar la seguridad del inmueble; (iii) que no contravenga la normativa urbanística o la ley y (iv) que no se encuentre expresamente prohibida en los estatutos reguladores de la comunidad de propietarios que se trate.

El legislador catalán se separa de la LPH estatal en lo relativo a la primera de las restricciones, ya que la LPH optó, tras la reforma del año 1999, por establecer un sistema objetivo que evitase el capricho de las comunidades a la hora de oponerse al desarrollo de actividades en el seno de estos colectivos. De modo que, si la comunidad quiere oponerse a una actividad no prohibida en los estatutos, en el régimen estatal deberá probar: bien que se contraviene alguna disposición general sobre actividades molestas, insalubres, incómodas o peligrosas; bien que, objetivamente, comprometan o hagan peligrar la seguridad del inmueble. Sin embargo, en la norma catalana lo que se establece es que bastará con probar que la actividad en cuestión es contraria a la normal convivencia, permitiendo mucho más margen a la valoración subjetiva que puedan realizar los jueces o tribunales.

Tal y como tiene declarado el Tribunal Constitucional³ y ha recogido el TSJ Cataluña⁴, dentro de las actividades molestas no sólo se encuentran las que originen inmisiones intolerables, sino toda actividad que, por su trascendencia, pueda exceder de lo socialmente admisible.

2 Filosofía implantada en su día por el art. 8 del RD Ley 2/1985, de 30 de abril (“Decreto Boyer”), que establecía que: Los propietarios de fincas urbanas y los arrendatarios de éstas, con el consentimiento de aquellos, podrán realizar libremente la transformación de viviendas en locales de negocio, salvo disposición contraria, en su caso, de los Estatutos reguladores de las comunidades de propietarios (...). Esta idea fue incorporada a la Ley de Propiedad Horizontal en la reforma operada por la Ley 8/1999, de 6 de abril y, en concreto, en el art. 7.2 LPH.

3 Vid. por todas, STC 28/1999, de 8 de marzo y 301/1993, de 21 de octubre.

4 Vid. por todas, STSJC 28/2014, de 28 de abril y 17/2012, de 20 de febrero.

En la actualidad, el ejemplo paradigmático de actividades molestas es el desarrollo de actividades de alojamiento turístico. Son muchas las demandas que se están entablando sobre este asunto, y muy diversa la doctrina judicial dictada al respecto. En tal sentido, es muy ilustrativo el Auto de fecha 30 de octubre de 2012, dictado por el TSJ de Cataluña, en el que se señala que esta restricción obliga a valorar, no si el negocio cuenta o no con licencia administrativa, sino simplemente si la actividad desarrollada en el mismo afecta a la convivencia normal y pacífica de la vida en la comunidad de propietarios. En el caso en cuestión, de la prueba practicada resultaba incuestionable que la actividad de alojamiento turístico desarrollada causaba molestias superiores a las tolerables en función de una normal convivencia, teniendo en cuenta, además, que se trataba de un edificio residencial en ciudad, no de costa, produciéndose constantes entradas y salidas de gente desconocida en horarios intempestivos.

Junto a la limitación de la normal convivencia, la norma catalana mantiene, como es lógico, la restricción consistente en que toda actividad debe respetar la normativa urbanística o la ley, esto es, debe desarrollarse contando con los correspondientes permisos o licencias municipales y ajustarse, en su ejercicio, a los límites de inmisiones previstos en la normativa correspondiente (v. gr. las ordenanzas municipales relativas a las inmisiones por ruido).

El tercero de los límites es el representado por el hecho de que la actividad no se encuentre expresamente prohibida en los estatutos de la comunidad de propietarios. La norma catalana, al igual que hizo la LPH en el año 1999, opta por un sistema amplio de libertad, debiendo constar las restricciones estatutarias de forma expresa. En relación con la interpretación de las menciones del título o estatutos, los tribunales han destacado que la mera mención que pueda realizarse a la actividad que se desarrolla en el inmueble dentro del título no supone una limitación del uso. De manera que, para que las prohibiciones resulten eficaces es imprescindible que una cláusula o regla precisa así lo establezca⁵.

Dos son las cuestiones planteadas más relevantes, desde un punto de vista práctico, en relación con la aprobación de limitaciones estatutarias: La primera de ellas es la mayoría que se precisa para la

5 Vid. STSJ Cataluña de 3 de junio de 2011.

aprobación de las mismas y si para ello se requiere el consentimiento expreso del propietario de la entidad en la que ya se está desarrollando la actividad que se quiere prohibir; la segunda es la eficacia que tendrá frente a estos últimos el acuerdo de junta que restrinja una actividad que ya se viene desarrollando.

En relación a la primera de las cuestiones, el TSJ Cataluña ya se ha pronunciado en diversas ocasiones a favor de que en Cataluña la modificación de estatutos no requiere del acuerdo unánime de la totalidad de propietarios, sino únicamente de las cuatro quintas partes de propietarios y cuotas, adoptadas conforme al procedimiento de formación sucesiva previsto en el art. 553-26 CCCat, no siendo necesario obtener en estos casos el consentimiento expreso de todos y cada uno de los integrantes de la comunidad, ni siquiera de aquellos que ya estén explotando la actividad en sus elementos privativos⁶.

Ahora bien, el hecho de que se puedan aprobar prohibiciones estatutarias de forma sobrevenida con el sólo acuerdo de la mayoría cualificada de las cuatro quintas partes de propietarios y cuotas, no significa que dicho acuerdo sea oponible con efectos retroactivos a los propietarios que hayan hecho uso de dicha facultad y que en su día adquirieron la propiedad de su elemento privativo sin que constase dicha prohibición. Consecuentemente, el acuerdo adoptado será perfectamente válido, pero oponible exclusivamente frente a los futuros adquirentes que lo hagan conociendo de la existencia de la restricción dominical acordada.

Respecto a los derechos que se reconocen a los propietarios para alterar sus elementos privativos, señala el art. 553-36.1 CCCat que los mismos pueden hacer en sus elementos cualquier obra de reforma que no perjudique a otros propietarios ni a la comunidad, no disminuyan la solidez o accesibilidad del inmueble y no alteren la configuración o aspecto exterior del conjunto.

En cualquier caso, el propietario que se disponga a hacer obras en su elemento privativo deberá comunicarlo previamente al presidente o presidenta de la comunidad, o al administrador de la misma (art. 553-36.3 CCCat).

6 Vid. por todas STSJ Cataluña de 19 de mayo de 2016 y 20 de julio de 2015.

La vulneración de estos límites hará surgir para la comunidad de propietarios una acción que, por carecer de un plazo específico, será de aplicación el art. 121-20 CCCat y, consiguientemente, estará sujeta a un plazo de prescripción de diez años⁷.

El plazo de prescripción reconocido debe ponerse en relación con el supuesto de consentimiento presunto previsto en el número 4 del art. 553-36 CCCat, según el cual, se entenderá que la comunidad ha dado su consentimiento a la ejecución de las obras, cuando éstas sean notorias, no disminuyan la solidez del edificio, ni comporten la ocupación de elementos comunes ni la constitución de nuevas servidumbres y la comunidad no se haya opuesto a las mismas en el plazo de caducidad de cuatro años a contar desde la finalización de las obras. En estos casos, no es que la pretensión se encuentre prescrita, sino que la actuación acometida por el propietario en cuestión se entenderá consentida y, por consiguiente, no deberá admitirse la pretensión de la comunidad dirigida a que el inmueble se devuelva al estado de cosas previo a la ejecución de las obras.

En relación a los límites, la interpretación que hacen los tribunales es que si la obra a ejecutar afecta a la estructura del inmueble o a la configuración exterior del mismo, será necesario obtener la autorización de la junta con el acuerdo mayoritario concedido por las cuatro quintas partes de propietarios y cuotas, conforme al procedimiento de formación sucesiva previsto en el número 2 y 3 del art. 553-26 CCCat; mientras que si la obra afecta a elementos comunes sin que tenga el carácter de alteración estructural, bastará con la aprobación general por la simple mayoría de propietarios y cuotas prevista en el art. 553-25.2 f⁸. En el caso de que no altere elementos comunes, los únicos límites son que no perjudique a otro propietario o comprometan la seguridad o estabilidad del edificio, hecho este último que quedará salvado, en principio, si se elabora un proyecto técnico que merece la aprobación de los técnicos municipales, cuya función, entre otras, es la de velar por la seguridad de las obras que se proyecta realizar.

A la hora de interpretar las restricciones legales, debe tenerse en cuenta, además, el diferente tratamiento que los tribunales de justicia

7 Vid. STSJ Cataluña 16 de junio de 2016.

8 Vid. SAP Barcelona, Sección 1ª, de 19 de diciembre de 2014.

vienen haciendo en función de que se trate de un local comercial en planta baja o viviendas situadas en plantas altas. Entienden los tribunales que, aunque la fachada de un edificio sea un todo, la zona de la misma relativa a los pisos constituye una situación arquitectónica más rígida, donde cualquier modificación puede suponer la ruptura de la armonía del conjunto; mientras que la zona de los locales en planta baja se configura con carácter más flexible, en atención a la naturaleza de las diversas actividades que se pueden desarrollar en los mismos, mudable y susceptible de sucesivas y notables transformaciones. De manera que, las alteraciones introducidas por los titulares de los locales son generalmente admitidas siempre que no perjudiquen a otros propietarios y que la porción utilizada de la fachada no sea susceptible de uso o aprovechamiento por el resto de los comuneros⁹.

Dentro de las alteraciones que los propietarios pueden introducir en sus elementos privativos, la Ley 5/2015 ha prestado especial atención a la instalación de puntos de recarga para vehículos eléctricos, estableciendo un procedimiento a seguir por todos aquellos interesados, sin que sea necesario contar con la autorización de la junta de propietarios.

Dicho procedimiento consiste en que el propietario interesado habrá de remitir a la presidencia o administración de la finca el proyecto arquitectónico con una antelación de 30 días respecto de la fecha prevista para el inicio de las obras. Una vez recibido el proyecto, la comunidad de propietarios tendrá el plazo de 30 días para proponer una alternativa razonable y más adecuada a los intereses de la comunidad, la cual deberá ser ejecutada por la comunidad en el plazo de dos meses. El propietario interesado, si la comunidad no ofrece la alternativa más razonable o no lleva a cabo la misma dentro del plazo de los dos meses indicado, podrá llevar a cabo la actuación prevista en el proyecto inicial con el único condicionante de que tendrá que remitir a la comunidad, concretamente al presidente o administrador, la certificación técnica correspondiente, una vez se concluyan los trabajos.

Paralelamente al procedimiento señalado, la ley 5/2015 contempla la posibilidad de que sea la comunidad de propietarios, en cualquier

9 Vid. SSTSJ Cataluña de 15 y 28 de octubre de 2009 y de 11 de noviembre de 2009, así como la SAP, sección 1ª, de Tarragona de 7 de octubre de 2014.

momento, la que decida llevar a cabo una instalación comunitaria de puntos de recarga; lo que será siempre lo recomendable para evitar la anarquía y desorden en las instalaciones efectuadas individualmente por los diferentes propietarios. En dicho caso, señala el art. 553-25.2 c) CCCat, que bastará con obtener el consentimiento de la simple mayoría de propietarios y cuotas de participación que participen en la votación del acuerdo en el seno de la junta.

2.1.2. Obligaciones de los propietarios

Las obligaciones de los propietarios respecto de los elementos privativos se encuentran recogidas de forma dispersa entre los arts. 553-36 y 553-40 CCCat. La primera y principal obligación que se impone por la Ley es la de conservar su elemento privativo en buen estado y mantener las instalaciones y servicios ubicados en el mismo en correcto estado. El incumplimiento de esta obligación implicará la responsabilidad del propietario en cuestión respecto de los daños que puedan ocasionarse tanto frente a la comunidad o cualquiera de sus integrantes, como frente a terceros. Dicha responsabilidad estará sujeta al plazo de prescripción de 10 años, conforme a la interpretación que realiza el TSJ Cataluña, entre otras, en su sentencia de 16 de junio de 2016.

Los propietarios están obligados, a su vez, a soportar en su elemento privativo las restricciones imprescindibles para la conservación y mantenimiento de los elementos privativos y comunes (art. 553-39 CCCat). Esto obliga, entre otros, a permitir el acceso al elemento privativo y permitir la ejecución de las obras de conservación y mantenimiento de elementos comunes o de otros elementos privativos, cuando no haya otra manera de efectuarlas o cuando la otra manera sea desproporcionadamente cara o dificultosa¹⁰.

Estrechamente vinculada a la anterior, está la obligación consistente en soportar las servidumbres sobre los anexos que vengan exigidas por la ejecución de acuerdos de supresión de barreras arquitectónicas, o de mejora para el acceso a elementos comunes (art. 553-39.3 CCCat).

¹⁰ Vid. por todas la SAP Barcelona, sección 11, de 24 de octubre de 2013.

El ejemplo paradigmático de servidumbres sobre elementos privativos o de uso privativo es el derivado de la instalación de ascensores cuando la estructura arquitectónica del edificio sólo permite hacerlo afectando a elementos privativos. La Ley 5/2015 opta por considerar que, siempre que se trate de un elemento privativo que no sea destinado a vivienda y que la servidumbre no suponga la privación total o esencial del uso del elemento o de su funcionalidad, el propietario tendrá que permitir la servidumbre con derecho a ser indemnizado por la comunidad por los daños y perjuicios sufridos¹¹.

No obstante, además del ascensor hay muchos otros supuestos que obligan a la constitución de servidumbres permanentes que afectan a elementos privativos, como, en ocasiones, la instalación de agua de la finca tal y como señala la sección 1ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, en su sentencia de 30 de julio de 2014. Esta sentencia, por otro lado, incide en el hecho de que el propietario afectado tiene derecho a reclamar la indemnización tanto si se producen daños en el elemento privativo, como por el simple hecho del menoscabo que representa la mera existencia de la servidumbre. En cualquier caso, la valoración de la indemnización es una cuestión de hecho, cuya apreciación corresponde exclusivamente a los tribunales de instancia.

Con anterioridad a la reforma introducida por la Ley 5/2015 fue controvertido el hecho de si para la aprobación de obras que supusieran la constitución de servidumbres sobre elementos privativos habría de contar con el consentimiento expreso del propietario afectado, habida cuenta de que el art. 553-25.4 CCCat establecía que los acuerdos que disminuyeran las facultades de uso y goce de cualquier propietario o propietaria requerían que el o la afectada los consintieran expresamente. La interpretación que dieron los tribunales fue finalmente contraria a la exigencia de dicho consentimiento expreso y, en cualquier caso, ha quedado resuelto con la reforma, ya que la necesidad de consentimiento expreso se

11 Sobre los requisitos exigidos en la doctrina del TSJ Cataluña para la constitución de estas servidumbres, vid. las sentencias de 25 de marzo de 2013 y de 20 de febrero 2012. Con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 5/2015, la Audiencia Provincial de Barcelona se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre el particular, en idéntico sentido al anterior, vid. por todas, la SAP Barcelona, sección 13, de 30 de diciembre de 2015.

prevé exclusivamente para los acuerdos que modifiquen la cuota de participación, priven a cualquier propietario de las facultades de uso y disfrute de elementos comunes y los que determinen la extinción de la propiedad horizontal simple o compleja (art 553-25.4 CCCat).

Los propietarios de elementos privativos están obligados, también, a responder frente a la comunidad del cumplimiento de las obligaciones derivadas de la propiedad horizontal por parte de los arrendatarios o personas a las que cedan el derecho de uso sobre sus elementos privativos. (art. 553-37.2 CCCat).

A las obligaciones anteriores se une la de informar a la presidencia o administración del inicio de las obras en elementos privativos (art. 553-36.2 CCCat); así como la de no ejecutar obras que perjudiquen a otros propietarios o a la comunidad, disminuyan la solidez o accesibilidad del inmueble, o alteren la configuración o estado exterior del inmueble, viniendo obligados a reponer el estado de cosas a la situación anterior a la ejecución de las obras en el caso de infringir dicha obligación.

Por último, los propietarios deben respetar en el uso y disfrute de sus elementos privativos las prescripciones previstas en los estatutos de la comunidad, evitando llevar a cabo actividades que resulten contrarias a la normal convivencia, que comprometan o hagan peligrar el inmueble o contravengan la normativa urbanística o cualquier otra legislación (art. 553-40 CCCat).

2.2. Derechos y obligaciones sobre los elementos comunes

2.2.1. Derechos de los propietarios

La esencia de la propiedad horizontal es la yuxtaposición necesaria, por un lado, de la propiedad exclusiva sobre los elementos privativos y, por otro, de la comunidad sobre otra serie de elementos, instalaciones y servicios necesarios para el disfrute conjunto del edificio.

Respecto a los elementos comunes, las facultades de los propietarios, individualmente considerados, son considerablemente más limitadas, siendo competencia de la junta de propietarios la adopción de las decisiones relativas al uso y disfrute de los citados elementos (art. 553-19 CCCat). No obstante y sin perjuicio de que los

propietarios están obligados a cumplir las decisiones que se adopten por la junta en relación al uso y disfrute de los elementos comunes, así como las reglas previstas en los estatutos y los detalles ordenados en los reglamentos de régimen interior, lo cierto es que todos y cada uno de los propietarios tienen derecho a usar y disfrutar de los elementos comunes conforme al destino fijado en los estatutos o el que resulte normal o conforme a la naturaleza del bien (art. 553-42 CCCat).

Al margen del derecho de uso reconocido en la ley, los propietarios de elementos privativos tienen derecho a exigir la constitución de servidumbres sobre los elementos comunes que resulten imprescindibles para ejecutar las obras de conservación y acceso a las redes generales de suministro de servicios (art. 553-39.3 CCCat)¹².

Cualquier propietario e incluso aquellas personas que, no siendo propietarias, ostenten un derecho posesorio sobre un elemento privativo están facultadas para exigir al juez que obligue a la comunidad a suprimir barreras arquitectónicas o ejecutar innovaciones exigibles para alcanzar las accesibilidad y transitabilidad del inmueble, siempre que las mismas sean razonables o proporcionadas. Dicha facultad se otorga en el caso de que en el elemento privativo en cuestión convivan o trabajen personas con alguna discapacidad o que sean mayores de 70 años.

El régimen de la supresión de barreras arquitectónicas configurado en la Ley 5/2015 es sensiblemente diferente al previsto en

12 En relación con el alcance de estas servidumbres forzosas, los tribunales vienen entendiendo que las mismas sólo pueden tener como base la necesidad de hacer obras de conservación; por consiguiente, no será de aplicación cuando se trate de innovaciones o mejoras. De esta forma, no sirve para autorizar el paso de una salida de humos donde antes no la había, pero sí para adaptar una ya existente, para la misma actividad, en cumplimiento de la normativa de seguridad, higiene, medioambiental, etc.). En cuanto a la referencia al acceso a las redes generales de suministro, no debe entenderse restringido a las tradicionales (agua, electricidad y gas), sino que comprende también el acceso a las señales de televisión o wifi y otras similares, siempre que sea razonablemente posible y el beneficio pretendido no comporte un perjuicio mayor del requerido (SAP Barcelona, sección 11, de 4 de septiembre de 2014). Además, es necesario que se acredite de forma ineludible la necesidad de ejecución de las instalaciones en cuestión, debiendo desestimarse la pretensión cuando existan soluciones alternativas menos gravosas (SAP Girona, sección 2ª, de 26 de octubre de 2009).

la LPH, tras la reforma introducida por la Ley 8/2013, de 26 de julio. En primer lugar, en Cataluña la regla general es que la supresión de barreras ha de ser aprobada por la junta de propietarios o, en su defecto, impuesta por la autoridad judicial. Recuérdese que el art. 10 de la LPH en su número 1 incide en que este tipo de actuaciones no precisa de acuerdo de junta.

En la norma catalana se prevé que el propietario o titular de derecho posesorio intente la adopción del acuerdo correspondiente, el cual queda sujeto al mero régimen de la mayoría simple de propietarios y cuotas que participen en la votación (art. 553-25.2 a) CCCat). En el caso de que dicha mayoría no se alcance o no se convoque una junta en un tiempo prudencial desde la solicitud, el interesado podrá interponer la correspondiente demanda exigiendo a la autoridad que condene a la comunidad a llevarlas a cabo. La decisión última de la imposición o no de las obras corresponderá a los tribunales de justicia, quienes habrán de ponderar los intereses en juego y la razonabilidad y proporcionalidad de las obras, teniendo en cuenta el grado de discapacidad y el alcance y valor de las obras a ejecutar.

Paralelamente, el legislador catalán ha establecido una regla dirigida a determinar quiénes estarán obligados a sufragar este tipo de obras. De nuevo se distingue según si las obras o instalaciones vienen aprobadas por la junta, o son impuestas por los tribunales de justicia. En el primer caso, el art. 553-30.3 CCCat dispone que correrán a cargo de todos los propietarios los gastos derivados de supresión de barreras arquitectónicas o instalación de ascensores; mientras que si la decisión viene impuesta por un juez o tribunal, lo cual habría de hacerse extensivo a la imposición por vía de laudo arbitral, será el juez, árbitro o tribunal, al dictar su resolución, el que determine su distribución en función de los gastos comunes de la comunidad de propietarios. El legislador ha querido dejar con ello un amplio margen a los tribunales para que puedan analizar las circunstancias concretas de cada caso, para fijar por razones de equidad y de proporcionalidad la forma en la que el gasto deberá ser soportado por el interesado y por el resto de propietarios.

Al margen de lo anteriormente expuesto, los interesados siguen disfrutando de la vía que supone la ley 15/1995, de 30 de mayo, sobre límites del dominio sobre inmuebles para eliminar barreras arquitectónicas a las personas con discapacidad. Esta norma ofrece la

posibilidad de llevar a cabo determinadas actuaciones de supresión de barreras por parte del interesado, si bien los gastos que se generen correrán a cargo del solicitante, sin perjuicio de las ayudas, exenciones o subvenciones que pueda obtener, quedando las obras en beneficio de la comunidad.

Con independencia de lo indicado para las obras de supresión de barreras, los propietarios individuales han de ser concededores de que la alteración de los elementos comunes requiere de la aprobación de la junta, quedando la misma sujeta al mero acuerdo de la mayoría de propietarios y cuotas partícipes en la votación, salvo que se trate de innovaciones físicas que afecten a la estructura del inmueble o a su configuración exterior y no vengan exigidas para la habitabilidad, accesibilidad o seguridad del inmueble, en cuyo caso se requerirá de las cuatro quintas partes de los propietarios y cuotas, adoptada por el procedimiento de formación sucesiva de acuerdos previsto en el art. 553-26.2 y 3 CCCat.

De nuevo debe recordarse que la Ley 5/2015 ha modificado el consentimiento presunto de la junta previsto en el art. 553-36 CCCat, señalando que se entenderá concedido el acuerdo cuando la comunidad no se haya opuesto a las actuaciones ejecutadas y transcurra el plazo de caducidad de 4 años, siempre que se trate de obras que no disminuyan la solidez del inmueble, no comporten la ocupación de elementos comunes, ni la constitución de nuevas servidumbres.

2.2.2. Obligaciones de los propietarios

La principal obligación que tiene todo propietario en relación con los elementos comunes es la de contribuir al sostenimiento de los gastos generales, ordinarios y extraordinarios de la comunidad, en proporción a la cuota de participación o de acuerdo con las especialidades que se determinen en el título constitutivo, los estatutos o en los acuerdos de la junta (art. 553-45 CCCat).

Por consiguiente, en principio, la cuota de participación es el sistema previsto para el reparto, sin perjuicio de ello, la ley permite expresamente que los propietarios puedan modificar el sistema de reparto a través de la adopción de una norma estatutaria que quedará sujeta al régimen de las cuatro quintas partes de propietarios

y cuotas, adoptada conforme al sistema de adopción sucesiva de acuerdos previsto en el art. 553-25.2 apartado a) CCCat. En estos casos, si de lo que se trata es de excluir a algún propietario concreto de la contribución a determinados gastos, el TSJC ha declarado que la cláusula en cuestión deberá ser objeto de interpretación restrictiva (Sentencia de 2 de febrero de 2012). El legislador también prevé la posibilidad de que se puedan acordar concretos repartos conforme a cuotas especiales, sin necesidad de que se tengan que modificar los estatutos; en cuyo caso las mayorías necesarias serían las mismas de las cuatro quintas partes de propietarios y cuotas, tal y como señala el apartado e) del número 2 del art. 553-26 CCCat.

Sobre el particular han de hacerse algunas precisiones. La primera es que, a diferencia del criterio que viene manteniendo recientemente el Tribunal Supremo, el TSJC entiende que en el caso de que se instale *ex novo* un ascensor para suprimir barreras y hubiera prevista una cláusula estatutaria que previese la exención de la contribución de los locales a este servicio, la interpretación que debe hacerse de la misma no permite eximirles de contribuir al coste de instalación, ya que beneficia a todos (sentencia de 31 de octubre de 2013). La línea interpretativa catalana se fundamenta en que el art. 553-30.3 CCCat dispone que los gastos originados por la supresión de barreras arquitectónicas o la instalación del ascensor si derivan de un acuerdo de la junta son a cargo de **todos los propietarios**. De ahí que se entienda que una cosa es la instalación, que debe correr a cargo de todos y otra la conservación y mantenimiento que puede quedar sujeta a lo que acuerde la junta, a lo previsto en el título constitutivo o los estatutos y, en su defecto, a lo que resulte la cuota de participación.

La interpretación restrictiva se observa, también, en sentencias como la del TSJC de 2 de febrero de 2012, en la que se entendió que los gastos de reparaciones estructurales, vinculados a la subsistencia de la comunidad, no pueden quedar comprendidos en una cláusula genérica de exclusión prevista en los estatutos, ya que, de nuevo, redundan en beneficio de todos los propietarios.

En cuanto a los casos en los que las comunidades de propietarios distribuyen de forma habitual los gastos apartándose del criterio fijado en los estatutos y dicha práctica se ha venido reiterando en el tiempo, —el TSJC ha declarado que para volver al sistema previsto en los estatutos o, en su defecto, a la distribución conforme al sistema de

cuotas de participación, basta con obtener un nuevo acuerdo alcanzado por el régimen de mayorías simples previstas en el art. 553-25 CCCat (sentencias de 7 de noviembre de 2016 y 3 de diciembre de 2015).

La reforma normativa del año 2015 introduce algunas novedades en relación al régimen de la obligación de contribuir a los gastos. En principio, se mantiene que cuando la comunidad acuerde nuevas instalaciones o servicios que no sean exigibles y cuyo coste de instalación supere la cuarta parte del presupuesto de la comunidad, los propietarios disidentes no vendrán obligados a contribuir a las mismas (art. 553-30.2 CCCat). Se trata de una norma similar a la que se preveía en el derogado art. 11 de la LPH y que se prevé en la actualidad en el apartado 4 del art. 17 LPH. La diferencia se encuentra en que en la norma estatal se habla de que supere el importe de tres mensualidades ordinarias de gastos comunes y en Cataluña se hace por referencia a la cuarta parte del presupuesto general de la comunidad. El factor determinante para fijar la obligación de contribuir o no en los casos anteriores, una vez verificado que el coste de instalación supera el límite indicado, es el de fijar si se trata de una instalación exigible, esto es, si viene impuesta por la normativa o por las circunstancias concretas del edificio, o se trata de una mera decisión voluntaria de la comunidad.

La regla anterior no resulta de aplicación cuando se trata de gastos derivados de obras de supresión de barreras arquitectónicas o de la instalación del ascensor. En estos casos la regla es que todos los propietarios deberán contribuir al coste de la instalación en la forma que determine la junta, si la obra se ejecuta a resultas del correspondiente acuerdo adoptado en junta de propietarios con las mayorías previstas en el art. 553-25 CCCat. Mientras que, si las obras vienen impuestas por el juez a resultas de la demanda entablada por los titulares de un derecho posesorio sobre algún elemento privativo, al amparo de lo previsto en el número 5 del art. 553-25 CCCat, la ley deja al juez libertad para que determine quiénes y en qué proporción deberán contribuir al sostenimiento del gasto en cuestión. Esta novedad normativa deja un cierto arbitrio a juzgados y tribunales para determinar la forma de reparto del coste de ejecución de la obra o actuación en cuestión, teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso concreto.

Se mantiene, en cambio, la norma que establece que el no uso de un elemento común no exime de la obligación de sufragar el gasto, salvo el hecho de que exista una disposición estatutaria expresa que deberá siempre limitarse a servicios o elementos concretos (art. 553-45.2 CCCat), sin que sean válidas las exenciones generales de contribución a cualquier tipo de gasto común¹³.

En materia de reparto, la ley mantiene la previsión de que, si como consecuencia del ejercicio de una actividad profesional o empresarial en alguno de los elementos privativos, se hace uso intenso de los elementos comunes, es factible que la comunidad acuerde incrementar la cuota de contribución al gasto a dicha entidad, con el límite máximo que representa el doble de lo que le corresponda pagar conforme a la cuota de participación que tiene atribuida (art. 554-45.4 CCCat). Para la adopción de este tipo de medida se exige que sea aprobada por la mayoría cualificada de las cuatro quintas partes de propietarios y cuotas, conforme a lo dispuesto en el apartado e) del art. 553-26.2 CCCat.

En cuanto al procedimiento a seguir para la reclamación de los gastos comunitarios, la novedad principal es que la norma catalana confirma la aplicación a las comunidades de propietarios catalanas del procedimiento monitorio especial previsto en el art. 21 de la LPH, solventándose así las muchas dudas que el tema había presentado con anterioridad (art. 553-47 CCCat). Se aclara, igualmente, que el procedimiento monitorio especial es aplicable a cualquier reclamación, con independencia de su cuantía, que se haga por el impago de gastos comunes, ya sean ordinarios o extraordinarios, o derivados de la obligación de contribuir al fondo de reserva.

Para la interposición del monitorio especial en Cataluña se requiere la aportación de un certificado emitido por el secretario de la comunidad, en el que conste la existencia de la deuda con su importe exacto y la manifestación del secretario de que la misma es exigible y se corresponde con las cuentas de la comunidad aprobadas en

13 En época de crisis algunos promotores incorporaban a los estatutos cláusulas de exclusión de gastos de entidades privativas de su propiedad en tanto no fueran transmitidas a terceros. Estas cláusulas son ilícitas a la vista de la normativa catalana.

junta. A todo ello deberá acompañarse el requerimiento extrajudicial efectuado al deudor.

La redacción final de la norma ha suscitado la duda de si el monitorio se puede emplear para la reclamación de los impagos de cuotas ordinarias de gastos en tanto en cuanto todavía no estén aprobadas las cuentas del ejercicio, ya que el Secretario no podrá decir hasta entonces que coincide con las cuentas aprobadas. En mi opinión, se entiende que la finalidad de la norma no es esperar hasta la aprobación de las cuentas para la reclamación de las deudas que vayan venciendo, sino simplemente corroborar que las cantidades reclamadas se corresponden con conceptos o gastos aprobados por la junta, con lo que bastará el presupuesto y el impago de las cuotas pasadas al cobro. Así lo consideró el STSJ-C en la sentencia de 29 de noviembre de 2012, sancionando que:

“(…) una vez acordada válidamente en Junta de propietarios la obligación de contribuir a determinados gastos, su importe, las cuotas y los términos de su cumplimiento, nada impide que pueda producirse y constatarse su incumplimiento efectivo por parte de alguno o algunos de los propietarios que no estén exentos (art. 553-30.2 CCCat) antes de que sean votadas las cuentas anuales, en cuyo caso el propietario moroso podrá ser privado ya desde entonces de su derecho de voto, con arreglo al art. 553-24.1 CCCat”.

En cualquier caso, debe recordarse que el recurso al procedimiento monitorio es una facultad, que no imposición, que se reconoce por la ley, pero que no impide que las deudas comunitarias puedan reclamarse, también, a través del procedimiento declarativo que corresponda por el importe de la cuantía reclamada (vid. SAP Barcelona, sección 11, de 22 de octubre de 2010).

Junto a la obligación de contribuir a los gastos y a la constitución del fondo de reserva, la normativa catalana impone a los propietarios la obligación de conservar y mantener los elementos comunes, garantizando el cumplimiento en todo momento de la normativa exigible y el correcto funcionamiento de los mismos (art. 553-44 CCCat).

Llegados a este punto, nos encontramos con otra de las novedades introducidas por la Ley 5/2015 y es la consistente en eliminar la distinción que existía entre los elementos comunes de uso restrictivo del art. 553-38 CCCat y los elementos comunes de uso exclusivo del anterior art. 553-42 CCCat. Ahora se dedica un único precepto, el art. 553-43 CCCat, a la regulación del funcionamiento de los elementos comunes cuyo uso tengan atribuido en exclusiva una o varias entidades del inmueble.

En estos casos se aclara que para la atribución del uso exclusivo es necesario que, o bien venga establecida en el título constitutivo de la comunidad, o bien se apruebe en junta por la unanimidad de los propietarios. A partir del momento de la atribución del uso exclusivo, y salvo previsión estatutaria en contrario, los gastos que se deriven del elemento común en cuestión se distribuirán de la siguiente forma:

En cuanto a los gastos de conservación y mantenimiento, deberán soportarlos en exclusiva los titulares beneficiarios del uso exclusivo.

En cambio, las reparaciones que se deban a vicios de construcción o estructurales, así como las que beneficien a todo el edificio, serán de cargo de la comunidad, salvo que se deban a un mal uso o una mala conservación efectuada por los beneficiarios del uso o por las personas de las que los mismos deban responder, en cuyo caso deberán soportarlos dichos beneficiarios.

La dificultad en la práctica se encuentra en delimitar cuándo estamos ante una actuación de conservación y mantenimiento y cuando ante un vicio estructural. Sentencias como la de la sección 1ª de la AP de Tarragona de 1 de febrero de 2013, inciden en que conservar es mantener una cosa de manera que no se pierda o deteriore. Por ello, la obligación de conservación comprende la limpieza, cuidado del buen estado del elemento y evitación de que se altere el uso derivado de su naturaleza, pero las reparaciones que se deban a problemas estructurales, originarios o sobrevenidos, o a reparaciones que afectan o benefician a todo el edificio, son comunitarias salvo que sean consecuencia de un mal uso. El ejemplo emblemático de las actuaciones que los tribunales vienen considerando constructivas o estructurales a cargo de la comunidad

son las impermeabilizaciones de las terrazas o cubiertas (vid. SAP Barcelona, sección 17, de 20 de marzo de 2014).

3. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDADES EN LA PROPIEDAD HORIZONTAL

El art. 553-4 CCCat en su número 1 establece que: “Todos los propietarios son titulares mancomunados de los créditos y deudas de la comunidad de acuerdo con las respectivas cuotas de participación”.

El sistema de responsabilidad en la propiedad horizontal se construye sobre la base de la falta de atribución de personalidad jurídica a las comunidades de propietarios. Ello implica que todos y cada uno de sus integrantes hayan de responder de las obligaciones contraídas por la comunidad. La atribución de responsabilidad se efectúa de forma mancomunada, respondiendo cada propietario de la parte de la deuda que se corresponda con la cuota de participación que tiene asignada. Por consiguiente, las deudas y créditos de las comunidades se entienden divididos en tantas deudas o créditos como entidades privativas halla.

Esta construcción, que responde al régimen general de obligaciones previsto en el Código Civil, plantea en la práctica importantes problemas para aquellos que se enfrentan con la tesitura de demandar a una comunidad de propietarios. La primera pregunta es la de si puede directa y exclusivamente demandarse a un propietario concreto por la cuota que le corresponde en una deuda de la comunidad de propietarios.

En este sentido, el TSJC ha dictado diversas resoluciones en las que incide en que, pese a la responsabilidad mancomunada declarada en la ley, lo cierto es que el sistema reglado y ordenado de la propiedad horizontal no soporta que los acreedores se dirijan directamente contra los copropietarios ni siquiera por sus coeficientes. Entiende el citado tribunal que existe un requisito de procedibilidad para la responsabilidad singular del propietario por deudas comunes, cual es que conste la existencia de un crédito contra la comunidad, lo que hace preciso demandar a ésta cuando la existencia del crédito es objeto

de controversia, siendo los bienes propios de la comunidad (fondo de reservas, créditos y elementos privativos de beneficio común) los primeros contra lo que debe procederse. Consiguientemente, puede dirigirse una acción contra los diferentes copropietarios siempre que se demande conjuntamente a la comunidad, además de haber sido requeridos de pago previamente (v. sentencias de 24 de febrero de 2014 y de 15 de octubre de 2012).

De los argumentos expuestos es fácil colegir la enorme complejidad que representa el hecho de que coexistan unas realidades carentes de personalidad jurídica a las que, no obstante, se vincula la existencia de un patrimonio propio (fondo de reserva, elementos privativos de beneficio común, créditos ...), con la responsabilidad individual de sus miembros vinculada a esa falta de personalidad jurídica. A todo ello se une el reconocimiento a la comunidad de la posibilidad de demandar y ser demandada, sin que necesariamente se dirija la demanda contra todos y cada uno de los propietarios.

Luego, el contenido de la titularidad mancomunada de créditos y deudas debe ponerse en relación con el régimen de responsabilidad previsto en el art. 553-46 CCCat, según el cual, de las deudas contraídas por la comunidad responden principalmente los créditos y fondos de la comunidad, así como los elementos privativos de beneficio común y, subsidiariamente, cada uno de los propietarios en proporción a su cuota de participación. Esto representa que el propietario singularmente demandado podrá eludir su responsabilidad señalando créditos o fondos de la comunidad, o la existencia de elementos privativos de beneficio común suficientes para cubrir la deuda que se le reclama.

La norma catalana contempla, además, un requisito procedimental necesario en los casos en los que se pretenda actuar sobre el patrimonio de los propietarios, singularmente considerados, y es que se les haya requerido de pago y se haya demandado a todos los propietarios; mientras que, para actuar frente a los créditos y fondos de la comunidad, o sobre los elementos privativos de beneficio común, resulta suficiente con demandar a la comunidad de propietarios (art. 553-46.2 CCCat).

Lo que no contempla la norma catalana es una regla similar a la dispuesta en el art. 22.2 LPH, según la cual cualquier propietario

puede oponerse a la ejecución singular que se pretenda frente a él si acredita que se encuentra al corriente de pago de la totalidad de las deudas vencidas con la comunidad en el momento de efectuarse el requerimiento.

Por el contrario, la norma catalana, a diferencia de lo dispuesto en la LPH, ha incorporado una importante novedad: se trata del devengo de intereses de los créditos de la comunidad contra los propietarios por los gastos comunes desde el mismo momento en que se hubiera de hacer el pago. Se configura así una situación de mora automática, vinculada al impago de los recibos o derramas previstas por la comunidad, en los plazos establecidos (art. 553-4.4 CCCat).

Para terminar las referencias al régimen de responsabilidad de las comunidades de propietarios, debe reseñarse que cuando una entidad privativa pertenezca a diferentes personas en régimen de comunidad de bienes, éstos responderán de forma solidaria frente a la comunidad de propietarios por los créditos que esta última pueda tener frente a los primeros. Entienden los tribunales que el hecho mismo de que la contribución se determine con arreglo a la cuota de participación fijada en el título, impide que se divida cuando son varios los propietarios de la entidad privativa, sin perjuicio del fraccionamiento que se establezca luego en el ámbito interno entre los comuneros. La unidad de la prestación y la identidad del objeto, hace surgir el carácter solidario de la obligación (vid. SAP Barcelona, sección 16, de 19 de abril de 2013 y SAP Tarragona, sección 3ª, de 24 de junio de 2012).

En cuanto a los casos en los que el elemento privativo sea una vivienda cuyo uso y disfrute haya sido atribuido a uno de los cónyuges a resultas de la situación de crisis matrimonial, los gastos de conservación, mantenimiento y reparación correrán a cargo del cónyuge beneficiario del uso, salvo acuerdo de las partes en otro sentido. Todo ello en virtud de lo dispuesto en el art. 233-23 CCCat. No obstante, dicha atribución legal no altera el régimen de responsabilidad de los propietarios frente a la comunidad prevista en los arts. 553-4 y 553-46 CCCat (vid. STSJC de 31 de mayo de 2016).

4. RÉGIMEN DE GARANTÍAS EN LA PROPIEDAD HORIZONTAL

4.1. La Preferencia del Crédito

La Ley 5/2015 ha declarado expresamente el carácter privilegiado que tienen los créditos de las comunidades de propietarios en régimen de propiedad horizontal contra los propietarios que las integran por los gastos comunes, ordinarios y extraordinarios y por la obligación de contribuir al fondo de reserva. Dicho privilegio, que reconoce también la LPH estatal, se amplía, en cuanto al ámbito objetivo, a las deudas correspondientes a la parte vencida del año en curso y a los 4 años inmediatamente anteriores, contados del 1 de enero al 31 de diciembre (art. 553-4 CCCat).

El privilegio concedido se establece con la prelación que determine la ley, remisión que, por cuestión de reparto competencial, corresponde determinar al Estado. Es el art. 9.1 e), con la redacción dada por la Ley 8/2013, de 26 de junio, el que determina que los créditos privilegiados de las comunidades de propietarios preceden, para su satisfacción, a los créditos citados en los números 3º, 4º y 5º del art. 1923 CC, sin perjuicio de la preferencia establecida a favor de los créditos salariales en el Estatuto de los Trabajadores. De esta manera, únicamente serán preferentes sobre los créditos de las comunidades de propietarios, aquellos que se hayan constituido a favor del Estado por el importe de la última anualidad, vencida y no pagada, de los impuestos que graven la entidad privativa; los derivados de las primas de las aseguradoras de los últimos dos años respecto de los seguros constituidos sobre la entidad privativa y los créditos a favor de los trabajadores previstos en el Estatuto de los Trabajadores.

El aspecto más relevante es que se ubican por delante de los créditos hipotecarios y de los créditos con anotación preventiva de embargo, razón por la cual podrán hacerse valer frente a los bancos en los procedimientos de ejecución hipotecaria, aún en el caso de que la deuda comunitaria sea de fecha posterior a la constitución de la hipoteca, como ocurre en la mayoría de los casos.

La forma de hacer valer la preferencia del crédito es a través de la interposición de una tercería de mejor derecho, conforme a lo establecido en los arts. 614 y ss. de la LEC. Se trata de un procedimiento judicial que se entabla en los casos en los que un acreedor esté ejecutando judicialmente un crédito, siendo así que el interesado ostenta un crédito con privilegio preferente sobre el del acreedor ejecutante. Lo que se persigue es que el acreedor que ha de ser pagado con preferencia pueda hacer valer sus derechos, colocando su crédito por delante del acreedor ejecutante.

Para que se pueda interponer una tercería de mejor derecho es necesario que exista previamente un procedimiento de ejecución y exista un embargo entablado por otro acreedor. Se inicia con la interposición de una demanda presentada ante el juzgado que esté conociendo de la ejecución. La demanda se podrá entablar desde que se haya procedido al embargo del bien y, podrá hacerse hasta el momento en el que se haga entrega al ejecutante de la suma resultante de la ejecución, o de la entrega del bien al ejecutante si le hubiera sido adjudicado a resultas de la subasta. La demanda debe dirigirse tanto frente al ejecutante como frente al ejecutado. La tramitación seguirá los cauces del procedimiento ordinario y se resolverá por sentencia que determinará el orden de preferencia en el cobro de los acreedores en cuestión con el resultado de la ejecución despachada. Dado que el procedimiento sólo afecta al reparto de lo que se obtenga con la ejecución, la interposición de una tercería de mejor derecho no suspenderá la ejecución, depositándose, en su caso, la cantidad que se obtenga en la cuenta de consignaciones del juzgado.

La sustancial ampliación del ámbito objetivo de la preferencia se aplicará únicamente a los créditos que se reclamen a partir de la entrada en vigor de la Ley 5/2015, esto es, a partir del 20 de junio de 2015. No se utiliza, pues, el criterio del vencimiento del crédito, sino el de la reclamación judicial.

4.2. La afección real

La ley 5/2015 mantiene la afección real de las entidades privativas al pago de los gastos de la comunidad, incluyendo tanto los que tiene carácter ordinario y extraordinario, como la contribución al fondo de reservas. No obstante, amplía el ámbito objetivo de los créditos que entran dentro de la garantía, comprendiendo los relativos a la parte

vencida del año en curso y a los de los cuatro años inmediatamente anteriores, contados desde el 1 de enero hasta el 31 de diciembre. Recuérdese que en la Ley 5/2006 la afección se limitaba a los gastos correspondientes al año en curso y a la anualidad inmediatamente anterior y que, en la normativa estatal, a resultas de la reforma introducida por la Ley 8/2013, de 26 de junio, el plazo de la afección se extiende a los gastos del año en curso y las tres anualidades inmediatamente anteriores (art. 9.1 e LPH).

El legislador advierte que la afección real se constituye sin perjuicio de la responsabilidad del transmitente, si fuera el caso. Ello significa que la afección se vincula al elemento privativo con independencia de quien sea el propietario del mismo y de si coincide o no con el que tenga la condición de deudor principal, más allá de la garantía legalmente prevista que constituye la afección real. Por consiguiente, el hecho de que alguien adquiera un inmueble con gastos comunes pendientes no le convierte, sin más, en deudor principal vía asunción de deuda, sino en mero garante de las deudas que entren dentro del ámbito objetivo comprendido por la afección y siempre limitándose la responsabilidad al valor del elemento privativo en cuestión. Por ello y salvo que exista una asunción efectiva de la deuda, si el adquirente se viera obligado a hacer frente a las deudas anteriores del elemento privativo en virtud del ejercicio de la afección, tendrá acción de repetición o de reembolso contra el deudor principal, que lo seguirá siendo quien tuviese la condición de propietario en el momento de vencimiento de la obligación.

La ampliación objetiva y temporal de la afección será aplicable, al igual que sucedía con el privilegio de los créditos, a las cantidades que se demanden judicialmente o a las transmisiones que se efectúen a partir de la entrada en vigor de la Ley 5/2015, esto es, a partir del 20 de junio de 2015 (Disposición Final tercera de la Ley 5/2015). Esta norma ha suscitado una cierta controversia, por cuanto que todos aquellos que adquirieron en los últimos cuatro años, confiando en que la afección se extendía únicamente a las deudas vencidas del año en curso y el año anterior, ahora se encuentran con que les pueden reclamar las de tres años más y que si transmiten el inmueble, el comprador les exigirá que se hayan saldado las mismas con claro perjuicio de su posición, cuando ni siquiera son los deudores principales de la obligación, ya que lo son quienes fueran los propietarios en su momento.

Junto a la polémica expuesta, desde un punto de vista procesal y registral, el aspecto más importante viene dado por cómo hacer valer la afección real en los casos de ejecución de títulos judiciales frente a la hipoteca que consta inscrita en el Registro de la Propiedad. El mecanismo natural para hacer valer la preferencia del crédito es, como comentábamos en apartados precedentes, el de la interposición de una tercería de mejor derecho (arts. 614 y ss LEC). El problema es que la interposición de la misma depende de que la entidad bancaria ejecute su garantía, ya que va encaminada a regular el reparto que se hará con el resultante de la subasta. El problema lo encontraremos cuando sea la propia comunidad quien tome la iniciativa y desee hacer valer su crédito, sin que exista ejecución hipotecaria alguna instada por el banco. En este último caso, la vía recomendable para poder purgar registralmente la carga anterior es la de reclamar la cantidad en un procedimiento declarativo en el que se demande simultáneamente al titular de la carga o embargo que obra inscrita en el Registro de la Propiedad, pero a los solos efectos de que le perjudique la sentencia que se dicte, declarándose la preferencia del crédito de la comunidad de propietarios¹⁴.

4.3. El fondo de reserva

La extraordinaria protección que se ha hecho de los créditos de las comunidades de propietarios tras la ley 5/2015, ampliando el ámbito objetivo y temporal del privilegio, así como de la afección real, se ve reforzada con la reforma introducida en la regulación del denominado fondo de reserva. Este fondo, como bien recuerda la exposición de motivos, tiene como objetivo subvenir a los gastos de la comunidad que sobrevengan o que tengan un carácter excepcional, especialmente en lo que a actuaciones de conservación, reparación, rehabilitación y adecuación a normativas sectoriales se refiere.

14 La DGRN en resolución de 10 de agosto de 2006 señaló que: “No es posible hacer constar en el Registro la preferencia de una anotación de embargo por el impago de cuotas en régimen de división horizontal si no han sido parte en el procedimiento los titulares de cargas anteriores”. Véase al respecto el interesantísimo foro coordinado por D. Vicente Magro Servet y efectuado entre diferentes magistrados por la Revista de Derecho Inmobiliario de la Editorial “El Derecho”, publicada en el n.º 43, del mes de julio de 2016.

El legislador opta por incorporar una petición que venía efectuándose desde el colectivo profesional de administradores de fincas, en el sentido de que la aportación del fondo debía configurarse con carácter acumulativo; de manera que, cada ejercicio, independientemente del uso que se haya hecho del fondo en el ejercicio anterior, debe preverse en el presupuesto una aportación al mismo, cuanto menos del cinco por ciento del total presupuesto que se apruebe (art. 553-6.1 y 4 CCCat). Recuérdese que la normativa del año 2006 seguía la regulación del fondo prevista en la Ley estatal, en el sentido de que el fondo debía dotarse únicamente hasta la cantidad necesaria para que su saldo fuese igual, cuanto menos, al cinco por ciento del presupuesto anual. De manera que, si no se había utilizado en el ejercicio anterior y se mantenía el presupuesto de la comunidad, no había necesidad de prever aportación adicional alguna. Ahora, en cambio, sea cual sea el uso del fondo que se ha hecho, deberá preverse una dotación cada año del cinco por ciento del presupuesto.

La medida adoptada representa prever un sistema obligatorio de ahorro que permita a las comunidades afrontar las obras de adecuación que se vengán necesitando, reduciendo el impacto de las derramas extraordinarias. Paralelamente, se dota a estas comunidades de un instrumento con el que poder afrontar las deudas que vaya adquiriendo la comunidad, sin que se vean así amenazadas las titularidades privativas de los integrantes; ya que el art. 553-46 CCCat determina que la comunidad responderá de sus deudas con sus crédito y fondos comunes y los elementos privativos de beneficio común; subsidiariamente, responderán los propietarios de los elementos privativos en proporción a su cuota de participación.

Dado el considerable incremento que se prevé de estos fondos y habida cuenta de las suspicacias generadas por algún caso particular, el legislador ha optado por exigir que los fondos hayan de estar depositados en una cuenta abierta a nombre de la comunidad y que haya de efectuarse una contabilidad separada de los mismos, para que pueda controlarse las diferentes disposiciones realizadas a su cargo.

El mantenimiento de la referencia a una cuenta especial ha hecho surgir la duda de si la voluntad del legislador es la de exigir que todas las comunidades tengan abiertas, al menos, dos cuentas bancarias: una para los saldos corrientes derivados de las cuotas y derramas de la comunidad y otra para las aportaciones al fondo de reserva. Sin

embargo, la intención de quienes redactaron el proyecto de norma no era exigir la coexistencia de dos cuentas bancarias separadas, sino exigir que la cuenta estuviese a nombre de la comunidad y no que se mantuviese en una cuenta abierta a nombre del administrador. A partir de ahí, lo que debe llevarse es una contabilidad separada, que permita en todo momento saber cuál es la parte de saldo que corresponde al fondo. Otra interpretación supondría hacer incurrir a las comunidades en un gasto innecesario, cual es el mantenimiento de dos cuentas separadas, una de las cuales, en principio, está llamada a ser utilizada sólo en supuestos extraordinarios. En cualquier caso, y dada la redacción que ha quedado tras la discusión parlamentaria, habrá que esperar a la interpretación que efectúen los tribunales de justicia.

La Ley 5/2015 ha mejorado sustancialmente el régimen de disposición previsto a cargo del fondo de reserva, contemplando dos supuestos separados. Por un lado, se permite que sea el administrador quien disponga del fondo siempre que lo haga con autorización previa de la presidencia y limitado única y exclusivamente al pago de gastos imprevistos que tengan la consideración de urgentes. Junto a lo anterior, la reforma permite que el administrador disponga del fondo cuando así lo autorice la junta de propietarios; autorización que, al no tener mención específica en la ley, queda sujeta al mero acuerdo de mayoría de propietarios y cuotas partícipes en la votación, previsto en el art. 553-25.2 f) CCCat. En este caso se permite que la utilización del fondo lo sea para afrontar el gasto de obras extraordinarias de conservación, reparación, rehabilitación, así como la atinentes a la instalación de servicios comunes, o las destinadas a garantizar la seguridad y las que resulten exigibles de acuerdo con las normativas especiales.

Otra de las importantes novedades, en relación con el fondo de reserva, es el establecimiento de la afección del mismo a la comunidad (art. 553-6.2 CCCat); de manera que en ningún caso los propietarios tendrán derecho a reclamar el saldo que les corresponde en el mismo una vez transmitan su entidad. Dicho de otro modo, la transmisión de un elemento privativo llevará implícita de forma necesaria la cesión del derecho que al transmitente le corresponde en el fondo de reserva de la comunidad.

5. LA PROPIEDAD HORIZONTAL COMPLEJA Y LA PROPIEDAD HORIZONTAL POR PARCELAS

5.1. Propiedad horizontal compleja

Las novedades introducidas por la Ley 5/2015, de 13 de mayo, en las secciones tercera y cuarta de la Ley son de menor calado y, en diversos casos, van encaminadas exclusivamente a corregir contradicciones del texto del año 2006.

La propiedad horizontal compleja comprende todos aquellos supuestos en los que coexisten subcomunidades dentro de una comunidad general y que presentan la particularidad de que los elementos privativos tienen asignada una cuota de participación referente a la comunidad general y otra relativa a su participación en la subcomunidad (art. 553-49 CCCat). Dentro de estos supuestos se comprenden realidades distintas al edificio simple dividido por pisos o locales y así: a) Los supuestos de conjuntos inmobiliarios en los que existen varios edificios ubicados en una misma parcela y comparten la zona no edificada, destinada normalmente a zona de ocio, esparcimiento o paso. b) Los supuestos de edificios arquitectónicos con varios portales y escaleras y los edificios que comparten en la planta subterránea un local de aparcamiento. c) Por último, estarían los supuestos de edificios sencillos en los que las plantas de aparcamiento se configuran como elementos privativos separados o como participaciones indivisas que dan derecho al uso exclusivo de concretos espacios de aparcamiento.

En relación a estos supuestos, el legislador ha corregido las manifiestas contradicciones que existían entre los anteriores arts. 553-48.3 y el 553-52.3 CCCat, ya que el primero hablaba de que **podían** configurarse como subcomunidad una o varias naves destinadas a plazas de aparcamiento o a trasteros y otros elementos privativos de uno o más edificios conectados entre ellos y dotados de unidad e independencia funcional o económica; mientras el segundo decía que en esas mismas situaciones **debía** constituirse una subcomunidad. Dado el carácter voluntario que preside el régimen de la propiedad horizontal, se ha optado por configurar

estos supuestos como meramente potestativos, modificando la redacción del art. 553-52.3 CCCat.

Estos supuestos son extraordinariamente útiles en la práctica y se presentan con cierta frecuencia en las edificaciones actuales de las grandes ciudades, ya que permiten constituir una subcomunidad funcional sin necesidad de hacer una agrupación jurídica de los edificios independientes que comparten el aparcamiento, ni constituir un complejo entramado de servidumbres recíprocas que permitan a los propietarios de uno de los edificios acceder y maniobrar por la parte de viales y elementos del parking situados en la proyección vertical del otro.

En cualquier caso, debe advertirse que estas subcomunidades funcionales se han constituido, aunque de forma irregular, ya que se han organizado, han adquirido el libro de actas y nombrado sus cargos, pero no lo han hecho en escritura pública y menos aún han accedido al Registro de la Propiedad. A este respecto, la norma del 2015 ha mantenido la necesidad de que estas modalidades de propiedad horizontal se configuren en el correspondiente título constitutivo que debe constar en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad¹⁵.

Este último aspecto entronca con otro de los temas importantes en relación a estas realidades, cual es el hecho de que ni la ley del año 2006, ni la del año 2015 prevén una norma transitoria concreta para los supuestos de propiedades horizontales complejas, a diferencia de lo que ocurre con la propiedad horizontal simple y la propiedad horizontal compleja. Ello ha hecho que la mayoría de los autores entienda que se encuentran comprendidos en el ámbito de las Disposición Transitoria sexta y, por consiguiente, no precisan de acto formal de adaptación, aplicándose de forma preferente la normativa del CCCat. Sin perjuicio, claro está, de que si lo acuerdan la décima parte de los propietarios podrá exigirse la correspondiente adaptación¹⁶.

Ante la situación expuesta, el problema se presenta con las subcomunidades que venían actuando como tales con anterioridad a la

15 Cfr. SAP Barcelona, sección 19ª, de 27 de junio de 2012.

16 Cfr. STSJ de 3 de diciembre de 2015.

entrada en vigor del Libro Quinto del CCCat y que, sin embargo, no se hubieran constituido formalmente —recuérdese que con anterioridad a la mencionada regulación era de aplicación la LPH estatal de 1960, construida sobre la base de que no es necesario acto alguno de constitución para que exista la propiedad horizontal; mientras que la normativa catalana exige para su aplicación de la existencia de título constitutivo del régimen— pese a que consideremos que el legislador catalán debería haber previsto la obligación de adaptación de las propiedades horizontales de hecho preexistentes. No obstante, los tribunales han optado abiertamente por reconocer estas realidades como situaciones de propiedad horizontal por parcelas, a pesar de que no hayan otorgado acto alguno de constitución, ni adaptado los estatutos al CCCat (SAP Barcelona, sección 14^a, de 20 de diciembre de 2016 y SAP Barcelona, sección 17^a, de 11 de mayo de 2016).

Estas propiedades horizontales se rigen por lo dispuesto en el título constitutivo y, en lo no previsto en el mismo, por las normas de las secciones primera y segunda del capítulo III. La reforma ha corregido la disfunción de la remisión que la normativa anterior hacía exclusivamente a las normas de la sección 1^a, ya que la sección 2^a, en que se recogen los derechos y obligaciones de los propietarios respecto de los elementos privativos y comunes, resulta igualmente aplicable a las propiedades horizontales complejas.

Cada subcomunidad se encuentra integrada por sus propios cargos y órgano de gobierno y adopta los acuerdos que le conciernen de forma independiente¹⁷. De ahí que resulte determinante el título constitutivo para delimitar el ámbito propio de cada subcomunidad, deslindándolo del de la comunidad general o mancomunidad. Los tribunales vienen incidiendo en que resulta fundamental indagar en la delimitación expuesta, por cuanto que el resto de elementos privativos ajenos a la subcomunidad carecen de legitimación *ad causam* en los hechos que afectan exclusivamente a los elementos comunes de la subcomunidad¹⁸ y, a la vez, los representantes de la subcomunidad carecen de legitimación *ad causam* en los asuntos que la exceden¹⁹.

17 Cfr. SAP Barcelona, sección 1^a, de 13 de noviembre de 2012.

18 Cfr. SAP Barcelona, sección 11^a, de 18 de julio de 2012.

19 Cfr. SAP Barcelona, sección 13^a, de 15 de mayo de 2012 y de 29 de marzo de 2011.

El régimen jurídico de la mancomunidad se regirá por lo dispuesto en el título y, en su defecto, por las reglas de la sección primera en lo relativo a la adopción e impugnación de acuerdos. El CCCat prevé, no obstante, que las propiedades horizontales complejas puedan regular la existencia de un Consejo de Presidentes para la administración ordinaria de los elementos comunes y que habría de regirse por las reglas propias de la junta de propietarios, adaptadas a su específica naturaleza. En los casos de configuración del citado Consejo de Presidentes, la ley no permite resolver de forma sencilla el tema de la legitimación para impugnar los acuerdos que éstos puedan adoptar. ¿Podrán impugnarlos los propietarios de las subcomunidades que hubieran estado representados por su presidente y éste hubiera votado a favor de la decisión?

Dentro de las subcomunidades, la que con mayor frecuencia se da en la práctica es la constituida por los aparcamientos situados en las plantas sótanos de los edificios. En este caso la ley parece olvidar el carácter voluntario de las propiedades horizontales complejas, al señalar que constituirán una subcomunidad independiente los aparcamientos de los edificios cuando las plazas de aparcamiento se hubieran configurado como elementos privativos del total edificio, o cuando se hubieren configurado como participaciones indivisas en el total local de aparcamiento que confieren a su titular el derecho de uso y disfrute exclusivo de una concreta plaza. En cambio, no constituirán subcomunidad en aquellos casos en los que se configuren como elemento común o como anexos inseparables de los elementos privativos principales. El problema se dará cuando en un mismo aparcamiento nos encontremos con plazas que son elementos privativos independientes y plazas que son anexos o elementos comunes; parece que la solución pasará por funcionar como subcomunidad desde el momento en el que exista alguna plaza en propiedad privativa o en comunidad con atribución del derecho de uso exclusivo.

Para terminar las referencias a la propiedad horizontal compleja, la reforma establece que tanto para acordar la integración sobrevenida en una propiedad horizontal compleja, como para acordar su extinción, se requiere el acuerdo unánime de los propietarios; acuerdo que, además, habrá de ser expreso por parte de

todos y cada uno de los propietarios (arts.553-26.1 g y f, en relación con el art. 553-25.4 CCCat).

5.2. Propiedad Horizontal por parcelas

La sección cuarta del capítulo III, del título quinto del Libro V del CCCat, se destina a la regulación de lo que eran las mal llamadas “urbanizaciones”, es decir, de aquellas realidades constituidas por diferentes parcelas, edificadas o no, próximas entre sí y que forman parte de una misma actuación urbanística, compartiendo la titularidad de una serie de elementos comunes, normalmente zonas ajardinadas o de esparcimiento, instalaciones deportivas, locales sociales, servicios de vigilancia, etc. De hecho, la ley contempla, incluso, la posibilidad de que el vínculo de las fincas venga establecido, no por la existencia de elementos comunes sino, por las restricciones a las facultades dominicales impuestas en el título de constitución, o en los estatutos (art. 553-56 CCCat); lo que permite someter a la propiedad horizontal por parcelas supuestos como polígonos industriales que, a pesar de haber cedido todos los viales a la administración pública, mantienen su vínculo por el establecimiento de una serie de restricciones dirigidas a la vigilancia, cuidado, ornamentación y seguridad del mismo.

Estas realidades se rigen por lo dispuesto en el título constitutivo y en su defecto por lo previsto en la sección cuarta del capítulo III del título quinto del Libro V del CCCat y por el resto de las normas del reseñado capítulo.

Al tratarse de fincas completamente independientes, a diferencia del resto de realidades donde la vinculación obligada por los elementos comunes es mucho más estrecha, las restricciones al pleno dominio de las parcelas son interpretadas con carácter extraordinario. Así, por ejemplo, los tribunales se han pronunciado sobre la naturaleza privativa de los espacios situados por encima y por debajo de las edificaciones y jardines integrados en los solares, siendo

competencia exclusiva de los propietarios singulares la determinación del uso y aprovechamiento de dicho espacio²⁰.

Otra de las notas características es la inseparabilidad entre la cuota que se atribuye a los elementos comunes y la titularidad sobre la parcela privativa, por lo que los propietarios en ningún caso podrán liberarse de su obligación de contribuir a los gastos derivados de la conservación y mantenimiento de aquellos, ni otorgando una escritura de renuncia a la titularidad de los elementos comunes (art. 553-54.2 CCCat).

La reforma flexibiliza los requisitos exigidos por el título constitutivo de estas realidades, el cual debe hacer una descripción general del conjunto, con especificación de su ubicación, número de solares que lo integran y circunstancia relativas a la unidad de actuación (licencia o acuerdo de reparcelación). También debe recoger una descripción singularizada de todas las parcelas o solares que las integran, con indicación de la cuota de participación que tiene asignada cada uno de ellos, así como de su superficie, límites y anexos. Debe describir también los elementos comunes, aspecto que aquí cobra mucha más importancia que en las propiedades horizontales simples en las que se presume el carácter común de todo aquello que no aparece descrito como privativo, e indicar el sistema previsto para su conservación, así como las reglas de uso y destino de las fincas y los estatutos si los hubiere. Además, a efectos informativos de todo adquirente, debe hacer una relación de los terrenos de dominio público comprendidos en la unidad de actuación y a la relación de obras de urbanización y actuaciones del conjunto, así como al sistema urbanístico previsto para su conservación y mantenimiento. A todo ello se debe acompañar un plano descriptivo del conjunto (art. 553-57 CCCat).

En lo que a la inscripción en el Registro se refiere, y de modo similar a como ocurre con las propiedades horizontales complejas

20 La AP Barcelona, sección 4ª, de 25 de octubre de 2016, señala que: “El subsuelo del jardín de la parcela de propiedad exclusiva o privativa de los demandantes no se halla en ninguno de los supuestos privativos en el art. 553-55 del Codi Civil de Catalunya, ni se le atribuye carácter de elemento común en el Título Constitutivo, por lo que consideramos debe prevalecer el art. 350 del Código Civil, en virtud del cual el dueño de una superficie lo es también de lo que está debajo de ella, por lo que tiene carácter privativo”.

de carácter funcional, se introduce la figura de la agrupación instrumental, que no jurídica. Idea que persigue abaratar los costes, por cuanto que no implicará una unión o integración jurídica de las fincas registrales, sino un mero vínculo instrumental de cara al aprovechamiento de los elementos comunes, o fijación de restricciones comunes a los derechos de propiedad. Junto a ello concreta que la inscripción de las fincas que se configuren como elementos comunes de la propiedad horizontal, deberá efectuarse por referencia a quienes integran la propiedad horizontal por parcelas, sin necesidad de mencionarlos de forma singular o específica ni hacer constar las cuotas que les corresponden, ya que se entiende que se contendrá una referencia al folio matriz en el que aparecerán tanto las parcelas que la integran, como las cuotas que se asignan a cada una de ellas.

Se contempla también la posibilidad de que un complejo comprendido en una misma unidad de actuación decida sobre la marcha constituirse en propiedad horizontal por parcelas, supuesto que no es ni mucho menos frecuente. En estos casos surgirá la duda de cuál es el consenso que se requiere, ya que al no encontrarse previsto específicamente en el art. 553-26 y contemplarse la unanimidad para la integración y extinción en una propiedad horizontal compleja, mientras que sólo se requiere la mayoría cualificada de las 4/5 partes de propietarios y cuotas para su extinción, cabría la duda de resolver en qué régimen encajarlo; incluso si bastaría con el régimen mayoritario residual del art. 553-25.2 f CCCat. Mi opinión es que, al ser un régimen voluntario, se requerirá el consentimiento unánime de todos y cada uno de los propietarios que integran las parcelas que se van a ver integradas en la propiedad horizontal y si alguna de ellas constituyese, a su vez, una propiedad horizontal simple, se requerirá el acuerdo unánime conforme al procedimiento previsto en el art. 553-26.1 y 3 CCCat.

Diferente del anterior es el caso de las propiedades horizontales preexistentes a la entrada en vigor del Libro Quinto (1 de julio de 2016), las cuales quedan comprendidas dentro del ámbito de las Disposición Transitoria séptima de la Ley 5/2006, modificada por la Disposición Transitoria de la Ley 5/2015. En estos casos, el legislador ha establecido la obligación de estas realidades de adaptarse a lo previsto en el CCCat, concediéndose una moratoria

que se ha visto ampliada hasta el 20 de junio de 2019, bastando para que se lleve a cabo la adaptación, que así lo decidan los propietarios que representen las dos terceras partes del total de parcelas comprendidas en el complejo, esto es, el 66,6% del total. Además, será necesario que se solicite y obtenga licencia municipal o manifestación del Ayuntamiento correspondiente de la innecesariedad de la misma. Este último requisito se entenderá cumplido si se acredita que se ha solicitado con más de tres meses de antelación a la fecha de la escritura, sin que se haya obtenido respuesta hasta la fecha.

El legislador ofrece, también, esta figura como posible alternativa a las tradicionales asociaciones de propietarios que existen en muchas de las mal llamadas urbanizaciones privadas, facilitando su reconversión en propiedad horizontales por parcelas, siempre con carácter voluntario, por cuanto que la entrada en vigor del Libro Quinto del CCCat no supone necesariamente la extinción de las indicadas asociaciones, ni la obligación de adaptarse a situaciones de propiedades horizontales por parcelas.

Por último, el CCCat en la Disposición Transitoria séptima insiste en que el acogimiento a la normativa civil de la propiedad horizontal en modo alguno comporta regularización de situaciones urbanísticas que puedan estar fuera de ordenación.

En cuanto a la extinción de la propiedad horizontal por parcelas, ya se ha indicado que queda sujeta a las mayorías cualificadas de las 4/5 partes de propietarios y cuotas (art. 553-26.2 f CCCat), entrando en una situación de disolución pendiente de liquidación desde que se adopte dicho acuerdo, ya que el órgano gestor deberá saldar las deudas que tuviese la propiedad horizontal e, incluso, si la junta así lo decide al acordar la disolución, proceder a la venta de los elementos privativos, para posteriormente realizar la liquidación definitiva con el reparto del importe obtenido entre los integrantes del régimen. También es posible que se extinga la propiedad horizontal por parcelas y se opte por dejar los elementos comunes sujetos al régimen de la comunidad ordinaria del art. 552 CCCat.

Acotacions del món pràctic a la propietat horitzontal (I)

JORDI SEGUÍ PUNTAS

*Magistrat
Audiència Provincial de Barcelona*

SUMARI

1. VALORACIÓ DE LA REFORMA DE LA PROPIETAT HORITZONTAL DEL MAIG DE 2015. INTRODUCCIÓ. 2. ORGANITZACIÓ DE LA COMUNITAT. 3. RÈGIM PER A L'ADOPCIÓ I IMPUGNACIÓ D'ACORDS. 4. PROPIETAT HORITZONTAL SIMPLE. 5. REFORÇAMENT DEL CRÈDIT DE LA COMUNITAT. 6. LA QUOTA DE PARTICIPACIÓ EN LA PROPIETAT I EN LES DESPESES

1. VALORACIÓ DE LA REFORMA DE LA PROPIETAT HORITZONTAL DEL MAIG DE 2015. INTRODUCCIÓ

La reforma del llibre cinquè del Codi civil de Catalunya en matèria de propietat horitzontal feta realitat per la Llei 5/2015, de 13 de maig, neix del projecte de llei aprovat pel Govern de la Generalitat el dia dos de juliol de 2013, el qual era una conseqüència obligada de les resolucions del Parlament de Catalunya de 29 de gener de 2009 —aquesta esperonada pels administradors de finques, grup de professionals amb contacte més directe amb les comunitats de propietaris— i de 28 d'abril de 2011, que instaven dita reforma.

Atès que el llibre cinquè tot just havia entrat en vigor el juliol de 2006, la iniciativa legislativa forçosament havia de començar per reconèixer que la reforma perseguia d'entrada corregir “imprecisions, disfuncions i contrasentits” de la norma (causa de tants i tants litigis, com la pràctica judicial ha palesat); tanmateix, el legislador diu que aprofita per harmonitzar la regulació i coordinar-la amb la resta del llibre cinquè, relatiu als drets reals.

Només per aquestes raons cal qualificar la iniciativa legislativa d'oportuna. Però el cert és que va més enllà i que aprofita l'avinentsa per introduir canvis de gran abast.

A continuació farem una anàlisi crítica de les principals reformes introduïdes per la Llei 5/2015.

2. ORGANITZACIÓ DE LA COMUNITAT

En destaquen la supressió de la pertorbadora doble *convocatòria*, la natural admissió de les *notificacions telemàtiques*, la clara regulació de la *custòdia de la documentació* (el llibre d'actes legalitzat s'ha de conservar durant 30 anys mentre que l'obligació del secretari de custodiar “la documentació comptable i els altres documents rellevants de les reunions i de la comunitat” queda fixat per un període mínim de cinc anys) i la creació de la figura optativa de la *vicepresidència*.

Quant a la *remuneració dels càrrecs orgànics*, fins ara l'exercici dels càrrecs orgànics de la comunitat era “obligatori i gratuït”, llevat de la secretaria i l'administració quan era encomanada a una única persona externa a la comunitat amb la qualificació professional adequada, cas en el qual hi hauria remuneració (article 553-15, apartats 3 i 5).

Després de la reforma l'exercici dels càrrecs continua sent obligatori (la designa es fa per torn rotatori o per sorteig), tot i que són apreciables “motius d'excusa fonamentats”, i ara ja simplement no remunerat, per bé que “hom té dret a rescabalar-se de les despeses ocasionades per l'exercici del càrrec” (article 553-15.6).

Desapareix la pertorbadora possibilitat de remuneració (si la junta ho acordava) que contemplava el projecte de llei de reforma de 2013 i que podia haver donat peu a un risc de mercantilització més que de professionalització dels càrrecs orgànics.

En tot cas, el legislador ha volgut remarcar que els càrrecs orgànics “responen de les seves actuacions” davant la junta, que és qui els designa (article 553-15.3).

La sentència de 18 de juny de 2013 de la Secció 1^a de l'Audiència de Barcelona refusa una demanda de responsabilitat formulada per una comunitat de propietaris contra qui fou el seu president, imputant-li negligència en la fixació per pacte de la indemnització que rebria el conserge en cas d'acomiadament.

No oblidem que la polèmica doctrina del Tribunal Suprem (sentència de 10 d'octubre de 2011) exigint acord exprés de la junta de propietaris per a legitimar qualsevol iniciativa processal del seu president en defensa dels interessos generals, sorgeix arran de la conducta poc acurada d'un president entestat a eliminar —en contra de la voluntat majoritària— una piscina col·locada per un propietari sobre un element comú d'ús privatiu.

En aquesta línia la STS de 24 d'octubre de 2013 referma que la representació del president comprèn la defensa dels elements privatis només quan els propietaris l'hagin autoritzat.

El legislador ha volgut fer front a les *situacions de propietat horitzontal de facto*, és a dir, aquelles situacions que reuneixen els requisits estructurals de la propietat horitzontal (coexistència de propietat en exclusiva sobre elements privatis i en comunitat sobre els elements comuns) tot i mancar-hi el títol constitutiu. La solució legal consisteix a dir que restaran sotmeses als pactes privats establerts entre els copropietaris, a les normes de la comunitat ordinària i, si escau, a les disposicions de la propietat horitzontal “que siguin adequades a les circumstàncies del cas” (article 551.2-2).

La STSJ Catalunya de 2 de febrer de 2012 havia recordat el caràcter voluntari de la propietat horitzontal, però també el caràcter imperatiu —no dispositiu— del règim un cop constituït.

La nova regulació del segon paràgraf de l'article 551.2.2 ha estat qualificada de tímida amb raó, atès que si el legislador creu en la imperativitat del règim de la propietat horitzontal hauria pogut imposar-lo a tota “situació de comunitat” que reuneixi els seus ingredients essencials o, si més no, fixar quines són les normes del règim legal que s'apliquen de manera coactiva (en la línia del que fa l'article 2, b/ LPH); i si el legislador,

tot subratllant el principi de llibertat civil, no creu que les comunitats de propietaris de facto hagin de quedar sotmeses a cap règim normatiu coactiu, n'hi hauria prou amb haver establert una aplicació estrictament supletòria d'aquest règim pel cas de manca de pactes entre els copropietaris, cosa ben diferent de la que fa el nou incís afegit a l'article 551-2.2.

En la pràctica, el més habitual serà trobar-se amb “situacions de comunitat” que venen actuant d'antuvi como una comunitat ordinària, sense pactes escrits (o, el que és pitjor, amb pràctiques consuetudinàries arbitràries o poc equitatives), per la qual cosa la solució més coherent amb el caràcter imperatiu del capítol III tal vegada hauria estat la d'imposar aquest règim també a les esmentades “situacions de comunitat”.

Quan el nombre de propietaris sigui inferior a tres i mentre es mantingui aquesta situació, se simplifica només “el règim de funcionament de l'organització de la comunitat” (regirà el que preveu l'article 552-7 per a la comunitat ordinària indivisa), no pas la resta de normes aplicables a la propietat horitzontal.

3. RÈGIM PER A L'ADOPCIÓ I IMPUGNACIÓ D'ACORDS

Es recupera l'equilibri de la doble majoria de propietaris i quotes, es configura com a “règim general” el de la majoria simple —només requereix que “els vots i quotes a favor superin els vots i quotes en contra”—, es descriuen els supòsits particulars de majoria qualificada i es reserva la unanimitat pels supòsits estrictament necessaris.

S'aclareix el contingut de l'abstenció en el vot i el del vot en els elements privatius de benefici comú, que computen en el mateix sentit que el de la majoria assolida (article 553-24.3).

Qui s'absté “participa” en la votació i el sentit del seu vot el predetermina la llei, de manera que ni tant sols en el cas d'acords que requereixen la unanimitat, l'abstencionista por pretendre en el termini del mes següent a la notificació de l'acta emetre un segon vot contrari al de la majoria.

S'introdueix de manera prou justificada un règim diferent pels acords de formació instantània i els de formació successiva (articles 553-25.3 i 553-26. 3).

Aquells són els que requereixen majoria simple de propietaris i de quotes, computada pels vots favorables dels partícips en cada votació incloent-hi els abstencionistes, però amb exclusió dels absents, que només poden oposar-s'hi als efectes d'una eventual impugnació o de l'exoneració del pagament de despeses per a noves instal·lacions o serveis comuns.

Els acords de formació successiva són tots aquells que requereixen la unanimitat o la majoria qualificada (4/5 de propietaris i quotes), i s'entenen adoptats un cop transcorri un mes de la notificació de l'acord als no assistents i no consti la seva oposició per escrit tramès a la secretaria.

La sentència del TSJ Catalunya de 26 de juliol de 2012 va haver d'aclarir que el vot de l'absent en cap cas podia computar en contra de l'acord majoritari adoptat a la junta (en aquell cas la situació no tenia remei puix que un acord havia estat votat a favor per una majoria de persones i en contra per una majoria de quotes), provocant que canviï de sentit.

L'oposició de l'absent només implica que, havent-se obtingut una majoria de persones i quotes en un sentit determinat amb el vot presencial, després no pugui ser assolida la majoria qualificada exigible, com ara precisen els articles 553-25.6 i 553-26.3, a banda de legitimar per a una futura acció d'impugnació.

Lògicament, si a la junta ja s'hagués assolit la majoria qualificada que requereix el tipus d'acord, una ulterior oposició de l'absent sense capacitat d'alterar aquella majoria no alteraria la validesa de l'acord, el qual no obstant s'ha d'entendre adoptat no el dia de la junta sinó de la manera successiva prevista en l'article 553-26.3, b/, i el termini per a impugnar-lo s'iniciarà en tot cas amb la notificació de l'annex de l'acta al·ludida per l'article 553-27.5.

El consentiment exprés del propietari afectat ara només s'exigeix pels acords que el privin de les facultats d'ús i gaudi d'elements comuns, no del seu element privatiu (article 553-25.4).

Desapareix així la controvèrsia suscitada pel primitiu apartat 4 de l'article 553-25 que al·ludia als acords que “disminueixin les facultats d'ús i gaudi de qualsevol propietari”, sense precisar però si comprenia els que afecten només al seu element privatiu o també als comuns.

Mentre que la greu problemàtica relativa a la instal·lació d'ascensors en immobles antics amb residents que presenten dificultats de mobilitat se soluciona per la via de precisar que les servituds permanents que sigui imprescindible constituir per encabir la nova instal·lació només poden recaure sobre “els annexos dels elements d'ús privatiu” (article 553-39.2), expressió que remet als patis, safareigs, terrasses o d'altres semblants. Amb el nou text ja no serà possible una resolució com la de la Direcció General de Dret (DGDret) de 28 d'octubre de 2013 que confirma la denegació de la inscripció registral d'un acord de modificació d'estatuts (elimina la facultat dels propietaris dels locals per fer noves instal·lacions sense permís de la comunitat), per entendre que dita modificació estatutària l'han de consentir expressament els propietaris que veuen restringides les facultats d'ús dels seus locals. Ni tampoc una altra com la resolució DGDret de 7 de gener de 2015 segons la qual l'acord de la junta de modificació dels estatuts per limitar les facultats d'ús dels elements privatis (es prohibeix el lloguer d'apartaments turístics) exigeix consentiment exprés de tots els propietaris. A canvi, es fa una proclamació general de llibertat del domini “sense cap altra restricció que les que deriven del règim de propietat horitzontal” (nou article 553-36.1), en la línia fixada pel Tribunal Suprem (SSTS 24 octubre 2011 i 9 octubre 2013), en particular, pel que fa als canvis no prohibits expressament d'ús comercial a residencial. D'altra banda, atès que la privació del vot al propietari morós (la consignació cautelar del deute o la impugnació judicial vigent “quan la junta es reuneix” en neutralitzen els efectes, segons que aclareix l'article 553-24.1) és clarament una sanció, d'interpretació restrictiva, cal entendre que el consentiment exprés del propietari afectat és preceptiu tot i la seva morositat. La resolució DGDret de 17 de desembre de 2015 ha precisat —en relació amb el règim del primitiu article 553-25.4—

que les restriccions a què al·ludeix la norma han de recaure expressament sobre les facultats “d’ús i gaudi”, de manera que un acord que només impliqui un agreujament de la quota de contribució d’un propietari no està sotmès al règim de l’article 553-25.4.

Clarificació del règim d’impugnació d’acords: es referma la caducitat de l’acció d’impugnació en un any per a les vulneracions més greus (acords contraris a les lleis, al títol o als estatuts o si impliquen, ateses les circumstàncies, un abús de dret) i de tres mesos per a la resta d’infraccions, i l’exigència d’estar al corrent de pagament o haver consignat l’import per a impugnar (article 553-31).

La sentència del TSJ Catalunya de 6 de setembre de 2012 declarava que davant “l’omissió involuntària” (¿?) del legislador calia entendre que els acords contraris a les lleis havien de ser impugnats en el termini d’un any, igual que la resta dels acords a què fa referència el subapartat a/ de l’article 553-31.1.

4. PROPIETAT HORITZONTAL SIMPLE

Homologació dels elements privatius de benefici comú: ho passen a ser els elements comuns desafectats, llevat que s’estableixi altrament; l’administració i la disposició dels quals “es regeix per les disposicions de la propietat horitzontal”.

L’article 553-34.1 preveu que aquesta figura pugui ser establerta pel títol de constitució, creada per majoria qualificada de 4/5 de propietaris i quotes o imposada per llei, però no és fàcil entreveure quin tipus de norma legal imperativa pugui acordar la creació d’un element privatiu de benefici comú en comptes d’ordenar l’establiment d’un element comú directament (per exemple, lleis de seguretat ambiental o de xarxes de comunicació).

Unificació del règim dels *elements comuns d’ús restringit*.

La STSJ de 12 de maig de 2011 ja declarava que es feia difícil trobar diferències substancials entre els elements comuns d'ús restringit (553-38.2) i els d'ús exclusiu (553-42.2).

Unificació de les prohibicions i restriccions d'ús en elements privatis i comuns. Les prohibicions i/o restriccions comprendran només les activitats que la llei, la normativa urbanística o els estatuts exclouen o prohibeixen expressament, tot i que es manté la prohibició de fer en el elements privatis o en la resta de l'immoble “activitats contràries a la convivència normal en la comunitat” o les que “malmetin o facin perillar l'immoble”.

Desapareix així l'actual article 553-47 i les referències a les activitats “que molesten, insalubres, nocives, perilloses o il·lícites” que remetia implícitament a regulacions administratives en molts casos obsoletes. La massiva destinació turística d'apartaments en un àmbit estrictament residencial sorgida en els darrers anys, particularment als nuclis turístics, ha originat una notable controvèrsia sobre la seva legalitat des de l'òptica administrativa però també sobre la seva compatibilitat amb la convivència interna en el si d'una comunitat. La sentència del ple del TSJ de Catalunya de 19 de maig de 2016 (ponent J. M. Abril) ha tancat la polèmica (en part motivada pel precedent de la sentència del mateix tribunal de 20 de febrer de 2012 que valorava des d'una òptica estrictament quantitativa el nombre d'habitatges destinats a ús turístic en un edifici com a mòdul per a dictaminar si havia de qualificar-se d'equipament turístic o seguia sent un edifici residencial) en favor de la legitimitat de la destinació turística d'apartaments en edificis residencials plurifamiliars, per entendre (i) que són ben diferents l'activitat d'apartament o allotjament turístic i la dels habitatges d'ús turístic, (ii) que aquests són contemplats específicament per la llei del dret a l'habitatge, (iii) que el domini es presumeix lliure, i (iv) que només un exercici anormal o antisocial d'aquesta activitat manifestada —cas per cas— per conductes incíviques greus i continuades facultaria per considerar-la contrària “a la convivència normal en la comunitat” i, per tant, per a fer-la cessar.

La sentència del ple del TSJ del mateix dia (ponent M. E. Alegret) és el perfecte complement de l'anterior, puix que, acreditades —allí sí— les greus molèsties que provocava l'ús turístic d'un concret apartament, accepta l'acció de cessament promoguda per la comunitat (també recorda el tribunal de cassació que l'acord comunitari que restringeix les destinacions del habitatges és vàlid però no té efectes retroactius).

Pel que fa a l'ús i gaudi dels elements privatis es referma la llibertat del domini (exercici de “les facultats del dret de propietat” sense cap altra restricció que les que deriven del règim de propietat horitzontal), fins el punt que la destinació dels elements privatis que pugui recollir el títol és merament indicativa, atès que s'autoritza l'alteració de la destinació d'aquests elements sense necessitat d'acord de la junta “llevat que els estatuts les prohibeixin expressament” (article 553-10.2, c/).

La STSJ Catalunya de 26 de març de 2015 incideix en aquesta tendència quan estableix que, en cas de segregació d'un local per a fer-ne habitatges, l'autorització d'aquest canvi comporta inexcusablement la d'obrir vies d'entrada independents a cadascun dels habitatges, encara que això comporti obres en la façana, sempre que no facin perillar l'immoble.

5. REFORÇAMENT DEL CRÈDIT DE LA COMUNITAT

La reforma fomenta amb cautela *l'arbitratge i la mediació*, atès que si bé declara la validesa de les normes estatutàries que “preveuen la resolució dels conflictes” relatius a “qualsevol qüestió del règim de la propietat horitzontal” per aquells mitjans alternatius del procés (article 553-11.2,f/), d'altra banda exigeix unanimitat per a l'adopció d'un acord de submissió a arbitratge d'una qüestió concreta, “llevat que hi hagi una disposició estatutària contrària” (article 553-26.1,h/).

Aquesta darrera expressió sembla que fa referència a la prohibició estatutària que una determinada qüestió del règim de la propietat horitzontal (per exemple, obres a elements privatis) pugui ser resolta per via arbitral. Si fos així, salvada aquesta previsió dels estatuts, hagués resultat més operatiu exigir només majoria —simple o qualificada— per a la submissió a l'arbitratge.

La reforma ratifica una de les vies més eficaces de *reclamació judicial del deute* per impagament de les despeses comunes, mitjançant una remissió general al “procés monitori especial aplicable a les comunitats de propietaris d'immobles en règim de propietat horitzontal que estableix la legislació processal”, alhora que introdueix certes especialitats de caire documental (article 553-47).

S'ha d'entendre que tan “legislació processal” és la continguda pròpiament en la llei processal civil (per exemple, articles 812.2, 2n, 813 i 815.2 LEC) com la resta de normes de caire processal contingudes a l'article 21 LPH, que s'han de complementar amb les especialitats previstes a l'article 553-47.2 emparades en la competència legislativa sancionada per l'article 149.1, 6è de la Constitució.

Cal no oblidar que la important càrrega processal de l'article 449.4 LEC regeix en tots els processos declaratius promoguts per una comunitat en reclamació de despeses comunes, i que la càrrega ha de ser satisfeta per qualsevol propietari que vulgui impugnar a través d'un recurs devolutiu (apel·lació, cassació) una resolució adversa, encara que gaudeixi del benefici de justícia gratuïta.

En l'àmbit substantiu, es reforcen els *privilegis del crèdit de la comunitat* enfront dels propietaris mitjançant la introducció de la preferència de cobrament sobre l'element privatiu “amb la prelación que determini la llei” (article 553-4.3) i l'ampliació de l'afecció real als deutes dels quatre anys immediatament anteriors a la reclamació (article 553-5.1).

La prelación legal aplicable ha de posar-se en relació amb la preferència específica sancionada en l'article 9.1, e/, segon

paràgraf, LPH pel legislador estatal —competent en la matèria— per als crèdits de la comunitat, sense altra especialitat que la preferència del crèdit de les comunitats catalanes comprèn un anys més que els de les comunitats subjectes a la norma estatal.

El transmissent d'un element privatiu respon personalment del deute que té amb la comunitat en el moment de la transmissió i la comunitat haurà de demandar-lo si vol fer efectiu el crèdit, per bé que si optés per fer ús de la hipoteca legal reconeguda per l'article 553-5.1 haurà d'adreçar la reclamació també contra l'actual propietari.

6. LA QUOTA DE PARTICIPACIÓ EN LA PROPIETAT I EN LES DESPESES

La quota de participació segueix sent el mòdul que determina la participació que correspon als elements privatis sobre la propietat dels elements comuns i fixa la participació en les càrregues i en els beneficis (article 553-3.1, a/ i b/), concreció del principi general de contribució proporcional aplicable a tota mena de comunitat ordinària indivisa (article 552-1.2).

La quota de participació també és el criteri que estableix la distribució de les despeses i el repartiment dels ingressos, però sempre “llevat de pacte en contra” (article 553-3.1, c/).

És evident la voluntat del legislador per establir una clara distinció entre la quota de participació general en la propietat i les quotes especials per a despeses determinades.

Així ho palesen la nova redacció del l'apartat 4 de l'article 553-3 (distingeix “la quota de participació” de les “quotes especials per a despeses determinades”) i la proclamació de la unanimitat —o sinó la decisió judicial o arbitral— com a exigència per a la modificació de la quota de participació que inexcusablement ha de figurar en el títol constitutiu (hom suprimeix la confusionària remissió als estatuts prevista

al primitiu article 553-3.4), mentre que per a modificar la “quotes especials de despeses” n’hi haurà prou amb la majoria qualificada (apartat 2, e/ del nou article 553-26).

En conseqüència, segons quins sigui el fonament del règim de contribució a les despeses comunes (atendre a la quota de participació o a la quota especial de despeses fixada al títol, als estatuts o per acord de la junta), la majoria necessària per a modificar aquest règim serà una o altra.

En aquesta línia la resolució DGDret de 17 de desembre de 2015 insisteix que “no s’ha d’arribar a una identificació entre la quota de participació en el règim de propietat horitzontal i la quota de contribució a les despeses comunes”. En funció d’aquesta nítida distinció arriba a la conclusió que tampoc en el règim dissenyat per la Llei 5/2006 no era necessària la unanimitat per a modificar les quotes especials de contribució sempre que això no comportés la variació de les quotes de participació, sinó que n’hi havia prou amb la majoria qualificada exigida aleshores per l’article 553-25.2 (en aquell cas la junta havia aprovat per majoria qualificada la derogació de l’exoneració dels locals de contribuir a la neteja de l’escala prevista en el títol, sense que dita regla especial de distribució incidís en les quotes de participació dels diferents elements privatis). Després de la Llei 5/2015 la qüestió no suscita cap dubte atesa la nova redacció de l’article 553-26.2, e/.

Amb tot, la resolució esmentada conté una sàvia precisió final, en el sentit que si l’acord de la majoria consistís en un empitjorament de la situació d’una minoria de propietaris, obligats a contribuir per sobre de la seva quota estricta de participació, la validesa d’aquest acord s’hauria de supeditar a que s’ajustés “als límits de la regulació legal de la propietat horitzontal”; en altres paraules, si l’acord superés aquests límits, es tractaria d’un acord impugnable per raó de “ser greument perjudicial” per a un o uns dels propietaris (article 553-31.1, b/).

Per tant, si el títol o els estatuts preveuen quotes especials per a despeses determinades o un acord de la junta les introdueix, prevalen aquestes decisions específiques (article 553-45.1).

Val a dir que la simple manca d'ús i gaudi d'un element comú concret no eximeix de pagar les despeses del seu manteniment (article 553-45.2). Ara bé, són vàlides les clàusules estatutàries que exoneren certs propietaris del pagament de “despeses de conservació d'elements comuns concrets”, com ara portals, escales, ascensors, jardins, piscines (article 553-11.2 b/), i també que els propietaris que han dissentit d'una nova instal·lació o servei que no sigui exigible per llei n'estan exempts de la despesa si és superior a 1/4 del pressupost anual vigent (article 553-30.2).

Des de la perspectiva contrària, es vàlida la determinació en el títol o per acord de la junta d'un increment de la contribució de l'element privatiu que fa un ús o gaudi desproporcionat o especialment intensiu dels elements comuns.

L'exigència de majoria qualificada per a l'adopció d'aquest acord es conté ara en l'article 553-26.2, e/. Les recents SSTSJ Catalunya de 19 de maig de 2016 aprofiten per a recordar que aquest increment de la participació en les despeses és particularment idoni pel cas de destinació turística d'un habitatge en un edifici plurifamiliar.

D'altra banda, “totes les despeses de conservació i manteniment” —fins ara anomenades despeses ordinàries— dels elements comuns d'ús i gaudi exclusiu (patis, jardins, terrasses, cobertes) són a càrrec dels propietaris que en gaudeixen, mentre que corresponen a la comunitat les que anomenaríem despeses extraordinàries, concepte que inclou les reparacions que es deuen a vicis de construcció o estructurals, originaris o sobrevinguts, o les que afecten i beneficien tot l'immoble, llevat és clar que no siguin conseqüència d'un mal ús o d'una mala conservació.

En aquest sentit, el nou article 553-43 aclareix la confusa regulació del primitiu article 553-42.3.

La STSJ Catalunya de 2 de febrer de 2012 considera estructural l'obra de reforç de l'escala d'una finca del segle XIX imprescindible per a la subsistència de l'edifici, i estén l'obligació de satisfer el seu cost fins i tot als propietaris exempts de pagar les despeses de l'escala.

La nova regulació preveu un supòsit de fixació judicial de despeses: és el jutge qui fixa, “en funció de les despeses ordinàries comunes de la comunitat”, l’import de les despeses de supressió de barreres arquitectòniques i les destinades a garantir l’habitabilitat de l’immoble per la presència de discapacitats o majors de 70 anys (article 553-30.3).

És dubtós que aquesta facultat discrecional del jutge compregui també la de fer una distribució no igualitària de la despesa, per exemple, en proporció a l’alçada en què es troba cada element privatiu.

En coherència amb el que s’ha exposat, l’aplicació de la quota general o de l’especial que escaigui conduirà a la liquidació de la contribució de cada propietari a les despeses comunes, la qual cosa exigeix un acord específic de la junta.

La nova redacció de l’article 553-4.2 aclareix que dita liquidació es farà segons “la quota que correspongui”, no necessàriament segons la quota de participació.

Acotacions del món pràctic a la propietat horitzontal (II)

ENRIQUE VENDRELL SANTIVERI

Advocat

*President del Consell de Col·legis
d'Administradors de Finques de Catalunya*

El fet que, en aquesta ocasió, des de l'inici de la redacció de l'Avantprojecte que va donar lloc a la Llei 5/2015, s'hagin tingut molt presents les propostes dels Administradors de Finques de Catalunya i dels operadors jurídics, realitzades en insistents debats, publicacions i fòrums amb Jutges i Magistrats i amb d'altres juristes especialistes, ha fet que el resultat de la reforma hagi merescut una valoració molt favorable del que anomenaríem el “*món pràctic*” i en el mateix sentit de les comunitats de propietaris, la qual cosa és més rellevant encara per ser aquestes en definitiva a les que va adreçada principalment aquesta regulació.

Com ja ha estat dit pel legislador en alguna ocasió,¹ tota ordenació jurídica que es valori no s'hauria de concebre ni instaurar-se a esquenes de les exigències de la realitat social a la que va destinada, i a més, ha de ser així quan versa sobre una institució tan rellevant i de tanta vitalitat com ho és la propietat horitzontal, sota la que es regeixen més del 83% de les edificacions, ja sigui en propietat horitzontal simple, complexa o per parcel·les. En aquesta ocasió, i

1 Preàmbul Llei 8/2013.

a diferència de l'anterior i reformada Llei 5/2006, aquest principi propi del sentit comú, afortunadament s'ha portat a terme i com a conseqüència han estat revisats múltiples aspectes, contradiccions i conflictes provocats per la regulació anterior i d'altres latents que no havien estat abordats per aquella es solucionen de forma substantiva, millorant en la seva redacció, claredat, tècnica i sistemàtica, el que, tot i que només fos per això, ja és d'agrair en el món de les comunitats de propietaris en el que alguns presidents i comuners solen atrevir-se habitualment a aplicar les disposicions legals i també les estatutàries, d'acord amb el seu propi i personal criteri interpretatiu.

Realitzada aquesta valoració globalment positiva de la reforma que sens dubte haurà de manifestar-se també en la reducció dels litigis que puguin produir-se per la seva aplicació, em proposo realitzar alguns comentaris sobre les que des del punt de vista pràctic resulten més transcendents per l'esdevenir quotidià de la Comunitat, així com sobre alguns dubtes interpretatius que ja han començat a suscitar-se al respecte.

1. Arbitratge i Mediació. Era necessària la incorporació de la previsió de la solució de conflictes mitjançant els sistemes alternatius d'arbitratge o de mediació. No obstant s'ha fet de forma molt prudent ja que si bé s'admet la possibilitat d'introduir per la via estatutària clàusules que prevegin acudir a aquests sistemes de solució (553-11.2f), observem que l'acord de la Junta de propietaris per sotmetre a arbitratge qualsevol qüestió relativa al règim de la propietat horitzontal, requereix la unanimitat de tots els propietaris (553-26.1h). No obstant això, recordem que la modificació o aprovació dels Estatuts només precisa un acord amb el quòrum de 4/5, la qual cosa suposa cert contrasentit.

En canvi, per a la submissió a la mediació és suficient la majoria ordinària, solució que ens sembla correcta si realment es pretén promoure els avantatges d'aquest procediment, que per cert és particularment útil per resoldre conflictes veïnals (553-25.2e).

2. Afecció Real i Preferència de Crèdit. Molt important per al govern, funcionament i eficàcia de les comunitats de propietaris i

el manteniment de l'immoble i dels seus serveis ha estat l'ampliació del període d'afecció real de l'immoble als deutes meritats en l'exercici corrent i durant els *quatre anys anteriors* (553-5), superant així àmpliament l'únic any que fins ara estava assegurat per la Llei anterior, i els tres anys que actualment estan coberts per la LPH estatal, després de la reforma duta a terme per la Llei estatal 8/2013. I també no menys important, coincidint amb el criteri de la doctrina majoritària, és la concreció positiva del reconeixement del *caràcter preferent* que té aquest crèdit comunitari (553-4.3) *“amb la prelación que determini la llei”* i aquesta avui no és altre que la prevista per l'Art. 9.1 e) LPH.²

Ambdues qüestions són essencials i més en temps en els que amb les execucions hipotecàries i adjudicacions dels pisos i locals a les entitats creditors, les comunitats de propietaris i la resta de comuners, han hagut d'anar assumint la major part del deute impagat meritat amb anterioritat per l'anterior propietari, donat que l'adquirent únicament quedava obligat al pagament de l'exercici corrent i de l'anterior. Aquesta situació ha fet insostenible per a molts comuners el manteniment d'edificis i conjunts immobiliaris, que esperem que poc a poc es vagin resolent, ja que malgrat la imprecisa redacció de la Disposició Final Única 3 de la Llei 5/2015, el cert és que el nou període d'afecció real i la preferència de crèdit pels deutes comunitaris, s'estan aplicant exclusivament a les transmissions realitzades *a partir de l'entrada en vigor de la Llei* (20 de juny de 2015).³

3. Interessos del deute. Es tracta d'una mesura més dissuasòria que efectiva per coadjuvar al compliment de l'obligació de pagament dels propietaris. En qualsevol cas, el precepte (553-4.4) suposa un incentiu que permet a les comunitats establir la seva exigència de tal manera que *“l'incompliment de l'obligació de pagament per part d'un propietari comporta que aquest recaigui en mora per disposició legal expressa, sense que sigui necessària la intimació o requeriment per part de la comunitat creditora. Aquests interessos es generen ope legis, per tant, sense que calgui que l'import dels vençuts s'aprovi i liquidi per acord de la*

2 En relació i als efectes de l'Art. 1923 CC.

3 Enquesta Jurídica Sepin PH Catalunya 3r.Tr. 2015.

junta".⁴ Hem d'entendre que aquests interessos meriten per tant, des del moment en que el pagament s'havia de fer segons els termes de l'acord de la junta, i pel que fa al tipus aplicable, en defecte de previsió estatutària o d'un acord majoritari de la junta adoptat a aquest respecte, entenc que haurà de ser l'interès legal del diner vigent.

4. Certificat de deutes en cas de transmissió. El 553-5.2 del text de la reforma, realitza aportacions pràctiques molt interessants: Que la certificació del Secretari (el mateix Administrador si és un professional extern de la Comunitat), que s'ha d'aportar pel transmissent, ha d'acreditar estar al corrent de pagament o especificar els pagaments pendents, fent-los constar, i, aquesta és la principal novetat, afegir les despeses comunes ordinàries, extraordinàries i aportacions al fons de reserva *aprovades però pendents de venciment*. Això permet a l'adquirent tenir coneixement dels compromisos econòmics anteriors ja assumits pel transmissent amb la Comunitat, però que seran exigibles a l'adquirent com a nou titular en el moment del seu cobrament. Així mateix, és necessari que per a atorgar la corresponent escriptura sense l'aportació d'aquesta important certificació sigui necessari que *ambdues parts* renunciïn, i no només l'adquirent com s'establia en la redacció anterior, la qual cosa ens sembla compromet més, especialment perquè des de la Llei 5/2015 el titular que transmet també ha de comunicar el canvi de titular a la Secretaria i si no ho fa *respon solidàriament* dels deutes amb la comunitat (553-37.3) el que inclou les que es percebin amb posterioritat a la transmissió.

Segueix sense solució l'exigència de la certificació de deutes en els casos de transmissions per execucions forçoses, val a dir que probablement sigui per manca de competència del legislador català, qüestió que en qualsevol cas és un greu inconvenient per a les comunitats de propietaris.

5. Fons de reserva. demostrada la seva inutilitat a efectes pràctics per la seva constatada insuficiència, després de la reforma aquest fons s'acumularà cada any, es disposi d'ell o no, havent d'incrementar-

4 M^a Àngels Gomis, Enquesta Sepin PH Catalunya 1r. Tr. 2016.

se cada exercici com a mínim amb l'import del 5% del pressupost de les despeses comuns al romanent dels anys anteriors. La seva destinació, segons el text de la Llei, és atendre a les despeses urgents o bé amb l'autorització de la Junta, per obres extraordinàries de conservació, reparació, rehabilitació o instal·lació de nous serveis comuns o de seguretat o que siguin legalment exigibles. Ens sembla innecessària i segurament perjudicial per a la Comunitat, per les despeses que suposa, que es requereixi que aquest Fons ha d'estar dipositat "*en un compte bancari especial a nom de la comunitat*" (553-6), ja que hauria estat suficient per a la seva transparència i seguretat portar una comptabilitat separada a la de la resta de les despeses comunitàries.

6. Elements comuns. Ha desaparegut afortunadament la regulació equívoca i contradictòria, respecte al concepte i les obligacions de conservació dels elements comuns d'ús restringit, concretant-se entorn als elements comuns d'ús privatiu; així mateix es presumeix que en cas de desafectació, si no s'estableix una altra cosa diferent, els elements comuns tindran caràcter d'elements privatis de benefici comú (553-34.2). El *quòrum* requerit per a la *alienació* o *gravamen* d'elements comuns de benefici comú passa a ser de 4/5 parts (abans era unanimitat), la mateixa majoria que per *desafectar* element comuns, la qual cosa pot generar un dubte interpretatiu tenint en compte que la desafectació comporta necessàriament una modificació de les quotes de participació de les entitats privatives que requeriria un acord adoptat per unanimitat (553.26.1 a) i 553-26.2 c) i d)).

7. Consentiment tàcit comunitari. Tot i que no és una novetat de la reforma sí que ho és el nou termini de *quatre anys* (abans eren sis) que s'introdueix per a considerar que s'ha obtingut el consentiment de la comunitat en el cas d'execució d'obres que suposen una alteració dels elements comuns. És molt rellevant que aquest consentiment només pugui ser invocat en el cas d'alteracions notòries, quan no hagin disminuït la solidesa de l'immoble o no suposin una ocupació d'elements comuns ni constitució de servituds (p. ex. ocupació de golfes, execució de passos o comunicacions amb immobles limítrofs, instal·lació de

conduccions a través de l'escala o la coberta). Aquesta previsió del legislador ens sembla oportuna per a l'interès general i la seguretat jurídica dels comuners (553-36.4).

8. Vehicle elèctric. No menys oportuna, i més encara davant les previsions que tenim al respecte de les necessitats futures dels immobles, és la instal·lació de *punts de recàrrega de vehicle elèctric* en garatges privats. A diferència de la regulació estatal, s'aborda el problema amb més precisió i es resol mitjançant *dues vies possibles*: La instal·lació *general* comunitària, la qual es pot aprovar per majoria simple; o la *individual* d'un únic propietari, qui haurà de presentar a la Presidència o Administració el projecte tècnic almenys 30 dies abans de l'inici de la seva instal·lació, podent la comunitat proposar una alternativa raonable i adequada als interessos generals (si no es realitza aquesta darrera en 2 mesos, podrà instal·lar conforme el projecte inicial individual), i en finalitzar, el sol·licitant haurà de presentar la corresponent certificació tècnica (553-36.3). La configuració del procediment ens sembla molt necessària, sense menyscar el dret individual que es respecta, però que en altre cas permetria l'alteració unilateral i individual d'elements comuns sense cap oportunitat per a les comunitats de propietaris d'intervenir o portar a terme una instal·lació col·lectiva. D'altra banda, tot i que poden suposar en alguns casos importants dificultats tècniques, s'han de promoure per a la seva conveniència, eficiència i economia la realització d'instal·lacions comuns. Si bé no existeix encara una gran demanda d'instal·lacions de recàrrega en els garatges comunitaris privats, sí que s'estan rebent múltiples consultes en aquestes qüestions, cosa que redundarà aviat en futures instal·lacions de punts de recàrrega.

9. La figura del professional **Administrador de Finques**, apareix reforçada i reconeguda la seva professionalitat: El nomenament de l'Administrador requereix que aquest reuneixi "*les condicions professionals legalment exigibles*" la qual cosa suposa un allunyament conscient del legislador (en el debat del Ple es va fer expressa referència a aquesta reforma) de l'ambigüïtat del text anterior "*qualificació professional adequada*", cosa que resulta a més coherent en relació amb l'article 54 de la Llei del Dret a l'Habitatge. També es desvetlla el dubte de que en cas de contractació d'un Administrador professional

aquest serà qui exerceixi, a més, les funcions de la Secretaria. Així mateix, l'Administrador manté en exclusiva les competències de vetllar per a la bona conservació de l'immoble i el compliment dels deures dels propietaris, les quals estaven anteriorment compartides incomprendiblement amb el President.

10. Documentació. No són en absolut anecdòtiques, des del punt de vista pràctic, la resolució de les clares *contradiccions* que existien en la redacció anterior, per exemple la referida al termini de custòdia pel Secretari de la documentació més transcendent de la Comunitat. En aquest sentit queda establert en el més que suficient i proporcionat de 5 anys, és a dir ni 2, ni 10 del text anterior (553-17).

11. Única convocatòria. Des del punt pràctic, les comunitats de propietaris i els operadors han agraït de manera aclaparadora la reforma consistent en la supressió de la doble convocatòria, de tal manera que la Junta de Propietaris s'entén vàlidament constituïda en única convocatòria, sigui quin sigui el nombre de propietaris que assisteixin a la reunió (553-23), fugint el legislador del regim mercantil a la propietat horitzontal.

12. Quòrum dels acords.

a) Els acords ordinaris requereixen majoria simple i aquesta s'assoleix quan s'hagi adoptat amb els vots de la *doble majoria* de propietaris i quotes que *participen* en cada votació. És a dir, es torna al sistema anterior de la Llei 5/2006 on en segona convocatòria es requeria no més la majoria de coeficient, però no dels propietaris. Una qüestió que es planteja és si en el supòsit de que no fos possible assolir la doble majoria de quotes i de propietaris, podria plantejar-se la solució del judici d'equitat previst per aquest cas a la LPH estatal. En aquesta qüestió la resposta jurídica mes ajustada, tot i ser discutible, deuria ser negativa atès que el sistema de fonts del dret civil català no permet la heterointegració amb el dret estatal i perquè el legislador català podia haver remès la solució al procediment de l'art. 17.7 LPH, i no ho ha fet, per la qual cosa, simplement, no ni haurà acord.

És important destacar també el fet de que comptabilitzar les majories que *participen* a cada votació requereix dur a terme el control dels assistents i amb dret a vot a cadascuna de les votacions, atès que això pot variar durant el transcurs de la Junta i també els quòrums i, a més, perquè el sentit del vot de cadascun dels comuns és rellevant per a determinar posteriorment la seva legitimació per poder impugnar l'acord. Quedar clar que en *cap cas computen* per als quòrums d'adopció dels acords de majoria simple, qualificada o d'unanimitat, *els vots dels propietaris que tinguin deutes pendents* en el moment de la celebració de la Junta, llevat que abans de la reunió hagin consignat l'import degut en el Jutjat, dipositat davant notari o hagin impugnat el deute judicialment. Per això, és essencial l'advertiment previ, que ha d'afegir-se a la convocatòria, la *relació de la llista de propietaris amb deutes pendents* (553-24, 25 i 26). Una qüestió que es planteja per tant és si resultaria legítima la privació del dret de vot a un propietari que, tot i sent morós, no consta en aquesta llista de propietaris amb deutes pendents. El nostre parer, en aquest cas, la privació del vot en la Junta seria il·legítima d'acord amb nombrosa jurisprudència anterior, la qual cosa el legitimaria per impugnar els acords.

Conseqüentment, cadascuna de les votacions es realitzarà entre els propietaris assistents que *participin* en aquesta, i per tant estan impeditos per participar-hi tots aquells que *no tenen dret de vot*.

b) En aquest sentit, quan l'acord precisi la majoria qualificada, s'entén assolida quan concorre la majoria de 4/5 dels propietaris amb dret a vot que representin també la majoria de les 4/5 de les quotes, *computant-se sempre entre els propietaris que tinguin dret a vot*, ja que els deutors en el moment de la celebració de la Junta de propietaris (llevat que hagin consignat judicialment o notarialment o impugnat el deute judicialment) no el tenen. Fins i tot, en el cas d'acord que requereixi la unanimitat sembla clar que s'ha d'excloure del seu còmput el vot dels propietaris amb deutes amb la Comunitat, ja que no tenen dret a vot, la qual cosa està plantejant objeccions per part del Registre de la Propietat quan l'acord requereix del consentiment exprés del

propietari en els supòsits de l'Art. 553-25.4, el que suposa una certa contradicció legal.

c) Atenent àmplies crítiques doctrinals, la reforma ha realitzat també un encomiable esforç sistemàtic unificant en dos articles (553-25 i 26) el règim de les majories per a l'adopció dels acords, reduint-se a partir de la reforma els que precisen unanimitat (no es requereix per a la desafectació d'elements comuns, ni per a l'alienació d'elements privatis de benefici comú que passen a ser de 4/5) i essent suficient la doble majoria de 4/5 per acords tals com establir quotes especials de repartiment de despeses o la cessió onerosa o arrendament d'elements comuns per un termini superior a 15 anys. Per a la resta d'acords no recollits entre els de la majoria qualificada o unanimitat, serà suficient amb la majoria ordinària.

13. Abstencions i absents. Novetat molt transcendent també des del punt de vista pràctic, és el nou règim de les *abstencions*, el qual superant definitivament i afortunadament aquella antiga ambigüitat interpretativa de la llei estatal del sentit de "*salvar el vot*", la reforma concedeix a l'abstenció *el mateix sentit del vot de la majoria*, ja sigui aquesta a favor o en contra de l'acord (553-24.3).

Així mateix, es manté el dret dels absents a oposar-se a l'acord majoritari aconseguit en la Junta mitjançant escrit fefaent que hauran de remetre a la Secretaria en el termini d'un mes des de la notificació de l'Acta, ja que en cas contrari es considerarà que el sentit del seu vot és el mateix que el vot de la majoria, la qual cosa permetrà assolir de manera diferida el quòrum dels 4/5 o el de la unanimitat si l'objecte de l'acord requereix qualsevol d'aquests quòrums, i a més l'impedeix impugnar l'acord per no haver-se oposat expressament.

14. Execució dels acords. Com a novetat respecte al text anterior i més encertadament, al nostre parer, s'admet que els *acords són executius des del moment en què s'adopten* (553-29), no des de la seva notificació, la qual a més no està supeditada a cap formalisme fefaent com no hauria de ser d'una altra manera. No obstant això, pel que fa als acords que s'han obtingut pel mecanisme de la *formació successiva*, a la que acabem de referir-nos, ha sorgit el dubte de a partir de quan es

pot entendre que aquests acords són executius, ja que els propietaris únicament poden tenir coneixement del sentit de vot dels absents des que el Secretari aixeca l'annex a l'acta i la remet als comuners una vegada transcorregut un mes des de la celebració de la Junta (553-27.5), la qual cosa resulta aparentment contradictòria en relació amb el 553-29 que estableix l'executivitat dels acords des del moment en què s'adopten, llevat que s'entengui que l'adopció de l'acord es produeix un cop transcorregut aquell mes des de la notificació.

Cal aclarir també si, a més de l'enviament de l'Acta als propietaris, aquesta s'ha de publicar en el tauler d'anuncis de la comunitat, igual que es disposa expressament per les convocatòries, ja que no queda clar aquest extrem de la redacció del 553-27.4. Les conseqüències que es poden derivar d'això són molt transcendents, especialment respecte a la legislació de protecció de dades i la correcta notificació de les actes.

15. Noves tecnologies. S'introdueixen innovacions legals per fomentar l'ús de les noves tecnologies, com la possibilitat de convocar als propietaris per correu electrònic o l'assistència a la Junta de propietaris per videoconferència o per d'altres mitjans telemàtics sincrònics, si la Junta així ho acorda, la qual cosa és d'agrair per l'agilització del funcionament de les comunitats. Respecte de la convocatòria no queda suficientment clar en la norma si la necessitat de garantir l'autenticitat de la comunicació i del seu contingut es refereix a "altres mitjans de comunicació" diferents als enviaments per correu postal o correu electrònic, tenint tots molt clar que la jurisprudència té establert de forma reiterada la doctrina de què no és en cap cas exigible que les comunicacions als propietaris siguin fefaents (553-21.2 i 27.4.).

16. No es podrà adoptar cap acord que no consti expressament en l'*Ordre del Dia* de la convocatòria, sense excepció (553-21). L'anomalia de la Llei 5/2006 ha estat superada quedant impedita a la junta l'adopció d'acords sobre assumptes que no estiguin previstos a l'Ordre

del Dia de la convocatòria, d'acord amb la línia jurisprudencial i el sentit comú.

17. Impugnació. Es concreten amb claredat els requeriments de legitimació activa per poder impugnar qualsevol acord i per qualsevol motiu: és imprescindible haver *votat en contra*, (el que hauria d'excloure el cas de les abstencions) o si no va assistir a la Junta, *haver-se oposat a l'acord* fefaentment en el termini d'un mes, o *haver estat privat il·legítimament del dret de vot*. Així mateix, per impugnar és necessari estar al corrent de pagament o consignat l'import dels deutes comunitaris vençuts *en el moment en què s'adoptà l'acord impugnat*, concretant-se els terminis de caducitat d'un any o de tres mesos segons les causes d'impugnació esgrimides (553-31), pel que queda superada l'ambigüitat del text anterior que semblava legitimar a qualsevol propietari, indefinidament o sense termini, per impugnar d'acords contraris a la Llei, amb perjudici per la seguretat jurídica dels drets comunitaris.

18. Responsabilitat de la Comunitat. Òbviament, la Comunitat respon també dels seus deutes amb els seus propis fons, inclòs el de reserva, però també amb els elements privatis de benefici comú, el quals seran embargables demandant a la Comunitat. No s'estén aquesta responsabilitat a la individual dels propietaris, els quals únicament ho serien subsidiàriament respecte del deute comunitari *en proporció a la seva quota*, per tant, no de la realment endeutada per aquella, i *sempre que se'ls hi hagi requerit de pagament i demandant personalment*, el que exclou la gran majoria dels casos. Una qüestió que s'està plantejant en l'àmbit pràctic, és que en cas de manca de liquidés suficient de la Comunitat per atendre el deute (malgrat l'existència del fons de reserva), si és viable travar l'embargament sobre les quotes ordinàries i extraordinàries recaptades per l'Administrador als comuners i que estan destinades a atendre les despeses generals de manteniment de l'edifici i els serveis comuns, imprescindibles per tant per l'habitabilitat de la finca (pensem p. ex. en la llum de l'escala o de l'ascensor, etc.). Davant d'un requeriment judicial, i tractant-se d'actius comunitaris, la resposta hauria de ser afirmativa i el seu compliment correspon a l'Administrador de la comunitat.

Acotacions del món pràctic a la propietat horitzontal (III)

RAMÓN GARCÍA-TORRENT CARBALLO

Notario

Dado el tiempo de que disponemos, y el objeto del presente trabajo, no podemos hacer un análisis exhaustivo de las reformas operadas en el Libro V del Código Civil de Catalunya, en virtud de la Ley 5/2015, de 13 de mayo, sino que, entre ellas, vamos a detenernos en algunas de las que creemos pueden tener mayor trascendencia e interés práctico:

1º. Crédito superprivilegiado y afección real.

En primer lugar, analizaremos la reforma de los artículos 553-4 y 5, que pasan a tener la siguiente redacción:

“Artículo 553-4 Créditos y deudas.

1. Todos los propietarios son titulares mancomunados, tanto de los créditos constituidos a favor de la comunidad como de las deudas contraídas válidamente en su gestión, de acuerdo con las respectivas cuotas de participación.
2. El importe de la contribución de cada propietario a los gastos comunes, ordinarios y extraordinarios, y al fondo de reserva es

el que resulta del acuerdo de la junta y de la liquidación de la deuda según la cuota que corresponda.

3. Los créditos de la comunidad contra los propietarios por los gastos comunes, ordinarios y extraordinarios, y por el fondo de reserva correspondientes a la parte vencida del año en curso y a los cuatro años inmediatamente anteriores, contados del 1 de enero al 31 de diciembre, tienen preferencia de cobro sobre el elemento privativo con la prelación que determine la ley.

4. Los créditos devengan intereses desde el momento en que debe efectuarse el pago correspondiente y este no se hace efectivo.

Artículo 553-5 Afección real.

1. Los elementos privativos están afectados con carácter real y responden del pago de los importes que deben los titulares, así como los anteriores titulares, por razón de los gastos comunes, ordinarios o extraordinarios, y por el fondo de reserva, que correspondan a la parte vencida del año en curso y a los cuatro años inmediatamente anteriores, contados del 1 de enero al 31 de diciembre, sin perjuicio, si procede, de la responsabilidad de quien transmite.

2. Los transmitentes de un elemento privativo deben declarar que están al corriente de los pagos que les corresponden o, si procede, deben especificar los que tienen pendientes y deben aportar un certificado relativo al estado de sus deudas con la comunidad, expedido por quien ejerce la secretaría, en el que deben constar, además, los gastos comunes, ordinarios y extraordinarios, y las aportaciones al fondo de reserva aprobados pero pendientes de vencimiento. Sin esta manifestación y esta aportación no puede otorgarse la escritura pública, salvo que las partes renuncien expresamente a ellas. En cualquier caso, sin perjuicio de la afección real establecida por el apartado 1, el transmitente responde de la deuda que tiene con la comunidad en el momento de la transmisión.

3. El certificado a que se refiere el apartado 2 no requiere el visto bueno de la presidencia si la administración de la comunidad la lleva un profesional que ejerce la secretaría.”.

Varios aspectos deben destacarse:

a. se añade el párrafo 3º en el artículo 553-4, relativo a la preferencia de cobro sobre el elemento privativo de los créditos de la comunidad contra los propietarios por los gastos comunes, ordinarios y extraordinarios, y por el fondo de reserva correspondientes a la parte vencida del año en curso y a los cuatro años inmediatamente anteriores, contados del 1 de enero al 31 de diciembre. Teniendo en cuenta que, según el párrafo 4º, los créditos devengan intereses desde el momento en que debe efectuarse el pago correspondiente y éste no se hace efectivo. Pues bien, se trata de un privilegio de carácter especial, lo mismo que sucede con la Ley estatal, si bien con un plazo más amplio que en ésta (en la que son tres años y el corriente ex art. 9.1 e), tras la reforma por la Ley estatal 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas). Por tanto, el resto de acreedores (sin privilegio o con privilegio inferior al de la comunidad) tendrán un trato diferenciado en Cataluña frente al resto del Estado.

No regula la Ley, no obstante, la prelación del crédito, remitiéndose a la Ley, que será, en este caso, la estatal. En este sentido, atenderemos al artículo 9.1 e) de la Ley de Propiedad Horizontal, en cuanto establece que:

“tienen la condición de preferentes a efectos del artículo 1.923 del Código Civil y preceden, para su satisfacción, a los citados en los números 3.º, 4.º y 5.º de dicho precepto, sin perjuicio de la preferencia establecida a favor de los créditos salariales en el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo”

y ello por el período de tiempo que establece el Código Civil de Cataluña. Téngase en cuenta, en todo caso, que según la Disposición Final de la Ley de reforma:

“la preferencia de cobro regulada por el artículo 553-4.3 del Código civil y la afección real de los elementos privativos regulada por el artículo 553-5.1 del Código civil, ambos en la redacción establecida por la presente ley, solo se aplican a los créditos que se

reclamen judicialmente o a las transmisiones que se produzcan a partir de la entrada en vigor de la presente ley”.

b. Paralelamente, se reforma la afección real del departamento privativo en el mismo sentido. Dicha afección real, evidentemente, lo es “sin perjuicio, si procede, de la responsabilidad de quien transmite”. No cabe olvidar la posibilidad de que las partes, en la escritura pública, modalicen con efectos internos la distribución de las deudas pendientes frente a la comunidad, de haberlas. Piénsese, como es frecuente, el caso de acuerdos adoptados por la Junta que suponen gastos, pero cuyo pago está diferido en el tiempo (de modo que, civilmente, debería pagar el que fuera propietario en el momento de la exigibilidad, que es cuando, según el artículo 553-4.4, devengan intereses). En estos casos, las partes suelen distribuirse el sufragio de los mismos, independientemente del obligado al pago frente a la comunidad, como pacto inter partes. Cabecera

c. De igual modo, a efectos de acreditar en las transmisiones el estado de pago del propietario transmitente, el artículo 553.5-2 añade:

“Los transmitentes de un elemento privativo deben declarar que están al corriente de los pagos que les corresponden o, si procede, deben especificar los que tienen pendientes y deben aportar un certificado relativo al estado de sus deudas con la comunidad, expedido por quien ejerce la secretaría, en el que deben constar, además, los gastos comunes, ordinarios y extraordinarios, y las aportaciones al fondo de reserva aprobados pero pendientes de vencimiento. Sin esta manifestación y esta aportación no puede otorgarse la escritura *pública*, salvo que las partes renuncien expresamente a ellas. En cualquier caso, sin perjuicio de la afección real establecida por el apartado 1, el transmitente responde de la deuda que tiene con la comunidad en el momento de la transmisión”.

Obsérvese que ahora se exige el certificado (o su exoneración por el adquirente) en toda transmisión, y no sólo en las onerosas, a efectos de evitar donaciones envenenadas y permitir al donatario

calibrar el alcance real de su adquisici3n. De nuevo, no obstante, la Ley recuerda que el obligado al pago sigue siendo el transmitente, sin perjuicio de la afecci3n real, como garant3a subsidiaria, y, de nuevo tambi3n, salvo pacto interno entre las partes, que, no obstante, no altera el obligado al pago frente a la propia comunidad, ya que en caso contrario nos encontrar3amos ante una asunci3n de deuda liberatoria sin consentimiento del acreedor, inconcebible seg3n las reglas generales.

No podemos dejar de mencionar que seg3n el art3culo 553-37, la persona que enajena un elemento privativo debe comunicar el cambio de titularidad a la secretar3a de la comunidad. Mientras no lo comunique responde solidariamente de las deudas con la comunidad, lo cual supone una reforma extraordinaria, as3 como en sus consecuencias, y contraria al com3n proceder en las compraventas. No creemos que con la petici3n al administrador-secretario del certificado de deudas a efectos de proceder a la transmisi3n se entienda cumplido el requisito de este art3culo.

2º. La constituci3n de la Junta de Propietarios.

Otra de las novedades introducidas por la ley es la supresi3n de la distinc3n entre primera y segunda convocatoria, que exig3an diferente qu3rum de asistencia para su v3lida constituci3n. As3, la propia Exposici3n de motivos lo destaca, y lo justifica dado que la realidad ha revelado la inutilidad de la doble convocatoria. Para la primera se exig3a que concurrieran al menos la mitad de los propietarios que representen la mitad de las cuotas de participaci3n, siendo indiferente el n3mero de propietarios y cuotas concurrentes para la segunda convocatoria.

Actualmente, la ley es tajante. Se constituye v3lidamente sea cual sea el n3mero de propietarios y cuotas de las que sean titulares o representantes, y ya no distingue entre una u otra forma de convocatoria. Eso s3, no podr3n adoptarse acuerdos si no se re3nen los qu3rums legales que para cada caso se necesitan; que, como m3nimo, en los supuestos del art3culo 553-25 ser3 de mayor3a simple, es decir que el n3mero de votos a favor supere los votos en contra, al menos por uno, entendido en el sentido de dobles mayor3as, es decir de personas y de cuotas.

Otra novedad de la nueva redacción del precepto es que ya no se exige que el *lugar de celebración* sea necesariamente en el municipio de la comarca donde se halla el inmueble, quizás para dar una mayor flexibilidad a la reunión o más bien por razones obvias, pues por practicidad siempre se suele elegir el lugar de ubicación del inmueble.

Esta libertad para celebrarla fuera del municipio de la comarca, tal vez pensada para aquellas zonas turísticas, en las que la mayoría de los propietarios y también el mismo administrador no residen en ese lugar habitualmente, podría perjudicar a los demás propietarios que sí tienen su residencia habitual en el edificio.

3º. Otro de los puntos reformado, de enorme calado, es el relativo al quórum de adopción de acuerdos:

a. En efecto, la regla general, según el artículo 553-25 es la adopción por mayoría simple de los propietarios que han participado en cada votación, que debe representar, a la vez, la mayoría simple del total de sus cuotas de participación. Y hablo de regla general, pues, además de para los acuerdos que indica el mismo artículo, dicha mayoría la aplica a los acuerdos que no tengan fijada una mayoría diferente para su adopción. Y aclara que la adopción del acuerdo por mayoría simple requiere que los votos y cuotas a favor superen los votos y cuotas en contra.

De entre los supuestos que exigen mayoría simple podemos destacar el acuerdo de someter a mediación cualquier cuestión propia del régimen de la propiedad horizontal. En las últimas reformas legislativas aprobadas se ha buscado una desjudicialización de todas aquellas cuestiones que puedan ser abordadas por otros órganos de dirimición de conflictos, como pueden ser los mediadores. Evitando así el taponamiento que existe en la Administración de Justicia para todas aquellas cuestiones que pueden atajarse por otra vía.

Así lo ha destacado la Exposición de Motivos de la ley, que dice que se incluye expresamente y se favorece la resolución extrajudicial de los conflictos surgidos en el ámbito de la propiedad horizontal y se establece explícitamente que los propietarios pueden acordar acudir al arbitraje por cualquier cuestión relativa al régimen. Por ello, cuando un precepto se refiere a la autoridad judicial, es preciso entender comprendido el arbitraje, esta alternativa puede haberse establecido

a todos los efectos en una cláusula de los estatutos o puede acordarse “ad hoc”. En la misma línea, se fomenta la mediación como método para favorecer la resolución de conflictos.

Aún en estos casos en los que se exige mayoría simple, existen ciertos acuerdos para los que se requiere, además, el consentimiento expreso del propietario afectado, así:

- los que modifiquen la cuota de participación.
- los que priven a cualquier propietario de las facultades de uso y disfrute de elementos comunes (obsérvese que precisa que son elementos comunes, lo que puede incidir en la doctrina de la D.G.E.J. respecto de las prohibiciones estatutarias de usos turísticos, por vía de reforma, que le llevaba antes a exigir el consentimiento unánime al afectar a los usos de los elementos privativos, y ello sin perjuicio de las autorizaciones pertinentes).
- y los que determinen la extinción del régimen de la propiedad horizontal simple o compleja.

b. Por su parte, el artículo 553-26.2 enumera una serie de acuerdos que requieren de una mayoría cualificada, integrada por el voto favorable de las cuatro quintas partes de los propietarios con derecho a voto, que deben representar a la vez las cuatro quintas partes de las cuotas de participación:

b.1. Modificar el título de constitución y los estatutos, salvo que exista una disposición legal en sentido contrario. A destacar que según el artículo 553-9.5:

“Las estipulaciones establecidas en la constitución del régimen, o en cualquier otro documento, que impliquen una reserva de la facultad de modificación unilateral del título de constitución a favor del constituyente, o que le permitan decidir en el futuro asuntos de competencia de la junta de propietarios, son nulas”.

Y a destacar igualmente que *ex art.* 553-10, en lo que nos interesa: no es preciso el acuerdo de la junta de propietarios

para la modificación del título de constitución si la motivan los siguientes hechos:

- El ejercicio de un derecho de vuelo, sobreelevación, subedificación y edificación si se ha previsto así al constituir el régimen o el derecho. A destacar la Resolución de la D.G.R.N. de 20 de abril de 2006, que recuerda que al ser el vuelo un elemento común, se requiere siempre de un negocio causal para que pase a ser privativo, no bastando con la unanimidad de los propietarios.
- Las agrupaciones, agregaciones, segregaciones y divisiones de los elementos privativos o las desvinculaciones de anexos, si los estatutos así lo establecen. A destacar la Resolución de la D.G.R.N. de 5 de julio de 2016, que, a propósito de un supuesto en el que el propietario de dos de elementos privativos que tienen como anejos, respectivamente, el uso y disfrute exclusivo de una zona de azotea, procediendo a segregar dichos anejos agregándolos a una tercera finca de su propiedad, entiende que la cláusula estatutaria no alcanza dicha modificación, que afecta al régimen jurídico de elementos comunes al ser la propiedad de dicha terraza un elemento común, por lo que se necesita consentimiento de la Comunidad de Propietarios.

Es interesante igualmente la Resolución de la D.G.R.N. de 6 de mayo de 2015, que entiende que la cláusula estatutaria no alcanza la fijación de linderos y superficie del anejo, de modo que si no se ha determinado al otorgar el título constitutivo de la propiedad horizontal, la cláusula quedará vacía de contenido, ya que mantiene que la fijación de linderos y superficie del nuevo elemento implica una modificación de la propiedad horizontal, y que la cláusula estatutaria, aunque válida, no ampara dichas operaciones.

- Las alteraciones del destino de los elementos privativos, salvo que los estatutos las prohíban expresamente.

Además, la D.G.E.J. (baste por todas la Resolución de 9 de octubre de 2014) en doctrina idéntica a la D.G.R.N. en lo que a modificación de estatutos se refiere (así Resolución de 1 de julio de 2013 o 9 de abril de 2014), cuando se pretende su inscripción

existiendo titulares posteriores inscritos, declara que no son inscribibles por cuanto que, constando en el Registro la existencia de propietarios que adquirieron su derecho con posterioridad al acuerdo, no podían aquéllos verse afectados. Recuérdense que actualmente el artículo 553-11, reformado, reza que “las normas de los estatutos que no estén inscritas en el Registro de la Propiedad no perjudican a terceros de buena fe”.

Y continuando con los supuestos en los que se requiere la mayoría cualificada citada de cuatro quintos:

b.2. Adoptar acuerdos relativos a innovaciones físicas en el inmueble, si afectan a su estructura o su configuración exterior, salvo que sean exigibles para la habitabilidad, accesibilidad o seguridad del inmueble, y a la construcción de piscinas e instalaciones recreativas.

b.3. Desafectar un elemento común. Recordemos que ex artículo 553-34, los elementos comunes desafectados por acuerdo de la junta de propietarios tienen carácter de elemento privativo de beneficio común, salvo que se establezca otra cosa. Quizás esta presunción permite evitar supuestos como el contemplado por la Resolución de la D.G.R.N. de 4 de octubre de 2013. Así: se otorga una escritura de compraventa por el Presidente de una Comunidad de Propietarios en propiedad horizontal en virtud de la cual adquiere para todos y cada uno de los propietarios de la Comunidad una finca o elemento privativo de dicha Comunidad que se va a destinar a fines comunes. La registradora deniega la inscripción porque la Comunidad de Propietarios no tiene personalidad jurídica. El notario autorizante recurre y alega que no compra para la Comunidad sino para todos y cada uno de los propietarios y que el bien adquirido tiene carácter procomunal y queda vinculado “ob rem” a los restantes elementos privativos. Y la DGRN desestima el recurso, declarando que la Comunidad de Propietarios no tiene personalidad jurídica y por tanto no puede ser titular registral de una finca. En el caso concreto admite que lo pretendido en la escritura pueda ser la adquisición por los copropietarios individuales y la conversión de lo adquirido en un elemento procomunal, pero en tal caso considera que no se ha configurado y especificado

debidamente el derecho objeto de inscripción ya que falta la determinación del carácter procomunal del bien adquirido, la vinculación real de dicho elemento a los restantes elementos privativos, y la determinación del porcentaje de titularidad de dicho elemento procomunal.

b.4. Constituir, enajenar, gravar y dividir un elemento privativo de beneficio común.

b.5. Acordar cuotas especiales de gastos, o un incremento en la participación en los gastos comunes correspondientes a un elemento privativo por el uso desproporcionado de elementos o servicios comunes, de acuerdo con lo establecido por el artículo 553-45.4.

b.6. Acordar la extinción voluntaria del régimen de propiedad horizontal por parcelas.

De estos dos últimos supuestos nos ocuparemos más tarde.

b.7. La cesión onerosa del uso y el arrendamiento de elementos comunes que tienen un uso común por un plazo superior a quince años.

c. y el número primero de dicho artículo exige el voto favorable de todos los propietarios con derecho a voto para:

c.1. Modificar las cuotas de participación.

c.2. Desvincular un anexo.

c.3. Vincular el uso exclusivo de patios, jardines, terrazas, cubiertas del inmueble u otros elementos comunes a uno o varios elementos privativos.

c.4. Ceder gratuitamente el uso de elementos comunes que tienen un uso común.

c.5. Constituir un derecho de sobreelevación, subedificación y edificación sobre el inmueble.

c.6. Extinguir el régimen de propiedad horizontal, simple o compleja, y convertirla en un tipo de comunidad diferente.

c.7. Acordar la integració en una propietat horitzontal complexa.

c.8. Someter a arbitraje cualquier cuestión relativa al régimen de la propiedad horitzontal, salvo que exista una disposición estatutaria contraria.

Aclarando, además, que en ambos casos (acuerdos que requieren unanimidad o mayoría de cuatro quintos), los acuerdos se entienden adoptados:

1º. Si se requiere la unanimidad, cuando han votado favorablemente todos los participantes en la votación y, en el plazo de un mes desde la notificación del acuerdo, no se ha opuesto ningún otro propietario mediante un escrito enviado a la secretaría por cualquier medio fehaciente.

2º. Si se requieren las cuatro quintas partes, cuando han votado favorablemente la mayoría simple de los propietarios y de las cuotas participantes en la votación y, en el plazo de un mes desde la notificación del acuerdo, se alcanza la mayoría cualificada contando como voto favorable la posición de los propietarios ausentes que, en dicho plazo, no se han opuesto al acuerdo mediante un escrito enviado a la secretaría por cualquier medio fehaciente.

Repárese en el matiz, tras la reforma, ya que en estos últimos casos habla de cuándo se entiende adoptado el acuerdo. Y es que, bien podría suceder que esta adhesión tácita sea necesaria para reunir las mayorías legales, de forma que admitir su ejecutividad anterior (como podía suceder con la redacción anterior) nos llevaría a acuerdos ejecutivos que no reúnen el quórum de adopción legal. Por ello, el artículo 553-29 dispone que “Los acuerdos adoptados válidamente por la junta de propietarios, salvo que los estatutos establezcan otra cosa, son ejecutivos desde el momento en que se adoptan”, y ese momento de la adopción no será sino el del transcurso del plazo del mes desde la notificación, momento en el que se sabrá cuál es el quórum final de adopción del acuerdo en cuestión.

Así, vemos que las mayorías exigidas o la unanimidad, en su caso, no se exigen en un momento inicial, sino que se da el margen de un mes para que los propietarios ausentes puedan oponerse, y a

falta de dicha oposición, se les considera adheridos al acuerdo. De esta forma, es cierto que se simplifica la constitución de la junta, como decíamos, al no exigirse un número mínimo de asistentes, pero al mismo tiempo se ralentiza la efectividad de la toma de decisiones, pues habrá que esperar un mes, por ejemplo, para poder acometer la realización de las obras de reforma acordadas, con los inconvenientes prácticos que ello conlleva. Aunque no hay que olvidar que para todo tipo de acuerdos, cuando alguno de los propietarios resulte especialmente afectado, bien porque se modifique su cuota, bien porque le priven del uso y disfrute de elementos comunes o cuando se acuerde la extinción del régimen de propiedad horizontal simple o compleja, se requiere además de la unanimidad que el propietario afectado lo haya consentido expresamente, imposibilitando por tanto darle por adherido por la vía de la no oposición (Art. 553-25.4).

Recordemos que la Resolución de la Dirección General de Entidades Jurídicas (en adelante DGEJ) de 17 de diciembre de 2015, ya ha señalado que la retroactividad de la Disposición Final de la Ley 5/2015 se refiere a los “inmuebles”, es decir, a su configuración y organización en régimen de propiedad horizontal, pero no a los “actos” y “acuerdos” de los propietarios para los cuales la nueva ley establezca una regulación diferente. Esta resolución, además, analiza el régimen de contribución a los gastos de comunidad. Este puede venir dado por las cuotas de participación o bien por los estatutos. Sobre la base de los artículos 553.3, 553.45 y 553.38.2, la fijación de la contribución de los propietarios para sufragar los gastos comunes se establece en proporción a su cuota de participación en el régimen de propiedad horizontal. Pero esta cuota es diferente de la cuota de contribución a los gastos, pues la cuota de participación no sólo tiene por finalidad la de fijar la contribución a gastos ni la de contribución depende exclusivamente de la cuota de participación, como lo demuestra que el artículo 553.3.1 letra c) admita pacto en contra. Por ello, la modificación de las segundas no siempre conlleva la de las primeras. En este supuesto, se alteraban las cuotas de contribución a gastos, lo que determinaba que la mayoría exigible fuera la genérica de los acuerdos prevenida por el artículo 553.25.2, no la prevista por el artículo 553.3.4, esto es, cuatro quintas partes de los propietarios que representen las cuatro quintas partes de las cuotas de participación. Por otra parte, no es preciso el consentimiento expreso de los propietarios afectados porque con el acuerdo se restablece la regla

general de contribuir y porque no se les priva del goce y disfrute de un elemento, a diferencia del supuesto que dio origen a la Resolución de 14 de julio de 2015, motivo por el cual deviene inaplicable el artículo 553.25.4.

Esta Resolución trata una interesante cuestión: la diferencia respecto de la cuota de contribución a los gastos. El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, (así por ejemplo la Sentencia 25/2013, de 4 de abril (RJ\2013\6381)), exige que la fijación de una cuota de gastos diferente sea equitativa, de modo que se eviten situaciones conflictivas que generen litigios entre los propietarios. Por ello, entiende preciso que se fundamente en un uso y disfrute especialmente intenso del elemento o elementos comunes de que se trate y requiere, como *obiter*, que se adopte por mayoría de cuatro quintas partes, sin que el principio de libertad civil pueda prevalecer, ya que queda limitado en todo caso por el de buena fe (consagrada tras la reforma en el artículo 553-26.2, como hemos visto).

4º. Otro de los puntos reformados que analizaremos es el relativo a la extinción del régimen.

Así, el artículo 553-14 dispone, en su primer párrafo, que:

“el régimen de propiedad horizontal se extingue voluntariamente por acuerdo unánime de la junta de propietarios de conversión en otro tipo de comunidad o por decisión del propietario único. El acuerdo o decisión requiere el consentimiento de los titulares de derechos reales sobre los elementos privativos o comunes afectados. En cualquier caso, se presume otorgado el consentimiento si el titular del derecho real no ha manifestado su oposición al acuerdo o decisión en el plazo de un mes a contar de la fecha en que se le haya notificado”.

A destacar:

- no cabe la unanimidad “tácita”, ya que *ex art.* 553-25, los acuerdos que modifiquen la cuota de participación, los que priven a cualquier propietario de las facultades de uso y disfrute de elementos comunes y los que determinen la extinción del

régimen de la propiedad horizontal simple o compleja requieren el consentimiento expreso de los propietarios afectados. En el mismo sentido, la Resolución de la D.G.R.N. de 26 de febrero de 2015, partiendo de la distinción ya consagrada entre actos colectivos (adoptados con los requisitos previstos en la legislación de propiedad horizontal y que no se imputan a cada propietario singularmente sino a la junta como órgano comunitario) y aquellos otros actos que, por afectar al contenido esencial del derecho de dominio, requieren el consentimiento individualizado de los propietarios correspondientes, (el cual habría de constar mediante documento público para su acceso al Registro de la Propiedad y que por tanto no podría inscribirse si no se ha otorgado «uti singuli» por todos los que, en el momento de la inscripción, aparezcan como propietarios de los distintos elementos privativos (cfr. artículo 20 de la Ley Hipotecaria), sin que baste, por tanto, la unanimidad presunta), llega a la conclusión de que el acuerdo de extinción de la propiedad horizontal aun cuando sea por vía de conversión, se trata de un acto para el que la junta es competente como órgano colectivo de la comunidad de propietarios, pudiendo fijarse en dicho acuerdo incluso las condiciones que vayan a regir la comunidad ordinaria que se origine, pero es indudable que, dadas las repercusiones que tiene en la titularidad de los copropietarios, pues, aun cuando conserven el dominio, es significativo el cambio en el régimen y condiciones de su ejercicio que supone la modificación del régimen de copropiedad, debe contar con el consentimiento individual de los propietarios.

En el Código Civil de Cataluña, sólo se exige el consentimiento individual, pero no su constancia en documento público, por lo que parece que será responsabilidad del secretario la prueba de que los consentimientos individuales se han producido, según algunos sectores del ámbito registral, si bien lo cierto es que las conversiones determinarán asientos registrales en las que el principio del tracto sucesivo juega un papel esencial.

- igualmente, exige el consentimiento de los acreedores, lo que se ha criticado por excesivo, ya que, como recuerda la Resolución citada, la hipoteca por subrogación real pasará a gravar la cuota

que sustituya al departamento en la comunidad. Igualmente, plantear3 un problema de acreditaci3n, especialmente en el caso de silencio del acreedor transcurrido el plazo (si bien parece que, de nuevo, bastar3 que lo certifique el secretario).

5º. Y, finalmente, referirnos brevemente al interesante caso de la renuncia abdicativa:

Si bien no es una materia afectada por la reforma, no puedo dejar de mencionar, por su inter3s, las consecuencias e incluso posibilidad de una renuncia abdicativa de la propiedad de un departamento privativo (especialmente frecuente en 3poca de crisis). El supuesto se plante3 en la Resoluci3n de la DGRN de 30 de agosto de 2013: se otorga una escritura de renuncia abdicativa del dominio de una finca que forma parte de una propiedad horizontal. La DGRN entiende que la renuncia podr3 perjudicar a terceros (recordemos el art3culo 6.2 del C3digo Civil Estatal) pero considerando, en base a diversos razonamientos y jurisprudencia, que en este caso (al haber un objeto compartido en propiedad horizontal) son de aplicaci3n los art3culos 1705 y 1706 del mismo C3digo, relativos a las sociedades civiles, por lo que hay que comunicar la renuncia a los restantes copropietarios, que ser3an los beneficiarios de la renuncia y a los que no considera terceros), haci3ndoles saber la puesta a su disposici3n de la cosa abandonada (declaraci3n recepticia). Adem3s exige que todos los copropietarios restantes de la propiedad horizontal presten su consentimiento en escritura de forma an3loga a lo que ocurre con los socios colectivos y regula el art3culo 239.2 del Reglamento del Registro Mercantil, ya que entiende que no queda vacante ya que en este caso la propiedad acrece a los restantes copropietarios de la propiedad horizontal en proporci3n a sus cuotas.

En el caso de Catalu3a, hemos de partir del art3culo 552-5 del C3digo Civil, en cuanto dispone, a prop3sito de la Comunidad ordinaria:

“Cada cotitular puede renunciar a su derecho en la comunidad. La renuncia comporta el acrecimiento de los dem3s cotitulares en proporci3n a sus derechos sin necesidad de aceptaci3n expresa pero sin perjuicio de poder renunciar a los mismos. La

renuncia no exime a los renunciantes del cumplimiento de las obligaciones anteriores y pendientes por razón de la comunidad. La renuncia debe constar en escritura *pública* si la comunidad tiene por objeto la propiedad o un derecho real sobre un bien inmueble o sobre participaciones en sociedades mercantiles”.

Así, la Resolución de la D.G.E.J. de 19 de julio de 2012, si bien, se insiste, en un caso de comunidad romana, exige la notificación a los copropietarios, para que éstos puedan conocer el acrecimiento automático, como declaración de voluntad casi podríamos decir “recepticia”, pero además, y en este caso por exigencias del principio de rogación registral, exige que los comuneros a los que acrece soliciten expresamente la inscripción a su favor, momento hasta el cual el Registrador, por imperativo del artículo 552-5, no podrá inscribir la renuncia. En definitiva, acrecimiento automático y forzoso, pero para cuya operatividad registral (que no es poco, si tenemos en cuenta los efectos ofensivos y defensivos de la inscripción registral) exigirá el consentimiento de los acrecidos. Si tenemos en cuenta, en todo caso, las peculiaridades de la propiedad horizontal, en los que la copropiedad está sobre los elementos comunes, pero no sobre el elemento privativo, podría discutirse su encaje, máxime cuando, si bien las Resoluciones del mismo Centro Directivo de 10 de enero y 18 de febrero de 2003, la renuncia abdicativa por el único propietario es título para cancelar el derecho del renunciante, no lo es menos que en la propiedad horizontal hay terceros perjudicados, como señala la D.G. estatal. Quizás la solución estaría en la notificación a los propietarios de los demás departamentos privativos, cuyo consentimiento daría lugar a un elemento privativo de beneficio común, máxime tras la presunción legal en caso de desafección, que podría extenderse por identidad de razón (recurriendo a la analogía), y ello sin necesidad de recurrir a las normas de la sociedad, al tener fundamento ya en la regulación de la comunidad ordinaria.

SEGONA PONÈNCIA

Harmonització
i altres modificacions
del Codi civil de Catalunya

La Llei 6/2015, de 13 de maig, d'Harmonització del Codi civil de Catalunya. La qüestió de l'emfiteusi

ORIOI SAVALL LÓPEZ-REYNALS

Advocat

SUMARI

1. INTRODUCCIÓ, 2. L'INICI DEL PERÍODE DE PRESCRIPCIÓ, 3. LA INTERRUPCIÓ DE LA PRESCRIPCIÓ, 4. CONCLUSIONS, 5. BIBLIOGRAFIA

1. INTRODUCCIÓ

En celebrar-se les Dinovenes Jornades de Dret Català a Tossa el setembre de 2016, estàvem davant d'un marc legal sensiblement diferent a l'actual, en que alguns preceptes de la Llei 5/2015, de 13 maig, d'Harmonització del Codi Civil de Catalunya, referents a l'emfiteusi, han estat modificats o afegits per la Llei 3/2017, de 15 de febrer, del Llibre VI del Codi Civil de Catalunya, la qual cosa ens obliga a replantejar part del contingut d'aquestes reflexions.

Atès que les persones interessades en aprofundir en el coneixement de l'emfiteusi poden consultar diversos manuals i estudis monogràfics, alguns dels qual se citen com a bibliografia al final d'aquest resum, hem considerat convenient donar a aquesta ponència un contingut més pràctic que teòric. Així mateix, per intentar fer més àgil la lectura i la comprensió del tema d'aquesta intervenció, evitarem les notes a peu de pàgina i procurarem reduir, en la mesura que sigui possible, les cites doctrinals i jurisprudencials.

Per tal de centrar la qüestió i de fer-nos una idea dels canvis operats en l'evolució legislativa de l'emfiteusi al llarg del darrer quart de segle, hem de començar fent unes pinzellades sobre el tema.

Fins al mes d'abril de l'any 1990 estaven vigents a Catalunya les lleis estatals de censos de 31-12-1945; 26-12-1957 i els arts. 296 a 317 de la Compilació de Dret Civil de Catalunya. Principalment, aquestes normatives regulaven:

- la inscripció, la divisió i la redempció dels censos a Catalunya,
- els drets i obligacions de censataris i censalistes,
- la prescripció dels censos i les maneres d'aconseguir la seva interrupció.

Aquestes normatives preveien també una sèrie de sancions, com ara la cancel·lació dels assentaments registrals del dret de cens per la manca de divisió de la seva pensió o per la inactivitat registral del dret durant més de 30 anys sempre i quan, en aquest darrer supòsit, s'acredités la defunció del censalista amb més de deu anys d'antiguitat.

La Llei catalana de censos 6/1990, de 16 de març, va néixer amb la vocació d'unificar l'anterior normativa en un únic text legal, es va adaptar als principis constitucionals i va atorgar una nova regulació a la qüestió de l'emfiteusi –amb una empremta més sancionadora que la normativa precedent– per propiciar l'alliberament de càrregues. També va endurir les anteriors sancions consistents en cancel·lacions d'assentaments registrals de censos fins al punt de convertir-les en extinció civil del dret material d'emfiteusi. En aquest sentit va mantenir la sanció per manca de divisió de la pensió en un termini determinat i va introduir una nova extinció civil del dret de cens per falta d'acreditació de la seva vigència al registre de la propietat en el termini de cinc anys.

Val la pena afegir que aquesta nova llei va permetre instar la redempció forçosa als censalistes ja que, des de la Llei de 31-12-1945 en que es va regular la redempció forçosa, aquesta facultat s'havia concedit únicament als censataris.

L'esmentada Llei 6/1990, de 16 de març, va fer possible la cancel·lació registral de moltes inscripcions de censos, amb virtualitat merament tabular, per extinció civil del dret emfitèutic. Va incentivar, al mateix

temps, l'actualització de moltes titularitats de censalistes i la represa del tracte registral, per tal de poder portar a terme les operacions de divisió de les pensions i/o acreditació de vigència del dret de cens.

Amb l'entrada en vigor l'1 de juliol de 2006 del Llibre V del Codi Civil de Catalunya (CCC), es va produir quasi una transposició al seu article 565 –que s'ocupa dels censos– de la matèria continguda a l'articulat de la Llei 6/1990 però amb força modificacions referents a la constitució, a l'extinció i a la inscripció del cens. Va preveure un procediment judicial sumari per a la reclamació del pagament de les pensions vençudes i va reduir de 30 a 10 anys el termini per poder exigir les pensions vençudes i els lluïsmes meritats.

El Llibre V del CCC es va aprovar per la Llei 5/2006, de 10 de maig, que en les seves Disposicions Transitòries 13^a, 14^a i 15^a s'ocupava de l'emfiteusi, incorporant les següents novetats:

- a) va especificar de manera més clara l'obligació d'inscriure en el termini d'un any, des de la seva entrada en vigor, les escriptures de divisió de pensions practicades segons la Llei 6/1990 (D.t. 13^a-2), sota la pena, en cas de no fer-ho, d'extinció civil del dret de cens;
- b) a efectes del càlcul d'extinció del domini, va deixar de computar en el valor de la finca les millores posteriors a l'entrada en vigor de la Llei l'1-7-2006 (D. T. 14-3-d-Segona);
- c) en cas de manca d'acord entre les parts, va adoptar per defecte el valor cadastral de les finques urbanes a l'hora d'aplicar els lluïsmes per calcular l'import de l'extinció del domini (D. T. 14-3-d-Tercera);
- d) va reiterar la usucapció i la prescripció de censos, els lluïsmes i les pensions (D. T. 15^a).
- e) pel que fa a la prescripció extintiva per reclamar les pretensions del censalista, va fixar el termini en 10 anys (arts. 565-10 i 565-20 CCC) i en 20 anys per a la usucapció (D. T. 2^a i art. 531-27 CCC).

Així doncs, la regulació legal que regia l'emfiteusi just abans d'entrar en vigor el 9 de juny de 2015 la Llei 6/2015, de 13 de maig, d'Harmonització del Codi Civil de Catalunya, es caracteritzava, a grans trets i de forma molt esquemàtica per:

- 1) La possibilitat de demanar la redempció del cens i l'extinció del domini, tant per part del censatari com per part del censalista.

- 2) No computar les millores efectuades a la finca gravada amb posterioritat a l'1-7-2006 a l'hora de determinar-ne el valor per calcular l'import de l'extinció del domini i altres drets dominicals.
- 3) En les finques urbanes, adoptar el valor cadastral a l'hora d'aplicar els lluïsmes corresponents per a l'extinció del domini en el supòsit de no haver-hi acord entre censalista i censatari quant al valor de l'immoble.
- 4) En les finques rústiques, determinar el valor judicialment a l'hora de calcular els lluïsmes corresponents per a l'extinció del domini, en el supòsit de no haver-hi acord entre censalista i censatari quant al valor de la finca.
- 5) Donar per bona la quota o percentatge del lluïme que figurava en el títol de constitució. En cas de manca de pacte, es fixava en el 2% o el 10% del valor de l'immoble, en funció de si l'immoble estava situat fora o dins del territori emfitèutic de Barcelona.
- 6) Fixar la prescripció extintiva de les pretensions de cobrament de pensions i lluïsmes en 10 anys i la usucapió de les mateixes pretensions en 20 anys.
- 7) Entendre exclosa la prescripció extintiva del dret emfitèutic, en la seva vessant de dret material, d'acord amb l'art. 121-1 del CCC, que determina que la prescripció extingeix les pretensions relatives a drets disponibles, entenent com a pretensió el dret a reclamar d'altri una acció o una omissió. L'art. 121-1 CCC s'ha de posar en relació amb l'art. 532-1 del mateix CCC que, en referir-se a les causes d'extinció dels drets reals en general, no menciona la prescripció.
- 8) Reconèixer el dret de fadiga, amb les seves modalitat de tempteig i de retracte, per llei al censatari i per pacte també al censalista, encara que a la pràctica resulta quasi inoperant, per aplicació de l'art. 565-27 CCC.

Les novetats introduïdes per la Llei 6/2015, de 13 de maig, d'Harmonització del Codi Civil de Catalunya, amb les modificacions aportades per la Llei 3/2017, de 15 de febrer, del Llibre VI del Codi Civil de Catalunya, i la seva posterior correcció d'errades, resulten bastant

significatives. Els preceptes que s'ocupen, directa o indirectament de la qüestió, en el seu actual i vigent redactat, els podríem resumir en:

- art. 121-12 referent als requisits per interrompre la prescripció.
- art. 121-14 referent als efectes de la interrupció de la prescripció.
- art. 565-11 referent a les causes d'extinció del cens.
- art. 565-17-2 referent al lluïsmen en cas de manca de pacte.
- Disposició Final 3 d'aplicació de l'art. 565-11-1-c).

Per donar una idea de l'abast de la reforma que suposa la Llei 6/2015, de 13 de maig, d'Harmonització del Codi Civil de Catalunya, amb les modificacions aportades per la Llei 3/2017, de 15 de febrer, del Llibre VI del Codi Civil de Catalunya, i la seva posterior correcció d'errades no només haurem d'atendre al que diu i com ho diu, sinó també al que no diu.

Abans de començar a comentar els preceptes de la Llei 6/2015 que incideixen significativament en la qüestió de l'emfiteusi, resulta adient citar alguns passatges del preàmbul de l'esmentada Llei que ajudaran a copsar la verdadera voluntat del legislador, com són:

“Es tracta de modificacions que, en termes generals, no impliquen canvis dràstics en l'orientació de política jurídica i que pretenen, en primer lloc, millorar la seguretat jurídica aclarint punts on s'havien plantejat dubtes sobre l'abast o l'eficàcia de determinats preceptes. Així, s'hi inclouen els requisits de la interrupció de la prescripció i els efectes que aquesta produeix també des del punt de vista del subjecte passiu de la pretensió ... D'altra banda, es ratifica de manera expressa la possibilitat d'extinció dels censos per manca d'activitat del censalista, en la línia de la Llei 6/1990, del 16 de març, dels censos, i del dret tradicional català, davant dels dubtes que l'omissió d'aquesta circumstància en l'article 565-11 havia pogut generar. També s'ha incorporat una disposició transitòria que estén l'aplicació del nou precepte a les situacions anteriors...”

“Un darrer grup de canvis té com a objectiu facilitar el bon funcionament del tràfic jurídic tot simplificant alguns preceptes. En aquest apartat es poden incloure tres canvis... El tercer canvi redueix la quota del lluïsmen en els casos que no s’hagi pactat”.

Sembla que l’objectiu final del legislador, que no és altre que millorar la seguretat jurídica aclarint punts on s’havien plantejat dubtes sobre l’abast o l’eficàcia de determinats preceptes, no ha estat del tot assolit.

En primer lloc, el redactat de CCC ha perdut l’oportunitat de millorar l’ambigüitat terminològica que, en alguns casos, suposa emprar indistintament la paraula *cens*, tant per referir-se a la pensió o cànon en sentit estricte, com per referir-se a l’emfiteusi en sentit general, entesa aquesta com el conjunt de drets que la conformen equiparant la part, que és el cens en sentit estricte, amb el tot, que és el dret emfiteutic. Aquesta equiparació terminològica pot ocasionar algun problema interpretatiu, especialment de l’art. 565-11-1-c), que preveu l’extinció del cens per manca d’exercici de les pretensions del censalista durant un termini de deu anys. Què és objecte d’extinció: el cens com a prestació dinerària de l’art. 565-1-1, ubicat dins la mateixa SECCIÓ PRIMERA del CAPÍTOL V del TÍTOL VI, o el cens emfiteutic regulat a la SECCIÓ SEGONA del mateix capítol i títol? S’ha de tenir en compte que les normes sancionadores o restrictives de drets no s’haurien d’interpretar ni aplicar de forma extensiva, ans al contrari, s’haurien d’interpretar i aplicar de manera restrictiva.

En segon lloc, mantenint l’objectiu de millorar la seguretat jurídica a l’hora d’interpretar i aplicar l’art. 565-11-1-c) del CCC que, la DF 3 de la Llei 6/2015 preveia en un primer moment que s’apliqués a tots els censos fos quina fos la data de llur constitució –cosa que comportava que tingués un clar caràcter retroactiu–, qüestió que afortunadament ha estat corregida per la Llei 3/2017, de 15 de febrer, del Llibre VI del Codi Civil de Catalunya, que en la seva Disposició Final Sisena preveu que *“l’art. 565-11.5 del Codi Civil de Catalunya s’aplica a tots els censos, qualsevol que en sigui la data de constitució. El còmput del termini s’inicia en el moment de l’entrada en vigor d’aquesta llei”*.

Aquesta precisió completa i harmonitza amb allò que preveia la ja DT 15^a de la Llei 5/2006, de 10 de maig, del Llibre V del CCC, i es

conjuga amb el criteri marcat per la DT ÚNICA de la Llei 29/2002, de 30 de desembre, per tal de saber amb certesa quin és el terme inicial, o “*dies a quo*”, del període prescriptiu desenal per començar el còmput del període prescriptiu de les pretensions i, en definitiva del dret material de cens emfitèutic.

En conseqüència, en no preveure la legislació anterior a la Llei 6/2015, de 13 de maig, la prescripció del dret material de cens (només es contemplava la prescripció de les pretensions d'acord amb el que preveïen els arts. 121-1; 532-1; 565-10-1; 565-20 i la DT 15^a de la llei 5/2006, de 10 de maig, del Llibre V del CCC) el termini prescriptiu de 10 anys previst al nou art. 565-11-1-c) començarà a comptar des de l'1 de març de 2017, segons la Disposició Final Novena de la Llei 3/2017, de 15 de febrer, del Llibre VI del Codi Civil de Catalunya.

També resulta mereixedora de crítica la nova redacció de l'art. 565-17-2 del CCC introduïda per la repetida Llei 6/2015, de 13 de maig, que no aconsegueix la claredat i la seguretat jurídica que deia perseguir en el seu preàmbul. L'esmentat article literalment preveu “*La quota del lluïisme, si no s'ha pactat, és el 1% a tot Catalunya*”.

S'ha d'aclarir que aquest precepte no ha estat inclòs, esmentat ni referit a cap Disposició Transitòria o Final, que faci pensar que serà d'aplicació també a tots els censos o drets emfitèutics preexistents a l'entrada en vigor de la Llei 5/2006, com sí que ha succeït a l'anteriorment referit art. 565-11-1-c), la qual cosa impedeix que l'art. 565-17-2 pugui gaudir d'efectes retroactius. D'acord amb el que preveuen els arts. 565-14-2 i 565-7-1-d) del mateix CCC, aquesta quota del lluïisme de l'1%, a manca de pacte, només serà aplicable als censos de nova constitució.

Si l'anterior redactat de l'art. 565-17-2 del CCC preveia una quota de lluïisme —per defecte i en cas de manca de pacte— del 2% a tot Catalunya, a excepció del conegut com a Territori Emfitèutic de Barcelona i el seu hort i vinyet, avui s'ha reduït a l'1% per a tot Catalunya.

La redacció actual d'aquest precepte cau en l'error d'ignorar els drets adquirits pels censalistes d'acord amb les normatives vigents en el moment en que es va atorgar l'establiment emfitèutic, com serien la Sentència Arbitral de 31 d'octubre de 1310, dictada pel rei Jaume II i el Bisbe de València, el *Recognoverunt Proceres* de 1283 i les Constitucions de Catalunya vigents fins al Decret de Nova Planta, entre d'altres. No

hem d'oblidar que l'establiment emfitèutic perseguia, d'una banda, donar accés a l'emfiteuta a una peça de terra rústica per possibilitar el sosteniment de la unitat familiar o a un solar urbà per edificar i, de l'altra, permetre al censalista i els seus successors obtenir unes rendes i uns guanys amb la pensió i els lluïsmes que s'anessin meritant en el futur, atès que els establiments eren normalment a perpetuïtat i el cens acostumava a pactar-se com a irredimible. No sembla ajustat a dret, doncs, que *a posteriori* es vulgui modificar per llei la quantia dels lluïsmes que censalistes i censataris van acceptar, expressa o tàcitament, en signar el contracte emfitèutic d'establiment.

L'extinció del cens o dret emfitèutic es regula a l'art. 565-11 del CCC. Comparat amb l'anterior redactat i al marge de qüestions metodològiques i de sistematització, el nou precepte es caracteritza per haver introduït l'apartat c) del cas 1, que preveu l'extinció del cens per manca d'exercici de les pretensions del censalista durant un termini de deu anys, supòsit que no es contemplava abans de la Llei 6/2015, de 13 de maig. En aquesta llei es deia que el cens s'extingia per les causes generals d'extinció dels drets reals i, a més, per redempció, sense fer cap esment, ni exprés ni explícit, a la manca d'exercici de les pretensions del censalista durant determinat període de temps.

En consonància amb el que estableix l'art. 121-1 del CCC, l'anterior redactat de l'art. 565-11 del mateix CCC suposava que la prescripció extingia les pretensions relatives a drets disponibles, però no deia que posés fi als drets materials, inclòs el de cens, que quedaven exclosos de la prescripció extintiva. Això va fer que alguns sectors doctrinals, com és l'obra "Institucions del Dret Civil de Catalunya". Volum IV. Drets reals. Ed. Tirant Lo Blanc, València 2007, autors Lluís Puig i Ferriol, Encarna Roca i Trias, amb la col·laboració de Joan M. Abril Campoy i M. Eulàlia Amat Llari, es pronunciés en el sentit d'entendre que el dret emfitèutic, en el seu aspecte material, quedava exclòs de la prescripció, afirmant a la pàgina 617 que:

"El dret tradicional català no admetia l'extinció dels censos per prescripció en base a la disposició del Codi 7,39,7-6, tesi que va fer seva la doctrina jurídica clàssica catalana, però que va contradir la jurisprudència del Tribunal Suprem que va establir l'extinció del dret real del censalista per prescripció si no havia reclamat el pagament de les pensions a favor

seu durant trenta anys en aplicació de l'usatge *omnes causae*. Així ho va acceptar també l'article 299,6è CDC, que preveia l'extinció de l'emfiteusi per prescripció, que corria des del dia que l'emfiteuta deixava de pagar la pensió i que va fer seu l'article 10 de la Llei 6/1990 i darrerament la STSJC de 23 de desembre de 1993. El Codi civil de Catalunya no esmenta la prescripció com a causa d'extinció del dret de cens (article 565-11) ni tampoc a l'article 532-1, que amb caràcter general no inclou la prescripció com a causa d'extinció dels drets reals, amb inclusió doncs dels drets de cens, silenci que pot donar a entendre que el dret actual refusa l'extinció dels censos per prescripció. En contra d'aquesta tesi s'al·lega la DT quinzena, 1 CCC que fa esment de la prescripció dels censos i que el fet de no esmentar l'article 565-11 la prescripció com a causa d'extinció els censos obeeix a una imprecisió del legislador derivada del seu afany simplificador, segurament per entendre que la prescripció dels censos ja encaixa en l'expressió "causes generales d'extinció dels drets reals" MIRANBELL I ABANCÓ). Sense posar en dubte aquesta possibilitat, encara que no cal oblidar que el Codi civil de Catalunya no esmenta la prescripció extintiva com a causa d'extinció dels drets reals en general, creiem que també es pot argumentar que no hi ha hagut en aquest cas un imprecisió del legislador.

Davant el silenci del Codi civil de Catalunya sobre extinció dels censos per prescripció es constata que l'article 565-10, sota la rúbrica "Inexigibilitat de la pensió", estableix que "La reclamació de pensions degudes no pot excedir les deu darreres", en harmonia amb l'article 121-20 que estableix el termini general de prescripció dels deu anys; de la mateixa manera que l'article 565-20 preveu que "El dret a reclamar el lluïsmes prescriu al cap de deu anys des del dia en què s'ha meritat". D'aquest fet en resulta que el Codi civil de Catalunya preveu l'extinció de determinades facultats que confereix el dret real de cens, com són les d'exigir el pagament de les pensions convingudes i el lluïsmes, però no l'extinció del dret de cens com a dret real limitat que grava la finca propietat del censatari. Canvi legislatiu que en bona part hauria propiciat el fet que l'article 344 CDC establís la prescripció extintiva dels drets i de les accions que dels drets se'n deriven, mentre que l'article 121-1 ja no preveu

que els drets i les accions constitueixin l'objecte de la prescripció sinó que l'objecte de la prescripció són les pretensions, que es podem desestimar si s'al·lega amb èxit -en el cas que ara ens interessa- l'excepció material de prescripció. Circumstàncies que determinaran la inexigibilitat de les pensions meritades en els deu anys anteriors i no reclamades i l'extinció del lluïisme meritat en els deu anys anteriors, que són les úniques prestacions afectades per la prescripció, però no el dret real de cens, que continua vigent i amb la facultat subsegüent del censalista d'exigir les pensions i els lluïsmes futurs, ja que tant l'article 565-10.1 com l'article 565-20 sols es refereixen als anteriors, però no als futurs. Que en definitiva suposa tornar a la tesi tradicional contrària a la prescripció extintiva del dret de cens, perquè la manca de pagament de les pensions i dels lluïsmes no suposa obrir el termini de prescripció perquè el començament d'aquest termini exigeix quelcom més, com és que l'emfiteuta per actes propis negui l'existència del dret, de cens i el seu titular no contradigui eficaçment l'acte obstatiu, circumstància que originaria l'extinció del dret de cens per haver usucapit l'emfiteuta la llibertat del domini (BROCA).

Segurament, opinions doctrinals com la transcrita en el paràgraf anterior han portat al legislador a modificar l'art. 565-11 del CCC.

Ara, però, hem de convenir que, en puritat i rigor, l'art. 565-11-1-c) del CCC preveu una extinció del dret de cens per manca d'exercici de les pretensions del censalista durant 10 anys, però en cap moment diu que el cens s'extingeixi per prescripció. Empra l'expressió *manca d'exercici*, molt semblant a la manca d'ús prevista per a l'extinció de les servituds a l'art. 566-11-1-a) CCC.

2. L'INICI DEL PERÍODE DE PRESCRIPCIÓ

La primera qüestió que ens planteja la novetat de l'apartat c) del punt 1 de l'art. 565-11 del CCC, segons la redacció donada per la Llei 3/2017, de 15 de febrer, del Llibre VI del Codi Civil de Catalunya, és que determina amb precisió que el termini inicial va començar l'1 de

març de 2017, segons l'aplicació conjunta de les seves Disposicions Finals Sisena i Novena.

Ja hem dit abans que la legislació anterior no preveia la prescripció del dret material del cens sinó que, de conformitat amb els arts. 121-1; 532-1; 565-10-1; 565-20 i la DT 15^a de la llei 5/2006, de 10 de maig, del Llibre V del CCC, només contemplava la prescripció de les pretensions. Sembla que la solució finalment adoptada sigui la més raonable i més ajustada al principi de seguretat jurídica, tal i com ja s'havia pronunciat prèviament el catedràtic de Dret Civil de l'UB, Santiago Espiau i Espiau, a Revista Jurídica de Catalunya, 2015, volum 4, pàgina 888, on afirmava:

“Ara bé, això no vol dir que a partir de l'entrada en vigor de la Llei, s'extingeixin tots els censos en els quals els censalistes no hagin exercit les seves pretensions durant deu anys, sinó que aquest termini de temps es comença a comptar a partir de l'entrada en vigor de la Llei”.

Aquest criteri segueix fil per randa allò previst a l'apartat 2 de la DT 15^a de la Llei 5/2006, de 10 de maig, del Llibre V del CCC, que s'ha de fer extensiu als efectes de l'entrada en vigor de la Llei 6/2015, de 13 de maig i s'ha d'entendre plenament vigent conforme a l'art. 111-10-2 CCC.

La segona qüestió que cal tenir en compte per determinar l'inici del període d'extinció del cens previst a l'art. 565-11-1-c) CCC, és la constatació d'un fet, de caràcter positiu o negatiu, que serveixi per començar a computar el termini de 10 anys de manca d'exercici de les pretensions. Per al censalista aquestes pretensions són, principalment, el cobrament de la pensió i/o del lluïsmes, per la qual cosa el termini desenal començarà el dia que es deixi de pagar o cobrar una o l'altre.

Una de les complicacions que es poden presentar a l'hora de fixar aquest termini inicial la tenim en les emfiteusis sense pensió, en les que no hi haurà possibilitat de pagar/cobrar pensió i, en conseqüència, no hi podrà haver manca de pagament/cobrament. En aquests casos es disposarà d'un fet positiu el dia que es meriti lluïsmes per raó d'alguna transmissió d'acord amb els supòsits legalment previstos: el termini

desenal començarà a computar-se des del dia (fet negatiu) que el censalista deixi d'exercir la pretensió de cobrament del lluíisme meritat.

La variada casuística ens pot portar també a un altre supòsit de l'emfiteusi sense pensió, com és el cas que no s'hagi realitzat en els darrers 10 anys cap transmissió onerosa que meriti lluíisme.

Fins ara, que no es disposava d'un precepte explícit com l'art. 565-11-1-c) CCC, la jurisprudència del TSJC entenia que s'havia d'adoptar, a falta de qualsevol altra opció, la data de la darrera inscripció o assentament registral com a "*dies a quo*" d'inici del termini prescriptiu. Així es desprèn de la doctrina jurisprudencial fixada a la STSJC de 3-6-2011, que a l'apartat 2 del FALLO disposa que:

“Als censos de domini sense pensió la prescripció de trenta anys comença a comptar de l'última inscripció registral del dret, en no actuar l'impagament de les pensions com a dia inicial per al seu còmput, i pot quedar interrompuda pels mecanismes registrals de l'art. 44 de la Llei 31-12-1945, sempre que sigui aplicable, sense que pugui produir-se'n la reobertura dels esmentats mecanismes registrals una vegada queda consumat el lapse temporal establert per a la prescripció”.

La vigència d'aquesta doctrina jurisprudencial podria quedar en entredit per diverses raons:

- a) per haver estat dictada en un procediment iniciat l'any 2002, anterior a l'aprovació i entrada en vigor de la Llei 29/2002, de 30 de desembre, Primera Llei del CCC, que per a la prescripció va suposar un notable canvi en fixar, en el seu art. 121-1, que la prescripció extingeix les pretensions, sense mencionar els drets materials;
- b) per haver estat dictada en una litis anterior a l'entrada en vigor del Llibre V del CCC, Llei 5/2006, de 10 de maig, que en el seu art. 532-1 no assenyala la prescripció com a causa d'extinció dels drets reals en general, mentre que els arts. 565-10 i 565-20, juntament amb la seva DT 15^a, només preveuen la prescripció de les pretensions de cobrar pensions i lluíismes;
- c) per disposar ara del precepte 565-11-1-c) CCC, que preveu explícitament l'extinció del cens per la manca d'exercici de les pretensions del censalista durant 10 anys. Fer extensiva aquesta

norma sancionadora a supòsits de fet no contemplats expressament a la llei -com ara la data del darrer assentament registral del cens- podria donar un caràcter expansiu a una norma sancionadora que, com a tal, hauria de ser interpretada de forma restrictiva.

3. LA INTERRUPCIÓ DE LA PRESCRIPCIÓ

Abans de la promulgació de la Llei 3/2017, de 15 de febrer, del Llibre VI del Codi Civil de Catalunya, la interrupció de la prescripció de les pretensions i, en conseqüència del dret material emfitèutic, s'havia de regir pel nou redactat dels arts. 121-12 i 121-14 introduït per la Llei 6/2015, de 13 de maig. Els articles esmentats s'ocupen, respectivament, dels requisits per interrompre la prescripció i dels efectes de la seva interrupció. No entrarem en aquesta ponència en l'estudi i la crítica d'aquests preceptes des de la perspectiva doctrinal dels requisits i efectes de la regulació de la interrupció de la prescripció en general ja que aquest tema seria mereixedor d'una ponència monogràfica pròpia que s'escapa de la qüestió de l'emfiteusi que ara tractem.

Es d'advertir que ara la qüestió ha quedat fixada amb més precisió per la introducció de l'apartat 5 a l'art. 565-11-5 que preveu: *“Als efectes del que disposa l'apartat 1.c, el termini es pot interrompre per notificació notarial al censatari o bé per nota al marge de la inscripció del cens, que s'ha de practicar en virtut d'una instància signada pel censalista amb aquesta finalitat”*.

Entenem que l'opció de la notificació notarial s'ha d'interpretar de manera àmplia i harmònica seguint el criteri dels arts. 121-12 i 121-14 del mateix Codi Civil de Catalunya, i per tant no es tracta d'un requisit *“ab solemnitatem”* i creiem que es podrà dur a terme per qualsevol altre medi fefaent i eficaç, com notificació personal directa, burofax o correu certificat amb justificant de recepció i de contingut, reclamació judicial, etc.

L'autèntica novetat de l'art. 565-11-5 recau en recuperar el que ja preveia l'art. 44 de la Llei de 31 de desembre de 1945, facilitant un sistema àgil i econòmic per interrompre la prescripció dels drets

emfitèutics, consistent en un assentament registral, normalment per nota marginal, mitjançant una simple instància o qualsevol altre instrument hàbil per causar efectes registrals.

Amb aquest art. 565-11-5 s'assoleix una gran simplificació, precisió, economia i certesa, amb efectes davant de tercers, de la data de la interrupció de la prescripció dels drets emfitèutics, evitant equívocs i manca de publicitat.

1. Aquesta opció ja estava prevista a l'exposició de Motius del projecte de Llei d'Harmonització publicat al DOGC el 3 de maig de 2013, que posteriorment es va modificar i no va formar part de la Llei 6/2015, en el que es justificava la reforma tot dient:

“S'inclouen els requisits de la interrupció de la prescripció i els efectes que aquesta produeix també des del punt de vista del subjecte passiu de la pretensió ... i es ratifica de manera expressa la possibilitat d'extinció dels censos per prescripció, com ja recollia la Llei de 1990 i davant els dubtes que l'omissió d'aquesta circumstància a l'article 565-11 havia pogut generar. Per altra banda, a aquests efectes també s'ha considerat oportú afegir que la pràctica de qualsevol assentament al registre de la propietat a instàncies del censalista pot interrompre la prescripció del cens, com ja admetia la doctrina de la Llei de 31 de desembre de 1945 i ha reconegut la jurisprudència”.

En l'articulat d'aquest avantprojecte de llei es preveia, en relació al tema que ens ocupa, a l'apartat 5 de l'art. 565-11 que:

“La prescripció del dret de cens inscrit en el Registre de la propietat s'interromp, a més de per les causes de l'article 121-11, si, a instància del censalista, es practica algun assentament registral relatiu al seu dret, encara que sigui únicament a l'efecte d'interrompre la prescripció”.

2. Posteriorment es va publicar al BOPC (Butlletí Oficial del Parlament de Catalunya) núm. 190, de 18-11-2013 el Projecte de modificació dels llibres primer, segon, quart i cinquè del Codi Civil de Catalunya, l'Exposició de Motius del qual deia que:

“S’ha considerat oportú afegir que la pràctica de qualsevol assentament al registre de la propietat a instàncies del censalista pot interrompre la prescripció del cens, com ja admetia la doctrina de la Llei de 13 de desembre de 1945 i ha reconegut la jurisprudència”.

A la plana 24 deia, en relació a l'article 565-11:

“L’extinció del cens 1.El cens s’extingeix per: a) Les causes generals d’extinció dels drets reals b) Redempció c) Per manca d’exercici de les pretensions del censalista durant un termini de deu anys. S’entén com a exercici de la pretensió la pràctica de qualsevol assentament registral relatiu al seu dret, encara que sigui únicament a l’efecte d’interrompre el còmput d’aquest termini”.

3. Aquest enfocament del tema de la interrupció de la prescripció del censos inscrits al registre de la propietat es va mantenir fins a la publicació del Dictamen de la Comissió de Justícia i Drets Humans, publicat al BOPC núm. 556, de 29-04-2015, en el que ja no hi figurava la possibilitat d’interrompre la prescripció dels censos inscrits al registre de la propietat mitjançant qualsevol assentament registral practicat pel censalista.

4. Com és sabut, a la Llei 6/2015, de 13 de maig d’Harmonització del Codi Civil de Catalunya que va entrar en vigor el 9 de juny de 2015, inicialment no va quedar contemplada la possibilitat d’interrompre la prescripció dels censos inscrits al registre de la propietat per la pràctica de qualsevol assentament registral petitionat pel censalista, encara que fos únicament per interrompre la prescripció.

I no ha estat fins la Llei 3/2017, de 15 de febrer, del Llibre VI del Codi Civil de Catalunya, en que s’ha produït la introducció de l’apartat 5 a l’art. 565-11-5, que permet la interrupció de la prescripció dels drets emfitèutics amb un simple assentament registral.

4. CONCLUSIONS

Per concloure, podem afirmar que la Llei 6/2015, de 13 de maig, d'Harmonització del Codi Civil de Catalunya, juntament amb les modificacions introduïdes per la Llei 3/2017, de 15 de febrer, del Llibre VI del Codi Civil de Catalunya ha sabut donar seguretat al censatari, al censalista i a tercers respecte a la vigència dels drets emfitèutics inscrits al registre de la propietat, fixant amb claredat l'inici del període prescriptiu i millorant notablement els medis per interrompre la prescripció. Tot plegat dona seguretat jurídica al censatari, al censalista i als tercers, encara que hagi desaprofitat l'oportunitat de millorar alguns aspectes terminològics que poden induir a confusió per la seva manca de precisió. En termes generals, però, la valoració de la reforma s'estima positiva.

5. BIBLIOGRAFIA

1. La Ley de Redención de los censos catalanes interpretada por el Tribunal Arbitral de Barcelona, de Miguel Cuervo Pita, Barcelona 1949.
2. Los censos enfitéuticos en Cataluña, de Antonio Borrell y Macià, Barcelona 1948, Ed. Bosch.
3. Instituciones de Derecho Civil Catalán, de Guillermo M^a de Brocá y Montagut y Juan Amell y Llopis, Barcelona 1886.
4. Institucions del Dret Civil de Catalunya". Volum IV. Drets reals. Ed. Tirant Lo Blanc, València 2007. Autors Lluís Puig i Ferriol, Encarna Roca i Trias, amb la col·laboració de Joan M. Abril Campoy i M. Eulàlia Amat Llari.
5. Els censos en el dret civil de Catalunya: la qüestió de l'emfiteusi, d'Antoni Mirambell i Abancó, Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya, Barcelona 1997.
6. Codi Civil de Catalunya i legislació complementària, de Joan Egea Fernández i Josep Ferrer Riba, 14^a i 15^a edició, Barcelona 2014 i 2016.
7. Comentarios al Libro V del Código civil de Cataluña, Registradores de Catalunya, Ed. Bosch 2008, Barcelona.
8. Práctica Hipotecaria. Francisco Javier Gómez Gállego. Centro de Estudios Registrales de Cataluña. Marcial Pons. Madrid 1994.

9. Comentarios a la Compilación de Derecho Civil Especial de Cataluña. José Gassiot Magret. Ed. Bosch. Barcelona 1962.
10. Cancel·lació i redempció de censos. Lluís Puig i Ferriol. Temes bàsics de Dret. Vol II. Pg. 251. Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada. Any 1993.
11. Código de legislación inmobiliaria, hipotecaria y del registro de la propiedad. José Manuel García García. Civitas. Navarra 2014.

Les modificacions del Llibre tercer del CCCat i la Llei 21/2014, de 29 de desembre, del Protectorat de fundacions i de verificació de l'activitat de les associacions declarades d'utilitat pública

MARC-ROGER LLOVERAS I FERRER

*Professor associat de Dret civil
Universitat Pompeu Fabra*

SUMARI

1. LES MODIFICACIONS SOBRE EL LLIBRE TERCER DEL CCCAT DE 2008 1.1. *Modificacions inicials per necessitat d'aclariment o rectificació tècnica* 1.1. *Modificacions rellevants: la contrareforma (Llei 7/2012)* 2. DESENVOLUPAMENT I AMPLIACIÓ DE L'ABAST DEL PROTECTORAT (LLEI 21/2014) 2.1. *La regulació del protectorat en una llei específica* 2.2. *Altres modificacions del llibre tercer efectuades per la Llei 21/2014 (DF 2a)*

1. LES MODIFICACIONS SOBRE EL LLIBRE TERCER DEL CCCAT DE 2008

El Llibre tercer del CCCat, que fou aprovat com a Llei 4/2008, de 24 d'abril,¹ relatiu a les persones jurídiques, s'estructura en tres títols: el primer es dedica a establir unes disposicions generals; el segon a la regulació de les associacions i el tercer a la de les fundacions. Aquest llibre tercer, previst per la llei primera² recull, i actualitza, la legislació catalana anterior sobre associacions i fundacions, que deroga i integra el seu contingut en el Codi civil.³

1 Llei 4/2008, de 24 d'abril, del llibre tercer del Codi civil de Catalunya, relatiu a les persones jurídiques, DOGC núm. 5123, de 2 de maig.

2 Art. 3.c de la Llei 29/2002, de 29 de desembre, primera llei del Codi civil de Catalunya, DOGC núm. 3798, de 13 de gener de 2003.

3 Llei 7/1997, de 18 de juny, d'associacions (DOGC núm. 2423, d'1.7) i Llei 5/2001, de 2 de maig de fundacions (DOGC núm. 3388, de 25 de maig) que al seu torna havia derogat la Llei 1/1982, de 3 de març, de fundacions privades (DOGC núm. 206, de 10 de març). El llibre tercer deixà però vigents els arts. 30 a 32 i algunes disposicions

1.1. Modificacions inicials per necessitat d'aclariment o rectificació tècnica

Tot i que el llibre tercer tingué un ampli període de tramitació parlamentària,⁴ poc temps després de la seva aprovació s'evidenciaren tres qüestions que calia retocar i una quarta de la que en podia derivar un recurs d'inconstitucionalitat.

Així, en primer lloc, la Llei 16/2008,⁵ retocà la disposició transitòria tercera relativa a la presentació de comptes anuals per aclarir que els comptes s'havien de presentar d'acord amb les normes del llibre tercer respecte del primer exercici econòmic que s'iniciés, i no pas finalitzés, un cop aprovat el mateix llibre tercer⁶.

En segon lloc, la mateixa Llei 16/2008, modificà la denominació *fundacions públiques per fundacions del sector públic de l'administració de la Generalitat*, retocant per a això l'art. 331-2.2 i modificà també els criteris per considerar-les com a tal —introduint una nova disposició addicional tercera— deixant-ne fora les que reben finançament per serveis prestats directament o via concert amb l'administració i les que es nodrien majoritàriament amb subvencions⁷.

En tercer lloc, ja més endavant, la Llei 5/2001 amplià el termini per a l'adaptació dels Estatuts. Així, el termini de tres anys fixat per la Disposició Transitòria Primera de la llei 4/2008 i que finalitzava el 2 d'agost de 2011 s'amplià fins el 31.12.2012.

D'altra banda, i en quart lloc, es produí una modificació mitjançant un acord interpretatiu sobre l'àmbit d'aplicació del

finals de la Llei 7/1997 i els arts. 51 i 52 de la Llei 5/2001 i també algunes de les seves disposicions finals que foren finalment derogats per la Llei 7/2012, de 15 de juny, de modificació del llibre tercer (DOGC núm. 6152, de 19 de juny).

4 El projecte de Llei del Llibre tercer s'aprovà per part del Govern el 27.12.2006 i fou presentat al Parlament a principis de 2007 (BOPC 23.1.2007).

5 Llei 16/2008, de 23 de desembre, de mesures fiscals i financeres (DOCG núm. 5288, de 21 de desembre).

6 L'entrada en vigor del llibre tercer es produí el 2 d'agost de 2008 cosa que generà el dubte sobre a partir de quin moment els comptes quedaven sotmesos a la nova normativa. La qüestió ja havia motivat una resolució interpretativa de la Direcció General de Dret i Entitats Jurídiques, d'1 d'agost de 2008, en el mateix sentit de la reforma efectuada sobre la disposició transitòria tercera.

7 No obstant, cal tenir present que la Llei 7/2012 eliminà totalment qualsevol esment a les fundacions públiques del Codi civil donant novament una nova redacció a l'art. 331-2.

llibre tercer⁸ (arts. 311-1.d i 311-9) que afecta també a l'actuació del protectorat al tractar de les associacions i fundacions regulades per altres lleis.⁹

Així, tot i que avui encara podem llegir que d'acord amb l'art. 311-9 les fundacions (i associacions) regulades per altres lleis, incloses les estrangeres, que desenvolupin regularment activitats a Catalunya hi ha d'establir una delegació i l'han d'inscriure al Registre de Fundacions, o al d'associacions, i que tenen, igualment, l'obligació d'aportar tota la documentació que acrediti que estan vàlidament constituïdes, les finalitats, la identificació de persones que exerceixen la representació i un primer pla d'actuació i previsió patrimonial en el cas de les fundacions, es pot afirmar que aquestes previsions no s'apliquen, o almenys no en virtut del mateix llibre tercer, fruit de la Resolució esmentada ja que limita l'aplicació del llibre tercer a les persones jurídiques que són estrictament competència de la Generalitat.¹⁰

1.2. Modificacions rellevants: la contrareforma (Llei 7/2012)

En segon lloc ens referim a les modificacions de caràcter més profund que es van realitzar mitjançant la Llei 7/2012 que es pot considerar

8 Resolució de 30.1.2009 de la *Secretaria de Estado de Cooperación Territorial* (BOE núm. 40, de 16.2).

9 Ho havia posat ja de relleu de manera especialment crítica Josep Ferrer Riba. *Les fundacions en el llibre tercer: tipologia, govern i control*. Revista Jurídica de Catalunya 2/2009, p. 323. També es pot veure Marc-R. Lloveras Ferrer. *El protectorado de fundaciones en el Código civil de Cataluña*. InDret 1/2010, pp. 8-9 i més recentment *El derecho de fundaciones de Cataluña*, p. 521, a De Lorenzo García, Piñar Mañas, Peñalosa Esteban (dirs). *Nuevo Tratado de Fundaciones*. Aranzadi, 2016.

10 Per tant, les fundacions (i associacions) regulades per *altres lleis* no tenen cap deure específic creat pel llibre tercer i si es compleix el requisit d'exercir majoritàriament (no pas regularment) les seves activitats a Catalunya es podria optar pel trasllat del Protectorat. Les fundacions *estrangeres* que realitzin majoritàriament activitats a Catalunya tenen deure d'establir-hi una delegació i queden sotmeses al dret català, però en aplicació del dret estatal (art. 7 LF, 2.1.a RD 1337/2005 Reglament fundacions competència estatal i 11.b RD 1611/2007 Reglament Registre fundacions competència estatal) que els hi envia per omissió de la seva inclusió i fent-ne una interpretació conjunta ja que hi obliga a les que actuen a tot Estat o a més d'una CCAA-). Finalment, per les associacions estrangeres la inscripció és al Registre estatal, que té únicament el deure de comunicar-la a la CCAA si té el seu àmbit com a referència principal per la seva actuació.

una veritable contrareforma del dret de fundacions instaurat per la Llei 4/2008 ja que en modifica diversos elements substantius de manera important.

1.2.1. *Rebaixa de requisits per a la constitució: la dotació*

Així, en primer lloc, es rebaixa la quantia de la dotació inicial que passa de 60.000 a 30.000€ (art. 331-5) amb la intenció de facilitar la constitució de noves fundacions i d'evitar que les fundacions potencialment catalanes s'acullin a altres legislacions autonòmiques o a la de l'Estat on la dotació és inferior a la prevista inicialment pel llibre tercer. Amb la mateixa intenció de facilitar la constitució de fundacions i apropant-se també a la legislació estatal es modifiquen les regles sobre la possible aportació successiva de la dotació que passa de quatre a cinc anys i del 50% al 25% inicial (art. 331-6).

El llibre tercer fixà, el 2008, per primer cop un mínim de dotació que establí en 60.000€ i, a més no ho feu pas com a presumpció de suficiència sinó com a mínim obligatori, superant doncs el criteri de la legislació catalana anterior que es referia únicament a la suficiència de la dotació en relació a les finalitats fundacionals.¹¹

Conscient d'aquest increment, que pretenia lògicament la constitució de fundacions més ben dotades i més autònomes econòmicament,¹² el llibre tercer mantingué com a alternativa amb menys requisits les fundacions temporals —per a aquestes la dotació també es rebaixa de 30.000 a 15.000€, art. 331-8— i els fons especials,¹³ tot i l'escàs ús pràctic especialment d'aquests darrers.

11 Així ho feien els arts. 5 i 8.1 de la Llei 5/2001 que van incloure aquest criteri inexistent, tot i que es pogués pressuposar en la Llei 1/1982.

12 Val a dir però que la dotació no és la principal via de finançament per a moltes fundacions les quals l'obtenen amb la prestació de serveis. En aquest sentit es pot veure l'informe "*Contribució de valor: el sector fundacional de Catalunya*" (http://justicia.gencat.cat/web/.content/home/ambits/dret_i_entitats_juridique/fundacions/informe_fundacions_211015.pdf)

El debat doncs tot i ser cridaner i haver tingut certa repercussió pública no deixa de ser en bona mesura fals pel que fa al finançament de les fundacions, tot i que no així respecte al sotmetiment al dret català.

13 Les fundacions temporals i els fons especials havien estat ja introduïts en el dret català de fundacions per la Llei 5/2001 —arts. 3.3 i 40 a 42, respectivament—.

1.2.2. L'eliminació d'algunes mesures preventives de males pràctiques

El llibre tercer de 2008 incorporà diverses mesures tendents a prevenir males pràctiques en el funcionament i gestió de les fundacions, especialment pel que fa als possibles conflictes d'interessos. El 2012, amb una nova majoria parlamentària, s'assumeixen les crítiques del sector fundacional organitzat a la llei anterior per un excessiu intervencionisme en l'àmbit de l'autoorganització de les fundacions i se'n modifiquen diversos aspectes.

En primer lloc, el secretari del patronat torna a no haver de ser obligatòriament un patró de la fundació (art. 312-3). En segon lloc, un patró pot ser director de la fundació (art. 332-2) i hi pot contractar, o “realitzar operacions” en expressió de l'art. 332-9, i prestar-hi serveis professionals (art. 332-10.2).¹⁴ A més, s'elimina la necessitat d'autorització prèvia del protectorat en casos de conflicte d'interessos (art. 332-9)¹⁵ que se substitueix per una declaració responsable, que també afecta a les persones que s'equiparen als patrons.¹⁶

14 Per a la realització d'operacions entre els patrons i la fundació l'art. 332-9 requereix que se n'acrediti la necessitat i la prevalença dels interessos de la fundació, havent-se d'adoptar una declaració responsable a aquests efectes. Pel que fa a la contractació de patrons amb la fundació per tal de prestar-hi serveis professionals, l'art. 332-10 estableix literalment l'obligació de formalitzar la relació laboral o professional contractualment tot diferenciant clarament les tasques retribuïdes de les que són pròpies del càrrec de patró ja que aquestes darreres s'entenen gratuïtes. En cas que es formalitzi un contracte s'ha de presentar una declaració responsable en els mateixos termes de la prevista per l'art. 332-9 i si aquest contracte supera els 100.000€ anuals o el 10% del volum d'ingressos s'exigeix, a més, un informe tècnic independent justificatiu dels criteris de mercat i del caràcter beneficiós per la fundació d'aquesta contractació. L'únic límit exprés que fixa la el llibre tercer en aquest tema el trobem en l'art. 332-10.4 que limita el nombre de patrons que poden tenir una relació laboral o professional amb la fundació fixant que ha de ser inferior al nombre de patrons previst perquè el patronat es constitueixi vàlidament.

15 Això afecta també a l'eliminació de l'autorització prèvia del protectorat en casos d'autocontractació en haver-se eliminat l'antic art. 332-9.2 que ara cal entendre inclòs en la regulació dels actes d'alienació.

16 D'acord amb l'art. 312-9.3: “S'equipara a l'interès personal, a l'efecte d'apreciar l'existència d'un conflicte d'interessos, l'interès de les persones següents: a) En cas que es tracti d'una persona física, el del cònjuge, el d'altres persones amb qui hom estigui especialment vinculat per lligams d'afectivitat, el dels seus parents en línia recta i, en línia col·lateral, fins al tercer grau de consanguinitat o afinitat; i el de les persones jurídiques en les quals hom exerceixi funcions d'administració o amb les quals hom constitueixi, directament o per mitjà d'una persona interposada, una unitat de decisió,

En tercer lloc, deixa de ser obligatòria l'existència d'una direcció de la gestió ordinària de la fundació separada del patronat (art. 332-2) que s'havia previst per les fundacions de cert volum econòmic (més de 25 treballadors i actiu superior a 6 milions € o ingressos anuals ordinaris superiors a 3 milions €). Així doncs, un patró pot ser, com s'ha dit, director de la fundació i se li exigeix el compliment de l'art. 332-10 que, com hem vist, estableix la formalització d'un contracte com a deure.

1.2.3. La introducció de la declaració responsable

La Llei 7/2012 introdueix la declaració responsable en el nou art. 332-13 on se'n fixen els requisits. Aquesta declaració s'estableix per tal d'agilitzar la realització de certs actes per part de la fundació, especialment patrimonials.

Així, amb aquesta declaració s'eliminen els controls *ex ante* fixats per la llei, especialment l'autorització prèvia del protectorat. La fundació, per tant, pren l'acord de realització de l'acte en qüestió i el pot executar directament sense haver d'esperar cap autorització la qual se substitueix per la presentació de l'esmentada declaració.¹⁷ La realització de l'acte objecte de la declaració responsable s'ha d'acreditar davant del protectorat presentant el document que el formalitzi en un termini de tres mesos a comptar de la data de presentació de la declaració responsable (art. 332-13.3).¹⁸

Així, es requereix la declaració responsable en dos tipus d'actes d'alienació patrimonial que fins aleshores requerien autorització prèvia del protectorat (art. 333-1). En primer lloc, la no reinversió

d'acord amb la legislació mercantil; b) En cas que es tracti d'una persona jurídica, el dels seus administradors o apoderats, el dels socis de control i el de les entitats que hi formin una unitat de decisió, d'acord amb la legislació mercantil".

17 D'acord amb l'art. 332-13.1 el patronat de la fundació adopta la declaració responsable, relativa als actes pels que és obligatòria —cosa que pot modificar indirectament el règim de majories fixades en els estatuts de la fundació—, per acord amb majoria de dos terços dels patrons, essent una atribució indelegable.

18 Val a dir que l'incompliment del deure de presentació de la declaració responsable o la seva inexactitud o falsedat no determinen la ineficàcia de l'acte en cas que s'hagi contractat amb un tercer de bona fe (art. 312-10). Aquests possibles incompliments són considerats com a infraccions molt greus (art. 33 Llei 21/2014) que generen sancions de les són responsables els patrons, directors o tots els membres de l'òrgan corresponent en funció de la possibilitat de determinar la seva responsabilitat individual.

total o parcial (art. 333-1.2) en cas d'alienació o gravamen de béns que integren la dotació i els destinats directament al compliment de les finalitats fundacionals.

En aquest cas cal presentar la declaració responsable — justificant la no reinversió per *circumstàncies excepcionals*— i un informe tècnic independent que justifiqui necessitat operació i la no reinversió. També cal acreditar, sembla que en la mateixa declaració tot i que en aquesta no deixarà de ser una previsió, la destinació dels recursos obtinguts que, lògicament, han de quedar dins de les finalitats de la fundació.

En segon lloc, cal també presentar la declaració responsable per a tots els actes d'alienació o gravamen de béns immobles, establiments mercantils o béns mobles amb un valor de mercat superior a 100.000 € o al 20% de l'actiu de la fundació, excepte béns negociats en mercats oficials si l'alienació es fa per almenys preu cotització. En aquest cas la declaració responsable ha d'acreditar que l'operació és beneficiosa i incorporar un informe tècnic justificatiu que acrediti que l'operació respon a criteris economicofinancers i de mercat.

Per la resta d'actes d'alienació no hi ha cap deure de presentació d'una declaració responsable. Per actes d'entre 15.000 i 100.000€ existeix simple deure de comunicació al protectorat i per sota d'aquest valor no existeix cap deure en aquest moment, al marge de que aquests actes, tal com passa amb tots els altres, quedin plasmats en els comptes anuals.

L'autorització prèvia del protectorat respecte actes d'alienació patrimonial es manté només en alguns casos molt determinats (art. 333-1.6): quan el donant així ho hagi exigint, quan estigui així previst en els estatuts o quan es tracti de béns o drets rebuts d'institucions públiques o adquirits amb fons públics. En aquests casos opera el silenci administratiu positiu amb un termini de dos mesos (art. 333-1.7). També es manté l'autorització prèvia per la constitució o participació en societats on s'assumeixi responsabilitat personal pels deutes socials (art. 333-4).

Cal advertir, a més, que amb la nova redacció de l'art. 333-1.1 es modifica el patrimoni de la fundació sotmès a control per aquesta via ja que es passa de la versió inicial del 2008 que seguint la legislació anterior es referia al "*patrimoni de la fundació*" —que es considerava clarament excessiu i font de confusions no infreqüents— a "*els béns*

que integren dotació i els destinats directament al compliment de les finalitats fundacionals”. S’hi afegeixen també, en l’art. 333-1.3 els “béns mobles, immobles o establiments mercantils amb valor superior a 100.000€ o el 20% dels actius de la fundació”.

2. DESENVOLUPAMENT I AMPLIACIÓ DE L’ABAST DEL PROTECTORAT (LLEI 21/2014)

El CCCat regula de manera més aviat migrada el Protectorat, al que dedica únicament els arts. 336-1 a 336-4 i, l’ara derogada Disposició Transitòria quarta, conscient tal com indica expressament el Preàmbul,¹⁹ del posterior desenvolupament que s’havia de produir en una llei específica posterior, tal com anunciava la mateixa DT 4a.

Així, en el Llibre tercer la regulació del Protectorat, tot i que s’hi fan altres esments, es limita als art. 336-1 que indica la seva adscripció a la Generalitat amb una formulació un pèl estranya en establir que “*el protectorat exerceix les seves funcions per mitjà del departament de la Generalitat que les tingui adscrites*”²⁰ i el seu àmbit d’actuació, que cal coordinar amb l’àmbit d’aplicació del mateix llibre tercer (art. 311-9) i les limitacions descrites anteriorment; l’art. 336-2 que n’estableix la missió genèrica i les funcions que cal completar amb les previsions sobre la inspecció de la DT 4a; l’art. 336-3 dedicat a l’incompliment del deure de presentació de comptes i, l’art. 336-4 dedicat a la intervenció judicial.

19 Preàmbul del llibre tercer, apartat IV, darrer paràgraf: “*Pel que fa al protectorat de la Generalitat, el Codi es limita a descriure’n en termes generals les funcions, a definir les entitats que hi estan subjectes i a perfilar la mesura d’intervenció temporal, que pot ordenar l’autoritat judicial a instàncies del protectorat en cas que una fundació no presenti els seus comptes o que s’hagin produït altres incompliments greus de les obligacions legals. Aquestes disposicions bàsiques han d’ésser desplegades per altres instruments normatius, que, atesa llur naturalesa essencialment administrativa, s’ha considerat preferible que restin fora del Codi civil*”.

20 Fórmula que pretén evitar haver de retocar el text del Codi per eventuais canvis en la denominació del Departament corresponent de la Generalitat, que no és altre que el de Justícia, que d’acord amb l’art. 3.10.4 del Decret 2/2016, de 13 de gener, de creació, denominació i determinació de l’àmbit de competència dels departaments de l’Administració de la Generalitat de Catalunya (DOGC núm. 7037, de 14.1) i amb tots els seus precedents assumeix les competències en matèria d’associacions i fundacions.

Aquesta llei específica havia estat ja en fase d'estudi amb anterioritat al mateix CCCat tot i que la tramitació del Llibre tercer probablement n'aconsellà una tramitació posterior. Un cop aprovat el llibre tercer l'abril de 2008, les funcions i mesures que havia d'assumir el Protectorat foren en part replantejades a partir de l'esclat d'alguns casos d'evidents males pràctiques en la gestió d'algunes fundacions.²¹

Així, tot i que ja amb més d'un any de retard en relació a les previsions de la DT4a,²² fou presentat el projecte de llei al Parlament²³ —on ja s'hi inclouen les associacions declarades d'utilitat pública (ADUP)— que, i tot i arribar a un estat avançat de tramitació decaigué amb la dissolució del Parlament de la VIII Legislatura per la convocatòria de les eleccions al Parlament que es van celebrar el 28.11.2010.

En la següent legislatura, la novena, el Govern, fruit d'una nova majoria parlamentària, abordà la reforma del dret de fundacions del llibre tercer en major profunditat mitjançant la ja esmentada Llei

21 El replantejament de les mesures de control i de prevenció de males pràctiques fou del tot evident després de l'esclat del cas del Palau de la Música el juliol de 2009. En aquest sentit, el 16.11.2009 es feu públic un document titulat “*Mesures per reforçar el control de les subvencions públiques i millorar la transparència*” en el que els Departaments d'Economia, Justícia i Cultura feien un seguit de propostes algunes de les quals dirigides directament al Protectorat que foren posteriorment tingudes en compte en el projecte de llei presentat al Parlament, tot i que algunes ja hi havien estat introduïdes en treballs previs. Es proposà (mesures 12 a 16) un seguit “d'actuacions” orientades a tenir coneixement i, en el seu cas autoritzar, la compatibilitat de càrrecs entre diferents entitats vinculades —cosa que finalment no prosperà—, la modificació del Pla comptable per a tenir millor constància de les subvencions públiques rebudes per les entitats, la presentació de balanç consolidat juntament amb la memòria anual per part de les fundacions creades per altres fundacions o associacions, l'enfortiment de la funció inspectora i l'impuls d'òrgans de control intern en les fundacions. El document es pot consultar a: http://premsa.gencat.cat/pres_fs vp/docs/2009/12/09/09/43/6d7a1259-f055-4e6e-ba50-68346bae084c.pdf

Aquestes mesures foren aprovades pel Govern tal com consta en els *Acords de Govern* de 24.11.2009, entre les que a més s'introdueix la voluntat d'establir un règim sancionador:

http://premsa.gencat.cat/pres_fs vp/docs/2009/12/09/10/10/97d9b3fc-7a66-4b11-8352-3424d9d3d677.pdf

22 La DT4a del llibre tercer “Funcions del Protectorat” instava al Govern a presentar un projecte de llei “del protectorat” en el termini de sis mesos posteriors a l'entrada en vigor del llibre tercer, termini que finalitzà el 2 de febrer de 2009.

23 BOPC núm. 669, de 7.4.2010.

7/2012.²⁴ No es presentà un nou projecte de llei del protectorat ja que just constituït el Parlament es presentà una proposició de llei amb el mateix objecte i idèntica a la decaiguda en la legislatura anterior,²⁵ la qual, tot i tramitar-se en paral·lel a la reforma del llibre tercer, no prosperà i acabà també decaient ja que el Parlament fou dissolt per la convocatòria de les eleccions al Parlament que es van celebrar el 25.11.2012. Finalment, el novembre de 2013, ja en la desena legislatura, el Govern aprovà un nou avantprojecte de Llei que fou presentat com a projecte de llei al Parlament²⁶ i finalment aprovat, el desembre de 2014, com a Llei 21/2014, de 29 de desembre, *del protectorat de fundacions i de verificació de l'activitat de les associacions declarades d'utilitat pública* (en endavant, LP).²⁷

2.1. La regulació del protectorat en una llei específica

La Llei 21/2014 (LP) regula el protectorat de fundacions establint les seves funcions a partir del ja previst en el llibre tercer, el qual reitera tot i que al mateix temps s'hi remet i el desenvolupa.²⁸ Així es regula també la potestat inspectora i com a novetat més destacable s'estableix un règim sancionador, juntament amb l'aplicació també sobre les ADUP i l'establiment de deures de transparència i en relació a les entitats vinculades.

2.1.1. La missió del protectorat

D'acord amb l'art. 336-2.1 CCCat la missió genèrica del protectorat és la de "vetllar perquè es compleixin les finalitats fundacionals i els estatuts de les fundacions i perquè es respecti la voluntat fundacional". Aquesta fórmula es reitera en l'art. 7 LP tot i que s'hi afegeix que també vetlla

24 El setembre de 2011 (BOPC núm. 146, de 28.9.2011) presentà el projecte de llei de la que fou finalment aprovada, el juny de 2012, com a Llei 7/2012.

25 Just després de la constitució del Parlament de la IX Legislatura, el grup parlamentari socialista presentà ara com a proposició de llei (BOPC núm. 19, de 14.2.2011) el mateix text que havia decaigut en la legislatura anterior.

26 BOPC núm. 228, de 13.1.2014.

27 DOGC núm. 6780, de 31 de desembre.

28 No existeix, no obstant, una regulació del protectorat com a òrgan ni de la seva organització institucional més enllà de les previsions del Decret d'estructura del Departament de Justícia (Decret 278/2016) tal com s'esmenta més endavant.

per tal que es respectin les disposicions legals, tal com estableix el mateix llibre tercer, però com a part final de l'apartat d) de l'art. 336-2.2.

Aquest mateix art. 7 LP estableix, en el seu apartat 2, un principi de respecte a l'autonomia i funcionament de les fundacions que el protectorat ha de respectar en l'exercici de les seves funcions. Aquest principi s'ha d'entendre com a marc interpretatiu de l'exercici d'aquestes funcions (també per les ADUP, en art. 12.2) i com a missatge tranquil·litzador que la llei envia a les entitats en una llei que plasma la regulació de múltiples funcions entre les que trobem la inspecció i la sanció.

2.1.2. Les funcions del protectorat: subdivisió, reiteració i desenvolupament

Les funcions del protectorat que el llibre tercer recull en l'art. 336-2.2 però també en els arts. 336-3 i 336-4 i en l'antiga DT 4a es reordenen en els arts. 8 a 11 i 22 LP que les subdivideix en les d'assessorament (art. 8), les de registre (art. 9), les de supervisió (art. 10), les de suplència i nomenament de patrons (art. 11). En el cas de l'art. 336-4 —intervenció judicial—, l'art. 22 LP desenvolupa el contingut que ha de contenir la sol·licitud d'intervenció.²⁹

Assessorament

Així, en primer lloc, el protectorat té funcions d'assessorament definides per l'art. 336-2.c) com “assessorar les fundacions per al compliment de les finalitats fundacionals i els òrgans de govern per al compliment de llurs obligacions”. L'art. 8 LP aclareix que aquesta funció es limita a “atendre les consultes d'interès general que li facin les persones que hi tinguin un interès legítim si no comporten una prequalificació d'actes, negocis i documents” per tal de no convertir

²⁹ Article 22. Intervenció temporal de les fundacions.

La sol·licitud d'intervenció judicial a què fa referència l'article 336-4 del Codi civil de Catalunya ha d'incloure els fets que la motiven, les mesures que es proposen, el termini d'intervenció i, si escau, les persones o entitats que es proposen per a exercir temporalment les funcions del patronat. Si escau, la sol·licitud pot incloure la petició de mesures cautelars, inclosa la suspensió dels patrons, si la gravetat de les irregularitats i la salvaguarda dels interessos de la fundació ho aconsellen.

al protectorat en una mena de servei jurídic públic individualitzat per a les entitats.³⁰

Registre

En segon lloc, el protectorat té com a funció “portar el Registre de Fundacions” (art. 336-2.b) i “(R)esoldre les sol·licituds d’inscripció de les fundacions, de les delegacions de fundacions estrangeres que s’hagin d’establir a Catalunya i dels fons especials” (art. 336-2.a). L’art. 9 LP reitera la funció de resolució de les sol·licituds d’inscripció i amplia la descripció legal de les funcions de registre³¹ incloent també la resolució de les sol·licituds de modificació d’estatuts i similars (art. 336-2.e).

En aquest cas les funcions del protectorat les exerceix el Servei d’Associacions i Fundacions ja que és l’encarregat de “gestionar els registres d’associacions i fundacions i dirigir les accions d’inscripció d’actes d’aquestes entitats” (art. 95.b Decret 278/2016). Aquestes previsions s’han de completar però amb l’atribució de competències al conseller/a titular del Departament o al Director General “que exerceix les funcions del Protectorat”.³²

30 D’acord amb el Decret 278/2016, aquesta funció la té atribuïda el Servei de Supervisió i Protectorat d’acord amb (art. 96.a) i i) que l’exerceix sota la direcció de la Subdirecció General de Dret, Entitats Jurídiques i Grups d’Interès (art. 93.c).

31 Article 9. Funcions de registre

1. *Corresponen al Protectorat les funcions de registre següents: a) Resoldre les sol·licituds d’inscripció de les fundacions, dels fons especials i de les delegacions d’entitats regulades per altres lleis que s’hagin d’inscriure a Catalunya. b) Qualificar el contingut dels actes inscripcionals, d’acord amb el que resulta dels documents en virtut dels quals se sol·licita la inscripció i dels assentaments registrals. c) Resoldre les sol·licituds de les modificacions d’estatuts, la fusió, l’escissió i la dissolució de les fundacions i de llurs fons especials. d) Certificar i emetre notes simples informatives sobre els assentaments registrals. La publicitat del registre es fa efectiva per mitjans electrònics. e) Garantir l’accés efectiu a les dades del registre. f) Els altres actes a què fa referència l’article 315-2 del Codi civil de Catalunya.*

32 Així, és el Conseller/a i no pas el Servei corresponent, qui resol les sol·licituds d’inscripció, modificació, fusió, escissió, transformació i dissolució de fundacions, el trasllat de protectorat, la inscripció de fons especials i l’exercici d’accions judicials i sol·licitud d’intervenció temporal o de mesures cautelars, així com la declaració de d’utilitat pública i la seva revocació (art. 15 LP). La resta de procediments els resol el Director/a General.

Supervisió i control

Les funcions de supervisió es recullen en l'art. 10 LP³³ que també amplia les previsions de l'art. 336-2 i concordants del llibre tercer amb un seguit de concrecions que donen un major contingut a la funció genèrica de l'art. 336-2.2.d que es reproduïeix en l'aparat 1 de l'art. 10.

Així, mentre aquest art. 336-2-2.d) estableix que correspon al protectorat "(V)etllar pel compliment de les disposicions legals i dels estatuts de les fundacions, mitjançant la verificació dels comptes anuals i de l'exercici de la potestat d'inspecció d'acord amb la llei", l'art. 10.1 estableix "vetllar pel compliment efectiu de la voluntat fundacional, de les disposicions legals i dels estatuts, mitjançant la verificació dels comptes anuals i els altres instruments que estableixen les lleis".

33 Article 10. Funcions de supervisió

Corresponen al Protectorat, en matèria de supervisió i tutela de les fundacions, les funcions següents:

- a) *Vetllar pel compliment efectiu de la voluntat fundacional, de les disposicions legals i dels estatuts, mitjançant la verificació dels comptes anuals i els altres instruments que estableixen les lleis.*
- b) *Verificar que els recursos econòmics de la fundació han estat aplicats a les finalitats fundacionals.*
- c) *Comprovar que les fundacions actuen amb criteris d'imparcialitat i no-discriminació en la determinació de beneficiaris.*
- d) *Autoritzar els actes per als quals el llibre tercer del Codi civil de Catalunya estableix aquesta modalitat de supervisió.*
- e) *Rebre la informació dels actes amb transcendència econòmica que les fundacions han de comunicar d'acord amb el Codi civil de Catalunya.*
- f) *Verificar la conformitat de les dades de les declaracions responsables.*
- g) *Exercir l'acció de responsabilitat contra els patrons en els supòsits que estableix el Codi civil de Catalunya.*
- h) *Exercir l'acció d'impugnació d'acords, decisions o actes contraris a la llei o als estatuts o que lesionin l'interès de la fundació o dels fons especials.*
- i) *Exercir les funcions de suplència en els supòsits que estableix el Codi civil de Catalunya.*
- j) *Emetre els requeriments per tal que el patronat adopti les mesures necessàries per a corregir les situacions d'incompliment a què fan referència les lleis.*
- k) *Interpretar, suplir i integrar la voluntat fundacional, a petició de l'òrgan de govern de la fundació o d'ofici, en els supòsits que estableix el Codi civil de Catalunya.*
- l) *Exercir les funcions d'inspecció.*
- m) *Instar la intervenció temporal i exercir les accions judicials pertinents.*
- n) *Exercir la potestat sancionadora en els termes que estableix aquesta llei.*
- o) *Les altres que li atribueixin les lleis.*

Sobta aquí la referència al compliment efectiu de la voluntat fundacional, que ja poden entendre inclosa en el compliment de les disposicions legals i en la missió genèrica del protectorat definida per l'apartat 1 de l'art. 336-2, tot i que amb una fórmula que reproduïx l'art. 7.1 LP i que es refereix al respecte a la voluntat fundacional que sembla referir-se al mateix, tot i que pot anar una mica més enllà del moment constitutiu de la fundació. A més, encara que en tots dos casos apareix la verificació dels comptes anuals com a eix per l'exercici d'aquesta funció, mentre el llibre tercer es refereix a expressament a la inspecció, la LP, que la regula expressament, opta per a fer una remissió genèrica a “els altres instruments que estableixen les lleis” ometen doncs la referència a les possibles sancions o a la sol·licitud d'intervenció judicial que s'esmenten en el mateix article 10.

La resta de l'art. 10, a més de reiterar la missió del protectorat (apartat a) conté una sèrie de concrecions d'aquesta funció de vetllar, algunes de les quals són totalment noves en la seva formulació legal, com ara la potestat sancionadora (apartat n) i en desenvolupen el contingut (apartats b, c, e, f, j i k).³⁴ En canvi, els altres apartats reproduïxen el ja previst en diversos apartats de l'art. 336-2.2.³⁵

L'art. 11 recull les funcions de suplència (citades en l'art. 10.i) que es corresponen amb l'art. 336-2.2.h)³⁶ reiterant que abasta el nomenament de patrons d'acord amb el llibre tercer i donant el mandat de prendre, en cas que sigui necessari, “*les mesures*

34 Així, els apartats b) —*verificar aplicació recursos a les finalitats*—, c) —*comprovar imparcialitat*— són concrecions de la verificació dels comptes anuals o de la memòria d'activitat que incorporen. El apartats e) i f) es refereixen als nous mecanismes de supervisió de l'activitat econòmica en referir-se a *rebre informació d'actes de transcendència econòmica* o a *verificar la conformitat declaracions responsables*. L'apartat j —*emetre requeriments en cas d'incompliment*— inclou una funció més genèrica relacionada amb les anteriors però també amb els procediments d'inspecció o sanció i, finalment l'apartat k) —*interpretar, suplir voluntat fundacional*— entra una nova funció que es pot relacionar amb l'assessorament i amb la suplència.

35 Els apartats a), d), g), h), i), m) l) i o) són reiteració de diversos apartats de l'art. 336-2.2 i art. 336-4.1 CCCat.

36 Les funcions de suplència es refereixen als següents casos “*suplir la manca d'actuació dels fundadors o dels executors de la voluntat fundacional i la manca d'actuació dels patrons o dels encarregats de liquidar la fundació, en els casos en què la llei estableix aquesta modalitat d'intervenció*”

provisionals necessàries per a protegir el patrimoni destinat a la fundació i la voluntat de la persona fundadora”.

2.1.3. Sotmetiment de les ADUP al Protectorat

El protectorat també assumeix ara funcions de supervisió sobre les associacions declarades d'utilitat pública³⁷ sota el mandat genèric (art. 12) de vetllar pel manteniment dels requisits i les condicions que motivaren la declaració d'utilitat pública, les quals són exercides pel redenominat *Servei de Supervisió i Protectorat* però també pel *Servei d'Associacions i Fundacions*.³⁸

Així, la LP descriu les funcions que l'administració exerceix sobre aquest tipus d'associacions a les que afegeix, a part de la ja existent declaració i possible revocació de la declaració d'utilitat pública i dels deures de presentació de comptes (ja previst en art. 322-15), les funcions d'assessorament i registre en el sentit ja previst també per les fundacions, tot i que destaca el deure de publicitar la declaració d'utilitat pública (art. 13) i el sotmetiment a mesures de supervisió (art. 14) que preveu específicament les causes de revocació de la declaració d'utilitat pública (apartat b).³⁹

37 La declaració d'utilitat pública fou traspassada a la Generalitat, per les associacions de la seva competència pel RD 1266/2007, de 24 de setembre (BOE núm. 230, de 25.9) essent aquestes funcions adscrites el Departament de Justícia d'acord amb el Decret 6/2008, de 21 de gener (DOGC núm. 5056, de 25.1).

38 D'acord amb l'art. 95 de Decret 194/2013 les funcions que la LP atribueix al denominat “òrgan de supervisió” eren exercides essencialment pel Servei de Protectorat —tot i no ser l'òrgan competent en matèria d'associacions—. El Decret 278/2016 manté aquesta atribució pel que fa a la supervisió però, amb un replantejament que trosseja la competència, tot i que pot tenir sentit per la mateixa declaració d'utilitat pública, atribueix la instrucció dels procediments de declaració d'utilitat pública i la seva eventual revocació al “*Servei d'Associacions i Fundacions*” (art. 95.i), els quals, d'altra banda, són resolts pel Conseller/a (art. 15.e LP). D'altra banda, el Decret 278/2016 (art. 96) ha modificat la denominació del servei que ara passa a ser el “*Servei de Supervisió i Protectorat*”.

39 Article 14. Funcions de supervisió.

1. Corresponen a l'òrgan de supervisió de les associacions declarades d'utilitat pública les funcions de supervisió següents: a) Requerir a l'associació que adopti les mesures pertinents per a solucionar les deficiències i corregir les situacions d'incompliment, abans d'exercir les altres potestats que estableix aquesta llei; b) Revocar la declaració d'utilitat pública de l'associació, amb la instrucció prèvia del procediment corresponent, en els supòsits següents: 1r. L'incompliment de la presentació dels comptes anuals; 2n. El retiment de comptes efectuat sense respectar la normativa vigent; 3r. La manca de presentació dels

L'art. 14.2 indica que l'òrgan de supervisió exerceix les seves funcions, entre altres instruments, mitjançant la verificació dels comptes anuals i altres fons d'informació com l'examen de la documentació presentada. Amb aquesta finalitat la llei legitima a l'òrgan per a sol·licitar aclariments, consultar documentació i sol·licitar actualitzacions dels certificats sobre compliment de les obligacions tributàries i amb la Seguretat social i sobre el cens d'activitats econòmiques.

En aquest article, però, no s'esmenta expressament el sotmetiment de les ADUP a la inspecció i a les possibles sancions per infraccions, tal com més endavant en fixa clarament. Així, en l'art. 23 pel que fa a la inspecció i en l'art. 30 pel que fa a les sancions, amb esments concrets en els arts. 33, 34 i 35 que preveuen les diferents infraccions. Amb això, l'administració es dota de mecanismes per tal que en cas d'irregularitats la resposta no hagi de ser sempre i necessàriament la revocació de la declaració d'utilitat pública, tot i que en algun cas, com la no presentació de comptes anuals, és tan causa de revocació de la declaració (art. 14.1.b.1r) com d'infracció greu (art. 34.a).

2.1.4. La potestat inspectora

El llibre tercer reintrodueix la potestat inspectora, que ja havia estat present en la Llei 1/1982 (art. 15.2.c) i que havia estat eliminada per la Llei 5/2001. La LP en desenvolupa la regulació en els seus arts. 23 a 29 on incorpora també la idea de *reforçar* aquesta potestat seguint els acords que prengué el Govern el 2009 com a reacció al cas Palau de la Música.

Així, la LP deroga la Disposició transitòria 4a del Llibre tercer i dedica el seu art. 23 a reformular i ampliar les causes d'inspecció, les quals, com s'ha dit afecten tant a les fundacions com a les ADUP.

informes que li siguin requerits sobre les activitats que aconsegueix en compliment de les seves finalitats; 4t. La destinació de recursos, segons els informes a què fa referència el supòsit 3r., a despeses clarament no relacionades amb les activitats que permeten l'obtenció de la declaració d'utilitat pública; 5è. L'índex d'irregularitats, deduït dels informes a què fa referència el supòsit 3r., respecte als ajuts, avals, préstecs o subvencions de caràcter públic percebuts; 6è. La pèrdua de qualsevol dels requisits necessaris per a obtenir i mantenir vigent la declaració d'utilitat pública.

La DT 4a llistava una sèrie oberta de causes però pressuposava que el protectorat podia obrir una inspecció sempre que ho considerés necessari.⁴⁰ En canvi, la LP sembla que ho restringeix a les causes que fixa expressament, tot i que n'hi ha tantes (i alguna especialment oberta com és el cas de la lletra m) que sembla que es pot seguir funcionant igualment.

Així, l'art. 23 les ha ampliat substancialment⁴¹. Així, a més d'incloure les ja previstes en la DT 4a (apartats a, b, c, h, i, j, k i l)

40 La DT 4a del llibre tercer establia com a causes d'inspecció, entre d'altres: a) No presentar els comptes anuals durant, almenys, dos exercicis; b) Fer operacions subjectes a autorització prèvia o declaració responsable, sense haver-la demanada o sol·licitada; c) No respondre, de manera reiterada, als requeriments del protectorat, o presentar una resposta el contingut de la qual sigui insuficient; d) Mantenir una inactivitat continuada; e) No destinar el percentatge establert per llei per al compliment de les finalitats fundacionals; f) Patir un deteriorament de la massa patrimonial que incapaciti la fundació per a complir les finalitats fundacionals; g) Destinar recursos a despeses no relacionades amb l'objecte fundacional o desproporcionades respecte al volum d'ingressos.

41 "Les causes d'inspecció de fundacions i associacions declarades d'utilitat pública són, entre d'altres, les següents: a) No presentar els comptes anuals de les fundacions i de llurs entitats vinculades o de les associacions i, quan correspongui, l'auditoria externa, en els terminis legalment establerts; b) Fer operacions sense l'autorització prèvia en els casos en què aquesta sigui preceptiva, o fer operacions subjectes a declaració responsable sense haver-la adoptada i presentada prèviament en els termes que estableix l'article 332-13 del Codi civil de Catalunya; c) Desatendre els requeriments del Protectorat i de l'òrgan de supervisió de les associacions declarades d'utilitat pública, o respondre-hi de manera notòriament insuficient. Es considera resposta notòriament insuficient el fet que els membres de l'òrgan de govern de les entitats no informin sobre els elements respecte als quals han estat requerits a fer-ho; d) Incomplir les condicions que han motivat l'atorgament d'ajuts, avals o subvencions o cometre altres irregularitats relacionades amb els dits actes; e) No renovar els membres dels òrgans de govern de les entitats després de dos anys des del moment en què es produeix el venciment dels nomenaments dels òrgans de govern; f) Incomplir el deure de cobrir les vacants que es produeixin en el patronat, de manera que es dificulti l'acompliment de les activitats fundacionals; g) No respectar el règim d'incompatibilitats en els nomenaments de personal directiu o en la realització d'actes, contractes, prestacions i serveis de qualsevol mena que infringeixin les incompatibilitats personals que estableix la legislació aplicable; h) No respondre, de manera reiterada, als requeriments del Protectorat, o presentar-hi una resposta notòriament insuficient; i) Mantenir una inactivitat continuada durant almenys dos exercicis consecutius, tot i que l'entitat hagi estat requerida per a esmenar el defecte per l'òrgan competent; j) No destinar el percentatge que estableix la llei al compliment de les finalitats de la fundació o l'associació, tot i haver estat requerida per a esmenar el defecte per l'òrgan competent; k) Patir un deteriorament dels fons propis que incapaciti la fundació o l'associació per a complir les finalitats fundacionals o associatives, tot i haver estat requerida per a esmenar el defecte per l'òrgan competent; l) Destinar recursos a despeses no relacionades directament amb l'objecte fundacional o associatiu, o desproporcionades respecte al volum d'ingressos; m) Qualsevol actuació dels

n'estableix altres de noves (apartats d, e, f, g i m), tot i incórrer també en alguna reiteració (apartats c i h i apartats e i f).

Respecte les causes que reproduïxen les ja existents anteriorment es pot destacar que amb la nova llei l'incompliment del deure de presentació de comptes no s'ha de produir durant dos anys, essent doncs suficient un sol incompliment per a poder iniciar la inspecció (apartat a) i d'altra banda, que la inactivitat ara es concreta en un mínim de dos exercicis (apartat i).

Pel que fa a les noves causes d'inspecció aquesta pot tenir poc sentit en alguns casos en els que possiblement sigui més adient prendre altres mesures, sens perjudici que la inspecció pugui ajudar a aclarir les causes de l'incompliment. Així, l'incompliment de les condicions que han motivat l'atorgament d'ajuts, avals o subvencions (apartat d) haurien de generar la seva revocació —cosa que normalment haurà d'estar prevista també en les bases per al seu atorgament—; la no renovació de membres dels òrgans de govern (apartat e), pels que es deixa dos anys de marge, hauria de generar el requeriment per la seva renovació i, subsidiàriament, l'aplicació de les funcions de suplència del protectorat, cosa que es pot afirmar en el mateix sentit pel que fa a l'apartat f —incompliment deure cobrir vacants—. El mateix es pot produir amb el no respecte del règim d'incompatibilitats (apartat g)⁴² que potser es pot resoldre més clarament amb un requeriment previ que, en cas de ser desatès, justifiqui una sanció, tal com es pot produir en els casos en què sigui necessària una declaració responsable.

No obstant, hi ha altres casos on poden ser perfectament compatibles com pot ser el supòsit de no presentació de comptes (apartat a) on a més de la corresponent sanció (art. 34.a) té sentit poder obrir una inspecció.

D'altra banda, en els apartats i —inactivitat—, j —no destinació del percentatge fixat legalment a les finalitats— k —deteriorament de fons— s'introdueix un possible requeriment previ que sembla haver-

patronats o persones amb responsabilitats directives de la fundació o l'òrgan de govern de les associacions que posi de manifest una actuació contrària als interessos de l'entitat o a les seves finalitats.

42 Val a dir, no obstant, que la LP no estableix cap règim d'incompatibilitats i que, per tant, en aquest cas es refereix al règim general del possible conflicte d'interessos.

se d'haver efectuat per part del protectorat i haver estat desatès per tal de justificar la causa d'inspecció.

D'altra banda, tot i que pugui semblar una mica contradictori amb l'existència d'un llistat de causes fixat legalment, l'art. 24 LP obliga a formular un pla anual d'inspecció, fer-ho amb criteris objectius i tenint en compte el fet que les entitats es financien amb subvencions o amb campanyes de captació pública de fons.⁴³

En compliment d'aquesta previsió s'ha aprovat la Resolució JUS/2815/2016, de 12 de desembre, per la qual s'aproven els criteris que han de regir el Pla d'actuació inspectora de fundacions per l'any 2017,⁴⁴ en la qual es deixa de fer servir el criteri del sorteig però se segueixen seleccionant algunes causes d'inspecció, alguna de les quals (apartats c, d) no coincideix amb les previstes per la llei o bé en fan una lectura potser massa àmplia (apartat e).⁴⁵

Facultats inspectores i noció del procediment

La DT 4a establia únicament “... *el protectorat pot inspeccionar, quan ho consideri necessari, els llibres, els documents i les activitats de les fundacions. Si, per a complir aquesta funció, cal entrar als domicilis o*

43 Com sabem, la DT 4a del llibre tercer ja preveia supòsits d'inscripció i en els anys 2009, 2010 i 2011 es van aprovar plans d'inspecció que seleccionaven alguna de les causes previstes per la llei i totes les fundacions amb el número final del seu registre coincident amb un número determinat per sorteig. Així, per exemple, el 2009 la Resolució JUS/14/2009, de 13 de gener (DOGC núm. 5299, de 19.1) seleccionà la manca de presentació de comptes en els dos darrers exercicis i la no resposta a requeriments com a supòsits d'inspecció, a més de les fundacions determinades per sorteig. Pel 2010 s'aprovà la Resolució JUS/194/2010, de 29 de gener (DOGC núm. 5560, de 4.2) —que hi afegí el manteniment d'una inactivitat continuada— i pel 2011 la Resolució JUS/208/2011, de 21 de gener (DOGC núm. 5809, de 2.2) que en mantingué els criteris. Pels anys 2012 a 2016, tot i la vigència de la Llei, no ens consta l'aprovació de cap Resolució.

44 DOGC núm. 7268, de 12.12.

45 S'estableixen com a causes d'inspecció per al 2017: “a) *No haver presentat davant del Protectorat, en els terminis legalment establerts, els comptes anuals i, quan correspongui, l'auditoria externa; b) No respondre als requeriments del Protectorat en el termini legalment establert, o respondre-hi d'una manera notòriament insuficient; c) No haver presentat cap document al Registre durant els tres darrers exercicis; d) Tenir el patronat amb menys de tres membres en actiu; e) La detecció d'ofici del presumpte incompliment de la normativa per part d'una fundació o quan es consideri que hi hagi indicis suficients de veracitat en els fets exposats en una denúncia”.*

locals de les fundacions, s'ha de fer d'acord amb la llei". Aquesta previsió s'ha desenvolupat àmpliament en els arts. 25 a 30 LP.

Així, les facultats inspectores (art. 25), que s'exerceixen per personal de l'administració (art. 26) i amb prerrogatives d'actuació com a autoritat — s'han d'identificar i mantenir secret professional de la llei de procediment (art. 89.2 Llei 26/2010)— inclouen l'accés a dades, registres i llibres i qualsevol altre mena de documentació, el requeriment d'informació i la seva verificació. L'art. 29.8 també preveu el possible accés als locals de l'entitat havent-se de respectar estrictament la normativa aplicable.

L'art. 29 estableix una mínima regulació del procediment d'inspecció obligant a aixecar una acta amb descripció dels fets indicant les presumptes infraccions o irregularitats i les persones presumptament responsables. Després d'un tràmit d'al·legacions, el protectorat ha de dictar una resolució⁴⁶ determinant, si escau, les mesures que calgui adoptar per esmenar les irregularitats, restablir el respecte a la voluntat fundacional i el possible exercici d'accions judicials.

2.1.5. El règim sancionador

La idea de dotar al protectorat de potestat sancionadora sobre les fundacions havia aparegut en l'Acord de Govern de 24.11.2009 —*Mesures*— i també en treballs preliminars anteriors.⁴⁷

La LP les regula per primer cop en els seus articles 30 a 41.⁴⁸ A diferència de la resta de la llei que entrà en vigor als 20 dies de la seva

46 Es fixa un termini màxim d'un any (art. 29.7) que pot ser prorrogat únicament sis mesos en casos d'especial dificultat.

47 En aquest sentit vegeu Xavier Muñoz Puiggròs. *Potestades administratives del Protectorado de fundaciones con especial referencia a la regulación de un posible régimen sancionador*. La Ley núm. 7003, 2008 i Marc-R. Lloveras Ferrer (2010; 40-45). D'altra banda, l'establiment d'un règim sancionador estava també previst en l'avantprojecte de llei estatal de fundacions de 2014, arts 36 i següents, que finalment va decaure. El text es pot encara consultar a: <http://servicios.mpr.es/seacyp/>

48 No es regula el procediment, ja que la llei es remet al procediment sancionador general de la Generalitat que trobem regulat en la Llei 26/2010, de 3 d'agost, de règim jurídic i procediment sancionador de les administracions públiques de Catalunya (DOGC núm. 5686, de 5.8) i el Decret 278/1993, de 9 de novembre, sobre el procediment sancionador d'aplicació en els àmbits de competència de la Generalitat (DOGC núm. 1827, de 29.11).

publicació (el 15 de gener de 2015), pel règim sancionador es fixà una *vacatio legis* de gairebé un any fixant-se la seva entrada en vigor per l'1 de gener de 2016⁴⁹ i fins al moment no han transcendit casos en què s'hagin aplicat aquestes sancions.

Les sancions són bàsicament pecuniàries establint-se multa de 4.000 a 20.000 € per infraccions molt greus; de 1.000 a 4.000 € per infraccions greus i d'amonestació per les lleus.⁵⁰ No obstant, les sancions poden dur annexes altres conseqüències, que a diferència de les multes, afecten directament a la fundació.

Subjectes responsables

L'art. 31 LP a diferència del que podríem pensar en un primer moment no determina la responsabilitat de la fundació sinó que, de manera similar al règim de les societats, estableix la responsabilitat dels patrons o les persones que exerceixen funcions de direcció de la fundació o de l'ADUP. La responsabilitat és únicament del patró o director en cas que es pugui individualitzar la seva responsabilitat en la comissió de la infracció.

En cas que la responsabilitat no es pugui determinar individualment aquesta s'assumeix per tots els membres de l'òrgan corresponent, amb excepció dels qui s'hi hagin oposat o que hagin manifestat formalment la seva oposició en cas de no haver participat en l'adopció o execució de l'acord. Amb això, fora de casos en que un patró, un director o un membre de la junta d'una ADUP hagin actuat totalment al marge dels respectius òrgans es fa difícil pensar en altres casos -excepte el deure comunicació de situacions de conflicte d'interès—, en què es pugui individualitzar aquesta responsabilitat ja que els acords es prenen legalment per part dels òrgans respectius.

El règim sancionador estableix, per tant, la responsabilitat d'un, alguns o tots els membres de l'òrgan corresponent cosa que, malgrat trencar la idea de la personalitat jurídica de la fundació o ADUP que és qui està actuant jurídicament sempre,

⁴⁹ Vegeu Disposició final cinquena de la LP.

⁵⁰ Les sancions corresponents a sancions molt greus les imposa el Conseller/a, mentre que les greus i lleus són competència del Director/a General (art. 38 LP).

envia un missatge molt clar sobre el grau de responsabilitat que assumeix el patró o patrona en acceptar el càrrec⁵¹ i, d'altra banda, evita que essent sancionada la fundació aquesta hagi d'accionar posteriorment contra els patrons mitjançant una acció de responsabilitat que podria ser del tot inoperativa per l'evident conflicte d'interessos que es planteja.

Mesures annexes i discrecionalitat administrativa

No obstant, cal tenir present que la LP també fixa mesures annexes a les sancions pecuniàries que afecten directament a la fundació. Així, per a totes les infraccions molt greus s'estableix la prohibició d'obtenir ajuts o subvencions de l'administració de la Generalitat durant un any.⁵²

A més, cal tenir en compte que en alguns casos les conductes tipificades com a infraccions determinen també altres conseqüències al marge de les possibles sancions. Així, pel cas de no presentació de comptes, que es considera una infracció greu (art. 34.a), el llibre tercer (art. 336-3) ja preveu la possibilitat de sol·licitar la intervenció temporal i en la mateixa LP es considera també com a causa d'inspecció (art. 23.2.a).

Amb això es fa evident que el Protectorat disposa d'una certa discrecionalitat per actuar en funció de la importància i reiteració de les infraccions⁵³ ja que pot no tenir gaire sentit acumular sempre les possibles mesures i tampoc s'estableix legalment un ordre sobre la

51 D'acord amb l'art. 332-8.1 la seva responsabilitat s'ha de valorar prenent com a referència la diligència d'un bon administrador.

52 D'acord amb l'art. 36 LP, a més, la infracció molt greu de l'art. 33.a (realitzar actes sense haver adoptat la declaració responsable o sol·licitat l'autorització prèvia del protectorat) també pot comportar la pèrdua dels beneficis de publicitat registral i el tancament registral parcial (art. 36.2 LP) en els termes art. 336-3. Igualment, per les infraccions greus previstes per l'art. 34.a (no presentació de comptes), b (incompliment renovació òrgans) i c (no acreditació de la realització dels actes sotmesos a declaració responsable) també es pot imposar la prohibició de rebre ajuts o subvencions. A més, per la no renovació dels òrgans, en cas de no esmenar la falta, es preveu la incoació d'ofici del procediment administratiu per a determinar la inactivitat de l'entitat, cosa que tot i no ser expressament una causa de dissolució (arts. 324-4 i 335-4) s'hi relaciona molt directament.

53 En el mateix sentit i utilitzant també altres criteris l'art. 37 estableix els criteris per a la graduació de les sancions.

seva aplicació. Així, per la no presentació de comptes pot tenir sentit la imposició d'una sanció i el requeriment pel compliment del deure, es pot passar a la inspecció en cas que segueixi l'incompliment i finalment instar la intervenció temporal —també previ requeriment, art. 336-4.2—, tot i que per a aquesta darrera no sigui necessari haver realitzat abans una inspecció.

En altres casos però l'acumulació de mesures serà del tot necessària o convenient. Així, en cas de “*patir un deteriorament dels fons propis que incapaciti la fundació per a complir les finalitats*” (supòsit d'inspecció, art. 23.2.k) o en cas de no destinar el percentatge fixat legalment al compliment de les finalitats (supòsit d'inspecció, art. 23.j) sembla evident que poden generar també la intervenció judicial per “*gestió greument irregular que posi en perill la continuïtat de la fundació*” o per palesar “*una divergència greu entre les activitats i les finalitats fundacionals*”. A més, cal tenir en compte que totes les conductes que justifiquin la sol·licitud d'intervenció judicial (cal entendre que en justifiquin la intervenció temporal determinada judicialment) es consideren infraccions molt greus (art. 33.e).

D'altra banda, tot i que com veurem més endavant, la LP també imposa deures de transparència, les sancions no estan previstes dins d'aquest règim i la LP tampoc en preveu la seva publicitat general ja que es limita a la seva inscripció mitjançant una nota marginal en el full registral de la fundació o de l'ADUP.

La tipificació de les infraccions: molt greus, greus i lleus

La LP (art. 32) tipifica les següents conductes que comporten l'intent d'evitar el control públic exercit pel protectorat o l'òrgan de supervisió, com a infraccions molt greus (art. 33), greus (art. 34) i lleus (art. 35). Són les següents, que responen a una gradació força lògica tot i que en algun cas matisable, cosa que la seva aplicació —fins ara desconeguda— ens haurà de poder ajudar a valorar amb major exactitud:⁵⁴

⁵⁴ Pot ser el cas de la no presentació de comptes que es qualifica com a infracció greu i no pas molt greu quan aquest és el principal instrument de control del que disposa el protectorat o òrgan de supervisió per fiscalitzar les activitats de les entitats. En sentit invers, pot considerar-se que la no acreditació de la realització de

Article 33. Infraccions molt greus

Són infraccions molt greus les accions o les omissions següents:

- a) Executar acords o fer actes que requereixen l'autorització del Protectorat o de l'òrgan de supervisió de les associacions declarades d'utilitat pública sense haver-la obtinguda, o executar acords o fer actes subjectes a declaració responsable sense haver-la adoptada i presentada en els termes que estableix el llibre tercer del Codi civil de Catalunya.
- b) Acordar de presentar una sol·licitud d'autorització o una declaració responsable amb el contingut falsejat.
- c) Obstruir la funció de supervisió i d'inspecció del Protectorat o de l'òrgan de supervisió de les associacions declarades d'utilitat pública.
- d) Incomplir el deure de comunicació o d'abstenció en cas de conflicte d'interessos si en resulten lesionats els interessos de la fundació o de l'associació declarada d'utilitat pública.
- e) Incórrer en una causa que justifiqui la sol·licitud d'intervenció judicial.
- f) Presentar els comptes anuals davant el Protectorat amb un patronat amb un nombre de membres inferior a l'establert per a constituir-lo vàlidament i adoptar acords.
- g) La comissió d'una quarta infracció qualificada com a greu si en el termini dels dos anys immediatament anteriors s'ha estat sancionat, per mitjà d'una resolució ferma, per la comissió de tres infraccions greus que no han estat cancel·lades.

Article 34. Infraccions greus

Són infraccions greus les accions o les omissions següents:

- a) Incomplir el deure d'aprovar i presentar els comptes anuals de la fundació o de l'associació declarada d'utilitat pública i les seves

l'acte sotmès a declaració responsable, que es tipifica com a infracció es pot deure a la impossibilitat material de realitzar finalment l'acte en qüestió —convindria comunicar igualment aquesta circumstància— i potser es podria tenir en compte que de l'acte en qüestió en quedarà constància en els comptes anuals, tot i que la infracció implica haver desatès ja un requeriment, cosa que com a ta comporta també una infracció lleu..

entitats vinculades i, si escau, de l'auditoria externa, en el termini legalment establert.

b) Incomplir l'obligació de renovació o elecció dels membres dels òrgans de govern de les entitats si això comporta la impossibilitat d'adoptar acords.

c) Incomplir el deure d'acreditar davant del Protectorat o de l'òrgan de supervisió de les associacions declarades d'utilitat pública la perfecció de l'acte o contracte objectes de la declaració responsable, no atenent el requeriment fet sobre aquesta matèria.

d) Desatendre els requeriments o les ordres del Protectorat o de l'òrgan de supervisió de les associacions declarades d'utilitat pública relatius a l'aplicació dels fons i recursos de la fundació o de l'associació o dels fons especials.

e) Incomplir els deures comptables i el deure de portar els llibres d'acord amb les lleis.

f) No sol·licitar la inscripció d'actes inscriptibles en el termini legalment establert.

g) Desatendre o respondre de manera notòriament insuficient els altres requeriments adreçats pel Protectorat o l'òrgan de supervisió de les associacions declarades d'utilitat pública. Es considera notòriament insuficient el fet que els patrons no informin sobre elements respecte als quals han estat requerits a fer-ho.

h) Actuar amb una realitat extraregstral que comporti el trencament del tracte successiu i que afecti els estatuts de la fundació i la composició del patronat.

i) La comissió d'una quarta infracció qualificada com a lleu si en el termini dels dos anys immediatament anteriors s'ha estat sancionat, per mitjà d'una resolució ferma, per la comissió de tres infraccions lleus que no han estat cancel·lades.

Article 35. Infraccions lleus

Són infraccions lleus les accions o les omissions següents:

a) Desatendre els requeriments d'informació formulats pel Protectorat o per l'òrgan de supervisió de les associacions declarades d'utilitat pública, en el termini establert.

b) Incomplir el deure de comunicar al Protectorat o a l'òrgan de supervisió de les associacions declarades d'utilitat pública els

actes i acords subjectes a aquesta obligació, d'acord amb el que estableix el llibre tercer del Codi civil de Catalunya.

c) Incomplir el deure d'acreditar davant del Protectorat o de l'òrgan de supervisió de les associacions declarades d'utilitat pública la perfecció de l'acte o el contracte objecte de la declaració responsable.

2.1.6. *Introducció de deures de transparència*

La LP també sotmet a les fundacions i ADUP a deures de transparència, tal com preveu en els seus arts. 4 a 6.

La informació l'ha de donar la mateixa entitat (art. 4.2), via web o altres mitjans accessibles al públic (art. 5.1). El Departament de Justícia es limita actualment a facilitar un buscador *online* sobre les entitats que compleixen els deures de transparència que remet als webs de les entitats. Naturalment això genera un evident problema de dispersió de la informació, i en dificulta l'accés, ja que les entitats publiquen la informació de maneres molt diferents i no sota un únic model o espai específic per als deures de transparència.⁵⁵

L'aprovació de la Llei de Transparència (19/2014)⁵⁶ el mateix dia que la LP va generar un cert problema de coordinació, tot i que aquesta mateixa circumstància es podia haver aprofitat per a evitar-lo. Així, la Disposició addicional setena de la Llei 19/2014 remeté al Conseller de Justícia⁵⁷ la determinació de les obligacions que les fundacions i associacions ja complien en funció de la seva normativa específica —aprovada el mateix dia—, cosa que es feu mitjançant l'Ordre *JUS/1563/2015*, de 16 de juliol,⁵⁸ que estableix l'equivalència entre les obligacions previstes per la LT i per la LP.

⁵⁵ http://justicia.gencat.cat/ca/ambits/dret_i_entitats_juridiques/transparencia_entitats/

⁵⁶ Llei 19/2014, de 29 desembre, de transparència, accés a la informació pública i bon govern (DOGC núm. 6780, de 31.12).

⁵⁷ “El titular del departament competent en matèria de justícia ha de determinar per resolució, en el termini de sis mesos, les obligacions de publicitat activa establertes per aquesta llei que les fundacions i les associacions ja compleixen en virtut de llur legislació específica. Aquesta informació s'ha d'incorporar en el Portal de la Transparència, i les fundacions i associacions només tenen l'obligació de fer constar que s'hi pot consultar”.

⁵⁸ DOGC núm. 6911, de 13.7.

Existeix també un problema de coordinació entre les dues lleis pel que fa a les entitats subjectes als deures de transparència ja que la LT estableix un criteri,⁵⁹ però la LP estableix (art. 5.2) que es determinarà per Ordre del Departament de Justícia —encara no aprovada⁶⁰— quines són les entitats que hi queden subjectes tenint en compte determinats criteris que no coincideixen amb els previstos per la LT i que, malgrat això, són els que el mateix Departament publicita en la seva guia de transparència.⁶¹

Així, l'art. 5 LP estableix que per a determinar el nivell de subjecció cal tenir en compte la tipologia de les entitats segons pla comptable (reduïda, mitjana o gran),⁶² tot i que no es dona cap referència sobre com s'ha de tenir en compte, o si tenen deure de presentar comptes auditats.⁶³ A més, l'art. 5.4 matisa el 40% de procedència pública en afegir a les subvencions o ajuts públics, *els convenis o "qualsevol altre tipus de contracte de prestació de serveis" i "ingressos de qualsevol tipus provinents de qualsevol administració pública per un valor superior a 60.000€ en el conjunt de l'exercici"*.

En tot cas, es considera informació rellevant sotmesa al deure de transparència (art. 6): la missió de l'entitat, la seva estructura directiva

59 Així, d'acord amb l'art. 3 LT hi estan sotmeses les fundacions i ADUP (com a persones jurídiques art 3 d i e) que com a entitats privades (art. 3.4) *"prestin serveis públics o perceben fons públics"* o *"duen a terme activitats qualificades legalment com a serveis d'interès general o universal"*. D'acord amb aquest art. 3.4 s'ho sotmeten també les entitats privades si perceben subvencions o ajuts públics de més de 100.000 euros anuals o bé si almenys el 40% de llurs ingressos anuals procedeix de subvencions o ajuts públics, sempre que aquesta quantitat sigui de més de 5.000 euros.

60 El Departament de Justícia a sotmès ja a informació pública un projecte d'ordre (Edicte de 25.7.2017; DOGCnúm. 7423, de 25.7). El text del projecte es pot consultar al web del Departament: justicia.gencat.cat/ca/departament/Normativa/normativa_eu_tramit/po-obligacions-transparencia-up/

61 http://justicia.gencat.cat/web/.content/home/ambits/dret_i_entitats_juridique/transparencia_entitats/guia_transparencia.pdf

62 D'acord amb l'art. 3 Decret 259/2008 son reduïdes les que durant 2 anys consecutius el seu actiu total no supera el milió euros; tenen ingressos anuals ordinaris que no superen els dos milions i no superen els 10 treballadors. En canvi, es consideren mitjanes fins a 2,85 milions actiu, 5,75 milions d'ingressos i menys de 50 treballadors. Son grans si superen aquestes xifres.

63 Aquest deure existeix (art. 333-11) si durant dos anys consecutius tenen dues de les circumstàncies següents: més de 6 milions actiu; volum ingressos ordinaris anuals superior a 3 milions, més de 50 treballadors, 40% ingressos provinents administracions públiques, qualsevol ingrés de qualsevol administració pública en exercici per més de 60.000€.

i de govern i els resultats de les activitats. A més, també en poden formar part les previstes per l'art. 6.2:

“a) Els fins de les entitats i llurs activitats; b) Les principals línies estratègiques d'actuació; c) Els estatuts, la composició dels òrgans de govern i de l'equip directiu, i l'estructura organitzativa; d) El web i les adreces de correu postal i electrònic a les quals es pot adreçar el públic en general; e) El programa i la memòria anual d'activitats; f) El col·lectiu de beneficiaris atesos; g) Els estats financers, les auditories, si escauen, i la memòria econòmica; h) El codi de bon govern i bones pràctiques de gestió; i) El balanç social.; j) L'informe de govern corporatiu; k) L'informe anual del codi de conducta; l) Els concursos, els contractes i les licitacions; m) Les altres qüestions que estableixin les lleis”.

2.1.7. *Entitats vinculades*

La LP incorpora també deures respecte de les entitats vinculades derivats de les Mesures anunciades pel Govern, el 2009, arrel del cas Palau de la Música.

No obstant, ja abans de la LP es modificà el Pla comptable aprovat pel Decret 259/2008, de 23 de desembre⁶⁴ mitjançant el Decret 125/2010, de 14 de setembre⁶⁵ que obliga, entre altres millores, a identificar els convenis subscrits entre entitats en la memòria anual i donar informació sobre el seu impacte i com aquests acords ajuden al compliment de les finalitats fundacionals.⁶⁶

La nova regulació (arts. 17 a 19 LP) obliga essencialment a informar de l'acumulació de càrrecs a les entitats afectades i al Protectorat, però no s'estableixen incompatibilitats ni cap mena

64 DOGC núm. 5288, de 31.12.

65 DOGC núm. 5716, de 16.9.

66 “Identificació dels convenis de col·laboració subscrits amb altres entitats, indicant l'impacte monetari i els drets i obligacions que se'n deriven per a la fundació o l'associació, i concretant de quina manera el compliment de cada conveni coadjuva al millor compliment de les finalitats estatutàries”.

de d'autorització,⁶⁷ (art. 18)⁶⁸ i a presentar també els comptes de les entitats vinculades (art. 19). Si són les dominants d'un grup (d'acord amb els criteris de l'art. 42 CCo)⁶⁹ poden presentar comptes consolidats davant del protectorat.

D'acord amb l'art. 17 es consideren entitats vinculades les persones jurídiques en les que es doni alguna d'aquestes 3 circumstàncies: a) que els membres dels respectius òrgans de govern coincideixin en més d'un 30%⁷⁰ segons els criteris que estableix l'article 312-9.3⁷¹ del llibre tercer; b) que les operacions amb transcendència econòmica entre aquestes entitats representin més del

67 La possible autorització s'havia inclòs en les Mesures (Mesura 12 de l'apartat 4) que es van presentar el 16.11.2009 però ja no consta en l'Acord adoptat pel Govern el 24.11.2009.

68 Sí que n'existeixen en el cas de les fundacions especials fruit de la transformació de les caixes d'estalvi. Vegeu art. 19 DL 1/2008, d'11 de març, pel que s'aprova el Text Refós de Llei de Caixes d'estalvi de Catalunya (DOGC núm. 5090, de 13.3), modificat posteriorment pel DL 5/2010, de 3 d'agost (DOGC núm. 5685, de 4.8) i la Llei 9/2012, de 25 de juliol (DOGC núm. 6181, de 30.7).

69 *“Toda sociedad dominante de un grupo de sociedades estará obligada a formular las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados en la forma prevista en esta sección. Existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras. En particular, se presumirá que existe control cuando una sociedad, que se calificará como dominante, se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente, en alguna de las siguientes situaciones: a) Posea la mayoría de los derechos de voto; b) Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración; c) Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto; d) Haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. En particular, se presumirá esta circunstancia cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por ésta. Este supuesto no dará lugar a la consolidación si la sociedad cuyos administradores han sido nombrados, está vinculada a otra en alguno de los casos previstos en las dos primeras letras de este apartado”.*

70 En l'Acord de Govern de 24.11.2009 es fixà en el 50% però posteriorment es rebaixà aquest percentatge fins al 30%.

71 a) En cas que es tracti d'una persona física, el del cònjuge, el d'altres persones amb qui hom estigui especialment vinculat per lligams d'afectivitat, el dels seus parents en línia recta i, en línia col·lateral, fins al tercer grau de consanguinitat o afinitat; i el de les persones jurídiques en les quals hom exerceixi funcions d'administració o amb les quals hom constitueixi, directament o per mitjà d'una persona interposada, una unitat de decisió, d'acord amb la legislació mercantil.

b) En cas que es tracti d'una persona jurídica, el dels seus administradors o apoderats, el dels socis de control i el de les entitats que hi formin una unitat de decisió, d'acord amb la legislació mercantil.

20% del total de despeses de l'exercici comptable anual de qualsevol d'elles o c) que l'immobilitzat d'una de les entitats provingui o hagi estat aportat en més d'un 30% per una altra entitat.

D'altra banda, quan aquestes entitats integrin un grup i facin operacions entre elles no els hi són aplicables les normes sobre conflicte d'interessos (art. 312-9). Per tant, no han de comunicar la situació de possible conflicte ni abstenir-se en presa de decisions.

2.1.8. *Canvis en l'estructura administrativa del Protectorat*

El Protectorat és una suma de funcions exercides per l'administració mitjançant l'estructura del Departament de Justícia, bàsicament dins de la Direcció General de Dret i Entitats Jurídiques. Així, malgrat que la LP insisteix en qualificar-lo com a òrgan⁷² val a dir que el Protectorat és un *Servei*⁷³ integrat en la *Subdirecció General de Dret, Entitats Jurídiques i Grups d'interès*, d'acord amb l'art. 93.2 i amb les funcions que li atribueix l'art. 96 del Decret 278/2016.⁷⁴ No obstant, com ja hem vist anteriorment en matèria de sancions, algunes de les seves funcions són exercides pel Conseller/a, el Director/a General o, en el cas del registre per un altre servei amb adopció de la Resolució corresponent també per part del Conseller/a (art. 15 LP).

La nova reestructuració del Departament de Justícia dona a aquest servei la denominació de "*Servei de Supervisió i Protectorat*" (arts. 93.2.c) i 96) per tal de visibilitzar que, a més d'exercir les funcions del protectorat, assumeix també les del denominat òrgan de supervisió de les ADUP, tal com es preveu en els arts. 12 i següents de la LP.

72 Tant en el seu preàmbul: "El protectorat...entès com l'òrgan que exerceix el control..." com en l'art. 2.1: "el protectorat és l'òrgan de l'administració..."

73 El Decret 194/2013, de 9 de juliol (DOGC núm. 6415, d'11.7), ja derogat, creà per primer cop un "*Servei de Protectorat*" (art. 95) que assumí únicament les funcions del protectorat, tot i que el Registre depenia del "*Servei d'Entitats Jurídiques*". Aquest nou servei substituï l'anterior *Servei d'Assessorament Econòmic i Acció del Protectorat* previst en els Decrets 166/2008, de 26 d'agost (DOGC núm. 5204, de 28.8) i 333/2011, de 3 de maig (DOGC núm. 5872, de 5.5), que al seu torn havia substituït el *Servei d'Assessorament Econòmic i de Gestió Administrativa* (Decret 425/2004, de 9 de novembre, DOGC núm. 4258, d'11.11).

74 El Decret 278/2016, de 2 d'agost, de reestructuració del Departament de Justícia (DOGC núm. 7177, de 4.8), fa desaparèixer el terme "*Protectorat*" de la denominació de la Subdirecció general, el qual apareix ara únicament en la denominació del "*Servei*".

2.2. Altres modificacions del llibre tercer efectuades per la Llei 21/2014 (DF 2a)

La LP també modifica alguns articles del llibre tercer per la necessitat de coordinar algun aspecte molt puntual i aprofitant el procediment legislatiu per a corregir alguna omissió. Així es modifiquen els següents articles:

- Addició de la lletra *n* en l'art. 315-2.1 per a incloure la indicació de la pàgina web i l'adreça electrònica als efectes de notificacions (en full registral).
- Addició de l'apartat 2 en l'art. 315-2 per a establir el termini d'un mes per sol·licitar la inscripció d'actes d'inscripció obligatòria.
- Addició dels nous apartats 5 i 6 en l'art. 315-8 establint la restricció d'accés a dades personals i comunicació entre administracions sotmesa a Llei Orgànica 15/1999 amb excepció de les necessàries pel compliment de les funcions de control i verificació i gestió ajuts, avals, préstecs o subvencions.
- Modificació de l'art. 331-6.1 per eliminar la remissió a l'apartat 6è mateix article que fou derogat per la Llei 7/2012.
- Modificació de l'art. 332-13.3 per ampliar el termini per acreditar la realització dels actes sotmesos a declaració responsable que passa dels dos mesos previstos per la Llei 7/2012 a tres mesos.
- Modificació de l'art. 333-2.2 per a corregir la referència al producte dels béns alienats sotmesos a deure de reinversió fruit de la reforma del text de l'art. 333-1.1.
- Addició d'un nou apartat 3 en l'art. 333-11 per a fixar en 60 dies el termini per a l'informe d'auditoria.
- Addició d'un nou apartat 4 en l'art. 335-1 per a incloure en la sol·licitud de modificació dels estatuts, la indicació dels articles modificats i el text refós actualitzat.

El registre de parelles estables i el dret a percebre la pensió de viudetat

ANNA GINÈS I FABRELLAS

*Professora adjunta de Dret del Treball
ESADE-Universitat Ramon Llull*

SUMARI

1. INTRODUCCIÓ 2. BREU MENCIO AL CONCEPTE DE PARELLA ESTABLE DEL LLIBRE II DEL CODI CIVIL DE CATALUNYA 3. PARELLES DE FET I PENSIO DE VIUDETAT 3.1. *Requisits d'accés de les parelles matrimonials a la pensió de viudetat* 3.2. *El desigual reconeixement de la pensió de viudetat a les parelles de fet* 4. EL REGISTRE DE PARELLES ESTABLES DE CATALUNYA PER GARANTIR LA IGUALTAT D'ACCÉS DE LES PARELLES ESTABLES A LA PENSIO DE VIUDETAT 5. CONCLUSIONS 6. BIBLIOGRAFIA

1. INTRODUCCIÓ

La normativa de Seguretat Social i la jurisprudència del Tribunal Constitucional i Tribunal Suprem en relació als requisits d'accés a la pensió de viudetat —que requereixen un requisit formal de constitució de la parella de fet— col·loca a les parelles estables subjectes a les normes del Llibre II del Codi Civil de Catalunya en una situació de desigualtat, en tant que la normativa catalana admet la constitució de parelles de fet per la mera convivència *more uxorio* o l'existència de fills comuns.

Amb la voluntat de corregir aquesta situació, el Parlament de Catalunya ha aprovat el Decret Llei 3/2015, de 6 d'octubre, de modificació de la Llei 24/2010, del 29 de juliol, del llibre segon del Codi civil de Catalunya, relativa a la creació del Registre de parelles estables amb la finalitat de, segons estableix el seu preàmbul, “crear els instruments necessaris per estendre la igualtat dels drets civils de què gaudeixen les parelles estables a Catalunya a l'àmbit dels drets de caràcter públic, per tal de facilitar, entre d'altres, el dret a percebre de la Seguretat Social la pensió de viduïtat”.

En aquest context, l'objecte del present article és analitzar el règim jurídic de la pensió de viudetat de les parelles de fet i la interpretació que n'han fet del Tribunal Constitucional i Tribunal Suprem, amb la finalitat de determinar i valorar les diferències existents en relació a les parelles matrimonials, la coherència amb la regulació catalana en matèria de parelles estables i les conseqüències de la creació del Registre de parelles estables.

2. BREU MENCIÓ AL CONCEPTE DE PARELLA ESTABLE DEL LLIBRE II DEL CODI CIVIL DE CATALUNYA

Les parelles estables es troben regulades a l'article 234-1 del Llibre II del Codi Civil de Catalunya (CCCat, en endavant), inclòs en el Títol III dedicat a «La família» —expressió de la voluntat del legislador català d'identificar-les com una forma de família.¹

L'article 234-1 CCCat defineix les parelles estables com les *“dues persones que conviuen en una comunitat de vida anàloga a la matrimonial... en qualsevol dels casos següents:*

- a) *Si la convivència dura mes de dos anys ininterromputs.*
- b) *Si durant la convivència, tenen un fill comú.*
- c) *Si formalitzen la relació en escriptura pública.”*

Així doncs, les parelles estables són aquelles formades per dues persones —la neutralitat del llenguatge permet superar la regulació anterior² i unificar la regulació entre parelles heterosexuales i homosexuals³— que conviuen en una comunitat de vida anàloga a la matrimonial. És a dir, que conviuen de forma estable, afectiva i pública, excloent, per tant, qualsevol altra forma de convivència.

1 Preàmbul (apartat III.c) de la Llei 25/2010, de 29 de juliol, del llibre segon del Codi civil de Catalunya, relatiu a la persona i la família.

2 Llei 10/1998, de 15 de juliol, d'unions estables de parella (LEUP).

3 TARABAL BOSCH, Jaume, “Article 234-1. Parella estable”, a EGEA I FERNÁNDEZ, Joan i FERRER I RIBA, Josep (Directors), *Comentaris al llibre segon del Codi civil de Catalunya*, Atelier, Barcelona, 2014, p. 542.

El concepte de parella estable, a més de requerir la convivència *more uxorio*, exigeix la concurrència d'alguna de les tres circumstàncies enumerades a l'article 234-1 CCCat: a) convivència superior a dos anys ininterromputs, b) existència de fills comuns durant la convivència o c) formalització de la relació en escriptura pública.

Les parelles que, tot i conviure en una comunitat de vida anàloga a la matrimonial, no compleixin amb algun d'aquests factors d'estabilitat, no tindran la consideració de parella estable i, per tant, no els resultarà d'aplicació el seu règim jurídic.⁴

Com es pot observar, el legislador català ha optat per una definició que admet l'adquisició de la condició de parella estable sense mediar un acte formal de constitució. És possible adquirir tal condició per la convivència ininterrompuda durant dos anys o l'existència de fills en comú, no requerint-se com a requisit constitutiu el seu registre o escriptura pública.⁵

És important mencionar que, a diferència de la convivència matrimonial, la convivència de les parelles estables no es presumeix, requerint-se la seva acreditació mitjançant qualsevol de les proves admeses en dret.⁶ Tot i que l'apartat segon de la disposició addicional segona CCCat només fa referència a l'escriptura pública i a l'acta de notorietat a efectes d'acreditar l'existència de parella estable davant de l'administració pública, cal entendre que s'admet qualsevol altra mitjà

4 TARABAL BOSCH, Jaume, "Article 234-1. Parella estable", op. cit., p. 542.

5 És important, tanmateix, tenir en compte la STC 93/2013, 23.4.2013 (RTC 2013/93; MP: Adela Asua Batarrita) que va declarar inconstitucional varis articles de la Llei Foral 6/2000 de Navarra per entendre inconstitucional la aplicació del règim de parelles de fet per la simple convivència o per l'existència de fills en comú. Aquesta conclusió, com ha sostingut un sector de la doctrina, podria estendre's a la normativa catalana. Veure, ESCRIBANO VINDEL, Carlos, "El acceso, cada vez más complejo, de las parejas de hecho a la pensión de viudedad. Comentario a la STC de 11 de marzo de 2014", Revista jurídica de Catalunya, vol. 113, núm. 3, 2014, p. 167.

6 TARABAL BOSCH, Jaume, "Article 234-1. Parella estable", op. cit., p. 544.

de prova admès en Dret,⁷ tals com prova testifical, confessió judicial, certificats del padró municipal, contractes, etc.⁸

Finalment, en relació al concepte de parella estable del Llibre II del CCCat, cal destacar que l'extinció de la parella estable es produeix, segons l'article 234-4 CCCat, per alguna de les següents causes: a) cessament de la convivència amb trencament de la comunitat de vida; b) mort o declaració de mort d'un dels convivents; c) matrimoni de qualsevol dels convivents; d) comú acord dels convivents formalitzat en escriptura pública; o e) voluntat d'un dels convivents notificada fefaentment a l'altre.

3. PARELLES DE FET I PENSIÓ DE VIUDETAT

3.1. Requisits d'accés de les parelles matrimonials a la pensió de viudetat

La pensió de viudetat, regulada a l'article 219 del Real Decret Legislatiu 8/2015, de 30 d'octubre, pel que s'aprova el text refós de la Llei General de la Seguretat Social (LGSS, en endavant),⁹ és una pensió contributiva de caràcter vitalici que es reconeix al cònjuge supervivent com a conseqüència de la mort de la persona amb la que tenia un vincle matrimonial.

Per accedir a la pensió de viudetat, l'apartat primer de l'article 219 LGSS requereix que, en el moment de la mort, el subjecte causant

7 LLEBARÍA SAMPER, Sergio, "Artículo 234-1. Pareja estable" i "Disposición adicional segunda", a ROCA TRIAS, M. (Coordinadora), *Persona y familia: Libro Segundo del Código Civil de Cataluña*, Sepín, Madrid, 2011, p. 938 i 1430; PUIG BLANES, Francisco de Paula, "Artículo 234-1. Pareja estable", a PUIG BLANES, Francisco de Paula i SOSPEDRA NAVAS, Francisco José (Coordinadors), *Comentarios al Código Civil de Cataluña*, vol. 1, Civitas, Madrid, 2011, p. 430; GINÈS I FABRELLAS, Anna, "Disposició addicional segona", en EGEA I FERNÁNDEZ, Joan i FERRER I RIBA, Josep (Directors), *Comentarios al libro segon del Codi civil de Catalunya*, Atelier, Barcelona, 2014, p. 1072; entre d'altres.

8 LLEBARÍA SAMPER, Sergio, "Disposición adicional segunda", op. cit., p. 1430.

9 La pensió de viudetat es trobava anteriorment regulada a l'article 174 del Real Decret Legislatiu 1/1994, de 20 de juny, pel qual s'aprova el text refós de la Llei General de la Seguretat Social.

es trobés inclòs en el Règim General de Seguretat Social,¹⁰ d'alta o en situació assimilada a l'alta i hagués complert un període de cotització de cinc-cents dies, dins del període de cinc anys immediatament anterior a la data del fet causant.

Existeixen, tanmateix, algunes precisions a aquesta norma general:

- En el cas que en el moment de la mort del causant aquest es trobés en una situació d'alta o assimilada a l'alta sense obligació de cotitzar, el període de cotització de cinc-cents dies ha d'estar comprès dins dels cinc anys immediatament anteriors a la data en què va finalitzar l'obligació de cotitzar.
- El paràgraf segon d'aquest article 219.1 LGSS també reconeix la pensió de viudetat al cònjuge supervivent encara que en el moment de la mort no es trobés en situació d'alta o assimilada a l'alta, sempre que hagués complert un període mínim de cotització de quinze anys.
- Si la mort del causant es produeix com a conseqüència d'un accident, sigui de treball o comú, o malaltia professional, no s'exigeix un període de cotització mínim per accedir a la pensió de viudetat.

En els supòsits excepcionals en què la mort del causant es produeixi com a conseqüència d'una malaltia anterior al vincle conjugal, l'apartat segon de l'article 219 LGSS requereix que el matrimoni s'hagués celebrat com a mínim un any amb anterioritat a la mort del causant. No s'exigeix aquesta duració mínima del vincle matrimonial en supòsits de fills comuns o quan, en la data de celebració del matrimoni, s'acrediti una convivència *more uxorio* que, sumada a la del matrimoni, superi els dos anys. Com estableix el Tribunal Suprem, aquesta previsió té la finalitat d'evitar matrimonis de conveniència "contrets precisament amb l'únic fi de meritjar una pensió de viudetat quan es tem la pròxima mort del causant".¹¹ Ara

10 Així mateix, segons l'article 217.1 LGSS també tenen accés a la pensió de viudetat, sempre que es compleixin amb els requisits establerts a l'article 219 LGSS, les persones perceptores dels subsidis d'incapacitat temporal, risc durant l'embaràs, maternitat, paternitat o risc durant la lactància natural i els titulars de pensions contributives de jubilació i incapacitat permanent.

11 STS, 4ª, 20.7.2010 (RJ 2010/7278; MP: Luis Fernando de Castro Fernández).

bé, fins i tot en el cas que no es pugui acreditar la duració mínima d'un any o l'existència de fills comuns però concorrin els demés requisits, l'article 222 LGSS reconeix una prestació temporal de viudetat al cònjuge supervivent de quantia igual i amb una durada de dos anys.

La pensió de viudetat també es reconeix en casos de separació, divorci o nul·litat matrimonial, segons s'estableix a l'article 220 LGSS. En supòsits de separació o divorci, l'apartat primer d'aquest precepte reconeix la pensió de viudetat a aquelles persones que, complint amb els requisits anteriors, siguin creditores de la pensió compensatòria de l'article 97 CC.¹² En els supòsits de nul·litat matrimonial, l'apartat tercer estableix que es reconeix la pensió de viudetat al supervivent que tingui reconeguda la indemnització de l'article 98 CC.

La pensió de viudetat, com s'ha apuntat anteriorment, té naturalesa vitalícia, és compatible amb rentes del treball¹³ i la seva quantia és equivalent al 52% de la base reguladora.¹⁴ La finalitat de la pensió és compensar el dany sofert pel supervivent com a conseqüència de la disminució d'ingressos que es deriven de la mort del cònjuge.¹⁵ Es pressuposa, per tant, la situació de necessitat,

12 Tanmateix, cal tenir en compte la STS, 4ª, 29.1.2014 (RJ 2014\1038; MP: Mª Lourdes Arastey Sahún), que modifica la seva doctrina i estableix que el requisit determinant per accedir a la pensió de viudetat en supòsits de separació i divorci és l'existència d'una situació de dependència econòmica envers el causant manifestada en la percepció de qualsevol quantia periòdica per part de l'ex cònjuge supervivent a càrrec del mort.

En relació amb aquesta qüestió, veure ALLUEVA AZNAR, Laura i GINÈS I FABRELLAS, Anna, "La dependencia económica como requisito de acceso a la pensión de viudedad en supuestos de separación o divorcio", *InDret*, núm. 1, 2015, p. 1-25.

13 Article 223.1 LGSS.

14 Article 31.1 del Decret 3158/1966, de 23 de desembre, que aprova el Reglament General que determina la quantia de les prestacions econòmiques del Règim General de la Seguretat Social i condicions pel dret a les mateixes (en endavant, Decret 3158/1966).

15 "[E]n la seva configuració actual, la pensió de viudetat no té per estricta finalitat atendre a una situació de necessitat o de dependència econòmica (com abans ocorria en cas del vidu), assegurant un mínim de rendes, sinó més bé compensar front a un dany, que és la falta o minoració d'uns ingressos dels que participava el cònjuge supervivent, i, en general, afrontar les repercussions econòmiques causades per l'actualització d'una contingència /la mort d'un dels cònjuges), atorgant a tal efecte una pensió que depèn i és proporcional en la seva quantia a la base reguladora corresponent al causant (...), sent irrellevant que la mort creï o no un estat de necessitat" (STC 184/1990, 9.11.1990 (RTC 1990/184; MP: Jesús Leguina Villa)).

sense que s'exigeixi acreditar una efectiva situació de necessitat ni dependència econòmica envers el cònjuge mort. En aquells supòsits en què la pensió de viudetat constitueixi la única o principal font d'ingressos del cònjuge supervivent, aquest es trobi en una situació de necessitat econòmica i tingui responsabilitats familiars, la quantia de la pensió de viudetat s'incrementa fins al 70% de la base reguladora.¹⁶

Finalment, és important determinar que, segons estableix l'article 223.2 LGSS, la pensió de viudetat s'extingeix, en tot cas, quan el beneficiari de la pensió contregui noves núpcies o constitueixi parella de fet.

3.2. El desigual reconeixement de la pensió de viudetat a les parelles de fet

L'actual article 221 LGSS reconeix la pensió de viudetat a les persones que, complint amb els requisits d'alta i cotització establerts a l'article 219 LGSS, “es trobin unides al causant en el moment de la seva mort, formant una parella de fet”.

No va ser fins a l'entrada en vigor de la Llei 40/2007, de 4 de desembre, de mesures en matèria de Seguretat Social que es va reconèixer aquest dret a les parelles de fet i es va acabar amb la diferència de tracte històrica entre formes de convivència matrimonial i extramatrimonial.

Tanmateix, no és possible afirmar que existeix una equiparació total en l'accés a la pensió de viudetat entre els cònjuges i les parelles de fet. Com s'analitza en detall a continuació, les parelles extramatrimonials han de complir requisits més severos de registre, convivència i dependència econòmica per accedir a la pensió de viudetat, generant així dubtes de constitucionalitat.

Així mateix, les diferències existents entre la definició de parella de fet en matèria de Seguretat Social i aquella establerta en algunes legislacions autonòmiques —com és el cas de la regulada en l'article 234-1 CCCat—, ha generat una elevada conflictivitat judicial que ha donant lloc a importants —i controvertits— posicionaments per part del Tribunal Constitucional i Tribunal Suprem.

16 Article 31.2 Decret 3158/1966.

L'article 221 LGSS reconeix la pensió de viudetat a les parelles de fet en els següents termes:¹⁷

“1. Complint els requisits d'alta i cotització establerts a l'article 219, tindrà així mateix dret a la pensió de viudetat qui es trobés unit al causant en el moment de la seva mort, formant una parella de fet, i acredités que els seus ingressos durant l'any natural anterior no van arribar al 50 per cent de la suma dels propis i dels del causant haguts en el mateix període. Aquest percentatge serà del 25 per cent en cas d'inexistència de fills comuns amb dret a pensió d'orfanat.

Tanmateix, també es reconeixerà dret a pensió de viudetat quan els ingressos del sobrevivent resultin inferiors a 1,5 vegades l'import del salari mínim interprofessional vigent en el moment del fet causant, requisit que haurà de concorre tant en el moment del fet causant de la prestació, com durant el període de la seva percepció. El límit indicat s'incrementarà en 0,5 vegades la quantia del salari mínim interprofessional vigent,

17 És important mencionar que la disposició addicional tercera de la Llei 40/2007 establia una aplicació retroactiva de la norma per aquells supòsits en què la mort del causant es produís amb anterioritat a l'entrada en vigor de la norma (1.1.2008). Segons aquesta disposició, excepcionalment es reconeixia el dret a la pensió de viudetat quan es complien els següents requisits: a) alta i cotització a la Seguretat Social en el moment de la mort i no haver causat dret a la pensió de viudetat; b) convivència ininterrompuda durant els sis anys immediatament anteriors a la mort; c) existència de fills comuns; d) no reconeixement de pensió contributiva de la Seguretat Social; i e) presentació de la sol·licitud en el termini de 12 mesos següents a l'entrada en vigor de la Llei.

El Tribunal Constitucional, en la STC 41/2013, 14.2.2013 (RTC 2013/41; MP: Adela Asua Batarrita), va declarar la nul·litat de l'exigència de fills en comú per accedir a la pensió de viudetat en aquells supòsits en què la mort del causant es produís amb anterioritat a l'entrada en vigor de la Llei 40/2007, per entendre que exclou a les parelles homosexuals al resultar aquest un requisit de difícil compliment i, en conseqüència, suposar una vulneració del principi de no discriminació per raó d'orientació sexual.

En aquest mateix sentit s'ha posicionat un sector important de la doctrina. Veure LAMARCA I MARQUÈS, Albert i ALASCIO CARRASCO, Laura, “Parejas de hecho y pensión de viudedad. Comentario a la STS, 2ª, 28.4.2006”, *InDret*, núm. 4, 2007, p. 29; CABEZA PEREIRO, Jaime, “Viudedad para las parejas de hecho por muertes anteriores a 2008: ¿importa la orientación sexual?”, *Aranzadi Social*, vol. 6, núm. 1, 2013, p. 1-11 (versió digital); MORENO I GENÉ, Josep, “Pensión especial de viudedad” para parejas de hecho sin hijos comunes”, *Aranzadi Social*, vol. 6, núm. 2, 2013, p. 1-16; entre altres.

per cada fill comú amb dret a pensió d'orfanat que convisqui amb el sobrevivent.

Es consideraran com ingressos els rendiments de treball i de capital, així com els de caràcter patrimonial, en els termes en què són computats pel reconeixement dels complements per mínims de pensions establerts a l'article 59.

2. A efectes d'allò establert en aquest article, es considerarà parella de fet la constituïda, amb anàloga relació d'afectivitat a la conjugal, pels que, no trobant-se impeditos per contraure matrimoni, no tinguin vincle matrimonial amb una altra persona i acreditin, mitjançant el corresponent certificat d'empadronament, una convivència estable i notòria amb caràcter immediat a la mort del causant i amb una duració ininterrompuda no inferior a cinc anys.

L'existència de parella de fet s'acreditarà mitjançant certificació de la inscripció en algun dels registres específics existents a les comunitats autònomes o ajuntament del lloc de residència o mitjançant document públic en el que consti la constitució de la parella. Tant la mencionada inscripció com la formalització del corresponent document públic hauran d'haver-se produït amb una antelació mínima de dos anys respecte la data de la mort del causant.”

Com es deriva d'aquest precepte, l'accés a la pensió de viudetat per part de les parelles de fet requereix tres requisits essencials: (1) existència de parella de fet definida segons la normativa de Seguretat Social; (2) convivència ininterrompuda durant 5 anys immediatament anteriors a la mort del causant; i (3) dependència o necessitat econòmica.

A continuació s'analitzen en profunditat els tres requisits d'accés a la pensió de viudetat per part de les parelles de fet, així com els conflictes jurisdiccionals que se n'han derivat.

3.2.1. El concepte de Seguretat Social de parella de fet i les seves diferències amb el concepte de parella estable a Catalunya

El primer requisit que exigeix la normativa de Seguretat Social per accedir a la pensió de viudetat és l'existència d'una parella de fet.

Ara bé, donada l'absència d'una definició en el Codi Civil de parella de fet, l'article 221.2 LGSS introdueix una definició a efectes de Seguretat Social. Segons aquest precepte, tenen la consideració de parella de fet aquelles persones que convisquin amb anàloga relació d'efectivitat a la conjugal i, no trobant-se impedides per contraure matrimoni, no tinguin un vincle matrimonial amb una altra persona.

El paràgraf segon d'aquest mateix precepte estableix que l'existència de parella de fet s'acreditarà mitjançant inscripció en algun dels registres específics de les comunitats autònomes o ajuntament o mitjançant document públic, requerint una antelació mínima de dos anys previs a la mort del causant.

Així doncs, el concepte de Seguretat Social de parella de fet exigeix la concurrència simultània de cinc requisits: (i) convivència amb anàloga relació d'afectivitat a la matrimonial, (ii) absència d'impediment per contraure matrimoni, (iii) absència de vincle matrimonial amb una altra persona, (iv) registre o document públic que acrediti la constitució de la parella de fet i (v) antelació mínima de dos anys previs a la mort del causant.

El concepte de parella de fet als efectes de Seguretat Social ha generat, com s'analitza a continuació, dos conflictes judicials i doctrinals importants.

a. Opció legislativa per les parelles de fet registrades a efectes de Seguretat Social

La discussió jurisprudencial entorn al concepte de parella de fet utilitzat per la normativa de Seguretat Social ha versat, en primer lloc, en relació als mitjans probatoris per l'acreditació de la seva existència.

L'article 221.2 LGSS és clar —també ho era el seu precedent article 174.3 LGSS— en determinar que “[l]’existència de parella de fet s’acreditarà mitjançant certificació de la inscripció en alguns dels registres específics existents en les comunitats autònomes o ajuntaments del lloc de residència o mitjançant document públic en el què consti la constitució de tal parella”. Ara bé, es planteja si els únics mitjans de prova per a acreditar l'existència de parella de fet

són certificat d'inscripció al registre o escriptura pública o si, pel contrari, s'accepten altres mitjans probatoris.

La posició adoptada per la jurisprudència —criticada per un sector de la doctrina¹⁸— ha estat restrictiva, reduint així l'accés de les parelles de fet a la pensió de viudetat. En aquest sentit, la jurisprudència del Tribunal Constitucional i Tribunal Suprem ha entès que l'existència de parella de fet únicament pot acreditar-se mitjançant certificat d'inscripció al registre o escriptura pública,¹⁹ descartant qualsevol altre mitjà de prova, tals com el llibre de família,²⁰ disposicions testamentàries,²¹ declaració de renta conjunta i certificat d'empadronament,²² compte d'estalvis conjunt,²³ escriptura de préstec amb hipoteca,²⁴ etc.

Segons aquesta jurisprudència, el redactat del precepte denota la voluntat legislativa de reconèixer la pensió de viudetat únicament a aquelles parelles de fet regularitzades.²⁵ En conseqüència, el requisit d'inscripció en un registre autonòmic o municipal específic o l'escriptura pública esdevé un requisit de caràcter constitutiu. És a dir, el registre o

18 Veure, entre altres, GALA DURÁN, Carolina, “Pensión de viudedad, situaciones de crisis matrimonial y parejas de hecho”, *Revista de derecho social*, núm. 63, 2013, p. 194 i 195.

19 Per totes, veure, STC 60/2014, de 5.5.2014 (RTC 2014/60; MP: Francisco Pérez de los Cobos Orihuel) i STS, 4ª, 20.7.2010 (RJ 2010/7278; MP: Luis Fernando de Castro Fernández).

En sentit contrari, es pronuncia el vot particular subscrit pels magistrats Encarna Roca Trias i Juan Antonio Xiol Ríos a la STC 60/2014, per entendre que no s'hauria d'excloure qualsevol altre mitjà de prova per acreditar l'existència de parella de fet, especialment tenint en compte les regulacions autonòmiques existents en matèria de parelles de fet.

20 “[E]l Llibre de Família... és de veritat un document públic que certifica el “matrimoni”, i la afiliació (tant matrimonial, com “no matrimonial”, com adoptiva), però que no acredita l'existència de parella de fet, funció “totalment aliena” a la “finalitat” del Registre Civil” (STS, 4ª, 15.6.2011 (RJ 2011/5939; MP: Antonio Martín Valverde)).

21 STS, 4ª, 9.10.2012 (RJ 2012/10314; MP: José Luis Gilolmo López).

22 STS, 4ª, 4.10.2011 (RJ 2011/7638; MP: Jesús Souto Prieto).

23 STS, 4ª, 26.12.2011 (RJ 2012/159; MP: Luis Fernando de Castro Fernández).

24 STSJ Catalunya 16.11.2016 (JUR 2015\303613; MP: Francisco Bosch Salas).

25 La única excepció, com s'ha analitzat anteriorment, es troba en relació a les parelles de fet en què la mort del causant es produeix amb posterioritat a l'entrada en vigor de la Llei 40/2007.

escriptura pública és un requisit formal —*ad solemnitatem*— que prova la constitució de la parella de fet.²⁶

Tant el Tribunal Constitucional com el Tribunal Suprem han descartat que el precepte requereixi una exigència probatòria duplicada. El requisit de la convivència estable durant mínim cinc anys no és un requisit formal que prova l'existència de parella de fet, sinó un mandat legal material referent a la convivència. Així doncs, l'accés a la pensió de viudetat per part de les parelles de fet requereix, a més de dependència o necessitat econòmica, un doble requisit: un requisit formal de constitució —inscripció al registre o escriptura pública— i un requisit material —convivència ininterrompuda durant 5 anys.

“[L]a solució per la que ha optat el legislador no consisteix en una exigència probatòria duplicada sobre un mateix extrem [l'exigència de la parella de fet], tal i com es podria deduir de la confusa redacció del precepte, sinó que els dos mandats legals van referits a altres tantes exigències diferents: a) la material, de convivència com estable parella de fet durant el mínim de cinc anys; i b) la formal —*ad solemnitatem*— de la seva verificació de que la parella s'ha constituït com a tal davant del Dret i dotada “d'anàloga relació d'afectivitat a la conjugal”, amb dos anys d'antelació al fet causant [en forma molt similar a la que es produeix en el matrimoni]”.²⁷

Aquesta posició jurisprudencial d'exigir un requisit formal de constitució ha donat lloc a afirmar que “la titularitat del dret —

26 Entre altres, STC 45/2014, 7.4.2014 (RTC 2014/45; MP: Pedro González-Trevijano Sánchez), STS, 4^a, 20.7.2010 (RJ 2010/7278; MP: Luis Fernando de Castro Fernández) i, més recentment, 29.4.2015 (RJ 2015/2221; MP: Rosa María Virolés Piñol).

Tanmateix, es interessant destacar una tímida corrent jurisprudencial que sembla defensar que la normativa de Seguretat Social requereix un únic requisit, que és l'existència d'una parella de fet, admetent-se l'acreditació de la convivència *more uxorio* mitjançant múltiples proves, incloses el certificat de registre o escriptura pública. En aquest sentit, sembla posicionar-se la STS, 4^a, 25.5.2010 (RJ 2010/3610; MP: Manuel Ramón Alarcón Caracuel) al establir que “el que sí és cert és que la defectuosa tècnica d'aquest precepte consisteix en no delimitar amb la suficient precisió la definició del que és parella de fet i l'establiment d'un requisit per tenir dret a la pensió de viudetat”.

27 STS, 4^a, 29.4.2015 (RJ 2015/2221; MP: Rosa María Virolés Piñol).

pensió— únicament correspon a les “parelles de dret” i no a les genuïnes “parelles de fet”.²⁸

La possible inconstitucionalitat derivada de les diferències de tracte entre les “parelles de dret” i les “parelles de fet” va quedar resolta pel Tribunal Constitucional al entendre que “no és que a unes parelles de fet se’ls reconegui el dret a la prestació i a altres no, sinó que, als efectes de la Llei, unes no tenen la consideració de parella de fet i altres sí”.²⁹ El tribunal defensa la constitucionalitat de la norma per entendre que la diferència de tracte troba una justificació objectiva i raonable. Així, entén que existeix la necessitat legislativa d’acreditar l’existència de la parella de fet i la veracitat de la convivència *more uxorio* per tal de garantir la seguretat jurídica i evitar el frau en l’accés a la pensió de viudetat.³⁰

b. Contradicció entre la normativa de Seguretat Social i el concepte de parelles estables del Llibre II del Codi Civil de Catalunya

La definició de parella de fet als efectes de Seguretat Social ha donat lloc a una segona discussió judicial entorn a la seva compatibilitat amb la definició de parella de fet continguda en les legislacions autonòmiques. Concretament, el requisit de constitució formal que exigeix l’article 221 LGSS entra en clara contradicció amb alguna de la normativa autonòmica sobre parelles de fet, posant en entredit les competències autonòmiques en matèria de Dret civil.³¹ Aquest és el cas de Catalunya que, com s’ha analitzat anteriorment, no exigeix registre o escriptura pública, admetent la constitució d’una parella

28 Entre les més recents, veure, STS, 4^a, 29.4.2015 (RJ 2015/2221; MP: Rosa María Virolés Piñol).

29 STC 51/2014, 7.4.2014 (RTC 2014/51; MP: Fernando Valdés Dal-Ré). En aquest mateix sentit, veure STC 60/2014, 5.5.2014 (RTC 2014/60; MP: Francisco Pérez de los Cobos Orihuel).

30 En aquest mateix sentit es pronuncia un sector de la doctrina iuslaboralista. Entre altres, veure, KAHALE CARRILLO, Djamil Tony, “La pensión de viudedad en las parejas de hecho: criterios jurisprudenciales”, Nueva revista española de derecho del trabajo, núm. 187, 2016, p. 96.

31 LAMARCA I MARQUÈS, Albert i ALASCIO CARRASCO, Laura, “Parejas de hecho y pensión de viudedad. Comentario a la STS, 2^a, 28.4.2006”, InDret, núm. 4, 2007, p. 4.

estable per la mera convivència o existència de fill en comú (article 234-1 CCCat).³²

L'actualment derogat article 174.3 LGSS contenia un paràgraf cinquè que establia que “[e]n les comunitats autònomes amb Dret Civil propi, complint-se el requisit de convivència a què es refereix el paràgraf anterior, la consideració de parella de fet i la seva acreditació es durà a terme conforme al que s'estableixi en la seva legislació específica”. Aquest apartat, no inclòs en el vigent article 221 LGSS, remetia a la regulació autonòmica la consideració i acreditació de la parella de fet als efectes d'accés a la pensió de viudetat. En conseqüència, en virtut d'aquest precepte, les parelles de fet sotmeses al Llibre II CCCat no haurien d'acreditar el registre o escriptura pública per accedir a la pensió de viudetat, resultant suficient l'acreditació de la seva condició de parella de fet segons la normativa catalana; és a dir, per la concurrència d'alguns dels requisits de l'article 234-1 CCCat.

Tanmateix, la redacció d'aquest precepte va donar lloc a una important conflictivitat judicial sobre la seva interpretació. Una interpretació literal del precepte entenia que la remissió a la legislació autonòmica respecte la consideració i forma d'acreditació de la parella de fet únicament es referia a les Comunitats Autònomes amb Dret Civil propi; és a dir, Catalunya, València, Illes Balears, Aragó, Galícia, Navarra o el País Basc.³³ Per contra, una interpretació més flexible permetia la remissió a la normativa autonòmica específica sobre parelles de fet, independentment de si es tractava de Comunitats Autònomes amb Dret Civil propi.³⁴

32 Així mateix, l'exigència de l'article 221 LGSS de no tenir un vincle matrimonial amb una altra persona és també contrari a la definició de parella estable de l'article 234-1 CCCat, que no inclou aquest requisit en la definició de parella estable.

33 En aquest sentit, veure BLASCO JOVER, Carolina, “La igualdad ante la exigencia de pensión compensatoria para lucrar viudedad en parejas de hecho”, Nueva revista española de derecho del trabajo, núm. 168, 2014, p. 202.

34 Un altre sector de la doctrina iuslaboralista s'ha posicionat a favor d'aquesta interpretació més flexible. Veure, en aquest sentit, KAHALE CARRILLO, Djamil Tony, “La pensión de viudedad en las parejas de hecho: criterios jurisprudenciales”, Nueva revista española de derecho del trabajo, núm. 187, 2016, p. 101.

En el context d'aquest debat, el Tribunal Suprem va plantejar una qüestió d'inconstitucionalitat davant del Tribunal Constitucional.³⁵ Aquest, en la seva sentència 40/2014, d'11 de març,³⁶ va declarar inconstitucional i nul aquest paràgraf cinquè de l'article 174.3 LGSS per entendre que vulnerava el principi d'igualtat de l'article 14 CE, en relació amb els articles 41 i 149.1.17 CE. Segons el tribunal, la normativa social generava diferències de tracte injustificades al remetre's a règims jurídics diferents en funció del veïnatge de la parella de fet.

“El règim públic de Seguretat Social ha de ser únic i unitari per tots els ciutadans (art. 41 CE), i garantir al temps la igualtat de tots els espanyols en l'exercici dels drets i dels deures en matèria de Seguretat Social (STC 124/1898, de 7 de juny, FJ 3)”

Així mateix, el Tribunal Constitucional argumenta que, en tant que la Seguretat Social és competència exclusiva de l'estat en virtut de l'article 149.1.17 CE, no és possible deixar a la legislació autonòmica la determinació dels subjectes beneficiaris a una prestació de caràcter públic.

“En conseqüència, la determinació dels subjectes beneficiaris d'una prestació de la Seguretat Social, en aquest cas la pensió de viudetat, constitueix una norma bàsica que correspon establir a l'estat *ex art.* 149.1.17 CE i ha de fer-ho de forma unitària per tots els subjectes compresos dins de l'àmbit de cobertura, excepte raons excepcionals degudament justificades i vinculades a la situació de necessitat que es tracta de protegir”.

35 Interlocutòria 14.12.2011 (RJ 2012/3497; MP: Manuel Ramón Alarcón Caracuel).

36 STC 40/2014, d'11 de març (RTC 2014/40; MP: Luis Ignacio Ortega Álvarez).

En relació als efectes de la nul·litat d'aquest paràgraf cinquè de l'article 174.3 LGSS, veure ESCRIBANO VINDEL, Carlos, “El acceso, cada vez más complejo, de las parejas de hecho a la pensión de viudedad. Comentario a la STC de 11 de marzo de 2014”, Revista jurídica de Catalunya, vol. 113, núm. 3, 2014, p. 163-180; BALLESTER PASTOR, Inmaculada, “Concepto de pensión de viudedad en supervivientes de parejas de hecho: modulación de los efectos de la nulidad del párrafo 5 del art. 174.3º TRLGSS/94. SJS nº 26 Barcelona 6 agosto 2015 (AS 2015,1526)”, Nueva revista española de derecho del trabajo, núm. 184, 2016, p. 395-402; entre altres.

Segons el tribunal, aquesta diferència de tracte en els requisits d'accés a la pensió de viudetat en funció de la Comunitat Autònoma no troba justificació objectiva i raonable, “en tant que no s'aprecien raons per deduir que la situació de necessitat en relació a aquesta prestació és major o més greu en les Comunitats Autònomes amb Dret civil propi”.

Més enllà, el Tribunal Constitucional afirma que tampoc podria acceptar-se la interpretació més àmplia segons la qual la remissió de l'article 174.3 LGSS s'entenia realitzada a la normativa autonòmica de totes les Comunitats Autònomes. Inclús en el cas d'acceptar-se aquesta interpretació, el tribunal considera que persistiria una desigualtat injustificable com a conseqüència de la diferent regulació existent en les Comunitats Autònomes.

Per tot l'anterior, el Tribunal Constitucional en la seva STC 40/2014 declara la nul·litat del paràgraf cinquè del derogat article 174.3 LGSS.³⁷ En conseqüència, als efectes de la pensió de viudetat cal atendre al concepte de parella de fet establert en la normativa de Seguretat Social. És a dir, l'accés a la pensió de viudetat per les parelles de fet requereix el compliment del requisit de constitució establert a l'article 221 LGSS.

Aquesta sentència compta amb un vot particular firmat pels magistrats Encarnació Roca Trías i Juan Antoni Xiol Ríos. Contràriament a la posició majoritària, aquets magistrats consideren que la remissió de la normativa de Seguretat Social a la regulació de les comunitats amb Dret civil propi no pot considerar-se, en cap cas, una vulneració del principi d'igualtat, en tant que és conseqüència de la configuració de l'ordenament civil espanyol com un sistema plural. Descarten la vulneració del principi d'igualtat al argumentar que les parelles de fet de les comunitats sense Dret civil propi no es troben desprotegides, al poder accedir a la pensió de viudetat en el cas de complir amb els requisits de la normativa de Seguretat Social.

Coincidint amb la posició dels magistrats que subscriuen aquest vot particular —i en contra del sector majoritari de la doctrina

37 És important tenir en compte que el tribunal va limitar l'abast de les conseqüències d'aquesta declaració d'inconstitucionalitat als supòsits no resolts amb resolució administrativa o sentència judicial ferma.

iuslaboralista³⁸ i un sector de la doctrina civilista³⁹—, des del meu punt de vista, no és possible apreciar vulneració del principi d'igualtat. Les possibles desigualtats existents en relació al concepte de parella de fet troben la seva justificació en la competència en Dret civil atribuïda, en virtut de l'article 149.1.8 CE, a les Comunitats Autònomes. És la configuració de l'ordenament civil espanyol com un sistema plural el que justifica les possibles diferències de tracte existents en relació al concepte de parella de fet.

En tot cas, cal tenir en compte que aquesta diferència en el concepte de parelles de fet no es predica en matèria de Seguretat Social, sinó en una matèria civil. Certament, la regulació en matèria de Seguretat Social és competència exclusiva de l'estat en virtut de l'article 149.1.17 CE; i, en virtut de l'article 41 CE, el règim públic de Seguretat Social ha de ser únic i unitari per tots els ciutadans. Ara bé, aquesta competència estatal no queda desvirtuada per la remissió a la normativa autonòmica en relació a l'existència i acreditació de les parelles de fet. Sens perjudici d'aquesta remissió, l'estat continuaria exercint la seva competència en matèria de Seguretat Social al regular els requisits d'accés a la pensió de viudetat per part de les parelles de fet.⁴⁰ En cas de mantenir-se la remissió a la

38 El sector majoritari de la doctrina iuslaboralista entén que la revisió a normativa autonòmica més favorable a la establerta en la normativa de Seguretat Social donava lloc a problemes de desigualtat de tracte en l'accés a la pensió de viudetat, a més de vulnerar la competència estatal en matèria de legislació bàsica de Seguretat Social establerta a l'article 149.1.17 CE. Veure, en aquest sentit, GALA DURÁN, Carolina, "Pensión de viudedad, situaciones de crisis matrimonial y parejas de hecho", *Revista de derecho social*, núm. 63, 2013, p. 197; POQUET CATALÁ, Raquel, "El acceso de las parejas de hecho a la pensión de viudedad: ¿una realidad?", *Temas laborales. Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 119, 2013, p. 180; MELLA MÉNDEZ, Lourdes, "Parejas de hecho y pensiones de viudedad y orfandad: puntos críticos desde la jurisprudencia del Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional", *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 1, 2015, p. 74; KAHALE CARRILLO, Djamil Tony, "La pensión de viudedad en las parejas de hecho: criterios jurisprudenciales", *Nueva revista española de derecho del trabajo*, núm. 187, 2016, p. 101; entre altres.

39 BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, "La pensión de viudedad y las parejas de hecho", *Aranzadi civil-mercantil*, vol. 1, núm. 9, 2015, p. 3.

40 ESCRIBANO VINDEL, Carlos, "El acceso, cada vez más complejo, de las parejas de hecho a la pensión de viudedad. Comentario a la STC de 11 de marzo de 2014", *Revista jurídica de Catalunya*, vol. 113, núm. 3, 2014, p. 179; BLASCO JOVER, Carolina, "La igualdad ante la exigencia de pensión compensatoria para lucrar viudedad en parejas de hecho", *Nueva revista española de derecho del trabajo*, núm. 168, 2014, p. 202.

normativa autonòmica en quant a l'existència i constitució de la parella de fet, l'estat no renuncia a competència en matèria de Seguretat Social, en tant que els requisits de convivència dependència econòmica resulten exigibles a totes les parelles de fet de l'estat, independentment de la normativa autonòmica aplicable.

Amb la voluntat de protegir la competència estatal en matèria de Seguretat Social, la sentència del Tribunal Constitucional posa en entredit la competència autonòmica en matèria civil, especialment a aquelles comunitats autonòmiques amb Dret civil propi.

A més, si bé la voluntat del Tribunal Constitucional va ser evitar situacions de tracte desigual injustificades, és important tenir en compte que la declaració de nul·litat de la revisió a la normativa autonòmica va generar veritables situacions de desigualtat al dificultar o impedir l'accés a la pensió de viudetat a algunes parelles de fet.⁴¹ Aquest és clarament el cas de Catalunya, donat que la regulació catalana, al admetre la constitució de parelles de fet per la mera convivència o descendència comuna (article 234-1 CCCat), no preveu —fins recentment, com s'analitzarà en l'apartat següent— un registre autonòmic de parelles de fet. En tant que les persones ajusten els seus comportaments a la regulació jurídica, el nombre de parelles de fet que a Catalunya compleixen el requisit de registre o escriptura pública és certament reduït.⁴²

Finalment, cal remarcar que la utilització en l'àmbit de la Seguretat Social del concepte de parella de fet de les legislacions autonòmiques no suposaria un atemptat a la seguretat jurídica ni afavoriria conductes fraudulentas en l'accés a una prestació pública. El concepte de parella de fet ha estat desenvolupat legislativament per les Comunitats Autònomes, derivant-se del mateix drets i obligacions per les parts.

A mode de resum, i tenint en compte la posició del Tribunal Constitucional i Tribunal Suprem, l'acreditació de l'existència de parella

41 ESCRIBANO VINDEL, Carlos, "El acceso, cada vez más complejo, de las parejas de hecho a la pensión de viudedad. Comentario a la STC de 11 de marzo de 2014", *Revista jurídica de Catalunya*, vol. 113, núm. 3, 2014, p. 179.

42 En aquest sentit, és interessant citar l'estudi efectuat per LAMARCA i MARQUÈS i ALASCIO CARRASCO on es constata que el nombre de parelles estables registrades o que havien atorgat escriptura pública és clarament escàs a Catalunya. Veure LAMARCA i MARQUÈS, Albert i ALASCIO CARRASCO, Laura, "Parejas de hecho y pensión de viudedad. Comentario a la STS, 2ª, 28.4.2006", *InDret*, núm. 4, 2007, p. 21-22.

de fet als efectes d'accedir a la pensió de viudetat requereix un requisit formal de constitució de la parella de fet en registre o escriptura pública amb una anterioritat de dos anys a la mort del causant.

3.2.2. Convivència mínima dels cinc anys immediatament anteriors a la mort del causant

El segon requisit que exigeix l'article 221.2 LGSS a les parelles de fet per accedir a la pensió de viudetat és la convivència estable i notòria durant mínim cinc anys immediatament anteriors a la mort del subjecte causant. Aquest requisit, com s'ha apuntat anteriorment, no és considerat un requisit que acredita l'existència de la parella de fet, sinó un període de carència que estableix la normativa de Seguretat Social per accedir a la pensió de viudetat.

El mateix precepte estableix que la convivència mínima de cinc anys immediatament anteriors a la mort del causant s'ha d'acreditat "mitjançant el corresponent certificat d'empadronament". Aquesta referència al certificat d'empadronament ha generat un important debat judicial centrat en determinar si, tal i com es deriva d'una interpretació literal del precepte, la única forma d'acreditació de la convivència és mitjançant el certificat d'empadronament o si, pel contrari, s'entenen vàlids altres mitjans de prova.

Sens perjudici de posicionaments judicials inicials defensant una interpretació literal del precepte,⁴³ el Tribunal Suprem ha optat per una interpretació més àmplia, al entendre que és més coherent amb el règim jurídic de la pensió de viudetat per les parelles de fet.⁴⁴ El precepte, argumenta el tribunal, requereix una convivència estable i notòria, "però és clar que allò notori és allò que no necessita prova, allò que la seva existència real s'evidencia per sí mateixa, llavors mal es pot exigir simultàniament que el fet en qüestió s'acrediti

43 Entre altres, veure STSJ Madrid 17.4.2009 (AS 2009\1160; MP: M^a Luz García Paredes).

En relació a aquesta sentència i a la forma d'acreditació de la convivència de la parella de fet, veure MORENO I GENÉ, Josep, "La "pensión especial" de viudedad de las parejas de hecho: la prueba de la convivencia estable", Aranzadi Social, vol. 2, n^o 17, 2010, p. 1-8 (versió digital).

44 Entre altres, veure, STS, 4^a, 25.5.2010 (RJ 2010/3610; MP: Manuel Ramón Alarcón Caracuel), 15.3.2011 (RJ 2011/3258; MP: Rosa María Virolés Piñol), 11.6.2012 (RJ 2012/8536; MP: Luis Fernando de Castro Fernández).

exclusivament mitjançant una prova merament formal com és el certificat d'empadronament".⁴⁵ En conseqüència, s'admet qualsevol mitjà de prova admès en Dret per a l'acreditació de la convivència, com podria ser la prova documental⁴⁶ o testifical.

“[A]questa doctrina jurisprudencial sosté: 1) que l'acreditació de la convivència en “parella de fet” (more uxorio o “a mode de matrimoni” en terminologia clàssica) pot fer-se per qualsevol mitjà de prova admissible en dret; 2) que l'empadronament conjunt del causant i el beneficiari ni és un element “constitutiu” de la convivència a mode de matrimoni ni tampoc pot erigir-se en l'únic mitjà probatori de tal situació; 3) que, per tant, el certificat d'empadronament al que es refereix l'article 174.3 LGSS [actual article 221 LGSS] és un mitjà probatori privilegiat però no exclouent de l'acreditació per altres vies; i, 4) que, utilitzant el cànon hermenèutic de la interpretació sistemàtica, el propi article 174.3 LGSS [ídem] ha descartat que el certificat d'empadronament sigui la única prova admissible de la convivència al acceptar que “l'existència de parella de fet” s'acreditarà “mitjançant certificació de la inscripció... o mitjançant document públic en el que consti la constitució de la parella de fet”.⁴⁷

L'exigència d'una convivència mínima de cinc anys immediatament anteriors a la mort del causant suposa una diferència significativa en l'accés a la pensió de viudetat respecte les parelles matrimonials. En aquest sentit, com s'ha analitzat anteriorment, el cònjuge supervivent accedeix a la pensió de viudetat sempre que, complint-se amb els requisits d'alta i cotització a la Seguretat Social, existeixi un vincle matrimonial amb el subjecte causant, independentment de la durada del mateix.

Únicament s'exigeix una durada mínima d'un any del matrimoni en aquells supòsits de mort del causat com a conseqüència d'una malaltia existent amb anterioritat al matrimoni. Com es pot observar, el requisit de la convivència mínima s'estableix únicament

45 STS, 4ª, 25.5.2010 (RJ 2010/3610; MP: Manuel Ramón Alarcón Caracuel).

46 STS, 4ª, 24.6.2010 (RJ 2010/3613; MP: Manuel Ramón Alarcón Caracuel).

47 STS, 4ª, 9.6.2011 (RJ 2011/5334; MP: Antonio Martín Valverde).

en supòsits excepcionals i amb la voluntat d'evitar frau en l'accés a pensions públiques mitjançant matrimonis de conveniència. Ara bé, fins i tot en aquests supòsits, les diferències amb les parelles de fet són notòries. En el cas de les parelles matrimonials la convivència exigida és únicament d'un any, comparativament amb els cinc que s'exigeixen a les parelles de fet. Així mateix, s'eximeix del compliment d'aquest requisit de convivència per l'existència de fills en comú o quan la convivència *more uxorio*, sumada a la del matrimoni, sigui superior als dos anys. I, en tot cas, quan el cònjuge supervivent no pugui acreditar la concurrència de cap d'aquests requisits, l'article 222 LGSS reconeix una prestació temporal de viudetat al cònjuge supervivent de quantia igual i amb una durada de dos anys.

L'accés de les parelles de fet a la pensió de viudetat requereix, sempre i en tot cas, una convivència mínima de 5 anys, sense que s'estableixin excepcions per l'existència de fills en comú o sense que es reconegui la prestació temporal de viudetat a les parelles de fet que acreditin una convivència de durada inferior.

Des del meu punt de vista, les diferències en els requisits d'accés a la pensió de viudetat entre les parelles matrimonials i les parelles de fet no troben justificació. L'exigència d'una convivència mínima de 5 anys és innecessària tenint en compte que, al igual que per les parelles matrimonials, l'acreditació de la parella de fet requereix un acte formal de constitució. Així mateix, la necessitat d'acreditar la convivència també en cas de fills en comú i el no reconeixement del subsidi temporal de viudetat en supòsits de convivència *more uxorio* de durada inferior son diferències injustificades.⁴⁸

L'exigència que la convivència de cinc anys sigui immediatament anterior a la mort del causant, és també una diferència no justificada vers els requisits d'accés a la pensió de viudetat de les parelles matrimonials, en tant que la nul·litat, separació o divorci no son, com

48 MARTÍNEZ ABASCAL també considera que l'exclusió de la prestació temporal de viudetat és una altra manifestació de tracte diferencial de les parelles de fet que no gaudeix de suficient objectivitat i raonabilitat, en tant que la situació de necessitat és idèntica per parelles matrimonials i parelles de fet (MARTÍNEZ ABASCAL, Vicente Antonio, "Las parejas de hecho y la pensión de viudedad en la Ley 40/2007, de 4 de diciembre: ¿una equiparación inviable?", *Aranzadi Social*, vol. 2, n° 17, 2010, p. 18 (versió digital)).

s'ha analitzat anteriorment, necessàriament causes d'extinció de la pensió de viudetat.

3.2.3. *Exigència de dependència o necessitat econòmica a les parelles de fet*

Finalment, el tercer requisit d'accés a la pensió de viudetat per part de les parelles de fet —i segurament la diferència de tracte més controvertida respecte les parelles matrimonials— és l'exigència de dependència econòmica del beneficiari de la pensió respecte del causant; dependència econòmica que, com s'analitza a continuació, s'exigeix en un grau important,⁴⁹ fins al punt d'assimilar-la a la necessitat econòmica.⁵⁰

Concretament, per accedir a la pensió de viudetat, l'apartat primer de l'article 221 LGSS exigeix, a més dels requisits d'alta i cotització establerts a l'article 219 LGSS, una dependència econòmica del supervivent respecte el causant. Concretament, exigeix que els ingressos⁵¹ del sol·licitant de l'any natural anterior⁵² no superin el 50% de la suma dels ingressos propis i del subjecte causant en el mateix període. A mode d'exemple, es causaria dret a la pensió de viudetat quan el sol·licitant tingués uns ingressos equivalents a 1.000€ i el causant de 2.000€, en tant que aquells no arriben al 50% dels ingressos percebuts entre ambdós convivents. El percentatge es redueix al 25% en els supòsits d'inexistència de fills en comú amb dret a la pensió d'orfandat. És a dir, en casos d'inexistència de fills en comú menors de 21 anys, 25 anys en cas de no treballar o incapacitats per treballar,⁵³

49 GALA DURÁN, Carolina, "Pensión de viudedad, situaciones de crisis matrimonial y parejas de hecho", *Revista de derecho social*, núm. 63, 2013, p. 186.

50 KAHALE CARRILLO, Djamil Tony, "La pensión de viudedad en las parejas de hecho: criterios jurisprudenciales", *Nueva revista española de derecho del trabajo*, núm. 187, 2016, p. 118.

51 El paràgraf tercer estableix que es consideren ingressos als efectes d'aquest precepte els rendiments del treball i de capital, així com els de caràcter patrimonial, en els termes en què són computats pel reconeixement dels complements mínims de pensions establerts a l'article 59 LGSS.

52 GALA DURAN critica la referència l'any natural per entendre que no permet la correcció de diferències significatives existents en els ingressos anuals i proposa la utilització d'un període més llarg de temps (GALA DURÁN, Carolina, "Pensión de viudedad, situaciones de crisis matrimonial y parejas de hecho", *Revista de derecho social*, núm. 63, 2013, p. 187).

53 Article 224 LGSS.

la dependència econòmica del sol·licitant respecte del causant que s'exigeix és molt superior.⁵⁴

Sens perjudici de l'anterior, el paràgraf segon d'aquest article 221.1 LGSS també reconeix el dret a la pensió de viudetat en aquells supòsits en què els ingressos del supervivent siguin inferiors a 1,5 vegades el salari mínim interprofessional vigent en el moment de la mort del causant. Aquest límit s'incrementa en 0,5 vegades la quantia del salari mínim interprofessional per cada fill comú amb dret a la pensió d'orfanat que visqui amb el sobrevivent. El propi precepte especifica que aquest requisit ha de concórrer tant en el moment del fet causant de la pensió com durant tot el període de la seva percepció.

Així doncs, per accedir a la pensió de viudetat, la normativa de Seguretat Social exigeix a les parelles de fet que acreditin una situació de dependència econòmica respecte el subjecte causant o, en defecte, una situació de necessitat econòmica per no superar els seus ingressos una quantia mínima.

L'exigència de dependència o necessitat econòmica a les parelles de fet per accedir a la pensió de viudetat és, des del meu punt de vista, la diferència més significant i criticable respecte el règim jurídic de la pensió de viudetat aplicable a les parelles matrimonials. Sens perjudici de les crítiques i propostes de reforma que es puguin realitzar a l'actual règim de la pensió de viudetat desvinculat de la necessitat econòmica,⁵⁵ el sector majoritari de la doctrina

54 En aquest sentit, LAMARCA i ALASCIO entenen que la configuració del 25% en cas d'inexistència de fills en comú amb dret a la pensió de viudetat constitueix l'accés de les parelles de fet a la pensió de viudetat en una qüestió marginal, al limitar-ho a supòsits excepcionals de gran asimetria d'ingressos entre els convivents, especialment si es té en compte que generalment s'accedirà a la pensió de viudetat quan els fills no tinguin dret a pensió per orfanat (LAMARCA i MARQUÈS, Albert i ALASCIO CARRASCO, Laura, "Parejas de hecho y pensión de viudedad. Comentario a la STS, 2ª, 28.4.2006", *InDret*, núm. 4, 2007, p. 25-26). En aquest mateix sentit, veure MELLA MÉNDEZ, Lourdes, "El concepto "pareja de hecho" a efectos de la pensión de viudedad", *Aranzadi Social*, vol. 4, nº 9, 2012, p. 15 (versió digital).

55 Veure, en aquest sentit, MELLA MÉNDEZ, Lourdes, "El concepto "pareja de hecho" a efectos de la pensión de viudedad", *Aranzadi Social*, vol. 4, nº 9, 2012, p. 15 (versió digital); GALA DURÁN, Carolina, "Pensión de viudedad, situaciones de crisis matrimonial y parejas de hecho", *Revista de derecho social*, núm. 63, 2013, p. 163; KAHALE CARRILLO, Djamil Tony, "La pensión de viudedad en las parejas de hecho: criterios jurisprudenciales", *Nueva revista española de derecho del trabajo*, núm. 187, 2016, p. 118; entre altres.

iuslaboralista⁵⁶ i civilista⁵⁷ no troba justificades les diferències existents en relació a les parelles de fet. Aquestes diferències no troben justificació en l'actual context en què la pensió de viudetat es configura com una pensió contributiva ni resulten coherents amb la seva finalitat de compensar el dany derivat de la mort del causant. Es produeix així, al meu entendre, una diferència de tracte injustificada entre parelles matrimonials i parelles de fet.

Tanmateix, el Tribunal Constitucional ha descartat en nombroses ocasions l'existència de discriminació o vulneració del principi d'igualtat en l'accés a la pensió de viudetat entre parelles matrimonials i extramatrimonials.⁵⁸ Segons el tribunal, les diferències existents en l'accés a la pensió de viudetat per parelles matrimonials i parelles de fet no vulnera el principi d'igualtat de l'article 14 CE, en tant que son situacions diferents.

Inclús, en la seva sentència 92/2014 de 10 de juny,⁵⁹ el Tribunal Constitucional descarta que l'accés restringit a les parelles matrimonials a la pensió de viudetat suposés una desigualtat de tracte entre parelles heterosexuales i homosexuals, tot i no gaudir aquestes, en el moment dels fets, del dret a contraure matrimoni.⁶⁰ Segons el tribunal no pugna amb l'art. 14 CE per la raó essencial de que “al igual que la convivència fàctica entre una parella heterosexual, la unió entre persones del mateix sexe biològic no és una institució jurídicament regulada, ni existeix un dret constitucional al seu establiment”, en conseqüència “els poders públics poden atorgar un tracte de privilegi, com la pensió de

56 FERNÁNDEZ COLLADOS, María Belén, “El acceso a la pensión de viudedad de las parejas de hecho en la jurisprudencia española”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 3, núm. 3, 2015, p. 6.

57 LAMARCA I MARQUÈS, Albert i ALASCIO CARRASCO, Laura, “Parejas de hecho y pensión de viudedad. Comentario a la STS, 2ª, 28.4.2006”, *InDret*, núm. 4, 2007, p. 9.

58 Prèviament a l'entrada en vigor de la Llei 40/2007, el Tribunal Constitucional havia descartat la inconstitucionalitat per vulneració de l'article 14 CE de la decisió legislativa de requerir vincle matrimonial per accedir a la pensió de viudetat (STC 184/1990, 15.11.1990 (RTC 1990/184; MP: Jesús Leguina Villa)).

59 STC 92/2014, de 10 de juny (RTC 2014/92; MP: Luis Ignacio Ortega Álvarez).

60 En aquest sentit es pronuncia el TEDH que entén no existeix discriminació per raó d'orientació sexual en negar la pensió de viudetat al supervivent d'una parella homosexual que la seva parella va morir abans del reconeixement del dret a contraure matrimoni a les parelles homosexuals. Veure STEDH 14.6.2016, assumpte Aldeguer Tomás contra Espanya (TEDH 2016/52).

viudetat, “a la unió familiar constituïda per home i dona front a una unió homosexual”.”⁶¹

Segons el Tribunal Constitucional, mentre que el matrimoni requereix un acte públic i formal, la convivència *more uxorio* és una relació fàctica no documentada, que permet regulacions legislatives diferents.

“[E]l matrimoni i la convivència extramatrimonial no són realitats equivalents. El matrimoni és una institució social garantida per la Constitució, i el dret de l’home i de la dona a contraure’l és un dret constitucional (art. 32.1) (...) Res d’això concorre en la unió de fet *more uxorio*, que ni és una institució jurídicament garantida ni existeix un dret constitucional exprés al seu establiment.” En conseqüència, “no serà necessàriament incompatibles amb l’article 39.1 CE, ni tampoc amb el principi d’igualtat, les mesures dels poders públics que atorguen un tracte diferent i més favorable a la unió familiar que a altres unitats de convivència, ni aquelles altres mesures que afavoreixin l’exercici del dret constitucional a contreure matrimoni (art. 32.1 CE), sempre, clar, que amb això no es cohibeixi ni es dificulti no raonablement a l’home i a la dona que decideixin conviure *more uxorio*.”⁶²

També després de l’entrada en vigor la Llei 40/2007 que reconeix la pensió de viudetat a les parelles de fet, el Tribunal Constitucional ha mantingut la seva posició d’entendre l’absència de discriminació entre parelles de fet i parelles matrimonials. Segons el tribunal, la regulació de la pensió de viudetat respecte les parelles matrimonials no condiciona la capacitat legislativa d’establir un règim jurídic diferent al estendre aquest dret a les parelles de fet.⁶³

61 Aquesta sentència, tanmateix, consta d’un vot particular subscrit pels Ignacio Ortega Álvarez, Adela Asua Batarrita, Fernando Valdés Dal-Ré i Juan Antonio Xiol Ríos, que afirma que, donada la impossibilitat de les parelles homosexuals per a optar pel matrimoni, es produeix una discriminació en l’accés a la pensió de viudetat.

62 STC 184/1990, 15.11.1990 (RTC 1990/184; MP: Jesús Leguina Villa).

63 STC 41/2013, 14.2.2013 (RTC 2013/41; MP: Adela Asua Batarrita).

Sens perjudici de la posició del Tribunal Constitucional, encara existeixen dubtes de constitucionalitat. Des del meu punt de vista, les diferències en l'accés a la pensió de viudetat suposen una discriminació per raó d'origen de la afiliació als fills de parelles de fet respecte als fills de parelles matrimonials, al patir aquells un perjudici econòmic indirecte.⁶⁴ Tanmateix, en aquest punt, el Tribunal Suprem⁶⁵ manté una interpretació literal de la regulació de Seguretat Social⁶⁶ segons la qual el dret a incrementar la pensió d'orfanat amb el percentatge de la pensió de viudetat es reserva únicament als supòsits d'orfanat absoluta. Així doncs, els fills extramatrimonials no tenen dret a l'increment del 52% de la pensió de viudetat no reconeguda al membre supervivent de la parella de fet, excepte en supòsits de falta dels dos progenitors.

4. EL REGISTRE DE PARELLES ESTABLES DE CATALUNYA PER GARANTIR LA IGUALTAT D'ACCÉS DE LES PARELLES ESTABLES A LA PENSIÓ DE VIUDETAT

El Parlament de Catalunya va aprovar el Decret Llei 3/2015, de 6 d'octubre, de modificació de la Llei 24/2010, del 29 de juliol, del llibre segon del Codi civil de Catalunya, relativa a la creació del Registre de parelles estables.

En virtut de l'article 40 de l'Estatut d'autonomia de Catalunya que requereix als poders públics garantir la igualtat jurídica, econòmica i social de les diverses modalitats de família, el Parlament de Catalunya

64 MELLA MÉNDEZ, Lourdes, "Parejas de hecho y pensiones de viudedad y orfandad: puntos críticos desde la jurisprudencia del Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional", Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales, núm. 1, 2015, p. 77.

65 STS, 4ª, 29.1.2014 (RJ 2014/2501; MP: Miguel Angel Luelmo Millán). Aquesta sentència, no obstant, compta amb un vot particular subscrit per set magistrats que discrepen de la opinió majoritària per entendre que es produeix una discriminació dels fills de les parelles de fet.

66 Article 38 Decret 3158/1966 (precepte modificat pel Real Decret 296/2009, de 6 de març, pel que es modifiquen determinats aspectes de la regulació de les prestacions per mort i supervivència).

ha creat el Registre de parelles estables per tal de garantir l'accés d'aquestes a la pensió de viudetat. Com senyala el preàmbul del citat Decret Llei, existeix la necessitat de "crear els instruments necessaris per estendre la igualtat dels drets civils de què gaudeixen les parelles estables a Catalunya a l'àmbit dels drets de caràcter públic, per tal de facilitar, entre d'altres, el dret a percebre de la Seguretat Social la pensió de viduïtat". La normativa de Seguretat Social i la jurisprudència del Tribunal Constitucional i Tribunal Suprem, que requereixen el registre de les parelles de fet per accedir a la pensió de viudetat, col·loca, segons reconeix el propi preàmbul del Decret Llei, a les parelles estables subjectes a les normes del CCCat en una situació de desigualtat "enfront de les parelles d'altres territoris de l'Estat espanyol on hi ha regulat l'esmenta registre, les quals disposen per aquesta raó d'un mitjà d'acreditació de la seva existència, com és la inscripció amb una antelació mínima de dos anys anteriors al fet causant".

El Decret Llei 3/2015 incorpora la disposició addicional desena al Llibre II CCCat, que estableix la creació del Registre de parelles estables on, als efectes de publicitat, s'inscriuen "les escriptures públiques de constitució de les parelles estables, les seves modificacions i, si s'escau, la seva extinció, com també les actes de notorietat relatives als supòsits regulats per l'article 234-1, a) i b)". El desplegament reglamentari del Registre de parelles estables es realitzarà mitjançant l'ordre corresponent.⁶⁷

La creació del Registre de parelles estables, tanmateix, no altera el concepte de parella estable regulat en el Llibre II CCCat, en tant que la inscripció en el registre no esdevé un requisit necessari per a l'acreditació de la parella estable. En aquest sentit ho precisa el preàmbul del citat Decret Llei 3/2015, que declara que "la creació d'aquest Registre, atesa la seva finalitat, no modifica la regulació substantiva de les parelles de fet recollida en el llibre segon i, per tant, i atesa la naturalesa que s'atribueix al Registre, la inscripció no té caràcter constitutiu, la qual cosa facilita que l'existència de les parelles estables es pugui acreditar per altres mitjans de prova".

Així mateix s'estableix en l'ordre JUS/44/2017, de 28 de març, per la qual s'aprova el Reglament del Registre de parelles estables de

67 Ordre Jus/41/2017, de 28 de març, per la qual s'aprova el Reglament del Registre de parelles estables de Catalunya.

Catalunya en el seu article 2.1, que atorga caràcter administratiu al registre i estableix que la finalitat única del registre és esdevenir un mitjà de prova útil i suficient per acreditar l'existència de la parella estable. En aquest mateix sentit, l'article 4.1 expressament declara la inscripció de les parelles estables al registre voluntària, sense que en cap cas pugui derivar-se'n el seu caràcter constitutiu.

En conseqüència, la constitució i acreditació de les parelles estables es continua regint per allò establert a l'article 234.1 CCCat. És a dir, per la convivència en una comunitat de vida anàloga a la matrimonial quan la convivència sigui superior a dos anys ininterromputs, durant la convivència es tingui un fill en comú o per la seva formalització en escriptura pública.

Certament, el registre no esdevé un requisit constitutiu de les parelles estables a Catalunya. Tanmateix, a la pràctica resultarà essencial per accedir a drets públics. En aquest sentit, en tant que l'accés a la pensió de viudetat requereixi l'acreditació de la parella de fet mitjançant certificat d'inscripció en un registre específic o document públic produïts amb una antelació mínima de dos anys respecte la mort del causant (article 221 LGSS), es raonable pressuposar que la inscripció al registre esdevindrà el mode de constitució habitual de parelles estables a Catalunya.

5. CONCLUSIONS

A mode de conclusió, la regulació de l'accés a la pensió de viudetat per part de les parelles de fet troba dos crítiques importants.

En primer lloc, els requisits d'accés a la pensió de viudetat per part de les parelles de fet son clarament desiguals respecte de les parelles matrimonials, al exigir a aquelles requisits addicionals com antelació de dos anys en la inscripció al registre o escriptura pública, convivència durant els cinc anys immediatament anteriors a la mort del causant i dependència o necessitat econòmica. A més a més, respecte las parelles de fet s'exclou la prestació temporal de viudetat.

Mentre que les parelles matrimonials accedeixen a la pensió de viudetat pel mer compliment del requisit de vincle matrimonial —inclús en supòsits de divorci, separació o nul·litat—, les parelles

de fet, a més d'exigir també un requisit formal de constitució — registre o escriptura pública—, han de complir amb requisits addicionals d'antelació mínima de la constitució, durada mínima de la convivència i dependència o necessitat econòmica.

Les diferències existents en els requisits d'accés a la pensió de viudetat de les parelles de fet respecte les parelles matrimonials, avalades pel Tribunal Constitucional, denoten una desconfiança del legislador a les parelles estables,⁶⁸ a més d'un interès de contenir la despesa pública restringint l'accés de les parelles de fet a la pensió de viudetat.

Aquestes diferències han estat fortament criticades per un sector important de la doctrina, per entendre que suposen una vulneració del principi d'igualtat de l'article 14 CE.⁶⁹

Coincidint amb aquest sector de la doctrina, des del meu punt de vista, aquestes diferències entre parelles matrimonials i parelles de fet no troben justificació. Podria resultar raonable exigir una convivència prolongada a les parelles de fet per tenir accés a la pensió de viudetat, en el cas que el legislador no hagués optat per un requisit formal de constitució de les parelles de fet. Inclús, podria acceptar-se una regulació que —sens perjudici de les contradiccions amb la normativa autonòmica— exigís registre o escriptura pública de les parelles de fet a efectes de seguretat jurídica sempre que, posteriorment, s'apliqués el mateix règim d'accés a la pensió de viudetat que per les parelles

68 BLÁZQUEZ AGUDO, Eva María i PRESA GARCÍA-LÓPEZ, Raquel, "Pensión de viudedad para las parejas de hecho: evolución normativa y jurisprudencial", *Nueva revista española de derecho del trabajo*, núm. 168, 2014, p. 193; FERNÁNDEZ COLLADOS, María Belén, "El acceso a la pensión de viudedad de las parejas de hecho en la jurisprudencia española", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 3, núm. 3, 2015, p. 5.

69 En aquest sentit, es posiciona també un sector important de la doctrina. Entre altres, veure LAMARCA I MARQUÈS, Albert i ALASCIO CARRASCO, Laura, "Parejas de hecho y pensión de viudedad. Comentario a la STS, 2ª, 28.4.2006", *InDret*, núm. 4, 2007, p. 26; GALA DURÁN, Carolina, "Pensión de viudedad, situaciones de crisis matrimonial y parejas de hecho", *Revista de derecho social*, núm. 63, 2013, p. 196; POQUET CATALÁ, Raquel, "El acceso de las parejas de hecho a la pensión de viudedad: ¿una realidad?", *Temas laborales. Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 119, 2013, p. 183; BLASCO JOVER, Carolina, "La igualdad ante la exigencia de pensión compensatoria para lucrar viudedad en parejas de hecho", *Nueva revista española de derecho del trabajo*, núm. 168, 2014, p. 210; KAHALE CARRILLO, Djamil Tony, "La pensión de viudedad en las parejas de hecho: criterios jurisprudenciales", *Nueva revista española de derecho del trabajo*, núm. 187, 2016, p. 117.

matrimonials. Ara bé, des del meu punt de vista, és injustificable l'exigència conjunta de constitució formal i requisits materials més severs per accedir a la pensió de viudetat. És a dir, des del moment que el legislador de Seguretat Social utilitza un concepte de parella de fet que requereix un acte formal de constitució, els requisits d'antelació mínima, període mínim de convivència i dependència o necessitat econòmica no troben, en cap cas, justificació en la necessitat garantir la seguretat jurídica. Esdevenint, per tant, restriccions injustificades de l'accés de les parelles de fet a la pensió de viudetat.

En segon lloc, la segona crítica que es pot formular a la regulació de la pensió de viudetat respecte les parelles de fet és l'existència d'un concepte propi de parella de fet. La configuració d'un concepte de parelles de fet a efectes de Seguretat Social posa en entredit les competències autonòmiques en matèria de dret civil i la configuració de l'ordenament civil espanyol com un sistema plural.

Així mateix, l'opció de la normativa de Seguretat Social per un requisit formal —*ad solemnitatem*— de constitució de la parella de fet, ha generat una situació de desigualtat a les parelles de fet d'aquelles comunitats autònomes que, com és el cas de Catalunya, havien apostat per una regulació de les parelles de fet que admet la seva constitució per factors merament materials com és la convivència o descendència comuna.

Aquesta situació de desigualtat pretén solucionar-se amb la creació del Registre de parelles estables de Catalunya. Aquest registre dota a les parelles estables dels instruments necessaris per accedir a la pensió de viudetat. Si bé es valora positivament aquesta iniciativa legislativa que permet garantir l'accés de les parelles estables de Catalunya a la pensió de viudetat, cal criticar severament la ingerència que la normativa de Seguretat Social ha produït sobre les competències autonòmiques en matèria de Dret Civil. Tot i que formalment no esdevé la inscripció al registre un requisit constitutiu, és innegable que la regulació estatal de la pensió de viudetat i la jurisprudència del Tribunal Constitucional i Tribunal Suprem han suposat una ingerència en la configuració del concepte de parella estable de l'article 234-1 del Llibre II CCCat.

6. BIBLIOGRAFIA

- ALLUEVA AZNAR, Laura i GINÈS I FABRELLAS, Anna, “La dependencia económica como requisito de acceso a la pensión de viudedad en supuestos de separación o divorcio”, *InDret*, núm. 1, 2015, p. 1-25.
- BALLESTER PASTOR, Inmaculada, “Concepto de pensión de viudedad en supervivientes de parejas de hecho: modulación de los efectos de la nulidad del párrafo 5 del art. 174.3º TRLGSS/94. SJS nº 26 Barcelona 6 agosto 2015 (AS 2015,1526)”, *Nueva revista española de derecho del trabajo*, núm. 184, 2016, p. 395-402.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, “La pensión de viudedad y las parejas de hecho”, *Aranzadi civil-mercantil*, vol. 1, núm. 9, 2015, p. 1-3 (versió digital).
- BLASCO JOVER, Carolina, “La igualdad ante la exigencia de pensión compensatoria para lucrar viudedad en parejas de hecho”, *Nueva revista española de derecho del trabajo*, núm. 168, 2014, p. 197-218.
- BLÁZQUEZ AGUDO, Eva María i PRESA GARCÍA-LÓPEZ, Raquel, “Pensión de viudedad para las parejas de hecho: evolución normativa y jurisprudencial”, *Nueva revista española de derecho del trabajo*, núm. 168, 2014, p. 157-196.
- CABEZA PEREIRO, Jaime, “Viudedad para las parejas de hecho por muertes anteriores a 2008: ¿importa la orientación sexual?”, *Aranzadi Social*, vol. 6, núm. 1, 2013, p. 1-11 (versió digital).
- ESCRIBANO VINDEL, Carlos, “El acceso, cada vez más complejo, de las parejas de hecho a la pensión de viudedad. Comentario a la STC de 11 de marzo de 2014”, *Revista jurídica de Catalunya*, vol. 113, núm. 3, 2014, p. 163-180.
- FERNÁNDEZ COLLADOS, María Belén, “El acceso a la pensión de viudedad de las parejas de hecho en la jurisprudencia española”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 3, núm. 3, 2015, p. 1-14 (versió digital).
- GALA DURÁN, Carolina, “Pensión de viudedad, situaciones de crisis matrimonial y parejas de hecho”, *Revista de derecho social*, núm. 63, 2013, p. 163-198.
- GINÈS I FABRELLAS, Anna, “Disposició addicional segona”, a EGEA I FERNÁNDEZ, Joan i FERRER I RIBA, Josep (Directors), *Comentaris al llibre segon del Codi civil de Catalunya*, Atelier, Barcelona, 2014, p. 1069-1072.
- KAHALE CARRILLO, Djamil Tony, “La pensión de viudedad en las parejas de hecho: criterios jurisprudenciales”, *Nueva revista española de derecho del trabajo*, núm. 187, 2016, p. 95-118.

- LAMARCA I MARQUÈS, Albert i ALASCIO CARRASCO, Laura, “Parejas de hecho y pensión de viudedad. Comentario a la STS, 2ª, 28.4.2006”, *InDret*, núm. 4, 2007, p. 1-42.
- LLEBARÍA SAMPER, Sergio, “Artículo 234-1. Pareja estable” i “Disposición adicional segunda”, a Roca Trias, M. (Coordinadora), *Persona y familia: Libro Segundo del Código Civil de Cataluña*, Sepín, Madrid, 2011.
- MARTÍNEZ ABASCAL, Vicente Antonio, “Las parejas de hecho y la pensión de viudedad en la Ley 40/2007, de 4 de diciembre: ¿una equiparación inviable?”, *Aranzadi Social*, vol. 2, nº 17, 2010, p. 1-23 (versió digital).
- MELLA MÉNDEZ, Lourdes, “Parejas de hecho y pensiones de viudedad y orfandad: puntos críticos desde la jurisprudencia del Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 1, 2015, p. 72-77.
- MELLA MÉNDEZ, Lourdes, “El concepto “pareja de hecho” a efectos de la pensión de viudedad”, *Aranzadi Social*, vol. 4, nº 9, 2012, p. 1-17 (versió digital).
- MORENO I GENÉ, Josep, «“Pensión especial de viudedad” para parejas de hecho sin hijos comunes», *Aranzadi Social*, vol. 6, núm. 2, 2013, p. 1-16 (versió digital).
- MORENO I GENÉ, Josep, «La “pensión especial” de viudedad de las parejas de hecho: la prueba de la convivencia estable», *Aranzadi Social*, vol. 2, nº 17, 2010, p. 1-8 (versió digital).
- POQUET CATALÁ, Raquel, “El acceso de las parejas de hecho a la pensión de viudedad: ¿una realidad?”, *Temas laborales. Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 119, 2013, p. 157-190.
- PUIG BLANES, Francisco de Paula, “Artículo 234-1. Pareja estable”, a PUIG BLANES, Francisco de Paula i SOSPEDRA NAVAS, Francisco José (Coordinadors), *Comentarios al Código Civil de Cataluña*, vol. 1, Civitas, Madrid, 2011, p. 430-432.
- TARABAL BOSCH, Jaume, “Article 234-1. Parella estable”, a EGEA I FERNÁNDEZ, Joan i FERRER I RIBA, Josep (Directors), *Comentaris al llibre segon del Codi civil de Catalunya*, Atelier, Barcelona, 2014, p. 537-546.

TERCERA PONÈNCIA

La incidència de la Llei
de la jurisdicció voluntària
en el dret català

Significat i abast de l'impacte de la Llei de jurisdicció voluntària en el Dret català: qüestions generals¹

LLUÍS CABALLOL ANGELATS

*Professor titular de Dret Processal
Universitat de Barcelona*

SUMARI

1. INTRODUCCIÓ 2. APROXIMACIÓ A LA JURISDICCIÓ VOLUNTÀRIA: NOTES CARACTERÍSTIQUES 3. LA LLEI DE JURISDICCIÓ VOLUNTÀRIA 15/2015. SÍNTESI GENERAL 4. L'ATOMITZACIÓ I LA DESJUDICIALITZACIÓ DE LA COMPETÈNCIA PER CONÈIXER DE LA JURISDICCIÓ VOLUNTÀRIA 4.1. *La incorporació dels Jutjats mercantils a la JV* 4.2. *La competència resolutòria dels lletrats de l'administració de justícia* 4.3. *La incorporació del notariat i dels registres* 5. L'IMPACTE DE LA LJV EN EL DRET CIVIL CATALÀ 5.1. *Sobre el dret substantiu* 5.2. *Sobre els aspectes processals*

1. INTRODUCCIÓ²

La Llei d'enjudiciament civil 1/2000 va optar per circumscriure's a regular els anomenats processos singulars de declaració i

1 Aquest treball s'ha elaborat en el marc de l'activitat del GRC Dret Civil Català UAB-UB.

2 Vull agrair a l'organització d'aquestes jornades que m'hagin invitat a compartir les impressions que em genera el tema de la ponència. Alhora vull reconèixer la tasca duta a terme per mantenir la convocatòria bianual durant aquests darrers trenta anys. També vull expressar el goig que sento per compartir taula amb el Dr. Carles Florensa i amb el Sr. Ángel Serrano de Nicolás. Així mateix, vull agrair als i les assistents al seminari de dret civil català de la UB totes les aportacions que han fet durant les sessions en que hem analitzat la nova Llei de jurisdicció voluntària i molt particularment, a la Dra. Esperança Ginebra, a la Dra. Lúcia Arnau i al Dr. Jaume Tarabal.

execució, i ubicar la jurisdicció voluntària en una norma diferent.³ Es va deixar de banda així el criteri sistemàtic aplicat per les lleis d'enjudiciament civil de 1855⁴ i 1881, pel qual totes les actuacions dels jutjats i tribunals civils quedaven regulades en un mateix text normatiu.

No obstant això, la “primera llei del mil·lenni” no va anar acompanyada d’una nova regulació de la jurisdicció voluntària. De manera que va deixar en vigor els preceptes de la LEC 1881. En el seu lloc, la disposició final divuitena de la LEC 1/2000 va establir un termini d’un any per presentar a les Corts un projecte de llei de jurisdicció voluntària. Previsió aquesta que no s’ha materialitzat fins al juliol de 2015 amb la llei 15/2015. S’ha trigat més d’una dècada i mitja en donar compliment al projecte del legislador de 2000. Arribats a aquest moment, es fa difícil explicar la demora produïda i l’interrogant sobre quin hagués estat el contingut de la llei si la reforma s’hagués concretat en el termini previst, ja no té objecte.

L’exposició de motius de la llei 15/2015 de jurisdicció voluntària afirma que la seva entrada en vigor ha suposat la culminació de l’evolució del sistema legal de tutela del dret privat apuntada per Llei d’Enjudiciament Civil 1/2000. Si bé, pel que fa a la jurisdicció voluntària, es pot considerar que només ha situat aquest sector de l’ordenament en un nou estadi, possiblement més clar i organitzat que l’anterior, però que, en cap cas, en culmina o acaba l’evolució. Sense cap mena de dubte, la nova regulació afavorirà l’aprofundiment i la reconsideració de les construccions al voltant de la jurisdicció voluntària, i propiciarà nous canvis.

3 La LEC 1/2000 no justifica aquesta opció metodològica i a l’apartat XX de l’exposició de motius es limita a indicar que la LEC 1881 no resta derogada en allò que es refereix a la jurisdicció voluntària. L’única menció que fa la LEC 1/2000 a la llei de jurisdicció voluntària és per remetre’s a la legislació que la regula (Arts. 803.3). Modificacions posteriors de la LEC van introduir a l’art. 781 la referència a la jurisdicció en el mateix sentit.

4 Gómez de la Serna en la Introducción als “Motivos de las variaciones principales que ha introducido en los procedimientos la Ley de Enjuiciamiento Civil”, Madrid, 1857 p. XIV “la doble división de los actos de jurisdicción contenciosa y voluntaria fué la que pareció más conveniente, más clara, más aceptable. Estas denominaciones introducidas por los romanos...consignadas expresamente en los códigos modernos de Austria, de Prusia y de Baviera...”.

A nivell dogmàtic, la promulgació d'aquesta norma ha reobert i actualitzat el debat sobre els trets característics de la jurisdicció voluntària, i ha reactivat l'interès dels estudiosos i dels pràctics per aquest sector de l'ordenament processal fent-lo mereixedor de treballs de diferent índole. A nivell pràctic, ha generat la necessitat de conèixer i aplicar la nova regulació.

Des del punt de vista del Dret Civil Català, el nou text legal també ha fet necessari un estudi exhaustiu, tant per determinar l'abast de la nova manera de fer, com per identificar i ponderar l'oportunitat d'introduir modificacions en la legislació civil catalana arran del canvi en la legislació estatal.

L'objecte d'aquesta ponència és, en els primers apartats, exposar de manera succinta i crítica les notes característiques de la jurisdicció voluntària i presentar les línies mestres de la seva nova regulació. En la segona part, analitzar l'impacte de la LJV sobre la normativa catalana des d'un punt de vista general, sense entrar a conèixer de la regulació particular de cada expedient, cosa que correspon fer a altres ponències d'aquestes mateixes jornades.

2. APROXIMACIÓ A LA JURISDICCIÓ VOLUNTÀRIA: NOTES CARACTERÍSTIQUES

El dret privat està farcit de supòsits on es preveu la intervenció de l'autoritat pública, per permetre, fer efectiva o impedir la producció d'efectes que els subjectes particulars no poden aconseguir per ells mateixos. D'entre totes aquestes, sota la clau de jurisdicció voluntària l'ordenament jurídic espanyol ha sistematitzat, si més no en els darrers 150 anys, els expedients d'aquesta mena que s'han atribuït als tribunals de justícia.⁵ De manera que podríem dir que la jurisdicció voluntària fa esment a les modalitats d'actuació/intervenció dels tribunals en les relacions regides pel dret privat que no consisteixen

5 En la sistemàtica de la LEC provisional de 1855 i la de la LEC de 1881, la jurisdicció voluntària ha estat una mena de calaix de sastre on s'han ubicat modalitats d'intervenció dels tribunals en les relacions jurídic-privades que no encaixaven en cap de les altres categories generals que conformaven l'estructura del text legal en qüestió.

en un procés singular de declaració i execució, ni en un procés universal.

Tradicionalment, la jurisdicció voluntària s'ha caracteritzat, a més, per què en els expedients d'aquesta mena no hi està compromesa una controvèrsia,⁶ per transformar-se en un procés contenciós si en sorgeix una,⁷ i per què, en principi, un cop atorgada o denegada la tutela sol·licitada, res no impedeix que es pugui substanciar un procés jurisdiccional posterior⁸ (absència de cosa jutjada).

De tota manera, el cert és que l'expressió jurisdicció voluntària no identifica una categoria clarament definida. L'aparent senzillesa amb que s'individualitzen els seus trets definitoris contrasta amb la complexitat que implica intentar aprofundir i precisar el seu abast. És un lloc comú en la doctrina destacar les dificultats amb que topa en intentar fer aquesta tasca.

Per començar, es pot posar en qüestió la pròpia denominació. Ja s'ha indicat que el terme jurisdicció, en relació amb l'expressió jurisdicció voluntària, s'ha utilitzat en els darrers 150 anys per al·ludir al fet que es tracta d'una funció assumida pels tribunals de justícia.⁹ Però el cert és que la pròpia noció de jurisdicció ha experimentat una evolució que fa que es pugui qüestionar aquest ús. Així, per exemple l'ús del substantiu jurisdicció no es correspon amb el fet que els expedients que conformen la jurisdicció voluntària estiguin mancats d'efecte de cosa jutjada.

El qualificatiu voluntària, per la seva banda, pot també no semblar adequat, atès que en aquesta mena d'expedients els

6 Art. 1811 LEC de 1881 i art 1.2 de la Llei 15/2015 de 2 de juliol de jurisdicció voluntària.

7 Art. 1817 LEC de 1881 i art 17.3 de la Llei 15/2015 de 2 de juliol de jurisdicció voluntària.

8 Art 19.4 de la Llei 15/2015 de 2 de juliol de jurisdicció voluntària.

9 L'apartat XII de l'exposició de motius de la llei de navegació marítima sosté que "parteix d'una nova concepció que inclou en la jurisdicció voluntària només els expedients que han quedat encomanats als tribunals". Cosa que implicaria que amb anterioritat hi havia expedients de jurisdicció voluntària no atribuïts als tribunals de justícia.

Per contra, l'article 1 de la LJV afirma: "Aquesta Llei té per objecte la regulació dels expedients de jurisdicció voluntària que es tramiten davant els òrgans jurisdiccionals". Text que permetria interpretar que també hi ha expedients de jurisdicció voluntària que no es substancien davant dels tribunals.

interessats no compten amb cap altra via per aconseguir el què pretenen. De manera que, més que voluntària, la intervenció de l'autoritat pública és necessària i ineludible.

En aquest context, exponents importants de la doctrina han arribat a escriure que la jurisdicció voluntària no és ni jurisdicció, ni és voluntària. Segons entenc, una manera de referir-s'hi podria ser la d'administració de dret privat. Cosa que implicaria donar carta de naturalesa a la progressiva implicació del poders públics en les relacions jurídic-privades i explicaria l'atribució als tribunals de justícia d'aquesta tasca en un moment històric en què l'administració només ho era per als assumptes de dret públic. Però, sembla oportú deixar per a un altre moment aprofundir en aquests temes.

3. LA LLEI DE JURISDICCIO VOLUNTÀRIA 15/2015. SÍNTESI GENERAL

La Llei de jurisdicció voluntària 15/2015 defineix els aspectes procedimentals més rellevants d'aquesta figura i en dóna una regulació unitària i força completa. En regula aspectes generals de competència objectiva, funcional i territorial, les regles de postulació, la seva tramitació i resolució, els recursos i els seus efectes. Fa aportacions que ajuden a precisar el significat del terme controvèrsia (art. 17.3 LJV), com a concepte referent per definir d'aquesta modalitat de tutela i contraposar-la a la anomenada jurisdicció contenciosa.

Regula un procediment general per a la tramitació dels actes de jurisdicció voluntària en seu de l'òrgan judicial (Art. 13 a 22) i fa previsions específiques en relació amb determinats expedients concrets (Art. 23 a 148).

El procediment, en la seva primera instància, es pot iniciar d'ofici o a instància de part mitjançant una sol·licitud, que en ser admesa a tràmit comporta la citació de totes les persones interessades a una compareixença davant l'encarregat de resoldre l'expedient (17.2). Les persones citades tenen la possibilitat d'oposar-se per escrit abans de la compareixença. La formulació d'oposició, que s'ha de

fer per escrit, i mitjançant advocat i procurador, només determina la transformació en contencions de l'expedient en els casos que ho estableix expressament la llei (17.3).¹⁰ De manera que no és suficient l'oposició per escrit a allò sol·licitat per a què tingui lloc aquest canvi.

La llei regula el contingut de la compareixença (art. 18), però omet fer esment al rol que hi desenvolupen els citats a la mateixa com a interessats.

Acabada la compareixença, el jutge o el lletrat de l'administració de justícia dictaran una resolució donant lloc o denegant la sol·licitud (Art. 19). Contra aquesta resolució es preveu la possibilitat d'interposar recurs. Davant el jutge de primera instància o mercantil, mitjançant un recurs de revisió, si ha resolt el lletrat de l'administració de justícia, o davant de l'Audiència Provincial, mitjançant un recurs d'apel·lació, si han resolt un Jutge o Magistrat (art. 20.2).

La impugnació no té efectes suspensius, llevat dels casos en què així s'indica (Art. 20.2). Si escau, els pronunciaments de la resolució es porten a terme pels tràmits d'execució de sentències (art. 22).

Finalment, es manté la possibilitat de donar inici a un procés contencions posteriorment, amb caràcter general (Art. 19.4).

Com a regla general, la intervenció en un acte de jurisdicció voluntària no requereix la participació d'advocat, ni de procurador, llevat dels casos en què s'estableix específicament. Per formular oposició per escrit, i per interposar recursos és preceptiva l'actuació d'aquests professionals (Art. 3).

No és viable la tramitació simultània de diversos expedients amb el mateix contingut. Si es donés aquesta situació el més modern s'hauria d'arxivar (Art. 6). Tampoc és possible substanciar simultàniament un expedient de jurisdicció voluntària i un procés declaratiu contencions, ja sigui ordinari o especial. S'estableix la

¹⁰ Des d'un punt de vista molt diferent, es pot constatar el paral·lelisme existent entre els expedients de jurisdicció voluntària en què l'oposició per escrit fa esdevenir contencions l'expedient, amb altres modalitats procedimentals com la tècnica monitòria, el judici canviari i totes aquelles en què només es fa judici (contencions) si la part reclamada s'oposa.

preferència del procés contenciós al procés de jurisdicció voluntària (Art. 6).

En darrer terme s'ha d'indicar que la llei no es limita a regular aspectes procedimentals i de tramitació, i que en molts expedients concrets les referències a qüestions substantives són constants. De manera que la reiteració de qüestions ja regulades en altres normes és freqüent. Cosa que en alguns casos pot generar dubtes, sobre el possible abast derogatori de la LJV.

4. L'ATOMITZACIÓ I LA DESJUDICIALITZACIÓ DE LA COMPETÈNCIA PER CONÈIXER DE LA JURISDICCIO VOLUNTÀRIA

Amb la nova LJV, la nota característica d'atribució als tribunals de justícia de la resolució dels expedients es manté en gran mesura, si bé es podria dir que ha experimentat una atomització i una centrifugació. L'atomització es refereix a l'increment d'òrgans i autoritats judicials que tenen la possibilitat de conèixer i resoldre els expedients i s'ha concretat, per un costat, amb l'atribució de competència als jutjats mercantils i, per l'altre, amb l'assumpció de competència resolutòria per part dels lletrats de l'administració de justícia. La centrifugació es refereix a la ubicació de la tramitació i gestió dels expedients al marge dels tribunals de justícia, i s'ha concretat amb l'atribució al notariat i, en menor mesura, als registres de la competència per conèixer d'expedients que fins ara estaven atribuïts al tribunals.

4.1. La incorporació dels Jutjats mercantils a la JV

La LJV ha distribuït la competència objectiva per conèixer dels diferents expedients de jurisdicció voluntària entre diferents òrgans judicials i l'ha atribuït als jutjats de primera instància i als jutjats mercantils. En principi, aquesta mesura no hauria de ser objecte de cap altre comentari, atès que es pot entendre que la seva finalitat és donar la competència a un òrgan més especialitzat per raó de la matèria.

S'ha de fer notar, en primer lloc, que la competència dels jutjats mercantils no esgota les matèries pròpies del dret mercantil i que hi ha litigis propis de la branca mercantil del dret que són competència dels jutjats de primera instància. Possiblement hagués estat més coherent amb el model vigent que es distribuïssin els assumptes entre els jutjats de primera instància i els jutjats mercantils en atenció a la relació de l'expedient amb les matèries de les que coneix cada tribunal.

En segon lloc, seguim constatant que no hi ha, encara hores d'ara, cap precepte a la Llei Orgànica del Poder Judicial (LOPJ) que permeti considerar que aquesta competència resta atribuïda als jutjats mercantils, ni directa, ni indirectament. L'art. 86 ter de la LOPJ no en fa esment i no hi ha cap clàusula de tancament en el precepte que permeti referir-hi la previsió de l'art 2.1 de la LJV. De manera que segons la dicció literal de la LOPJ¹¹ només els jutjats de primera instància tindrien la cobertura legal necessària per conèixer dels expedients de jurisdicció voluntària (Art. 85.2 LOPJ).¹²

4.2. La competència resolutòria dels lletrats de l'administració de justícia

Encara en el marc de la competència dels tribunals, la LJV 15/2015 ha atribuït la resolució de la primera instància de determinats expedients als lletrats de l'administració de justícia que actuen en els jutjats de primera instància i en els jutjats mercantils. De manera que en aquests tribunals la tramitació dels expedients correspon al lletrat de l'administració de justícia, i la resolució al jutge o al lletrat de l'administració de justícia segons el tipus d'expedient. La LJV determina en cada expedient si l'ha de resoldre el jutge o el lletrat de l'administració de justícia, i ha regulat criteris generals per atribuir la

11 L'art 122.1 de la Constitució estableix que "La LOPJ determinarà la constitució i funcionament /.../ dels jutjats i tribunals", essent la competència un aspecte clau d'aquesta constitució i funcionament.

12 No sembla que la circumstància que els jutjats mercantils es creessin com una escissió dels jutjats de primera instància es pugui esgrimir per mirar de pal·liar la manca de cobertura indicada.

resolució al jutge¹³ quan no hi ha previsió concreta, i ha disposat que en la resta de casos correspon al lletrat de l'administració de justícia la resolució (Art. 1.3 LJV).

L'atribució de la competència resolutòria als lletrats de l'administració de justícia planteja alguns dubtes. Hi ha raons per considerar que el reforçament de la intervenció dels lletrats de l'administració de justícia assumint funcions de gestió, impuls i resolució (culminació) en els expedients de jurisdicció voluntària és possible perquè no implica l'exercici de la potestat jurisdiccional. Si és així, en no ser la seva actuació jurisdiccional ni accessòria a la funció del tribunal, potser escauria situar-la al marge dels tribunals de justícia¹⁴ no essent viable que l'assumeixi el lletrat de l'administració de justícia.

La previsió de l'art 117.4 de la Constitució espanyola per la qual els tribunals podrien conèixer d'aquelles peticions de tutela no estrictament jurisdiccionals que els assignin les lleis en defensa dels drets dels ciutadans, pressuposa que la resolució correspon al jutge o magistrat, i en cap cas al lletrat de l'administració de justícia. Raó per la qual sembla que aquest precepte no donaria cobertura a allò que disposa la LJV.

13 *“.../el jutge decidirà els expedients que afecten a l'interès públic, a l'estat civil de les persones, el que requereixin la tutela de normes substantives, o puguin donar lloc a actes de disposició, reconeixement, creació o extinció de drets subjectius, així com quan afectin als drets dels menors o persones amb la capacitat modificada judicialment/...”*

14 Una situació semblant es va produir en relació amb l'atribució al president del TSJC del recurs contra la qualificació negativa dels registradors de la propietat. En aquest cas, l'aleshores presidenta del TSJC va declarar que no tenia competència per conèixer-la, perquè no hi havia cap norma amb rang de llei que li atribuís la competència, atesa la seva condició d'òrgan de govern del poder judicial, la seva competència resolutòria no podia tenir com a objecte pretensions de tutela autònoma.

La interlocutòria del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya de 14 de febrer de 2016 argumentarà que “no es pot desconèixer, si als orígens històrics de la intervenció de l'antic president de l'Audiència Territorial ens remetem, que aquesta es preveia en consideració a principis de “dependència i unitat a l'àmbit administratiu”, superats avui després de la promulgació de la Constitució espanyola de 1978 i la proclamació del principi de la divisió de poders que s'hi consagra”.

4.3. La incorporació del notariat i dels registres

Per últim, la llei de jurisdicció voluntària ha atribuït a altres autoritats públiques (notariat¹⁵ i registres de la propietat i mercantils en menor mesura) el coneixement i resolució de determinats expedients civils que tradicionalment s'han considerat inclosos dintre de l'àmbit de la jurisdicció voluntària.¹⁶ L'atribució s'ha fet, ja en règim d'exclusivitat, ja en règim compartit amb els òrgans judicials, en general, i amb els lletrats de l'administració de justícia, en particular.

Des del punt de vista funcional l'atribució d'aquesta competència no mereix cap mena d'objecció, un cop constatada

15 En el dret català no és novetat que el notariat assumeixi la tasca d'adverar els testaments. Em sembla oportú recuperar el següent episodi que ja vam referenciar en un treball amb el Dr. Joan Marsal "...la LEC 1855 preveia en els art. 1390-1400 un procediment de jurisdicció voluntària per a l'adveració del testament tancat. El testament tancat del dret de Castella (i així ha passat al vigent CCE) es caracteritza perquè el notari esten l'acta d'autorització del testament en el sobre que li lliura el testador manifestant-li que conté el seu testament. Aquest sobre queda en poder del testador, que el pot conservar ell mateix o lliurar-lo a un tercer de la seva confiança. En obrir-se la successió, és del tot lògic que es comprovi que ningú ha obert el sobre per substituir el document amb la darrera voluntat del causant. Per això, la LEC preveia un procediment d'adveració judicial del testament tancat. Però, en el Dret català, el sobre que contenia el testament tancat es dipositava a la notaria, fins el punt que si tornava a mans del testador, el testament quedava revocat. Com que el testament no havia sortit de la notaria, no hi havia cap necessitat d'adverar el testament. El febrer de 1856 el notari Mariano Barallat i Bergés († 20.12.1888) va obrir i publicar sense adveració judicial prèvia el testament tancat que li havia dipositat una testadora. En assabentar-se'n el fiscal, va incoar un procediment penal contra el dit notari per infidelitat en la custòdia de documents i desobediència als seus superiors. El notari fou condemnat a la pèrdua d'inhabilitació perpètua per a l'ofici de notari i tres mesos de presó. Recorreguda la sentència, l'Audiència el va condemnar a pagar 100 duros de multa i les costes del procés. En grau de súplica, la Sala Tercera de l'Audiència va acabar absolent el notari Barallat el 18.11.1858. Des de llavors, i fins l'entrada en vigor de la Llei 40/1991, de 30 de desembre, Codi de successions per causa de mort en el Dret civil de Catalunya, els testaments tancats atorgats a Catalunya es varen haver d'adverar judicialment, perquè la LEC de 1881 també va preveure l'adveració judicial dels testaments tancats tenint present exclusivament el Dret civil de Castella". Caballol, Ll; Marsal J. "Les especialitats processal regulades per les comunitat autònomes amb competència en dret civil" a *Garantias procesales de los derechos estatutarios*. Per APARICIO, M.A./ BARCELO, (coords.), Miguel Ángel Aparicio Pérez, 2010 Ed Atelier, pàg. 64 a 103.

16 L'art. 501 de Llei 14/2014 de 26 de desembre de navegació marítima ja va atribuir al notariat en exclusiva el coneixement de determinats expedients en l'àmbit del dret marítim.

la manca del caràcter jurisdiccional de l'actuació.¹⁷ Si bé obre l'interrogant al voltant de la naturalesa jurídica d'aquests expedients i particularment la dels expedients atribuïts de manera compartida. En concret, planteja interrogants sobre el seu règim jurídic (requisits, oposició, efectes i recursos), atès que poden ser diferents si es tramita davant del lletrat de l'administració de justícia, que si es substancia davant d'una altra autoritat.

Per altra banda, el principi d'exclusivitat dóna peu, si més no, a qüestionar que en aquesta mena de supòsits es mantingui la competència en els òrgans judicials amb caràcter compartit, atès que l'esmentat principi obligaria a ubicar aquesta competència al marge dels tribunals de justícia en tots els casos.¹⁸

5. L'IMPACTE DE LA LJV EN EL DRET CIVIL CATALÀ

La legislació civil catalana suporta una part important del seu funcionament quotidià en la realització d'actes de jurisdicció voluntària. Els expedients de jurisdicció voluntària del dret català coincideixen a grans trets amb les previsions de la LJV, encara que la regulació no sempre és coincident. També hi ha alguns expedients que, si més no de moment, són exclusius del Dret Civil Català, com ara, el benefici de separació de patrimonis o el nomenament de representat del *concepturus* en la substitució fideïcomissària.

Per determinar l'impacte de la LJV sobre el dret civil català s'ha de partir de la premissa que les iniciatives del legislador estatal no tenen l'abast de qüestionar la legalitat catalana, ni obliguen al legislador català a adaptar-s'hi. En efecte, cap norma estatal amb rang

17 Picó Junoy valora la rapidesa, costos i l'eficàcia alhora que analitza alguns problemes pràctics. Picó Junoy, Joan; " El notari i la nova llei de jurisdicció voluntària", *La notaria*, núm. 3, 2015, pàgs. 20 i 21.

18 La previsió de l'art. 117.4 de la CE en virtut de la qual els tribunals poden exercir funcions diferents de l'estricta jurisdiccional quan els hi siguin atribuïdes expressament per la llei en garantia de qualsevol dret no dóna una cobertura suficient perquè, en qualsevol cas, s'ha de tractar de funcions atribuïdes exclusivament als tribunals.

de llei posa en qüestió per ella mateixa la validesa, vigència o eficàcia de les normes civils catalanes, ni pot, modificar-les. Dit d'una altra manera, no hi pot haver una inconstitucionalitat sobrevinguda de normes de dret civil català, per efecte de la promulgació de normes estatals amb rang de llei. Ni tampoc, en una mena de via de fet, es pot desplaçar la norma catalana per donar entrada a la nova previsió de la norma estatal.

Cosa diferent és que les innovacions que introdueix la LJV donin peu a considerar l'oportunitat o conveniència de fer modificacions a les previsions del CCCat. per atendre els interrogants i necessitats que genera al nou marc legal.

Les normes sobre jurisdicció voluntària estan integrades en una part molt important per normes de naturalesa procedimental, però també hi trobem normes substantives. Tot seguit analitzarem a grans trets l'impacte de la nova regulació en cadascuna de les vessants indicades. Començarem pel dret substantiu.

5.1. Sobre el dret substantiu

Tradicionalment, la jurisdicció voluntària s'ha ubicat en l'àmbit del dret processal, però el cert és que aquesta branca de l'ordenament jurídic està viada de normes de caràcter substantiu. Les normes civils i mercantils tenen un paper molt important a l'hora de regular els supòsits en què és procedent la intervenció de l'autoritat pública, així com els criteris que cal considerar a l'hora de tramitar i decidir. De fet, encara ara, després de la promulgació de la nova LJV una bona part dels expedients de jurisdicció voluntària estan exclusivament prevists a les normes substantives. Per altra banda, la pròpia LJV no es limita a regular els aspectes processals o procedimentals de cada expedient, si no que regula regles de legitimació i els criteris de resolució. Aspectes que són clarament substantius. Fins hi tot hi ha força expedients especials en què la LJV reproduïx les previsions del codi civil espanyol.¹⁹

¹⁹ Als efectes de la competència legislativa, la naturalesa processal, civil, mercantil, laboral, etc. de les normes no depèn de la ubicació física dels preceptes en un cos normatiu o en un altre, si no d'allò en què consisteixen. I el fet que la LJV sigui una norma eminentment processal o procedimental no priva que en promulgar-la s'exerceixin competències relatives a altres sectors de l'ordenament jurídic.

Per determinar l'impacte de la LJV sobre aquestes qüestions cal tenir present que les normes estatals de caràcter substantiu, ni que estiguin a la llei de jurisdicció voluntària, no tenen l'abast de modificar les previsions del Dret Civil Català. De manera que si en la regulació d'un expedient de jurisdicció voluntària s'aprecia una contradicció entre allò que disposa la LJV i el que disposa el Dret Civil Català, cal fer una interpretació harmònica d'ambdós preceptes que miri de mantenir la plena efectivitat del Dret Civil Català.

5.2. Sobre els aspectes processals

La LJV és una llei eminentment processal o procedimental. Pel caràcter de competència exclusiva de l'Estat, els aspectes processals de la llei de jurisdicció voluntària incideixen en la totalitat dels actes de jurisdicció voluntària sigui quin sigui l'ordenament jurídic al qual pertanyin. Si no hi ha previsions específiques al dret civil català, els actes de jurisdicció voluntària es desenvoluparan en la forma que disposa la Llei 15/2015.

Ja s'ha dit en els paràgrafs anteriors, que pel que fa a les previsions del dret civil català relatives a expedients de jurisdicció voluntària que es podrien catalogar com a normes processals o procedimentals, la mera promulgació de la norma estatal no provoca la derogació o substitució automàtica de les especialitats previstes al dret català. Ans al contrari, la vigència i validesa d'aquestes normes es manté mentre no sigui modificada pel legislador que té la competència per fer-ho. La circumstància de què el legislador

La legislació que regeix aquests aspectes no es promulga en mèrits de la competència per legislar en matèria processal (149.1.6 C.E.), si no en virtut de la competència per legislar en matèria civil i mercantil (149.1.8 i 149.1.6 respectivament). En aquest sentit, la disposició final vintena de la LJV per la qual el títol competencial en virtut del qual es promulga la llei és el 149.1.6 resultaria insuficient atès que també s'hagués hagut d'invocar el 149.1.8 en relació amb la legislació civil. Cal fer notar que les mencions que es fan en aquesta disposició a l'art 149.1.8 no es refereixen a la llei si no a algunes de les seves disposicions finals i addicionals.

El fet que l'Estat no invoqui el títol competencial per legislar en matèria civil en una llei pròpia no fa que si l'exerceix hi hagi una extralimitació, perquè la potestat legislativa de l'Estat és plena i abasta a totes les branques de l'ordenament jurídic. Per tant, dintre de l'àmbit de competència que li és propi actua legítima i vàlidament encara que invoqui un títol competencial insuficient.

civil català només tingui competència per regular les especialitats necessàries no fa variar aquesta afirmació.

L'impacte de la nova LJV es centra principalment en la determinació de l'autoritat competent per conèixer de l'expedient, però en alguns passatges del CCCat. s'hi troben altres previsions de caràcter processal que també demanen atenció.

5.2.1. Autoritat competent per conèixer dels expedients de jurisdicció voluntària

Per raons històriques, en entrar en vigor la LJV al Dret Civil Català la jurisdicció voluntària és una modalitat d'actuació de caràcter judicial: la resolució de la seva primera instància era competència dels jutges i magistrats dels jutjats de primera instància.²⁰

En coherència amb aquest estat de coses, el Dret civil català al·ludeix a la jurisdicció voluntària, amb expressions com: autoritat judicial, jutge o catalogant l'actuació expressament com a acte de jurisdicció voluntària. Totes elles estan redactades donant per suposat que els expedients es substancien davant dels tribunals i que es resolen pel jutge civil. No es contempla, en cap cas, la resolució per part dels lletrats de l'administració de justícia, ni la intervenció del notariat.

És per això que l'atribució per part de la LJV de la competència per conèixer dels expedients de jurisdicció voluntària en l'àmbit civil als lletrats del administració de justícia i al notariat exigeix analitzar la situació creada des de la perspectiva del dret català. Per tal de valorar si és necessària una modificació o una nova redacció d'aquests extrems.

A) Els expedients atribuïts al jutge

Com ja s'ha dit, en el moment de l'entrada en vigor de la LJV 2015 tota la normativa civil catalana està elaborada des de la premissa de que la jurisdicció voluntària era una institució judicial. Per tant, pel

²⁰ El caràcter judicial de la jurisdicció voluntària al dret català és deguda a l'acció uniformitzadora que la legislació de l'Estat va anar exercint sobre la legislació civil catalana. A principi del segle XIX els actes com l'adveració del testament tancat eren expedients que es feien davant de notari i que per efecte de la legislació civil van passar a substanciar-se davant dels tribunals.

que fa als expedients la resolució dels quals correspon als jutges o magistrats la redacció del CCC no necessita cap modificació.

L'únic aspecte a considerar és que en alguns passatges el Dret català fa servir les mateixes expressions per referir-se a la jurisdicció voluntària i a la jurisdicció contenciosa, de manera que deixa en mans de l'interpretar la determinació de la modalitat d'intervenció dels tribunals podent arribar a resultar ambigua.

B) Expedients competència del notariat en exclusiva a la legislació estatal. Particular referència a la interrogatio in iure

L'atribució al notariat en exclusiva d'expedients que en els darrers 160 anys han restat resolts pels tribunals de justícia ha obert el debat sobre la incidència que té la previsió en la normativa catalana. Particularment, la discussió s'ha articulat al voltant de l'expedient successori anomenat *interrogatio in iure*.

Les opinions s'han centrat en considerar preferent la legislació estatal en el sentit que s'entenia que corresponia als notaris la substanciació de l'expedient, malgrat les previsions del CCCat. o en considerar que la legislació civil catalana no restava afectada per les previsions de la legislació estatal i que, en conseqüència, a Catalunya la tramitació i resolució de l'expedient continuava essent judicial.

Des del primer posicionament s'ha invocat la competència exclusiva de l'Estat per legislar en matèria processal (Art. 149.1.6 C.E) i s'ha arribat a sostenir que la llei estatal hauria modificat la legislació civil catalana. No podem compartir aquest raonament. La competència legislativa de l'Estat no es pot invocar amb aquest abast, ni tant sols en els casos en què, com a hipòtesi, la Generalitat s'hagués excedit en la seva competència. L'eventual existència d'extralimitacions en la legislació catalana hauria de ser dictaminada pel Tribunal Constitucional a través dels conflictes de competència corresponents o de les qüestions d'inconstitucionalitat. No hi ha cap altra manera. Mentre això no passés la legislació catalana tindria plena vigència i legislació estatal no tindria cap abast modificador o derogatori de la normativa civil catalana.

En l'estat actual de l'ordenament jurídic processal, el legislador català té al seu abast, amb caràcter general, la possibilitat de

crear procediments de jurisdicció voluntària i determinar que es substanciïn davant dels tribunals de justícia i, en concret, davant dels jutjats de primera instància. Això és així perquè l'art 85.2 de la LOPJ disposa que els jutjats de primera instància coneixeran dels actes de jurisdicció voluntària en els termes que estableixi la llei. Llei aquesta, que és indiferent que sigui estatal o catalana. En conseqüència, el legislador català també pot designar els tribunals com a competents encara que aquesta modalitat d'expedient no estigui prevista al dret civil general de l'Estat.

Per aquesta raó, les referències al jutge i a l'autoritat judicial que fa el dret civil català, tot i haver estat coincidents amb les del dret civil estatal durant molts anys, en modificar-se la legislació estatal, lluny de veure's derogades guanyen autonomia perquè continuen trobant en la LOPJ la referència que els dona validesa. Per tant, tot i l'entrada en vigor de la LJV les referències a l'autoritat judicial o al jutge que fa la legislació catalana segueixen tenint plena vigència encara que no hi hagi en la legislació estatal una previsió en el mateix sentit.

Un exemple emblemàtic de la situació descrita és l'expedient de jurisdicció voluntària d'interpel·lació judicial conegut amb el nom d'*interrogatio in iure* (Art. 461-12,2 i 3 CCC). En aquest expedient es requereix a l'hereu per a que manifesti si accepta o no l'herència. I per al cas que no contesti, el dret civil català té per renunciada l'herència, mentre que al dret civil comú de l'Estat es té per acceptada l'herència.

L'art. 1005 del codi civil espanyol modificat per la LJV va disposar que els interessats s'havien d'adreçar al notari per a que fes el requeriment. Però el dret civil català disposa que el requeriment l'han de fer els tribunals. La qual cosa ha generat un debat sobre si en relació amb les herències regides pel dret civil català, la *interrogatio in iure* s'havia d'instar davant els tribunals de justícia o del notariat.

Les raons indicades anteriorment, ens porten a sostenir que mentre no es modifiqui la redacció del CCCat. la competència per conèixer de l'expedient es manté en els tribunals de justícia.

En aquest mateix sentit però amb una fonamentació parcialment diferent, l'acord per a la unificació de criteris de les seccions civils de

l'Audiència Provincial de Barcelona de 15 de juliol de 2016²¹ arriba a la conclusió que:

“A Catalunya continuarà essent el jutge l'autoritat competent conforme a allò que estableix l'art 461-12 CCCat. Perquè, entre altres raons, la *interrogatio in iure* “és un institució pròpia i singular del dret civil català” perquè considera que “la nova redacció de l'art. 1005 cc donada per la Llei 15/2015 no abasta a allò disposat en el art 461-12 CCC perquè conforme a reiterada jurisprudència del TC l'atribució en exclusiva que en matèria processal atribueix la Constitució a l'Estat, ha de salvaguardar en tot cas les singularitats del dret foral” també indica que la disposició final onzena que modifica la Llei de 28 de maig de 1862 del Notariat no introdueix ni regula entre els expedients de successions encarregats als notaris la *interrogatio in iure*”.

Això no obstant, la iniciativa de legislador estatal posa sobre la taula una problemàtica nova, que d'una o altra manera demana que el legislador català valori la situació i es pronunciï sobre la conveniència de mantenir o modificar l'autoritat competent per conèixer d'aquest expedient.

En aquest sentit, l'atribució de la competència per tramitar els expedients de la *interrogatio in iure* en exclusiva a una autoritat aliena al poder judicial en el dret civil comú de l'Estat apunta a la possibilitat que, si més no per al legislador estatal, la resolució d'aquest expedient no impliqui l'exercici de la potestat jurisdiccional, ni suposi l'existència d'una modalitat de tutela articulada en garantia de drets que pugui ser o hagi de ser atribuïda als tribunals.²²

En conseqüència, cal determinar si, no obstant el que s'ha indicat, el dret català pot continuar atribuït als òrgans judicials el

21 <http://www.icab.cat/files/242-497450-DOCUMENTO/Acuerdos%20Unificaci%C3%B3n%20Criterios%20Civil%20AP%20Barcelona%20octubre%202016.pdf> pàgs. 3 i 4.

22 L'expedient de la *interrogatio in iure* preveu la intervenció de l'autoritat pública per donar fe de la realització del requeriment, dels transcurso dels terminis per atendre'l, i de resposta o manca de resposta de la part requerida. En cas que no hi hagi resposta, se'n deriva un efecte *ex lege* d'acceptació de l'herència en el dret civil comú de l'Estat i la renúncia a l'herència al dret civil català.

coneixement d'aquest expedient, atesa l'accepció negativa del principi d'exclusivitat de la potestat jurisdiccional, en virtut del qual els tribunals no poden conèixer d'actuacions que no impliquin l'exercici de la potestat jurisdiccional.

Cal fer notar que des de la perspectiva apuntada, la possibilitat/necessitat de modificar la previsió de la norma catalana no vindria determinada pel títol competencial des del qual es legisla, sinó que seria conseqüència d'una exigència constitucional que configura l'exercici de la potestat jurisdiccional amb caràcter general i que és aliena a la competència legislativa de Catalunya. És per aquesta raó que és adequat preguntar-se si es pot seguir atribuint l'expedient de la interpel·lació a l'hereu als òrgans judicials, bo i tenint en compte que de mantenir-ho podria arribar a qüestionar-se'n la constitucionalitat.

Arribats a aquest punt li correspon al legislador català determinar l'autoritat competent per conèixer d'aquest expedient. En línia de principi, la decisió no vindria condicionada pel legislador estatal si be és cert que el marge de maniobra per cercar alternatives és pràcticament inexistent, atès que les opcions es limiten a crear una autoritat nova o atribuir la competència a una autoritat existent.

La creació d'una autoritat nova, planteja reptes de costos així com de la configuració d'aquesta autoritat. L'atribució de la funció a una autoritat existent situa entre les candidates, a l'administració municipal, l'administració de la Generalitat de Catalunya i el mateix notariat. De totes aquestes autoritats el notariat, és la que ja hores d'ara desenvolupa competències similars, compta amb una implantació al territori i és reconeguda per la ciutadania precisament en relació, entre altres, amb assumptes relacionats amb el dret de successions.

Per altra banda, el fet que a Catalunya el notariat ja faci aquesta funció en relació amb el dret civil de l'Estat abona la

L'objecte de l'expedient és provocar una resposta del requerit i conèixer la seva voluntat en ordre a acceptar o rebutjar l'herència. No es contempla la possibilitat que la persona requerida s'oposi per aconseguir quelcom diferent. De manera que l'actuació de l'autoritat pública es circumscriu a donar fe d'allò que succeeix durant la tramitació de l'expedient.

possibilitat de que tinguin també aquesta competència que d'altra manera s'atomitzaria entre diferents autoritats.

Dues últimes consideracions, l'expedient de la *interrogatio in iure*, en la mesura que pot determinar que es consideri renunciada l'herència, és un expedient que de mantenir-se la redacció actual s'haurà d'entendre que el resol el jutge, perquè pot tenir com a conseqüència l'extinció de drets (Art. 1.3 LJV). Per altra banda, també cal preguntar-se si el fet que s'atribueixi als tribunals o al notariat té en tot moment i en relació amb tots els aspectes efectes equivalents. Concretament, cal considerar les diferències que hi ha entre uns i altres, en els casos que no s'hagi pogut notificar personalment el requeriment.

C) *Atribució de competència als lletrats de l'administració de justícia*

En relació amb l'assumpció de competència per resoldre els expedients de jurisdicció voluntària per part dels lletrats de l'administració de justícia, cal valorar la conveniència o oportunitat de mantenir o modificar la redacció dels textos civils catalans per identificar amb més concreció l'autoritat competent per resoldre el procediment.

No sembla que sigui necessari fer cap modificació en els supòsits en què el CCCat. empra les expressions jurisdicció voluntària i autoritat judicial, atès que pel seu abast general ambdues al·ludeixen indistintament als jutges/magistrats, i als lletrats de l'administració de justícia.

Pel que fa als casos en què s'empra l'expressió jutge per identificar l'expedient de jurisdicció voluntària, la disposició addicional primera de la LJV ja ofereix una solució quan disposa que les referències de les lleis al jutge s'entenen fetes al jutge o al secretari judicial (ara lletrat de l'administració de justícia) de manera indistinta.

No sembla que en fer aquesta previsió hi hagi una extralimitació per part de l'Estat atès que les normes que atribueixen la resolució de l'expedient al lletrat de l'administració de justícia en comptes del jutge operarien en l'àmbit intern de

l'organització dels tribunals de justícia, aspecte aquest que és competència exclusiva de l'Estat. De tota manera res impedeix, i en alguns casos pot arribar a ser aconsellable, que es puguin fer les modificacions terminològiques necessàries per fer que l'autoritat designada al text legal coincideixi amb la que efectivament resol l'expedient.

Ja s'ha indicat anteriorment que de *lege ferenda*, l'assumpció de funcions resolutòries de l'expedient per part dels lletrats de l'administració de justícia, obre la porta a considerar la possibilitat d'ubicar fora dels tribunals el coneixement dels expedients que se'ls han encarregat. Des del punt de vista conceptual, el principi d'exclusivitat de la jurisdicció abonaria aquesta possibilitat. Fins i tot sembla que exigiria que es fes. En canvi des del punt de vista operatiu, hi ha raons per no innovar en aquest àmbit, per una qüestió de mitjans materials i personals. La gestió dels expedients per part dels òrgans judicials, manté al servei d'aquesta funció una estructura orgànica, amb unes característiques que difícilment es poden reproduir en les mateixes condicions.

A més, una iniciativa que situés els expedients al marge dels tribunals per part del legislador català només afectaria als expedients regits pel dret civil català, però no als regits pel dret civil de l'Estat o dels altres drets, de manera que es produiria una duplicació de les estructures: per un costat els òrgans judicials i per l'altre l'autoritat eventualment designada pel legislador català.

5.2.2. *Impacte sobre altres especialitats processals*

En relació amb alguns expedients concrets, la llei de jurisdicció voluntària regula aspectes processals que troben en la legislació catalana una regulació diferent. L'eventual contradicció entre els textos legals pot donar peu a que es generin dubtes sobre quina de les variants cal aplicar.

El legislador català manté en tot moment la possibilitat d'incidir en aquests extrems per fer-los coincidir amb els de la legislació estatal o mantenir-los com a especialitat. Com ja va indicar en un moment molt inicial Carreras Llansana: *“en l'ampli camp de la jurisdicció voluntària i mentre sigui necessari donar certesa o efectivitat a drets substantius, res no*

s'oposa al fet que el Parlament català faci ús de la seva potestat normativa, sempre que els expedients regulats s'adaptin a les normes estatals de caràcter general.” A títol d'exemple analitzarem tres supòsits.²³

A) Tribunal competent territorialment en matèria de tutela, curatela i guarda de fet

En l'àmbit de la tutela, curatela i guarda de fet, l'art. 43.1 de la LJV estableix la competència del jutjat del domicili o residència del menor o “incapacitat” també, per a “todas las incidencias, trámites y adopción de medidas posteriores” per tant, si canvia el domicili respecte del que tenia quan es va constituir la institució de protecció l'òrgan judicial competent territorialment serà el de la demarcació on tingui el nou domicili o residència.

En canvi, el CCCat. estableix un criteri en favor del jutjat que va establir la tutela, en tots els casos malgrat que el domicili del menor o incapacitat hagi canviat (arts. 222-21.2, 222-31.2 i 5, 222-48.2 i 222-50.1).

Els preceptes del CCCat. determinen la competència per a cadascuna de les incidències de manera concreta, en favor del jutjat que ha conegut de la tutela, per tant, és una previsió diferent de la que fa la LJV.

La competència per adoptar les mesures de control previstes a l'art. 221-5 CCCat, en no tenir una previsió específica sobre competència estarien regides pel que estableix l'art 43.2 LJV. Si bé és cert que al CCCat es fan previsions sobre la competència en tots els casos en què el tribunal ha conegut de l'expedient de tutela. Cosa que dóna peu a sostenir que hi ha un criteri al CCCat segons el qual el jutge competent per conèixer de totes les incidències de la tutela seria, o hauria de ser aquest.

L'art. 43 LJV cerca, per damunt de tot, que l'expedient es substanciï a la circumscripció on es troba la persona subjecta a tutela. És indiferent que sigui el domicili (a Espanya) o la residència (També a Espanya quan el domicili és a l'estranger).

23 Carreras Llansana Jorge; “Normes processals i de procediment administratiu” *Comentari sobre l'Estatut d'Autonomia de Catalunya*, Barcelona, 1988, Ed, Institut d'Estudis Autonòmics, Vol. I, pàg. 428.

La primera part de l'art. 43.2 LJV, la que es refereix al cas en què la persona subjecta a tutela segueix vivint dintre de la circumscripció del tribunal que va conèixer de l'expedient sobre la tutela, mira d'assegurar, a més, que l'òrgan judicial concret sigui el mateix que va conèixer del primer expedient. En aquest aspecte el CCCat. és més clar i directe.²⁴

La segona part de l'art. 43.2 LJV determina la competència quan el tutelat ha canviat de domicili o de residència després de l'expedient, a una circumscripció diferent però dintre d'Espanya. En aquest cas la competència és del tribunal del lloc on resideix. Si bé és necessari obtenir testimoni de les actuacions anteriors, amb la finalitat que el jutge tingui accés als antecedents.

El CCCat. donaria més importància al fet que sigui el mateix òrgan (cosa que no implica que sigui necessàriament la mateixa persona) i, per tant, que estigui al corrent dels antecedents, que no pas al fet que la persona subjecta a tutela hi tingui la residència o el domicili. Totes dues solucions són bones. La de la LJV vol facilitar la personació del tutelat davant del tribunal perquè es suposa que està més a prop. El tema dels antecedents els soluciona amb la remissió de testimoni (si bé també hi ha inconvenients de gestió i possibles retards). El CCCat. dóna prioritat en la conveniència de tenir presents els antecedents.

El legislador català pot canviar de criteri, però li correspon a ell la competència i les modificacions que faci la legislació estatal no l'obliguen a fer cap canvi.

B) Irrecorribilitat d'algunes resolucions

Segons l'article 222-28 els desacords entre els tutors o entre els titulars de la tutela i de l'administració patrimonial, si han d'actuar conjuntament, s'han de resoldre judicialment, en ambdós casos sense recurs ulterior i amb l'audiència prèvia dels afectats i de la persona

24 Tant en el Dret civil espanyol com en el Dret català, estem davant d'una determinació de la competència (fins i tot d'un repartiment d'assumpes) per relació amb el primer expedient. No sembla que es pugui parlar pròpiament de "*perpetuatio iurisdictionis*", perquè el primer expedient ja ha finalitzat. Ens trobaríem davant d'un expedient relacionat, però diferent, i la *perpetuatio iurisdictionis* regeix quan estem en etapes diferents del mateix expedient.

tutelada, si té prou coneixement i, en tot cas, si té més de dotze anys i es tracta de tutela de menor.

Per contra, la llei de jurisdicció voluntària disposa que les resolucions dels expedients poden ser objecte de recurs de revisió o apel·lació. Es planteja aquí el dubte sobre si la previsió d'irrecorribilitat del dret català s'ha de mantenir o, per contra, s'ha de modificar per adaptar-la a les previsions generals de la LJV.

C) Adveració i protocolització del testament hològraf

Per acabar, s'ha d'indicar que si més no en el cas de l'adveració i protocolització del testament hològraf, l'abast d'una eventual modificació legislativa, no es podria limitar a identificar l'autoritat competent.

Al dret català, la competència per conèixer de l'adveració del testament hològraf està distribuïda entre els òrgans judicials que l'adveren i el notariat que el protocol·litza un cop adverat (Arts. 421-17 i ss. CCCat.) Tot i que l'art. 421-18 fa esment al jutge o al funcionari competent, el cert és que hores d'ara no hi ha un altre funcionari competent.²⁵ En coherència amb aquesta doble intervenció l'art. 421-19 estableix un termini de caducitat de 6 mesos per a què es presenti a protocol·litzar el testament adverat davant del notari.

Per la seva banda, el codi civil espanyol arran de la LJV ha atribuït la competència per fer l'adveració al notariat.

Davant d'aquesta innovació el legislador català té el marge d'actuació indicat en l'apartat anterior, però si atribueix al notariat o a una autoritat diferent dels tribunals l'adveració, és convenient que adapti l'art. 421-19, perquè des d'aquest moment no hi haurà solució de continuïtat entre l'adveració i la protocolització.²⁶

25 Solé Feliu, Josep, "421-18 Caducitat de l'expedient" a Egea, J. Ferre, J; *Comentari al llibre quart del codi civil de Catalunya, relatiu a les successions*, Barcelona 2009, Ed Atelier vol I, pàgs. 234 i 235.

26 Després de la celebració de les Jornades de Tossa, s'ha publicat l'article "El nomenament de defensor judicial: competència i especificitats del dret civil català". Em sembla adequat referenciar-lo per l'estreta relació que té amb la temàtica de la ponència. Santos Martínez, Alberto Manuel; "El nomenament de defensor judicial: competència i especificitats del dret civil català" *Indret*, Abril, 2017.

La repercusión de la reforma de la Ley del Notariado en el Derecho catalán

ÁNGEL SERRANO DE NICOLÁS

Notario de Barcelona

Doctor en Derecho

Professor asociado en la Universitat Pompeu Fabra

SUMARIO

1. PRELIMINAR. 2. REFORMA ARTICULADA ENTRE LA NUEVA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA Y LA DESJUDICIALIZACIÓN NOTARIAL. 3. BLOQUES NORMATIVOS DE LA LEY DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA Y APLICACIÓN DE LA LEY DEL NOTARIADO. 4. MODIFICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO O EXPEDIENTE Y CONSIGUIENTE MODIFICACIÓN DEL CCCAT. 5. DESJUDICIALIZACIÓN Y ATRIBUCIÓN DE CONCRETOS PROCEDIMIENTOS EXCLUSIVAMENTE AL NOTARIADO. 6. MODIFICACIÓN DE LEYES ESPECIALES QUE REQUERIRÍAN CONTEMPLAR SI PROCEDE REVISAR EL CCCAT. 7. ATRIBUCIONES CONCRETAS AL NOTARIADO QUE INCIDIRÁN EN LA LEGISLACIÓN NOTARIAL

1. PRELIMINAR

Cuantas cuestiones se expondrán son las mismas que sirvieron para la propia intervención (en septiembre del 2016), que quedan confirmadas por la Llei 3/2017, de 15 de febrero, al modificar el Codi (CCCat) para acomodarlo a las atribuciones competenciales resultantes de la propia legislación de jurisdicción voluntaria, sobre todo, por cuanto suponía de desjudicialización, y de atribución al Notariado de múltiples materias, singularmente en el orden sucesorio, algunas veces en forma alternativa con los antiguos Secretarios Judiciales (ahora Letrados de la Administración de Justicia, en adelante LAJ), y, a la vez, y aunque es una ley estatal, porque incluso la propia Ley del Notariado partía de las instituciones del propio Código Civil español.

Se mantiene el texto como en la intervención oral se expuso, pues lo contrario supondría desvirtuar lo que fue el sentido de la intervención (por razón de la fecha y la legislación entonces vigente en Cataluña, singularmente el CCCat), pero tras la ya dicha Llei 3/2017 se podrá criticar o no la modificación sufrida por el CCCat pero no ya lo que son competencias atribuidas al Notariado; no obstante, aprovecho la revisión de la intervención oral para citas concretas y puntuales que vienen a confirmar lo que parecía la solución lógica con el texto tanto de la propia Ley de Jurisdicción Voluntaria, como de la modificación que la misma, en su Disposición Final Undécima, introduce como Título VII de la Ley del Notariado.

La Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (en adelante LJV), por las múltiples cuestiones que plantea exige distinguir, para su mejor entendimiento y aplicación (y, singularmente, para el ámbito de su incidencia en la legislación catalana), entre *la jurisdicción voluntaria en sentido estricto*, y, ya distintos a esta materia, aunque se modifiquen o introduzcan *ex novo* en las disposiciones finales del propio texto de la LJV, *otros expedientes no jurisdiccionales*, y, ni siquiera, tampoco, de jurisdicción voluntaria en sentido estricto, basta observar la misma denominación del nuevo Título VII de la Ley del Notariado (en adelante LN), que no casualmente habla de la intervención del notariado en “expedientes y actas especiales”, pero cuidándose de adjetivarlos de jurisdicción voluntaria, como tampoco lo hace el art. 6.1 párrafo segundo LJV, que precisa que el régimen jurídico contemplado en el apartado primero, para dar preferencia temporal, “será aplicable también a los expedientes tramitados por Notarios y Registradores en aquellas materias en las que la competencia venga atribuida concurrentemente con el Secretarios judicial [ahora Letrado de la Administración de Justicia]”, pero obsérvese que se cuida de hablar de que sean expedientes de jurisdicción voluntaria.

Ciertamente que habrá supuestos en que necesariamente habrá que coordinar la LN y la propia LJV, consecuencia de que haya expedientes en que alternativamente se puede acudir al ahora Letrado de la Administración de Justicia o al Notario, que aquí —y aunque actúe como tal Notario— lo cierto es que su función es idéntica a la del otro operador jurídico, en lo que son los efectos o posibilidad de calificación registral, basta acudir al art. 19 LJV

y, a su vez, como el art. 56.3,3 LN, cuando se trata de declaración de herederos *ab intestato*, admite que “quienes se consideren perjudicados en su derecho podrán acudir al proceso declarativo ordinario que corresponda”, no a otro operador jurídico, pues el expediente está concluido; no obstante, podrá, sin duda, acudirse ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, como sucede con cualquier otra actuación notarial, y, desde luego, podrá determinar si es o no aplicable un artículo, pero, igualmente, la decisión de fondo corresponderá al Notario.

Se trata, en esencia, de ver como la reforma que opera la LJV, en lo que es modificación de la Ley del Notariado¹, puede influir en la legislación catalana en lo que hasta ahora eran materias atribuidas a la decisión judicial, y que, desde luego, de futuro están atribuidas algunas solo *en exclusiva* a la actuación notarial (singularmente la declaración de herederos *ab intestato*, adveración de testamentos² o formación de inventario³, estas dos últimas no coincidentes con el CCCat, por lo que prevalece éste, como tampoco el albaceazgo o la desconocida figura del contador-partidor dativo del art. 1057 CC, sin equivalente, aunque sí conozca el contador-partidor, a la vez que albacea particular, art. 429-5.1 CCCat para la retribución o art. 464-5 CCCat⁴); otras *en concurrencia con los Letrados de la Administración de Justicia* (cfr. arts. 91, 92 y 93 LJV vs. art. 66 LN); y, por último, algunas,

-
- 1 Me referí inicialmente en “Ley de Jurisdicción Voluntaria: Aspectos de mayor relevancia notarial”, en *Especial nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria*, Madrid, Wolters Kluwer – La Ley, 2015, pp. 63-70.
 - 2 Obviamente de los que reconozca el CCCat, por lo que no es aplicable, por no existir tal modalidad la adveración de testamentos orales, arts. 64 y 65 LN, e incluso en el cerrado tampoco procede por la distinta forma de custodia entre el CC y el CCCat, al efecto, art. 714 CC que se remite a la legislación notarial, mientras que será supletoria en el ámbito del CCCat al tener singularidades propias el art. 421-15 CCCat.
 - 3 La regulación del CCCat, art. 461-15, también tiene sus propias especificidades.
 - 4 Es de observar, que por la distinta configuración del albaceazgo del CC y del CCCat, cuando el art. 91.1.4º LJV atribuye al Juez la autorización para que el albacea pueda efectuar actos de disposición de los bienes de la herencia no se dará en el CCCat, al contemplar expresamente, para el albacea universal de realización de herencia, art. 429-9.1.a) CCCat, la enajenación de bienes a título oneroso de la herencia, sin necesidad de ninguna autorización judicial, e incluso cuando sea albacea universal para la entrega directa del remanente, art. 429-10.e) CCCat puede, limitadamente aquí, realizar actos de realización dineraria para el pago de los conceptos a que se refieren las previas letras a) a d), junto a que cuando “la herencia” (obsérvese que cuando sea

también, en concurrencia con los Registradores de la Propiedad, *cfr.* art. 103 bis LH (introducido por la D.F. duodécima LJV).

Como expondré, entiendo que es imprescindible distinguir entre lo que es en sentido estricto jurisdicción voluntaria, y, no lo mismo, los expedientes desjudicializados, como lo son los notariales o los registrales, que no son en sí, y en sentido estricto, jurisdicción voluntaria, al menos como la quiere contemplar la LJV, aunque en un sentido amplio puede decirse que lo es la entera actuación notarial; pero, ciertamente, el Notario no es sino funcionario público, aunque en relación de sujeción especial, por lo que de su actuación no responde el Estado, sino él, y, además, en la archiconocida expresión de RODRÍGUEZ ADRADOS, de forma inescindible, también es profesional del derecho, lo uno sin lo otro haría que no fuese notario, aunque pudiera seguirse encuadrando dentro de lo que son los fedatarios públicos, como género, pero no propia y específicamente notario; esta condición de notario, germano-latino, le impone —y le es exigible— la configuración del negocio jurídico y la resolución del expediente conforme a Derecho (pues actúa como funcionario público); además, se lo exige reiterada jurisprudencia, singularmente de la Sala 1ª TS, la llamada a resolver estas cuestiones, y lo hace en materia de responsabilidad civil, con clara justificación no solo en la Ley, sino, y lo resalta, por ser lo que sin duda espera el ciudadano de su actuación. O sea, es exigible que la actuación esté plenamente ajustada a la Ley y que, además, el acto, negocio o, ahora, resolución del expediente, surta los plenos efectos legales, que no quiere decir los que el ciudadano desee sino los que la Ley determina.

una “parte”, art. 428-3.1 CCCat, lo trata en el modo) se destine a sufragios o a los pobres, art. 429-11.3 *in fine* CCCat, se ejecutará conforme a las normas del albaacezgo universal de realización de herencia, que en este caso será gratuita.

2. REFORMA ARTICULADA ENTRE LA NUEVA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA Y LA DESJUDICIALIZACIÓN NOTARIAL

La reforma se articula mediante la modificación de la jurisdicción voluntaria, no en vano la Disposición derogatoria única.¹ LJV deroga diversos artículos, aún vigentes, de la vieja Ley de Enjuiciamiento Civil, aprobada por el Real Decreto de 3 de febrero de 1881; y, además, se aprovecha la nueva LJV para modificar varias leyes, aunque también se podría haber hecho, fuera de la LJV, mediante la modificación por leyes concretas de los cuerpos legales que se modifican en las disposiciones finales (no se hace dentro de la estricta LJV, pues, como dice el propio Preámbulo IX último párrafo e inciso, “implicaría dejar vacíos de contenido numerosos preceptos del Código civil u otras normas ...”); en todo caso, el modificarse por la misma LJV —cierto que en sus disposiciones finales y como modificación de leyes concretas— no implica ser materias de estricta jurisdicción voluntaria, pues son disposiciones finales, es decir, ubicadas tras la Disposición derogatoria única de la LJV en sentido estricto; así, justo lo que sigue, a la LJV en dicho sentido propio o estricto, son modificaciones puntuales —por decenas que sean los artículos modificados— de diversas leyes, que, como su ya citado Preámbulo indica (apartado IX último párrafo), aunque podrían —seguramente no todas, y, desde luego, no la notarial— haber ido en el propio texto de la LJV, sin embargo, se ha preferido regularlas en las propias leyes en que estaban anteriormente, frente a incorporarlas al texto propia de la LJV; por ello, y justo por no ser JV propiamente, sino supuestos desjudicializados, necesariamente su interpretación se debe encontrar en el contexto normativo en el que se incluyen, es decir, el Código civil español⁵, Ley del Registro Civil, Ley Hipotecaria, o incluso en el creado *ex novo* nuevo título en la Ley del Notariado (que se integra como uno más en la LN y no en la LJV, aunque también pueda aplicarse supletoriamente, justo por la posible alternatividad), se trata de materias, pues,

5 Valga el ejemplo de interpretación que ofrece —aunque ciertamente hable en sentido lato de jurisdicción voluntaria— la RDGRN de 18 de julio de 2016, para la interpretación del art. 843 CC.

total o parcialmente desjudicializadas, pero no por ello de estricta jurisdicción voluntaria, sino notariales, registrales, etc.

Esta implícita exclusión del ámbito de *la jurisdicción voluntaria en sentido propio*, para configurarlos como nuevos *expedientes o supuestos de desjudicialización* (así lo dice también el propio Preámbulo V, segundo párrafo *in fine* LJV), implica su total exclusión de su tramitación ante la Autoridad Judicial, que ya solo podrá conocer en juicio ordinario contra la impugnación de lo resuelto por los operadores que ahora tienen la competencia material, como son los *ex* Secretarios Judiciales —hoy Letrados de la Administración de Justicia— o exclusivamente en el Notariado, los Registradores Mercantiles y solo algún supuesto concreto también en los Registradores de la Propiedad, es trascendente —la distribución de materias— a la hora de interpretar los nuevos preceptos, y, desde luego, en cómo pueden influir en la legislación catalana, aunque aquí me concentre en exclusiva en el Código civil catalán, pues la interpretación tiene que buscarse no en la imposible analogía con el CC español (dado que allí se han podido modificar artículos que tendrán o no correlativos en el CCCat, lo que es indiferente), sino en que se ha procedido a una desjudicialización de ciertas materias, no cabe olvidar que fue la propia Generalitat de Cataluña la que creó una comisión al efecto⁶, y que varias de sus propuestas están en la reforma operada —singularmente el divorcio— sin que estuvieren contempladas en los Anteproyectos o Proyectos de Jurisdicción Voluntaria⁷.

6 Pueden verse dichas conclusiones de la Comisión de Desjudicialización, de la Generalitat de Catalunya, Resolución JUS/3644/2009, de 15 de diciembre, que creó en Cataluña una Comisión de trabajo de asesoramiento sobre desjudicialización en el ámbito civil —DOGC núm. 5532, de 23 de diciembre de 2009— en la última etapa de *La Notaría*, nº 2, y, también, con un muy interesante comentario, en LUCENA, Antonio, *Jurisdicción Voluntaria. Desjudicialización (I)*, 25 de enero de 2013, accesible a través del link: <http://notin.es/jurisdiccion-voluntaria-desjudicializacion-i/>

7 Los distintos Anteproyectos y Proyectos de LJV que se han sucedido, desde la LEC'2000, pueden verse en el que fue reconocido, en sede parlamentaria, como autor de la LJV, FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio, *La reforma de la Jurisdicción Voluntaria. Textos prelegislativos, legislativos y tramitación parlamentaria*, Madrid, Dykinson, 2015, también director de la obra *Comentarios a la Ley de Jurisdicción Voluntaria*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Civitas, 2016.

Desjudicialización que implica que ya no es competente la Autoridad judicial, salvo en los supuestos que la propia LJV aún lo atribuye específicamente a la Autoridad Judicial, categoría en la que no cabe incluir a los Letrados de la Administración de Justicia, que son fedatarios pero no órganos jurisdiccionales, a los que sí lo son, y por sí serlo, aún se les reserva diversas competencias en exclusiva, desde luego, no concurrentes nunca con la actuación notarial; consecuencia de ser la potestad jurisdiccional exclusiva de los Juzgados y Tribunales, art. 117.3 CE'78.

Distinción básica, en suma, la de lo jurisdiccional y no jurisdiccional, lo de jurisdicción voluntaria y lo meramente desjudicializado, para interpretar el conjunto normativo de la LJV y que, además, importa tanto para poder distinguir dentro del amplio, y, a veces, complejo, articulado de la LJV, qué es y qué no jurisdicción voluntaria estricta, como para determinar la preferencia entre unos y otros expedientes, art. 6.1 párrafo primero LJV, aunque únicamente dicha preferencia podrá darse cuando sea concurrente el acudir a un expediente de JV o a un expediente simple (Notario, Registrador, etc.), no cuando únicamente pueda actuar el Notario, que como se verá es la regla general en materia sucesoria; al efecto, Preámbulo X, primer y segundo párrafo LJV, y, además, párrafo decimoprimer cuando afirma: “De los demás expedientes de Derecho sucesorio se hacen cargo, como hemos visto, los Notarios”, la atribución al Notariado en este materia es la regla general, lo alternativo unas concretas singularidades y lo demás la excepción. Lo ratifica el mismo art. 3.2 LJV cuando en los expedientes de JV impone la defensa por Letrado y la representación de Procurador, mientras que no la hay ante Notario, pues cuando la contempla —la presencia del Letrado— en el expediente de separación o divorcio por mutuo acuerdo, art. 54.2 LN, únicamente habla de “asistidos”, pues ya imperativamente el Notario debe “asesorar [...] y aconsejarles”, art. 1 tercer párrafo RNot.

Por centrarme en el Derecho catalán también debe advertirse que la legislación civil catalana, como lo es el CC español en su ámbito territorial, será el derecho sustantivo y meramente adjetivos o instrumentales los artículos de carácter procesal o notarial; por ello, debe estarse en primer lugar a la regulación sustantiva del CCCat, basta pensar en el plazo para la adverbación del testamento

ológrafo, del CCCat —art. 421-19— con sus cuatro años, frente al art. 61.4 LN con sus cinco años, que no supone que se haya ampliado el plazo para el CCCat, e incluso si contiene normas procedimentales también serán preferentes a la regulación notarial, tal que en la *interrogatio in iure*, nueva regulación del art. 461-12 CCCat, frente al art. 1005 CC, y, sobre todo, la diferente solución de cada uno, entre entender que la repudia o que la acepta. Por tanto, y por su trascendencia en la práctica diaria y en la propia previsión legal, la regulación notarial únicamente se aplicará a falta de previsión del propio Derecho civil catalán (en esencia el CCCat) o cuando sea complementaria, pero, desde luego, sin poder alterar su finalidad y efectos. Para lo que, por otra parte, no tendrían competencia las Cortes Generales.

3. BLOQUES NORMATIVOS DE LA LEY DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA Y APLICACIÓN DE LA LEY DEL NOTARIADO

Dentro de la denominada LJV se hace imprescindible —como ya se ha dicho— distinguir entre *la JV propiamente dicha* (o LJV estricta, integrada por sus 148 artículos y consiguientes disposiciones adicionales, transitorias y derogatoria) y *el resto de expedientes* regulados mediante concretas modificaciones (CC, LEC, LRC, etc.) o completando leyes (Ley del Notariado), esto último lo hacen las múltiples disposiciones finales, que, obviamente por razones competenciales no pueden modificar la legislación civil catalana. Por lo que se ha exigido modificar el Derecho catalán, así la ya dicha Llei 3/2017, del Parlament de Catalunya.

Entre *los expedientes no jurisdiccionales* —o segundo bloque normativo— destacan los introducidos mediante modificación del CC (Disposición final primera LJV, desde “Uno” a “Noventa y ocho”) y la Ley del Notariado (Disposición final undécima, a través del “Uno” y “Dos”), aunque también se contenga alguna mención relevante a la posible actuación notarial en la modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil, así sus arts. 790 y 792 (para la declaración de herederos), y en la modificación de la LRC, en orden

a la celebración del matrimonio y su inscripción; no obstante, estas últimas innovaciones por su ámbito estatal no presentan problema alguno de aplicación en relación con el CCCat. Se modifican, también, otras leyes que por su carácter estatal y su materia, o atribución de competencias, no interesan a los efectos últimos de lo que aquí se considera, que es su incidencia en la legislación civil catalana (en concreto CCCat).

En suma, hay *un primer bloque*, o lo que es estricta JLV, contenido en los arts. 1 a 148 LJV, y, además, en sus seis disposiciones adicionales, cinco disposiciones transitorias y su disposición derogatoria única, que implica la derogación y completa sustitución de lo que era la vieja jurisdicción voluntaria de 1881 por la nueva, y, en consecuencia, que ya no es el Juez el único que puede tramitar los expedientes de jurisdicción voluntaria, aunque como se ha precisado cuando se sacan de la LJV estricta y se llevan a leyes sustantivas, como el CC, LRC o LH conviene hablar de *expedientes no jurisdiccionales o desjudicializados*; estos últimos son los que integran *el segundo bloque*, o sea los nuevos expedientes —no jurisdiccionales— que se regulan, en lo que aquí interesa, modificando el CC, y, a la vez, introduciendo un nuevo título VII en la Ley del Notariado.

Además, *este segundo bloque normativo* (que es el único que interesa en este estudio), por venir a modificar o ampliar (caso de la Ley del Notariado) leyes ya vigentes y que subsisten, solo puede entenderse en sus justos términos y efectos no dentro de la propia LJV sino integrando sus modificaciones en estas leyes que se modifican o completan, pues solo dentro de ellas y en una interpretación de conjunto es como debe hacerse su interpretación, de ahí que tenga pleno sentido —que únicamente en la LJV y en la del Notariado por su carácter estatal e innovador, ya que no existía o no en la parte nueva que se añade— que se contenga cuasi idéntica redacción en la *Disposición adicional primera, núm. 3*, que lo es de la LJV, y *el número “Dos” de la Disposición final undécima, que introduce el nuevo Título VII de la Ley del Notariado*, que, por tanto, forma parte de esta última LN, en ambas con la consiguiente remisión a la legislación especial o foral, cuando se refieren, LJV estricta o LN al CC, en estos casos la reforma afecta directamente a la legislación catalana.

También se refiere, finalmente, a todo el conjunto normativo, es decir, tanto a la JV propiamente dicha, como a las modificaciones o complementos de las distintas leyes, la *Disposición* final vigésima primera. Entrada en vigor, aunque en el aspecto sucesorio —que es el que aquí más interesa— no sea relevante.

En resumen, en estas materias desjudicializadas, habrá que estar, en primer lugar, a la regulación sustantiva del CCCat, en su defecto, y por ser la legislación especial aplicable, la nueva regulación de la Ley del Notariado, y, por último, a la LJV.

4. MODIFICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO O EXPEDIENTE Y CONSIGUIENTE MODIFICACIÓN DEL CCCAT

Ya se ha dicho que la LJV *stricto sensu*, DA primera, núm. 3 (“*Las referencias realizadas en esta Ley [obviamente que por su colocación sistemática se refiere a la LJV estricta, es decir, a los 148 artículos que la preceden] al Código Civil o a la legislación civil deberá entenderse realizada también a las leyes civiles forales o especiales allí donde existan;* e igual sucede con el número “Dos” de la DF undécima (literalmente dice: “*Las referencias realizadas en esta Ley [obviamente en la Ley del Notariado, pues ya se ha visto que para la propia LJV tiene su propia remisión] al Código Civil deberán entenderse realizadas, en su caso, también a las leyes civiles forales o especiales allí donde existan*”, se refieren a los demás Derecho civiles, cosa imprescindible en cualquier ley de ámbito estatal. No sucede igual, pues tampoco es el mismo su ámbito territorial, con el CC español, ya que este no tiene aplicación general a diferencia de la JV o la LN.

La remisión en ambos casos es necesaria por cuanto como leyes de ámbito estatal (LJV estricta y LN innovada) parten de regular sobre la base de las instituciones del CC, y, por tanto, la remisión puede plantear alguna duda, incluso aunque deba entenderse que cuando trata de una institución del CC, caso de las adveraciones, obviamente será trasladable al Derecho civil propio de las CCAA en cuanto reconozcan tal institución (lo que no sucede en Cataluña

con los ya dichos testamentos verbales), o aunque la reconozcan con distinta regulación, como sucede con los albaceas en el CCCat, por tanto, *no será únicamente a los estrictos aspectos que del CC regula sino a la institución en sí*, aunque necesariamente *respetando la regulación sustantiva del CCCat*.

Problema distinto es si cuando se ha modificado el CC puede entenderse —o en verdad *debe* por ser un expediente o procedimiento desjudicializado y no derecho sustantivo— modificado el Derecho civil propio; desde luego, en un código completo (en las materias que regula), como es el CCCat, ni caben ni puede haber remisiones —ni estáticas, ni dinámicas— a otro código, como es el CC español; no cabe este argumento de implícita remisión por ser impropio entre CC español y CCCat, justo por el concepto mismo de código de ambos, ni a ello se refieren las remisiones a las no bien denominadas legislaciones forales de la JV y de la LN. No quiere ello decir que no quepa encontrar solución en el ordenamiento jurídico para que las innovaciones producidas en el CC español, *vgr. interrogatio in iure*, no puedan aplicarse, en lo que de procedimental tengan, aunque con la solución sustantiva de cada código, es decir, aceptación en el CC y repudiación en el CCCat. Lo relevante es que ya solo corresponde a la Autoridad Judicial lo que estrictamente se le atribuye, pues la regla ha sido la desjudicialización, y, además, la atribución al Notariado, en algunos casos concretos de mercantil —de lo que no tiene competencia la Generalitat de Catalunya— a los Registradores Mercantiles, y, muy puntualmente, a los Registradores de la Propiedad, que como con los LAJ, en los casos concretos previstos puede ser alternativa con el Notariado.

En consecuencia, ni hay remisión ninguna en el CCCat al CC español, como códigos completos ambos en las materias que regulan, ni es ya pseudo-compilación el CCCat, no hay ya un sistema (el del CC español) con satélites (las Compilaciones o incluso cabría pensar en leyes o “códigos” que a él se remitan) sino dos sistemas distintos, con sus propios principios inspiradores, y, además, con la necesaria aplicación de la “institución desconocida” cuando no la contempla el CCCat, pues lo que subyace es que no la admite, sin que por vía supletoria, al no regularse, se pueda aplicar otro ordenamiento jurídico.

No cabe, pues, hablar de analogía ni de remisión, y tampoco podrá alcanzarse solución acudiendo como pretendida fuente supletoria al CC, dada la inherente *auto-integración* de un código, junto al concepto de *institución desconocida* cuando no se regula; sin embargo, lo anterior, no impide que haya que plantearse como cuestión distinta si estamos o no ante un problema procedimental, por lo que se trata de ver qué procedimientos son tras la LJV de ámbito notarial, aunque —por razones competenciales de las Cortes Generales— solo se haya modificado el CC español, pero desaparecidos ya por completo del ámbito de la jurisdicción voluntaria propiamente dicha no queda sino tener que acudir al expediente o procedimiento notarial para tener solución. Aquí sí podrá tomarse en consideración los expedientes contemplados en la propia LJV o los contemplados en la LN, pues se trata de expedientes excluidos del ámbito judicial, y que, por tanto, ya no es la Autoridad Judicial la competente.

5. DESJUDIALIZACIÓN Y ATRIBUCIÓN DE CONCRETOS PROCEDIMIENTOS EXCLUSIVAMENTE AL NOTARIADO

Aunque no es propio de un código sustantivo, como es un código civil, regular aspectos procedimentales, no obstante tampoco es algo insólito, así, ya desde hace más de un siglo, la *interrogatio in iure*, art. 1005 CC, sí es un procedimiento, valga por todos, la opinión — ya hace más de dos decenios— del Catedrático de Derecho civil y Magistrado del TS, X. O'CALLAGHAN, “*sub art. 1005 CC*”, en C. PAZ-ARES *et al.* (dirs.), *Comentario del Código civil*, t. I, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, pp. 2376-2377, cuando dice: “Ya se ha dicho que la *interrogatio in iure* que contempla este art. 1005 es de ejercicio judicial, en proceso. Su estudio, pues, es más de derecho procesal que de derecho sustantivo [...]. El procedimiento es de jurisdicción voluntaria, sin que lo tenga señalado especialmente el CC ni la LEC; se aplicarán las normas generales que en ésta se contienen sobre los expedientes de jurisdicción voluntaria. [...] no hay duda que no es un proceso declarativo ordinario, sino un simple expediente de jurisdicción voluntaria que pasará a ser proceso

declarativo si hubiere oposición”, así lo escribía en 1991, y, con posterioridad, ni la LEC del 2000, ni la LJV le señalan procedimiento específico de jurisdicción voluntaria, pues no se trata sino de un requerimiento (ahora necesaria y exclusivamente notarial, como se verá *infra*) que dé certeza; en suma, siempre ha sido un procedimiento, carente de regulación incluso en la vieja legislación de jurisdicción voluntaria de 1881, aunque a ella se acudía pues no era procedente acudir a un declarativo, como tampoco lo sería ahora, no ya para el CC en que se ha modificado su art. 1005 CC, sino tampoco en el CCCat, ya también acomodado a la previsión desjudicializadora de la LJV, aunque eso sí con las previsiones procedimentales, en lo que hace a las notificaciones y demás, del modificado art. 461-12 CCCat, justo por tratarse de una cuestión procedimental, unido a que la materia sucesoria se atribuye al notariado, salvo los expedientes expresamente excluidos.

Lo que se acaba de decir se justifica en el *Preámbulo* —y se recoge luego en la regulación positiva, eso sí en lo que es competencia de las Cortes Generales— con los argumentos que se indican, así:

1º. Apartado V, párrafo tercero *in fine*, cuando dice que la función de la jurisdicción voluntaria es “*obtener certeza*”, y, obviamente, el acta notarial la da.

2º. Apartado VIII, párrafo cuarto, cuando dice que: “*Su participación como órgano público responsable, en el caso de los Notarios, tiene lugar en la mayoría de los actos de carácter testamentario sucesorio*”, para en el párrafo siguiente afirmar que: “*Como los Secretarios judiciales y Notarios son titulares de la fe pública judicial o extrajudicial se les atribuye, de forma concurrente, la tramitación y resolución de determinados expedientes de sucesiones*”.

3º. Apartado IX, último párrafo, para aclarar la razón de que algunas cosas estén en la ley sustantiva (aunque tenga que ser el CC, pues es obvio que —como ya se ha dicho— las Cortes no pueden modificar la legislación civil autonómica) dice que “*la ordenación de algunas instituciones del Derecho privado explícita los rasgos esenciales del procedimiento para obtener el concreto efecto jurídico a que aquella se refiere [y, en efecto, aunque opuestos, así sucede, para la interrogatio in iure, en el CCCat y en el CC]. Esta solución es menos perturbadora que otras, considerando que la opuesta —que consistiría en trasladar*

todas esas normas desde la ley sustantiva a esta Ley— implicaría dejar vacíos de contenido numerosos preceptos del Código civil u otras normas de nuestro ordenamiento jurídico". Por tanto, la regulación —aunque sean expedientes o procedimientos de lo tradicionalmente conocido como jurisdicción voluntaria y ahora expedientes desjudicializados— está en los códigos civiles o normas sustantivas.

4º. Apartado X, párrafo undécimo, que señala como la regla general es la atribución de los expedientes sucesorios al Notariado, salvo los especialmente reservados al ámbito judicial, lo que unido al anterior párrafo citado, que justifica su mantenimiento en la ley sustantiva, aunque obviamente no puede modificarse en esta LJV el CCCat, da pleno sentido a que también la *interrogatio in iure* en Cataluña no pueda, sino que necesariamente tenga que hacerse ante Notario (como otras materias que se indicarán en las conclusiones, aunque algunas aún sigan reservadas al Juez, como son ciertos aspectos del albaceazgo). Tiene que ser, por tanto, necesariamente notarial todo lo que no esté expresamente atribuido a la Autoridad Judicial, pues con el *ex* Secretario Judicial es en concurrencia, así se dice que: "*El Título IV regula los expedientes de jurisdicción voluntaria que se atribuyen a los órganos jurisdiccionales en materia de derecho sucesorio: por un lado los que se reservan al ámbito judicial, como la rendición de cuentas del albaceazgo, las autorizaciones de actos de disposición al albacea o la autorización o aprobación de la aceptación o repudiación de la herencia en los casos determinados por la ley* [obsérvese que no menciona la *interrogatio in iure*, cuya sede —como justifica el Apartado IX, último párrafo del Preámbulo— es la ley sustantiva, y en lo procedimental al faltar procedimiento específico no cabe entender otra cosa sino que ahora no puede ser ya procedimiento judicial sino notarial, es decir, el acta notarial correspondiente]; *y por otro los que serán a cargo del Secretario Judicial con competencia compartida con los Notarios, como la renuncia o prórroga del cargo de albacea o contador-partidor, la designación de éste y la aprobación de la partición de la herencia realizada por el contador-partidor dativo* [obsérvese que no es alternativa, pues no la menciona, la *interrogatio in iure*]. [Y lo que nos interesa para ver claro que la *interrogatio in iure* ya únicamente puede ser notarial] *De los demás expedientes de Derecho sucesorio se hacen cargo, como hemos visto, los Notarios*". Cuanto dice el Preámbulo luego lo regula —en los mismos términos— de forma positiva la propia LJV, salvo que como ya se ha dicho se prefiere llevarlo a la ley sustantiva y, por tanto, lo

único que se puede y se modifica es el CC, pero, sin duda, no quita que al ser competencia exclusiva notarial la *interrogatio in iure*, los efectos sustantivos sí serán los que la ley sustantiva disponga, pero el procedimiento exclusivamente podrá ser notarial.

Toda esta argumentación, tras la reforma operada por la Llei 3/2017, no es sino justificadora de lo que sin reforma, según entendía, se podría haber ya hecho, pero, desde luego, tras la reforma no ofrece ya duda lo que es o no competencia notarial, que está inspirada en la misma desjudicialización, por otra parte, como se ha dicho, tributaria de lo previsto en la Comisión de la propia Generalitat de Catalunya.

6. MODIFICACIÓN DE LEYES ESPECIALES QUE REQUERIRÍAN CONTEMPLAR SI PROCEDE REVISAR EL CCCAT

Fuera de lo que es la modificación del CC español, también interesa destacar otras modificaciones que aunque no exigen, ni siquiera inciden en el CCCat, no obstante, sí parece conveniente acomodarse a la nueva situación; en este caso, al haberse modificado el régimen de la subasta en la Ley de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento, Disp. Final 13^a; y, asimismo, haberse introducido en la Ley del Notariado, arts. 72 a 77 LN, *una nueva regulación de la subasta con procedimientos electrónicos*, junto con la vigente LEC'2000 que ya únicamente contempla una subasta, deja un tanto anacrónico el sistema de dos subastas (una menos que las tres que había sido tradicional, pero ya una más que lo que es ahora la regla) contemplado para la denominada “prenda catalana” en el art. 569-20.4 CCCat, aunque obviamente podría seguirse considerando como una opción del legislador catalán, pero, desde luego, desfasada. Tras la reforma de la Llei 3/2017 también se ha dado nueva regulación, para contemplar los procedimientos telemáticos, y en que, una vez más, la legislación notarial, arts. 72 a 77 LN, deviene en meramente supletoria.

Ahora bien, en trance de acomodarse a la nueva situación debe contemplarse si procede modificarse el CCCat dando nueva

regulación o quizás más fácil, pues permitirá irse adaptando a los tiempos y acomodaciones que pueda exigir la práctica, singularmente las subastas electrónicas, el remitirse a la regulación notarial — Ley del Notariado— de las subastas, pues es lo que ya contempla el CCCat, como algo extrajudicial.

7. ATRIBUCIONES CONCRETAS AL NOTARIADO QUE INCIDIRÁN EN LA LEGISLACIÓN NOTARIAL

Con el nuevo Título VII LN resulta que el Notario será competente tanto en las materias que expresamente se le atribuyen en el nuevo Título VII de la Ley del Notariado, como, también, en aquellas otras materias que, aunque no esté modificado el CCCat, así tiene que ser por no existir ya procedimiento judicial —de jurisdicción voluntaria— y ser totalmente improcedente, por no estar pensado para ello, el declarativo ordinario.

En consecuencia, y aunque era conveniente modificar el CCCat para adaptarlo a la LJV (así lo decía y ahora está ya resuelto por la Llei 3/2017), por no estar atribuidas al Juez y ser cuestiones procedimentales en que el Notario es la Autoridad pública ahora investida al efecto, debe acudir al expediente o procedimiento notarial en los siguientes supuestos que —reitero antes de la Llei 3/2017, al margen de que el CCCat seguía refiriéndose al Juez, se habían desjudicializado— ahora, y, tras la reforma de la Llei 3/2017, por así contemplarlo el CCCat, son competencia del Notario, aunque la legislación notarial será, cuando se aplique el CCCat, meramente regulación positiva supletoria, y siempre que no se pretenda aplicar una “institución desconocida” en la legislación civil catalana o que parcial o totalmente tenga otra regulación, así:

1º. *Albaceazgo, junto con la aceptación y repudiación de la herencia*, en este ámbito hay materias exclusivamente atribuidas al Juez (Juzgados de 1ª Instancia), arts. 91 y 93LJV. En concreto, el

albaceazgo, art. 91.1.2º,3º,4º LJV, en materia de: remoción, rendición de cuentas y autorización de disposición por el albacea (con la exclusión ya dicha, anteriormente, para los albaceas universales del CCCat), se completará con la previsión del art. 66.1.a) LN, al atribuir al Notario —mediante escritura pública— los casos de “renuncia del albacea a su cargo o de prórroga del plazo para el albaceazgo por concurrir justa causa”, que viene a coincidir con la misma atribución a los LAJ, art. 91.1.1º LJV (dada la excepción que señala el propio art. 91.4 LJV), de las competencias en materia de “renuncia del albacea a su cargo o de prórroga del plazo del albaceazgo”.

En lo que es *la aceptación y repudiación de la herencia* es conforme al art. 93 LJV *competencia del Juez*, también para el CCCat, pero aquí es necesario hacer dos claras distinciones, la primera, como es obvio, únicamente para los supuestos que este CCCat establezca como necesaria la necesidad de la autorización judicial, *vid.* art. 461-9 CCCat; y la segunda, no pueden olvidarse las autorizaciones alternativas contempladas en el Libro II, para los supuestos de potestad parental, art. 236-27.1.e) CCCat, para renunciar a la herencia o legados, que puede suplirse conforme al art. 236.30 CC, *con las autorizaciones alternativas*, manifestadas en escritura pública, del hijo de al menos 16 años o los dos parientes más próximos del hijo, en la manera establecida por el art. 424-6.1.a CCCat. Lo que, sin duda, convierte en residual la autorización judicial.

De la misma forma que *no hay equivalente para los contadores partidores dativos*, art. 1057 CC, por la propia configuración del albaceazgo catalán y, sin perjuicio, de sí reconoce —el CCCat— a los *contadores-partidores dentro del albaceazgo particular*, como se ha dicho, y, específicamente, en su sede propia, art. 464-5 CCCat, pero, desde luego, no se contempla institución similar al art. 1057 CC.

Igualmente, será competencia del Juez, *el beneficio de la separación de patrimonios*, art. 461-23 CCCat, aunque ni siquiera lo mencione por estar pensando el legislador en el ámbito del CC, unido a que la previsión —y consiguiente competencia notarial— para la práctica de un inventario, arts. 67 y 68 LNot, no se corresponde con

esta institución⁸, junto a que el Notario no puede adoptar medidas para hacerlo efectivo. Ahora bien, también cabe pensar en una doble fase o incluso supuesto, de no pedirse medidas cabría pensar en el ámbito del Notario, e incluso de pedirse también, es decir, practicar el inventario notarial y ya en una fase posterior acudir al Juez para que adopte las medidas oportunas.

2º. *Materias del albaceazgo compartidas entre Notario y ex Secretario Judicial* de 1ª Instancia (art. 92 LJV, para la designación y renuncia del contador-partidor y aprobación de su partición) y *el Notario*, art. 66 LNot (renuncia del albacea o prórroga del plazo por justa causa; nombramiento de contador-partidor, su renuncia o aprobación de la partición que realice).

En materia de albaceazgo la cuestión no aparece completamente clara, pues el art. 429-4.1 CCCat al tratar *de la excusa* no la menciona (a diferencia de la renuncia) en el art. 91.1.1º LJV, como competencia exclusiva del Juez; y, además, tomando como elemento interpretador —de la voluntad del legislador— el art. 899 CC lo defiere —alegando justa causa— al *ex* Secretario Judicial y al Notario, por lo que así debería entenderse para el CCCat.

En lo que hace al art. 429-13.2 CCCat —*prórroga*— sí la menciona el art. 91.1.1º LJV como competencia exclusiva del Juez, pero cabe entender que cuando haya contienda con los herederos, pues tanto el art. 910 CC, como el art. 66.1.a) LN la atribuye al Notario, eso sí mediando justa causa.

Esto es lo que era y lo que se proponía, aunque se tiene que estar ya a la previsión de la reforma de la Llei 3/2017.

3º. *Exclusivamente notariales*, son todos los demás expedientes sucesorios, tanto los *incluidos en la propia LNot*, tal que todas las clases de declaraciones de herederos ab intestato (incluso las de colaterales);

8 Para su antecedente romano cabe acudir a DOMÍNGUEZ, Paula, “Una reflexión sobre la impronta romana del ‘beneficio de separación de patrimonios’ en el Código civil de Cataluña”, *Revista Internacional de Derecho romano*, octubre 2011, pp. 199-280, en el link:
www.ridrom.uclm.es/documentos7/dominguez7_pub.doc

las adverbaciones de testamentos (cerrados, ológrafos y orales, estos ya se ha dicho que cuando se reconozcan) y la formación de inventario; como los *desjudicializados*, es decir todos aquellos en que carecen de competencia, para ello, Jueces y *ex* Secretarios Judiciales, por haberse incluso excluido su regulación en la JV, aunque —y en cuanto solo tienen competencia las Cortes Generales— únicamente se haya podido modificar el CC, serán de competencia exclusiva del Notario.

Por ello, parece de *competencia exclusiva del Notario* el art. 461-6 CCCat (*repudiación de la herencia*), justo, además, así lo contempla el propio art. 66.1.a) LN, y aquí además, sí sería de aplicación el número Dos de la Disp. Final undécima, cuando precisa que las referencias al CC deben entenderse hechas también a las legislaciones forales o civiles autonómicas.

El art. 461-12 CCCat (interpelación judicial o *interrogatio in iure*) también es de *competencia exclusiva del Notario*⁹, pues ni tiene regulación propia, ni atribución expresa, por lo que como todo lo no expresamente atribuido al Juez es de competencia del Notario (en este caso, además, no es en concurrencia con el *ex* Secretario Judicial); además, ahora ya no existe duda alguna al así contemplarlo la reforma operada por la Llei 3/2017, con un procedimiento específico, singularmente en materia de notificaciones, distinta a la previsión notarial —LN y RNot— estatal, y cuyo fundamento se encuentra en la radical diferencia con el art. 1005 CC, pues en el CCCat se entiende renunciada la herencia, frente a la aceptación del CC, por lo que la certeza del conocimiento por el que de nada decir se le tendrá por renunciado es trascendental, en cuanto el silencio podría ser causa de no haber tenido conocimiento.

También es de *competencia exclusiva del Notario* el art. 461-15.2 CCCat, tanto por el criterio residual dicho de no estar atribuido al Juez (ni en concurrencia al *ex* Secretario Judicial), como por, además, regularlo los arts. 67 y 68 LN, cuestión distinta será el aspecto sustantivo de quiénes tienen que concurrir, pues esto sí será conforme al CCCat.

9 *Vid.*, también, PRADOS RAMOS, Luis, “La ‘interpellatio in iure’ en Catalunya”, 18 de octubre de 2015, <http://www.notarialuisprados.com/la-interpellatio-in-iure-en-catalunya-puede-hacerse-ante-notario/>

Finalmente es *exclusivo del Notario el art. 421-17.2.b) y art. 421-18 CCCat* pues *la adveración de los testamentos es exclusiva notarial*, arts. 57 a 63 LNot, y, desde luego, no procede la adveración del oral.

Para concluir hay otros dos aspectos que también deberían modificarse del CCCat, como son *los arts. 211-7.2 y 211-8.1.a)* para la emancipación por matrimonio; e igualmente debería pensarse en modificar el *art. 569-20.4 CCCat* relativo a la subasta de la prenda, pues ni se acomoda ya a la subasta única de la LEC, ni al nuevo sistema de pujas, ni a lo que para las subastas contemplan los arts. 72-77 LNot, por lo que aunque puede considerar un sistema procedimental propio del CCCat, no parece, sin embargo, muy adecuado, por lo que quizás lo más sencillo como hacen otros artículos sería remitirse a la legislación notarial.

La incidència de la Llei de jurisdicció voluntària en el Dret civil català de la persona

JAUME TARABAL BOSCH

*Professor Lector de Dret Civil
Universitat de Barcelona*

SUMARI

1. QÜESTIONS GENERALS. 2. L'EXPEDIENT D'AUTORITZACIÓ O APROVACIÓ JUDICIAL DEL REONEIXEMENT DE LA FILIACIÓ NO MATRIMONIAL. 2.1. *Aplicació de l'expedient en Dret català.* 2.2. *No aplicació de l'expedient en Dret català.* 3. L'EXPEDIENT D'HABILITACIÓ PER A COMPARÈIXER EN JUDICI I DEL NOMENAMENT DE DEFENSOR JUDICIAL. 3.1. *Aplicació de l'expedient en Dret català.* 3.2. *La competència del Lletat de l'Administració de Justícia.* 3.3. *El nomenament de defensor judicial per a la realització d'actes que requereixen autorització judicial.* 4. ELS EXPEDIENTS SOBRE ADOPCIÓ. 4.1. *Constitució de l'adopció.* 4.2. *L'exclusió de funcions tutelars de l'adoptant i extinció de l'adopció.* 5. ELS EXPEDIENTS RELATIUS A LA TUTELA, A LA CURATELA I A LA GUARDA DE FET. 5.1. *La competència del jutjat del domicili o residència del menor o persona amb capacitat modificada judicialment.* 5.2 *Els expedients relatius a la tutela i a la curatela.* 5.3 *La previsió (i la imprevisió) de la LJV quant a la guarda de fet.* 5.4. *L'assistència com a institució desconeguda en Dret estatal.* 6. LA CONCESSIÓ JUDICIAL DE L'EMANCIPACIÓ I DEL BENEFICI DE LA MAJORIA D'EDAT. 7. LA PROTECCIÓ DEL PATRIMONI DE LES PERSONES AMB DISCAPACITAT. 8. L'AUTORITZACIÓ O APROVACIÓ JUDICIAL PER A LA REALITZACIÓ D'ACTES DE DISPOSICIÓ, GRAVAMEN O ALTRES QUE ES REFEREIXIN ALS BÉNS I DRETS DE MENORS I PERSONES AMB CAPACITAT MODIFICADA JUDICIALMENT

1. QÜESTIONS GENERALS

Els expedients de jurisdicció voluntària en matèria de persona són els que es presenten al Títol II de la LJV, relatius a:

- L'autorització o aprovació judicial del reconeixement de la filiació no matrimonial (arts. 23 a 26).
- L'habilitació per a comparèixer en judici i del nomenament de defensor judicial (arts. 27 a 32).

- L'adopció (arts. 33 a 42).
- La tutela, la curatela i la guarda de fet (arts. 43 a 52).
- La concessió judicial de l'emancipació i del benefici de la majoria d'edat (arts. 53 a 55).
- La protecció del patrimoni de les persones amb discapacitat (arts. 56 a 58).
- El dret a l'honor, a la intimitat i a la pròpia imatge del menor o persona amb capacitat modificada judicialment (arts. 59 a 60).
- L'autorització o aprovació judicial per a la realització d'actes de disposició, gravamen o altres que es refereixin als béns i drets de menors i persones amb capacitat modificada judicialment (arts. 61 a 66).
- La declaració d'absència i defunció (arts. 67 a 77).
- El procediment per a la constatació del consentiment lliure i conscient del donant i demés requisits exigits per a l'extracció d'òrgans de donants vius (arts. 78 a 80).

Malgrat la rúbrica del Títol II LJV (*“De los expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de personas”*), alguns dels expedients corresponen a matèries tradicionalment adscrites al Dret de família. És el cas dels relatius a l'autorització o aprovació del reconeixement de la filiació no matrimonial (arts. 23-26) i a l'adopció (arts. 33 a 42). Tanmateix, seguint la sistemàtica de la LJV, la seva potencial incidència en el Dret civil català s'analitza també en aquest capítol. En canvi, no s'hi estudien els expedients relatius als drets de la personalitat (arts. 59-60),¹ a la declaració d'absència i defunció (arts. 67-77)² i a l'extracció d'òrgans de

1 El Capítol VII LJV (Del dret a l'honor, a la intimitat i a la pròpia imatge del menor o persona amb capacitat modificada judicialment) regula l'expedient relatiu a la prestació del consentiment dels menors o persones amb capacitat modificada judicialment que legitima una intromissió en el seu dret a l'honor, la intimitat o la pròpia imatge, quan, davant l'oposició del Ministeri Fiscal al consentiment prestat pel representant legal, aquest en sol·licita la validació judicial. En conformen la base substantiva exclusiva els arts. 2 i 3 de la LO 1/1982, *sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*.

2 El Capítol IX LJV (De la declaració d'absència i defunció) s'aplica a les actuacions previstes al CCE relatives a la desaparició i a les declaracions d'absència i defunció d'una persona (art. 67 LJV). Malgrat tractar-se d'una institució civil, l'absència està mancada de regulació específica en el Dret civil català actual,

donants vius (arts. 78-80),³ atesa la manca de regulació substantiva catalana d'aquestes matèries que superi els esments puntuals.

Des d'un punt de vista de tècnica legislativa, els expedients en matèria de persona (i, pel demès, també la majoria dels continguts en la resta de Títols de la LJV) s'inauguren amb la reproducció de supòsits de fet del CCE o de la llei civil estatal de què es tracti (Dret substantiu), que en delimiten l'àmbit d'aplicació material. Una vegada circumscrit l'àmbit material, culminen amb la regulació pròpiament procedimental (competència, legitimació, postulació, tramitació i resolució).

Així plantejat, l'esquema resulta problemàtic, sobretot en la part substantiva, ja que s'immisceix en el Dret privat material, tot alterant-lo o matisant-lo. En principi, la immissió és més tolerable en el Dret espanyol, perquè hi ha més similituds -els preceptes fan, *a priori*, un *bis in idem*—, però fins i tot per a aquest se'n força sovint la reinterpretació. En el cas dels Drets autonòmics la immissió és més frontal, perquè se'ls omet i ignora.

La LJV només té en compte la diversitat dels Drets autonòmics a la DA1a.3 LJV, segons la qual, "*las referencias realizadas en esta Ley al Código Civil o a la legislación civil deberá entenderse realizada también a las leyes civiles forales o especiales allí donde existan*". Tanmateix, es tracta d'una previsió insuficient per a donar resposta als problemes que planteja la nova regulació.

la qual cosa determina l'aplicació de la normativa general espanyola (arts. 181 a 198 CCE). El Dret civil català contempla l'absència en una pluralitat de supòsits en què aquesta té incidència potencial (*vid. v. gr.* arts. 222-48.1.d, 223-9.e, 236-32.a i .d, 322-18.1, 322-18.1.a, 425-1.2, 441-7.1 CCCat), però que no es veuen afectats per la normativa procedimental de la institució. Quant a la normativa catalana aplicable en matèria d'absència i a la qualificació jurídica de la mateixa, *vid.* PUIG FERRIOL, L., "El règim jurídic de la declaració d'absència d'una persona que ostenta el veïnatge civil català, després de la vigència del Llibre segon del Codi Civil de Catalunya", Comunicació a la sessió de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya de 13 de gener de 2005, consultable a <http://ajilc.cat/wp-content/uploads/2015/11/Comunicacio-Sr.Puig-Ferriol.pdf>

3 El Capítol X LJV (De l'extracció d'òrgans de donants vius) té com a base substantiva la Llei 30/1979, de 27 d'octubre, *sobre extracción y trasplante de órganos* i el reglament que la desenvolupa (RD 1723/2012, de 28 de desembre). Regula l'expedient dirigit a la constatació de la concurrència del consentiment lliure i conscient del donant amb els requisits exigits per la normativa citada.

En relació amb els expedients que s’hi recullen, és insuficient perquè les referències al CCE i a la legislació civil no són sempre explícites. Quan ho són, el problema és en principi menor, atès que, teòricament, només caldria substituir els supòsits delimitadors de l’aplicació dels expedients —manllevats de la legislació civil estatal per la LJV— pels que prevegi la legislació autonòmica.⁴ Però hi ha casos en què la referència a la legislació civil estatal és només implícita; es detallen els supòsits o exigències de la llei civil estatal, però sense fer referència a la seva procedència.⁵ El detall en els supòsits és conflictiu, perquè sovint no coincideixen, sia per excés o per defecte, amb els previstos pel Dret català. En algunes ocasions, el Dret català no preveu el supòsit. Atesa la naturalesa civil de la norma, cal llavors entendre que el precepte de la LJV és inaplicable a Catalunya i, per tant, en relació amb el supòsit concret, també la regulació procedimental de l’expedient. En altres ocasions, el Dret català preveu supòsits que cal ventilar a través de l’expedient de jurisdicció voluntària, però que, en canvi, no apareixen a la LJV. En aquests casos, cal entendre que són aplicables al Dret català les normes procedimentals de la LJV.

La DA1a.3 és també insuficient per donar cobertura a les institucions catalanes que el Dret estatal desconeix. En matèria de persona el cas més vistent és el de l’assistència (art. 226-1 CCCat.). En tals supòsits, i a manca d’expedients específics a la LJV, l’aplicador del Dret ha de bastir-ne el règim tot recorrent a les disposicions generals de la LJV (arts. 1 a 22) o, si s’escau, a l’analogia en relació amb la regulació dels expedients regulats. En qualsevol cas, això permet plantejar la conveniència d’una regulació catalana en matèria de jurisdicció voluntària, si més no *ad hoc* per a aquells expedients

4 *Vid.*, a títol exemplificatiu, els arts. 53 i 56 LJV, que explícitament es remeten, respectivament, a l’art. 320 CCE (concessió judicial de l’emancipació) i a “*las actuaciones judiciales previstas en el Capítulo I de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad*”. Així, pel Dret català, en relació amb l’art. 53 LJV, l’aplicació de la DA1^a.3 LJV menaria a la substitució de la referència a l’art. 320 CCE per allò que estableix l’art. 211-10 CCCat (“emancipació per resolució judicial”); de la mateixa manera, la remissió de l’art. 56 LJV a la *Ley 41/2003* s’ha d’entendre feta pel Dret català als arts. 227-1 a 227-9 CCCat.

5 N’és un exemple l’art. 27 LJV, que refon els supòsits de nomenament de defensor judicial de menors o persones amb capacitat modificada judicialment o per modificar previstos als arts. 299 i 299 bis CCE.

que demandin les particularitats del nostre Dret substantiu (arg. ex art. 149.1.6 CE).⁶

2. L'EXPEDIENT D'AUTORITZACIÓ O APROVACIÓ JUDICIAL DEL REONEIXEMENT DE LA FILIACIÓ NO MATRIMONIAL

L'expedient (Capítol I, Títol II LJV) és d'aplicació quan la llei civil exigeix l'autorització o l'aprovació judicials del reconeixement de la filiació no matrimonial com a requisit de validesa. Els seus preceptes pressuposen la regulació material del CCE, la qual no sempre encaixa amb la catalana continguda en els arts. 235-11 i 235-12 CCCat.

El Dret català i la LJV coincideixen en exigir el control judicial per a determinats reconeixements. Això s'esdevé en els supòsits de concordança entre el CCCat i el CCE. Però en aquells altres en què CCCat i CCE difereixen —perquè un contempla un supòsit de preceptiva aprovació judicial del reconeixement i l'altre no— la LJV només casa amb el segon, atès que només en aquest s'inspira. No obstant això, per al Dret català l'expedient ha de ser aplicable —sempre i exclusivament— en els casos expressament previstos pels arts. 235-11 i 235-12 CCCat.

2.1. Aplicació de l'expedient en Dret català

L'àmbit d'aplicació de l'expedient és, en principi, el delimitat a l'art. 23 LJV. Tot i que el precepte no ho explicita, els supòsits que s'hi descriuen són els previstos pel CCE, els quals, tanmateix, no són exactament coincidents amb els contemplats pel Dret català. Amb tot, atès que la norma que ha de delimitar l'aplicació de

6 Sobre l'abast de la competència per a legislar en matèria processal de les Comunitats Autònomes competents per a fer-ho en matèria civil, *vid.* CABALLOL ANGELATS, L., MARSAL GUILLAMET, J., “Les especialitats processals regulades per les Comunitats Autònomes amb competència en Dret civil”, a APARICIO PÉREZ, M. A., BARCELÓ I SERRAMALERA, M. (Coords.), *Las garantías procesales de los derechos estatutarios*, Barcelona, 2010, pp. 63-99.

l'expedient és la civil, en Dret català l'expedient serà d'aplicació en tots els supòsits en què segons el CCCat cal l'aprovació judicial de la filiació no matrimonial. En concret:

- “El reconeixement fet per menors no emancipats o incapacitats” (art. 235-11.2 CCCat). El supòsit encaixa amb els arts. 23.3.a (menors no emancipats) i 23.4 (incapacitats) LJV, que al seu torn concorden amb les previsions de l'art. 121 Cce.
- “El reconeixement d'una persona menor o incapacitada que no es faci en el termini fixat per a la inscripció del naixement”⁷ (art. 235-12.3 CCCat). En aquest cas, en canvi, l'encaixa amb la LJV no és total. *A priori*, el supòsit concorda amb l'art. 23.3.b LJV, però s'observa una diferència quant a les excepcions. Així, en Dret català l'única excepció a la necessitat d'autorització judicial és que el reconeixement es faci en el termini fixat per a la inscripció, la qual cosa és possible tant davant de l'encarregat del RC com en document públic (art. 188.I RRC). Ara bé, el CCCat, a diferència del Cce, no exceptua de la preceptiva aprovació judicial el reconeixement fet en testament (arts. 124.II Cce, 188.I RRC i 23.3.b LJV) ni presenta el consentiment exprés del representant legal del reconegut (arts. 124.I Cce, 188.I RRC i 23.3.b LJV) com a alternativa a la dita aprovació judicial.
- En Dret català, el reconeixement d'un fill ja mort només és eficaç si deixa descendents que el consenten. En tal cas, però, si els descendents són menors o incapacitats cal l'aprovació judicial, amb audiència del Ministeri Fiscal (art. 235-12.4 CCCat). Aquest supòsit no està previst pel Dret estatal, que només exigeix el consentiment dels descendents del reconegut, els quals poden prestar-lo per ells mateixos o per mitjà dels seus representants legals (art. 126 Cce). La no necessitat d'aprovació judicial en el Cce explica l'omissió del supòsit a l'art. 23 LJV. Tanmateix, l'expedient regulat al Capítol I Títol II haurà de ser aplicat a Catalunya quan es pretengui el reconeixement d'un fill ja mort els descendents del qual siguin menors o incapacitats (art. 235-12.4 CCCat).

⁷ El dit termini és de 8 dies des del naixement (art. 42 LRC), o de 30 si s'acredita justa causa (166.I RRC).

2.2. No aplicació de l'expedient en Dret català

Seguint el mateix criteri (que la norma delimitadora de l'aplicació de l'expedient és la civil), l'expedient no serà d'aplicació a Catalunya en els supòsits que, tot i estar contemplats per la LJV, no estan previstos per una norma civil catalana. En concret, no ha de ser aplicable en el supòsit dels arts. 23.2 i 26.2 LJV: *“cuando los progenitores del menor o incapaz fueren hermanos o consanguíneos en línea recta, legalmente determinada la filiación respecto de uno, solo podrá quedar determinada legalmente respecto del otro, previa autorización judicial que se otorgará, con audiencia del Ministerio Fiscal, cuando convenga al menor o incapaz”* (art. 23.2 LJV). La previsió transcrita concorda amb l'art. 125 CCe, però no amb el Dret català, que no compta amb cap norma equivalent.

3. L'EXPEDIENT D'HABILITACIÓ PER A COMPARÈIXER EN JUDICI I DEL NOMENAMENT DE DEFENSOR JUDICIAL

Es troba regulat al Capítol II del Títol II LJV. Dóna resposta als casos de nomenament de defensor judicial de menors o de persones amb capacitat judicialment complementada o per complementar (art. 27.1 LJV), així com als supòsits en què cal l'habilitació dels dits subjectes per a comparèixer en judici, la qual cosa desembocarà també en el nomenament de defensor judicial (art. 27.2 LJV).

3.1. Aplicació de l'expedient en Dret català

L'àmbit d'aplicació de l'expedient és el delimitat per l'art. 27 LJV.

El primer apartat de l'art. 27 LJV refon els supòsits de nomenament de defensor judicial de menors o persones amb capacitat modificada judicialment o per modificar previstos per la legislació civil estatal (arts. 299 i 299 bis CCe). L'art. 27.1 LJV estableix l'aplicació *“en todo caso”* de l'expedient en els supòsits que alfabetitza. En tractar-se, però, d'una norma civil —no procedimental— no pot servir per a delimitar l'àmbit d'aplicació de l'expedient en Dret català. Tanmateix, en aquest cas la

ingerència del precepte en el Dret català és nul·la, atès que els supòsits de nomenament de defensor judicial previstos en aquest (art. 224-1 i 236-20 CCCat) hi coincideixen. Segons l'art. 224-1 CCCat, s'ha de nomenar defensor judicial (i, per tant, seguir els tràmits de jurisdicció voluntària previstos en el Capítol II Títol II LJV) en els casos següents:

a) “Si hi ha un conflicte d'interessos entre el tutor i el tutelat, o entre el curador i la persona posada en curatela”; també si el conflicte d'interessos es produeix entre el menor i els progenitors (art. 236-20 CCCat).

Cfr. art. 27.1.a LJV i art. 299.1º CCe. *Vid.* també art. 27.3 LJV, sobre el nomenament de defensor judicial quan el conflicte d'interessos se suscita en un context litigiós.

b) “Si ho exigeixen les circumstàncies de la persona que ha d'ésser tutelada, mentre la tutela no es constitueixi”. Cfr. art. 27.1.c LJV i art. 299 bis CCe.

c) “Mentre no es constitueixi la curatela de pròdigs o de persones en situació d'incapacitat relativa”. Cfr. art. 27.1.c LJV i art. 299 bis CCe.

d) “En els supòsits en què per qualsevol causa els tutors o curadors no exerceixin llurs funcions, mentre no acabi la causa o no es designi una altra persona per a l'exercici dels càrrecs”. Cfr. art. 27.1.b LJV i art. 299.2n CCe. Una manifestació particular del supòsit la trobem a l'art. 50.3 LJV: “Durante la tramitación del expediente [escusa del tutor], quien haya solicitado la renuncia estará obligado a ejercer la función y, de no hacerlo, se nombrará un defensor que le sustituya...”

e) “En els altres casos determinats per la llei”. En Dret català els “altres casos” són el conflicte d'interessos amb els progenitors (art. 236-20 CCCat) i l'art. 235-16.3 CCCat, sobre el nomenament de defensor judicial en els processos de filiació. Cfr. art. 299.3r CCe.

L'expedient serà també aplicable quan calgui l'habilitació del menor o l'incapacitat per a comparèixer en judici, atès que això comportarà també el nomenament de defensor judicial en els supòsits de l'art. 27.2 LJV, tots ells reconduïbles als genèrics que s'acaben de descriure.

3.2. La competència del Lletrat de l'Administració de Justícia

La gran novetat respecte la legislació anterior és l'atribució de la competència per a tramitar i resoldre l'expedient als Lletrats de l'Administració de Justícia (en la nova denominació dels Secretaris Judicials instaurada per la LO 7/2015, de 21 de juliol, per la que es modifica la LO 6/1985, d'1 de juliol, del Poder Judicial).⁸ Vegi's, en aquest sentit, l'art. 28 LJV, que atribueix al dit funcionari la competència per a tramitar l'expedient i, especialment, l'art. 30.2 LJV, segons el qual, *“en la resolución en que se acceda a lo solicitado se nombrará defensor judicial a quien el Secretario judicial estime más idóneo para el cargo, con determinación de las atribuciones que le confiera”*.⁹

L'expedient constitueix, per tant, un supòsit en què correspon al Lletrat de l'Administració de Justícia, no només impulsar-lo i dirigir-lo, sinó també resoldre (art. 2.3 LJV). L'adaptació del Dret anterior a la LJV a l'atribució de noves funcions al Lletrat de l'Administració de Justícia està prevista a la DA 1a.1 LJV, segons la qual, *“las referencias que efectúen leyes de fecha anterior a la presente a las competencias del Juez en relación con los asuntos de jurisdicción voluntaria se entenderán hechas al Juez o al Secretario judicial [Lletrat de l'Administració de Justícia] con arreglo a lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 2 de esta Ley”*.

En aquest sentit, respecte al Dret civil català, l'entrada en vigor de la LJV ha plantejat la necessitat d'interpretar la referència a l'“autoritat judicial” dels preceptes del Llibre segon CCCat relatiu al defensor judicial com a feta al Lletrat de l'Administració de Justícia, atès que, a partir de la LJV, és aquest el funcionari competent per a resoldre l'expedient de nomenament de defensor judicial. Tot respectant els criteris emprats a la LJV per a distribuir les competències entre els funcionaris de l'Administració de Justícia, el legislador català ha aprofitat l'aprovació del Llibre sisè CCCat (Llei 3/2017)¹⁰ per a donar nova redacció als preceptes del

8 Vid. Preàmbul IX LJV i DA 1a Llei Orgànica 7/2015, de 21 de juliol.

9 Vid. també Preàmbul X, par. 8è LJV, art. 49 LJV i arts. 8 i 758 LEC.

10 Llei 3/2017, del 15 de febrer, del llibre sisè del Codi civil de Catalunya, relatiu a les obligacions i els contractes, i de modificació dels llibres primer, segon, tercer, quart i cinquè. DOGC núm. 7314, 22 de febrer de 2017.

CCCat que no s’hi adiuén. En concret, pel que fa a les vicissituds processals del defensor judicial, la DF Segona Llei 3/2017 en modifica els següents:

- art. 224-1 (“*L’autoritat judicial* ha de nomenar un defensor judicial...”).
- art. 224-2.1 (“*L’autoritat judicial* nomena defensor judicial...”).
- art. 224-2.2 (“El nomenament ha de recaure en la persona que *l’autoritat judicial* cregui més idònia...”).

En aquests casos no semblaria justificada una particularitat processal catalana *ex* art. 149.1.6 CE que atribuís la competència al Jutge i no al Lletrat de l’Administració de Justícia. Així doncs, podem concloure que a partir de la LJV la competència per a conèixer i resoldre l’expedient de nomenament de defensor judicial correspon al segon.

Sorprèn, tanmateix, que no s’hagi alterat també la redacció de l’art. 224-5.1.II CCCat (“El defensor judicial ha de donar compte de la seva gestió, una vegada acabada, a *l’autoritat judicial*”). Es tracta molt probablement d’un descuit del legislador, atès que, malgrat la remissió en matèria de defensor judicial a les disposicions establertes per a la formació d’inventari, l’excusa, la remoció i la rendició de comptes dels tutors, la LJV atribueix també la tramitació i la decisió sobre aquests aspectes al Lletrat de l’Administració de Justícia (art. 32 LJV).

Finalment, cal precisar, no obstant això, que la LJV no atribueix el nomenament de defensor judicial al Lletrat de l’Administració de Justícia en exclusiva. En efecte, l’art. 88 LJV preveu —entenem que excepcionalment— que sigui el Jutge qui el nomeni com a mesura de protecció relativa a l’exercici inadequat de la potestat de guarda o administració dels béns del menor o l’incapacitat.¹¹

¹¹ Vegi’s el capítol d’ARNAU RAVENTÓS, en aquest mateix volum.

3.3. El nomenament de defensor judicial per a la realització d'actes que requereixen autorització judicial

Els expedients de jurisdicció voluntària relatius a les autoritzacions judicials per a la realització d'actes de disposició que es refereixen als béns i drets de menors i persones amb la capacitat modificada judicialment (arts. 222-43 [actes del tutor i l'administrador patrimonial] i 236-27 [actes dels progenitors] CCCat) són resolts pel Jutge (art. 65 LJV). En canvi, com s'acaba de veure, la regla general és que la resolució dels expedients per al nomenament de defensor judicial correspon al Lletrat de l'Administració de Justícia (arts. 28 i 30 LJV).

L'art. 224-3 CCCat, relatiu a l' "actuació" del defensor judicial, no casa amb aquesta distribució de competències entre Jutge i Lletrat de l'Administració de Justícia. Segons l'art. 224-3, "en els casos de conflicte d'interessos, l'actuació del defensor judicial es limita als actes que n'hagin determinat el nomenament. *Si aquests actes requereixen autorització judicial, s'entén que aquesta és implícita en el nomenament*". El precepte transcrit subsumeix l'autorització judicial de l'acte dispositiu en el nomenament de defensor judicial per part de l'autoritat judicial. En altres paraules: el nomenament de defensor judicial per al supòsit d'un negoci jurídic en que hi ha conflicte d'interessos eximeix de sol·licitar l'autorització judicial si es tracta d'un dels negocis que la requereixen.¹² D'aquesta manera s'evita la duplicitat tuïtiva (nomenament de defensor judicial + autorització judicial de l'acte), la qual cosa té la seva lògica quan ambdós expedients són resolts pel mateix funcionari, però la perd si, com és el cas a partir de la LJV, la respectiva competència correspon a funcionaris distints. En aquest sentit, es planteja la necessitat de reformular el segon incís de l'art. 224.3 CC, atès que mantenir-ne la dicció implicaria conferir al Lletrat de l'Administració de Justícia una funció que excedeix les que la LJV li atribueix: l'autorització dels actes dels arts. 222-43 i 236-27 CCCat.

La solució que preveu la Llei 3/2017 (DF 2a.11) és eliminar-lo. Tanmateix, cal advertir que això implicarà un desdoblament de la tuïció (nomenament de DJ per part del Lletrat de l'Administració de Justícia més autorització de l'acte per part del Jutge), que podria

¹² Vegeu LAUROBA LACASA, M. E., Comentari a l'art. 224-3, a ORTUÑO MUÑOZ, P. (coord.), *Persona y Familia*, Sepín, Las Rozas, 2011, pp. 378-379.

alentir el tràfic jurídic. En aquest sentit, seria potser més coherent que s'atribuís excepcionalment al Jutge el nomenament de defensor judicial per al cas de conflicte d'interessos en relació amb la realització d'un dels actes dels arts. 222-43 i 236-27. Si bé és cert que això constituiria una excepció a la regla de nomenament del defensor judicial per part del Lletrat de l'Administració de Justícia, s'ha de tenir present que no en seria pas l'única (*vid.* el ja citat art. 88 LJV).

4. ELS EXPEDIENTS SOBRE ADOPCIÓ

Es troben regulats al Capítol III del Títol II LJV. Comprenen els de constitució de l'adopció (arts. 35, 36, 37, 38 i 41 LJV), el d'exclusió de funcions tutelars de l'adoptant i extinció de l'adopció (art. 40 LJV) i el de conversió d'adopció simple o no plena en plena (art. 42 LJV). Només la regulació dels dos primers ha de ser posada en relació amb el Dret civil català, atesa la constant referència explícita o implícita a preceptes del CCe que no sempre coincideixen amb les previsions del CCCat. En aquest sentit, recordi's que les referències realitzades per la LJV al CCe o a la legislació civil han d'entendre's realitzades també al Dret civil català (DA1a.3 LJV).

4.1. Constitució de l'adopció

Pel que fa a la regulació dels tràmits per a la constitució de l'adopció, cal fer les següents precisions:

- Segons l'art. 35.3 LJV, *“en los supuestos en que no se requiera propuesta previa de la Entidad Pública, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 176 del Código civil, el ofrecimiento para la adopción del adoptante se presentará por escrito, en que expresará las indicaciones contenidas en los apartados anteriores en cuanto fueren aplicables, y las alegaciones y pruebas conducentes a demostrar que en el adoptando concurre alguna de las circunstancias exigidas por dicha legislación”*. Per al Dret català, la referència a l'art. 176 CCe s'ha d'entendre feta als arts. 235-32.1.a, b i c i 235-33 CCCat, que descriuen els supòsits d'adopció en què, segons l'art. 235-38 CCCat, la proposta prèvia de l'entitat pública no és necessària

- Segons l'art. 36 LJV, *“En el expediente, el Secretario judicial [Lletrat de l'Administració de Justícia] citará, para manifestar su consentimiento en presencia del Juez, al adoptante o adoptantes y al adoptando si fuere mayor de 12 años”*. La referència és implícita a l'art. 177.1 CCE. Per al Dret català cal estar a l'art. 235-40 CCCat, de contingut coincident.
- Segons l'art. 37.1 LJV, *“También deberán ser citados, para prestar el asentimiento a la adopción ante el Juez las personas indicadas en el apartado 2 del artículo 177 del Código Civil. No serán citados aquellos que, siendo necesario su asentimiento, lo hubieran prestado con anterioridad a la iniciación del expediente ante la correspondiente Entidad Pública o en documento público, salvo que hubieran transcurrido más de seis meses desde que lo hicieron”*. La referència a l'art. 177.2 CCCat cal entedre-la feta a l'art. 235-41.1 CCCat, que alfabetitza els subjectes que han de donar l'assentiment a l'adopció si no estan impossibilitats per a fer-ho. En aquest sentit, s'ha d'assenyalar que en Dret català l'assentiment s'ha de donar davant l'autoritat judicial (art. 235-41.2), de manera que no hi són aplicables les normes de la LJV que preveuen la possibilitat d'un “assentiment previ” a l'adopció davant l'Entitat Pública o en document públic (arts. 35-2.c i 37, que recullen una possibilitat que ja preveïen els arts. 1829 i 1830 LEC).
- L'art. 37.3 LJV estableix que *“...deberán ser citados para ser oídos por el Juez en el expediente, las personas señaladas en el apartado 3 del artículo 177 del Código Civil”*. Per al Dret català les persones que han de ser escoltades pel Jutge són les que alfabetitza l'art. 235-43 CCCat.
- En relació amb el règim dels assentiments i audiències previst al Llibre segon CCCat, cal també tenir en compte les previsions de l'art. 38 LJV. Segons aquest precepte, el Lletrat de l'Administració de Justícia és el funcionari encarregat de citar les persones que han de prestar el seu assentiment davant del Jutge o ser escoltades. Ara bé, en cas d'incompareixença del citat o en cas que el seu domicili o parador sigui desconegut, podrà prescindir-se del tràmit i prosseguir amb l'expedient (arts. 38.2 i 38.3 LJV). Això casa amb l'art. 235-41.1 CCCat, que exclou la necessitat de l'assentiment quan les persones que l'han

de prestar estan impossibilitades per a fer-ho. Tanmateix, si aquestes persones són els progenitors de l'adoptat (art. 235-41.1.b CCCat), poden impugnar l'adopció en el termini de dos anys a partir del moment en què es constitueix. Aquesta possibilitat és tinguda en compte per l'últim incís de l'art. 38.3 LJV, si bé la remissió que aquest fa a l'art. 180 CCE s'ha d'entendre feta per al Dret català a l'art. 235-51 CCCat.

4.2. L'exclusió de funcions tutelars de l'adoptant i extinció de l'adopció

L'art. 40 LJV prové de l'art. 1832 LEC 1881. De fet, el seu contingut n'és pràcticament un calc. Tant el precepte vigent com el derogat responen a la crida que fan els arts. 179 i 180 CCE a la possibilitat que el Jutge acordi l'exclusió de funcions tutelars de l'adoptant (art. 179) i l'extinció de l'adopció en determinats supòsits (art. 180).

Tot i el que estableix la DA1a.3 LJV, la referència a l'art. 179 CCE no pot substituir-se de manera evident per un equivalent en Dret català, atès que el Llibre segon, en regular l'adopció, no contempla la possibilitat de privar l'adoptant de funcions tutelars. Tanmateix, en aquest punt l'art. 40 LJV és innocu respecte del Dret català, ja que en aquest el supòsit pot entendre's subsumit en el més genèric de privació de la potestat parental (art. 236-6 CCCat). D'altra banda, que durant la substanciació del procediment el Jutge pugui adoptar d'ofici mesures de protecció oportunes sobre la persona i béns de l'adoptat menor o persona amb capacitat modificada judicialment casa perfectament amb les funcions que el CCCat atribueix a l'autoritat judicial en matèria de potestat parental. Vegi's, en aquest sentit, l'art. 236-3 CCCat.

Quant a l'extinció de l'adopció, la referència a l'art. 180 CCE ha d'entendre's feta pel Dret català als arts. 235-51 i 235-52 CCCat i, per tant, considerar inaplicables les previsions de Dret substantiu de l'art. 40 LJV que no hi coincideixin. En particular, no és aplicable a Catalunya l'art. 40.3 LJV, segons el qual *“si el adoptado fuera mayor de edad, la extinción de la adopción requerirá su consentimiento expreso”*.

5. ELS EXPEDIENTS RELATIUS A LA TUTELA, A LA CURATELA I A LA GUARDA DE FET

Es regulen al Capítol IV del Títol II LJV. El Capítol apareix dividit en tres seccions: la Secció 1a conté una disposició comú, relativa a la competència i a la postulació (art. 43 LJV); la Secció 2a tracta conjuntament els expedients de jurisdicció voluntària sobre tutela i curatela; i la Secció 3a es dedica, en el seu únic precepte, a la guarda de fet. Totes tres contenen previsions amb incidència en el Dret civil de Catalunya.

5.1. La competència del Jutjat del domicili o residència del menor o persona amb capacitat modificada judicialment

Segons l'art. 43.1 LJV, *“será competente para el conocimiento de este expediente el Juzgado de Primera Instancia del domicilio o, en su defecto, de la residencia del menor o persona con capacidad modificada judicialmente”*. La norma de competència és la mateixa —Jutjat de Primera Instància del domicili o de la residència del menor— per a *“todas las incidencias, trámites y adopción de medidas posteriores”* (art. 43.2 LJV), independentment que el menor o persona amb capacitat modificada judicialment hagi passat a residir en una circumscripció judicial diferent de la del Jutjat que va constituir la institució de protecció, cas en el qual *“será preciso que se pida testimonio completo del expediente al Juzgado que anteriormente conoció del mismo”*.

En canvi, malgrat que el Dret català no conté una norma de competència judicial explícita en relació amb la constitució i ulteriors tràmits de les institucions de protecció que regula, alguns preceptes del CCCat, a propòsit de determinats tràmits, coincideixen en atribuir la dita competència al Jutjat que va constituir la institució de protecció, tot prescindint de quina sigui la residència actual del protegit. En són exemples:

- L'art. 222-21.2: *“L'inventari s'ha de formalitzar judicialment o notarialment. En aquest segon cas, el tutor i, si n'hi ha, l'administrador patrimonial n'han de dipositar una còpia en el jutjat que ha constituït la tutela”*.

- L'art. 222-31: “2. La rendició de comptes a què fa referència l'apartat 1 s'ha de fer davant *l'autoritat judicial que va constituir la tutela*, amb la intervenció del ministeri fiscal”, i “5. Els comptes han de quedar dipositats en el jutjat en què es va constituir la tutela”.
- L'art. 222-48.2: “En cas d'extinció de la tutela, el tutelat, el tutor o l'administrador patrimonial, si escau, han de comunicar el fet que l'ha causada al *jutjat on es va constituir la tutela*.”
- L'art. 222-50.1: “Si, abans de l'extinció de la tutela, es produeix el cessament del tutor o, si escau, de l'administrador patrimonial, aquestes persones han de retre comptes de llur gestió a *l'autoritat judicial que va constituir la tutela...*”

La disparitat de criteri entre la LJV i el CCCat pot plantejar dubtes sobre quin és el que ha de prevaldre respecte de qualsevol tràmit o mesura de control que convingui resoldre o acordar amb posterioritat a la constitució de la institució de protecció quan el protegit hagi canviat de domicili. De *lege lata* ha de prevaldre el criteri previst en Dret català, atesa l'aplicació preferent de les seves disposicions (art. 111-5 CCCat). Qüestió diferent és que de *lege ferenda* pugui estimar-se convenient reformar-lo, en consideració de criteris com el de la major proximitat geogràfica entre el protegit i el Jutjat competent.

5.2 Els expedients relatius a la tutela i a la curatela

La Secció 2a del Capítol IV regula els tràmits per a la constitució de tutela i curatela en els casos en què aquesta no s'hagi sol·licitat en el mateix procediment d'incapacitació (art. 44 LJV; art. 759.2 LEC), així com vicissituds ulteriors, relatives a la prestació de fiança i l'acceptació del càrrec (art. 46 LJV), a la formació d'inventari (art. 47 LJV; que, en Dret català, també es pot formalitzar notarialment *ex* art. 222-21.2 CCCat), a la retribució (art. 48 LJV), a la remoció (art. 49 LJV), a l'excusa (art. 50 LJV) i a la rendició de comptes (art. 51 LJV).

La LJV no especifica els legitimats per a promoure l'expedient, però cal considerar que ho són les “persones obligades a promoure la constitució de la tutela” segons l'art. 222-14 CCCat. Per a la curatela,

vid. art. 223-2 CCCat, art. 223-5 CCCat (emancipació) i art. 757.5 LEC (pròdig).

Com a novetat respecte el Dret processal anterior, destaca el tractament conjunt de tutela i curatela. La unificació presenta l'avantatge d'evitar reiteracions i la necessitat de fer remissions, però també l'inconvenient que algunes de les previsions de la Secció haurien de ser aplicables exclusivament a la tutela i a les curateles amb vocació de permanència, i no fer-se extensives a les intermitents, com ara la de l'emancipat *ex* art. 223-5 CCCat. Aquest problema, que ja fou alertat pel CGPJ,¹³ roman al text definitiu de la LJV, tot obrint alguns interrogants:

- Pot plantejar-se, per exemple, si a partir de la LJV tot curador ha de prestar fiança (art. 46 LJV) i formar inventari (art. 47 LJV). En l'àmbit del CCE sembla que no, ja que l'art. 291 CCE només estén al curador les normes sobre tutela relatives al nomenament, la inhabilitat, la remoció i l'excusa, però no l'obligació de formar inventari i prestar fiança. Tanmateix, pel Dret català, els arts. 46 i 47 LJV sí que seran aplicables al curador en el supòsit de l'art. 223-6 CCCat, és a dir, quan “la sentència d'incapacitació confereixi al curador funcions d'administració ordinària de determinats aspectes del patrimoni de la persona assistida”, atès que en aquest cas el curador estarà obligat a retre comptes en els termes previstos per la tutela (art. 223-10 CCCat).
- En sentit semblant, l'art. 48 LJV (retribució del càrrec) obre el dubte de si el curador té dret a retribució. En aquest sentit, s'ha de tenir en compte que el CCCat estableix la fixació d'una remuneració del tutor o administrador patrimonial com a potestativa de l'autoritat judicial (art. 222-13 [“poden fixar”]); el Dret català parteix de la gratuïtat de l'exercici del càrrec, mentre que el CCE (i la LJV, que en segueix la regulació) configura la remuneració com un dret del tutor (art. 274 CCE, art. 48 LJV [“*el tutor tiene derecho a...*”]). Òbviament, el sentit de l'art. 222-13 CCCat, norma de Dret material, no pot entendre's modificat per l'art. 48 LJV.

¹³ Vegeu l'Informe a l'Avantprojecte de Llei de Jurisdicció Voluntària aprovat pel Ple del *Consejo General del Poder Judicial* el 27 de febrer de 2014, apartats 213 a 215.

En relació amb el funcionari de l'Administració de Justícia competent per a impulsar i/o resoldre els tràmits judicials relatius a la tutela i la curatela, el Dret català atribueix les funcions a l' "autoritat judicial" (*vid.* art. 221-5 CCCat [mesures de control]; art. 222-2.3 CCCat [extinció del poder preventiu]; art. 222-9 CCCat [nomenament del tutor]; art. 222-10 CCCat [designació del tutor]; art. 222-12 CCCat [separació de l'administració patrimonial]; art. 222-13 CCCat [remuneració]; 222-20 [caució]; i 222-21 [inventari]). La LJV, en canvi, distribueix les tasques judicials pròpies de l'expedient entre el Jutge i el Lletrat de l'Administració de Justícia: correspon al Jutge la designació de tutor o curador (art. 45 LJV), la declaració de suficiència de la fiança (art. 46 LJV), la remoció del tutor (art. 49 LJV) i l'aprovació dels comptes (art. 51 LJV); el Lletrat de l'Administració de Justícia és el funcionari davant de qui s'ha d'atorgar l'acta d'acceptació del càrrec (art. 46.3 LJV) i l'encarregat del nomenament de defensor judicial en cas de remoció del tutor (art. 49.2 LJV) i de l'aprovació de l'inventari (art. 47 LJV). El respecte a la distribució de competències entre els funcionaris de l'Administració de Justícia que instaura la LJV ha plantejat la necessitat de modificar el darrer incís de l'art. 222-21 CCCat, tot substituint la referència del precepte a l' "autoritat judicial" per "Lletrat de l'Administració de Justícia" (*vid.* DF Segona.4 Llei 3/2017).

D'altra banda, convé recordar que la reforma del CCE de 1983 suprimí el *Consejo de Familia* com a òrgan familiar supervisor de l'actuació del tutor i implantà un sistema de tutela d'autoritat pública. Com és sabut, el CF recuperà aquesta institució, rebatejant-la com consell de tutela (arts. 226 a 236 CF), que es manté avui a l'art. 222-54 CCCat. Doncs bé, atès que les funcions atribuïdes al consell de tutela queden sostretes a l'autoritat judicial, l'art. 51 LJV (rendicions de comptes) i els arts. 61 a 66 (autoritzacions judicials dels actes del tutor respecte al patrimoni del tutelat) no seran aplicables a Catalunya quan aquell s'hagi constituït segons l'art. 222-54 CCCat.

En un altre ordre de qüestions, s'ha de tenir en compte que els terminis *civils* previstos a la LJV que no casen amb els establerts pel Dret català per a supòsits idèntics no són d'aplicació a Catalunya (art. 111-5 CCCat, aplicació preferent). Això s'esdevé en el termini fixat per a la prestació d'inventari del tutor o administrador dels béns, que en la LJV és de seixanta dies (art. 46.4 LJV), de manera que per al

còmput se n'exclouen els inhàbils (art. 133.2 LEC), però que en Dret català és de dos mesos (art. 222-21.1 CCCat), computant-se llavors de data a data (art. 121-23.3 CCCat); també en relació amb el termini per a la rendició final de comptes de la tutela, de tres mesos segons l'art. 51.4 LJV però de sis segons l'art. 222-49.1 CCCat.

5.3 La previsió (i la imprevisió) de la LJV quant a la guarda de fet

La Secció 3a, intitulada “De la guarda de fet”, està integrada per un únic precepte, l'art. 52 LJV, que preveu que el jutge que tingui coneixement de l'existència d'una situació de guarda de fet exigeixi al guardador que informi de la situació de la persona en guarda, així com la possibilitat d'establir mesures de control i vigilància.

El precepte casa amb l'art. 303.I CCE, però, com aquest, parteix d'un enfocament diferent al del Dret català sobre la matèria. En efecte, el Dret català no parteix de la iniciativa del Jutge sinó de la del guardador, a qui s'imposa l'obligació de comunicar la guarda (art. 225-2 CCCat). Sembla que en l'àmbit del Dret espanyol (arts. 52 LJV i art. 303 CCE) es prefereix permetre informacions espontànies i legitimar un requeriment judicial, però no imposar-los, quedant a la prudència del Jutge prendre la decisió de si requerir-les o no.¹⁴ De fet, en l'àmbit del Dret català, el requeriment del Jutge podria fins i tot semblar superflu, atesa l'obligació d'informar *ex art.* 225-2 CCCat, però no ho és, ja que no es preveuen els efectes de la manca de comunicació, de manera que no està de més que el jutge ho pugui exigir (art. 221-5 CCCat).

Sigui com sigui, el més criticable de la previsió continguda a l'art. 52 LJV és la seva insuficiència per a donar resposta a les exigències del règim català de la guarda. Segons l'art. 225-3.2 CCCat, “en la guarda de fet de persones que estiguin en potestat parental o en tutela, l'autoritat judicial pot conferir al guardador, si ho sol·liciten aquelles persones, les funcions tutelars, sempre que hi concorrin circumstàncies que ho facin aconsellable. Les funcions tutelars s'atribueixen en un *procediment de jurisdicció voluntària*,

¹⁴ En aquest sentit, *vid.* PARRA LUCÁN, M. A., Comentari a l'art. 303 CCE, a BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), València, 2016, pp. 778-779.

amb l'audiència de les persones titulars de la potestat o tutela si és possible". La raó —que no justificació— d'aquesta imprevisió és que la reforma de l'art. 303 CCE, precepte que ara preveu també aquesta possibilitat i que, per tant, en el seu segon apartat tampoc s'adiu amb l'art. 52 LJV, va ser aprovada amb posterioritat a la LJV, mitjançant la *Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*.¹⁵

No cal dir que l'atribució de funcions tutelars al guardador excedeix clarament de les mesures de vigilància i de control a què fa referència l'art. 52 LJV. En l'art. 225-3.2 CCCat., no es tracta de vigilar-lo o controlar-lo, sinó d'autoritzar que actuï com un *guardador legal*,¹⁶ tot evitant-li la càrrega d'haver d'instar la privació de la potestat o la remoció del tutor.¹⁷ El precepte pretén, en altres paraules, establir i legalitzar les funcions del guardador de fet. Doncs bé, en absència de previsions específiques a la LJV sobre el tràmit de l'expedient d'atribució de funcions tutelars al guardador, caldrà muntar-ne el règim partint de l'art. 225-3 CCCat i recorrent a les normes generals de procediment previstes als arts. 1 a 22 LJV i, analògicament, quan escaigui, a les relatives a l'expedient per a nomenar tutor i curador (arts. 44 a 51 LJV).

Els legitimats per a sol·licitar l'atribució de funcions tutelars al guardador són "les persones que estiguin en potestat parental o en tutela", com sembla derivar-se de l'art. 225-3.2 CCCat ("aquelles persones"), per bé que el més raonable seria entendre que la iniciativa pertoca al propi guardador.¹⁸ Cal entendre que l'atribució de funcions tutelars al guardador és competència del Jutge ("autoritat judicial", segons l'art. 225-3 CCCat) de Primera Instància (art. 2.1 LJV) del domicili o de la residència de la persona en guarda (art. 43.1 LJV), si bé en el cas de la persona en tutela podria argüir-se a favor de la competència del Jutge que la va constituir, malgrat que aquest no

15 BOE núm. 180, de 29 de juliol de 2015.

16 *Vid.* PARRA LUCÁN, M. A., ob. cit., p. 779.

17 *Vid.* Preàmbul III, b, par. 8è Llei 25/2010.

18 *Vid.* ARNAU RAVENTÓS, L., "Comentari a l'art. 225-3 CCCat", a EGEA FERNÁNDEZ, J., FERRER RIBA, J. (Dirs.), FARNÓS AMORÓS, E. (Coord.), *Comentari al llibre segon del Codi civil de Catalunya. Persona*, Barcelona, Atelier. Barcelona, pp. 456-459, p. 459.

fos el de la residència actual del tutelat.¹⁹ La imprevisió de la LJV porta a concloure que la defensa d'un advocat o la representació d'un procurador no és preceptiva (art. 43.3 LJV), sinó facultativa (art. 3.2 LJV), de manera que l'Oficina Judicial haurà de facilitar a l'interessat un imprès normalitzat per a formular la sol·licitud (art. 14.3 LJV). En canvi, sí que serà necessari que hi intervingui el Ministeri Fiscal, atès que en l'expedient està compromès l'interès d'un menor o una persona amb capacitat modificada judicialment (art. 4 LJV).

L'atribució de funcions tutelars al guardador implica la institucionalització de les seves funcions, les quals s'equiparen a les de la tutela o la potestat parental, quedant aquestes suspeses en virtut de la resolució de l'expedient (art. 225-3 CCCat). Com a conseqüència, i tal i com succeeix per al cas del defensor judicial amb funcions tutelars (art. 224-5.2), seran d'aplicació al guardador les normes de la tutela o la curatela, segons correspongui. Així, en la resolució que atribueix funcions tutelars al guardador, el Jutge podrà acordar les mesures de vigilància i control oportunes, en interès de la persona en guarda, així com exigir al guardador informe sobre la situació personal del menor o persona amb capacitat modificada judicialment i l'estat de l'administració dels seus béns (art. 45.4 LJV; cfr. art. 52.2 LJV i art. 221-5 CCCat). D'altra banda, el Jutge podrà imposar al guardador a qui ha conferit funcions tutelars la constitució de fiança que asseguri el compliment de les seves obligacions (art. 45.5 LJV; cfr. art. 222-20 CCCat), així com la formació d'inventari (art. 47 LJV; cfr. 222-21 i -22 CCCat). Finalment, el guardador haurà de retre comptes de la seva gestió (art. 51 LJV; cfr. art. 222-31, -32, -49, -50, -51 i -52 CCCat).

5.4. L'assistència com a institució desconeguda en Dret estatal

Com ja s'ha assenyalat, a banda de la previsió continguda a la DA1a.3 LJV, el legislador processal espanyol no ha tingut en compte les particularitats substantives dels Drets civils autonòmics. La LJV es limita a regular específicament els expedients relatius a institucions pròpies del Dret estatal, de manera que les vicissituds processals de l'assistència (226-1 a 226-7 CCCat.), institució

¹⁹ *Vid. supra* 5.1 "La competència del Jutjat del domicili..."

desconeguda en aquest, s'hi troben mancades de regulació, malgrat la crida a la jurisdicció voluntària de l'art. 226-1.1 CCCat. Així, s'imposa recórrer a l'aplicació directa de les disposicions generals dels arts. 1 a 22 LJV i, eventualment, a l'analògica dels arts. 43-51 LJV, amb les necessàries adaptacions:

- El nomenament d'assistent és competència del Jutge (“autoritat judicial”, segons l'art. 226-1 CCCat) de Primera Instància (art. 2.1 LJV) del lloc de residència de la persona que sol·licita l'assistència (art. 52.5è LEC, d'aplicació supletòria segons l'art. 8 LJV).
- En el procediment no és preceptiva la intervenció d'Advocat ni Procurador, llevat del supòsit de remoció de l'assistent (art. 226-6 CCCat), en el qual serà necessària la intervenció d'Advocat (art. 43.3 LJV), o que es pretengui apel·lar la decisió del Jutge, actuació que requereix la intervenció d'Advocat i procurador (art. 3.2.II LJV).
- El sol·licitant de l'assistència és un major d'edat, i l'expedient de nomenament de l'assistent no afecta l'estat civil de la persona, ja que la disminució de les facultats que serveix de base a l'assistència no és incapacitant (art. 226-1 CCCat). Això sembla excloure que el Ministeri Fiscal hagi d'intervenir en el procediment, d'acord amb el silenci al respecte del CCCat i el tenor de l'art. 4 LJV. Tanmateix, hi ha acord en considerar preceptiva la seva participació.²⁰

6. LA CONCESSIÓ JUDICIAL DE L'EMANCIPACIÓ I DEL BENEFICI DE LA MAJORIA D'EDAT

L'impacte més vistent de la LJV en el règim jurídic de l'emancipació no deriva de la regulació de l'expedient per a la concessió judicial d'aquesta (arts. 53 a 55 LJV), sinó del joc de les Disposicions Derogatòries i Finals. L'apartat 2n de la Disp. Derogatòria Única

²⁰ Vegeu ARROYO AMAYUELAS, E., “Comentari a l'art. 226-1 CCCat”, a EGEA FERNÁNDEZ, J., FERRER RIBA, J. (dirs.), FARNÓS AMORÓS, E. (Coord.), *Comentari al llibre segon del Codi civil de Catalunya. Persona*, Barcelona, Atelier i la bibliografia allí citada. Barcelona, 2017, pp. 468-477, p. 475.

LJV deroga l'art. 316 CCe; l'apartat 55 de la Disp. Final 1a modifica l'art. 314 CC. Com a conseqüència, el matrimoni ja no és causa d'emancipació. Regeix sense excepcions l'art. 46 CCe, d'acord amb el qual no poden contreure matrimoni els menors no emancipats, i desapareix la dispensa d'impediment d'edat a partir dels 14 anys (art. 48 CCe). Tot plegat permet corregir allò que anticipa el Preàmbul (X, par. 10º), tal vegada que no n'hi ha prou amb tenir 16 anys per a poder contreure matrimoni; cal, a més, estar emancipat. En relació amb el Dret català, la qüestió a plantejar és com queda aleshores l'art. 211-8 CCCat que preveu el matrimoni com a causa d'emancipació.²¹

Quant a l'expedient pròpiament dit, els arts. 53 i ss. LJV parteixen de la regulació civil estatal (arts. 320 i 321 CCe). Per al Dret català, les remissions a aquests articles cal entendre-les fetes a l'art. 211-10 CCCat, de manera que la concessió judicial de l'emancipació pot concedir-se "si hi ha causes que fan impossible la convivència amb els progenitors o amb el tutor, o que dificulten greument l'exercici de la potestat parental o de la tutela". Els requisits per a sol·licitar-la segons la LJV (art. 54) són més estrictes que els previstos pels arts. 320 CCe i 211-10.2 CCCat. En aquest sentit, pot sostenir-se que la LJV modifica l'art. 320 CCe, però aquesta mateixa conclusió no pot valer per al CCCat.

7. LA PROTECCIÓ DEL PATRIMONI DE LES PERSONES AMB DISCAPACITAT

L'expedient està confessadament dissenyat per a acomodar-se a la llei estatal 41/2003, de 18 de novembre, de protecció patrimonial de les persones amb discapacitat. Amb tot, cal desxifrar quines de les seves normes són d'aplicació a les eventuals vicissituds processals dels patrimonis protegits que es constitueixin a l'empara dels arts. 227-1 a 227-9 CCCat. En aquest sentit, sembla evident que els seran aplicables l'art. 57.1 LJV (competència) i 58.2 LJV (tramitació de l'expedient ajustada a les normes generals de la LJV). En canvi, s'ha de prescindir de l'art. 56 LJV i cercar l'àmbit d'aplicació del capítol en els arts. 227-1 a 227-9 CCCat. Així, l'expedient serà aplicable en els supòsits dels

²¹ Vegi's el capítol d'ARNAU RAVENTÓS, en aquest mateix volum.

arts. 227-4.1 CCCat (nomenament judicial d'un administrador del patrimoni protegit en els casos que la persona designada no pot o no vol acceptar, o renuncia a continuar en el càrrec) i 227-4.6 CCCat (sol·licitud de modificació judicial de les normes d'administració del patrimoni que no serveixen adequadament la seva finalitat); hi són, però, necessàries algunes adaptacions, atès que el Dret català estén la legitimació per a promoure l'expedient a "qualsevol persona interessada", tot superant l'exclusivitat del Ministeri Fiscal *ex art.* 57.2 LJV.

8. L'AUTORITZACIÓ O APROVACIÓ JUDICIAL PER A LA REALITZACIÓ D'ACTES DE DISPOSICIÓ, GRAVAMEN O ALTRES QUE ES REFEREIXIN ALS BÉNS I DRETS DE MENORS I PERSONES AMB CAPACITAT MODIFICADA JUDICIALMENT

Es tracta de l'expedient regulat als arts. 61 a 66 LJV. En Dret català serà d'aplicació per a l'obtenció de les autoritzacions judicials a què fan referència els arts. 222-43 CCCat (tutela), 227-4.5 CCCat (patrimonis protegits, atesa la remissió a les normes d'administració dels béns del tutelat) i 236-27 CCCat (progenitors), malgrat que, com no podia ser d'altra manera, els arts. 61 i 62 LJV tenen com a referent la regulació del CCE. Sobre aquest punt, cal fer notar que la LJV no contempla el cas de l'apoderat de l'art. 222-2 CCCat (art. 222-44.3 CCCat.).

En canvi, no serà d'aplicació en aquells casos en què s'hagi dispensat de l'autorització judicial (arts. 222-43.2 i 236-27.2 CCCat) o s'hagi previst un control no judicial (arts. 236-30 CCCat i 222-54.c CCCat).

En la sol·licitud s'haurà d'expressar el motiu de l'acte o negoci, tot raonant-ne la necessitat, utilitat o *conveniència* (art. 63 LJV; cfr. arts. 222-44.1 i 236-28.1 CCCat, que no esmenten aquesta darrera). En general, l'autorització es sol·licita per a un acte o negoci concret (art. 63 LJV), si bé el Dret català permet també atorgar-la amb caràcter

general “per a una pluralitat d’actes de la mateixa naturalesa o referits a la mateixa activitat econòmica, encara que siguin futurs” (arts. 222-44.2 i 236-28.2 CCCat). En qualsevol cas, caldrà especificar les circumstàncies i característiques fonamentals dels dits actes.

Per a resoldre concedir o denegar l’autorització, el jutge, a més de tenir en compte la justificació oferta pel sol·licitant i valorar-ne la conveniència (art. 65.1 LJV), pot demanar al tutor, si l’acte de disposició o gravamen que s’ha d’autoritzar supera els 50.000 euros, que aporti un informe tècnic (art. 222-44.4 CCCat; precepte sense equivalent en seu de potestat parental).

La incidència de la Llei de Jurisdicció Voluntària en l'àmbit del Dret de Família

LÍDIA ARNAU RAVENTÓS

*Professora Agregada de Dret civil
Universitat de Barcelona¹*

SUMARI

1. INTRODUCCIÓ. 2. EXPEDIENTS DE JURISDICCIO VOLUNTÀRIA EN MATÈRIA DE DRET DE FAMÍLIA PREVISTOS A LA LJV. 2.1. *L'expedient de dispensa d'impediments matrimonials*. 2.2. *De la intervenció judicial en relació a la potestat parental*. 2.3. *La intervenció judicial en casos de desacord conjugal i en l'administració dels guanys*. 3. LA INCIDÈNCIA DE LA LJV EN MATÈRIA MATRIMONIAL. 3.1. *La "celebració" del matrimoni*. 3.2. *La separació, el divorci i llurs efectes arran de la LJV*

1. INTRODUCCIÓ

La Llei 15/2015, de 2 de juliol, de Jurisdicció Voluntària² incideix per una doble via a l'àmbit del Dret de Família. La primera, més immediata i de caire procedimental, s'identifica amb els expedients de jurisdicció voluntària que la mateixa LJV sistematitza per raó de la seva pertinença a aquell àmbit. La relació amb el Dret civil català seria, en general, d'acompanyament. Les normes substantives de Dret català tenen ara, com les estatals, uns referents procedimentals que en faciliten l'aplicació pràctica. Es podria ben dir que la finalitat i l'efecte de la DA 1^a, apart. 3, LJV és justament aquest. Materialment, però, el Dret català no s'ha vist afectat; només se l'encarrila procedimentalment³. La

1 Aquest estudi forma part dels treballs desenvolupats pels Grups d'Investigació 22 SGR i DER 2014-54267-P.

2 En endavant, LJV.

3 Conscientment deixem de banda d'aquest treball la qüestió relativa a si aquesta regulació de tipus procedimental caldria encabir-la dins de l'àmbit de la legislació processal, la legislació administrativa o, fins i tot, la legislació civil. Al darrera, és clar, pugna per esclatar un altre debat: el de la competència del Parlament de Catalunya per a elaborar una Llei de jurisdicció catalana.

segona via, de tipus material, s'executa via modificació del Codi civil espanyol⁴. La reforma més vistent en aquest sentit és, sens dubte, la que afecta a la separació i al divorci, però n'hi ha d'altres. En qualsevol cas, i sigui per la raó que sigui (així, perquè es tracta de matèria reservada a l'Estat; perquè, sense ser-ho, el legislador català opta per anar a remolc de la legislació estatal...), a hores d'ara ben bé podria semblar que és des d'aquesta segona perspectiva que el Dret civil català s'ha vist més intensament alterat, òbviament no de manera directa, però sí indirectament. El motiu és la tramitació de distintes esmenes que tenen com a finalitat, precisament, tenir cura d'aquest reajustament del Dret català amb el Dret estatal⁵.

2. EXPEDIENTS DE JURISDICCIO VOLUNTÀRIA EN MATÈRIA DE DRET DE FAMÍLIA PREVISTOS A LA LJV

Són els que es presenten com a tals a la LJV, integrant el Títol III. Per tant, es tracta d'aquells expedients que es tramiten davant d'un òrgan jurisdiccional (art. 1.1 LJV). Això no exclou que n'hi hagi d'altres que s'hagin o puguin tramitar davant d'altres professionals (EM, VI, 2on par.) o operadors jurídics (EM, X, pár. 1er). Tampoc exclou, des d'una perspectiva catalana, identificar dins del Títol III del Llibre II CCCat expedients a tramitar davant d'un òrgan jurisdiccional, que no es corresponguin amb cap dels previstos a la LJV (p.e en relació a l'assistència). Qüestió menor és el fet que a la LJV es contemplin sistemàticament com a expedients en matèria de persona alguns dels que, a ulls del Dret català, ho són de família (per exemple, l'adopció –arts. 235-30 i ss CCCat).

4 En endavant, CCesp.

5 Vegeu la modificació del Llibre II CCCat que inclou la DF 2ª de la Llei 3/2017, de 15 de febrer, del Llibre VI del Codi civil de Catalunya, relatiu a les obligacions i els contractes (DOGC, núm. 7332, de 20 de març de 2017).

L'ordre legal (dispensa matrimonial, intervenció en relació a la potestat parental, intervenció en relació a descords conjugals i règim de guanys), marca també l'ordre de l'exposició.

2.1. L'expedient de dispensa d'impediments matrimonials

Com ja passa a altres ocasions (vid. Títol II Capítol VIII “*De l'autorización o aprobación judicial...*”), la rúbrica del Capítol I descriu, des d'una perspectiva material, el contingut de la intervenció: dispensar d'un impediment matrimonial. D'entrada, l'àmbit —també material— en el que s'insereix l'actuació és el de la capacitat per a contreure matrimoni. La dispensa permetrà atorgar vàlidament un consentiment que, altrament, seria nul (per bé que convalidable [art. 48 *in fine* CCCat]). Tal vegada que el Dret català no ha regulat, fins ara, la qüestió de la capacitat per a contreure matrimoni, s'aplica supletoriament allò que preveuen els arts. 46, 47 i 48 CCesp⁶.

2.1.1. Impediments dispensables

L'art. 81 LJV, rubricat (“*Competència, legitimació i postulació*”), sembla allunyar-se encertadament de totes aquelles altres disposicions que, a l'hora d'encetar un Capítol, ho fan delimitant materialment el seu àmbit d'aplicació. A grans trets, aquesta delimitació s'assoleix, o bé reproduint literalment la norma material civil corresponent, o bé reproduint-la però sense acabar de coincidir-hi. En el primer cas, aquella descripció esdevé innecessària i n'hi hauria prou amb una remissió a la disposició civil corresponent (vid, per exemple, art. 53 LJV [remetent-se a l'art. 320 CCesp] o art. 87 LJV [citant els arts. 158, 164, 165, 167 i 216 CC]) o al supòsit genèric que s'hi descriu (vid. per exemple, art. 23.1 LJV “*...en todos los casos en que, conforme a la ley, el*

6 Vegeu, pel que fa a l'àmbit de la matèria reservada relativa a les “relaciones jurídico civiles relativas a las formas de matrimonio”, DEL POZO CARRASCOSA, P.; VAQUER ALOY, A.; BOSCH CAPDEVILA, E., *Derecho civil de Cataluña. Derecho de Familia*, Marcial Pons, Barcelona, 2013, p.15. Es fa referència a la STC (93/2013), de 23 d'abril, a propòsit de la Llei Foral de Navarra, 6/2000, de 3 de juliol, *para la igualdad jurídica de las parejas estables*. El TC fa una lectura conjunta dels arts. 149.1.8 i 32 CCE a fi i efecte d'interpretar el primer d'acord amb el segon i fer arribar la competència exclusiva a qüestions com ara la capacitat per a contreure matrimoni i a la separació i el divorci (vegeu FJ 5è, 3er par).

reconocimiento...necesite autorización o aprobación judicial”). En el segon cas, la manca d'equivalència pot, eventualment, comportar derogació tàcita de la norma anterior contradictòria. L'art. 81 LJV no s'acaba de desempellagar d'aquest vici: tot i que n'hi hauria prou amb la crida a l'art. 48 CCesp. (així: “...para conocer de la solicitud de dispensa de los impedimentos previstos en el art. 48 del Código civil”), no se'n pot estar de reproduir-lo parcialment⁷. En aquest cas, aquesta transcripció és sobrera.

Els impediments per a contreure matrimoni es preveuen a l'art. 47 CCesp., mentre que el 48 s'ocupa, només, dels dispensables. Un i altre han estat modificats (D. F.1^a, 1 LJV). El 47 per a reformular l'impediment de crim. El 48 no només per coordinar-se amb l'anterior.

A) Més enllà de la reformulació de l'impediment de crim (art 47-3 CCesp.): té sentit mantenir-lo?

La modificació més visible és l'equiparació, a l'art. 47.3 CCesp. entre la mort del cònjuge i la de “la persona con la que hubiera estado unida por análoga relación de afectividad a la conyugal”. Des d'una òptica més propera al Dret català, la qüestió més immediata a plantejar seria si aquesta expressió cal entendre-la, a Catalunya, com la mort d'un dels membres de la parella estable (art. 234-1 CCCat). És a dir, si l'impediment només regeix quan, més enllà de la convivència en una comunitat de vida anàloga a la conjugal, s'havia produït alguna de les circumstàncies de l'art. 234-1 CCCat o si, pel contrari, l'expressió s'ha d'interpretar prescindint de la regulació catalana de la parella estable⁸. L'entrada a la primera de les opcions la dona, no tant la DA 1.3 LJV (que sí que ho fa, però sense ser determinant en aquest sentit), sinó el caràcter de dret comú del CCCat (art. 111-4 CCCat). El cas seria de norma externa (en aquest cas, estatal i de naturalesa civil)⁹, en relació a la que s'aplicaria supletòriament el CCCat a fi d'integrar d'una situació, plenament tipificada al

7 L'afegitó “para contraer matrimonio”, en relació a l'impediment de parentiu, és sobrer i a fora de lloc.

8 Regulació catalana que, per cert, també reconeix en determinats casos convivències maritals sense necessitat de ser parella estable (així, per exemple, a l'art. 233-19.b CCCat).

9 BADOSA COLL, FERRAN “El caràcter de Dret comú del CCCat”, RCDP, vol 8 (2007), p. 19-46.

dret català, i només espurnejada a l'estatal. De cara a la viabilitat d'aquesta interpretació no hauria de ser un obstacle, per aquells que així ho entenguin, la circumstància de tractar-se d'un aspecte afectat per una matèria reservada. L'exclusivitat de la competència no arribaria, en cap cas, a tota institució o categoria emprada en la descripció de l'impediment¹⁰.

L'impediment afecta a qui ha estat condemnat. Cal sentència ferma. I la condemna pot ser-ho per qualsevol tipus de participació (no només per autoria o complicitat) en la mort dolosa, no negligent, del cònjuge o parella. Però cònjuge o parella *de qui?* Una lectura aïllada de l'art. 48.3 CCesp. podria fer pensar, per un moment, en una (injustificada) conversió d'un impediment relatiu en un d'absolut, que afectaria a qui hagués mort al seu propi cònjuge o parella. La desaparició del "(...) *de cualquiera de ellos (...)*" (art. 47.3 *in fine*, abans de la reforma) hi ajudaria. Però seria una lectura a descartar atenent: primer, a l'encapçalament de l'art. 47 CCesp ("*entre sí (...)*"), que confirmaria el caràcter relatiu de l'impediment; segon, als antecedents, immediats i remots, que permetrien entendre que la mort pot ser del propi cònjuge (o parella) o del d'aquell amb qui es vol casar¹¹; tercer, a la conveniència d'interpretar d'una manera restrictiva un impediment que, si ja va néixer plagat de crítiques, ara és, a més, obsolet i, quant a la parella, injustificat¹².

Certament, per què aquella equiparació entre la mort del cònjuge i la de la parella? O, millor, per què mantenir l'impediment de crim?

10 En el mateix sentit, per bé que és impediment el fet de ser menor no emancipat, els fets o circumstàncies que determinen l'emancipació es regeixen per la norma (estatal o autonòmica) que escaigui.

11 Es tractaria de l'art. 47.3 CCesp, introduït per la reforma de 1981 (Llei 30/1981, de 7 de julio, *por la que se modifica la regulaci3n del matrimonio en el C3digo civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de separaci3n, nulidad y divorcio*). Al Codi de Dret can3nic, l'impediment afecta a qui provoca la mort del seu propi c3njuge i als que cooperen per provocar la del c3njuge de qualsevol d'ells (C.1090). Literalment, no s'hi preveu la mort provocada sense col·laboraci3n de la persona amb la que es vol casar l'assass3.

12 En aquesta mateixa l3nia, ens decantar3iem per exigir que el prop3sita de contreure futur matrimoni fos present al temps de provocar la mort (en contra, CARRION VIDAL, Almudena, "Comentarios a "vuela pluma" en materia de capacidad y forma de celebraci3n del matrimonio tras la modificaci3n del C3digo civil por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicci3n voluntaria", *Actualidad Jur3dica Iberoamericana*, n33, 2015, p. 379).

L'impediment arriba al CCesp al mateix temps que arriba el divorci causal, el 1981. Neix, per tant, amb un fonament mig esquinçat. La possibilitat d'obtenir el divorci arracona l'opció, més dràstica, de provocar la mort del cònjuge. Aquest arraconament s'intensifica, el 2005, amb el divorci lliure o sense necessitat de fonamentar-se en causa legal. Si això és així, encara té menys sentit a propòsit de la convivència estable en parella, que de cap de les maneres impedeix l'ulterior matrimoni d'un dels convivents amb un tercer. Al Dret català, no només és possible, sinó que es preveu expressament com a causa d'extinció de parella (art. 234-4.1, a CCCat)^{13 14}. A fi de reconèixer a la norma un camp propi d'aplicació, cal reduir-la als supòsits en què la parella *no* s'ha extingit prèviament per cessament de la convivència amb trencament de la comunitat de vida (art. 234-4.1, a CCCat). Per tant, aquella operativitat exigeix que durant la tramitació de l'expedient (per tant, al temps d'acreditar la capacitat per a contreure matrimoni) hi ha convivència estable amb un tercer que, d'aquesta manera, en cap cas obsta a la capacitat per a contreure matrimoni d'un dels convivents. El matrimoni ulterior, prescindint de amb qui es visqui, extingirà la relació convivencial prèvia¹⁵. Pel contrari, el fet d'estar convivint en parella impedeix constituir una parella estable amb un tercer (art. 234-2.d CCCat)¹⁶. D'admetre's el cas, quasi de ficció, de convivències simultànies amb distintes persones, preval sempre la primera convivència estable en parella de cara a impedir-ne la constitució d'una segona. Hi actuaria, doncs, com una mena d'impediment.

En qualsevol cas, vist que l'equiparació entre el matrimoni i la convivència anàloga no té cap fonament tècnic, la raó per la que es

13 A l'altra cara de la moneda hi ha l'art. 234-2.c CCCat, que permet constituir una parella estable a la persona casada i separada de fet.

14 Vegeu AGUDO GUTIERREZ, Carlos, "La inclusión de la pareja de hecho en las reformas del Derecho de familia de julio de 2015", *Actualidad jurídica iberoamericana*, nº 3, 2015, p. 144. L'autor proposa modificar l'impediment de parentiu a fi d'incloure-hi als qui "mantengan una relación de pareja debidamente acreditada".

15 I, això, amb independència de que, arran del matrimoni, no hi hagi convivència entre els casats. Aquesta no convivència permetrà retornar a l'art. 234-2.c CCCat a fi de constituir-se, de nou, una nova parella estable amb qui, de fet, no s'hauria deixat de conviure.

16 Quant a si la "convivència en parella" cal que sigui o no "en parella estable", es decanta pel no TARABAL BOSCH, JAUME, Comentari a l'art. 234-2, a EGEA FERNÁNDEZ, JOAN; FERRER RIBA, JOSEP (dirs.), *Comentari al Llibre segon del Codi civil de Catalunya. Família i relacions convivencials d'ajuda mútua*, Atelier, Barcelona, 2014, p. 550.

justificaria el manteniment (i extensió subjectiva) de l'impediment seria la no estrictament jurídica de la reprovació social del crim comès. Seria, de fet, la mateixa idea des de la que sempre s'ha recriminat per alguns, no tant l'impediment (que s'aplaudeix), sinó el seu caràcter dispensable¹⁷.

B) La dispensa (art. 48 CCesp.)

La LJV modifica l'art. 48 CCCesp. La reforma va més enllà d'incloure, a propòsit de l'impediment de mort dolosa del cònjuge, a la parella¹⁸. Hi ha dos canvis més, que determinen una uniformitat de règim, sigui un o altre l'impediment de que es tracti. La dispensa l'atorga, en tot cas, el Jutge, prèvia al·legació i prova de justa causa. De fet, un i altre aspecte alteren allò que regia, fins a la LJV, quant a l'anomenat impediment de crim, dispensable pel Ministre de Justícia i sense necessitat de justa causa (art. art. 48, 1er par. CCesp)¹⁹ ²⁰. Pel que fa a que sigui "justa causa" en aquest àmbit, es fa difícil concretar-ho²¹. No sembla que n'hi hagi prou amb el compliment de la condemna. Tampoc, per obvi, l'especial afecte que es tenen els interessats i la voluntat comuna d'unir-se en matrimoni. En aquest àmbit, però, la novetat més significativa és la concentració de la competència per a dispensar. És significativa, simbòlicament, en la mesura en que aniria contracorrent: si la tendència és atribuir a altres professionals o funcionaris funcions encomanades fins ara als Jutges (EM. IV, *in fine*), succeeix aquí que s'atribueix al Jutge allò que abans no era competència seva.

17 LASARTE, Carlos, *Derecho de Familia, Principios de Derecho civil*, 4ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2005, p.48.

18 L'impediment de parentiu (en línia colateral per consanguinitat fins el tercer grau) no pateix cap modificació. Tampoc la dispensa en cas de parents en tercer grau. Vegeu art. 235-47.3 CCCat, que preveu el manteniment dels vincles entre la família d'origen i d'adoptat a efectes de l'art. 47 CCesp. D'aquí, doncs, que mentre l'adoptat no es podria casar ni amb els germans ni els tiets o nebots consanguinis, sí que ho podria fer amb els de la família adoptiva.

19 A proposta de la Direcció General, deia l'art. 74 de la Llei del Registre civil del 1957. Per la seva banda, l'art. 260 RRC fa dependre la sol·licitud de dispensa de l'existència de "*justa causa suficientemente comprobada*".

20 El Ministre de Justícia encara apareix a l'art 54 CCesp. a propòsit del matrimoni secret.

21 Així, s'esmenta la possible violència domèstica practicada pel mort, a DEL POZO CARRASCOSA, P. *et al.*, cit, p. 54. Però això implicar traslladar la justificació, de la dispensa al crim comès.

2.1.2. *L'impediment no dispensable d'edat*

De l'art. 48 CCesp. ha desaparegut la dispensa d'edat (possible, fins a la data, a partir dels 14 anys). D'aquí que l'art. 46.1 CCesp. no admeti esclertes i calgui, a fi d'atorgar vàlidament consentiment matrimonial, estar emancipat o ser major d'edat²² ²³. La conseqüència ulterior és que, al CCesp., el matrimoni ja no és causa d'emancipació (en aquest sentit, la DD Única LJV n'ha derogat l'art. 316 i s'ha modificat l'art. 314)²⁴. Des d'una perspectiva catalana, s'equiparen la capacitat per a contreure matrimoni i la capacitat per a constituir una parella estable (art. 234.2, a CCCat), en el sentit que un menor no emancipat no podrà fer ni una cosa ni una altra; ara, sense excepcions.

A) *El "rastre" de l'emancipació per matrimoni al Dret català*

En aquest particular, la qüestió a plantejar des del Dret català, és què dir o què fer a propòsit de les distintes manifestacions de l'emancipació per matrimoni. La més visible és l'art.211-8.1,a CCCat, que contempla expressament el matrimoni com a causa

22 La nul·litat, en cas de matrimoni per menor no emancipat (art. 73.2 CCesp.), no és del tipus absoluta. Com a mínim, perquè admet la convalidació per convivència (art. 75 CCesp.).

23 No n'hi ha prou, doncs, amb tenir 16 anys (com erròniament podria donar a entendre el Preàmbul, X, par. 10è LJV). Cal, a més, estar emancipat. De fet, això és el decisiu i no pas els 16 anys. (en aquest sentit, vegeu, per exemple art. 30 del Código de Derecho Foral de Aragón [DL 1/2011, de 22 de març], que preveu l'emancipació pels majors de 14 anys).

24 Quant a si l'emancipació o la majoria d'edat s'han de tenir al temps d'iniciar l'expedient matrimonial o al de la celebració, per molt que a l'expedient o acta previs calgui acreditar la capacitat per a contreure matrimoni (art. 56 CCesp.; art. 58.2 i 5 LRC i art. 51.1 LN), el cert és que el negoci no s'atorga fins el moment de la celebració, de manera que n'hi hauria prou amb que, en general, aquella capacitat estigués en aquest moment (PUIG FERRIOL, LL.; ROCA TRIAS, E., *Institucions del Dret civil de Catalunya*, II-2, Tirant lo Blanc, Valencia, 2014, p.75). La conseqüència seria que la minoria d'edat no seria obstacle per a tramitar aquelles actuacions prèvies. Per precaució, es podria entendre només així quan, per proximitat de la data, a aquella majoria s'hi arribés durant la tramitació de l'expedient o, en qualsevol cas, abans de la celebració.

d'emancipació. Pressuposa, per tant, l'accés al matrimoni pel no emancipat. Però no és l'única²⁵.

- L'art. 211-7.2 CCCat, directament relacionat amb el 211-8 CCCat, atribueix al cònjuge major d'edat el paper de complementador de la capacitat del qui s'ha emancipat per matrimoni. Ara el supòsit no es donarà (tret que el legislador català s'atreveixi a regular la capacitat per a contreure matrimoni, donant-li cabuda). Però el que sí que es podria plantejar, en cas de matrimoni de menor emancipat, és si aquella funció correspon a progenitors o curador, o també al cònjuge major. L'art. 211-7.2 CCCat, literalment, no planteja dubtes. Amb tot, si és la idea de proximitat la que explicava l'atribució al cònjuge major, i no als progenitors, d'aquella funció en cas d'emancipació per matrimoni²⁶, es podria igualment concloure que la proximitat hi és igualment en cas de matrimoni un cop emancipat. La proposta, en aquest particular, passaria per suprimir el “*en cas d'emancipació per matrimoni*” de l'art. 211-7.2 CCCat^{27 28}.
- L'art. 223-1, a CCCat lligaria amb l'anterior. S'hi relacionen les persones que cal posar en curatela. S'excepciona “*el menor emancipat per matrimoni amb una persona plenament capaç*”. Caldria reformular la salvetat. Lògicament, el cònjuge major

25 Vegeu Esmena núm. 29 (Grup Junts pel Sí) (BOPC, núm. 239, p. 35). Es proposa suprimir el supòsit previst a la lletra a de l'art. 211-8.1 CCCat. Així es recull després de la modificació per Llei 3/2017 (vegeu DF 2^a).

26 ARROYO AMAYUELAS, E. “L'edat de la persona i els seus efectes jurídics”, a VAQUER ALOY, A. (coord.), *Dret civil. Part general i Dret de la persona*, Atelier, Barcelona, 2013, p. 177.

27 La norma s'acostaria, així, a l'art. 324 CCesp. (no modificat per la LJV) que al tractar de la capacitat del “*casado menor de edad*”, és plenament aplicable al menor emancipat. El complement, aleshores, s'atribueix al cònjuge major. Aquesta atribució, però, es limita als actes de disposició dels béns comuns.

28 L'esmena 29 citada (vid *supra*) proposava modificar l'art. 211-7.2 CCCat tot establint que la capacitat del menor emancipat “*es complementa amb l'assistència del cònjuge o del convivent major d'edat en cas de matrimoni o de convivència estable en parella de l'emancipat*”. Quant a aquest darrer supòsit, cal tenir en compte que l'accés a aquesta situació convivencial la donarà un fill en comú o la formalització en escriptura pública, no pas la convivència ininterrompuda durant dos anys. La raó seria que si el requisit de l'emancipació s'ha de complir al temps d'iniciar-se la convivència (TARABAL BOSCH, J., Comentari a l'art. 234-2, cit, p. 548), el transcurs dels 2 anys aboca necessàriament a la majoria d'edat. Aquella esmena arriba al text modificat (vegeu DF 2^a Llei 3/2017).

mai podrà esdevenir complementador *ab initio* (precisament, perquè el matrimoni ja no emancipa). D'aquí que el cas que ens ocupa serà un supòsit de canvi d'assistent: la funció neix amb l'emancipació (art. 211-7.1 CCCat) i pertocarà a progenitors o, en defecte, al curador; arran el matrimoni, es proposa que s'atribueixi al cònjuge major²⁹. Avalaria aquesta interpretació l'art. 223.9b CCCat, que preveu el matrimoni del menor emancipat amb una persona plenament capaç com a causa extintiva de la curatela. Tal vegada que el mateix nomenament de curador ja pressuposa que els pares han mort o estan impeditos per exercir l'assistència, només resta el cònjuge del menor³⁰.

- L'art. 236-16.2 b CCCat, excepciona l'assistència dels progenitors (és a dir, dels avis) si el "*pare o la mare menor està emancipat i té almenys setze anys*". Tret que es modifiqués la regulació catalana en matèria d'emancipació, reduint l'edat per accedir-hi, el menor emancipat tindrà sempre, com a mínim, setze anys. La norma s'explicava pensant en l'emancipació per matrimoni a partir dels 14. De retruc, l'art. 236-16.2,a CCCat també perd el sentit. La raó és que per tal que el pare o mare menor estigui casat cal que, prèviament, s'hagi emancipat, que seria el cas de la lletra b. La reformulació de l'art. 236-16 CCCat hauria de passar, es proposa, per suprimir l'apartat segon, tot aclarint, al primer, que la norma regeix en cas de pare o mare menors "*no emancipats*"³¹.

29 L'expressió "*persona plenament capaç*" de l'art. 223-1,a *in fine* CCCat s'ha d'entendre com a cònjuge major no incapacitat. A la norma té sentit. No vol dir, ni abans ni ara, que en cas de matrimoni d'un menor l'altre cònjuge cal que sigui necessàriament major d'edat. Vol dir que només quan es doni aquest cas no cal designar curador o, com es proposa, no cal que continuï la curatela.

30 Una i altra disposició s'han modificat (vegeu DF 2^a Llei 3/2017). Quant al primer s'ha reformulat la salvetat ("*llevat del menor emancipat casat o convivent en parella estable amb una persona plenament capaç*"). De fet, aquell matrimoni o convivència estable ja haurà determinat l'extinció de la curatela (art. 223-9.b CCCat).

31 Dues altres conseqüències indirectes: la primera, a propòsit de l'art. 211-12.3 CCCat. Si com és raonable pensar, la legitimació dels que haurien d'haver assistit a l'emancipat s'acaba amb l'arribada d'aquest a la majoria d'edat, ara resultarà que aquella legitimació es tindrà, *en tot cas i com a màxim*, durant 2 anys (dels 16 als 18 anys). La possibilitat d'obtenir la dispensa a partir dels 14 i de casar-se amb aquesta edat, feia viable que la legitimació del complementador fos de quasi quatre anys. La segona es faria a propòsit de l'art. 231-21 CCCat. El menor de 14 anys amb dispensa per a contreure matrimoni podia atorgar vàlidament capítols matrimonials,

B) La capacitat per a contraure matrimoni del menor de vida independent

La vida econòmicament independent del menor no és causa d'emancipació (art. 211-8 *a contrario* CCCat). El menor només se'l "considera" emancipat (art. 211-11.1 CCCat). Aquesta "consideració" té el seu origen i justificació en la "vida independent del menor". No hi ha cap acte formal. Té com a efecte que pugui actuar com a menor emancipat (i, d'aquí, necessitar el complement de capacitat per als mateixos actes que aquest; art. 211-11.2 CCCat). El caràcter revocable del consentiment de pares o tutor avala que no hi ha una plena equiparació entre el menor emancipat i el menor de l'art. 211-11 CCCat.

Aquesta "consideració" només es té respecte d'actes patrimonials? El cert és que no s'exclouen enlloc els personals. La proposta que en aquest particular es faria seria la de reconèixer la capacitat per a contraure matrimoni al menor de vida independent. El fonament: donar sentit o contingut a una equiparació que, literalment, no avala distincions en funció de la naturalesa de l'acte. La conseqüència: el matrimoni implicaria emancipació formal; efecte que, indirectament, equivaldria a la irreversibilitat de la situació: ni els pares podrien ja revocar el consentiment, ni el menor deixar d'estar emancipat, per exemple, en cas de pèrdua de la seva independència econòmica. De retruc, aquesta possibilitat donaria sentit, ni que fos provisionalment, a la lletra de l'art. 211-8. 1, a CCCat. La possibilitat de fer constar al RC l'anomenada, a l'art. 70.4 LRC "*emancipación tácita o por vida independiente*", seria una manera còmode d'acreditar la capacitat matrimonial a l'hora d'iniciar l'acta o expedient previs³².

tot i no estar emancipat encara. Malgrat això últim, es preveia l'actuació amb els "complements de capacitat corresponents" pensant, probablement, en actes de transcendència patrimonial (art. 211-12.1 CCCat) que, pel fet de ser menor no emancipat, haurien de fer els seus representants legals. Ara això es limitarà als actes que l'emancipat no pot fer per si sol.

32 L'art. 70.4 LRC (en situació de *vacatio legis*, de moment, fins el 30 de juny de 2018 [Article Únic, apr. 4 Llei 4/2017, de 28 de juny, de modificació de la LJV]) preveu que l'emancipació per vida independent es pugui inscriure "*mediante la acreditación documental de la situación de independencia y el consentimiento de quienes ejercen la patria potestad*". Pel que fa al primer aspecte, es podria acreditar per mitjà d'un acta notarial de notorietat (així, a RIVERO SÁNCHEZ, FERNANDO JOSÉ, "La intervención del Notario en la configuración del estado civil de las personas", *El Notario del Siglo XXI*,

2.1.3. L'expedient

Sens perjudici que la dispensa ulterior convalidi el matrimoni (art. 48 *in fine* CCesp.), l'habitual és que es sol·liciti abans d'iniciar l'acta o expedient previst a fi d'acreditar-hi la capacitat per a contreure matrimoni.

El promotor de l'expedient ha de ser el cònjuge “*en quien concurra el impedimento para el matrimonio*” (81.2 LJV). A la pràctica, això implica reconèixer legitimació als dos contraents: és evident en el cas del parentiu i també serà així si els dos han estat condemnats per la mort dolosa del cònjuge o parella de qualsevol d'ells, encara que la intervenció en el crim hagi estat distinta. A la pràctica, vol dir també que qualsevol d'ells pot presentar la sol·licitud al Jutjat corresponent al seu domicili o residència o al del domicili o residència de la parella (art. 81.1 LJV). No cal l'assistència ni de Lletrat ni de procurador (art. 81.3 LJV); en el cas de l'impediment de crim, es preveu la intervenció del Ministeri Fiscal, que caldrà que sigui citat a l'audiència prevista a l'art. 83, juntament amb els contraents i “*aquellos que pudieran estar interesados*”³³. Atenent a tot allò que s'hagi aportat amb la sol·licitud (art. 82) i a la proves practicades (art. 83.1), el Jutge resoldrà atorgant o no la dispensa (art. 83.2). La decisió serà recurrible en els termes de l'art. 20 LJV.

2.2. De la intervenció judicial en relació a la potestat parental

El Cap. II s'intitula “*De la intervención judicial en relación con la patria potestad*”. Es tracta d'una expressió suficientment genèrica i neutra, del tot encertada tractant-se d'una norma de caire procedimental. És la norma civil o material la que ha de concretar el tipus o naturalesa d'aquella actuació. Aquella neutralitat es reitera a la Secció II (“*...en los casos en que esté legalmente prevista la autorización o intervención judicial...*”). Tot i que “autoritzar” ja fixa una manera d'intervenir, l'alternativitat preserva el protagonisme de la norma civil que serà

julio-agosto, 2016, nº68). Pel que fa al consentiment dels pares, la qüestió que es planteja seria aleshores la de determinar la diferència entre aquest supòsit i l'emancipació (formal) per concessió dels pares. Probablement, a efectes pràctics, interessaria afegir, en el primer cas, la naturalesa revocable de la declaració.

33 A l'art. 83, la LJV s'oblida de la parella i només esmenta al cònjuge. Cal entendre-la inclosa, lògicament.

l'encarregada de descriure el contingut de la resolució (així, autoritzant una o altra actuació dels progenitors o disposant en un altre sentit). La neutralitat de la Secció III (“...para adoptar medidas en relación...”; art. 87.1) queda esquinçada arran dels supòsits que “en concreto” s’hi relacionen, en els que la descripció de la naturalesa de l’actuació ja és molt més precisa. Això es fa molt evident a les lletres b i c (“... nombramiento de un administrador judicial...”; “...para atribuir a los progenitores...”); sembla que menys als apartats a i d, en els que aquella descripció és molt genèrica (“...adopción de las medidas de protección”; “...adopción de las medidas necesarias”). En qualsevol cas, el referent és la norma civil aplicable (estal o autonòmica; DA1^a, 3^a LJV), inalterable per la norma *només* procedimental. D’aquí que, quan la LJV concreta el tipus d’actuació o intervenció, o bé es reitera redundantment la norma civil (així, quan coincideixen una i altra), o bé, quan no es dona aquella concordança, cal decantar-se igualment per aquella.

La primera Secció (*Disposición común*) s’integra per un únic article (el 85) relatiu a la compareixença, pràctica de proves i postulació. La segona i la tercera comparteixen una estructura semblant: supòsits en els que esdevé aplicable (arts. 86.1 i 87.1); competència (art. 86.2 i 87.2) i legitimació (87.3 i 87.3). La tercera incorpora una disposició relativa a la resolució (art. 88) i una altra d’específica pel cas que el menor o persona amb capacitat modificada judicialment estiguessin sotmesos a tutela (art. 89). Pel que fa als respectius àmbits d’aplicació, l’element comú és que van més enllà del que s’anuncia a una i altra rúbrica.

2.2.1. *Desacord en l’exercici de la potestat parental*

L’apartat 1 de l’art. 1 visibilitza dos dels aspectes ja apuntats: per una banda, la dependència de la norma civil, que ha de legitimar la intervenció judicial (“*Se aplicarán las disposiciones...cuando el Juez deba intervenir...*”; “*También serán de aplicación en los casos en los que esté legalmente prevista...*”). Per l’altra, la incompletesa de la rúbrica de la Secció. Fa referència, en primer terme, als desacords en l’exercici de la potestat parental. L’art. 86.1 afegeix, sobrerament, que ha de tractar-se de la potestat parental “*ejercida conjuntamente por los progenitores*”³⁴. En segon terme, però, s’estableix que també caldrà recórrer a la dita

34 Diem “sobrerament” perquè en altra cas es farà difícil que hi hagin “desacords”.

Secció en cas que el progenitor sigui un menor d'edat no emancipat “y hubiere desacuerdo o imposibilidad de sus progenitores o tutor”. En aquest darrer cas, juntament amb els supòsits de desacord (que no se sap si és entre el progenitor i els avis o tutor; o entre els avis...), hi ha el cas d'impossibilitat d'aquests últims. Sigui com sigui, això últim palesa que l'àmbit d'aplicació va més enllà dels “desacords” en l'exercici de la “potestat parental”.

Més enllà del concepte mateix de desacord (opinions distintes que no permeten la formació d'una voluntat comuna) o d'impossibilitat (física o jurídica [per modificació judicial de la capacitat]; puntual o permanent), la disposició es situa, en qualsevol cas, a l'avantsala de la decisió. D'aquí que, més enllà del que acabi conformant l'àmbit d'aplicació de la Secció, en quedaran al marge els supòsits de decisions ja preses (així, per exemple, a propòsit de l'adoptada per un sol dels progenitors al·legant la necessitat urgent de l'art. 236.8, c CCCat o 156 (1er par) *in fine* CCesp., que l'altre discuteix). En qualsevol cas, l'àmbit material en el que s'insereix l'actuació judicial és el de la legitimació per a actuar com a representant o administrador de béns aliens. Aquesta legitimació cal per a eficàcia jurídica de l'acte a realitzar³⁵.

La norma, portada al Dret català, convida a tractar dels arts. 236.8 (acabat de citar), 236-13 i 236-16.3 CCCat³⁶. El primer perquè recull la regla general de l'exercici conjunt, pressupòsit de la idea i existència

35 Amb tot, a voltes la llei acostuma a reconduir supòsits de manca de legitimació cap al règim de l'anul·labilitat.

36 A l'àmbit del Dret estatal, les disposicions de referència són els arts. 156 i 157 CCesp. Convé destacar, quant a l'art. 156: primer, que ha estat modificat per la LJV en el sentit de suprimir el caràcter irrecorrible de la decisió judicial (ha desaparegut el “*sin ulterior recurso*”; DF1^a, 29); segon, que s'explicita que la intervenció judicial es concreta en una atribució de la facultat decisòria al pare o mare. Formalment, la decisió la continuarà prenent un dels titulars de la potestat parental. Tercer, que el mateix art. 156 inclou dos supòsits més: per una banda, el dels desacords reiterats. La diferència amb el supòsit dels desacords puntuals és doble: primer perquè hi queda equiparat el cas de sobrevenença de “*cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad*”; segon, perquè aleshores la decisió judicial pot anar des de “*atribuirla total o parcialmente a uno de los padres*” fins a “*distribuir entre ellos sus funciones*”. Pel que fa a l'art. 157 CCesp, aclara que en cas de progenitor no emancipat, la potestat parental s'exerceix amb l'assistència de pares o tutor o, en cas de desacord o impossibilitat, del Jutge. Per tant, el desacord és entre el progenitor i els assistents. L'activitat judicial consisteix, quan cal, en l'assistència del menor.

del desacord. És una constant al Dret català (art. 6 LPPM³⁷; art. 137 CF). El segon, rubricat precisament “Desacords”, perquè sembla el naturalment interpel·lat per la crida de l'art. 86.1 CCCat (“*cuando el Juez deba intervenir en los casos de desacuerdo...*”). El mateix passa amb l'art. 236-16 CCCat a propòsit dels progenitors menors.

A) Progenitors menors

Pel cas de progenitor no emancipat³⁸, l'art. 236-16.1 CCCat demana de l' “assistència” dels avis o del tutor “*per a exercir la potestat*” (art. 12.2 LPPM; art. 137 CF)³⁹. La intervenció judicial es preveu a l'apartat 3. S'hi contempla pel cas de desacord entre les persones que han de donar l'assistència o entre aquestes i el progenitor menor i pel d'impossibilitat de prestació de l'assistència. En qualsevol cas, aquella intervenció és del tipus “autorització”.

a) *Els desacords i la impossibilitat d'assistir*. S'encara el desacord amb una tècnica diferent a la de l'art. 236-13 CCCat. Allà s'atribueix la facultat decisòria a un dels negociadors. No semblaria encertat que, aplicant això mateix als desacords entre els avis i el progenitor menor, el jutge pogués atribuir la facultat de decidir als avis, és a dir, als qui no són titulars de la potestat parental. Però en cas de

37 Llei 12/1996, de 29 de juliol, de la potestat del pare i la mare.

38 Vegeu la reforma proposada a l'apart. 1.2.1 d'aquest mateix comentari.

39 Vegeu DEL POZO; BOSCH CAPDEVILA; VAQUER...p. 440. L'assistència caldrà per aquells actes que els progenitors menors no puguin fer en relació a si mateixos; el més lògic és que tampoc respecte dels seus fills. Tot i així, vegeu PUIG FERRIOL, LL., La potestat parental, a PUIG FERRIOL, L; ROCA TRIAS, E, *Institucions del Dret civil de Catalunya*, II-2, Dret de Família, Tirant lo Blanc, Valencia, 2014, p. 580. S'hi presumeix que el titular de la potestat parental menor d'edat actua amb l'assistència del seu progenitor o progenitors pels actes d'administració ordinària realitzats amb tercers de bona fe. Pot consultar-se també LAUROBA LACASA, M^aElena, Comentari a l'art. 235-16, a EGEA FERNÁNDEZ, JOAN; FERRER RIBA, JOSEP (dirs.), *Comentari al Llibre II...*, cit, p. 867. L'autora matisa que la idea d'assistència sembla vinculada a la de “capacitat complementable”. Però “*resulta xocant que al progenitor menor se li reconeix una capacitat complementable respecte dels seus fills menors, en relació a una sèrie d'actes que no pot fer respecte de la seva esfera patrimonial ni tant sols assistit, és a dir, actes respecte dels que no té la mateixa capacitat complementable (...). Aquestes consideracions porten a identificar aquí la complementació amb l'accepció vulgar d'auxili (o suport), i no amb la tècnica de complementació de la capacitat*”. El comentari seria si, en qualsevol cas, el règim de l'acte dut a terme sense aquella assistència és o no el de l'acte fet sense complement (anul·labilitat, d'entrada). De fet, com es veurà, la semblança entre el 211-13 i 236-16.3 CCCat així ho fan pensar.

desacord *entre* els avis, aquella aplicació seria la solució natural; de fet, la funció d'assistència que els atribueix l'art. 236-16.1 CCCat no deixa de ser una manifestació més de la seva potestat parental en relació al seu fill menor; per tant, no deixa de ser un desacord en l'exercici d'aquesta potestat. Pel contrari, l'art. 236-16.3 prescindeix, en ambdós casos, dels assistents. Restarà el menor progenitor i la seva actuació, que ja no caldrà que es faci amb assistència, si no que sigui autoritzada judicialment. Aquest desplaçament o marginació dels assistents passaria per davant, també, de l'art. 222-28 CCCat relatiu al desacord entre tutors. Així, no caldria recórrer a l'art. 43.2 LJV⁴⁰ a fi de resoldre'l, sinó al 85 LJV a fi de sol·licitar autorització judicial.

El mateix passa en cas d'impossibilitat de prestació de l'assistència. No es fa distinció entre la puntual o permanent. Si la impossibilitat només afecta a un dels avis, per aplicació de l'art. 236-10 CCCat, sembla que n'hi hauria prou amb l'assistència de l'altre, no sent necessària l'autorització judicial⁴¹. També en els casos d'absència o incapacitat d'un d'ells. Tot i que l'art. 236-10 CCCat distingeix entre els tres supòsits, no hi hauria major dificultat en senyalar que en tots tres hi ha una impossibilitat real d'exercir la potestat parental. En qualsevol cas, la impossibilitat sembla demanar alguna cosa més que una greu dificultat per a prestar l'assistència (arg. art. 236-13.2 CCCat). Si és aquest el cas, els progenitors poden recórrer a l'art. 236-13.2 CCCat a fi que, atenent a la distribució de funcions o a l'atribució total o parcial de l'exercici de la potestat que s'acabi fent, la funció d'assistència s'encomani a qui raonablement la pugui desenvolupar.

b) *L'autorització judicial*. El progenitor menor, degudament autoritzat, podrà realitzar per si sol l'acte de que es tracti. Hi ha un paral·lelisme notable amb l'art. 211-12 CCCat⁴². A diferència de la tècnica de l'art. 236-13 CCCat la facultat decisòria no es reconeix,

40 Les incidències a propòsit de la tutela les coneix el mateix Jutjat del nomenament

41 De fet, l'art. 236-16.1 CCCat encomana la funció d'assistència als "progenitors respectius o d'aquells dels dos que tingui l'exercici de la potestat parental"; exercici que al casos de l'art. 236-10 CCCat es preveu "exclusiu" d'un d'ells.

42 Cosa que porta a pensar en la possibilitat d'aplicar també el 211-12.2 CCCat pel que fa a la possibilitat d'atorgar el complement per a actes de la mateixa naturalesa, encara que siguin futurs.

sense més, al progenitor menor; s'autoritza un acte o decisió concreta, respecte dels que el menor té un marge de maniobra molt limitat: tindrà autonomia per acabar atorgant-lo o no, però no pas de fer-ho en termes distints als autoritzats⁴³. Estrictament, l'autorització judicial també és distinta a l'assistència (art. 157 *in fine* CCesp). Visualment dona la sensació que l'assistent participa a l'acte, assistint a un dels atorgants (assistència com a declaració de voluntat); en cas d'autorització, l'autoritzant queda fora de l'acte; només dota d'una característica objectiva a l'acte a realitzar (així, el seu caràcter d'acte autoritzat).

Pel cas de realització de l'acte sense la corresponent autorització (o, fins i tot, sense la corresponent assistència), cal decantar-se per un règim d'anul·labilitat (art. 211-12.3 CCCat i 236-31 CCCat). Si de cas, la qüestió a plantejar afectaria al *dies al quem*: 4 anys a comptar des de la majoria o emancipació del progenitor o des de la majoria o emancipació del fill? Atès que es tracta d'actes realitzats en exercici de la potestat parental, es creu més idònia la darrera opció.

B) Desacords en l'exercici de la potestat parental

Els desacords de l'art. 236-13 CCCat són els que poden sorgir entre els progenitors en l'exercici de la potestat parental. Això ajuda a delimitar subjectivament i objectivament l'àmbit d'aplicació de la norma.

a) *Desacords entre progenitors i en l'exercici de la potestat*. Des d'una perspectiva subjectiva, en queden al marge els desacords entre el progenitor i la seva parella o cònjuge, que l'art. 236-14.2 CCCat resol declarant la prevalença del criteri del progenitor. També els desacords entre els assistents o entre el progenitor menor i els assistents, dels que, com s'ha vist, s'ocupa l'art. 236-16.3 CCCat. Òbviament s'aplica al desacord entre progenitors menors o entre el progenitor menor i el major d'edat. Des d'una perspectiva objectiva, literalment hom pot distingir entre els desacords *en* l'exercici (art. 236-13.1 CCCat) i els desacords *sobre* l'exercici. Els primers es produïrien quan, a propòsit d'una decisió a prendre *per ambdós*, no s'arriba a l'acord perquè es tenen opinions distintes

43 Llevat que, de nou, demani l'assistència o l'autorització judicial per allò distint que vol fer ara.

(p.e l'un vol que vagi de colònies i l'altre no; l'un vol gestionar d'una manera el patrimoni del fill i l'altre discrepa...). Els segons pressuposen una distribució o delegació de funcions, de manera que la discrepància no rau en la decisió a prendre sinó *en qui la pot prendre*. Quant a aquests últims, literalment apareixen a l'art. 236-11.4 CCCat, a propòsit de l'exercici de la potestat en cas de vida separada dels cònjuges⁴⁴, però poden sorgir també en cas de viure junts (així, perquè hi ha algun acord o decisió judicial en aquell sentit [arts. 236-9.1 i 236-13.2 CCCat]).

b) *La legitimació per a decidir*. Pel que fa a la naturalesa de la intervenció judicial, és en funció del tipus de desacord que es pot sol·licitar i resoldre una cosa o altra. L'art. 236-13 CCCat distingeix, com ja feien els precedents (arts. 7 i 11 LPPM; 138 CF⁴⁵) entre el desacord ocasional i els desacords reiterats. Com que l'art. 86.1 LJV no distingeix, hi tenen cabuda ambdós supòsits. En el primer cas *“ha d'atribuir la facultat de decidir a un d'ells”*; en el segon *“pot atribuir totalment o parcialment l'exercici de la potestat als progenitors o distribuir-ne entre ells les funcions de manera temporal, per un termini màxim de dos anys”*. Sembla una distinció pertorbadora: primer, perquè cal delimitar allò que és ocasional i allò que ja esdevé reiteració; segon, perquè per molt reiterats o habituals que siguin els desacords (sobre un mateix o distint àmbit decisor) i que d'això en tinguin evidències el Jutge⁴⁶, si un dels progenitors se li adreça demanant-li que intervingui davant el desacord que existeix en aquell moment, sembla que ha de procedir talment fos ocasional⁴⁷.

44 Vegeu LAUROBA LACASA, Elena, Comentari..a EGEA FERNÁNDEZ, JOAN; FERRER RIBA, JOSEP, *Comentari...*, cit, p. 840.

45 Que, estrictament, no establia el tipus d'intervenció judicial en cas de desacord ocasional.

46 Així, perquè es manifesta d'aquesta manera a la compareixença. No cal que s'hagin instat necessàriament diferents expedients per aquesta causa.

47 LAUROBA LACASA, M^a Elena, Comentari.., EGEA FERNÁNDEZ, JOAN; FERRER RIBA, JOSEP; *Comentari...*, cit, p.851. Que el jutge “pugui” reordenar l'exercici de la potestat permet que opti per altres opcions: així, atribuir la facultat de decidir a un dels progenitors. Que fins i tot es puguin prendre altre tipus de mesures a l'empara de l'art. 236.3.1 CCCat, es defensa a PUIG FERRIOL, LL., *La potestat parental*, cit, p. 577.

Pel demés, ben pensat, la intervenció judicial no és pas tant diferent en un cas i altre. Mai s'acaba decidint sobre el fons⁴⁸. Es tria entre els progenitors, legitimant a un d'ells per a prendre, finalment, la decisió que escaigui⁴⁹. En cas de desacords reiterats, la tècnica és la mateixa per bé que intensificada, temporalment i materialment. Això últim, perquè la facultat decisòria no es limitarà a una qüestió puntual (així, sobre la que recau el desacord) sinó que abastarà àmbits més extensos (així, tot o part de l'exercici de la potestat o alguna o algunes de les funcions que l'integren); temporalment, perquè les noves regles de joc es perllongaran en el temps, fins un màxim de dos anys. Aquesta atribució, més o menys intensa i àmplia, de la facultat decisòria a un dels progenitors comporta, és obvi (però cal fer-ho notar), una pèrdua (per força temporal) de legitimació per part del progenitor no afavorit. Els actes realitzats sense legitimació seran ineficaços.

Manquen dos darrers apunts. El primer seria si cal tenir present sempre un desacord per a recórrer a l'art. 236-13 CCCat i, de retruc, a l'art. 86 LJV. La qüestió, que només s'apunta, es planteja a propòsit de l'art. 236-13.2 CCCat que, literalment, no descarta que, amb l'antecedent de desacords passats, els progenitors sol·licitin aquella atribució o distribució a fi d'encarar més àgilment i eficaçment decisions futures. Des d'una altra perspectiva, seria tant com plantejar-se si el desacord imminent o més o menys proper permet ja iniciar l'expedient.

El segon es planteja a propòsit de l'art. 236-13.2 CCCat. Allà, reordenar l'exercici de la potestat parental és una mesura judicial vinculada, també, a la sobrevenença de "*qualsevol causa que dificulti greument l'exercici* (cal entendre, conjunt) *de la potestat parental*". De fet, els desacords reiterats en serien un exponent

48 Formalment tampoc s' "autoritza" la decisió que acabi prenent el legitimat per a decidir (arg. art. 236-16.3 *in fine*), que tampoc queda vinculat per l'opció inicialment defensada per ell mateix.

49 En cas de progenitor menor, el desacord pot ser doble: així, amb l'altre progenitor i amb els seus assistents (essent dos [pare i mare], perquè entre ells ja no hi ha acord o perquè hi ha discrepància entre ells i el que vol el seu fill). En aquests casos, per raó del tipus d'intervenció judicial prevista, caldria que el Jutge decidís primer, per la via de l'art. 236-13 CCCat, a qui donarà la facultat decisòria. Si l'atribueix al progenitor major, sobra el recurs a l'art. 236-16.3 CCCat. Si opta pel menor, caldrà aleshores, a més, autoritzar-lo.

i, d'aquí, l'eixamplament del supòsit. Amb tot, aquella reiteració i la naturalesa de les mesures que es poden adoptar demanen que aquella dificultat es prevegi mínimament duradora. L'equiparació a la norma civil (també succeeix el mateix a l'art. 156, 2on par. CCesp.) justifica que el supòsit tingui cabuda a l'art. 86 LJV. Conceptualment, es distingeix entre dificultat greu i impossibilitat (arts. 236-16.3 CCCat). L'impossibilitat d'exercir la potestat parental de manera conjunta (per absència o incapacitat d'un dels progenitors, o per qualsevol altre motiu) es reconduïxen, a l'art. 236-10 CCCat, cap a un exercici en exclusiva. La legitimació per actuar tot sol es rep, en aquests casos, legalment. No cal instar cap expedient^{50 51}.

C) Desacords sobre l'exercici de la potestat parental

Encara que la diferència sigui subtil, ja s'ha proposat distingir entre aquests desacords i els que poden sorgir *en* l'exercici de la potestat parental. Teòricament, també pot presentar-se més enllà de l'art. 236-11.4 CCCat⁵². El pressupòsit és l'existència d'un acord o resolució judicial que reordeni l'exercici de la potestat parental. Tot i així, no hi ha acord o consens quan a qui pertoca prendre una decisió concreta. Només s'apunten algunes qüestions:

- Pel que fa a l'art. 236-11.4 CCCat, no diu res quant a la naturalesa de la intervenció judicial (més enllà de que, lògicament, *“ha de*

50 Podria semblar xocant que per casos menys greus (“només” greu dificultat) calgui recórrer al Jutge, i pels més greus, que això no calgui. La perspectiva correcta no seria la de la més o menys gravetat o intensitat de l'impediment, sinó de com obsta a l'exercici conjunt. Si un dels progenitors està en coma, està incapacitat o absent, seria quasi sobrer exigir a l'altre instar un expedient per demanar al Jutge que li atribueix l'exercici en exclusiva de la potestat parental.

51 La norma clou amb una referència genèrica als casos d'exercici en exclusiva quan *“l'autoritat judicial ho disposi en interès dels fills”*.

52 Fa una interpretació dels desacords de l'art. 236-11.4 CCCat, diferent de la ressenyada *supra*, PUIG FERRIOL, Ll, La potestat parental.. cit, p. 575. Reconduïx el supòsit al cas de manca d'acords de delegació o distribució. Aleshores serien, al nostre entendre, desacords *en* l'exercici conjunt de la potestat parental. No es veuria raó per no aplicar l'art. 236-13 CCCat. De fet, el que estableix l'art. 236-11.4 CCCat s'hi adiu força. Només preveu la legitimació indistinta dels progenitors per recórrer a l'autoritat judicial i la necessitat de resoldre havent escoltat a un i altre i als fills majors de 12 anys i als menors que tinguin prou maduresa. Per la via de l'art. 85 LJV, això últim també regeix pel 236-13 CCCat.

decidir”). Els aspectes que hi apareixen són procedimentals: la legitimació de qualsevol dels progenitors i la necessitat d'escoltar els fills majors de 12 anys i els menors que tinguin suficient coneixement. De fet, això últim és una aplicació contextualitzada d'allò que ja preveu l'art. 211-6.2 CCCat, aplicable també al cas de l'art. 236-13 CCCat. Per tant, si hom compara els arts. 236-13 i 236-11.4 CCCat, tenim que a aquest darrer no hi ha res que no regeixi també pel cas del 236-13 CCCat. En aquest cas, però, s'identifica els tipus d'actuació judicial.

- Seria correcte aplicar la solució de l'art. 236-13.1 CCCat als desacords *sobre* l'exercici? Recordem que, pel cas dels ocasionals, el jutge atribueix la facultat de decidir a un dels progenitors. De fet, no sembla que jurídicament hi pugui haver, pel cas de l'art. 236.11.4 CCCat, opció més acurada (sempre, òbviament, tenint en compte l'interès del fill). Si hi ha discrepància a l'hora d'interpretar l'acord i saber a qui pertoca prendre una decisió, sembla que la resolució judicial no pugui ser altra que la d'identificar al legitimat. La diferència amb el cas de l'art. 236.13.1 CCCat seria que en aquest no hi ha cap acord a interpretar perquè es parteix de l'exercici conjunt, diguem-ne, pur.

L'art. 236-11.6 CCCat demana que, a propòsit de determinades matèries (canvi de domicili, d'ensenyament, realització d'actes d'administració ordinària...), hi hagi acord entre els progenitors. El pressupòsit és, doncs, la vigència d'algun dels pactes de que parla l'apartat 2, en virtut del qual aquestes decisions pertoquein a un sol d'ells. El consentiment a atorgar per qui no exerceix la potestat parental pot ser exprés o tàcit. El precepte identifica com a consentiment tàcit el silenci durant els trenta dies següents a la notificació feta sol·licitant-lo sense que, a més, s'hagi *“plantejat el desacord segons el que estableix l'art. 236-13”*. Es fa, doncs, una lectura procedimental de l'art. 236-13 CCCat (i, d'aquí, que es parli no tant de “manifestar” el desacord sinó de “plantejar-lo”). Sembla, d'entrada, que no n'hi hagi prou en fer arribar, d'alguna (i de qualsevol) manera, aquella disconformitat sinó que cal, a més, plantejar el desacord judicialment.

2.2.2. *Exercici inadequat de la guarda o de l'administració dels béns del menor o de la persona amb capacitat modificada judicialment*

El contingut de la Secció III també excedeix de la potestat parental (Capítol II). Això fa matisable la seva ubicació sistemàtica com a expedient “*en materia de familia*” (Cap. III). La seva rúbrica anticipa dos àmbits materials: per una banda, l'exercici inadequat de la funció (identificada com a “*potestad*”) de guarda del menor o de la persona amb capacitat modificada judicialment; per altra, l'administració dels béns d'un i altre. Aquells àmbits es presenten doblement concretats a l'art. 87.1 LJV. No es preveu per a tota intervenció judicial que s'hi refereixi sino: primer, “*en los casos a que se refieren los arts. 158, 164, 165, 167 i 216 Código civil*”; segon, “*Y en concreto*”, a propòsit de les actuacions que s'hi relacionen, per bé que no totes elles són, estrictament, “*medidas de protección*” personal o patrimonial (vegeu, en especial, lletra c). La darrera expressió (“*Y en concreto*”) és sobrera, ni afegeix, ni aclareix res. La prèvia remissió a articles del CCesp. ja delimita un àmbit material concret de manera que la reproducció, després, dels supòsits que s'hi contemplen, quan no és inútil, és pertorbadora⁵³. Si de cas, el que aquesta delimitació planteja és si les disposicions previstes a la Secció III es podrien arribar a aplicar en casos no previstos als articles que s'hi relacionen⁵⁴.

A) *Exercici inadequat de la guarda*

A la protecció personal, davant de l'exercici inadequat de la guarda, es reservaria l'art. 158 (art. 87.1, a LJV). La referència, a la LJV, a l'art. 216 CCesp recorda que l'àmbit subjectiu d'aquestes mesures excedeix dels fills menors: les mesures de l'art. 158 CCesp es poden adoptar “*en todos los supuestos de tutela o guarda, de hecho o de derecho, de menores o incapaces, en cuanto lo requiera el interés de estos*”. L'àmbit subjectiu arriba, doncs, a la persona incapaç però, encara, sense capacitat

53 Així, perquè planteja la qüestió dels supòsits inclosos a aquells articles però després no reproduïts “en concret” (p.e el cas de béns donats, exclosos de l'administració dels pares, però sense indicar qui ha d'administrar-los).

54 Així, per exemple, quant mesures de protecció patrimonial, passa que l'art. 167 CCesp. només en preveu respecte dels béns dels fills sotmesos a potestat parental però no respecte dels béns de la persona amb capacitat modificada judicialment. Per bé que l'art. 216 CCesp. fa extensiu allò previst a l'art. 158 CCesp. a les persones incapacitades, cal fer només que el precepte fa referència notar a les de caire personal.

modificada judicialment⁵⁵. Pel que fa al contingut de les mesures (i, per tant, a la naturalesa de la intervenció judicial) les expressions són volgudament genèriques (“*medidas convenientes*”, “*disposiciones apropiadas*”, “*las demás disposiciones que considere convenientes*”).

Al Dret català, les disposicions de referència serien els arts. 236-3 CCCat (rubricat, curiosament, “*Intervenció judicial*”) i l’art. 221-5 CCCat, relatiu a les mesures de control de la institució de protecció. Aquestes arriben també a la persona incapacitable (art. 225-1 CCCat) i a la que, tot i no patir una malaltia o deficiència incapacitant, necessita d’algú altre per tenir cura d’ella mateixa (art. art. 226-1 CCCat).

B) Administració dels béns del menor o persona en guarda

Les mesures que enllacen, més o menys directament, amb l’administració dels béns del fill són les previstes a les lletres b, c i d de l’art. 87.1 LJV. Cal insistir que es tracta de l’administració per part dels progenitors.

- El supòsit previst a la lletra d) és, amb reordenació gramatical inclosa, una reproducció de l’art. 167 CCesp⁵⁶. És el més genèric, tant pel supòsit de fet (“...*cuando la administración de los padres ponga en peligro el patrimonio del hijo...*”) com per les mesures que s’hi preveuen. El nomenament d’administrador implicarà alterar el contingut de la potestat, tal vegada que la funció/deure de gestió quedarà exclòs. No hi ha norma, en aquesta seu, a propòsit d’aquest nomenament (així, entre qui es designa; cómo s’accepta el càrrec; prestació de garanties...).
- A la lletra b) de l’art. 87. 1 LJV s’esmenta només un dels supòsits previstos a l’art. 164 CCesp. Quedaria per veure què succeeix en cas de béns adquirits gratuïtament, quan el donant s’ha limitat a excloure als pares de la seva administració però sense designar un gestor (art. 164.1 CCesp). Cal designar també un administrador judicial (art. 164.2 CCesp)? O permetre que l’administració

55 El mateix passa a propòsit dels arts 43 i 52 LJV. La disposició comú parla del menor o persona amb capacitat modificada judicialment i no és fins l’art. 52 que tot plegat s’aplica també al guardador de la persona “*que hubiera de estarlo*”.

56 Lleugerament modificat per la LJV, que canvia “padres” per “progenitores” i “providencias” por “medidas” (DF1^a, 31^o).

se n'encarregui el propi fill (almenys si ja és major de 16 anys) (art. 164.3 CCesp.)? *Quid*, també, quan els progenitors han estat exclosos pel causant com a administradors dels béns del fill, per bé que a la successió corresponent ni han estat desheretats ni declarats indignes per a succeir?⁵⁷

- L'art. 87.1,c LJV és un pèl recargolat. S'imposa una lectura a l'empara de l'art. 165 CCesp. La norma general seria que, en relació als béns no administrats pels pares, cal fer-los lliurament de la part dels fruits que pertoqui per contribuir a l'aixecament de les despeses familiars. L'excepció són els fruits dels béns dels arts. 164.1 i 2 CCesp.; altrament, aquell deure de contribució i lliurament només regeix quan es tracta de béns obtinguts pel fill amb el seu treball (art. 164.3 CCesp.) o quan l'administració per part de tercers no té el seu origen en la voluntat del donant o causant (així, per decisió judicial [art. 167 CCesp.]). Però l'art. 165 esmenta una segona excepció: *"aquellos donados o dejados a los hijos especialmente para su educación o carrera"*. Si el punt de partida de la norma és que es tracta de béns no administrats pels progenitors, vol dir que aquests béns ja foren exclosos d'aquesta administració pel donant o causant. Amb això ja n'hi hauria prou per quedar al marge del deure de contribució. L'afegit de la finalitat no hi aportaria res. Una possibilitat passaria per entendre que aquella contribució tampoc regeix encara que siguin administrats pels pares, per bé que això no enllaçaria ni amb el supòsit de fet del que parteix l'art. 165 (3er par), ni amb la conseqüència pel cas de manca de medis (*"...podrán pedir al Juez que se les entregue la parte que en equidad proceda"*). Aquesta excepció també regeix pel cas dels béns dels arts. 164.1 i 2 CCesp. A l'àmbit del Dret català, les disposicions de referència serien els arts. 236-3 CCCat; 221-5; 236-22 i 236-26 CCCat.
- Els dos primers serien disposicions genèriques que, més enllà de mesures de protecció de caire personal, també inclouen les patrimonials i no només pel que fa a l'administració per part dels pares dels béns dels fills (art. 236-3 CCCat *"L'autoritat judicial (...) pot adoptar les mesures que estimi necessàries per a evitar qualsevol*

⁵⁷ El supòsit no encaixaria a l'art. 164.1 CCesp. per raó de la naturalesa lucrativa i no gratuïta del títol successori.

perjudici (...) patrimonial als fills en potestat”), sinó que arriben també a la gestió que pugui arribar a desenvolupar qui exerceix una institució de protecció (art. 221-5.2 “...amb relació a mesures de control de la gestió patrimonial ...”).

- Els arts 236-25 i 236-26 CCCat delimiten els supòsits en que caldrà designar un administrador judicial (més enllà del cas previst a l'art. 236-3); així, quan el donant o causant hagin exclòs als progenitors de l'administració dels béns sense designar a algú altre a aquests efectes i quan, tot i no haver-se formular aquella exclusió, els progenitors han estat desheretats justament o declarats indignes per a succeir. La distinta formulació dels arts. 236-25 CCCat i 164 CCesp. explica la discordança de l'art. 87.1, b LJV amb el Dret català.
- El mateix passa en relació al supòsit descrit a l'art. 87.1 c LJV. No encaixa amb l'art. 236-22.3 CCCat perquè aquest últim tampoc coincideix amb l'art. 165 (3er par.) CCesp. La regla inicial és la mateixa: el deure de contribució dels fills a l'aixecament de les despeses familiars fins i tot en relació als béns que queden exclosos de l'administració dels progenitors. També, com succeeix al dret estatal, hi ha una doble excepció. La primera serien els fruits dels béns i drets atribuïts especialment per a destinar-se a l'educació o la formació del fill. Queden exclosos de la contribució. No passa el mateix (com contràriament succeeix al dret estatal) amb altres béns rebuts a títol lucratiu exclosos de l'administració dels progenitors. El destí o afectació d'uns i altres determina un règim diferent. L'excepció a l'excepció admet dues variables. A ambdós casos, els fruits d'aquests béns amb destinació qualificada “s'han de lliurar” als progenitors. La primera seria l'existència d'un sobrant (“...en la part sobrera...”), és a dir, en aquella part en que els béns i els seus fruits no són necessaris per a encarar les necessitats de formació. La segona seria la manca de mitjans per part dels progenitors per encarar les despeses familiars. Aleshores s'hauran de lliurar fruits “en la part que, segons equitat, l'autoritat judicial determini”. La intervenció judicial s'acaba concretant, en aquest particular, en la determinació de la prestació deguda. El paràmetre de determinació seria l'equitat; el seu pressupòsit: la verificació prèvia de l'existència del crèdit (així, deure de contribució [que només existeix en la mesura que no resulti, també, contrari a equitat; art. 236-22.1 CCCat];

manca de mitjans...). L'art. 236-22 CCCat no diu res quant als béns afectes a la formació del fills administrats pels progenitors. No sembla que, en funció de qui administri, s'hagin d'alterar les regles de la contribució⁵⁸. Per tant, tot i que els progenitors, com a administradors, podran aplicar els fruits a l'aixecament de despeses, quan es tracti dels procedents de béns atribuïts per a despeses de formació, cal entendre que només ho podran fer o bé en la part sobrera o bé en la part que resulti equitatiu.

L'equiparació, en diferents aspectes, entre el tutor i l'administrador patrimonial (art. 222-13, 15, 17, 21, 23...) permet plantejar l'aplicació d'algunes de les normes previstes pel nomenament del tutor al de l'administrador.

2.2.3. L'expedient

Amb caràcter previ, cal senyalar que les mesures previstes a l'art. 87.1,a LJV no demanen necessàriament d'un expedient de jurisdicció voluntària (art. 158 CCesp. *“dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un expediente de jurisdicción voluntaria”*; *“en qualsevol procediment”*; art. 236.3 CCCat).

a) *La legitimació*. A l'art. 86.2 LV correspon a *“ambos progenitores, individual o conjuntament”*. S'adiu amb l'art. 236-13 CCCat (*“a instància de qualsevol dels progenitors”*). Pel cas de progenitor menor, l'art. 86.3 legitima també als progenitors o tutors. No hi ha regla semblant a l'art. 236-16 CCCat. El *“también”* indica que és una legitimació pròpia, diferenciada de la legitimació del propi menor. El supòsit serà un pèl estrany tal vegada que, havent-hi un desacord amb el menor, l'interessat a obtenir (i, per tant, a promoure) l'assistència o autorització judicial hauria de ser el mateix menor.

A l'art. 87.3 LJV, la legitimació activa es reconeix *“al propio afectado”*, a *“cualquier pariente”*, i al Ministeri fiscal. Es tracta de mesures que també es poden adoptar d'ofici o, en cas de persona

58 I si, administrin els progenitors o algú altre, els béns s'hagin afectat a altres finalitats³ (vegeu, no descartant altres vinculacions, LLACER MATA CAS, M^a ROSA, Comentari, a EGEA FERNÁNDEZ, Joan; FERRER RIBA, Josep, *Comentari...*, cit, p. 902). El problema no és si la donació o l'atribució successòria pot quedar vinculada a una finalitat o destí sinó en quina mesura els seus fruits poden quedar afectes a la contribució a les despeses familiars.

amb capacitat modificada judicialment, a instància de qualsevol interessat. La norma no fa distinció entre els distints supòsits i sembla que caldria fer-ho. Com a mínim, a propòsit de la lletra c, sembla que els únics legitimats serien els progenitors⁵⁹. Aquella regla de legitimació permet, atenent al Dret català, afegir dos comentaris: el primer, el contrast amb la regla de l'art. 236-3.2 CCCat que, a propòsit de la intervenció judicial en protecció dels fills en potestat, preveu l'actuació d'ofici "*o a instància dels mateixos fills, dels progenitors, encara que no tinguin l'exercici de la potestat, dels altres parents dels fills fins al quart grau per consanguinitat o segon per afinitat i del ministeri fiscal*". No queda legitimat, per tant, qualsevol parent. El segon seria per plantejar l'aplicació de l'expedient a fi d'adoptar les mesures de control de l'art. 221-15 CCCat relatiu, insistim, no només a menors i a persones amb capacitat modificada judicialment⁶⁰ni, tractant-se de menors o persones amb capacitat modificada judicialment, a tutors i curadors.

b) La *competència*, a l'art. 86.2 LJV, correspon al Jutjat del domicili o residència del fill. La regla afegida té sentit a l'empara de l'art. 156 *in fine* CCCat. Preveu el cas de vida separada dels progenitors, entenent que, aleshores, la potestat s'exerceix per aquell amb qui conviu el fill. En aquest cas, però, l'àmbit dels desacords es neutralitza per manca d'exercici comú. D'aquí que el no-convivent pugui sol·licitar, i el Jutge atorgar, l'exercici conjunt. És en aquest cas, doncs, que els desacords derivats d'aquest exercici s'hauran de conèixer per aquest mateix Jutjat. En cas de vida separada dels progenitors, el Dret català no altera la regla general de l'exercici conjunt de manera que és la que legalment es conservarà, si no es reordena pels mateixos progenitors via acord o per l'autoritat judicial (art. 236-11.1; 233-10.2 CCCat). Per tant, el supòsit no encaixa al Dret català en el que, si escau, la resolució judicial en

59 Es podria pensar també, en tant que "afectats", en els administradors, als que interessa saber quina part dels fruits han de lliurar.

60 La legitimació aleshores arriba, si no es prenen d'ofici, al Ministeri fiscal, als titulars de les funcions de protecció, a la persona assistida i a les persones cridades a l'exercici de la tutela (art. 222-10 CCCat).

cap cas establirà de bell nou l'exercici conjunt: o el mantindrà, o el reordenarà, o l'excepcionarà⁶¹.

L'art. 87.2 LJV és també una regla competencial. Coincideix amb la de l'art. 86.2 per bé que incorporant el domicili o residència de la persona amb capacitat modificada judicialment. Es preveu una excepció, amb una redacció defectuosa (“*del inicial????*”), que abasta tres supòsits: exercici conjunt de la potestat parental establerta per resolució judicial; “*atribución de la guarda y custodia de los hijos (...) establecido por resolución judicial*”; subjecció dels fills a tutela. Aquest darrer supòsit cal contrastar-lo amb l'art.89 LJV i amb l'art. 43 LJV. Aquest darrer, aplicable a tot cas de tutela (i no només de menors com al 87.2), estableix que l'òrgan que hagués tramitat l'expedient de tutela serà el competent per a conèixer de tota incidència posterior sempre que el tutelat visqui a la mateixa circumscripció. En altre cas, el que hagi de conèixer haurà de sol·licitar l'expedient complet a aquell òrgan judicial. Primer problema: l'art. 87.2 LJV excepciona aquella regla perquè no fa jugar la salvetat de manera que en cas de tutela de menor sempre haurà de conèixer el que va resoldre el nomenament? Si la resposta és afirmativa aleshores serà impossible aplicar l'art. 89 LJV . Segon problema: el cas del tutor de persona amb capacitat modificada judicialment. No hi ha regla especial a l'art. 87.2 LJV. Aplicant l'art. 43 LJV, és possible que l'òrgan que va conèixer del nomenament no sigui competent per prendre, per exemple, alguna de les mesures de l'art. 87.1.a LJV. Aleshores, atenent a l'art. 43 LJV, el jutge que va conèixer inicialment de la tutela, ha remetre tot l'expedient a jutge del 87.2 LJV. Per què remetre després al primer un testimoni si ara l'expedient ja no el té?

c) *Tramitació*. Se n'ocupa l'art. 85, rubricat així mateix. El Secretari judicial citarà a una compareixença. La disposició distingeix entre les persones que cal citar i les que es poden citar. Les primeres: el sol·licitant i, en la mesura que no ho sigui, el progenitor o progenitors, Ministeri Fiscal, guardadors o tutors quan escaigui (és a dir, quan n'hi hagi), la persona amb capacitat modificada

61 La conseqüència és que, dels desacords, haurà de conèixer el jutge del domicili del nen, no el que va conèixer del procés matrimonial (si és que els pares estan o estaven casats).

judicialment i el menor major de 12 anys o, si no arribés a aquesta edat, sempre que tingui prou maduresa⁶². Si el titular de potestat parental és un menor no emancipat, també caldrà citar als seus progenitors o tutor. Les segones: qualsevol interessat. Pel Dret català, la intervenció del menor ja ve exigida per l'art. 211-6.2 CCCat. Qualsevol dels compareixents poden proposar la pràctica de les diligències que vulguin. El Jutge també en podrà acordar d'ofici. No cal ni advocat ni procurador per a promoure i actuar a l'expedient.

d) *La resolució*. L'art. 88 LJV pensa exclusivament en l'art. 87.1,a i b LJV. Es preveu, expressament, el nomenament d'un defensor judicial o d'un administrador (això és, precisament, el que demana l'art. 87.1, b LJV i preveu com a opció l'art. 87.1, d LJV) (art. 167 CCesp.; art. 236-3 CCCat). Pel que fa al defensor judicial, el nomena el Jutge, a diferència d'allò que preveu l'art. 27 i ss LJV, que atribueix la competència al Secretari Judicial⁶³.

2.3. La intervenció judicial en casos de desacord conjugal i en l'administració dels guanys

L'art. 90.1 LJV, a diferència dels art. 86 i 87 LJV, no es limita a reproduir allò que ja anticipa i presenta la rúbrica precedent. De la mà dels legitimats activament ("*...cuando los cónyuges, individual o conjuntamente, soliciten...*"), es dona pas als llistat de supòsits pels que es demana la intervenció judicial. A propòsit d'aquesta relació, no hi ha cita a les normes civils corresponents, tot i que caldrà identificar-les atesa la manca d'autonomia de la norma procedimental. Aquest llistat desenvolupa el títol del Capítol, de tal manera que en els supòsits que s'hi descriuen o bé hi ha un desacord o fan referència a l'administració dels béns comuns. La qüestió que cueja, aleshores, és si les disposicions que s'hi preveuen esdevindran aplicables a altres possibles desacords o a altres qüestions relatives a aquella administració.

Aquell llistat acaba concretant, també, la naturalesa de la intervenció judicial en els casos en que no es tracta d'una autorització

62 A efectes de jutjar aquesta maduresa, possiblement cal citar-lo abans.

63 Pot designar-se al Dret català? A l'art. 134.1 CF s'hi preveia expressament el nomenament d'un defensor judicial. Avui la referència ha desaparegut.

(això últim es el que es demana a les lletres a [*“disponer de la vivienda habitual...”*], c i e). L'actuació judicial consisteix en *“fijar”* el domicili o la contribució a les despeses familiars (lletres a i b) o, a la lletra d, *“conferir”* l'administració dels béns a un dels cònjuges.

Tal vegada que el Dret català no regula el règim de guanys, no hi ha un enllaç directe entre la norma catalana i l'art. 90.1, c, d, e LJV.

2.3.1. Àmbit d'aplicació

Als desacords implícits dels primers apartats, segueixen els aspectes relacionats amb la gestió dels guanys.

A) Desacords

- Si es demana la intervenció del Jutge per a determinar el domicili conjugal o la contribució a les despeses familiars, o per a autoritzar la disposició sobre l'habitatge familiar és, d'entrada, perquè no hi ha acord en fer-ho⁶⁴. És sobrer, per sobreentès, que s'afegeixi *“si hubiere desacuerdo entre los cónyuges”* a l'art. 90.1, a *in fine* LJV. Una decisió compartida és el que imposen els arts. 70 (*“fijarán de común acuerdo”*) i 1320 CCesp. (*“se requerirá el consentimiento de ambos”*), i 231-3 CCCat (*“determinen de común acord”*) i art. 231-9 CCCat (*“el cónyuge titular, sense el consentiment de l'altre, no pot disposar...”*). Ni a un ni a altre text hi ha precepte que encomani a l'autoritat judicial la fixació de la contribució a les despeses familiars quan no hi ha acord al respecte. L'art. 1318 CCesp, que no explicita com s'ha de contribuir⁶⁵, pressuposa que un dels cònjuge incompleix el seu deure de contribució i permet que l'altre sol·liciti judicialment mesures cautelars per a garantir-ne el compliment. És aquest *“deber”* el previst a l'art. 90.1 b LJV? Certament, no acaba d'encaixar. La norma catalana, l'art. 231-6 CCCat, no preveu cap intervenció judicial en aquest particular.

A manca d'acord, la fixació del domicili familiar s'ha de fer *“en interès de la família”* (arts. 70 CCesp.; art. 231-3 CCCat, que

64 D'entrada, perquè podria ser que no es pogués donar el consentiment.

65 Ho fa l'art. 1438 CCesp. en seu de separació (*“proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos”*). L'art. 1362 CCesp. preveu que les despeses familiars siguin a càrrec de la societat de guanys.

afegeix “a efectos legals”)⁶⁶. Quant a l'autorització per a disposar de l'habitatge familiar, mentre l'art. 1320 CCesp. no explicita cap paràmetre o directriu d'actuació, l'art. 231-9 CCCat afegeix que el Jutge ha d'autoritzar l'acte “en interès de la família i també si es dona una altra causa”. L'autorització judicial completa el poder de disposició del cònjuge que, malgrat ser titular, no pot disposar eficaçment per si sol; és la llei la que limita aquell poder.

B) Administració dels bens comuns

Les lletres c, d i e de l'art. 90.1 LJV preveuen la intervenció judicial ja recollida als arts. 1376, 1377, 1388 i 1389 CCesp.

- La lletra c parteix de la regla general en matèria d'administració i disposició dels béns comuns: la necessitat d'acord a manca de pacte establint el contrari (art. 1375 CCesp). L'art. 1376 CCesp. preveu que l'autoritat judicial supleixi, autoritzant l'acte d'administració, el consentiment del cònjuge que “*se hallare impedido para prestarlo, o se negare injustificadamente a ello*”. Aquella autorització només pertocarà “*si encontrara fundada la petición*”. Les circumstàncies que donen entrada a la intervenció judicial a l'art. 1377 CCesp., a propòsit d'actes dispositius, són les mateixes (impossibilitat de prestació i negativa). La decisió queda supeditada a l'interès de la família (“*...cuando lo considere de interés para la familia. Excepcionalmente acordará las limitaciones o cautelas que estime conveniente*”).
- La lletra d parteix també d'aquella mateixa regla general i cerca, precisament, alterar-la atribuint, en exclusiva, l'administració a un sol dels cònjuges. L'art. 1388 CCesp. relaciona les circumstàncies que permeten sol·licitar aquesta atribució. L'art. 90.1,c LJV les reproduïx: impossibilitat, abandonament de la família i separació de fet.
- La lletra e pressuposa una prèvia alteració de la regla general (així, que l'administració i disposició corresponguin legalment a un sol dels cònjuges [art. 1387 CCesp] o que les facultats administratives s'hagin atribuït judicialment a un d'ells [art.

⁶⁶ Això últim ha estat interpretat com a independència respecte del lloc de la convivència real (vegeu, PUIG FERRIOL, Lluís, Els efectes del matrimoni, cit, p. 91).

1388 CCesp.]). L'art.1389 (2on par) CCesp. demana aleshores autorització judicial per a realitzar determinats actes dispositius. És la prevista a aquella lletra e.

La qüestió a plantejar, en clau catalana, és l'aplicabilitat de l'expedient a propòsit de la comunitat de béns prevista al CCCat⁶⁷. Per analogia, si de cas. Certament, la remissió als tràmits generals, de l'art. 90.1 LJV, pot acabar deslluïnt en bona mesura aquesta proposta si no fos per les particularitats contingudes al apartats següents (com, per exemple, la que preveu la necessària intervenció d'advocat i procurador quan s'hi vegi implicada la realització d'un acte patrimonial per valor superior als 6000 euros). Les possibles alteracions a la regla general en matèria d'administració i disposició (així, l'exercici conjunt [232-33.1 CCCat]) es preveuen a l'art. 232.33.4 CCCat: atribució de l'administració i disposició a un sol dels cònjuges en cas de manca de capacitat d'un d'ells o d'impossibilitat; o autorització d'actes dispositius per un dels cònjuges, si l'altre s'hi nega, i si ho justifica l'interès de la família o qualsevol altra justa causa.

2.3.2. *L'expedient*

Més enllà de la crida a les normes comunes (art. 90.1 LJV) i de la valoració econòmica de l'acte patrimonial compromès a fi de determinar la necessitat o no d'intervenció de lletrat i procurador (art. 90.3 LJV), l'art. 90 LJV atribueix la competència d'aquests expedients al Jutge corresponent al domicili o al darrer domicili dels cònjuges. També preveu l'audiència del MF si hi són presents els interessos de menors o persones amb capacitat modificada judicialment.

⁶⁷ O, si escau, a propòsit de qualsevol altre règim de comunitat.

3. LA INCIDÈNCIA DE LA LJV EN MATÈRIA MATRIMONIAL

Ja s'ha anticipat que abasta dos àmbits. Essencialment: per una banda, l'autorització i celebració del matrimoni; per l'altra, la separació i el divorci.

3.1. La “celebració” del matrimoni

El Preàmbul de la LJV presenta, com a mostra afegida de desjudicialització de determinades actuacions, els canvis introduïts al Ccesp. en matèria de competència per a autoritzar o celebrar i, abans, per constatar la capacitat dels futurs cònjuges i la manca d'impediments (Preàmbul XI, par. 2on i 4art)⁶⁸. En aquest particular, però, la novetat és, abstractament considerada, molt menor. La raó és que, d'ençà la reforma introduïda amb la Llei 35/1994, de 23 de desembre, la competència per autoritzar matrimoni en forma civil es reconeix també als Alcaldes i Regidors a qui es delegui, és a dir, a representants polítics o òrgans públics que no són operadors jurídics⁶⁹. D'aquí que l'accés del Notari o del Lletrat de l'Administració de Justícia⁷⁰ a aquesta funció (i, també, a la d'acreditar els requisits de capacitat per a contreure matrimoni) es presenti com a novetat esmorteïda. En qualsevol cas, es tracta de funcions que conformen, diríem, el nucli dur de la forma civil de celebració del matrimoni. Això determina indubtablement l'aplicació directa, a Catalunya, de les normes que s'hi refereixen (art. 149.1.8 CE). La majoria amb una *vacatio legis*, de moment, fins el 30 de juny de 2018 (DF 21^a, 3 LJV i DT 4^a i Article únic, aprs. 4

68 “...Todo ello se emmarca igualmente en el proceso de diversificación de los elementos personales ante los que se lleva a efecto la autorización de determinados actos, que permite la concentración de la Administración de Justicia a la labor fundamental que la Constitución les atribuye de juzgar y ejecutar lo juzgado” (Preàmbul XI, par. 4art, *in fine*).

69 A la Llei del Registre civil (en endavant, LRC) (versió original de la Llei 20/2011, de 21 de juliol, prèvia a la reforma per la LJV) la tramitació de l'expedient matrimonial s'encomanava al Secretari de l'Ajuntament. Es destacable que l'art. 58.2 LRC establia que el dit expedient es regiria per la LRC, el seu Reglament i, supletòriament, per la Llei 30/1992, de 26 de novembre, del *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común*.

70 En endavant, Lletrat A.J.

i 5 Llei 4/2017, de 28 de juny, de modificació de la LJV). D'entre les disposicions afectades per a aquesta vigència posposada, no s'hi troba l'art. 60 Ccesp. Preveu el reconeixement d'efectes civils al matrimoni celebrat en la forma prevista pel Dret canònic, pels Acords de cooperació entre l'Estat i les confessions religioses corresponents, o per les esglésies i confessions que estiguin inscrites al Registre d'Entitats Religioses i hagin obtingut el reconeixement de “*notorio arraigo en España*” (tot plegat anticipat a Preàmbul XI, par. 5è i 6è LJV)⁷¹.

3.1.1. *L'acta o expedient previ*

La novetat és competencial. No afecta al propòsit o contingut (“... *el cumplimiento de los requisitos de capacidad de ambos contrayentes y la inexistencia de impedimentos o su dispensa, o cualquier género de obstáculos para contraer matrimonio...*”). No cal pel cas de matrimoni en perill de mort (art. 52 Ccesp; vegeu, però, art. 52.3 in fine LN, pel que fa a l'acta de comprovació dels requisits de validesa del matrimoni). Es contempla com a pas previ a la celebració matrimonial a l'art. 56 Ccesp.; a l'art. 65 Cesp (i art. 58.10 LRC) com a requisit previ a la inscripció del matrimoni que, estranyament, s'hagi celebrat sense acta o expedient matrimonial.

- a) La competència s'atribueix al Lletrat A.J., Notari o Encarregat del Registre civil del lloc del domicili d'un dels contraents o, si visqués a l'estranger, al funcionari diplomàtic o consular encarregat del

71 Vegeu RD 593/2015, de 3 de juliol, *por el que se regula la declaración de notorio arraigo de las confesiones religiosas en España*. Vegeu, també, a efectes d'allò que preveu l'art. 60.2, 2on par, lletra a i art. 63 Ccesp. l'Ordre JUS/577/2016, de 19 de abril, *sobre inscripción en el Registro civil de determinados matrimonios celebrados en forma religiosa y aprobación del modelo de certificado de capacidad matrimonial y de celebración de matrimonio religioso*. Quant a l'expedient previ exigint per l'art. 60.2, 2on par. lletra a Ccesp, pertocarà tramitar-lo a l'Encarregat del Registre civil (DT 5ª, 4 LJV). No serà fins el 30 de juny de 2018 que aquesta competència arribarà al Lletrat A.J. i al Notari (art. 51.1 Ccesp i art. 58 bis.1.2 LRC i DF 21ª.3 LJV). Pel demés, les DF 5ª, 6ª i 7ª LJV modifiquen, respectament, les lleis (totes de 10 de novembre) 24/1992, *por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Comunidades Israelitas de España*; 25/1992, *por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Comunidades Israelitas de España* i 26/1992, *por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España* (vegeu DF 21ª.4 LJV, que introduxi *vacatio legis* fins el 30 de juny de 2017, ampliat fins el 30 de juny de 2018 per la Llei 4/2017).

Registre civil. Quant al procediment, és el fixat a l'art. 58 LRC (per remissió de l'art. 56 Ccesp. i art. 51.2 LN). En el cas del Notari, tramitarà i autoritzarà acta matrimonial (art. 49.2 i art. 51 LN); en els altres, s'instruirà un expedient, que caldrà resoldre.

b) S'explicita aquella finalitat als arts. 51.1 i 56 Ccesp, 58.2 LRC i 54.1 i 6 LN. L'expressió (probablement inspirada en l'art. 58.2 LRC [versió original Llei 20/2011] i 246 RRC) deixa enrere la més bàsica de l'art. 56 Ccesp (abans de la reforma; “ (...) *acreditarán previamente (...), que reúnen los requisitos de capacidad establecidos en este Código*”). Els requisits de capacitat, la inexistència d'impediments o la seva dispensa (arts. 46, 47 i 48 Ccesp) cal que es constatin al temps d'autoritzar l'acta o resoldre l'expedient. Per bé que el consentiment matrimonial hi actua com a referent (tal vegada que s'hi constata la capacitat per a emetre'l), és una valoració deslligada del moment de l'emissió, que pot produir-se temps després⁷². L'art. 58.5 (1er par.) LRC revela que la finalitat de l'acta o expedient va més enllà i no es limita a comprovar i constatar, només, la capacitat dels promotors. Un segon propòsit seria el d'efectuar una mena de control preventiu de la validesa del consentiment matrimonial per raó, lògicament, de circumstàncies o aspectes que no depenguin només de la capacitat per a contreure'l. Es pensa, bàsicament, en possibles simulacions (“...*para acreditar (...) cualquiera otros extremos necesarios para apreciar la validez de su consentimiento y la veracidad del matrimonio*”).⁷³ La conseqüència seria que, tot i

72 Cal tenir en compte que l'art. 58 LRC, quant a l'acta o expedient previ, s'aplica també als efectes d'allò previst a l'art. 60.2 Ccesp, és a dir, a propòsit del matrimoni que es vulgui celebrar d'acord amb la forma prevista per una església o confessió “de notorio arraigo” (art. 58.2 bis LRC). És en aquests casos que l'art. 58.2 bis estableix que el consentiment matrimonial “*deberá prestarse antes de que hayan transcurrido seis meses desde la fecha del acta o resolución que contenga el juicio de capacidad matrimonial*” (regeix també el mateix termini al règim transitori; vegeu DT 5ª, 4 (2on par) LJV). El mateix termini apareix a l'art. 7.2 *in fine* (modificat per la LJV) de la Llei 26/1996, de 10 de novembre, *por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España*. Pel cas de celebració de matrimoni en forma civil, l'art 58. 5 (3er par) LRC demana publicar novament els anuncis dels arts. 243 i 244 RRC si el matrimoni no s'ha celebrat abans de l'any d'ençà la primera publicació.

73 Es podria afirmar que els requisits dels arts. 46 i 47 Ccesp. són objectius en el sentit que depenen de circumstàncies del tot objectives, alienes a la voluntat dels promotors (així, la majoria d'edat, l'existència de vincle de parentiu...). Des d'aquesta perspectiva, si no fos per aquell control preventiu, no s'acabaria d'entendre del tot

tenir capacitat per a contreure matrimoni (arts. 46 i 47 Ccesp), es podria no autoritzar l'acta o resoldre desfavorablement l'expedient en cas de concórrer circumstàncies que facin pensar en un futur consentiment nul. La sospita fonamentada de nul·litat impedeix l'atorgament mateix del negoci.

Més enllà dels informes i altres diligències que l'instructor consideri convenient demanar o practicar (art. 58.5 LRC), es preveu com a contingut necessari de l'acta o expedient el poder ("*especial en forma autèntica*") de l'art. 55 Ccesp o l'informe mèdic dels arts. 56 Ccesp i 58.5 (apar. 1er *in fine*) LRC.

3.1.2. *L'atorgament del consentiment matrimonial*

La novetat també és competencial. L'art. 51.1 Ccesp. relaciona les persones autoritzades a aquests efectes ("*Será competente para celebrar el matrimonio: (...)*", però sense vincular la dita competència a l'acta o expedient previs, com fa l'art. 57 Ccesp i reitera l'art. 58.8 LRC⁷⁴. En qualsevol cas, deixa de ser competència dels Jutges Encarregats del RC. Això últim dóna raó de la tan proclamada desjudicialització a l'àmbit matrimonial. Atenent a l'art. 51 i 57 Ccesp. tenim:

- Supòsits en els que qui ha tramitat l'acta o expedient pot celebrar també el matrimoni: són els casos del Lletrat A.J., funcionari diplomàtic o consular i del Notari. Més enllà d'aquesta possibilitat, els contraents poden optar per escollir, en el primer cas, a un altre Lletrat; en el segon, a un altre funcionari i, en el tercer, a un altre Notari. En tots els casos, l'opció pot recaure també en el Jutge de Pau, Alcalde o Regidor a qui es delegui. El que no permet la norma és, doncs, triar a un Notari si l'expedient previ l'ha tramitat un Secretari judicial; tampoc a la inversa.
- Supòsit en el qui ha tramitat l'expedient no és en canvi competent per a autoritzar el matrimoni: és el cas de l'Encarregat del RC. Els promotors poden aleshores triar entre el Jutge de Pau, Alcalde o

la finalitat de l'audiència prevista a l'art. 58.5 LRC ("*...oirá a ambos contrayentes reservadamente y por separado...*") si el propòsit al que es vincula és, només, al de "*cerciorarse de su capacidad y de la inexistencia de cualquier impedimento*".

74 L'art. 57 Ccesp. també és més precís terminològicament que l'art. 51: "El matrimonio...podrá celebrarse *ante*...". Els qui celebren o atorguen el consentiment matrimonial són, només, els cònjuges.

Regidor a qui s'hagi delegat. Si a la localitat a on es vol celebrar el matrimoni no hi ha Jutjat de Pau, les opcions es redueixen a l'Alcalde o Regidor⁷⁵.

A diferència de la competència per a autoritzar l'acta o tramitar l'expedient, la tria de la persona davant qui atorgar el consentiment matrimonial no va en cap cas lligada al lloc de residència dels contraents^{76 77}. Òbviament, cal que sigui persona competent al lloc de celebració del matrimoni. (art. 51.2 Ccesp).

La DT 4^a.2 LJV (modificada per l'Article únic, apr. 1^{er} Llei 4/2017) preveu el règim transitori aplicable als expedients iniciats abans de la completa entrada en vigor de la LRC. La competència es reserva als Jutges encarregats del RC, per bé que el matrimoni es podrà celebrar: o bé, fins com ara, davant del Jutge encarregat del RC (o Jutge de Pau, per delegació) o funcionari diplomàtic o consular encarregat del RC o, a decisió dels contraents, davant de l'Alcalde o Regidor a qui es delegui, del municipi on es celebri el matrimoni; o bé, com a novetat, davant del *“Secretari Judicial o Notario libremente elegido por ambos contrayentes que sea competente en el lugar de celebración”*⁷⁸.

L'art. 58 Ccesp. es modifica també als efectes: primer, d'incloure als nous autoritzants; segon, d'incloure també l'escriptura pública

75 Pel cas de matrimoni en perill de mort i, per tant, no precedit d'acta o expedient, a l'Alcalde, Regidor, Jutge de Pau, Lletrat, Notari i funcionari diplomàtic o consular, s'hi sumen *“2º El Oficial o Jefe superior inmediato respecto de los militares en campaña; 3º El Capitán o Comandante respecto de los matrimonios que se celebren a bordo de nave o aeronave”*.

76 Aquesta possibilitat ja figurava a l'art. 57 Ccesp (abans reforma LJV)

77 Pel que fa al moment de la tria, l'art. 52.2 LN concreta que ha de constar a *“la solicitud inicial”* o manifestar-se *“durante la tramitación del acta”*. D'acord amb l'art. 240 RRC, la designació del funcionari escollit per a la celebració cal que consti a la sol·licitud amb la que s'inicia l'expedient.

78 Vegeu, en aquest sentit, Circular 1/2015, del Consejo General del Notariado, *relativa a la celebración de matrimonio por notario*. Vegeu també *Instrucción por la que se resuelve consulta formulada por los Magistrados de los Registros civiles exclusivos de Madrid y Sevilla en cuanto a la intervención de los Notarios y Secretarios judiciales en la celebración de bodas al amparo de la Nueva ley de jurisdicción voluntaria*, de 3 d'agost de 2015. En aquest darrer cas, s'estableix que el Jutge encarregat del Registre civil només ha de remetre al Lletrat o Notaria escollit *“testimonio del auto firme aprobatorio del expediente de capacidad matrimonial (...) En esto se diferencia de la delegación en otro Encargado de Registro civil, en cuyo caso si se deberá dar traslado de la totalidad del expediente (cfr. Artículos 250 y siguientes del Reglamento del Registro civil)”*.

que obeeixi a la possible intervenció del Notari (art. 49.1 LN; art. 58.8, 2n par LRC); tercer, de fer desaparèixer la inscripció immediata (“...*extenderá la inscripción...*”) en coherència amb la manca de competència de l’Encarregat del RC per a celebrar matrimonis.

En què consisteix realment la intervenció de la persona davant de qui s’atorga el consentiment matrimonial? No es tracta només d’un testimoni qualificat⁷⁹, ni de l’encarregat només d’ordenar l’acte de celebració o de lliurar el document (acta o escriptura pública) que caldrà remetre al Registre civil. Certament, ordena l’acte d’emissió de les declaracions de voluntat (“(...) después de *leídos* (...)”⁸⁰, *preguntará* (...), *declarará* (...) y *extenderá* (...); art. 58 Ccesp.) i n’és el receptor. La declaració del vincle (“*declarará que los mismos quedan unidos en matrimonio*”) no serà automàtica. Sens perjudici d’una eventual impugnació ulterior, l’autoritzant ha de verificar que la declaració s’ha emès amb capacitat natural i sense vicis del consentiment.

3.2. La separació, el divorci i llurs efectes arran de la LJV

El Preàmbul de la LJV anticipa que també es desjudicialitzen la separació i divorci “*de mutuo acuerdo (...)sin hijos menores de edad*” (XI, par. 2on). Amb tot, per bé que aquesta és la modificació estructural més significativa, n’arrastra d’altres. Val la pena destacar-ne alguns aspectes per encarar, després, la qüestió de la seva influència al Dret civil català⁸¹.

3.2.1. La separació i el divorci “legals”

El nou sistema s’estructura atenent, principalment, a dos paràmetres. El primer seria l’existència de fills menors no emancipats o amb la capacitat modificada judicialment que depenguin dels seus progenitors. El segon és l’existència o no d’un acord entre els cònjuges quant a la

79 Per cert, que l’exigència de dos testimonis majors d’edat (art. 57 Ccesp abans de la reforma) s’ha convertit, només, en l’exigència de dos testimonis a l’art. 58.8, 2n par. *in fine* LRC i DT4^a.2 LJV.

80 Vegeu CABALLOL ANGELATS, Ll., “La lectura del Codi de Família a l’atorgament del consentiment matrimonial en forma civil”, *RJC*, vol. 102, nº 3, 2003, p. 825-834.

81 Dret català que sempre ha caminat, en aquest punt, sobre segur; així, limitant la seva regulació als efectes de les situacions de crisi matrimonial (vegeu, Preàmbul III, par. 12 Llei 9/1998, de 15 de juliol, del Codi de Família).

voluntat de separar-se o divorciar-se, i a les mesures derivades de la nova situació. D'un i altre en depenen les diferents vies per les que es pot assolir el nou estat. Tal vegada que són tres funcionaris distints els que hi són presents (així, el Jutge, el Lletrat A.J. i el Notari), hom podria parlar de tres vies distintes que, en la mesura en que són les *regulades legalment*, permeten parlar de separació o divorci *legals*. De divorci no n'hi pot haver cap altre: és una situació jurídica, que determina la dissolució del matrimoni en vida d'ambdós cònjuges, i que només es pot assolir per les vies legalment previstes. La separació descriu, abans que res, una situació material: el trencament de la comunitat de vida. També és present al divorci, com a rerefons. Però el divorci li afegeix i es defineix per aquell efecte extintiu. La separació de fet no seria *alegal*, en la mesura en que, no sols no és desconeguda per la norma, sinó que, fins i tot, se li atribueixen determinats efectes jurídics. Però aquesta atribució no és sistemàtica i suficientment completa, com passa a la separació legal⁸². Des d'una altra perspectiva, es podria fer un ús moderat de les categories negocials de l'atipicitat i tipicitat, en el benentès que aquesta darrera demana, no sols d'una tipicitat de configuració, sinó també de regulació. L'inconvenient de la categoria "separació o divorci legals (o típics)" és que no discrimina entre aquelles tres vies⁸³.

A) Els criteris

L'existència de fills menors o amb capacitat modificada judicialment és un criteri determinant en aquest nou disseny. La separació o el divorci s'hauran de sol·licitar, *en qualsevol cas*, al Jutge competent

82 DÍAZ MARTÍNEZ, A., Comentario al art. 81, a BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. (coord.), *Las modificaciones del Código civil del año 2015*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2016, p. 190. Destaca que arran de la DA1^a (apart. 2n; "separación de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente, deberá entenderse como separación notarial"), "*puede generar dudas sobre la subsistencia, con autonomía, de la separación de hecho con acuerdos de las partes documentados en forma pública y la separación notarial*". La disposició legal, però, té altres implicacions. Així, per exemple, ara no serà suficient amb deixar només constància de la voluntat de separar-se sino que caldrà, a més, acompanyar conveni regulador.

83 Vegeu DF2^a Llei 3/2017. S'hi constata la voluntat de substituir l'expressió "separació judicial", per "separació legal" en un intent de distingir-la, només, de la separació de fet encara que no trasllueixi si és la formalitzada en escriptura pública, decret o Sentència (vegeu, arts. 231-30.1, 231-31.1, 232-16.1 (a), 232-36.1 (a) CCCat).

(art. 769 LEC), que resolrà mitjançant Sentència (“*Se decretará judicialmente...*”; arts. 81 i 86 Ccesp⁸⁴). Tant hi fa que sigui de mutu acord o contenciós. Cal, però, que concorrin els requisits de l’art. 81 Ccesp (així, el temporal [*“una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio*] i el documental [*“se acompañará una propuesta de convenio regulador ...” “una propuesta fundada de las medidas que hayan de regular los efectos derivados de la separación”*]). Les normes de procediment es veuen, en ambdós casos, a la LEC que, d’aquesta manera, manté en una mateixa seu sistemàtica les normes a les que es sotmetrà el procés contenciós i a les que restarà sotmès també l’expedient (que, per manca de “*controversia*”, cal entendre que és de jurisdicció voluntària; art. 1 LJV) de separació o divorci de mutu acord⁸⁵. Només dos aspectes a afegir: el primer seria que pot succeir que recaigui també Sentència de separació o divorci *en altres casos*: així, com es dirà, quan tot i no haver-hi fills menors o amb capacitat modificada judicialment, el Lletrat A.J. o el Notari consideren que la proposta de conveni és greument perjudicial per un dels cònjuges o pels fills afectats, majors o menors emancipats (art. 90.2, 3er par CCCat; art. 777.10, 3 par. LEC; art.54.3 LN). El segon aspecte enllaça amb la legitimació activa per a promoure una acció de separació o divorci que, encertadament, es limita als cònjuges. Amb tot, admesa jurisprudencialment la legitimació dels representants legals de l’incapacitat per a exercitar aquelles accions, es proposaria que en aquests casos, fossin de mutu acord o contenciosos, la competència la tingués sempre el Jutge, amb independència de l’existència de fills menors o amb capacitat modificada judicialment. Si el que aquesta modificació afecti a un fill ja és raó suficient per reservar la competència al Jutge, amb més motiu s’hauria d’aplicar la mateixa regla en cas que sigui un dels cònjuges qui pateixi aquella alteració.

El segon criteri és l’existència o no d’acord quant a la voluntat de separar-se o divorciar-se i als efectes ulteriors. Els arts. 82 i 87

84 Es fa, en aquest particular, molt visible el criteri que recull el Preàmbul VII (*in fine*), com a determinant de la reserva al Jutge d’aquells expedients en els que “*estén en juego los derechos de menores o de personas con capacidad modificada judicialmente*”. No és l’únic previst (“*aquellos expedients que afecten al interés público o al estado civil de las personas, los que precisen de una tutela específica de normas sustantivas...*”), però segurament és el interès més clar i més fàcilment identificable en un expedient.

85 La conclusió és que la LJV no regula, en exclusiva, tots els expedients de jurisdicció voluntària en els que cal intervenció d’un òrgan jurisdiccional (art. 1 LJV).

Ccesp. preveuen els anomenats separació o divorci de mutu acord. Considerats els arts. 81 i 86 Ccesp., la conclusió immediata seria que els primers només regeixen pel cas de no haver-hi fills menors o amb capacitat modificada judicialment. Expressament s'exclouen aquests casos a l'art. 82.2 Ccesp. L'eficàcia de la separació matrimonial (art. 83. 2on par. Ccesp.) demana que l'acord dels cònjuges (*"Los cónyuges podrán acordar su separación..."*) es formuli/manifesti davant del Lletrat A.J. o del Notari. Aquell acord esdevindrà el contingut principal d'un conveni regulador que haurà d'incloure, també, les mesures derivades de la separació o divorci. Tot plegat cal que sigui confirmat per cadascun dels cònjuges. Aquesta confirmació es preveu que sigui personal, a realitzar davant del Lletrat A.J. o del Notari i amb l'assistència de Lletrat en exercici⁸⁶. L'art. 54 LN i l'art. 777 LEC desenvolupen allò que preveu l'art. 82 Ccesp. Permeten alguns comentaris: el primer, a propòsit del terme "mutu acord" que relatiu, d'una manera quasi absurdament redundant, a l'acord de separació o divorci als arts 82 i 86 Ccesp. i a l'art. 54 LN, es refereix a l'acte formal de presentació de les *"peticiones de separación o divorcio"* a l'art.777.1 LEC. En aquest context, hi ha acord de separació o divorci, acord en presentar la sol·licitud i el *"mutuo acuerdo"* aportaria la dada addicional, formal, de la presentació *per tots dos* del document, en el benentès que també s'hi val la feta per un amb el consentiment de l'altre. No hi ha raó per no admetre aquesta possibilitat també en cas de separació o divorci notariais. És clar que aleshores qui només ha consentit no disposa de lletrat en exercici, l'assistència del qual és preceptiva a l'acte d'atorgament. El segon es fixaria en la intervenció dels cònjuges en l'acte d'atorgament de l'escriptura que, segons l'art. 82 Ccesp. ha de ser "personal" i consentint. Es preveu essencialment el mateix a l'art. 54 LN, mentre que la LEC opta, sense més conseqüències, pel terme "ratificació"⁸⁷ i afegeix que ha de fer-se "per separat" (art. 777.3 LEC). El darrer comentari es faria a propòsit del

86 La terminologia legal no és del tot acurada: els cònjuges, estrictament, no poden formular *"en escritura pública ante Notario"* el conveni regulador (art. 81, 1er par.). És el Notari qui "atorga" (art. 54.3 LN; "autoritza", art. 49 LN) l'escriptura. Pel demés, només en aquests casos es pot parlar d'intervenció dels cònjuges en el dit "atorgament" (art. 81.1, 2on par; art. 83), que no hi és quan es tracta de decretar la separació. Aleshores, el que hi ha és un acte de ratificació, abans de dictar-se el decret (art. 777.3 LEC).

87 Ratificar vol dir, en aquest context, confirmar allò sobre el que prèviament ja s'ha consentit.

règim jurídic a aplicar als dits expedients. La remissió al Codi civil i a la Llei del Notariat és explícita a l'art. 54.3 LN. En cas de petició que pertoqui conèixer al Lletrat A.J., subsidiàriament a allò previst a l'art. 777 LEC aplicarem la LEC o les disposicions generals de la LJV?

Al Ccesp. ha desaparegut tota referència a la separació o divorci contenciosos sense fills menors o amb capacitat modificada judicialment que depenguin dels seus progenitors (previstos, abans de la LJV, a l'art. 81, 2º i 86 Ccesp). De fet, més amoïnats en dissenyar quan (així, passats 3 mesos d'ençà el matrimoni), cóm (amb acord o sense acord; amb proposta de mesures...) i davant de qui es poden sol·licitar (arran dels nous arts. 81 i 86, davant del Jutge, Lletrat A.J. o Notari...), ja des del 1981 el Ccesp ha refusat la idea de presentar la separació i el divorci, d'entrada i abans que res, com a drets, facultats o accions (així, personalíssims, incaducables...). Això no exclou que el pressupòsit sigui aquest: el dret a separar-se o a divorciar-se⁸⁸, de manera que tota controvèrsia a propòsit del seu exercici ha de trobar empara judicial. Una conseqüència ulterior d'aquest silenci sobrevingut és que l'exigència en aquests casos del termini de 3 mesos d'ençà la celebració del matrimoni s'ha de fer per via de l'aplicació per analogia dels arts. 81 i 82 Ccesp. Hi ha identitat de raó en tots els supòsits⁸⁹.

B) El control material del contingut del conveni: els acords “perjudicials”

La idea mateixa de control reconduïx la qüestió cap els supòsits en que hi ha acord dels cònjuges quant a les mesures derivades de la separació o divorci. Aquell acord és l'objecte a controlar. Si el matrimoni té fills menors o amb capacitat modificada judicialment, la competència s'atribueix al Jutge precisament per la necessitat i conveniència de vetllar pels seus interessos. D'acord amb l'art. 90.2 (1er par.) Ccesp., el Jutge aprovarà les dites mesures llevat que comportin dany pels fills (“*Los acuerdos de los cónyuges (...) serán aprobados por el Juez salvo si son dañosos para los hijos*”).

⁸⁸ Estrictament, serien més aviat facultats o poders de configuració jurídica.

⁸⁹ Pel que fa al dit termini, no hi té res a veure que la separació o el divorci siguin contenciosos o de mutu acord, o que hi hagi o no fills menors. L'origen de l'exigència es troba a la Llei 15/2015, de 8 de juliol, que va optar per exigir “*prudentemente*” aquests 3 mesos (vegeu Preàmbul, par. 19è).

Pel cas de separació o divorci de mutu acord sense fills menors o amb capacitat modificada judicialment, l'art. 82.1 (2on par.) Ccesp. preveu que, a més dels cònjuges, els fills majors o menors emancipats també *“deberán otorgar su consentimiento ante el Secretario judicial o Notario respecto de las medidas que les afecten por carecer de ingresos propios y convivir en el domicilio familiar”*. Es tracta d'una intervenció tant personal com la dels cònjuges, per bé que, com que no se'ns diu res, no cal que es faci amb l'assistència de Lletrat (art. 82.1 [2on par, principi] a contrario Ccesp.). Es qualifica com a “consentiment” i es preveu com a doblement condicional: només regirà aquella exigència quan hi hagi mesures que els puguin afectar i quan aquesta afectació trobi la seva raó última en el fet de conuiu al domicili familiar per no tenir ingressos propis⁹⁰.

L'art. 90.2 (par.3er) Ccesp. encomana al Lletrat A.J. o Notari un control material del contingut del conveni (vegeu, també, art. 54 LN i art. 777.10, 3er par. LEC)⁹¹. I ho fa sense gaire de marge de maniobra. Literalment: primer, el control abasta qualsevol mesura. A propòsit dels fills majors o emancipats, l'afegit *“afectados”* reconduiria el supòsit a les mesures de l'art. 82.1. En segon lloc, portant a aquesta nova seu allò que ja regia a propòsit del procés judicial de mutu acord (art. 90, 2on par.Ccesp [abans de la reforma per LJV]), aquest control permet paralitzar l'expedient si hi ha perjudici per un dels cònjuges⁹². En darrer terme, la identificació de mesures potencialment perjudicials o danyoses (*“pudiera ser dañoso...”*) autoritza, no només la paralització de l'expedient, sinó que en determina la seva fi. El sol risc o sospita de perjudici obsten a continuar per la via endegada. Això vol dir, des d'una altra perspectiva, que el criteri valoratiu del Lletrat A. J. o Notari

90 El cas més clar seria el pacte relatiu a aliments per a fills majors.

91 Més enllà d'un control de competència (que estarà en funció de l'existència o no de fills menors o incapacitats i dels criteris de competència territorial que concorrin), cal efectuar un control de legalitat (així, verificant si el matrimoni fa o no tres mesos d'ençà que es va celebrar), un control de capacitat (exigible sempre que calgui efectuar declaracions de voluntat o altres manifestacions) i un control formal de contingut (en el sentit de verificar si al conveni es fa esment de tots aquells extrems que cal que hi constin).

92 Fins a la LJV, el control del caràcter perjudicial dels pactes per un dels cònjuges no s'ha acostumat a practicar tret que, al seu torn, impliqués perjudici pels fills menors (vegeu, sobre la qüestió, RUBIO GIMENO, G., *Autorregulación de la crisis de pareja (una aproximación desde el Derecho catalán)*, Dykinson, Madrid, 2014, p. 61-62).

no s'imposa. Es tanca l'expedient però sense quedar prejudicat el caràcter perjudicial o danyós de la mesura. Aleshores, i sense necessitat d'esmenar res, els cònjuges poden intentar l'aprovació judicial del mateix conveni (art. 90.2, 3er par. *in fine* CCCat). Vol dir també que per molt concret i delimitat que sigui l'acord considerat greument perjudicial el que s'acaba paralitzant és tot. Tot plegat suggereix dues qüestions, que aquí només s'apunten: la primera, a propòsit de la naturalesa, valor o eficàcia del consentiment dels fills majors o emancipats; el segon, a propòsit de cóm es protegeixen (si és que queden protegits) aquests mateixos interessos a altres expedients o processos.

(a) El consentiment dels fills majors o emancipats afectats per les mesures

Al marge de l'oportunitat de donar o no intervenció al procediment a aquests *altres* afectats i de cóm fer-ho, l'art. 82.1 (2on par) Ccesp. és molt clar a l'hora d'exigir el seu "consentiment"⁹³. Voldria dir tant com manifestar-se d'acord amb allò que proposen altres. També es demana el consentiment dels avis a l'art. 90.2 (2on par.) Ccesp i a l'art. 233-12.1 CCCat⁹⁴ ⁹⁵. Però més enllà d'aquesta elementalíssima (quasi sobrer) observació, es plantegen dues qüestions ulteriors: la primera seria la de l'efecte de l'atorgament o no d'aquest consentiment⁹⁶. Així: si s'atorga, s'exclou el control *a posteriori* de l'art. 90 Ccesp.? D'entrada es diria que no. El motiu seria que no es veuria raó per tractar de manera distinta, en aquest punt, als cònjuges que a aquests fills. I sembla que encara que aquells hagin consentit (altrament no es podria avançar en el procediment), pertocarà efectuar aquell control material. *Quid* si els que no consenteixen són aquells fills majors o emancipats? Caldrà posar fi

93 A més de clar, també és lògic exigir el consentiment dels cònjuges, que són els que proposen el conveni. Mentre ni el Ccesp. ni la LN expliciten què passa si un d'ells no consenteix, l'art. 777.3 LEC afegeix que s'arxivaran les actuacions, sens perjudici de poder presentar demanda.

94 Lògicament, al cas de l'art. 82 Ccesp. no hi ha norma semblant quant als avis perquè només regeix quan no hi ha fills menors.

95 A propòsit de cóm es planteja processalment la intervenció d'aquests avis al procediment, vegeu VIÑAS MAESTRE, DOLORS, Comentari a l'art. 233-12, a EGEA FERNÁNDEZ, J.; FERRER RIBA, J., *Comentari al llibre segon...*, cit, p. 458.

96 Filant prim, fins i tot podríem dir que fins que no consenteixen, si és que ho fan, no són estrictament "afectats" (perquè el pacte no els pot vincular o afectar jurídicament).

també a l'expedient o caldrà efectuar igualment aquell control de manera que només si es percep risc de dany o perjudici greu s'haurà de tancar l'expedient? Si es tracta d'això últim, si aquest control cal efectuar-lo sempre, prescindint del previ atorgament o no d'aquell consentiment, no s'acaba de veure el per què de la seva exigència. Una possibilitat passaria, tractant-se d'un pacte no perjudicial, per derivar d'aquell consentiment algun altre efecte (així, per exemple, la legitimació del fill major per demanar l'execució de la mesura consentida).

(b) Procés contenciós o expedient de mutu acord amb fills menors: també cal protegir els interessos dels majors o emancipats?

Aquest control material del contingut del conveni es preveu, expressament, pel cas de separació o divorci de mutu acord sense fills menors o amb capacitat modificada judicialment. S'hi preveu, però, amb alguna badada. Per bé que l'art. 777.10 (3er par.) LEC vincula la fi de l'expedient amb l'advertència, per part del Lletrat A.J., de risc de dany o perjudici greu per algun dels cònjuges o fills majors o emancipats, no hi ha norma que reculli (i, per tant, articuli procedimentalment) l'exigència prèvia del consentiment que introdueix l'art. 82 Ccesp.

La qüestió ulterior seria si aquests interessos queden igualment protegits quan la via per a assolir la separació o el divorci és una altra: així, perquè tot i no haver-hi fills menors o amb capacitat modificada judicialment, tampoc hi ha acord entre els cònjuges i cal recórrer a un procés contenciós; o perquè, sigui de mutu acord o no, hi ha també fills menors o amb capacitat modificada judicialment. L'element comú a tots aquests supòsits seria que la competència s'atribueix al Jutge. Però podem igualment distingir. Pel cas de procediment de mutu acord (per tant, amb fills menors o incapacitats), el referent seria l'art. 90.2 (par. 1er) CCesp. que mana al Jutge aprovar els acords proposats pels cònjuges llevat que siguin "*dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges*"⁹⁷. Aquests fills, són només els que han determinat

97 Cal fer notar que l'expressió (que prové d'abans de la reforma del Ccesp per la LJV i que, per tant, s'aplicava a tot procés de mutu acord, hi haguessin o no fills menors) no és del tot coincident amb la del par. 3er de l'art. 82 Ccesp. reformat ("*dañoso o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges o para los hijos mayores....*"). La sensació és que hi hauria, sense raó, un tracte distint però en relació a la protecció dels cònjuges: en cas de mutu acord amb fills menors, el Jutge només es pot negar a

la competència del Jutge? O, si hi ha també fills majors, hi poden quedar inclosos? El que no s'acabaria d'entendre és que l'existència de germans menors o amb capacitat modificada judicialment determinés una rebaixa del nivell de protecció atorgat en altres supòsits⁹⁸. Tampoc que aquesta protecció fos una o altra en funció de si els cònjuges actuen de mutu acord o per via contenciosa. Si és aquest el cas, l'art.93, 2on par. Ccesp. permet que el Jutge fixi aliments per als fills majors o emancipats “ (...)que carecieran de ingresos propios” i que, a més, “...convivieran en el domicilio familiar”⁹⁹. Però cal fer notar: primer, que el Jutge els fixaria sense intervenció dels alimentats¹⁰⁰; segon, que la disposició parla, només, d'aliments, mentre que a l'art. 90.2 Ccesp. el control abasta qualsevol mesura que els pugui “afectar”¹⁰¹.

3.2.2. *L'apunt teòric: separació i divorci com a declaracions de voluntat?*

Ho són. Constitueixen maneres d'exercitar una facultat o poder de configuració jurídica. Destacaria el seu formalisme i, arran d'aquest, la seva perfecció pautada o successiva. El primer deriva de la necessitat d'encarrilar d'una determinada manera aquella voluntat a fi d'assolir l'efecte buscat (així, davant d'autoritat competent; si hi ha acord, aportant conveni regulador...); la segona de la necessitat, expressada d'una manera o altra, de ratificar, confirmar o reafirmar la voluntat ja manifestada a la sol·licitud. Si de cas, això últim seria matisable en cas de formalització de la separació o divorci davant de Notari. S'intervé en l'atorgament de l'escriptura manifestant la voluntat de separació o divorci; ni s'exigeix, ni es demana una declaració prèvia (tot i que, pràcticament, hi serà) que ara calgui ratificar o confirmar; és ara que es declara. Amb tot, la voluntat

aprovar les mesures si són “greument perjudicials” per un dels cònjuges; en cas de mutu acord sense fills menors, es posa fi a l'expedient si alguna de les mesures pot arribar a ser-li “danyosa o greument perjudicial”.

98 A més, segurament serà aquest l'article a aplicar quan resulti que, davant la sospita de perjudici o dany apreciada per Notari o Lletat A. J., els cònjuge s'adreïn al Jutge presentant el mateix conveni regulador.

99 La disposició va ser introduïda per la Llei 11/1990, de 15 d'octubre, de *Reforma del Código civil en aplicació del principi de no discriminación por razón de sexo*.

100 Vid. art. 94, 2on par, CCesp. que reclama consentiment dels avis per a fixar un règim de comunicació i visites. Segurament perquè, en interès del menor, l'eficàcia d'allò que es resolgui demana que els avis hi estiguin d'acord.

101 Per exemple, un canvi de domicili (així, si l'habitatge familiar s'atribueix al progenitor amb qui no conviu el fill).

declarada formalment de manera idònia és insuficient per a generar l'efecte cercat: cal la intervenció de l'autoritat competent autoritzant-lo.

3.2.3. *Reformar el Dret català en matèria de separació i divorci? Cóm?*

La qüestió parteix, de nou, de l'art. 149.1.8 CE i de l'abast de l'expressió "*relaciones jurídico-civiles relativas a las formas del matrimonio*". Però parteix, també, de l'opció seguida fins ara en aquest particular pel legislador català de limitar-se a regular els efectes de la separació, nul·litat i divorci¹⁰².

A) *Separació i divorci de mutu acord sense fills menors o amb capacitat modificada judicialment*

Per l'elementalíssima raó que no s'hi veuen implicades funcions jurisdiccionals, no planteja objecció que la competència per a conèixer d'aquests expedients s'encomani als Notaris i als Lletrats A. J. Quan la petició s'adreça a aquests, caldria aclarir si pot fer-se de mutu acord o s'admet també, tal i com contempla la LEC, la formulada per un amb el consentiment de l'altra. En qualsevol cas, la necessitat de ratificar després la sol·licitud, degudament assistits per Lletrat en exercici, comportarà pràcticament que s'acabin presentant de mutu acord.

A més de l'assistència lletrada, convindria que es recollís una exigència addicional: que el consentiment a atorgar, ja sigui davant Notari o davant el Lletrat A.J., es fes "*per separat*" (777.3 LEC; 231-20.2 CCCat, relatiu a l'assessorament notarial quant als pactes en previsió de la ruptura matrimonial). Tant la necessitat de consentiment com que s'atorgui per separat són requisits íntimament lligats a l'atorgament, de manera lliure i sense pressions, d'un consentiment reflexionat¹⁰³. Esdevenen requisits procedimentals al servei de la correcta emissió del consentiment. Aquesta subordinació del *cóm*

102 Vegeu PUIG FERRIOL, LL.; ROCA TRIAS, E., *Institucions...*, 2014, p. 279, quant a que la matèria reservada inclou les causes que poden produir la separació, la nul·litat i el divorci, el procediment, però no els efectes.

103 La funció d'assessorament i consell del Notari es preveu, amb caràcter imperatiu i general, a l'art. 1 (par. 3) Reglament Notarial. Regirà, per tant, també quan els cònjuges s'adrecin al Notari a fi de formalitzar la separació o el divorci (no, en canvi, quan pertoqui aquella formalització, mitjançant Decret, al Lletrat A.J.). Se sumarà a l'assistència lletrada (preceptiva aquí i no, per exemple, a l'art. 231-20 CCCat). Vegeu SERRANO DE NICOLÁS, A., "Ley de Jurisdicción voluntaria: aspectos

consentir als requisits materials del consentiment justifiquen la plena competència del Parlament de Catalunya per a modificar o, si escau, afegir noves circumstàncies relatives a aquella forma¹⁰⁴. Que al Dret català, com es veurà, no hi hagi control material dels acords perjudicials pels cònjuges no exclou sinó que, al contrari, justifica extremar preventivament aquest tipus de cauteles formals.

B) *Els acords perjudicials: controlables ex officio?*

Els aspectes abans ressenyats eren, per una banda, els acords potencialment perjudicials per un dels cònjuges; per altra, els també sospitosament perjudicials per a fills majors o emancipats. Més enllà de la decisió política d'incorporar o no aquest control (que, recordem, al Ccesp. es preveu *ex officio*), es proposa verificar si hi hauria una raó tècnica suficient que justifiqués l'opció de fer-ho. El pressupòsit seria, en qualsevol cas, la competència legislativa per a poder-ho fer. Allò a controlar (així, el caràcter no perjudicial dels acords) esdevindria una circumstància material, civil dels que es faria dependre la incorporació del pacte al conveni i, d'aquí, l'eficàcia que en resulta¹⁰⁵. Seria, talment, com un requisit del contingut. Dos apunts: el primer, relacionat amb l'anterior. Si el caràcter perjudicial o no és una circumstància material, determinar-ne la seva exigència o no és, com s'ha dit, competència del Parlament de Catalunya. Mentre no es modifiqui el CCCat, cal que regeixi el que s'hi preveu, no aplicar el Ccesp (que preveu que allò sigui un requisit i, coherentment, en fixa els paràmetres de control). Segon, pel cas que s'incorpori aquest

de mayor relevancia notarial", a *Especial la nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria*, Wolkers Kluwer, p. 70. Insisteix en la necessitat d'assistència lletrada i d'especial assessorament a la part dèbil.

104 Vegeu, segons redacció donada per la DF 2^a Llei 3/2017, l'art. 233-2.3 CCCat que pressuposa una actuació conjunta i que no exigeix una intervenció per separat ("En aquests casos, cal que els cònjuges intervinguin personalment en l'atorgament, estiguin assistits per lletrat i expressin la seva voluntat inequívoca de separar-se o divorciar-se").

105 Tal com recull el CCCat (entre altres, a l'art. 233-5 CCCat), hi poden haver pactes vàlids i eficaços no incorporats a un conveni. En cas d'acords assolits amb la finalitat d'incloure'ls a una proposta de conveni regulador, també es pot arribar a preveure expressament o a entendre implícitament, que l'expulsió del conveni descarti qualsevol altra eficàcia (així, com si la dita incorporació actués a mode de condició suspensiva d'eficàcia dels acords).

requisit i, si es vol, aquesta via de control preventiu, per què no anar més enllà? Per què no reconduir tots els mutu acords cap a Notaris i Lletrats A.J. i permetre que, en cas d'haver-hi fills menors, puguin igualment detectar el risc de dany o perjudici per a aquests?

- *Què fer amb els pactes perjudicials* (pensem, si de cas, amb els greument perjudicials) *per a un dels cònjuges incorporats a una proposta de conveni regulador*? Avui per avui, la referència immediata la proporciona l'art. 233-3.1 CCCat (que, lògicament, pensa en termes de proposta presentada al Jutge). La norma, a diferència d'allò previst a l'art. 90.2 (par. 1) CCesp., només permet i ordena la no aprovació dels punts “*que no siguin conformes amb l'interès dels fills menors*”¹⁰⁶. Una lectura *a contrario*, exloent dels pactes no conformes amb l'interès dels cònjuges o de qualsevol altre, es veuria reforçada per altres disposicions que, sense ser determinants, s'inclinarien també per la negativa. Així, aïlladament considerades, serien perjudicials en la mesura que són de renúncia i comprometen les necessitats bàsiques del cònjuge renunciant, les clàusules dels arts. 233-16.2 i 233-21.3 CCCat. Tot i així, la renúncia a la prestació compensatòria o a l'ús de l'habitatge familiar són vàlides si s'incorporen a un conveni regulador. Més enllà, de l'art. 231-20.5 CCCat resulta que hi poden haver pactes en previsió de la ruptura que siguin greument perjudicials per un dels cònjuges al temps del trencament, per bé que el cònjuge perjudicat no els discuteixi a l'hora de ratificar el conveni que els incorpori o que, a manca de ratificació, no pugui oposar a l'acció de compliment cap de les circumstàncies de l'art. 231-20.5 CCCat (així, sobrevingut canvi

106 Destaca aquesta diferència amb l'art. 90 CCesp, BAYO DELGADO, J., Comentari a l'art. 233-3, a EGEA FERNÁNDEZ, J.; FERRER RIBA, J., *Comentari...*, cit, p. 403. Vegeu també, EGEA FERNÁNDEZ, J.; FERRER RIBA, J., *Codi civil de Catalunya i legislació complementària*, Atelier, Barcelona, 2016, p. 243 (a Nota de concordança de l'art. 233-3). Es citen les STSJC de 19 de juliol de 2004 (RJ 5534) (que insisteix en que l'art. 78 CF només permet rebutjar els pactes perjudicials pels fills; FJ 5è) i de 10 de setembre de 2010 (RJ 2458/2011) (que destaca que igualment el Jutge no pot aprovar aquells acords que siguin contraris a la llei, moral o ordre públic; FJ 1er; vegeu RUBIO GIMENO, G., “Control judicial de continguts sobre el conveni regulador i eficàcia enfront de tercers. Comentari a la STSJC de 10 de setembre de 2010”, *Indret*, 1/2011, p. 15-16).

de circumstàncies ni previst, ni previsible)¹⁰⁷. Totes aquestes hipòtesis són possibles sense que s'articuli cap tipus de control *ex officio* adreçat a descartar l'eficàcia del pacte¹⁰⁸. Això no vol dir que tot s'hi val. Tractant-se de pactes incorporats a un conveni (i, per tant, sempre ratificats pels cònjuges): primer, hauran superat un control previ de legalitat. Caldrà barrar el pas a totes aquelles clàusules contràries a la llei, moral u ordre públic (art. 1255 Ccesp.). La no incorporació obehirà, aleshores, no al perjudici que eventualment aquell pacte pugui generar a un dels cònjuges, sinó la seva il·legalitat.^{109 110}. En segon terme, tal vegada que són, abans que res i per sobre de tot, pactes o negocis jurídics, sempre serà possible la seva impugnació atenent a les regles generals (d'acord

107 Pensem que si queden incorporats al conveni serà necessari que els cònjuges els tornin a ratificar (parla de "*renovatio contractus*", SERRANO DE NICOLAS, A., "Regulación codicial de los pactos en previsión de una ruptura matrimonial", a PÉREZ DAUDÍ, V. (coord.), *El proceso de familia en el Código civil de Cataluña*, Atelier, Barcelona, 2011, p. 31). Si no hi ha ratificació, es pot presentar demanda contenciosa de separació o divorci i demanar que s'acumuli a l'adreçada a obtenir el compliment dels pactes en previsió de ruptura (art. 233-5.1 CCCat).

108 L'art. 231-20 CCCat convida a una altra reflexió. A *contrario*, el Notari no pot deixar d'autoritzar una escriptura o capítols amb pactes en previsió d'una ruptura matrimonial quan, malgrat no saber-se si arribaran a ser efectius, objectivament es preveuen greument perjudicials per un dels cònjuges. En contra, situa aquest perjudici greu entre els límits d'ordre general, ALLUEVA AZNAR, L., "Els requisits per la validesa dels pactes en previsió de ruptura matrimonial", *InDret*, 1/2013, p. 12. Destaca que certament és un límit en el marc del dret estatal, però no pas del català GINES CASTELLET, Núria, Autonomía de la voluntad y fracaso matrimonial: los pactos pre-ruptura en el Libro II del Código civil de Cataluña, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 727, p. 2598.

109 Vegeu, per exemple, ARNAU RAVENTÓS, L. "Pactes sobre la prestació compensatòria: *quan el nom no fa la cosa*", *RCDP*, 15-1, 2015, p. 111-112. A propòsit dels límits institucionals de la prestació compensatòria, ens preguntàvem com hauria de reaccionar el Jutge (ara, també el Notari o Lletrat de l'Adm. Just.) davant d'un pacte (objectivament perjudicial pel deutor) en virtut del qual, per exemple, la pensió no s'extingís automàticament per millora suficient de la situació econòmica del creditor (art. 233-19.a CCCat). Al treball es defensa aquest control, que seria *ex officio*, però que possiblement no seria tant de legalitat, com de qualificació (així, el pacte, en sí mateix, no seria il·legal sinó que simplement portaria l'obligació de satisfer una pensió, i els pagaments que s'arribessin a fer, més enllà de la prestació compensatòria).

110 Òbviament, si finalment s'optés per atribuir al Lletrat de l'Adm. Jus. o al Notari aquest control, caldria imposar-lo també al Jutge (així, modificant l'art. 233-3.1 CCCat). I no només perquè no tindria sentit que el cònjuge quedés més o menys protegit en funció de si al temps de la ruptura hi ha o no fills menors, sinó perquè seria absurd paralitzar l'expedient sense que, després, el motiu que ho ha determinat (així, aquest risc de perjudici) no pogués ser considerat pel Jutge.

amb les que, certament, la sola circumstància del “perjudici” que el pacte representa per una de les parts no tindrà cap sortida jurídica)^{111 112}.

- *Fills majors o emancipats i crisis matrimonial al Dret Català*. Les disposicions de referència són els arts. 233-1.1, e; 233-2.4; 233-3.1 i 233-4.1 i 233-5.3 CCCat. El primer permet sol·licitar, com a mesura cautelar, aliments per als fills majors d'edat emancipats que no tinguin recursos econòmics propis i convisquin amb algun dels progenitors, tenint en compte el que estableix l'art. 237-1 CCCat. En el context d'un procés contenciós, l'art. 233-4.1 CCCat preveu que el Jutge els pugui igualment acordar “a instància del cònjuge amb qui els fills convisquin” i “que aquests aliments es mantinguin fins que els dits fills tinguin recursos propis o estiguin en disposició de tenir-ne”. L'art. 233-2.4 CCCat contempla només com a contingut possible del conveni l'acord relatiu als aliments per als fills majors o emancipats que no tinguin recursos econòmics propis¹¹³. L'art. 233-3.1 CCCat, ja s'ha dit, només encalla els “punts que no siguin conformes amb l'interès dels fills menors”. Semblantment, aquest criteri de conformitat determinarà l'eficàcia dels pactes atorgats fora de conveni regulador (art. 233-5.3 CCCat).

Més enllà dels requisits que cal que concorrin a fi d'incloure al conveni un pacte sobre aliments pels fills majors o a fi de sol·licitar al Jutge que prengui una mesura al respecte¹¹⁴, interessa destacar: primer, que no es dona cap tipus d'intervenció

111 El comentari es fa pensant, especialment, en la figura de l'avantatge injust (art. 621-15.1 CCCat) i pensant en la seva possible formulació o aplicació general a tot negoci jurídic (no, només, als estrictament onerosos). L'especial situació d'angoixa en que es pot arribar a trobar un dels cònjuges pot fer minvar la seva capacitat per a preveure les circumstàncies dels seus actes, i l'altre se'n pot aprofitar.

112 La referència, a l'art. 233-3.1 CCCat modificat (vegeu DF 2^a Llei 3/2017) continua sent, només, als fills menors.

113 Arran de la modificació per la Llei 3/2017, la norma és trasllada a l'apartat 6 de l'Article 233-2 CCCat.

114 Vegeu, SAP Barcelona, 5 de novembre de 2013 (RJC, 2014, II, p. 274) (“a) que el propio hijo no haya reclamado directamente los alimentos a sus progenitores; b) que se mantenga el vínculo de convivencia con el padre o madre con quien habitualmente residían durante la minoría de edad; c) que el alimentista necesite los alimentos, según el régimen ordinario de la institución, prosiga su periodo de formación y no lo haya finalizado por causa que no le sea imputable”), SAP Barcelona, de 5 de febrer de 2015 (RJC, 2015, III, p. 267).

a l'afavorit; segon, que en cas de procediment de mutu acord no hi ha control *ex officio* del caràcter perjudicial o no de la mesura¹¹⁵. Jurídicament afectarà només als cònjuges, de tal manera que els fills majors o emancipats apareixen com a beneficiaris d'una prestació reclamable entre els progenitors. Jurídicament la mesura no afecta als fills (que no acorden ni reclamen res, ni en nom propi, ni servint-se del progenitor amb qui es conviu com a representant...). Tampoc poden reclamar el compliment o execució de la mesura. El perjudici econòmic (que hi pot ser si s'acorden uns aliments insuficients) jurídicament es pot reconduir interposant una demanda en reclamació d'aliments al marge del procés matrimonial¹¹⁶. Òbviament, a interposar pel fill major o emancipat contra els seus progenitors. Això últim, afegit a que la possibilitat d'acordar aliments a favor seu en l'expedient o procés de separació o divorci no respon a cap necessitat tècnica sinó a la voluntat d'estalviar al fill una reclamació contra els progenitors, avalen que es continuï sense controlar *ex officio* l'eventual caràcter perjudicial de la mesura.

Convé que els fills majors o emancipats *consenteixin*? La pregunta exigeix primer determinar, amb exactitud, el valor i eficàcia d'aquest consentiment: transforma l'acord entre els cònjuges en un acord a favor de tercer de manera que el consentiment equival a acceptació i, d'aquí, que el fill afavorit pugui exigir (via execució del Decret o escriptura pública) el compliment de la mesura? (arg. art. 233-12.2 CCCat que, a propòsit del règim de relacions personals amb avis i germans, es permet que aquests en puguin demanar l'execució si l'han consentit). S'exclou, aleshores, l'exigibilitat per part del progenitor amb el que conviu el fill?¹¹⁷

Destacant que els aliments per als fills grans, no són els de l'art. 231-5.1, a CCCat, sinó els de l'art. 237.1 CCCat, vegeu SAP Barcelona, de 7 de maig de 2014 (*RJC*, 2014, 4, p. 274) i SAP Barcelona, de 15 de setembre de 2015 (*RJC*, 2016, I, p. 270).

115 Destaca la diferència la SAP Barcelona, de 5 de maig de 2015 (*RJC*, 2015, 4, p. 273).

116 PUIG FERRIOL, LL.; ROCA TRIAS, E., *Institucions...*, p. 291.

117 L'art. 233-2.6, es refereix al conveni a presentar al Jutge per causa de l'existència, també, de fills menors. No hi ha raó lògica, però, que exclougui aquesta possibilitat quan no hi ha fills en potestat i, per tant, els cònjuges s'adrecen a Notari o Lletrat A.J. No es preveu en cap cas la intervenció d'aquests fills majors ni cap control sobre el caràcter perjudicial d'aquests pactes. En aquest particular, l'art. 777. 10 LEC no és aplicable a Catalunya.

C) Parelles estables, extinció i conveni regulador

L'emmirallament dels arts. 234-5 i 6 CCCat amb els arts. 231-20, 233-3, 4 i 5 CCCat justifica també una revisió de les dites normes, que podria passar per atribuir la competència per aprovar/homologar el conveni regulador (inclusiu només de mesures tal vegada que no hi ha exercici de cap facultat civil adreçada a l'extinció de la parella [extingida, ja, pel "*cessament de la convivència*"]) al Notari o al Lletrat A.J. de Justícia, en cas de manca de fills menors o incapacitats^{118 119}.

118 De fet, la possibilitat de recórrer al Lletrat A.J és ja possible, sense cap tipus de reforma, per la via de la DA 5ª Llei 25/2010, de 29 de juliol, del Llibre Segon del Codi civil de Catalunya.

119 Vegeu l'art. 234-6 CCCat. Arran de la reforma per la Llei 3/2017, permet que els convivents puguin regular els efectes de l'extinció, en cas de no haver-hi fills en potestat o amb capacitat modificada judicialment, sotmetent els seus acords al Lletrat A.J o al Notari.

La incidència de la Llei de Jurisdicció Voluntària en l'àmbit del Dret de successions

M. ESPERANÇA GINEBRA MOLINS¹

*Professora Titular de Dret civil
Universitat de Barcelona*

SUMARI

1. INTRODUCCIÓ: QÜESTIONS GENERALS. 2. ELS EXPEDIENTS DE DRET SUCCESSORI PREVISTOS EN LA LLEI DE JURISDICCIO VOLUNTÀRIA I EN LA LLEI DEL NOTARIAT I EL DRET CIVIL CATALÀ. 2.1. *Expedients en matèria de marmessoria*. 2.2. *Sobre els «comptadors partidors datius»*. 2.3. *Sobre acceptació i repudiació de l'herència*. 2.4. *La declaració d'hereus abintestat: la Llei del Notariat i la Llei de Patrimoni de les Administracions Públiques*. 2.5. *Presentació, adveració, obertura i protocol·lització de testaments*. 2.6. *Formació d'inventari*. 3. ALTRES ACTES EN MATÈRIA SUCCESSÒRIA QUE CONTEMPLA EL DRET CATALÀ. 3.1. *Algunes referències al «procediment de jurisdicció voluntària»*. *Especial consideració al «benefici de separació de patrimonis»*. 3.2. *Referències al «jutge» o a l'«autoritat judicial»*. *Especial consideració de l'anomenada «interrogatio in iure»*. 3.3. *Casos en què s'exigeix «autorització judicial»*. 3.4. *Actes en què intervén el notari*

1. INTRODUCCIÓ: QÜESTIONS GENERALS

La Llei 15/2015, de 2 de juliol, de la *Jurisdicció Voluntaria* (LJV)² regula diversos expedients en matèria de Dret de successions (*vid.* en particular: Títol IV —art. 91 a 95— i DF 11a LJV, que introdueix un nou Títol VII a la Llei de 28 de maig de 1862, del Notariat [LN])³, i, en el marc de l'objectiu general de desjudicialitzar determinats actes tradicionalment considerats “de jurisdicció voluntària”⁴, n'encomana alguns a funcionaris públics no investits de potestat jurisdiccional —especialment, en matèria successòria,

1 L'autora pertany al “Grup de Dret civil català” 2014 SGR 22. Aquest treball s'emmarca en els Projectes DER 2014-54267-P i “L'impacte de la Llei 15/2015 de jurisdicció voluntària, en el dret civil català” (que va comptar amb un ajut del Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada del Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya [DOGC núm. 7024, 23.12.2015]).

2 BOE núm. 158, 3-juliol-2015; correcció d'errades BOE núm. 210, 2-setembre-2015.

3 *Id.* Preàmbul X, §§ 1, 2 i 11 LJV.

4 *Id.* Preàmbul V, § 2, al final, i 4, VIII, § 8, X, § 8, al final, i XI, § 8, LJV. *Id.*, també, Memoria del anàlisi de impacto normativo del Anteproyecto de Ley de la Jurisdicción Voluntaria, 25-juliol-2014, pàg. 55 i 59; Informe del Consejo Fiscal sobre

a notaris i lletrats de l'Administració de justícia (en la nova terminologia que instaura, per a referir-se als secretaris judicials, la Llei Orgànica [LO] 7/2015, de 21 de juliol, per la que es modifica la LO 6/1985, d'1 de juliol, del Poder Judicial⁵)—⁶. Aquest objectiu també es manifesta en la modificació de la Llei estatal 33/2003, de 3 de novembre, de Patrimoni de les Administracions Públiques [LPAP], que du a terme la DF 8 LJV.

Segons la DA 1a.3 LJV, les referències efectuades en aquesta llei al “Codi Civil” o a la “legislació civil” s’han d’entendre fetes també a les “lleis civils forals o especials allí on n’hi hagi”. En la mateixa línia, la DF 11a.2 LJV introdueix una DA 1a a la LN, segons la qual les referències que fa aquesta llei al “Codi Civil” s’han d’entendre, si escau, “a les lleis civils forals o especials allà on n’hi hagi”. La qüestió és, però, si les regles de la LJV i de la LN, que tenen com a referent exclusivament la regulació del Codi civil espanyol (CCe) —sovint fins i tot reproduint la regulació substantiva civil—, encaixen amb el que preveu la legislació civil catalana —i en concret, en matèria successòria, el Llibre quart del Codi civil de Catalunya (CCCat)—, si més no, i deixant de banda allò que constitueix regulació substantiva civil, en allò referent a les regles de procediment.

Quant a les qüestions civils substantives, en aquells casos en què LJV introdueix modificacions o precisions, es pot plantejar si modifica —per raons d’unitat de sistema— el CCe, però no en canvi el Dret civil català. Aquesta interferència en qüestions de Dret privat material ja es manifestava —fins i tot amb major intensitat en alguns punts— en els precedents de la norma vigent⁷.

el Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, 17-diciembre-2013, pàg. 11-14; PICÓ I JUNOY, J., “La desjudicialización y procesalización de la jurisdicción voluntaria”, Especial Nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria, Wolters Kluwer, juliol 2015.

5 Vid. Preàmbul IX i DA 1a Llei Orgànica 7/2015, de 21 de juliol.

6 Vid. Preàmbul IV, §§ 2-4, V, VI, VIII, § 4, i X, § 11, LJV.

7 En aquest sentit, per exemple, l’art. 99.3 de l’Avantprojecte de 31 d’octubre de 2013 [http://servicios.mpr.es/seacyp/search_def_asp.aspx?crypt=xh%8A%8Aw%98%85d%A2%B0%8DNs%90%8C%8An%87%99%7Fmjro%84u%93u] (data de consulta: 8.8.2016) transcrivia pràcticament el contingut de l’art. 1001.II CCe. Segons l’art. 99.3 d’aquest Avantprojecte de 2013: “Si se autorizara a los acreedores del heredero que hubiera repudiado la herencia a la que hubiere sido llamado, la aceptación de la misma en su nombre, sólo aprovechará a los promotores en cuanto baste a cubrir el importe de sus créditos. El exceso, si lo hubiere, no pertenecerá en ningún caso al renunciante, sino que se adjudicará a las personas a quienes corresponda según las reglas establecidas en el Código Civil”. L’Informe a l’Avantprojecte aprovat pel Ple del Consejo General del Poder Judicial el 27 de febrer de 2014 (apartat 292) criticava que

D'acord amb la DA 1a.1 LJV, les referències que facin lleis anteriors a competències dels jutges en relació amb actes “de jurisdicció voluntària”, s'entendran fetes al jutge o al “secretari judicial” (lletrat de l'Administració de justícia) en funció del que disposa l'art. 2.3 LJV⁸. En aquest sentit, el Llibre quart del CCCat conté molts actes “de jurisdicció voluntària” que no tenen regulació específica a la LJV i la competència dels quals s'atribueix al “jutge” o a “l'autoritat judicial”; cal valorar, en cada cas, si, ex DA 1a.1 LJV, s'han d'entendre competents els lletrats de l'Administració de justícia.

Això en el benentès que, a més, tant en els casos no previstos expressament a la LJV, com també amb relació als expedients que regula la LJV, en matèria successòria, quan resulti aplicable el Dret català, caldria estar, en principi, a la regla de competència judicial de l'art. 411-2.2 CCCat (“El jutge competent en matèria successòria és el del darrer domicili del causant i, a manca del darrer domicili conegut, el del lloc on es troba la major part dels béns”). Aquesta regla s'hauria d'aplicar preferentment, en principi, a allò que disposen els art. 91.3 —quant als expedients en matèria de marmessoria—, 92.3 —en matèria de comptadors partidors— i 94.1 —quant a l'autorització judicial amb relació a l'acceptació i la repudiació de l'herència— LJV.

Amb tot, en alguns casos la qüestió s'ha plantejat inicialment en relació amb alguna competència atribuïda als notaris arran de la modificació del CCe duta a terme la DF 1a LJV, quan el Dret civil català —al marge de regular el tema de manera diferent— l'atribuïa expressament al jutge (vegeu, destacadament, la regulació de la “interpel·lació judicial” en la redacció de l'art. 461-12.2 i 3 CCCat vigent quan es va aprovar la LJV, en contrast amb el que preveu l'art. 1005 CCe, tal i com ha quedat redactat per la DF 1a.79 LJV). És aquesta una qüestió que ha quedat, però, recentment resolta per la Llei 3/2017, del 15 de febrer, del llibre sisè del CCCat, relatiu a les obligacions i els contractes, i de

es tractava d'una regla clarament substantiva, “que no tiene por qué ubicarse en el cuerpo legal llamado a regular el correspondiente procedimiento de JV”. El Projecte de LJV de 2014 ja no hi havia aquell paràgraf (*Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados [BOCG. CD]*, Sèrie A, núm. 112-1, 5.9.2014); l'art. 99 del Projecte de 2014 coincideix amb l'art. 95 LJV.

8 Vid. Preàmbul VII LJV.

modificació dels llibres primer, segon, tercer, quart i cinquè⁹, que dóna nova redacció a l'art. 461-12 CCCat i atribueix la competència als notaris (DF 4a.11 Llei 3/2017, del 15 de febrer)¹⁰.

Finalment, el Llibre quart CCCat regula molts actes tradicionalment considerats com “de jurisdicció voluntària” que no estan previstos a la LJV. En aquests casos, al marge d'aplicar preferentment allò que concreti el propi CCCat (*vid.*, per exemple, art. 426-40.3, i 426-42), caldrà estar, en principi, a les disposicions generals del Títol Preliminar (art. 1 a 8 LJV) i a les normes comunes del Títol I LJV (especialment art. 13 a 22 LJV), en la mesura que encaixin amb la regulació substantiva catalana¹¹, o bé a l'analogia.

De fet, en la mesura que es tracti d'institucions i actes previstos en el Dret català i no en canvi en el Dret estatal, es pot plantejar fins i tot la possibilitat, de *lege ferenda*, d'establir regles catalanes específiques de procediment (art. 149.1.6a CE). És el cas, per exemple, del benefici de separació de patrimonis que regula l'art. 461-23 CCCat¹².

Recentment, la Llei 3/2017, del 15 de febrer, ha modificat diversos preceptes del Llibre quart del CCCat per tal d'adaptar-los al nou context que instaura en l'àmbit successori la LJV (*vid.* Preàmbul, §§ 50-51, Llei 3/2017, del 15 de febrer)¹³.

9 DOGC núm. 7314, 22.2.2017; correcció d'errades: DOGC núm. 7329, 15.3.2017; correcció d'errades a la correcció d'errades: DOGC núm. 7332, 20.3.2017.

10 *Vid.* epígraf 3.2.

11 *Vid.* l'apartat 2.3.3 de la Circular 9/2015, sobre la intervenció del Ministeri Fiscal en la nova llei de la jurisdicció voluntària.

12 *Vid.* epígraf 3.1.

13 Preàmbul (§§ 50-51) Llei 3/2017, del 15 de febrer: “Les disposicions finals d'aquesta llei modifiquen diversos llibres del Codi civil com a conseqüència de la nova regulació de la jurisdicció voluntària, la qual atribueix diverses competències que restaven en l'àmbit de l'autoritat judicial i que, en desjudicialitzar-se, han passat al notariat i al lletrat de l'Administració de justícia. Es tracta de posar a l'abast del ciutadà, per a conèixer de determinats expedients que estableix la llei i que s'ha considerat pertinent d'introduir en el Codi, uns procediments i un model de justícia més simple i àgil, sense pèrdua d'eficàcia i exigència tècnica, de manera que, a més, això permeti de descongestionar els jutjats de l'excés de càrrega en benefici dels particulars que accedeixin als tribunals, dels mateixos tribunals i de la mateixa Administració, que podrà reduir costos estructurals en aquest capítol.- S'han respectat els criteris que la regulació de la jurisdicció voluntària té presents per a continuar atribuint certes matèries a l'autoritat judicial, i també els criteris que té per a atribuir certes matèries en exclusiva al notariat o al lletrat de l'Administració de Justícia, o fins i tot a tots dos alternativament. En conseqüència, s'ha revisat cada

2. ELS EXPEDIENTS DE DRET SUCCESSORI PREVISTOS EN LA LLEI DE JURISDICCIO VOLUNTÀRIA I EN LA LLEI DEL NOTARIAT I EL DRET CIVIL CATALÀ

El Títol IV (art. 91 a 95) de la LJV regula determinats expedients específics referents al Dret de successions, agrupant-los en tres capítols: “De la marmessoria” (art. 91 LJV); “Dels comptadors partidors datius” (art. 92 LJV); i “De l’acceptació i repudiació de l’herència” (art. 93-95 LJV). La regulació que es fa d’aquests expedients és més aviat escassa, i quant a la seva tramitació, la LJV remet a les normes comunes de la mateixa Llei (art. 91.3, 92.3 i 94.1 LJV)¹⁴.

Al marge dels expedients que regula la LJV en el seu articulat, quant als expedients notariais, cal tenir en compte també el nou Títol VII de la LN que introdueix la DF 11a LJV. En alguns casos la competència dels notaris és compartida amb la dels lletrats de l’Administració de justícia.

En general, respecte de tots ells, la LJV parteix de la regulació substantiva prevista al CCe. Més enllà d’afirmar, genèricament, que les referències efectuades al Codi Civil o a la legislació civil s’han d’entendre fetes també a les “lleis civils forals o especials allí on n’hi hagi”, ni la LJV ni tampoc la LN no tenen en compte la regulació catalana de successions, ni tampoc la dels d’altres Drets civils espanyols.

2.1. Expedients en matèria de marmessoria

Segons l’art. 91 LJV, en els casos en què d’acord amb “la legislació civil” sigui necessari, s’aplicarà el que preveu el Cap I del Tít. IV LJV:

1r) “Per als casos de renúncia del marmessor al seu càrrec o de pròrroga del termini de la marmessoria”.

2n) “Per a la remoció del seu càrrec”.

un dels llibres del Codi civil i, quan s’ha considerat necessari, s’han donat solucions pròpies, sempre conformes als principis que l’inspiren, o pel fet de tenir efectes diferents en la legislació estatal.”

14 Sobre això, *vid.* l’Informe a l’Avantprojecte de Llei de Jurisdicció Voluntària aprovat pel Ple del *Consejo General del Poder Judicial* el 27 de febrer de 2014, apartat 289.

3r) “Per a la rendició de comptes del marmessor”.

4t) “Per a l’obtenció d’autorització perquè el marmessor pugui efectuar actes de disposició sobre béns de l’herència”.

Quant als marmessoria, a banda d’allò previst en l’art. 91 LJV, la DF 1a LJV modifica els art. 899, 905 i 910 CCE.

Cal valorar si els casos que enumera l’art. 91 LJV concorden amb aquells en què, segons el Dret civil català, és necessari instar un procediment de jurisdicció voluntària en matèria de marmessoria i, en cas afirmatiu, si el que preveu aquest precepte encaixa amb la regulació catalana.

1r) Quant a la “renúncia” del marmessor al seu càrrec o a la “pròrroga” del termini de la marmessoria (art. 91.1.1r LJV) la LJV encomana la decisió de l’expedient al lletrat de l’Administració de justícia, amb competència compartida amb els notaris (*vid.* art. 91.4 LJV, art. 66.1.a LN —tal com ha quedat redactat per la DF 11a LJV—, i Preàmbul, X, § 11, LJV). D’acord amb això, per a la “renúncia”, l’art. 899 CCE —en la nova redacció que li ha donat la DF 1a LJV— exigeix al·legar “causa justa al criterio del secretario judicial [lletrat de l’Administració de justícia] o del notario”. I, quant a la pròrroga, l’art. 905 CCE —al que ha donat nova redacció la DF 1a LJV— estableix que el lletrat de l’Administració de justícia o el notari poden concedir nova pròrroga pel temps que sigui necessari, ateses les circumstàncies del cas. Lletrat de l’Administració de justícia o notari han de valorar la causa al·legada per a la renúncia o la conveniència d’establir la pròrroga. Ara bé, el que estableixen els art. 91 LJV i 66 LN per a la “renúncia” del marmessor o la pròrroga del termini de la marmessoria no concorda amb la regulació catalana de la marmessoria.

- Quant a la “renúncia”, hi ha una diferència de concepte entre el Dret català i el CCE sobre què s’entén per “renúncia” i “excusa”; i tant la LJV (art. 91.1.1r) com la LN (art. 66.1.a i 3) parteixen dels conceptes del CCE. En el CCCat la “renúncia” —prèvia a exercir el càrrec (“no acceptació”) [*cf.* art. 899 i 910 CCE¹⁵]— no requereix causa ni expedient de jurisdicció voluntària (art. 429-4.2, *in fine*, i 3 CCCat); el

15 Aquests preceptes qualifiquen de “renúncia” la negativa a continuar exercint el càrrec del marmessor que prèviament havia acceptat. *Vid.* RUBIO GARRIDO, T., “Comentario a los artículos 899, 905 y 910 del Código civil”, *Las modificaciones al Código civil del año 2015*, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Dir.), València: Tirant lo Blanch, 2016, pàg. 874 i 879; FERRER RIBA, J., “Comentario al art. 899 del Código

càrrec de marmessor és voluntari (art. 429-1, al principi, CCCat). Si que requereix expedient, en canvi, l'“excusa” de qui prèviament ha acceptat el càrrec (art. 429-4.1 CCCat)¹⁶ —*cf.* 898 CCE¹⁷—, a la qual no al·ludeixen expressament ni l'art. 91 LJV, ni tampoc l'art. 66.1.a LN¹⁸.

Segons la redacció originària de l'art. 429-4.1 CCCat l'“excusa” requeria “causa justificada apreciada *pel jutge*”¹⁹. Això obligava a plantejar si en aquest cas es podia entendre competent el lletrat de l'Administració de justícia —tenint en compte la DA 1a.1 LJV—, o fins i tot el notari²⁰. En aquest context vam proposar, de *lege ferenda*, modificar la referència final que feia al “jutge” l'art. 429-4.1 CCCat, per tal de donar entrada, en comptes de al “jutge”,

civil”, *Código civil comentado*, A. CAÑIZARES LASO, P. DE PABLO CONTRERAS, J. ORDUÑA MORENO i R. VALPUESTA FERNÁNDEZ (Dir.), Vol. II, Cizur Menor (Navarra): Civitas - Thomson Reuters, 2016, pàg. 1124 i 1129.

- 16 *Vid.* art. 429-4.1 (tant en la redacció originària com en la nova redacció donada al paràgraf per la Llei 3/2017, del 15 de febrer), així com art. 429-4.3 i 429-14 CCCat. *Vid.* RUBIES MALLOL, J., “Comentari a l'art. 311 del Codi de successions” i “Comentari a l'art. 312 del Codi de successions”, *Comentarios al Código de sucesiones de Cataluña*, L. JOU MIRABENT (Coord.), T. II, Barcelona: Bosch, Casa Editorial, S. A., 1994, pàg. 1066 i 1068. L'art. 320 CS 1991 parlava de “renúncia”, però l'art. 429-14 CCCat ha substituït —amb bon criteri, i en consonància amb el que establia ja l'art. 311 CS 1991 i actualment l'art. 429-4 CCCat— el terme “renúncia” per “excusa”. *Vid.* MARÍN SÁNCHEZ, J. A., “Comentari a l'art. 429-14 CCCat”, *Comentari al Llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions*, J. EGEA i FERNÁNDEZ i J. FERRER i RIBA (Dir.), L. ALASCIO CARRASCO (Coord.), Vol. I, Barcelona: Atelier, 2009, pàg. 998.
- 17 L'art. 898 CCE anomena “excusa” la negativa a acceptar el càrrec. *Vid.* FERRER RIBA, J., “Comentari a l'art. 898 del Código civil”, *Código civil comentado*, A. CAÑIZARES LASO, P. DE PABLO CONTRERAS, J. ORDUÑA MORENO i R. VALPUESTA FERNÁNDEZ (Dir.), Vol. II, Cizur Menor (Navarra): Civitas - Thomson Reuters, 2016, pàg. 1124.
- 18 Tot i referir-se a l'“excusa” l'art. 66.3 LN —segons el qual el notari pot autoritzar escriptura pública d'“excusa” o acceptació del càrrec de marmessor—, s'ha d'entendre que aquest precepte es refereix a l'“excusa” de l'art. 898 CCE (atès que a la “renúncia” dels art. 899 i 200 CCE s'hi refereix l'art. 66.1.a LN).
- 19 Quant a què pot ser considerat “causa justa” d'excusa, *vid.* MARÍN SÁNCHEZ, J. A., “Comentari a l'art. 429-14...”, *op. loc. cit.*, 2009, pàg. 998-999.
- 20 Poc després d'haver entrat en vigor la LJV, MARÍN SÁNCHEZ considerava que l'apreciació de la concurrència de justa causa per a l'excusa del marmessor d'acord amb l'art. 429-4.1 CCCat s'havia d'entendre competència del notari o del lletrat de la Administració de justícia, segons aquest autor “en virtud de la modificación introducida por la LJV en el artículo 899 CC que señala que «el albacea que acepta el cargo se constituye en la obligación de desempeñarlo, pero lo podrá renunciar alegando justa causa al criterio del Secretario Judicial o del Notario»” (MARÍN SÁNCHEZ, J. A., “La nueva ley de jurisdicción voluntaria: el papel del notario en el ámbito sucesorio”, a *Derecho de sucesiones. Actualidad práctica, legislativa y jurisprudencial*, R. PRATDESABA i M. E. LAUROBA [Dir.], J. TARABAL i M. MOÍNA [Eds.], Barcelona: Revista Jurídica de Catalunya, Thomson Reuters Aranzadi, 2016, pàg. 84).

tant al lletrat de l'Administració de justícia com al notari²¹. Recentment, la Llei 3/2017, del 15 de febrer (DF 4a.5), ha donat nova redacció a l'art. 429-4.1 CCCat en aquest sentit²².

- La referència a la “pròrroga del termini de la marmessoria” pressuposa la regulació que fa de la qüestió el CCe (art. 905 CCe —precepte modificat per la DF 1a LJV—)²³, i no encaixa, en canvi, amb la continguda al CCCat.

La redacció originària de l'art. 429-13.2 CCCat —encara vigent— només preveu intervenció judicial —a instància de “qualsevol dels interessats”— per a fixar un termini al marmessor, “amb sanció de caducitat del càrrec i sens perjudici de les responsabilitats que resultin de la demora”, quan el testador no hagi fixat termini per a complir l'encàrrec i els marmessors no l'hagin complert

21 *Vid.* GINEBRA MOLINS, M. E., a ARNAU RAVENTÓS, L., GINEBRA MOLINS, M. E., i TARABAL BOSCH, J., *L'impacte de la llei 15/2015, de jurisdicció voluntària, en el dret civil català*, Documents de treball. Investigació (Ajuts a la investigació 2016, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada), 2017 [disponible a: http://cejfe.gencat.cat/web/content/home/recerca/cataleg/crono/2017/impacteLlei15-2015_CA.pdf].

22 La nova redacció donada a l'art. 429-4.1 CCCat per la Llei 3/2017, del 15 de febrer (DF 4a.5), que entrarà en vigor l'1 de gener de 2018 (DF 9a Llei 3/2017), és la següent: “El càrrec de marmessor és voluntari, però, una vegada acceptat, encara que sigui tàcitament, l'acceptant no es pot excusar de continuar en l'exercici del càrrec sense una causa justa apreciada pel lletrat de l'Administració de justícia o pel notari.”

23 La modificació de l'art. 905 CCe ha consistit bàsicament en atribuir la competència als lletrats de l'Administració de justícia (“secretaris judicials”) i als notaris, en comptes de al jutge. En el context del CCe, la pròrroga del termini de la marmessoria es pot produir també per acord d'hereus i legataris, sense necessitat d'autorització judicial, segons el que estableix l'art. 906 CCe.

dins d'un any a comptar de l'acceptació del càrrec²⁴ (vid. STSJC 21-desembre-2009²⁵; cfr. 905 CCe²⁶).

- 24 L'art. 319.II CS 1991 es referia a què els marmessors no haguessin complert llur encàrrec dins un any a comptar "des de la mort del causant". La redacció originària de l'art. 429-13.2 CCCat, en canvi, compta l'any des de l'acceptació del càrrec, coincidint amb l'inici del còmput del termini d'un any que té el marmessor universal per a prendre inventari de l'herència segons l'art. 429-8.3 CCCat. Sobre això, vid. MARÍN SÁNCHEZ, J. A., "Comentari a l'art. 429-13 CCCat", *Comentari al Llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions*, J. EGEA I FERNÁNDEZ i J. FERRER I RIBA (Dir.), L. ALASCIO CARRASCO (Coord.), Vol. I, Barcelona: Atelier, 2009, pàg. 990-991.
- 25 La STSJC 21-desembre-2009 —FD 2n.4.B— (*Westlaw*, RJ 2010\454) indica: "El ejercicio del cargo queda sujeto a unos plazos distinguiéndose en el art. 319 pfo. 1 y en el art. 319 pfo. 2 CS, dos supuestos distintos y diferenciados. Mientras el art. 319.1 CS se refiere al plazo señalado por el causante, el art. 319.2 CS, de conformidad con la tradición jurídica catalana opera cuando no se establezca un plazo por el testador disponiendo que los interesados podrán acudir al Juez tras el transcurso de un año, a contar del fallecimiento del causante, para que fijen un plazo con sanción de caducidad, sin perjuicio de las responsabilidades dimanantes de la demora.- A diferencia del art. 905 Código Civil, en que se dispone que si tras el transcurso del plazo legal de prórroga señalado por el testador, cuando no se hubiera cumplido la voluntad del testador, se puede acudir al Juez para conceder otro por el tiempo necesario, atendidas las circunstancias del caso, en el derecho catalán sucesorio cuya regulación tiene carácter autónoma y autosuficiente, transcurrido el plazo y la prórroga establecida por el causante se produce "ope legis" la conclusión del encargo, sin perjuicio de que todos los herederos de común acuerdo puedan ampliarlo, que no es el supuesto examinado, y aun en dichos casos según la doctrina más autorizada dicho acuerdo, cuando el testador lo hubiere prohibido, tiene la fuerza de un contrato entre las partes y debe regirse por las normas de las obligaciones contractuales.- Por lo expuesto, debemos declarar como doctrina a los efectos del interés casacional que los albaceas han de cumplir su encargo dentro de los plazos y las prórrogas que se fijen en el testamento por el causante, sin perjuicio de su ampliación por los herederos de común acuerdo, sin que pueda acudir en dicho supuesto a la intervención judicial que solamente opera, como literalmente establece el art. 319.2 CS, a falta de señalamiento de plazo por el testador, todo ello en atención al carácter temporal que caracteriza la actuación del albacea reforzada, actualmente, por la Ley 10/2008, de 10 de julio, de 10 de julio, del libro Cuarto del CCCat., relativo a las sucesiones que limita el plazo fijado por el causante en su art. 429.13.4"
- 26 Segons l'art. 905 CCe, en la nova redacció que li ha donat la DF 1a LJV: "Si el testador quisiera ampliar el plazo legal, deberá señalar expresamente el de la prórroga. Si no lo hubiese señalado, se entenderá prorrogado el plazo por un año. Si, transcurrida esta prórroga, no se hubiese cumplido todavía la voluntad del testador, podrá el Secretario judicial o el Notario conceder otra por el tiempo que fuere necesario, atendidas las circunstancias del caso". Al marge d'aquells casos en què el testador ha previst la pròrroga, i malgrat la literalitat del precepte, bona part de la doctrina entén que es pot concedir pròrroga al marmessor encara que el testador no l'hagi prevista. Vid. RUBIO GARRIDO, T., "Comentario a los artículos 899, 905 y 910...", *op. loc. cit.*, 2016, pàg. 882-883; CARBALLO FIDALGO, M., "Comentario al art. 905 del

Quant a la referència a l'“autoritat judicial” que conté la redacció originària de l'art. 429-13.2 CCCat —encara vigent—, i tenint en compte la DA 1a.3 LJV, havíem entès que es podia entendre competent el lletrat de l'Administració de justícia *ex* DA 1a.1 LJV i que, per tant, era convenient modificar en aquest sentit l'art. 429-13.2 CCCat, afegint també, si es considerava oportú —i tot i tractar-se d'un supòsit diferent del previst als art. 91.1.1r LJV i 905 CCe—, el notari²⁷. I aquest ha estat el sentit de la reforma d'aquest precepte per la Llei 3/2017, del 15 de febrer (DF 4a.6), que està previst que entri en vigor l'1 de gener de 2018 (DF 9a Llei 3/2017, del 15 de febrer)²⁸.

En qualsevol cas, el termini que es fixa d'acord amb l'art. 429-13.2 CCCat no constitueix una “pròrroga”, sinó un termini de caducitat establert per via legal i fixat inicialment pel “jutge” i avui pel lletrat de l'Administració de justícia o el notari (*cfr.* art. 905 CCe)²⁹.

D'acord amb l'art. 66.3 LN el notari també pot autoritzar escriptura pública d'acceptació del càrrec de marmessor, si és requerit

Código civil”, *Código civil comentado*, A. CAÑIZARES LASO, P. DE PABLO CONTRERAS, J. ORDUÑA MORENO i R. VALPUESTA FERNÁNDEZ (Dir.), Vol. II, Cizur Menor (Navarra): Civitas - Thomson Reuters, 2016, pàg. 1147.

27 *Vid.* GINEBRA MOLINS, M. E., a ARNAU RAVENTÓS, L., GINEBRA MOLINS, M. E., i TARABAL BOSCH, J., *L'impacte de la llei 15/2015, de jurisdicció voluntària...*, *op. cit.*, 2017.

28 Segons l'art. 429-13.2 CCCat, tal i com ha quedat redactat per la Llei 3/2017, del 15 de febrer (DF 4a.6): “Si no s'ha fixat un termini per a complir l'encàrrec i els marmessors no l'han completat dins d'un any a comptar de l'acceptació del càrrec, qualsevol dels interessats pot sol·licitar al notari o al lletrat de l'Administració de justícia que requereixi als marmessors que el compleixin en el termini que es fixi amb sanció de caducitat del càrrec i sens perjudici de les responsabilitats que resultin de la demora.”

29 *Vid.* PUIG FERRIOL, L., i ROCA TRÍAS, E., *Fundamentos del Derecho civil de Cataluña*, T. III, Vol. 1r, Barcelona: Bosch, Casa Editorial, S. A., 1979, pàg. 391; MARÍN SÁNCHEZ, J. A., “Comentari a l'art. 429-13...”, *op. loc. cit.*, 2009, pàg. 991.

Quan es referia a “amb sanció de caducitat”, el Projecte de Compilació de 1955 [Proj. Comp. 1955] afegia (art. 466.II, al final): “tret que el jutge estimés convenient concedir un nou termini” (*Proyecto de la compilación del Derecho civil de Especial de Cataluña*, Barcelona, 1955, pàg. 140 [ed. facsímil a: *Proyecto d'Apèndix i materials precompileris del Dret civil de Catalunya*, Estudi introductori: A. MIRAMBELL ABANCÓ i P. SALVADOR CODERCH, Textos Jurídics Catalans, 10, Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia, 1995, pàg. 898]); aquest seria el cas més semblant a una “pròrroga judicial”. *Vid.* PUIG FERRIOL, L., “Comentari al artículo 240 de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña”, *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, EDERSA, 1984 [ID vLex: 255372]; MARÍN SÁNCHEZ, J. A., “Comentari a l'art. 429-13...”, *op. loc. cit.*, 2009, pàg. 991.

per a fer-ho. En principi l'acceptació del càrrec de marmessor no exigeix cap forma especial, i pot ser expressa o tàcita (art. 429-4.1 CCCat —redacció originària o d'acord amb la Llei 3/2017, del 15 de febrer—); ara bé, l'acceptació s'ha de fer davant de notari en el cas previst en l'art. 429-4.2 CCCat (“Si el designat com a marmessor, un cop requerit notarialment per algun hereu o per una persona interessada en l'herència, no accepta el càrrec davant notari dins del mes següent a la notificació, s'entén que hi renuncia”). Aquest precepte, pel que fa al marmessor, conté una regla paral·lela a la prevista respecte de l'hereu en l'art. 461-12 CCCat (l'anomenada “interrogatio in iure”) i, si bé l'art. 461-12 CCCat originari exigia que el requeriment a l'hereu fos “judicial”, avui la nova redacció que donada a aquest precepte per la Llei 3/2017, del 15 de febrer (DF 4a.11) preveu que aquest requeriment sigui notarial³⁰, tal com establia ja inicialment, quant al requeriment al marmessor, l'art. 429-4.2 CCCat —que no ha estat modificat per la Llei 3/2017, del 15 de febrer—³¹; en un i altre cas (tant en l'art. 429-4.2 CCCat com en l'art. 461-12 CCCat —en la redacció originària o en la vigent³²—) es fixa un termini transcorregut el qual, en ambdós casos, es dona valor negatiu al silenci del requerit, entenent-se renunciada l'herència (art. 461-12.3 originari i 461-12.2 i 4 vigent —d'acord amb la nova redacció que li ha donat la Llei 3/2017, del 15 de febrer— CCCat) o el càrrec de marmessor (art. 429-4.2 CCCat)³³. Tractant-se en ambdós casos d'una intervenció instrumental del jutge o del notari en el requeriment (que

30 Vid. epígrafs 3.2 i 3.4.

31 Quant a les actes de requeriment, *vid.* art. 202 a 206 Reglament Notarial (Decret de 2 de juny de 1944) [RN].

32 La DF 9a de la Llei 3/2017, del 15 de febrer, estableix que la reforma de l'art. 461-12 CCCat va entrar en vigor l'1 de març de 2017. La DF 9a s'ha vist afectada per la correcció d'errades publicada al *DOG*C núm. 7329, 15.3.2017.

33 Vid. MARÍN SÁNCHEZ, J. A., “Comentari a l'art. 429-4 CCCat”, *Comentari al Llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions*, J. EGEA I FERNÁNDEZ i J. FERRER I RIBA (Dir.), L. ALASCIO CARRASCO (Coord.), Vol. I, Barcelona: Atelier, 2009, pàg. 933.

L'art. 312 CS 1991 ja donava valor negatiu —de renúncia— al silenci del marmessor (“Si el marmessor, requerit notarialment per algun hereu o per persona afavorida per l'herència, no accepta el càrrec davant notari dins els trenta dies naturals següents a la notificació, s'entén que el renuncia”). Anteriorment, en canvi, l'art. 235.II del Text Refós de la Compilació de Dret civil de Catalunya de 1984 (CDCC 1984) seguint l'art. 235.II Compilació de Dret civil Especial de Catalunya de 1960 (CDCEC 1960) i l'art. 460.I del Proj. Comp. 1955, donava valor positiu —d'acceptació— al silenci (art. 235.

es fonamenta en un acte jurídic en sentit estricte de l'hereu o altra persona interessada), a fi d'assolir la certesa de la data, per a obtenir un determinat efecte, que fixa la llei, resulta coherent reservar la intervenció que preveu l'art. 429-4.2 CCCat al notari.

2n) Per a la remoció del marmessor del seu càrrec (art. 91.1.2n LJV).

Es refereix a la remoció, fonamentada en una “conducta dolosa o greument negligent”, l'art. 429-14 CCCat³⁴. Aquest precepte no precisa qui és competent per a decidir la remoció. D'acord amb l'art. 91.4 LJV, la decisió correspon al jutge; ara bé, la regla de competència que conté l'art. 91.3 LJV no coincideix amb la prevista en l'art. 411-2.2 CCCat, en principi d'aplicació preferent. La resolució adoptarà la forma d'Interlocutòria (art. 19.1 LJV)³⁵. Pel que fa al CCE, *vid.* l'art. 910.

3r) Per a la rendició de comptes del marmessor (art. 91.1.3r LJV; *vid.* Preàmbul X, § 11, LJV).

El marmessor és un administrador de béns aliens; com a tal, ha de retre comptes de la seva gestió. Ara bé, els marmessors no sempre han de rendir comptes davant del jutge (art. 429-13.5 CCCat; *vid.*, també, art. 907 CCE). Segons el CCCat, només ho han de fer si han de destinar béns o diners a finalitats d'interès públic o general; en aquest cas han de retre comptes a l'autoritat judicial encara que el causant els n'hagi dispensat (art. 429-13.5 CCCat). Al marge d'aquest supòsit, els marmessors han de retre comptes als hereus o als afavorits, i en cas de disconformitat caldrà acudir a la via contenciosa.

D'acord amb això, quan resulti aplicable el Dret català, només caldrà tramitar l'expedient regulat en l'art. 91 LJV —que encomana la decisió al jutge (art. 91.4 LJV)— quan, segons l'art. 429-13.2 CCCat el marmessor hagi de retre comptes a l'autoritat judicial, perquè s'hagin hagut de

II CDCC 1984: “Si el marmessor, requerit notarialment per algun hereu o persona afavorida per l'herència, no renuncia al càrrec davant Notari dins els deu dies naturals següents a la notificació, entendrem que l'accepta”).

34 Anteriorment: art. 320 CS 1991.

35 En contra de que la remoció del tutor es resolgui en un expedient de jurisdicció voluntària en el context del CCE, *vid.* RUBIO GARRIDO, T., “Comentario a los artículos 899, 905 y 910...”, *op.loc. cit.*, 2016, pàg. 871-872 i 886-887.

destinar béns o diners a finalitats d'interès públic o general. Quant al CCe, caldrà estar als casos als que es refereix l'art. 907.II CCe³⁶.

La regla de competència que conté l'art. 91.3 LJV no coincideix amb la prevista en l'art. 411-2.2 CCCat, en principi d'aplicació preferent a Catalunya.

4t) Per a l'obtenció d'autorització perquè el marmessor pugui efectuar actes de disposició sobre béns de l'herència (art. 91.1.4t LJV; *vid.* Preàmbul X, § 11, LJV).

També en aquesta matèria la LJV pressuposa la regulació del CCe (*vid.*, especialment, art. 903 CCe)³⁷. En el marc del CCe, l'autorització correspon al Jutge (art. 91.4 LJV), d'acord amb les regles de competència de l'art. 91.3 LJV. La resolució adoptarà la forma d'Interlocutòria (art. 19.1 LJV).

Quant al Dret català, amb relació al marmessor universal no té sentit l'autorització que regula l'art. 91.1.4t LJV, atès que el marmessor té, per llei, poder de disposició sobre els béns de l'herència, malgrat no ser-ne titular: art. 429-7.3, 429-8, 429-9 i 429-10 CCCat. El marmessor particular també pot tenir aquest poder de disposició, si se li ha conferit, de manera que tampoc requerirà autorització. Coherentment amb això, el Dret civil català no preveu aquesta autorització.

Pel que fa a la inscripció dels actes de disposició sobre béns immobles, l'art. 20.IV LH estableix que no cal la prèvia inscripció a favor de marmessors o altres persones que actuïn com a òrgans de representació i disposició d'interessos aliens "en la forma permitida por las leyes"³⁸.

36 *Vid.* l'Informe a l'Avantprojecte de Llei de Jurisdicció Voluntària aprovat pel Ple del Consejo General del Poder Judicial el 27 de febrer de 2014, apartat 291.

37 *Vid.* l'Informe a l'Avantprojecte de Llei de Jurisdicció Voluntària aprovat pel Ple del Consejo General del Poder Judicial el 27 de febrer de 2014, apartat 291. *Vid.*, també, CARBALLO FIDALGO, M., "Comentario al art. 903 del Código civil", *Código civil comentado*, A. CAÑIZARES LASO, P. DE PABLO CONTRERAS, J. ORDUÑA MORENO i R. VALPUESTA FERNÁNDEZ (Dir.), Vol. II, Cizur Menor (Navarra): Civitas - Thomson Reuters, 2016, pàg. 1142.

38 *Vid.* DOMÍNGUEZ LUELMO, A., "Comentario al art. 20 de la Ley Hipotecaria", *Comentarios a la Ley Hipotecaria*, A. DOMÍNGUEZ LUELMO (Dir.), Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 2016, pàg. 399.

A banda de tot això, i encara en matèria de marmessoria, l'art. 91 LJV no té en compte el “marmessor datiu” que regula l'art. 429-15.1 CCCat³⁹. Segons la redacció originària d'aquest precepte: “Si no resta cap marmessor ni cap substitut en l'exercici del càrrec i no s'ha complert encara totalment la missió o l'encàrrec dels marmessors universals, o els encàrrecs atribuïts als particulars, *qualsevol dels interessats en la successió pot sol·licitar a l'autoritat judicial que, si ho creu procedent, designi un o més marmessors datius amb les mateixes funcions i facultats que els marmessors testamentaris*”. Quan va entrar en vigor la LJV, la qüestió que es plantejava era com calia entendre la referència que feia aquest precepte a l'“autoritat judicial”. En aquell moment, d'acord amb la DA 1a.1 LJV, havíem entès que es podien considerar competents en aquest cas els lletrats de l'Administració de justícia⁴⁰; d'altra banda i malgrat no tenir cabuda en l'expressió “autoritat judicial”, havíem apuntat la possibilitat d'estendre la competència als notaris⁴¹. Evidentment, si es volia admetre aquesta possibilitat calia modificar els termes en què s'expressava l'art. 429-15.1 CCCat, i això és el que ha fet la Llei 3/2017, del 15 de febrer, que ha donat entrada tant al lletrat de l'Administració de justícia com al notari⁴².

2.2. Sobre els «comptadors partidors datius»

L'art. 92 LJV, complementat amb l'art. 66 LN (amb la redacció que li ha donat la DF 1a LJV), preveuen la competència compartida de

39 Quant al “marmessor datiu”, *vid.*, anteriorment: art. 467 Proj. Comp. 1955, art. 241 CDCEC 1960, art. 241 CDCC 1984 i art. 321 CS 1991.

40 Quant a les regles de competència, resulta d'aplicació preferent, en principi, l'art. 411-2.2 CCCat (*cf.* art. 91.3 LJV).

41 *Vid.* GINEBRA MOLINS, M. E., a ARNAU RAVENTÓS, L., GINEBRA MOLINS, M. E., i TARABAL BOSCH, J., *L'impacte de la llei 15/2015, de jurisdicció voluntària...*, *op. cit.*, 2017.

42 La nova redacció que ha donat la Llei 3/2017, del 15 de febrer (DF 4a.7), a l'art. 429-15 CCCat, i que entrarà en vigor l'1 de gener de 2018, estableix: “Si no resta cap marmessor ni cap substitut en l'exercici del càrrec i no s'ha complert encara totalment la missió o l'encàrrec dels marmessors universals, o els encàrrecs atribuïts als particulars, qualsevol dels interessats en la successió pot sol·licitar al lletrat de l'Administració de justícia o al notari que, si ho creu procedent, designi un o més marmessors datius amb les mateixes funcions i facultats que els marmessors testamentaris.”

secretaris judicials (lletrats de l'Administració de justícia) i notaris amb relació a determinats actes en principi referits als “comptadors partidors datius”⁴³.

En aquest sentit, tot i que el Dret català es refereix al “comptador partidori” designat pel causant en els art. 412-5.3, 426-27.3, 429-5.1 i 3, 429-10.f, 429-13.3, 431-5.1, al final, 451-11, 464-5, 464-6.2 CCCat (*vid.*, també, Preàmbul III, lletra g, i VII, § 6, Llei 10/2008, de 10 de juliol, del llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions), no contempla ni regula, en canvi, els “comptadors partidors datius” (*cfr.*, en canvi, l'art. 1057.II CCE —modif. DF 1a LJV—⁴⁴ i la Llei 344 de la *Compilación de Derecho civil foral de Navarra*). Anteriorment, l'art. 56 de la Llei 40/1991, de 30 de desembre, del Codi de successions per causa de mort en el Dret civil de Catalunya (CS 1991) —lleï actualment derogada (DD Llei 10/2008, del 10 de juliol)— establí que “Si el testador no ha fet la partició i no ha nomenat cap comptador partidori, o el càrrec ha quedat vacant, els hereus i els legataris que representin la meitat del cabal hereditari poden sol·licitar al jutge la designació d'un comptador partidori que practiqui la partició de l'herència. La partició realitzada així requereix aprovació judicial, llevat que sigui ratificada per tots els hereus i legataris” (*vid.*

43 En el seu Informe a l'Avantprojecte de Llei de Jurisdicció Voluntària (apartat 293), aprovat el 27 de febrer de 2014, el Ple del *Consejo General del Poder Judicial* recomanava concentrar totes les competències en matèria de comptadors partidors datius, “de tal forma que el Secretario judicial aglutine tanto la función de aprobación de la partición como la del nombramiento del contador-partidor, incluida la renuncia al cargo y la prórroga del plazo para la realización de la partición.”

44 La regulació del “comptador partidori datiu” que conté l'art. 1057.II CCE prové de la Llei 11/1981, de 13 de maig, *de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio* Des de llavors i fins a l'entrada en vigor de la LJV, el nomenament del comptador partidori datiu s'encomanava al jutge, i la partició que realitzava requeria aprovació judicial, llevat confirmació expressa de tots els hereus i legataris. A partir de la LJV el nomenament correspon al secretari judicial (lletrat de l'Administració de justícia) o al notari, i l'aprovació de la partició també l'ha de fer el lletrat de l'Administració de justícia o del notari (art. 92 LJV, 66 LN i 1057.II CCE). En el cas que l'expedient es tramiti davant del lletrat de l'Administració de justícia, si és preceptiva la intervenció d'advocat i procurador quan la quantia de l'haver hereditari sigui igual o superior a 6.000 euros (art. 92.2 LJV). Quant a la tramitació d'aquests expedients de jurisdicció voluntària, *vid.* ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., “Comentario al art. 1057 del Código civil”, *Las modificaciones al Código civil del año 2015*, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Dir.), València: Tirant lo Blanch, 2016, pàg. 992-997.

Preàmbul IV, § 5, CS 1991)⁴⁵. La Llei 10/2008, de 10 de juliol, del llibre quart del Codi civil de Catalunya, destaca la supressió d'aquesta norma tot entenent que “aquest resultat ja és possible, sense acord majoritari, pels mitjans que estableix la legislació processal”⁴⁶. En aquest sentit, l'art. 464-7.2 CCCat estableix que “Si els hereus no arriben a un acord per a fer la partició ni escau fer-la d'una altra manera, qualsevol d'ells pot instar la partició judicial”; en aquest cas caldrà estar a allò que preveuen els art. 782 a 789 Llei 1/2000, de 7 de gener, d'enjudiciament civil [LEC 2000] —el primer dels quals ha estat modificat per la DF 3a LJV—. En el marc d'aquest procediment, es poden designar comptadors o perits d'acord amb que estableixen els art. 783 i 784 LEC 2000. El comptador haurà de complir l'encàrrec i realitzar les operacions divisòries en els termes que preveuen els art. 785 i 786 LEC 2000. Quant a l'oposició i a l'aprovació de les operacions divisòries dutes a terme pel comptador cal estar al que estableix l'art. 787 LEC 2000.

a) Actualment, per tant, quant al Dret civil català no resulta aplicable el que estableixen els art. 92.1.a LJV i 66.1.b LN (amb la redacció que li ha donat la DF 1a LJV). Tant la lletra *a* de l'art. 92.1 LJV, com la lletra *b* de l'art. 66.1 LN, enllacen directament amb l'art. 1057.II CCe⁴⁷, al qual remetent expressament (*vid.*, també, art. 782.1, al final, LEC 2000 —modif. DF 3a LJV—); no tenen

45 El paràgraf segon del mateix art. 56 CS 1991 establia: “Les funcions específiques de comptador partidori no poden ésser atribuïdes a cap hereu o cap legatari de part alíquota, llevat que aquest darrer sigui un ascendent de tots els hereus o sigui acceptat en document públic per tots els que tenen interès en l'herència”.

46 El Preàmbul VII, § 6, Llei 10/2008, de 10 de juliol, del llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions destaca: “Pel que fa als subjectes que poden fer la partició, s'ha suprimit la norma que permetia als hereus i legataris que representessin més de la meitat del cabal relicte sol·licitar a l'autoritat judicial la designació d'un comptador partidori, entenent que aquest resultat ja és possible, sense acord majoritari, pels mitjans que estableix la legislació processal”.

47 Sobre la introducció del comptador partidori datiu en l'art. 1057.2 CCe per la Llei de 13 de maig de 1981 i quant a la inadequació de les regles de procediment existents fins a la LJV, *vid.* ESCARTÍN IPIÉNS, J. A., “El contador partidori dativo, nota sobre su origen, finalidad, naturaleza, funciones y procedimiento”, *Estudios de derecho de sucesiones. Liber amicorum* Teodora F. Torres García, A. DOMÍNGUEZ LUELMO (Dir.), M. P. GARCÍA RUBIO (Dir.), M. HERRERO OVIEDO (coord.), La Ley. Grupo Wolters Kluwer, 2014 pàg. 405-432; ESCARTÍN IPIÉNS, J. A., “El contador partidori dativo (CPD), proceso contencioso y jurisdicción voluntaria” [<http://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-registral/varios-o-r/el-contador-partidori-dativo/> (data de consulta: 5.9.2016)].

connexió, en canvi, amb cap norma catalana vigent⁴⁸. D'acord amb això, quan resulti aplicable el Dret català, no es pot acudir a l'art. 92.1.a LJV o a l'art. 66.1.b LN per a pretendre el nomenament d'un "comptador partidori datiu".

b) Ara bé, tot i que actualment el Dret català no regula els "comptadors partidors datius", cal plantejar si la rúbrica del capítol no resulta enganyosa, ja que l'art. 92 LJV regula qüestions no necessàriament limitades als comptadors partidors "datius". En concret, l'art. 92.1.b LJV, com l'art. 66.1.c LN (amb la redacció que li ha donat la DF 1a LJV), es refereixen als casos de "renúncia" del comptador partidori "nomenat" —de manera que no està clar que ho haguem de limitar al "datiu"— o de pròrroga del termini fixat per a la realització del seu encàrrec (*vid.* Preàmbul X, § 11, LJV). La qüestió és si el que preveuen els art. 92.1.b LJV i 66.1.c LN podria encaixar quant al "comptador partidori" designat pel causant d'acord amb el Dret català. En aquest sentit, si considerem que el Dret català porta el "comptador partidori" a la marmessoria, ens podem trobar amb els mateixos desajustos de regulació i de concepte que ja hem destacat en relació amb l'art. 91.1.1r LJV (bàsicament tenint en compte el diferent concepte de "renúncia" que utilitzen el CCCat i el CCE i el que s'ha indicat en relació a la "pròrroga")⁴⁹.

c) D'altra banda, "l'aprovació de la partició efectuada pel comptador partidori quan sigui necessari perquè no ha estat confirmada expressament per tots els hereus i legataris" a la que al·ludeixen tant l'art. 92.1.c LJV com l'art. 66.1.d LN (d'acord amb la redacció que ha donat a aquests preceptes la DF 1a LJV) concorda bàsicament amb el que estableix l'art. 1057.II, al final, CCE —en la nova redacció que li ha donat la DF 1a LJV— (*vid.* Preàmbul X, § 11, LJV)⁵⁰; ara bé, el CCE també exigeix aprovació de la partició efectuada en el cas de l'art. 843 —en què pot haver intervingut un "comptador partidori datiu" (art. 841.II CCE), però no necessàriament (*vid.* art. 841.I CCE)— i 1060 —que no

48 *Cfr.*, en canvi, art. 344 Compilació de Dret civil foral de Navarra, o bé el derogat art. 56 CS 1991.

49 *Vid.* epígraf 2.1 (1r).

50 *Vid.* ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., "Comentario al art. 1057...", *op. loc cit.*, 2016, pàg. 996-997.

contempla pas una partició realitzada per un “comptador partidador datiu”— (ambdós modificats per la DF 1a LJV). En qualsevol cas, l’aprovació de la partició a la que es refereixen els art. 92.1.c LJV i 66.1.d LN no tenen encaix en la regulació catalana vigent⁵¹.

2.3. Sobre acceptació i repudiació de l’herència

Els art. 93-95 LJV són clar exponent d’aquell tipus de normes que trobem a la LJV que contenen una regulació bipartida material-procedimental; l’art. 93 LJV té un contingut essencialment material, mentre que, en canvi, els art. 94 i 95 LJV es centren bàsicament en qüestions procedimentals.

La norma material (art. 93 LJV) enumera els supòsits prenent com a referent la regulació del CCe, que no sol coincidir amb el Dret català. En aquest sentit, al marge d’allò previst en l’art. 93.1 LJV (“Se aplicaran las disposiciones de este Capítulo en todos los casos en que, conforme a la ley, la validez de la aceptación o repudiación de la herencia necesite autorización o aprobación judicial”), la resta de l’art. 93 LJV no lliga amb el Dret civil català, i sí, en canvi, amb la regulació prevista al CCe (bàsicament amb els art. 166.II i III, 271.4t i 1001 CCe). De fet, es tracta d’un precepte que envaeix l’àmbit de la regulació substantiva civil; aquesta invasió, que no correspondria i que pot resultar problemàtica fins i tot per al Dret civil estatal, es fa especialment palesa respecte dels drets civils autonòmics, la regulació substantiva dels quals ignora. De fet, el text de l’art. 93 LJV s’hauria de limitar a allò que estableix el primer paràgraf.

Partint d’això, i des de la perspectiva del Dret civil català, l’art. 93.2 i 3 LJV, d’una banda, contempla supòsits que no encaixen amb la regulació civil catalana i, de l’altra, no té en compte casos que la llei catalana preveu.

51 Quant al Dret català, abans, l’art. 56.I, final, CS 1991 —actualment derogat— establia que la partició realitzada pel comptador partidador designat pel jutge requeria “aprovació judicial”, llevat que fos ratificada per tots els hereus i legataris. Pel que fa al Dret navarrès, la Llei 344 de la Compilació de Dret civil foral de Navarra estableix que la partició realitzada pel comptador requereix “aprovació judicial”, llevat que sigui ratificada per tots els hereus i legataris.

2.3.1. L'«autorització judicial»: l'art. 93.2 LJV i el Dret civil català

Segons l'art. 93.2 LJV, “en tot cas”, necessiten autorització judicial:

- a) Els progenitors que exerceixin la pàtria potestat per repudiar l'herència o llegats en nom dels seus fills de menys de 16 anys, o si són més grans d'aquesta edat, sense que arribin a la majoria, i no presten el seu consentiment. *Vid.*, en aquest sentit, l'art. 166.II i III CCe.
- b) Els tutors, i si s'escau, els defensors judicials, per acceptar sense benefici d'inventari qualsevol herència o llegat o per repudiar-los. *Vid.* art. 271.4t CCe.
- c) Els creditors de l'hereu que hagi repudiat l'herència a la qual hagi estat cridat en perjudici d'aquells, per acceptar l'herència en nom seu. Això concorda amb el que estableix l'art. 1001 CCe.

Amb tot, malgrat la contundència del primer incís de l'art. 93.2 LJV (“En todo caso”), en els supòsits que enumera n'hi ha que no requereixen autorització judicial segons el Dret català, de la mateixa manera que hi ha casos en què el CCCat exigeix autorització judicial i que no estan esmentats en aquest precepte⁵².

- a) L'autorització judicial per tal que els titulars de la potestat parental puguin repudiar l'herència o el llegat en nom del fill. En aquest cas, la intervenció de l'autoritat pública és rellevant —complementa el poder de disposició— i es reserva a l'autoritat judicial.

Per al Dret català les renunciacions a herències o llegats —com també acceptar llegats modals o onerosos i la resta d'actes que enumera l'art. 236-27.1 CCCat— són actes d'administració extraordinària (arg. ex art. 236-8.2.b, *in fine*, CCCat en relació amb l'art. 236-27.1.e CCCat; *vid.*, també, art. 236-11.6 CCCat), i per fer-los els pares requereixen, en principi, autorització judicial (art. 236-27 i 461-9.2 CCCat).

Quant a l'herència, per a exercitar la delació, els menors d'edat subjectes a potestat parental han de ser substituïts pels pares, com a representants legals seus, els quals necessiten autorització judicial per a repudiar l'herència (art. 236-27.1.e i 461-9.1 i 2 CCCat). La denegació de l'autorització judicial comporta l'acceptació de l'herència (art. 236-

⁵² *Vid.* epígraf 3.3.

29 CCCat) que, d'acord amb l'art. 461-16 CCCat, s'entendrà feta a benefici d'inventari; no cal acudir a allò que estableix l'art. 95.2 LJV.

Pel que fa als llegats, no cal acceptació per a adquirir-los; s'adquireixen, en principi, amb la delació, sens perjudici de poder-los renunciar; si el llegat és d'eficàcia real, per la delació el legatari adquireix la propietat de la cosa objecte del llegat, i si és d'eficàcia obligacional el legatari adquireix un dret de crèdit contra la persona gravada amb el llegat (art. 427-15.1 i 427-10.2 i 3 CCCat)⁵³. Quant a la possibilitat de renunciar el llegat, si es tracta de llegats a menors subjectes a potestat parental, la renúncia l'han de fer els representants legals, amb autorització judicial (art. 426-16.8 CCCat en relació amb els art. 461-9 i 236-27.1.e CCCat). En aquest cas es tracta de la renúncia a un dret ja adquirit. La denegació de l'autorització comporta la consolidació de l'adquisició (art. 236-29 CCCat).

Al marge d'allò previst —envaint l'àmbit de la legislació substantiva civil— en l'art. 93.2.a LJV, d'acord amb l'art. 236-27.1.e CCCat els pares també necessiten autorització judicial per a acceptar llegats modals o onerosos.

En qualsevol cas, en tots els supòsits en què els pares necessiten autorització judicial (i, per tant, a efectes del que ara interessa, en cas de repudiació d'herències o llegats o d'acceptació de llegats modals o onerosos [art. 236-27.1.e i 461-9.2 CCCat]), el Dret català preveu “autoritzacions alternatives”, que no es limiten només al consentiment del fill si té més de setze anys (edat en la que es fixa també l'art. 93.2.a LJV i l'art. 166.III CCE, que requereix que el consentiment es faci en document públic), sinó també al consentiment de dos parents més pròxims al fill, de la manera que estableix l'art. 426-6.1.a CCCat; aquest consentiment, tant per part del fill de més de setze anys com dels parents, s'ha de manifestar en escriptura pública (art. 236-30 CCCat). En definitiva, l'autorització judicial, encara que el fill sigui menor de setze anys, no és preceptiva segons el Dret català, atès que es pot recórrer a l'“autorització alternativa” dels dos parents més pròxims al fill (art. 236-30.b CCCat). Tampoc caldrà autorització si el causant l'ha exclosa expressament (art. 236-27.2 CCCat).

53 Art. 427-15.1 CCCat: “Per la delació, el legatari adquireix de ple dret la propietat de la cosa objecte del llegat si aquest és d'eficàcia real, i es converteix en creditor de la persona gravada si és d'eficàcia obligacional, sens perjudici de poder renunciar-hi.”

Pel que fa a l'autorització judicial, la regla de competència que conté l'art. 94.1 LJV⁵⁴ no coincideix amb la prevista en l'art. 411-2.2 CCCat⁵⁵.

Quant a qui pot promoure l'expedient, segons l'art. 94.2 LJV en aquest cas poden fer-ho els qui tinguin la representació del cridat a l'herència, o el mateix menor representat pel Ministeri Fiscal (art. 94.2 LJV). I és necessària en tot cas la intervenció del Ministeri Fiscal (art. 94.3 LJV).

b) L'acceptació sense benefici d'inventari o la repudiació de l'herència o el llegat per part del tutor o el defensor judicial.

El que estableix l'art. 93.2.b LJV quant a l'autorització judicial que requereixen els tutors per a acceptar sense benefici d'inventari o repudiar herències o llegats, concorda essencialment amb el que estableix l'art. 271.4t CCe (*vid.* Preàmbul X, § 11, LJV). El Dret català també exigeix autorització judicial per tal que el tutor pugui "renunciar" herències o llegats en nom del tutelat (art. 222-43.1.e i 461-9.2 CCCat), però pel que fa al benefici d'inventari, els hereus menors d'edat, tant si estan emancipats com si no ho estan, i les persones posades en tutela o curatela en gaudeixen de ple dret, com a benefici legal (art. 461-16 CCCat); no té sentit, per tant, quan s'apliqui el Dret català, l'autorització judicial per a acceptar sense benefici d'inventari, ni la conseqüència que preveu l'art. 95.2 LJV per al cas de denegació de l'autorització. L'art. 95.2 LJV pressuposa la regulació del CCe. D'acord amb el Dret català, no es pot acceptar sense benefici d'inventari quan el cridat és un menor o una persona posades en tutela o curatela (art. 461-16 CCCat).

La denegació de l'autorització judicial per a la repudiació de l'herència o el llegat comporta l'acceptació de la transmissió; si es

54 Art. 94.1 LJV: "Será competente para conocer de estos expedientes, cuya tramitación se ajustará a las normas comunes de esta Ley, el Juzgado de Primera Instancia del último domicilio o, en su defecto, de la última residencia del causante y, si lo hubiere tenido en país extranjero, el del lugar de su último domicilio en España o donde estuviere la mayor parte de sus bienes, a elección del solicitante."

55 Art. 411-2.2 CCCat: "El jutge competent en matèria successòria és el del darrer domicili del causant i, a manca del darrer domicili conegut, el del lloc on es troba la major part dels béns."

tracta d'una herència, l'acceptació s'entén feta a benefici d'inventari (art. 222-45 CCCat) —de fet, encara que no ho digués aquest precepte, això mateix resultaria del que estableix l'art. 461-16 CCCat—; i això sense haver de recórrer al que estableix l'art. 95.2 LJV. Tractant-se d'una norma substantiva civil, la norma catalana resulta d'aplicació preferent.

A més, pel que fa al Dret català, no caldrà autorització judicial i sí, en canvi, del Consell de tutela, quan d'acord amb l'art. 222-54.c CCCat, s'hagi atribuït al Consell la funció d'autoritzar els actes a què fa referència l'art. 222-43 CCCat. Tampoc caldrà autorització judicial quan el causant l'hagi exclòsa expressament (art. 222-43.2 CCCat).

Al marge d'allò previst en l'art. 93.2.b LJV, d'acord amb l'art. 222-43.1.e CCCat el tutor també necessita autorització judicial per a acceptar llegats modals o onerosos⁵⁶.

Quant al *defensor judicial* —al que també es refereix l'art. 93.2.b LJV—, en els casos de conflicte d'interessos, la seva actuació es limita als actes que n'han determinat el nomenament (art. 224-3 CCCat). Segons la redacció originària de l'art. 224-3 CCCat, si aquests actes requerien autorització judicial, s'entenia implícita en el nomenament; en la mateixa línia, segons l'art. 94.2 LJV, el defensor judicial pot promoure l'expedient “si no se le hubiera dado la autorización en el nombramiento”. Ara bé, exceptuant el cas de l'art. 88 LJV (en matèria de d'intervenció judicial en cas de desacords en l'exercici de la potestat parental), segons els art. 28 i 30 LJV, el nomenament de defensor judicial és competència del lletrat de l'Administració de justícia, i no del jutge. Tenint en compte això últim, la Llei 3/2017, del 15 de febrer, ha donat nova redacció a l'art. 224-3 CCCat, eliminant l'incís final que establia que si els actes requerien autorització judicial aquesta s'havia d'entendre implícita en el nomenament⁵⁷.

56 Anteriorment, si hi havia menors o incapacitats representats legalment pel tutor en la partició, l'art. 57.II CS 1991 exigia “intervenció o aprovació judicial” per tal que els hereus poguessin practicar de comú acord la partició; l'art. 212 CF, en canvi, no esmentava la partició entre els actes per als quals el tutor necessitava autorització judicial. Actualment en aquest cas no exigeixen autorització judicial ni el Llibre quart ni el llibre segon CCCat (*vid.* art. 222-43 i 464-6 CCCat).

57 Segons la nova redacció de l'art. 224-3 CCCat, d'acord amb la DF 2a.11 Llei 3/2017, del 15 de febrer, i que entrarà en vigor l'1 de gener de 2018: “Actuació.- En els casos de conflicte d'interessos, l'actuació del defensor judicial es limita als actes que n'han determinat el nomenament.”

D'acord amb l'art. 94.2 LJV poden promoure l'expedient els qui tinguin la representació del cridat a l'herència, el mateix menor o la persona amb la capacitat modificada judicialment representat pel Ministeri Fiscal o, si escau, el defensor judicial “si no se le hubiera dado la autorización en el nombramiento” (*vid.* art. 30.2 LJV, i allò indicat anteriorment). És necessària en tot cas la intervenció del Ministeri Fiscal (art. 94.3 LJV).

c) La lletra *c* de l'art. 93.2 LJV (“Los acreedores del heredero que hubiere repudiada la herencia a la que hubiere sido llamado en perjuicio de aquellos, para aceptar la herencia en su nombre”) encaixa amb els termes de l'art. 1001 CCE⁵⁸ o fins i tot amb els de l'art. 353.1 del *Código de Derecho Foral de Aragón* (CDFA 2011)⁵⁹, però no amb l'art. 461-7 CCCat.

Literalment, segons l'art. 1001 CCE, si l'hereu repudia l'herència en perjudici dels seus creditors, aquests poden demanar al jutge que els autoritzi per a acceptar-la en nom del repudiant; i l'art. 93.1.c LJV es refereix a l'autorització judicial que necessiten els creditors per “acceptar l'herència en nom del deutor repudiant”⁶⁰. Amb tot, la fórmula que utilitza l'art. 1001 CCE, en el sentit que els creditors acaben acceptant en nom del deutor cridat que ha repudiat és tan sols una ficció; no s'ha d'interpretar literalment, sinó en el sentit que la repudiació els resulta

58 D'acord amb l'art. 1001 CCE: “Si el heredero repudia la herencia en perjuicio de sus propios acreedores, podrán éstos pedir al Juez que los autorice para aceptarla en nombre de aquél.- La aceptación sólo aprovechará a los acreedores en cuanto baste a cubrir el importe de sus créditos. El exceso, si lo hubiere, no pertenecerá en ningún caso al renunciante, sino que se adjudicará a las personas a quienes corresponda según las reglas establecidas en este Código.”

59 Segons l'art. 353 del *Código del Derecho Foral de Aragón* (Decret Legislatiu 1/2011, de 22 de març, del Govern d'Aragó): “Repudiación en perjuicio de acreedores.- 1. Si el llamado repudia la herencia en perjuicio de sus acreedores, podrán éstos pedir al Juez que les autorice para aceptarla en nombre de aquél.- 2. Concedida la autorización, el único efecto que produce es el de facultar a los acreedores para hacer efectivos sus créditos sobre el patrimonio hereditario.- 3. El derecho de los acreedores para solicitar la citada autorización caduca a los cuatro años a contar desde la repudiación.”

60 En aquesta línia, *vid.* un model d'escrit del creditor per a sol·licitar autorització judicial per acceptar l'herència a *Especial Nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria*, Wolters Kluwer, juliol 2015.

inoposable⁶¹ —en la línia del que estableix l'art. 461-7 CCCat— i per això s'estableix la legitimació extraordinària dels creditors per a poder-se cobrar amb càrrec a uns béns que no són del seu deutor; els creditors no se subroguen en l'exercici del “ius delationis” del repudiant; no el converteixen en hereu, ni tampoc esdevenen hereus els creditors⁶². La repudiació és lliure (art. 988 CCE) i, una vegada feta, irrevocable (art. 997 CCE). L'art. 353.1 CDFA 2011 es refereix també a l'acceptació dels creditors en nom del deutor repudiant, però l'art. 353.2 CDFA 2011 aclareix que, una vegada concedida l'autorització, l'únic efecte que produeix és facultar als creditors per a fer efectius els seus crèdits sobre el patrimoni hereditari.

La regla de l'art. 1001 CCE passà a l'art. 23 CS 1991, segons el qual si el cridat repudiava una herència en perjudici dels seus creditors, aquests podien demanar al jutge que els autoritzés “a acceptar-la en nom i en lloc del renunciant”, als únics efectes de fer efectius llurs crèdits sobre el patrimoni hereditari”; aquest dret dels creditors caducava als quatre anys a comptar de la renúncia. En qualsevol cas, tal com hem destacat respecte de l'art. 1001 CCE, no es tractava d'una autèntica acceptació; el cridat, que havia repudiat, no arribava a ser hereu.

Amb encert, l'art. 461-7 CCCat ha reformulat la norma, ha eliminant la referència a una falsa acceptació “en nom i en lloc del renunciant” i centra directament la qüestió en la inoposabilitat als creditors de la repudiació (irrevocable)⁶³ feta pel deutor cridat a l'herència que compromet la satisfacció dels seus drets de crèdit, per

61 En relació amb l'art. 1001 CCE, VIVAS TESÓN afirma: “No es... una aceptación de la herencia sino una medida *ex lege* de protección del crédito” (VIVAS TESÓN, I., “Comentario al art. 93 Ley de Jurisdicción Voluntaria”, en *Estudio sistemático de la Ley de Jurisdicción Voluntaria*, F. LLEDÓ YAGÜE, M. P. FERRER VANRELL, J. A. TORRES LANA i M. J. ACHÓN BRUÑEN [Dir.], O. MONJE BALMASEDA [coord.], Madrid: Dykinson, S. L., 2016, pàg. 613-614).

62 ARROYO AMAYUELAS, E., “Comentario al artículo 1001 del Código civil”, *Código civil comentado*, A. CAÑIZARES LASO, P. DE PABLO CONTRERAS, J. ORDUÑA MORENO i R. VALPUESTA FERNÁNDEZ (Dir.), Vol. II, Cizur Menor (Navarra): Civitas - Thomson Reuters, 2016, pàg. 1439 i 1440.

63 Quant a la repudiació, *vid.* art. 461-1, 461-2, 461-6, 461-9 i 461-12.3 CCCat. Quant als casos en què la repudiació és un efecte legal de l'exercici de la interpellació que regula l'art. 461-12.2 CCCat, *vid.* ARROYO AMAYUELAS, E., “Comentario al artículo 1001...”, *op. loc. cit.*, 2016, pàg. 1439-1440.

a la qual no exigeix una autorització judicial expressa i específica⁶⁴. D'aquesta inoposabilitat en deriva la facultat excepcional dels creditors del repudiant els crèdits dels quals són anteriors a la repudiació per a cobrar els seus crèdits actuant sobre els béns hereditaris, tot i que no pertanyen al seu deutor. La legitimació dels creditors del repudiant per a fer efectius els seus crèdits sobre els béns hereditaris (actiu net de l'herència) implica una legitimació per a accedir a aquest actiu amb caràcter preferent als creditors personals de l'hereu efectiu⁶⁵. Es tracta d'un remei subsidiari a favor dels creditors ("si manquen altres recursos per a cobrar-los") a l'abast de cadascun dels creditors del repudiant. Els creditors del repudiant se situen, així, pel que fa a la preferència, després dels del causant, però abans dels de l'hereu que acaba acceptant l'herència. D'aquest tema se n'ha ocupat, recentment, la STSJC de 6-juny-2016⁶⁶, la qual, però, resol un cas en què resulta aplicable encara, per qüestions temporals, l'art. 23 CS 1991, actualment derogat. El TSJC destaca que ni els creditors esdevenen hereus, ni tampoc esdevé hereu el repudiant, de manera que, una vegada satisfets els crèdits, l'herència ha de seguir el seu destí que, en aquell cas concret, una vegada frustrada la crida anterior, menava als substituïts vulgars designats en testament.

D'acord amb l'art. 461-7.2 CCCat, el dret dels creditors caduca (es tracta d'una facultat d'exercici unilateral —*vid.* art. 122-1 i seg. CCCat—) al cap d'un any de la repudiació.

Al marge dels supòsits que enumera l'art. 93.2 LJV, el CCCat també exigeix, en principi, autorització judicial per a l'acceptació o repudiació de l'herència (*vid.* rúbrica del Cap. III i art. 93.1 LJV), llevat que el poderdant l'hagi exclosa expressament, per tal que l'apoderat de l'art. 222-2 CCCat pugui renunciar herències o llegats, o bé acceptar llegats modals o onerosos en nom de la persona que ha perdut la capacitat i no pot governar-se per si mateixa (art. 222-44.3 CCCat, que estableix que l'apoderat necessita autorització

64 No sembla que s'hagi d'entendre implícita l'autorització en l'admissió de la reclamació judicial contenciosa, si és que n'hi ha.

65 CASANOVAS MUSSONS, A., "Comentari a l'art. 461-7 CCCat", a *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions*, EGEA I FERNÁNDEZ, J., i FERRER RIBA, J. (Dir.), ALASCIO I CARRASCO, L. (Coord.), Vol. II, Barcelona: Atelier, 2009, pàg. 1483.

66 *Westlaw*, JUR 2016\174576.

judicial per als mateixos actes que el tutor, llevat que el poderdant l'hagi exclosa expressament)⁶⁷.

Quant a qui pot promoure l'expedient, el fet que l'art. 94.2 LJV es refereixi genèricament als qui “tinguin la representació dels cridats a l'herència” permet entendre-hi inclosos, a més dels representants legals, els apoderats de l'art. 222-2 CCCat. De fet, tampoc els art. 61 i seg. LJV, quan regulen l'autorització judicial per a fer actes de disposició, gravamen, o altres que ho requereixen, no contemplen el cas de l'apoderat (representant voluntari) i, a més, es refereixen únicament, quant als incapaços, a persones amb la capacitat modificada judicialment —les quals no esgoten l'àmbit dels poders en previsió de pèrdua sobrevinguda de capacitat del CCCat —⁶⁸.

2.3.2. L'«aprovació judicial» de l'art. 93.3 LJV i el Dret civil català

Segons l'art. 93.3 LJV, és necessària l'aprovació judicial —posterior— per a l'eficàcia de la repudiació de l'herència efectuada pels “representants legítims” de les associacions, corporacions i fundacions capaces d'adquirir (*vid.* Preàmbul X, § 11, LJV). El precepte destria, d'una banda (art. 93.3, al principi, LJV), l'eficàcia de la repudiació feta en exercici de la capacitat —d'obrar— per acceptar i repudiar —exercir la delació— (*vid.* art. 993 CCE, per al Dret estatal, i 461-9.3 CCCat, quant al Dret català)⁶⁹ i, de l'altra (art. 93.3, al final, LJV), la capacitat per a adquirir, reflex de la capacitat jurídica (*vid.* art. 38.1, 745.2n [a contrari] i 746 CCE —amb relació al Dret estatal— i 311-3 i 412.2 CCCat —pel que fa al Dret català—)⁷⁰.

L'exercici de la delació correspon a l'òrgan (per exemple, el Patronat en les fundacions [art. 14 Llei estatal 50/2002, de 26 de desembre, de fundacions i 332-1 CCCat] o òrgan de representació

67 *Vid.* GINEBRA MOLINS, M. E., “Comentari de l'art. 222-2 CCCat”, Comentari al llibre segon del Codi civil de Catalunya, relatiu a la persona i la família. Persona física i institucions de protecció, Barcelona: Atelier, 2017 [en premsa].

68 *Vid.* GINEBRA MOLINS, M. E., “Comentari de l'art. 222-2 CCCat”, *op. loc. cit.*, 2017 [en premsa].

69 Quant als ens públics, *vid.* art. 12 Decret Legislatiu 1/2002, de 24 de desembre, pel qual s'aprova el Text refós de la Llei de patrimoni de la Generalitat de Catalunya [LPGC].

70 Pel que fa als ens públics, *vid.* art. 11, al principi, LPGC i 206.1, al principi, 206.2.I LMRCL i 28, al principi, 29.1 i 31.1 Decret 336/1988, de 17 d'octubre, pel qual s'aprova el Reglament del patrimoni dels ens locals [RPEL].

en les associacions [art. 11.4 Llei Orgànica 1/2002, de 22 de març, reguladora del dret d'associació, i 322-1.b CCCat]) o al representant de la persona jurídica.

L'art. 93.3 LJV parteix de la regulació prevista a l'art. 993 CCe (reproduint fins i tot la poc afortunada referència als representants “legítims”), segons el qual els “legítims representants” de les associacions, corporacions i fundacions capaces d'adquirir poden acceptar l'herència que se li hagi deixat, però per a repudiar-la necessiten un requisit addicional: l'aprovació judicial, amb audiència del Ministeri públic⁷¹. Tal com destaca GETE-ALONSO Y CALERA, amb relació a l'art. 993 CCe, malgrat la redacció del precepte —que enumera diferents persones jurídiques, d'acord amb els art. 38 i 39 CCe—, l'art. 993 CCe conté la regla general que actua per a les persones jurídiques⁷². Ara bé, el requisit addicional de l'aprovació judicial no s'aplica a les societats civils i mercantils, ni tampoc a les associacions privades⁷³.

De fet, quant al Dret català, el que estableix l'art. 93.3 LJV no encaixa amb el que estableix el CCCat. Pel que fa a l'exercici de la delació per part de les persones jurídiques —ja siguin de Dret públic o de Dret privat (en la línia de la precisió que feia l'art. 21 CS 1991, actualment derogat)⁷⁴—, l'art. 461-9.3 CCCat es limita a fer una remissió a la normativa específica (“Les persones jurídiques poden acceptar o repudiar les herències que els són deferides d'acord amb llurs normes reguladores...); i, quant a l'acceptació pura i simple (“en forma pura”)

71 Malgrat la literalitat clara de la norma, fins i tot en relació amb la legislació estatal requereix matisacions importants. *Vid.* VIVAS TESÓN, I., “Comentario al art. 93...”, *op. loc. cit.*, 2016, pàg. 615 i 616-617.

72 L'art. 994 conté la regla particular per a les persones jurídiques públiques.

73 GETE-ALONSO Y CALERA, M. C., “Comentario a los artículos 993 y 994 del Código civil”, *Código civil comentado*, A. CAÑIZARES LASO, P. DE PABLO CONTRERAS, J. ORDUÑA MORENO i R. VALPUESTA FERNÁNDEZ (Dir.), Vol. II, Cizur Menor (Navarra): Civitas - Thomson Reuters, 2016, pàg. 1416, 1417 i 1419. Segons VIVAS TESÓN, l'aprovació judicial només és necessària quan es tracta de “una persona jurídica de Derecho público o de interès general”. *Vid.* VIVAS TESÓN, I., “Comentario al art. 93...”, *op. loc. cit.*, 2016, pàg. 615.

74 Segons l'art. 21 CS 1991, actualment derogat: “La capacitat i els requisits per a acceptació i la repudiació de les herències deferides a les persones jurídiques de dret públic o privat es regeixen per les seves respectives normes reguladores. A manca d'aquestes, hom ha d'aplicar les regles referents als actes de disposició de béns de la persona jurídica per a acceptació pura i simple i la repudiació”.

o la repudiació, a manca de previsió expressa, remet supletòriament a les regles relatives als actes de disposició de béns de la persona jurídica de què es tracti⁷⁵ (vid. art. 333-1 CCCat, quant als actes de disposició en el cas de les fundacions). Al marge d'això, cal tenir en compte que les persones jurídiques de dret públic, i les fundacions i associacions declarades d'utilitat pública o d'interès social gaudeixen de ple dret del benefici d'inventari; també en gaudeixen les herències destinades a finalitats d'interès general (art. 461-16 CCCat)⁷⁶.

Quant a les persones jurídiques públiques, *vid.*, en concret, pel que fa al CCE, els art. 994 (“Los establecimientos públicos oficiales no podrán aceptar ni repudiar herencias sin la aprobación del Gobierno”) i 748 CCE. I, quant als ens públics de Dret català, vid. art. 12 Decret Legislatiu 1/2002, de 24 de desembre, pel qual s'aprova el Text refós de la Llei de patrimoni de la Generalitat de Catalunya (LPGC) i 7 i 8 Decret 323/1983, de 14 de juliol, pel qual s'aprova el Reglament per a l'execució de la Llei 11/1981, de 7 de desembre, del Patrimoni de la Generalitat (RPGC). Segons l'art. 8 RPGC, l'acceptació d'herències s'entén feta a benefici d'inventari (vid., també, art. 206.2.II Decret Legislatiu 2/2003, de 28 d'abril, pel qual s'aprova el Text refós de la Llei municipal i de règim local de Catalunya [LMRLC] i 32.1 Decret 336/1988, de 17 d'octubre, pel qual s'aprova el Reglament del patrimoni dels ens locals [RPEL]), i no es pot renunciar a herències, llegats o donacions si no és per Decret acordat pel Consell Executiu, previ expedient en què es demostrï l'existència de causa justificada. *Vid.*, també, art. 32.2 RPEL.

La STC 341/2005, de 21 de desembre⁷⁷ va declarar inconstitucional i nul l'incís final de l'art. 17.2 de la Llei de la Comunitat de Madrid 1/1998, de 2 de març, de fundacions. En la línia del que establia llavors l'art. 20.3 de la Llei estatal 30/1994, de 24 de novembre, de *Fundaciones y de incentivos fiscales a la participación*

75 *Vid.* CASANOVAS MUSSONS, A., Comentari a l'art. 461-9 CCCat, a *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions*, EGEA I FERNÁNDEZ, J., i FERRER RIBA, J. (Dir.), ALASCIO I CARRASCO, L. (Coord.), Vol. II, Barcelona: Atelier, 2009, pàg. 1487.

76 Quant a les fundacions, *vid.*, també, en l'àmbit de la legislació estatal, l'art. 22 Llei 50/2002 de 26 de desembre, i RDGRN 16-juliol-2007 (*Westlaw*, RJ 2007\3907).

77 *Westlaw* RTC 2005\341.

privada en actividades de interés general —actualment derogada—⁷⁸, l'art 17.2 de la Llei madrilenya de 1998 establia que “No se podrán repudiar herencias o legados ni dejar de aceptar donaciones sin la previa autorización del Protectorado o, en defecto de ésta, sin la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal”. En canvi, la Llei estatal 50/2002, de 26 de desembre, de fundacions, vigent quan el TC resol el recurs d'inconstitucionalitat no preveu aquesta intervenció judicial substitutiva, i es limita a establir que la repudiació d'herències ha de ser comunicada pel Patronat al Protectorat en el termini màxim de deu dies hàbils següents, podent aquest exercir les accions de responsabilitat que corresponguin contra els patrons si els actes del Patronat són lesius pera la fundació. Aquest canvi en la legislació estatal fa que el TC destaquí que no es pot apreciar que el legislador autonòmic incorri en una repetició indeguda respecte de la norma estatal. Ara bé els recurrents denunciaven també que l'art. 17.2 de la Llei de la Comunitat de Madrid envaïa la competència de l'Estat en matèria de legislació processal i, en aquest sentit, el TC considera que la previsió de la intervenció judicial amb audiència del Ministeri Fiscal suposa “la articulación de un cauce procesal cuyo establecimiento es competencia exclusiva del Estado ex art. 149.1.6 CE”. Per aquest motiu declara la inconstitucionalitat i consegüent nul·litat de l'incís “o, en defecto de ésta, sin la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal” de l'art. 17.2 de la Llei de la Comunitat de Madrid 1/1998, de 2 de març, de fundacions. En qualsevol cas, aquest pronunciament no té cap repercussió respecte del Dret català.

2.3.3 *Altres referències al jutge en matèria d'acceptació i repudiació de l'herència en el Dret civil català*

Segons la redacció originària de l'art. 461-6.1 CCCat, la repudiació de l'herència s'havia de fer “de manera expressa en document públic o mitjançant escrit adreçat al jutge competent”. Després de l'entrada

⁷⁸ L'art. 20.3 de la Llei 30/1994, de 24 de novembre, de *Fundaciones y de incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general* —actualment derogada— requeria autorització del Protectorat o, en defecte d'aquesta autorització, aprovació judicial amb audiència del Ministeri públic (“No se podrán repudiar herencias o legados ni dejar de aceptar donaciones sin la previa autorización del Protectorado, o en defecto de éste sin la aprobación judicial con audiencia del Ministerio público”).

en vigor la LJV vam apuntar⁷⁹ que calia valorar si la repudiació mitjançant “escrit adreçat al jutge competent” —requisit de forma— que regulava aquest precepte continuava tenint sentit en un context en què s’havia eliminat la declaració d’hereus abintestat judicial⁸⁰. En aquest context, i tenint en compte el tipus d’intervenció instrumental i no jurisdiccional de l’autoritat pública en la repudiació de l’herència, indicàvem que el més adequat seria eliminar, a l’art. 461-6.1 CCCat, la referència a l’escrit adreçat al jutge, de manera que la repudiació s’hagués de fer davant de notari, en instrument públic —escriptura pública (art. 17.1.II i 49.1r LN i 144.II)—, en la línia de la nova redacció que ha donat la DF 1a LJV a l’art. 1008 CCE⁸¹. I aquest ha estat el sentit de la reforma de l’art. 461-6.1 CCCat per la Llei 3/2017, del 15 de febrer (DF 4a.8); ha eliminat la referència a l’escrit adreçat al jutge⁸².

Quant al CCE, en la línia de potenciar la competència dels notaris en matèria successòria, atribuint-los la competència residual (*vid.* Preàmbul X, § 11, LJV), la DF 1a LJV va modificar l’art. 1008 CCE en el sentit que la repudiació de l’herència s’ha de fer davant notari en “instrument públic” (*vid.* art. 17 i 17 bis LN i 144 RN i 1280.4t CCE). La nova redacció del precepte ha eliminant la possibilitat que la repudiació es faci “por escrito presentado ante el Juez competente para conocer de la testamentaria o del abintestato”, tal i com preveia la redacció originària⁸³. Es tracta d’un cas de forma “ad solemnitatem”.

79 *Vid.* GINEBRA MOLINS, M. E., a ARNAU RAVENTÓS, L., GINEBRA MOLINS, M. E., i TARABAL BOSCH, J., *L’impacte de la llei 15/2015, de jurisdicció voluntària...*, *op. cit.*, 2017.

80 *Vid.* epígraf 2.4.

81 Tal com destaca COSTA RODAL, encara que l’escrit es presentés al jutge, la seva intervenció es limitava a acordar la ratificació de l’interessat, dictant després providència donant-lo per ratificat (COSTA RODAL, L., “Comentario al art. 1008 del Código civil”, *Las modificaciones al Código civil del año 2015*, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO [Dir.], València: Tirant lo Blanch, 2016, pàg. 935).

82 D’acord amb la nova redacció de l’art. 461-6.1 CCCat —que entrarà en vigor l’1 de gener de 2018 (DF 9a Llei 3/2017, del 15 de febrer)—: “La repudiació de l’herència s’ha de fer de manera expressa en un document públic.”

83 La redacció originària de l’art. 1008 CCE, vigent fins a l’entrada en vigor de la nova regulació, admetia que la repudiació es fes: o bé “en instrumento público autentico” (al respecte, *vid.* BOSCH CAPDEVILA, E., “Comentario al art. 1008 del Código civil”, *Código civil comentado*, A. CAÑIZARES LASO, P. DE PABLO CONTRERAS, J. ORDUÑA MORENO i R. VALPUESTA FERNÁNDEZ [Dir.], Vol. II, Cizur Menor [Navarra]: Civitas - Thomson Reuters, 2016, pàg. 1466); o bé “por escrito presentado ante el Juez competente para conocer de la testamentaria o del abintestato”.

Pel que fa al CCCat, la Llei 3/2017, del 15 de febrer (DF 4a.11), ha eliminat també, en la nova redacció de l'art. 461-12.4 CCCat, la referència a l'acceptació davant del jutge que contenia abans l'art. 461-12.3 CCCat⁸⁴.

2.4. La declaració d'hereus abintestat: la Llei del Notariat i la Llei de Patrimoni de les Administracions Públiques

2.4.1 *A favor de parents, cònjuge o persona unida per anàloga relació d'afectivitat a la conjugal*

Actualment, d'acord amb la redacció que ha donat la LJV als art. 55 i 56 LN, quan qui es considera amb dret a succeir abintestat siguin els descendents, ascendents, cònjuge o persona unida per anàloga relació d'afectivitat a la conjugal, o bé parents col·laterals⁸⁵, la declaració d'hereus abintestat s'ha de tramitar davant de notari i es resol per Acta de notorietat. En aquest cas —d'hereus que podríem anomenar, genèricament, “privats”⁸⁶, incloent els parents col·laterals—, la competència per a la declaració d'hereus abintestat s'atribueix exclusivament als notaris. En definitiva, la declaració d'hereus abintestat passa a ser competència exclusiva dels notaris, llevat quan correspongui succeir a l'Estat o a les Comunitats Autònomes⁸⁷. D'acord amb això, la DF 3a LJV modifica també els art. 790 i 792 LEC 2000; i la DF 12a LJV dóna nova redacció a l'art. 14 LH, si bé aquest precepte ha estat reformat de nou per la DF 1a de la Llei 29/2015, de 30 de juliol, de cooperació jurídica internacional en matèria civil⁸⁸.

84 *Vid.* epígraf 3.2.

85 El fet que no es posi límit als parents col·laterals fa que la nova regulació concordi tant amb el CCE com amb el CCCat —que reconeixen drets successoris intestats fins al quart grau (art. 954 CCE i 442-11 CCCat)—, com també amb el CDFa 2011 —en què, quant a la successió de béns troncsals pot arribar al sisè grau (art. 526 i 528)— o la Compilació navarresa —que respecte als béns troncsals també arriba al sisè grau (Llei 304)—.

86 CABANAS TREJO, R, i BALLESTER AZPITARTE, L., “Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria” § 304 [<https://boletinjuridico.wordpress.com/2015/07/13/ley-152015-de-2-de-julio-de-la-jurisdiccion-voluntaria-parte-ii/>] (consulta: 22.8.2016)].

87 *Vid.* epígraf 2.4.2.

88 Segons l'art. 14 LH vigent: “El título de la sucesión hereditaria, a los efectos del Registro, es el testamento, el contrato sucesorio, el *acta de notoriedad para la declaración de herederos abintestato* y la *declaración administrativa de heredero abintestato* a favor del Estado, así como, en su caso, el certificado sucesorio europeo

Anteriorment la declaració en el sentit que els únics hereus intestats eren descendents, ascendents o el cònjuge del causant, es podia obtenir mitjançant acta de notorietat (art. 979 —modif. 1992— *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 1881 —RD de 3 de febrer de 1881— [LEC 1881], actualment derogat [DD única LJV]). A aquests, l'art. 442-7 CCCat afegí, en el seu moment, el convivent en parella estable (art. 442-7 CCCat), ampliant així el que establia l'art. 979 LEC 1881 [modif. 1992] i, indirectament, també el que resultava de l'art. 209 bis, final, RN [modif. 2007]. Fins a l'entrada en vigor de la nova regulació que introdueix la LJV, en la resta de supòsits (parents col·laterals) calia acudir a la via judicial (art. 980 LEC 1881 [modif. 1992], actualment derogat [DD única LJV]; *vid. Preàmbul 3, § 4 Llei estatal 10/1992, de 30 d'abril, de medidas urgentes de reforma processal*)⁸⁹, en principi més lenta.

Partint d'això, el que estableix l'art. 442-7 CCCat (modificat per la Llei 25/2010, de 29 de juliol) continua essent cert (“Els drets del cònjuge vidu o del convivent en parella estable supervivent en la successió intestada s’han d’atribuir expressament en les declaracions d’hereu abintestat, que *es poden fer*, en ambdós casos, *per acta notarial de notorietat*”), si bé, més enllà del que preveu aquest precepte, l’abast de la competència dels notaris en aquesta matèria s’ha vist clarament ampliada per la LJV, incloent els parents col·laterals. Llevat que correspongui ser hereu a

al que se refiere el capítulo VI del Reglamento (UE) n.º 650/2012.- Para inscribir bienes y adjudicaciones concretas deberán determinarse en escritura pública o por sentencia firme los bienes, o parte indivisa de los mismos que correspondan o se adjudiquen a cada titular o heredero, con la sola excepción de lo ordenado en el párrafo siguiente.- Cuando se tratara de heredero único, y no exista ningún interesado con derecho a legítima, ni tampoco Comisario o persona autorizada para adjudicar la herencia, el título de la sucesión, acompañado de los documentos a que se refiere el artículo dieciséis de esta Ley, bastará para inscribir directamente a favor del heredero los bienes y derechos de que en el Registro era titular el causante”. *Vid. CARBONELL CRESPI, J. A., “Comentario a la Disposición final undécima [Uno] Ley de Jurisdicción Voluntaria”, en Estudio sistemático de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, F. LLEDÓ YAGÜE, M. P. FERRER VANRELL, J. A. TORRES LANA i M. J. ACHÓN BRUÑEN [Dir.], O. MONJE BALMASEDA [coord.], Madrid: Dykinson, S. L., 2016, pàg. 1558.*

89 *Vid. GINEBRA MOLINS, M. E., “Comentari a l’art. 441-2 CCCat”, a Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions, EGEA I FERNÁNDEZ, J., i FERRER RIBA, J. (Dir.), ALASCIO I CARRASCO, L. (Coord.), Vol. II, Barcelona: Atelier, 2009, pàg. 1220.*

l'Estat o a alguna Comunitat Autònoma⁹⁰, en tots els altres supòsits la declaració d'hereus abintestat correspon als notaris.

L'ampliació de la competència dels notaris quant a la declaració d'hereus abintestat determina que la nova regulació continguda als art. 55-56 LN sigui molt més detallada i exigent que la continguda a l'art. 209 bis RN. S'ha qüestionat si alguna de les noves exigències, com ara la publicació d'anuncis (art. 56.2.IV LN), s'han de complir també en el cas habitual en què els hereus són el cònjuge o la parella, els descendents o els ascendents⁹¹. El Projecte LJV 2014 distingia, a efectes de citacions i publicacions, segons si les persones que es considerava que tenien dret a succeir abintestat eren els descendents, ascendents o cònjuge, o bé si ho eren la persona unida al causant amb anàloga relació d'afectivitat a la conjugal o parents col·laterals. Aquesta distinció no ha passat, en canvi, a la LJV⁹². En qualsevol cas, cal tenir en compte que de la literalitat del precepte se'n desprèn que la publicació d'anuncis que preveu l'art. 56.2.IV LN es limita als casos en què hi haguessin indicis d'interessats dels quals no es conegui la identitat o el domicili ("Si no lograse averiguar la identidad o el domicilio de alguno de los interesados..." —art. 56.1.IV LN—)⁹³.

90 *Vid.* epígraf 2.4.2.

91 *Vid.* CABANAS TREJO, R, i BALLESTER AZPITARTE, L., "Ley 15/2015...", *op. loc. cit.*, § 309 [<https://boletinjuridico.wordpress.com/2015/07/13/ley-152015-de-2-de-julio-de-la-jurisdiccion-voluntaria-parte-ii/>] (consulta: 22.8.2016)].

92 Segons l'art. 55.1.III Projecte de LJV 2014 (BOCG. CD, Sèrie A, núm. 112-1, 5.9.2014): "Cuando los considerados con derecho a suceder como herederos abintestato de la persona fallecida sean sus descendientes, ascendientes o cónyuge y el Notario, practicadas las pruebas documentales y testifical, así como las demás que considere necesarias, no tuviere dudas sobre su parentesco y su condición de herederos podrá, siempre que hubieran transcurridos veinte días desde la solicitud, dar por terminadas las actuaciones, cerrar el acta declarando qué parientes del causante son los herederos abintestato y los derechos que por ley les corresponden en la herencia, así como proceder a su protocolización". Sobre això, *vid.* ESPÍÑEIRA SOTO, I., "De la declaración de herederos abintestato" [<http://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/doctrina/declaracion-de-herederos-abintestato/>] (data de consulta: 2.9.2016)]; MARIÑO PARDO, F. M., "La declaración notarial de herederos en la reforma de la jurisdicción voluntaria", *El Notario del siglo XXI*, núm. 62, juliol-agost 2015, pág. 13.

93 Per a CABANAS TREJO i BALLESTER AZPITARTE, "presupuesto de esta exigència de publicidad es que haya indicios de posibles interesados, pero no estén perfectamente identificados. No parece razonable, sobre todo en el círculo restringido de los ascendientes/descendientes, que ahora se empiecen a publicar anuncios para

L'art. 55 LN amplia també els notaris que es consideren competents territorialment; ho són: el notari competent per actuar en el lloc en què el causant hagi tingut el seu últim domicili o residència habitual, o on estigui la major part del seu patrimoni, o en el lloc en què hagi mort, sempre que estiguin a Espanya, a elecció del sol·licitant. També es pot elegir un notari d'un districte adjacent als anteriors. A manca de tots ells, és competent el notari del lloc del domicili del requirient (art. 55.1 LN)⁹⁴. Aquesta regla de competència tan àmplia pot generar problemes de coordinació en cas que hi hagi diversos requirients.

L'oposició d'algun dels interessats no fa contencios l'expedient (art. 17.3.II i Preàmbul X, § 7, LJV)⁹⁵; el Notari haurà de resoldre el que consideri oportú, sens perjudici que posteriorment es pugui instar un procediment declaratiu (art. 56.2.V i 3 LN).

2.4.2 La «declaració d'hereu abintestat» a favor de la Generalitat de Catalunya

Si manquen descendents, cònjuge o convivent, ascendents, i col·laterals dins del quart grau, “succeeix” la Generalitat de Catalunya

cerciorarse de la ausencia de más hijos” (CABANAS TREJO, R, i BALLESTER AZPITARTE, L., “Ley 15/2015...”, *op. loc. cit.* [<https://boletinjuridico.wordpress.com/2015/07/13/ley-152015-de-2-de-julio-de-la-jurisdiccion-voluntaria-parte-ii/> —consulta: 22.8.2016—]).

94 Quant als criteris de competència territorial previstos a l'art. 55.1 LN, *vid.* TRAPOTE RODRÍGUEZ, M., “Acta de declaración de herederos abintestato. Especial referencia a las sucesiones transfronterizas” [<http://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/doctrina/articulos-doctrina/acta-de-declaracion-de-herederos-abintestato-especial-referencia-a-las-sucesiones-transfronterizas/> (data de consulta: 2.9.2016)]; MARIÑO PARDO, F. M., “La declaración notarial...”, *op. loc. cit.*, 2015, pág. 12; SERRANO DE NICOLÁS, A., “Ley de jurisdicción voluntaria: aspectos de mayor relevancia notarial”, *Especial Nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria*, Wolters Kluwer, juliol 2015, pág. 65; CARBONELL CRESPI, J. A., “Comentario a la Disposición final undécima [Uno]...”, *op. loc. cit.*, 2016, pág. 1565-1568.

Per al cas que es tracti d'uns successió amb repercussió transfronterera i, en general, quant a la tramitació de l'expedient, *vid.* ESPÍNEIRA SOTO, I., “De la declaración...”, *op. loc. cit.* [<http://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/doctrina/declaracion-de-herederos-abintestato/> (data de consulta: 2.9.2016)]; TRAPOTE RODRÍGUEZ, M., “Acta de declaración...”, *op. loc. cit.* [<http://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/doctrina/articulos-doctrina/acta-de-declaracion-de-herederos-abintestato-especial-referencia-a-las-sucesiones-transfronterizas/> (data de consulta: 2.9.2016)]; CARBONELL CRESPI, J. A., “Comentario a la Disposición final undécima [Uno]...”, *op. loc. cit.*, 2016, pág. 1568-1572.

95 *Cfr.* art. 49.1.II i Preàmbul X, § 7 —incís final—, LJV. *Vid.* Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, 17-diciembre-2013, pág. 16-18.

(art. 441-2.2 i 442-12.1 CCCat i art. 12 bis LPGC —precepte introduït per la Llei 3/2015, de l'11 de març, de mesures fiscals, financeres i administratives—). La Generalitat és un “hereu” “necessari” que, a diferència dels hereus pròpiament dits (art. 411-1 i 423-2 CCCat), no és un “successor” en les titularitats actives i passives del causant, sinó que n'assumeix la liquidació⁹⁶.

Segons la redacció originària de l'art. 442-12.2 CCCat, l'herència havia de ser acceptada a benefici d'inventari mitjançant “declaració judicial d'hereu prèvia”⁹⁷. En la mateixa línia, segons l'art. 12 bis, 3r paràgraf, LPGC, en la relació que li donà la Llei 3/2015, d'11 de març: “La successió legal de la Generalitat es regeix per la normativa civil catalana, i la seva acceptació, que sempre és a benefici d'inventari⁹⁸, s'entén feta directament per imposició de la llei, amb la fermesa prèvia de la *resolució judicial que la declari*”. *Vid.*, també, art. 461-16 CCCat, 12 bis, paràgraf 2n, LPGC, i 8 RPGC.

Ara bé, d'acord amb l'art. 20.6 LPAP —tal com ha quedat redactat per la DF 8a LJV—⁹⁹ (*vid.* Preàmbul XI, § 8, LJV), quan, “a falta d'altres hereus legítims d'acord amb el dret civil comú o *foral*”, sigui cridada l'Administració General de l'Estat o les Comunitats Autònomes,

96 *Vid.* NAVAS NAVARRO, S., “La sucesión intestada de la Generalidad de Cataluña”, ADC, vol. 55, núm. 3, 2002, pàg. 1051, 1059-1061, 1063-1065, i 1084-1098; CASANOVAS MUSSONS, A., “La successió intestada”, a *Manual de Dret civil català*, F. BADOSA COLL (Dir.), Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., Madrid-Barcelona, 2003, pàg. 747-748; ROCA TRIAS, E., a L. PUIG FERRIOL i E. ROCA TRIAS, *Institucions del Dret civil de Catalunya*, V. III, 6^a ed., Tirant lo Blanch, València, 2004, pàg. 519-520 i 524-526; FLORENSA TOMÀS, C. E., “El régimen sucesorio de la Comunidad Autónoma de Cataluña”, *Regímenes económico-matrimoniales y sucesiones*, J. L. GIMIENO Y GÓMEZ-LAFUENTE / E. RAJOY BREY (coords.), T. II, Registradores de España, Thomson Civitas, Pamplona, 2008, pàg. 1128.

97 *Vid.* Informe a l'Avantprojecte de Llei de Jurisdicció Voluntària aprovat pel Ple del Consejo General del Poder Judicial el 27 de febrer de 2014, apartat 479.

98 *Vid.*, també, art. 442-12.2 CCCat, 12 bis, paràgraf 2n, LPGC i 8 RPGC.

99 Segons la DF 2a.2 LPAP —en la nova redacció que li ha donat la DF 8a LJV—, l'art. 20.6 LPAP es dicta a l'empara de l'art. 149.1.8a CE i és d'aplicació general, sense perjudici del que disposin els drets civils forals o especials, allà on n'hi hagi. La norma que equivalia a l'actual art. 20.6.II LPAP era l'art. 49 bis de l'Avantprojecte de Llei de Jurisdicció Voluntària de 31 d'octubre de 2013, al que l'Avantprojecte donava caràcter de legislació bàsica d'acord amb l'art. 149.1.18a CE. Enfront d'això, el Consejo General del Poder Judicial, en el seu l'Informe a l'Avantprojecte de Llei de Jurisdicció Voluntària aprovat pel Ple del el 27 de febrer de 2014 (apartat 480) indicava “podria sostenerse que la disposición que nos ocupa se inscribe en la órbita competencial del art. 149.1.8a CE, correspondiente a la legislación civil, sin perjuicio de la conservación,

“correspon a l'Administració cridada a succeir en cada cas efectuar en via administrativa la declaració de la seva condició d'hereu abintestat, una vegada justificada degudament la mort de la persona de la successió de la qual es tracti, la procedència de l'obertura de la successió intestada i constatada l'absència d'altres hereus legítims”. Es tracta de la “declaració administrativa d'hereu” de què parlen, per exemple, els art. 20 ter.1 i 4 LPAP —tal com ha quedat redactat per la DF 8a LJV—, l'art. 56.4 LN —en la redacció que li dóna la DF 11a LJV— i l'art. 14.1 LH —segons la redacció que li ha donat la DF 1 de la Llei 29/2015, de 30 de juliol, de cooperació jurídica internacional en matèria civil— (*vid.*, també, art. 791.2 i 3 i 792.1.3r LEC 2000 —tots ells modificats per la DF 3a LJV— i 958 CCe —tal com ha quedat redactat segons la DF 1a LJV—), que és el resultat del “procediment per a la seva declaració com a hereu abintestat” a la que es refereixen els art. 791.3 i 792.1.3r LEC 2000 —tal com han quedat redactats per la DF 3a LJV—. És aquesta una competència que es sostreu als jutges, que eren els competents per fer aquestes declaracions d'hereus fins a l'entrada en vigor de la nova regulació. En aquest cas no és competent el notari, però pot tenir una obligació de comunicació d'acord amb els art. 56.4 LN. D'acord amb això, la DF 12a LJV va incloure la referència a la declaració administrativa d'hereu a l'art. 14 LH —precepte que ha estat modificat novament per la DF 1a de la Llei 29/2015, de 30 de juliol, de cooperació jurídica internacional en matèria civil—¹⁰⁰.

Tenint en compte la nova regulació que preveu en aquesta matèria la LJV, la Comunitat de Navarra, a través de la Llei Foral 10/2016, d'1 de juliol, de *actualización del régimen regulador de la sucesión legal a favor de la Comunidad Foral de Navarra*, va modificar l'apartat 7 de la llei 304 de la *Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra* i l'art. 24 de la Llei Foral 14/2007, de 4 d'abril, de *del Patrimonio de Navarra*¹⁰¹. I, recentment, la Llei catalana 3/2017, del 15 de febrer

modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan, y con la salvedad a su vez de un núcleo duro de materias que en todo caso serán de competencia exclusiva estatal”.

¹⁰⁰ *Vid.* nota 87.

¹⁰¹ BOE núm. 188, 5-agost-2016. Segons la Llei 304.7 de la Compilació navarresa: “En defecto de los parientes comprendidos en los números anteriores, sucederá la Comunidad Foral de Navarra, la cual, tras proceder a la liquidación de los bienes y derechos de la herencia, la destinará a fines de interés social, incrementando la dotación presupuestaria que para estos fines se prevea en los Presupuestos

Generales de Navarra”. Els paràgrafs 5 a 9 de l’art. 24 de la Llei foral 14/2007, de 4 d’abril, *del Patrimonio de Navarra*, han quedat redactats de la següent manera: “5. La sucesión legal a favor de la Comunidad Foral de Navarra se regirá por la presente ley foral, por las normas del Derecho Civil Foral de Navarra y por las normas complementarias o reglamentarias que resulten de aplicación.- La declaración de la condición de heredera abintestato de la Comunidad Foral de Navarra se efectuará en vía administrativa por parte del departamento competente en materia de patrimonio, una vez justificado debidamente el fallecimiento de la persona de cuya sucesión se trate, la procedencia de la apertura de la sucesión intestada y constatada la ausencia de otras personas legítimas herederas.- El expediente de declaración se tramitará de acuerdo con lo previsto en los apartados siguientes y en las normas reglamentarias que los desarrollen.- 6. El procedimiento se iniciará de oficio, por acuerdo del órgano competente, adoptado por iniciativa propia o como consecuencia de orden superior, petición razonada de otros órganos o denuncia, o en virtud de las comunicaciones recibidas de otros órganos, entidades o profesionales.- La resolución de incoación del procedimiento se publicará en el «Boletín Oficial del Estado» y en el «Boletín Oficial de Navarra» y se remitirá para su publicación en los tablones de anuncios de las entidades locales correspondientes al último domicilio de la persona causante, al del lugar del fallecimiento y al de donde radiquen la mayor parte de sus bienes, sin perjuicio de la posibilidad de utilizar otros medios adicionales de difusión. Los edictos deberán estar expuestos durante un plazo de un mes, en el que cualquier persona interesada podrá presentar alegaciones o presentar los documentos u otros elementos de juicio que estime conveniente.- La instrucción del expediente conllevará la realización de los actos y comprobaciones que resulten necesarios para determinar la procedencia de los derechos sucesorios de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra e incluirá cuantos datos puedan obtenerse sobre la persona causante y sus bienes y derechos. Asimismo se podrá recabar de la ciudadanía la colaboración a que se refiere el artículo 54 de esta ley foral.- En el expediente deberá figurar un informe jurídico sobre la adecuación y suficiencia de las actuaciones practicadas para declarar a la Comunidad Foral de Navarra como heredera abintestato, así como sobre el cumplimiento de las disposiciones que regulan tal declaración.- La resolución del expediente y, en su caso, la declaración de heredera abintestato a favor de la Comunidad Foral de Navarra se dictará por el órgano correspondiente del departamento con competencias en materia de patrimonio y contendrá una relación detallada de los bienes y derechos incluidos en dicha declaración, sus posibles limitaciones de uso o disfrute y la referencia a cualquier documentación sobre los mismos que pudiera obrar en el expediente. El plazo máximo para la resolución del procedimiento será de un año a contar desde su fecha de incoación.- La resolución que se dicte deberá publicarse en los mismos sitios en los que se hubiera publicado y anunciado el acuerdo de incoación del expediente, y deberá comunicarse, en su caso, a los órganos judiciales que estuviesen conociendo de la intervención del caudal hereditario y notificarse, en su caso, a las personas que pudieran tener derecho a heredar.- De acuerdo con el apartado 8 del artículo 20 bis de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, en relación con el apartado 1 de su disposición final segunda, los actos administrativos dictados en este procedimiento de declaración de heredera abintestato de la Comunidad Foral de Navarra solo podrán ser recurridos ante la jurisdicción contencioso-administrativa por infracción

(DF 4a.9), ha modificat l'art. 442-12 CCCat per tal de substituir la referència a la “declaració judicial d'hereu” per la que fa la nova redacció a la “resolució administrativa”¹⁰². Finalment, la Llei 5/2017, de 28 de març, ha modificat, en la mateixa línia, l'art. 12 bis —3r paràgraf— LPGC¹⁰³. Quant al procediment per a la declaració de la Generalitat de Catalunya com a hereva intestada, *vid.* el Decret

de las normas sobre competencia y procedimiento, previo agotamiento de la vía administrativa. Quienes se consideren perjudicados en cuanto a su mejor derecho a la herencia u otros de carácter civil por la declaración de heredera abintestato o la adjudicación de bienes a favor de la Administración podrán ejercitar las acciones pertinentes ante los órganos del orden jurisdiccional civil.- 7. La declaración administrativa de heredera abintestato de la Comunidad Foral de Navarra supone la aceptación de la herencia a beneficio de inventario, posibilita la toma de posesión de los bienes y derechos de la persona causante y, en su caso, da derecho a recabar de la autoridad judicial la entrega de los que se encuentren bajo su custodia.- De acuerdo con los artículos 14, 16 y concordantes de la Ley Hipotecaria aprobada por Decreto de 8 de febrero de 1946, esta declaración es título suficiente para inscribir a favor de la Comunidad Foral de Navarra en el Registro de la Propiedad los inmuebles o derechos reales que figurasen a nombre de la persona causante. Si los inmuebles o derechos reales no estuviesen previamente inscritos, dicha declaración será título suficiente para proceder a su inmatriculación.- Las responsabilidades de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra por razón de la titularidad de los bienes y derechos objeto de estos procedimientos se iniciarán en el momento en que le sean entregados por el órgano judicial o tome posesión efectiva de los mismos.- 8. Tras la toma de posesión efectiva de la herencia, el departamento competente en materia de patrimonio procederá a la liquidación de los bienes y derechos de la misma, descontando los posibles gastos e indemnizaciones abonados. El procedimiento para la referida liquidación se determinará reglamentariamente.- 9. Una vez ingresado en la Tesorería de la Comunidad Foral de Navarra el importe resultante de la liquidación pasará a incrementar la cantidad consignada en los presupuestos para otros fines de interés social que se dota con la suma de las cuotas íntegras de los contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas que hayan optado por esta finalidad en la asignación tributaria del impuesto.”

102 Segons la nova redacció de l'art. 442-12.1 CCCat —que entrarà en vigor l'1 de gener de 2018 (DF 9a Llei 3/2017, del 15 de febrer)—: “En el cas a què fa referència l'apartat 1, l'herència és acceptada a benefici d'inventari mitjançant una resolució administrativa.”

103 Abans de l'aprovació de la Llei 3/2017, del 15 de febrer, havíem posat en relleu la conveniència de modificar els art. 442-12.2 CCCat i 12 bis —3r paràgraf— LPGC per tal de substituir la referència que fan a la “declaració judicial d'hereu” per la declaració en via administrativa (“declaració administrativa d'hereu”). *vid.* GINEBRA MOLINS, M. E., a ARNAU RAVENTÓS, L., GINEBRA MOLINS, M. E., i TARABAL BOSCH, J., *L'impacte de la llei 15/2015, de jurisdicció voluntària...*, op. cit., 2017. D'acord amb l'art. 157 de la Llei 5/2017, de 28 de març, l'apartat 3 de l'art. 12 bis LPGC ha quedat redactat de la següent manera: “La successió legal de la Generalitat es regeix per la normativa civil catalana, i la seva acceptació, que sempre és a benefici d'inventari, s'entén feta directament per imposició de la llei, amb la resolució administrativa que la declari”.

145/2017, de 26 de setembre, de les actuacions administratives i de la gestió del règim d'autonomia econòmica de la successió intestada a favor de la Generalitat de Catalunya.

El procediment per a la declaració de l'Administració com a hereva abintestat s'ha d'iniciar d'ofici, per acord de l'òrgan competent, adoptat per iniciativa pròpia o com a conseqüència d'una ordre superior, una petició raonada d'altres òrgans o una denúncia, o en virtut de les comunicacions a les quals es refereixen els art. 791.2 LEC 2000 i 56.4¹⁰⁴ LN (art. 20.bis.1.I LPAP —tal com ha quedat redactat per la DF 8a LJV—).

En el context de l'expedient notarial de declaració d'hereus abintestat, d'acord amb l'art. 56.4 LN, transcorregut el termini de dos mesos des que es van citar els interessats sense que ningú s'hagi presentat o si són declarats sense dret els que hagin acudit per reclamar l'herència i si segons el notari no hi ha cap persona amb dret a ser cridada, s'ha de remetre una còpia de l'acta de les actuacions a la delegació d'Economia i Hisenda corresponent per si és procedent la declaració administrativa d'hereu. En cas que aquesta declaració no correspongui a l'Administració General de l'Estat, la delegació esmentada —no s'encomana, en canvi, al notari— ha de traslladar aquesta notificació a l'administració autonòmica competent per a això.

Feta la declaració administrativa d'hereu abintestat, que suposa "l'acceptació de l'herència a benefici d'inventari", es pot procedir a prendre possessió dels béns i drets del causant i, si s'escau, a sol·licitar a l'autoritat judicial el lliurament dels que estiguin sota la seva custòdia (art. 20 ter.1 LPAP, d'acord amb la DF 8a LJV). A efectes del que disposen els art. 14 i 16 de la Llei Hipotecària (LH) —el primer d'ells modificat primer per la DF 12a LJV i, després, per la DF 1 de la Llei 29/2015, de 30 de juliol, de cooperació jurídica internacional en matèria civil—¹⁰⁵, la declaració administrativa d'hereu abintestat que contingui l'adjudicació dels béns hereditaris, són títol suficient per inscriure a favor de l'Administració en el Registre de la Propietat els immobles o drets reals que hi figurin a nom del causant; si els

104 *Vid.* correcció d'errades de la Llei 15/2015, de 2 de juliol, de la Jurisdicció Voluntària (BOE núm. 210, 2-setembre-2015).

105 *Vid.* nota 87.

immobles o drets reals no estan inscrits prèviament, el títol esmentat és suficient per procedir a la seva immatriculació (art. 20 ter, apartat 4, LPAP, en la redacció que li ha donat la DF 8a LJV; *vid.* Preàmbul XI, § 8, LJV).

Segons la DF 2a.5 LPAP —tal com ha quedat redactada per la DF 8a LJV—, els apartats 1 a 6 de l'art. 20 bis i l'art. 20 ter LPAP tenen caràcter de legislació bàsica, d'acord amb l'art. 149.1.18a CE. I, segons la DF 2a.1 LPAP —en la nova redacció que li ha donat la DF 8a LJV—, l'art. 20 bis, apartat 8, LPAP es dicta a l'empara de l'art. 149.1.6a CE i és d'aplicació general.

2.5. Presentació, adveració, obertura i protocol·lització de testaments

2.5.1. Testaments tancats

Crida l'atenció la detallada regulació que s'ha introduït a la LN quant a la presentació, adveració, obertura i protocol·lització de testaments tancats, tenint en compte que és un tipus de testament molt poc utilitzat a la pràctica —per molt que en algun cas hagi tingut una important difusió mediàtica, com el de la *Duquesa de Alba*—, havent-se arribat a dir que és pràcticament inexistent en la vida real¹⁰⁶.

106 *Vid.* BAÑEGIL ESPINOSA, M. A., “Adveración, apertura y protocolización de testamentos ológrafos, cerrados y otorgados en forma oral”, *El Notario del siglo XXI*, núm. 63, setembre-octubre 2015 [<http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-63/opinion/opinion/5390-adveracion-apertura-y-protocolizacion-de-testamentos-olografos-cerrados-y-otorgados-en-forma-oral>] (data de consulta: 12.8.2016). Aquest autor qualifica el testament tancat de “simpático fósil”. Segons ell, “se ha perdido la oportunidad de derogar la forma testamentaria cerrada que poco aporta a la seguridad jurídica, aboca innecesariamente a un proceso de adveración y desperdicia las garantías que el notario ofrecería, tanto en la custodia y secreto del testamento, como el asesoramiento en su redacción”. Per a MARTÍNEZ ESPÍN, el testament tancat és pràcticament inexistent a la pràctica (MARTÍNEZ ESPÍN, P., “Comentario al art. 712 del Código civil”, *Las modificaciones al Código civil del año 2015*, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO [Dir.], València: Tirant lo Blanch, 2016, pàg. 826). *Vid.*, també, AMENGUAL VILLALONGA, M., “Comentario a la Disposición final undécima [Uno] Ley de Jurisdicción Voluntaria”, en *Estudio sistemático de la Ley de Jurisdicción Voluntaria*, F. LLEDÓ YAGÜE, M. P. FERRER VANRELL, J. A. TORRES LANA i M. J. ACHÓN BRUÑEN [Dirs.], O. MONJE BALMASEDA [coord.], Madrid: Dykinson, S. L., 2016, pàg. 1590.

Quant a la regulació del CCE, la principal diferència que incorpora la nova normativa consisteix en assignar l'obertura d'aquest tipus de testaments als notaris, en comptes de al jutge (tal com establia anteriorment la versió originària de l'art. 712.1 CCE, actualment substituïda per la nova redacció que dóna a aquest precepte la DF 1a CCE i com resultava dels art. 1956-1968 LEC 1881).

En qualsevol cas, els art. 57 a 60 LN —tal i com han quedat redactats per la LJV—, com abans els art. 1956-1968 LEC 1881, tenen com a referent la regulació del CCE (art. 680 i 706 i seg. CCE, donant nova redacció la LJV als art. 712, 713 i 714 CCE), i en gran mesura no concorden amb la regulació catalana (art. 421-14 a 421-16 CCCat). En aquest sentit, la regulació catalana parteix del fet que el testament tancat resta en poder del notari¹⁰⁷, que protocol·litza el sobre clos, que s'ha d'incorporar a l'acta —quedant el testament, un cop autoritzat, incorporat al protocol ordinari del notari autoritzant (*cf.* art. 34 LN, que no resulta aplicable¹⁰⁸)— i que, un cop acreditada la mort del testador, a instància de part interessada¹⁰⁹, obre el sobre que conté el testament, davant de dos testimonis idonis, el protocol·litza i autoritza amb aquesta finalitat una nova acta (art. 421-16 CCCat i 211-215 RN); segons el Dret català, el sobre clos que conté el testament no es pot lliurar al testador ni a cap altra persona, i el notari competent per a obrir i protocol·litzar el testament tancat és el que reglamentàriament té la custòdia del protocol on s'integra el testament tancat, i si té més de vint-i-cinc anys serà el notari arxiver del districte, que haurà d'autoritzar l'acta de protocol·lització necessàriament per al seu

107 Quant al lliurament del document al notari per a la seva conservació com a tret característic del testament tancat tradicional a Catalunya, sobre la polèmica generada amb relació a l'obertura notarial del testament tancat durant la vigència de la LEC de 1855 i pel que fa a la regulació del testament tancat al CS 1991 i als seus precedents, *vid.* MARSAL GUILLAMET, J., *El testament*, Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia, 2000, pàg. 266-276.

108 *Vid.* JOU MIRABENT, L., “Comentari als art. 421-15 i 421-16 CCCat”, a *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions*, EGEA I FERNÁNDEZ, J., i FERRER RIBA, J. (Dir.), ALASCIO I CARRASCO, L. (Coord.), Vol. I, Barcelona: Atelier, 2009, pàg. 218.

109 L'art. 712.2 i 3 CCE sembla partir del fet que el notari que és dipositari del testament actua d'ofici quan té coneixement de la mort del testador. *Vid.* CABANAS TREJO, R, i BALLESTER AZPITARTE, L., “Ley 15/2015...”, *op. loc. cit.* [<https://boletinjuridico.wordpress.com/2015/07/14/ley-152015-de-2-de-julio-de-la-jurisdiccion-voluntaria-parte-iii/>] (consulta: 22.8.2016)].

propi protocol, sense que calgui cap tràmit d'adveració, atès que l'autenticitat està garantida; qualsevol persona pot demanar l'obertura d'un testament tancat, sempre que acrediti la defunció del testador¹¹⁰.

En canvi, el CCe i la LN parteixen de la base que el testament pot haver quedat en poder del testador o d'un tercer —al marge d'haver pogut quedar també dipositat en poder del notari autoritzant— (art. 711 i 712 CCe), per la qual cosa exigeix més tràmits i garanties, per tal d'assegurar la identitat del document respecte del que el testador va declarar que era el seu testament, necessita fixar la competència del notari (art. 57.1 LN). De fet, no falten veus que consideren que convindria reformar —si no suprimir— la regulació del testament tancat que fa el CCe, en el sentit que qui hagués de conservar el testament fos el notari, per tal d'evitar el farragós procediment d'adveració¹¹¹.

Així, regles com les contingudes en els art. 57, 58 i 59 al principi LN, que parteixen del fet que el testament està en poder d'una tercera persona (*vid.* art. 711 i 712 CCe) i que tendeixen a la seva adveració o a fixar la competència del notari no tenen sentit amb relació al testament tancat català.

2.5.2 Testaments hològrafs

La LJV introdueix la regulació de la presentació, adveració, obertura i protocol·lització dels testaments hològrafs a la LN (art. 61 a 63).

Respecte de la regulació del CCe, la LJV ha suposat, com a novetat, atribuir l'adveració d'aquests testaments als notaris, en comptes de als jutges (*vid.* l'anterior redacció de l'art. 689-692 CCe, en contrast amb la nova redacció que dona al precepte la DF 1a LJV, en consonància amb el que preveuen els nous art. 61 a 63 LN) —*vid.* *Preàmbul VIII*, § 4, LJV—. Certament, l'atribució als notaris de la competència per a adverar testaments hològrafs pot servir per a reduir

110 *Vid.* JOU MIRABENT, L., “Comentari als art. 421-15 i 421-16 CCCat”, a *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions*, EGEA I FERNÁNDEZ, J., i FERRER RIBA, J. (Dir.), ALASCIO I CARRASCO, L. (Coord.), Vol. I, Barcelona: Atelier, 2009, pàg. 218 i 219.

111 BAÑEGIL ESPINOSA, M. A., “Adveración...”, *op. loc. cit.*, 2015 [<http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-63/opinion/opinion/5390-adveracion-apertura-y-protocolizacion-de-testamentos-olografos-cerrados-y-otorgados-en-forma-oral>] (data de consulta: 12.8.2016).

costos i complicacions associades a un doble sistema d'adveració judicial i ulterior protocol·lització notarial¹¹².

Quant al Dret català, per a l'adveració de testaments i codicils hològrafs, tant l'art. 421-17.2.b com l'art. 421-18 CCCat, en la seva redacció originària, al·ludien al “jutge o funcionari competent”¹¹³. En aquell moment l'adveració era judicial; el fet que el Llibre quart es referís a la dualitat “jutge o funcionari competent” —que, en canvi, no apareixia al Projecte— s'ha interpretat com una influència del Projecte de Llei de jurisdicció voluntària que en aquell moment es tramitava a les Corts espanyoles¹¹⁴; en aquest sentit, s'ha dit que la referència al funcionari s'havia d'entendre com aquell a qui, en el seu cas el legislador atribuís competència per a adverar testaments hològrafs¹¹⁵. Una vegada aprovada la LJV, tenint en compte el que han establert els nous art. 61 a 63 LN, es pot considerar que el notari és “funcionari competent” a efectes del que estableixen els art. 421-17.2.b i 421-18 CCCat en la seva redacció originària —encara vigent—; s'havia apuntat ja, però, que convenia modificar la redacció d'ambdós preceptes, vinculant l'adveració al notari i eliminant tota referència al jutge, per tal

112 SOLÉ FELIU, J., “Comentari a l'art. 421-18 CCCat”, a *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions*, EGEA I FERNÁNDEZ, J., i FERRER RIBA, J. (Dir.), ALASCIO I CARRASCO, L. (Coord.), Vol. I, Barcelona: Atelier, 2009, pàg. 234-235. *Vid.*, també, DE PRADA GONZÁLEZ, J. M., “Reflexiones entorno a la futura Ley de jurisdiccion voluntaria”, *El Notario del siblo XXI*, núm. 20, juliol-agost 2008 [<http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-20/el-reportaje/1919-reflexiones-en-torno-a-la-futura-ley-de-jurisdiccion-voluntaria-0-6891755058329324>] (data de consulta: 12.8.2016).

113 Art. 421-17.2.b CCCat, redacció originària i encara vigent: “Perquè el testament hològraf sigui vàlid cal:... b) Que es presenti davant *el jutge o el funcionari competent* a fi que sigui adverat i se n'ordeni la protocol·lització”. I segons l'art. 421-18, també en la seva primera redacció, encara vigent: “Adveració.- 1. *El jutge o el funcionari competent* per a adverar el testament n'ha de comprovar l'autenticitat d'acord amb la llei.- 2. Si resulta que el testament és autèntic, se n'ha d'acordar la protocol·lització notarial, amb testimoni de la resolució dictada. En cas contrari, se n'ha de denegar la protocol·lització.- 3. La resolució dictada en l'expedient d'adveració s'ha de complir encara que s'hi hagi formulat oposició. En aquest cas, els interessats poden fer valer llurs drets en el judici corresponent.”

114 El Projecte de LJV publicat al BOCG. CD (sèrie A, núm. 109-1) el 27 d'octubre de 2006 atribuïa la competència a secretaris judicials i notaris. Quant a la sort que va córrer aquesta qüestió durant la tramitació del Projecte de Llei de jurisdicció voluntària presentat a les Corts Generals l'octubre de 2006, *vid.* SOLÉ FELIU, J., “Comentari a l'art. 421-18 CCCat...”, *op. loc. cit.*, 2009, pàg. 235.

115 *Vid.* SOLÉ FELIU, J., “Comentari a l'art. 421-18 CCCat...”, *op. loc. cit.*, 2009, pàg. 234.

d'adaptar la regulació catalana als nous preceptes de la LN¹¹⁶. I això és el que ha acabat fent la Llei 3/2017, del 15 de febrer (DF 4a.1 i 2), que ha donat nova redacció als art. 421-17.2.b i 421-18 CCCat¹¹⁷, així com també a l'art. 421-19 CCCat (DF 4a.3 Llei 3/2017, del 15 de febrer), en el qual ha introduït també la referència al notari¹¹⁸.

Que la LJV té com a referent el règim del CCe, ho demostra, per exemple: que l'art. 61.2 i 3 LN parteix de la norma que conté l'art. 690 CCe, en el sentit que la persona té el testament hològraf l'ha de presentar al notari competent en els deu dies següents a aquell en què tingui coneixement de la mort del testador —regla que no té equivalent al Llibre quart CCCat—; que l'art. 61.3 es refereixi expressament a l'art. 690 CCe; i que el termini d'admissibilitat de les sol·licituds d'adveració i protocol·lització dels testaments hològrafs que fixa l'art. 61.4 LN sigui de cinc anys, en la línia del que estableix l'art. 689 CCe —al qual dóna nova redacció la DF 1a LJV—, mentre que, en canvi, segons l'art. 421-19 CCCat —tant en la seva redacció originària, vigent quan s'aprovà la LJV i encara avui, com en la nova redacció que li ha donat la Llei 3/2017, del 15 de febrer (DF 4a.3)—, els testaments hològrafs

116 *Id.* GINEBRA MOLINS, M. E., a ARNAU RAVENTÓS, L., GINEBRA MOLINS, M. E., i TARABAL BOSCH, J., *L'impacte de la llei 15/2015, de jurisdicció voluntària...*, op. cit., 2017. Al mateix temps, en aquest treball indicàvem que si es precisava que l'adveració corresponia al notari, atès que la protocol·lització ja era notarial (art. 421-18.2 CCCat, versió originària), calia revisar també l'incís final de l'art. 421-17.2.b CCCat, substituint l'incís "i se n'ordini la protocol·lització" per una del tipus: "i el protocol·litzat"; al seu torn, apuntàvem que en l'art. 421-18.2 CCCat convenia substituir l'expressió "se n'ha d'acordar la protocol·lització notarial" per "el notari l'ha de protocol·litzar" —o una de semblant—, indicant, a continuació que "En cas contrari n'ha de denegar la protocol·lització" (en comptes de "En cas contrari se n'ha de denegar la protocol·lització"). Quant al tercer paràgraf de l'art. 421-18 CCCat es proposava la següent redacció: "Tant si el testament hològraf és protocol·litzat com si no, els interessats poden fer valer llurs drets en el judici corresponent".

117 Segons la nova redacció que dóna a l'art. 421-17.2.b CCCat la Llei 3/2017, del 15 de febrer (DF 4a.1),: "Que es presenti davant el notari competent a fi que sigui adverat i protocol·litzat". I el nou text de l'art. 421-18 CCCat: "Adveració.- 1. El notari competent per a adverar el testament hològraf n'ha de comprovar l'autenticitat d'acord amb la llei.- 2. El notari, si resulta que el testament hològraf és autèntic, l'ha de protocol·litzar. Altrament, l'ha de denegar.- 3. Tant si s'autoritza la protocol·lització del testament hològraf com si no s'autoritza, els interessats poden fer valer llurs drets en el judici corresponent". Les noves versions d'ambdós preceptes entraran en vigor l'1 de gener de 2018 (DF 9a Llei 3/2017 d'acord amb la correcció d'errades DOGC núm. 7329, 15.3.2017).

118 *Id.* nota 120.

caduquen¹¹⁹ si no es presenten perquè siguin adwerats en el termini de quatre anys comptats des de la mort del testador. No es podia entendre que la nova regulació notarial hagués modificat els terminis previstos al Llibre quart CCCat¹²⁰. I, recentment, la nova redacció de l'art. 421-19 CCCat ha mantingut el termini de quatre anys¹²¹.

A banda d'això, l'art. 421-19.1 CCCat originari —i encara vigent— parteix de la distinció entre qui resulta competent per a

119 Vid. art. 122-1 i seg. CCCat.

120 En canvi, per a BAÑEGIL ESPINOSA, el termini de caducitat que fixa l'art. 61.4 LN “ha de cumplirse para todo el territorio nacional, aunque la caducidad se produzca en un plazo menor en algunas Comunidades Autónomas (como en el caso de Cataluña, donde el plazo de caducidad es de 4 años según el art. 421 del Libro Cuarto del Código Civil de Cataluña)”; segona aquest autor, això pot donar lloc a que sigui admès el procediment, quan segons la llei aplicable a la successió “ya estaría, presuntamente, caducado”. Segons BAÑEGIL, “la cuestión del plazo para iniciarse el procedimiento ante notario parece incontrovertida: cinco años desde la fecha de fallecimiento del testador” (BAÑEGIL ESPINOSA, M. A., “Adveración...”, *op. loc. cit.*, 2015 [<http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-63/opinion/opinion/5390-adveracion-apertura-y-protocolizacion-de-testamentos-olografos-cerrados-y-otorgados-en-forma-oral>] (data de consulta: 12.8.2016))). Segons CABANAS TREJO i BALLESTER AZPITARTE, “Con carácter general para toda España, aunque la caducidad se produzca en un plazo menor (en Cataluña cuatro años, art. 421-19.1 CCC), no se admitirán las solicitudes que se presenten después de transcurridos cinco años desde el fallecimiento del testador (art. 61.4 LN...)”; el dubte és, per a aquests autors, “si habría de admitirse, cuando por la Ley aplicable a la sucesión ya esté caducado” (CABANAS TREJO, R, i BALLESTER AZPITARTE, L., “Ley 15/2015...”, *op. loc. cit.* [<https://boletinjuridico.wordpress.com/2015/07/14/ley-152015-de-2-de-julio-de-la-jurisdiccion-voluntaria-parte-iii/>] (consulta: 22.8.2016)). Cal entendre que quan la llei aplicable sigui la catalana, el termini de caducitat que caldrà tenir en compte per a la inadmissió del procediment seria el de quatre anys de l'art. 421-19 CCCat.

121 La redacció originària de l'art. 421-19 CCCat —encara vigent— estableix: “Caducitat del testament.- 1. Els testaments hològrafs caduquen si no es presenten perquè siguin adwerats en el termini de quatre anys comptats des de la mort del testador i no es protocol·litzten en el termini de sis mesos comptats des de la resolució de l'expedient.- 2. Si durant els terminis que fixa l'apartat 1 s'interposa una demanda sobre la validesa del testament, aquest s'ha de protocol·litzar en el termini de sis mesos comptats des del moment en què la resolució judicial esdevé ferma.”

Segons la nova redacció que dóna la Llei 3/2017, del 15 de febrer, a l'art. 421-19 CCCat —que entrarà en vigor l'1 de gener de 2018—: “Caducitat del testament.- 1. Els testaments hològrafs caduquen si no es presenten davant del notari competent en el termini de quatre anys comptats des de la mort del testador perquè siguin adwerats i protocol·litzats.- 2. Si durant el termini que fixa l'apartat 1 es presenta una demanda per raó de l'estimació o desestimació de l'adveració, el testament s'ha de protocol·litzar en el termini de sis mesos comptats des del moment en què la resolució judicial esdevé ferma.”

Anteriorment l'art. 120.2 CS 1991 establia un termini de caducitat de cinc anys, en la línia del que preveia i preveu l'art. 689 CCe.

resoldre l'expedient d'adveració i a qui correspon la protocol·lització del testament hològraf, fixant dos terminis diferents, l'un (de quatre anys des de la mort del causant) per a presentar el testament hològraf per tal que sigui adverat, i l'altre (de sis mesos) per a protocol·litzar el testament una vegada resolt l'expedient d'adveració. Havent-se atribuït tant l'adveració com la protocol·lització al notari, la nova redacció d'aquest paràgraf (Llei 3/2017, del 15 de febrer), en canvi, en la línia del que havíem apuntat¹²², fixa un únic termini (el de quatre anys comptats des de la mort del testador) per a presentar el testament hològraf al notari competent per tal que sigui adverat i protocol·litzat. Finalment, la Llei 3/2017, del 15 de febrer ha modificat també el paràgraf segon de l'art. 421-19 CCCat; segons la nova redacció: “Si durant el termini que fixa l'apartat 1 es presenta una demanda per raó de l'estimació o desestimació de l'adveració¹²³, el testament s'ha de protocol·litzar en el termini de sis mesos comptats des del moment en què la resolució judicial esdevé ferma”; el “dies a quo” per al còmput del termini de sis mesos s'ha d'entendre des del moment en què la resolució judicial que estima l'adveració esdevé ferma¹²⁴. Aquesta regla, que ordena la protocol·lització en el termini de sis mesos comptats des del moment en què la resolució judicial —que estima l'adveració— esdevé ferma (“...s'ha de protocol·litzar en el termini de sis mesos comptats des del moment en què la resolució judicial esdevé ferma”), no té reflexe exprés, en canvi, en la LN.

Quant als requeriments que preveu l'art. 62 LN, quan resulti aplicable el Dret català, s'hauran d'estendre també al convivent en parella estable sobrevivent, atesa la seva equiparació al cònjuge vidu.

2.5.3. Testaments atorgats «en forma oral»

Els nous art. 64 i 65 LN regulen la presentació, adveració, obertura i protocol·lització dels testaments atorgats “en forma

122 Vid. GINEBRA MOLINS, M. E., a ARNAU RAVENTÓS, L., GINEBRA MOLINS, M. E., i TARABAL BOSCH, J., *L'impacte de la llei 15/2015, de jurisdicció voluntària...*, op. cit., 2017.

123 Vid. art. 63.III LN.

124 Vid. GINEBRA MOLINS, M. E., a ARNAU RAVENTÓS, L., GINEBRA MOLINS, M. E., i TARABAL BOSCH, J., *L'impacte de la llei 15/2015, de jurisdicció voluntària...*, op. cit., 2017.

oral¹²⁵, substituint el que establien abans els art. 1943 a 1955 LEC 1881, i encomanen de manera exclusiva als notaris l'adveració i protocol·lització d'aquests testaments¹²⁶.

Es tracta, però, d'una regulació que no té aplicació quant als testaments que regula el Dret català, atès que el Llibre quart CCCat no preveu la possibilitat d'atorgar testament en forma oral, com sí que preveïen, en canvi, els art. 103 CDCEC 1960 i 103 CDCC 1984, que regulaven el testament sacramental¹²⁷, el qual ja no passà al

125 Hi ha qui hi inclou els testaments escrits sense intervenció de notari. *Vid.* PRADOS RAMOS, L., "Aplicaciones de la Ley de Jurisdicción Voluntaria en materia de sucesiones" [<http://www.notarialuisprados.com/aplicaciones-de-la-ley-de-jurisdiccion-voluntaria-en-materia-de-sucesiones/>] (data de consulta: 5.9.2016)].

126 Quant a la interpretació en sentit restringit de la referència que s'hagin d'adjuntar a la sol·licitud "la nota, la memòria o el suport en què estigui gravada la veu o l'àudio i el vídeo amb les últimes disposicions del testador, sempre que en permeti la reproducció, i s'hagin pres a l'atorgament del testament", entenen-la limitada als casos en què el CCE admet el testament oral (en perill de mort, en cas d'epidèmia, militar o marítim), *vid.* LLOPIS, J. C., "¿Admite los testamentos audiovisuales el proyecto de jurisdicción voluntaria?" [<http://www.notariallopis.es/blog/i/123/73/admite-los-testamentos-audiovisuales-el-proyecto-de-jurisdiccion-voluntaria>] (data de consulta: 7.9.2016)].

Quant a la possibilitat de fer testament "per mitjans tècnics", l'art. 421-14 CCCat admet que el testament tancat es faci pel testador, en forma autògrafa o per altres mitjans tècnics, o bé per una altra persona per encàrrec seu, però en qualsevol cas ha de ser escrit.

127 Segons l'art. 103 CDCEC 1960: "Podrán otorgar testamento sacramental las personas que gocen de la vecindad local de Barcelona mientras se encuentren fuera de dicha ciudad en viaje, siempre que, en previsión de fallecer en tal circunstancia y con intento de testar, manifiesten su última voluntad, *de palabra* o por escrito, ante dos testigos idóneos y rogados, que conozcan al testador y aprecien su capacidad.- Este testamento requerirá: Primero. Que el testador fallezca durante el indicado viaje o después por accidente o enfermedad sobrevenidos durante el mismo.- Segundo. Que los testigos, dentro de los seis meses siguientes de su llegada a Barcelona, adveren el testamento en la forma que establece el artículo siguiente, ante el altar de la Santa Cruz, antes de San Félix, de la iglesia de los Santos Justo y Pastor de la expresada ciudad.- Tercero. Que los testigos, al advenirlo, estén contestes en su contenido sustancial.- Podrán también otorgar testamento sacramental, en análogas circunstancias, las personas con vecindad local en la antigua diócesis de Gerona, adverándolo los testigos ante el altar de la iglesia de aquella ciudad en que consuetudinariamente se celebren estos actos". A continuació, l'art. 104 CDCEC 1960 establia: "El testamento sacramental deberá elevarse a escritura pública, a cuyo efecto y a petición de parte interesada, previa presentación de las certificaciones del acta de defunción del testador y del Registro General de Actos de Última Voluntad, el Juez de Primera Instancia instruirá expediente con intervención del Ministerio fiscal, citación de los testigos, cónyuge y parientes del

CS1991. No es pot pretendre que la regulació introduïda en la LN impliqui introduir una nova forma testamentària (el testament oral) en el Dret civil de Catalunya. Amb tot, que la nova regulació notarial no modifiqui el Dret català no vol dir, però, que un català no pugui atorgar testament en forma oral, d'acord amb les normes de Dret interregional i internacional privat.

El que preveuen aquests preceptes de la LN resulta aplicable als testaments en perill imminent de mort o en cas d'epidèmia atorgats oralment, que admeten els art. 700 a 704 CCe —donant nova redacció la DF 1a LJV als art. 703 i 704 CCe—, així com als testaments especials militar i marítim atorgats en forma oral d'acord amb els art. 720 i 731 CCe. També resultarà aplicable, per exemple, en el cas del testament “hilburuko” o en perill de mort que regulen els art. 22 i 23 de la Llei 5/2015, de 25 de juny, de Dret Civil Basc¹²⁸.

testador con derecho a sucederle abintestato, y, de existir un testamento anterior, de las personas favorecidas por el mismo, anunciándose por edictos la celebración del acto.- Los testigos, bajo juramento tomado por el Párroco o quien haga sus veces, manifestarán la voluntad del testador ante el Juez, el Secretario judicial y las demás personas citadas que presencien el acto. Los comparecientes podrán interrogar a los testigos por conducto del Juez sobre las circunstancias del otorgamiento y cumplimiento de los requisitos legales.- El Juez, en vista de lo actuado, decretará, dentro del quinto día, si ha lugar a la protocolización del testamento. Quedará siempre a salvo el derecho de los interesados a impugnar la resolución del Juez en el juicio correspondiente”. Quant a la introducció del testament sacramental a la CDCEC, en contra d'opinions crítiques i d'alguns dels seus precedents, *vid.* CONDOMINES VALLS, F. de A., i FAUS ESTEVE, R., *Derecho civil especial de Cataluña*, Barcelona: Librería Bosch, 1960, pàg. 147-148; MARSAL GUILLAMET, J., *El testament...*, *op. cit.*, 2000, pàg. 378.

La DT 7a CS 1991 impedí instruir cap expedient per elevar a escriptura pública un testament sacramental passat un any des de l'entrada en vigor del CS 1991.

- 128 *Vid.* BAÑEGIL ESPINOSA, M. A., “Adveración...”, *op. loc. cit.*, 2015 [<http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-63/opinion/opinion/5390-adveracion-apertura-y-protocolizacion-de-testamentos-olografos-cerrados-y-otorgados-en-forma-oral>] (data de consulta: 12.8.2016)]; MARTÍNEZ ESPÍN, P., “Comentario a los art. 703 y 704 del Código civil”, *Las modificaciones al Código civil del año 2015*, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Dir.), València: Tirant lo Blanch, 2016, pàg. 817-823; GARÍ MUNSURÍ, E., “Comentario a la Disposición final undécima [Uno] Ley de Jurisdicción Voluntaria”, en *Estudio sistemático de la Ley de Jurisdicción Voluntaria*, F. LLEDÓ YAGÜE, M. P. FERRER VANRELL, J. A. TORRES LANA i M. J. ACHÓN BRUÑEN [Dir.], O. MONJE BALMASEDA [coord.], Madrid: Dykinson, S. L., 2016, pàg. 1604-1605.

2.6. Formació d'inventari

Quant a la presa d'inventari, la regulació catalana és molt més flexible que la del CCE (*vid.* art. 461-14 i 461-15 CCCat i Preàmbul, VII, § 2, Llei 10/2008, del 10 de juliol, del Llibre quart del CCCat). D'acord amb això, no cal acudir necessàriament a la formació notarial d'inventari que regulen els art. 67-68 LN, tal i com han quedat redactats per la LJV.

Segons l'art. 461-14 CCCat l'hereu pot gaudir del benefici d'inventari encara que accepti l'herència sense manifestar la voluntat d'acollir-s'hi. I segons la redacció originària de l'art. 461-15.2 CCCat —encara vigent—, l'inventari de l'herència es pot formalitzar davant notari o per escrit adreçat al jutge competent¹²⁹. Tenint en compte els nous art. 67-68 LN, així com el tipus d'intervenció de l'autoritat pública en la presa d'inventari, que, a més, no té caràcter jurisdiccional, havíem plantejat, de *lege ferenda*, la conveniència d'eliminar la referència a l'"escrit adreçat al jutge" de l'art. 461-15.2, al principi, CCCat¹³⁰. I precisament això és el que ha acabat fent la Llei 3/2017, del 15 de febrer (DF 4a.12)¹³¹.

A més, segons el mateix art. 461-15.2 CCCat —tant en la versió actualment vigent com en la nova—, es pot aprofitar l'inventari pres per a detreure les quartes del fideïcomís o de l'herència gravada amb llegats, i també produeix els efectes legals del benefici d'inventar l'inventari formalitzat per l'hereu en document privat que es presenti a l'administració pública competent per a la liquidació dels impostos relatius a la successió. I, d'acord amb l'art. 461-15.5 CCCat, per a prendre inventari no cal citar cap persona, si bé hi poden intervenir els creditors del causant i altres interessats en l'herència (*cfr.*, en canvi, art. 67.3 i 68.1 LN).

129 *Vid.* art. 411-2.2 CCCat.

130 *Vid.* GINEBRA MOLINS, M. E., a ARNAU RAVENTÓS, L., GINEBRA MOLINS, M. E., i TARABAL BOSCH, J., *L'impacte de la llei 15/2015, de jurisdicció voluntària...*, *op. cit.*, 2017.

131 Segons la DF 4a.12 Llei 3/2017, del 15 de febrer, l'art. 461-15.2 CCCat queda redactat de la següent manera: "L'inventari de l'herència s'ha de formalitzar davant notari. Es pot aprofitar l'inventari pres per a detreure les quartes del fideïcomís o de l'herència gravada amb llegats. Tanmateix, l'inventari formalitzat per l'hereu en document privat que es presenti a l'Administració pública competent per a la liquidació dels impostos relatius a la successió també produeix els efectes legals del benefici d'inventari". Aquesta nova redacció entrarà en vigor l'1 de gener de 2018 (DF 9a Llei 3/2017, del 15 de febrer, d'acord amb la correcció d'errades).

Segons l'art. 1011 CCe, tal i com ha quedat redactat per la DF 1a LJV, la declaració de fer ús del benefici d'inventari s'ha de fer davant notari (abans admetia que es fes “ante Notario, o por escrito ante cualquiera de los Jueces que sean competentes para prevenir el juicio de testamentaria o ab intestato”)¹³²; i quan l'hereu tingui en el seu poder l'herència o part d'ella i vulgui utilitzar el benefici d'inventari o el dret de deliberar, l'art. 1014 CCe —també modificat per la DF 1a LJV— exigeix que ho comuniqui davant notari i que demani la formació d'inventari notarial¹³³, que s'haurà de formalitzar d'acord amb els art. 67 i 68 LN i 1017 CCe —en la nova redacció que li ha donat la DF 1a LJV—.

Quant al Dret català es podria plantejar, també de *lege ferenda*, la possibilitat d'eliminar la referència a la formalització “judicial” de l'inventari que conté l'art. 426-20.2 CCCat amb relació a l'inventari que ha de prendre el fiduciari. Segons la redacció vigent del precepte, l'inventari s'ha de formalitzar notarialment o judicialment¹³⁴, i d'acord amb l'art. 426-31.3 CCCat, “Per a detreure la quarta trebel·liànica o quota lliure, cal que l'hereu hagi pres inventari en el temps i *la forma* que estableix l'article 426-20”. A més, d'acord amb l'art. 426-25 CCCat, “El fiduciari universal que ha pres inventari en temps *i forma* respon dels deutes del causant d'acord amb el règim de l'acceptació de l'herència a benefici d'inventari”.

132 Anteriorment l'art. 1011 CCe establia: “La aceptación de la herencia a beneficio de inventario podrá hacerse ante Notario, o por escrito ante cualquiera de los Jueces que sean competentes para prevenir el juicio de testamentaria o ab intestato.”

133 Segons la redacció anterior de l'art. 1014 CCe: “El heredero que tenga en su poder los bienes de la herencia o parte de ellos y quiera utilizar el beneficio de inventario o el derecho de deliberar, deberá manifestarlo al Juez competente para conocer de la testamentaria, o del ab intestato, dentro de diez días siguientes al en que supiere ser tal heredero, si reside en el lugar donde hubiese fallecido el causante de la herencia. Si residiere fuera, el plazo será de treinta días.- En uno y otro caso, el heredero deberá pedir a la vez la formación del inventario y la citación a los acreedores y legatarios para que acudan a presenciarlo si les conviniere”. Segons la nova redacció de l'art. 1014 CCe, tal i com ha quedat redactat per la DF 1a.82 LJV: “El heredero que tenga en su poder la herencia o parte de ella y quiera utilizar el beneficio de inventario o el derecho de deliberar, deberá comunicarlo ante Notario y pedir en el plazo de treinta días a contar desde aquél en que supiere ser tal heredero la formación de inventario notarial con citación a los acreedores y legatarios para que acudan a presenciarlo si les conviniere.”

134 Segons l'art. 426-20.2 CCCat “L'inventari s'ha de formalitzar notarialment o judicialment i s'hi han de ressenyar els béns relictos i llur valor en obrir-se la successió i els deutes i les càrregues hereditaris, amb la indicació de llur import”.

3. ALTRES ACTES EN MATÈRIA SUCCESSÒRIA QUE CONTEMPLA EL DRET CATALÀ

A banda dels expedients que regulen específicament la LJV i la LN, el Llibre quart CCCat en contempla d'altres. Respecte d'ells, al marge d'aplicar preferentment, en cada cas, allò que concreti ja el CCCat, caldrà estar, en principi i en la mesura que sigui possible, a les disposicions generals del Títol Preliminar (art. 1 a 8 LJV) i a les normes comunes del Títol I LJV (especialment art. 13 a 22 LJV), en la mesura que encaixin amb la regulació substantiva catalana¹³⁵, o bé a l'analogia. Amb tot, en la mesura que es tracti d'institucions i procediments previstos en el Dret català i no en canvi en el Dret estatal, es pot plantejar la possibilitat, de *lege ferenda*, d'establir regles específiques de procediment (art. 149.1.6a CE).

3.1. Algunes referències al «procediment de jurisdicció voluntària». Especial consideració al «benefici de separació de patrimonis»

No són pocs els preceptes del llibre quart CCCat que remeten expressament al “procediment de jurisdicció voluntària”. És el cas, per exemple, de:

- Art. 426-24.2 CCCat (nomenament judicial de curador per a la protecció dels interessos de fideïcomissaris no nascuts ni concebuts)¹³⁶;
- art. 426-40.3 CCCat (disposició de béns lliures de fideïcomís per part del fiduciari, amb “autorització judicial”);

135 *Vid.* l'apartat 2.3.3 de la Circular 9/2015, sobre la intervenció del Ministeri Fiscal en la nova llei de la jurisdicció voluntària.

136 No sembla que en aquest cas la competència s'hagi d'entendre atribuïda actualment al lletrat de l'Administració de justícia ex DA 1a.1 LJV, en la mesura que afecta drets de concebuts i no nascuts. L'art. 2.3 LJV, al que remet la DA 1a.1 LJV, atribueix al jutge els expedients que afectin drets de menors o persones amb la capacitat modificada judicialment; no esmenta els concebuts i no nascuts, però entenem se'ls podria aplicar analògicament aquesta previsió.

- art. 426-42.1 CCCat (procediment de notificació als fideïcomissaris en relació amb actes del fiduciari sobre els béns del fideïcomís)¹³⁷;
- art. 428-5.2 CCCat (compliment per equivalència del mode successori: la commutació o la conversió del mode)¹³⁸;
- art. 451-12.1 CCCat (decisió judicial, sobre la base de l'equitat quan el legitimari recorre l'adjudicació de béns en pagament de la llegítima)¹³⁹;

137 D'acord amb la DA 1a.1 LJV, la referència a l'autoritat judicial es pot entendre feta al lletrat de l'Administració de justícia, amb competència compartida amb el notari ("per acta notarial") —*vid.* art. 202-206 RN, quant a les actes de notificació—. "De lege ferenda" es podria plantejar mantenir la dualitat o limitar la competència als notaris. Les persones notificades *poden formular oposició per via judicial* en el termini d'un mes; l'oposició, un cop formalitzada, s'ha de fer constar, si escau, en l'acta notarial (art. 426-42.3 CCCat). L'oposició de les persones notificades fa contenciós el procediment, com passa en els art. 39.3, 49.1.II i 97.3 LJV, cosa que contrasta amb el fet que, amb caràcter general, la formulació d'oposició no fa contenciós l'expedient (*vid.* *Preàmbul X*, § 7, i art. 17.3.II, 47.3, 51.3, 53.3, 135.8 i 9 LJV). D'acord amb l'art. 426-42.4 CCCat, "L'oposició s'ha de substanciar pel procediment del judici verbal" —*vid.* art. 437 i seg. LEC— i solament es pot fonamentar en il·legalitat o frau del fiduciari, o en el fet que aquest no s'hagi ajustat als termes de la notificació.

138 Segons l'art. art. 428-5.2 CCCat, "No es considera que el mode sigui de compliment impossible si es pot assolir la mateixa finalitat que perseguia el testador encara que en un grau inferior o en termes diferents dels que havia ordenat"; en aquest cas, a instància de la persona gravada amb el mode o de qualsevol de les persones legitimades per a demanar-ne el compliment (*vid.* art. 428-2 CCCat), *l'autoritat judicial competent pot decretar, en procediment de jurisdicció voluntària, la commutació o la conversió del mode* (*vid.* MARCO MOLINA, J., "Comentari a l'art. 428-5 CCCat", *Comentari al Llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions*, J. EGEA I FERNÁNDEZ i J. FERRER I RIBA [Dirs.], L. ALASCIO CARRASCO [Coord.], Vol. I, Barcelona: Atelier, 2009, pàg. 908-915). Quant a l'"autoritat judicial" competent calia estar, en principi, a l'art. 411-2.2 CCCat; ara bé d'acord amb la DA 1a.1 LJV, la referència a l'autoritat judicial es pot entendre feta al lletrat de l'Administració de justícia. En qualsevol cas, la manca d'un procediment adequat i l'especificitat de la regulació catalana en aquesta matèria justificaria una previsió específica. Al marge d'això, en els modes ordenats per al compliment de finalitats d'interès general, la commutació o la conversió és ordenada pels òrgans administratius competents (art. 428-5.3 CCCat), sens perjudici que la resta d'interessats puguin recórrer a la via judicial en cas que no estiguin d'acord amb la decisió administrativa (*vid.* MARCO MOLINA, J., "Comentari a l'art. 428-5...", *op. loc. cit.*, 2009, pàg. 913).

139 D'acord amb el Dret català el legitimari no es pot oposar al fet que l'hereu o les persones facultades per fer la partició decideixin pagar la llegítima o bé en béns o bé en diners, sempre que el causant no hagi disposat com se li ha de pagar (art. 451-11 CCCat); només es pot queixar si no està d'acord amb la qualitat dels béns que se li pretenen adjudicar. En aquest cas, segons l'art. 451-12.1 CCCat, el legitimari pot recórrer a *l'autoritat judicial competent, que ha de decidir amb equitat* (*vid.* art. 111-9 CCCat) i *pel procediment de jurisdicció voluntària*. Quant a la referència al jutge, a la

- i, destacadament, de l'art. 461-23.1 CCCat, referit al benefici de separació de patrimonis¹⁴⁰.

decisió “amb equitat” i al procediment en els antecedents de l'art. 451-12 CCCat, *vid.* LAMARCA MARQUÈS, A., “Comentari a l'art. 451-12 CCCat”, a *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions*, EGEA I FERNÁNDEZ, J., i FERRER RIBA, J. (Dir.), ALASCIO I CARRASCO, L. (Coord.), Vol. II, Barcelona: Atelier, 2009, pàg. 1366-1367. Pel que fa a la decisió del jutge segons equitat, *vid.*, també, BADOSA COLL, F., a *Manual de Dret civil català*, F. BADOSA COLL (Dir.), Barcelona: Marcial Pons, 2003, pàg. 94; GINEBRA MOLINS, M. E., a *Dret civil. Part general i dret de la persona*, A. VAQUER ALOY (coord.), 2a ed., Barcelona: Atelier Llibres Jurídics, 2017, pàg. 85-86.

Tal com destaca LAMARCA MARQUÈS, les crítiques que s'havien fet quant a que aquesta qüestió es substanciés per la via de la jurisdicció voluntària, malgrat tractar-se d'una situació contenciosa, es poden salvar tenint en compte que en aquest cas no hi ha cap contenció jurídica, sinó només amb relació a la qualitat dels béns escollits per al pagament de la llegítima i en base a l'equitat. De la mateixa manera que els art. 1811 i seg. LEC 1881 permetien que l'hereu o la persona facultada per a fer el pagament, tot i no ser els promotors del procediment, poguessin intervenir o ser escoltats (art. 1813 LEC 1881) i poguessin formular al·legacions per a justificar la seva tria en termes de qualitat dels béns (*vid.* LAMARCA MARQUÈS, A., “Comentari a l'art. 451-12...”, *op. loc. cit.*, 2009, pàg. 1367), això mateix pot tenir lloc a l'empara de les disposicions generals del Títol Preliminar (art. 1 a 8 LJV) i a les normes comunes del Títol I LJV (especialment art. 13 a 22 LJV) —*vid.*, en concret, els art. 3, 14, 17 i 18 LJV—. Amb tot, actualment, d'acord amb la DA 1a.1 LJV, la referència a l'autoritat judicial que fa l'art. 451-12 CCCat s'hauria d'entendre feta al lletrat de l'Administració de justícia. Quant al procediment, l'art. 451-12.2 CCCat especifica que l'“autoritat judicial” pot ordenar que es practiqui una prova pericial per a conèixer la qualitat i el valor dels béns que componen l'herència i del lot que hom pretengui adjudicar al legitimari (*vid.* LAMARCA MARQUÈS, A., “Comentari a l'art. 451-12...”, *op. loc. cit.*, 2009, pàg. 1367-1368); aquesta possibilitat concorda amb el que estableix l'art. 5 LJV, al final —“o expresamente lo prevea la ley”—. El Llibre quart no indica quines són les conseqüències del fet que el jutge consideri que els béns no tenen la qualitat adequada; no precisa si l'hereu o les persones facultades per a pagar la llegítima poden elegir uns altres béns, o bé llavors la tria la fa el jutge (o, avui, el lletrat de l'Administració de justícia); aquesta última possibilitat pot fonamentar-se en l'aplicació analògica de l'art. 427-9.4 CCCat. Tal com destaca LAMARCA MARQUÈS, l'art. 294 del Proj. Comp. 1955 establia expressament que la designació l'acabava fent el jutge “a su arbitrio y sin ulterior recurso” (“El heredero podrá optar por el pago en dinero aunque no lo haya en la herencia. De optar por el pago en bienes, si el legitimario no se conforma con los que aquél designe, el Juez efectuará la designación a su arbitrio y sin ulterior recurso”). *Vid.* LAMARCA MARQUÈS, A., “Comentari a l'art. 451-12...”, *op. loc. cit.*, 2009, pàg. 1368.

- 140 Art. 461-23 CCCat: “1. Els creditors per deutes del causant i els legataris poden sol·licitar al jutge competent, en procediment de jurisdicció voluntària, que el patrimoni hereditari sigui considerat separat del privatiu de l'hereu, per a salvaguardar llur dret davant els creditors particulars de l'hereu. També ho poden sol·licitar els creditors de l'hereu, per a salvaguardar llur dret davant els creditors per deutes del causant.- 2. Un cop pres l'inventari de l'herència, el jutge, amb la motivació adequada, concedeix el benefici de separació de patrimonis i adopta, si escau, les

El benefici de separació de patrimonis —que no té equivalent en el Dret estatal— consisteix en un benefici personal atorgat pel jutge a favor dels creditors o legataris que s’hi han acollit i que els permet actuar com si el patrimoni del causant estigués separat del privatiu de l’hereu encara que aquest hagi acceptat l’herència pura i simplement¹⁴¹. Els “creditors per deutes del causant” i els legataris que hagin obtingut el benefici de separació de patrimoni poden cobrar preferentment sobre el patrimoni hereditari; com a contrapartida, els creditors del causant i els legataris que han obtingut el benefici de separació de patrimonis han d’esperar a que cobrin els creditors particulars de l’hereu per poder perseguir els béns privatis de l’hereu. Si el benefici es concedeix a un creditor de l’hereu, podrà cobrar el seu crèdit sobre el patrimoni de l’hereu preferentment als creditors del causant (art. 461-23.3 CCCat).

Precisament, quant al benefici de separació de patrimonis (ja sigui a favor dels creditors per deutes del causant i dels legataris, o bé dels creditors de l’hereu) que regula l’art. 461-23 CCCat, la doctrina ha denunciat reiteradament la necessitat de concretar el procediment per a tramitar-lo¹⁴², i cal entendre justificada una normativa catalana pròpia, “ad hoc”, d’acord amb l’art. 149.1.6a CE¹⁴³.

mesures necessàries per a fer-lo efectiu.- 3. Els creditors del causant i els legataris que obtinguin el benefici de separació de patrimonis tenen dret preferent per a cobrar els crèdits i percebre els llegats respecte als creditors particulars de l’hereu, però, mentre no s’hagin pagat aquests creditors particulars, els dits creditors del causant i els legataris no poden perseguir els béns privatis de l’hereu. Aquest darrer efecte també es produeix si el benefici es concedeix a instància d’algun creditor de l’hereu.”

141 *Vid.* ARROYO AMAYUELAS, E., “El benefici de separació de patrimonis en el dret civil català”, *RJC* núm. 3, 2000, pàg. 649; LLÁCER MATAÇAS, M. R., “Comentari a l’art. 461-23 CCCat”, a *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions*, EGEA I FERNÁNDEZ, J., i FERRER RIBA, J. (Dir.), ALASCIO I CARRASCO, L. (Coord.), Vol. II, Barcelona: Atelier, 2009, pàg. 1539-1540.

142 *Vid.* ARROYO AMAYUELAS, E., “El benefici...”, *op. loc. cit.*, 2000, pàg. 661, nota 53, i la bibliografia que cita aquesta autora.

143 PRADOS RAMOS considera que el benefici de separació de patrimonis, com l’assistència, justifiquen que la Generalitat de Catalunya legisli a l’empara de les excepcions de l’art. 149.1.6 CE (PRADOS RAMOS, L., “La «interpellatio in iure» en Catalunya” [<http://www.notarialuisprados.com/la-interpellatio-in-iure-en-catalunya-puede-hacerse-ante-notario/> —consulta: 23.8.2016—]).

3.2. Referències al «jutge» o a l'«autoritat judicial». Especial consideració de l'anomenada «interrogatio in iure»

En altres casos (en què a vegades resulta complicat aclarir si ho són de jurisdicció voluntària o bé contenciosa) es fa referència al “jutge” o a l’“autoritat judicial” —cosa que obliga a plantejar, en cada cas, si actualment cal entendre que la decisió correspon als lletrats de l'Administració de justícia ex DA 1a.1 LJV—. En són exemples:

- Art. 411-9.3 (nomenament d'un administrador de l'herència jacent)¹⁴⁴.
- Art. 424-9.3 (en cas de designació d'hereu pels parents els parents electors o distribuïdors poden sol·licitar a l'autoritat judicial una pròrroga per a fer l'elecció o la distribució si hi ha una causa justificada)¹⁴⁵.
- Art. 426-23.2 (que, en matèria de protecció del dret dels fideïcomissaris, preveu que el fideïcomissari pugui demanar que es nomeni un administrador)¹⁴⁶.
- Art. 426-40.3 (que, quant a la disposició de béns lliures de fideïcomís per part del fiduciari, a més d'al·ludir al “procediment de jurisdicció voluntària”¹⁴⁷, es refereix a “l'autoritat judicial”).

En relació amb l'art. 264 CDCEC 1960, l'any 1983 el Grup Parlamentari d'Esquerra Republicana va presentar una Proposició de Llei “per la qual s'estableix el camí processal per a la sol·licitud del benefici de separació de patrimonis” (BOPC núm. 146, 4.7.1983, pàg. 5989-5990). Sobre aquesta Proposició i algunes de les seves mancances, *vid.* ARROYO AMAYUELAS, E., “El benefici...”, *op. loc. cit.*, 2000, pàg. 661-662.

144 La crida a la legislació processal que fa l'art. 411-9.3 CCCat s'ha entès a vegades feta als art. 790 i seg. LEC (*vid.* LÓPEZ BURNIOL, J. J., i SALVADOR CODERCH, P., Comentari a l'art. 411-9 CCCat, a *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions*, EGEA I FERNÁNDEZ, J., i FERRER RIBA, J. [Dir.], ALASCIO I CARRASCO, L. [Coord.], Vol. I, Barcelona: Atelier, 2009, pàg. 91). Ara bé, en cas que es tractés d'un nomenament aïllat (que no s'instés en el marc d'un procediment contencios), es podria entendre que el que correspon és un procediment de jurisdicció voluntària, i que actualment la referència a “l'autoritat judicial” s'hauria d'entendre feta al lletrat de l'Administració de justícia, ex DA 1a.1 LJV.

145 En aquest cas també semblaria que, actualment, la referència a “l'autoritat judicial” es podria entendre feta al lletrat de l'Administració de justícia, d'acord amb la DA 1a.1 LJV.

146 Molt probablement la qüestió tindrà caràcter contencios.

147 *Vid.* epígraf 3.1.

- Art. 426-45.1 (requeriment per via judicial o notarial al fiduciari per a lliurar la possessió de l'herència o el llegat fideïcomesos)¹⁴⁸.
- Art. 427-9.4 (en cas que s'encomani a l'arbitri d'un tercer la determinació del llegat i el tercer no ho fa o actua contra l'equitat, el legatari pot demanar a l'"autoritat judicial" que decideixi)¹⁴⁹.
- Art. 461-24.2 CCCat, al final (possibilitat que l'autoritat judicial designi una persona per a administrar els béns adquirits per títol successori per menors d'edat o incapacitats)¹⁵⁰.
- Art. 463-4.1 CCCat (en cas de comunitat hereditària, si no hi ha cap persona especialment legitimada per a administrar l'herència, el jutge pot, a instància de qualsevol interessat, adoptar les

148 Si el requeriment té lloc "per via notarial [vid. art. 202-206 RN] o judicial" —no en altre cas—, marca l'inici del còmput del termini per al lliurament de la possessió de l'herència o el llegat fideïcomesos al fideïcomissari, i en cas que no sigui lliurat determina que el fiduciari passi a ser considerat mer detentador i deixi de fer seus els fruits (art. 426-45 CCCat). Quant al requeriment per via judicial, avui, ex DA 1a.1 LJV, es pot entendre competent el lletrat de l'Administració de justícia. Al marge d'això, d'acord amb el darrer incís de l'art. 426-45.2 CCCat, el fideïcomissari pot reclamar judicialment —per via contenciosa— la possessió dels béns pels mitjans que estableix la legislació processal (vid. art. 250.1.3r i 7è LEC, 465-1 i 544-1 CCCat). Vid. MARSAL GUILLAMET, J., Comentari a l'art. 426-45 CCCat, a *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions*, EGEA I FERNÁNDEZ, J., i FERRER RIBA, J. (Dir.), ALASCIO I CARRASCO, L. (Coord.), Vol. I, Barcelona: Atelier, 2009, pàg. 694-695.

149 L'art. 427-9.4 CCCat dóna cabuda a supòsits que no està clar que siguin de jurisdicció voluntària (supòsits d'actuació del tercer contra l'equitat...).

150 La designació d'aquest administrador és un acte de jurisdicció voluntària que tindria cert encaix en el que estableix l'art. 87 LJV —dins del títol III LJV, dedicat als expedients de jurisdicció voluntària en matèria de família—, tot i que aquest precepte té com a referent la regulació del CCe (en particular, com a hipòtesi més similar a la que contempla l'art. 461-24 CCCat, l'art. 164.2n CCe). En aquest cas la competència correspon al jutge, en la mesura que afecta els drets de menors o persones amb la capacitat modificada judicialment (vid. DA 1a.1 LJV, en relació amb l'art. 2.3 LJV i art. 87.2 i 3, 88 i 89 LJV).

Quant al règim de disposició d'aquests béns s'apliquen les regles que hagi establert el causant i, si no n'hi ha, regeixen les normes generals per a fer actes de disposició i gravamen (art. 461-24.3 CCCat; vid. art. 222-43.1 i 2 i 236-27.1 i 2 CCCat).

Pel que fa a l'existència d'aquests béns subjectes a administració especial, vid. art. 222-41, 222-47.2.d, 236-22.3, 236-25.a i 236-26 CCCat —que al·ludeix expressament a "una persona designada per l'autoritat judicial a aquest efecte"—.

mesures que cregui oportunes per a conservar el cabal hereditari, i fins i tot nomenar un administrador)¹⁵¹.

151 En cas que es tracti d'una intervenció o d'un nomenament d'administrador aïllats —que no tinguin lloc en el marc d'un procediment contenciós—, semblaria que la petició s'hauria de poder articular a través d'un procediment de jurisdicció voluntària, i convindria valorar si la referència al “jutge” o a “l'autoritat judicial” es podria entendre feta avui al lletrat de l'Administració de justícia, ex DA 1a.1 LJV. Amb relació a l'art. 47 CS 1991, la Interlocutòria AP Barcelona (Secc. 16a) de 3-maig-2000 (*Westlaw*, JUR 2000\209956) indicava: “No existen normas que regulen el procedimiento para la adopción de las medidas de que se trata en el aludido precepto. Pero, como quiera que el proceso establecido con el fin de procurar la conservación y la división de la herencia cuando hay testamento es el juicio de testamentaria, no hay inconveniente alguno en que la norma del artículo 47 citado surta todos sus efectos en el procedimiento en cuestión, pues siendo el mencionado el específicamente destinado por la Ley a estos fines, es en él donde han de aplicarse las disposiciones del Código de Sucesiones sobre la materia, de manera que las posibilidades de actuación que establece, la Ley de Enjuiciamiento Civil [1881] han de ser completadas con lo que dispone el precepto citado y los demás aplicables del Código de Sucesiones, ya que entenderlo de otro modo conduciría a que no se aplicasen las normas del Código citado, lo cual no resulta admisible, dada su indudable vigencia y la necesidad de que se respeten los derechos que el repetido cuerpo legal confiere a todos los interesados en la sucesión mortis causa.- Siendo ello así, no puede admitirse que rija la limitación de tiempo establecida en el artículo 1.062 de la Ley de Enjuiciamiento Civil [1881], puesto que el artículo 47 no contiene limitación temporal alguna sino que, antes al contrario, determina que las medidas que contempla podrán ser adoptadas en tanto no tenga lugar la división de la herencia. Puede, por tanto, acordarse la administración solicitada aunque lo haya sido mucho más allá de los 30 días siguientes a la muerte de la causante o al cese de la administración judicial anteriormente constituida”. En aquest cas l'AP Barcelona va decidir que convenia posar en administració una part de l'herència i va remetre a la decisió del Jutjat de Primera Instància la designació de l'administrador, però afegia: “En la actualidad está vigente el auto dictado por el juzgado declarando contencioso el expediente, con la correlativa consecuencia de su terminación. Ello suscita la cuestión de que alcance tendrá el acuerdo que se adopta por el momento.- En principio, el auto en cuestión ha de continuar vigente, pese a que con esta misma fecha la Sala acuerda la admisión a trámite del recurso de reposición interpuesto contra el mismo. No se trata de resolución firme, por tanto. Pero sí es ejecutiva, conforme a lo dispuesto en el artículo 376 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. No obstante esa ejecutividad, procederá la constitución inmediata de la administración, en tanto se resuelva sobre la confirmación o no del auto que concluyó el procedimiento, puesto que, si dicho auto se confirmase y fuese recurrido en apelación, la administración (que ya se establece muy tardíamente) podría perder por completo su objeto si se constituyese solo en caso de quedar revocado el auto de 23 de febrero de 1.999...- Como es natural, lo dispuesto en el presente auto solo subsistirá hasta tanto se provea sobre la designación de administrador conforme a lo dispuesto en las normas propias del juicio de testamentaria, si es que se llegase a ese trámite.- Se solicitó por medio del segundo otrosí del escrito inicial del procedimiento que se convocase a los interesados a la junta correspondiente a los

També es refereix al “jutge” la redacció originària de l’art. 429-4.1 —encara vigent— (excusa per no exercir el càrrec de marmessor), si bé la nova redacció que ha donat a aquest paràgraf la Llei 3/2017, del 15 de febrer (DF 4a.5), atribueix ja la competència al lletrat de l’Administració de justícia i al notari¹⁵².

La Llei 3/2017, del 15 de febrer (DF 4a.10), ha eliminat també la referència al jutge com a destinatari de l’escrit de repudiació de l’herència que conté la redacció originària de l’art. 461-6.1 CCCat —encara vigent—¹⁵³.

Es referia també al jutge, destacadament, la redacció originària de l’art. 461-12.2 i 3 CCCat, que regulava la “interpel·lació judicial” —coneguda com a “interrogatio in iure”¹⁵⁴— que tendia a trencar

efectos de los artículos 1.068, 1.070 y 1.074 de la Ley de Enjuiciamiento. Sobre ello no debe pronunciarse la Sala. Aparte de que en la vista se pidió un tal pronunciamiento para el caso de no nombrarse administrador, la convocatoria de esa junta, procederá en la medida en que se disponga la continuación del procedimiento, si finalmente el auto de 23 de febrero de 1999 fuese revocado. En ese caso, no se ve cómo no habría de seguir el procedimiento adelante, con sus trámites peculiares, entre ellos la formación de inventario y la convocatoria de la junta de interesados, para los efectos que la Ley previene”.

152 *Vid.* epígraf 2.1.

153 *Vid.* epígraf 2.3.3.

154 Redacció originària de l’art. 461-12.2 i 3 CCCat, vigent quan es va aprovar la LJV: “2. Les persones interessades en la successió, incloent-hi els creditors de l’herència o del cridat, poden sol·licitar al jutge, un cop hagi transcorregut un mes a comptar de la delació a llur favor, que fixi un termini perquè el cridat manifesti si accepta o repudia l’herència. Aquest termini no pot excedir els dos mesos.- 3. Un cop vençut el termini fixat pel jutge sense que el cridat hagi acceptat l’herència en escriptura pública o davant del jutge, s’entén que la repudia, llevat que sigui un menor d’edat o un incapac, cas en el qual s’entén que l’accepta a benefici d’inventari”. Sobre aquesta regulació, *vid.* CASANOVAS MUSSONS, A., “L’acceptació i la repudiació. El règim d’adquisició de l’herència”, *El nou Dret successori del Codi civil de Catalunya. Materials de les Quinzenes Jornades de Dret Català a Tossa*, Àrea de Dret civil Universitat de Girona (Coord.), Girona: Documenta Universitaria, 2009, pàg. 313. *Vid.*, també, SAP Barcelona (Secc. 19a) 262/2015, de 26 novembre (*Westlaw*, JUR 2016\96772), SAP Barcelona (Secc. 17a) 42/2016, de 3 de febrer (*Westlaw*, JUR 2016\101862), i SAP Barcelona (Secc. 1a) 143/2016, de 6 d’abril (*Westlaw*, JUR 2016\119687).

Es refereixen als interessats en la successió, a més de l’art. 461-12 CCCat, els art. 424-9.2, 429-15.1 i CCCat; amb un sentit similar, els art. 429-4.2 i 461-15.5 CCCat al·ludeixen als interessats en l’herència, l’art. 429-13.2 CCCat parla dels “interessats”; l’art. 421-6 CCCat utilitza l’expressió “part interessada” i els art. 421-18.3 i 463-4.1 CCCat al·ludeixen, genèricament i respectivament, als interessats i a “qualsevol interessat”. Finalment, l’art. 423-15.3 CCCat es refereix a “la persona interessada en l’incompliment” de la condició

la indecisió del delat (que, en principi, segons l'art. 461-12.1 CCCat tal com va quedar redactat per la Llei 6/2015, de 13 de maig, d'harmonització del Codi civil de Catalunya, podia ser indefinida)¹⁵⁵.

i l'art. 427-16.7 CCCat a als "interessats en la repudiació d'un llegat". Altres preceptes al·ludeixen a la categoria més restringida dels afavorits per una situació aliena (vegeu, per exemple, els art. 412-6.2, 422-3.1, 429-3.2 i 431-10.3 CCCat).

Com a precedents de la redacció originària de l'art. 461-12.2 i 3 CCCat, convé destacar: art. 354 Projecte d'Apèndix de 1930 ("Las personas interesadas en una sucesión pueden pedir al juez que señale un plazo al heredero para que manifieste si acepta la herencia o la repudia"), 308 Avantprojecte d'Apèndix de 1931 ("Las personas interesadas en una sucesión pueden pedir al juez que señale un plazo al heredero para que manifieste si acepta la herencia o la repudia"), 496.II i III Proj. Comp. 1955 ("Los coherederos, substitutos, fideicomisarios, legatarios, legitimarios, acreedores de la herencia o del heredero y las demás personas interesadas en la sucesión, podrán obtener del Juez, una vez transcurridos nueve días a contar de la muerte del causante, que señale un plazo al heredero para que manifieste si acepta o repudia la herencia. Este plazo no excederá de treinta días hábiles, a menos que por justa causa el Juez estime procedente señalar un plazo mayor.- Transcurrido el plazo señalado sin haber el heredero aceptado la herencia en escritura pública ante el Juez, ni solicitado a este término para deliberar, se considerará que la repudia"), 257 CDCEC 1960 ("Las personas interesadas en la sucesión, incluso los acreedores de la herencia o del heredero, podrán obtener del Juez, una vez transcurridos nueve días a contar de la muerte del causante, que señale un plazo al heredero para que manifieste si acepta o repudia la herencia. Este plazo no excederá de treinta días naturales, salvo que el Juez, con justa causa, conceda mayor plazo, que no podrá ser superior a sesenta días.- Transcurrido el plazo señalado sin haber el heredero aceptado la herencia en escritura pública o ante el Juez, ni solicitado de éste término para deliberar, se considerará que la repudia"), 257 CDCC 1984 ("Las personas interesadas en la sucesión, incluso los acreedores de la herencia o del heredero, podrán obtener del Juez, una vez transcurridos nueve días, a contar de la muerte del causante, que señale un plazo al heredero para que manifieste si acepta o repudia la herencia. Este plazo no excederá de treinta días naturales, salvo que el Juez, con justa causa, conceda mayor plazo, que no podrá ser superior a sesenta días.- Transcurrido el plazo señalado sin haber el heredero aceptado la herencia en escritura pública o ante el Juez, ni solicitado de éste término para deliberar, se considerará que la repudia") i 28 CS 1991 ("Les persones interessades en la successió, àdhuc els creditors de herència o del cridat, poden obtenir del jutge, tan bon punt hagin transcorregut trenta dies a comptar de la delació a favor seu, que assenyali un termini al cridat perquè manifesti si accepta o repudia herència. Aquest termini no pot excedir els seixanta dies naturals.- Transcorregut el termini assenyalat sense que el cridat accepti herència en escriptura pública o davant del jutge, hom considera que la repudia.").

155 Des de la Llei 6/2015, de 13 de maig, d'harmonització del Codi civil de Catalunya (DOGC núm. 6875, de 20 de maig), l'art. 461-12.1 CCCat estableix que el dret del cridat a acceptar o repudiar l'herència no està sotmès a termini. La redacció originària de l'art. 461-12.1 CCCat fixava en trenta anys —comptats des de la mort del causant— el termini de caducitat que tenia el cridat per a acceptar o repudiar l'herència; anteriorment, l'art. 28.1 CS 1991 es referia al termini de trenta anys com de prescripció.

Encara que la LJV (DF 1a.79) hagués donat nova redacció a l'art. 1005 CCe, atribuint la competència als notaris¹⁵⁶, no es podia entendre “modificat” l'art. 461-12.2 i 3 CCCat en el mateix sentit¹⁵⁷.

156 L'art. 1005 CCe, tal i com ha quedat redactat per la DF 1a LJV, atribueix la competència al notari. A més, segons aquest precepte, si el cridat no manifesta la seva voluntat en un termini de trenta dies naturals l'herència s'entén acceptada pura i simplement. Segons la redacció anterior de l'art. 1005 CCe, l'herència s'entenia acceptada; la nova redacció precisa que s'entén acceptada “pura i simplement”. Sobre això, i sobre la possible contradicció amb el que estableix l'art. 1015 CCe —també modificat per la DF 1a LJV—, *vid.* ESPÍÑEIRA SOTO, I., “Acta de interpelación del artículo 1005 del Código civil” [<http://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/modelos/acta-de-interpelacion-del-articulo-1005-del-codigo-civil/>] (data de consulta: 5.9.2016)]; FEÁS COSTILLA, J., “La interpelación hereditaria del artículo 1005 del Código civil”, *El Notario del siglo XXI*, núm. 66, març-abril 2016.

La redacció originària de l'art. 1005 CCe tenia com a precedent l'art. 835. II Projecte de Codi civil espanyol de 1851, el qual, al seu torn, tal com destaca GARCÍA GOYENA, s'inspirava en aquest punt en el *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis* de 1756, que va estar en vigent a Baviera fins a l'entrada en vigor del BGB [1900]. *Vid.* GARCÍA GOYENA, F. F., *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil español*, Madrid: 1852 [reimpr. a càrrec de la *Cátedra de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza*, nota preliminar de José Luis LACRUZ BERDEJO, Saragossa: Cometa, S.A., 1974, pàg. 424].

157 Segons PICÓ I JUNOY, “el respeto al principio de legalidad exige que en dichos territorios, hasta tanto no cambien su regulación, deba seguir siendo el juez el único competente para llevar a cabo la *interrogatio in iure*” (PICÓ I JUNOY, J., “La desjudicialización...”, *op. loc. cit.*, 2015). Per tal que resultés aplicable l'art. 1005 CCe calia que el CCe fos la llei aplicable a la successió. *Vid.* FEÁS COSTILLA, J., “La interpelación hereditaria del artículo 1005 del Código civil”, *El Notario del siglo XXI*, núm. 66, març-abril 2016.

Cfr., en canvi, ESPÍÑEIRA SOTO, I., “Acta de interpelación...”, *op. loc. cit.* [<http://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/modelos/acta-de-interpelacion-del-articulo-1005-del-codigo-civil/>] (data de consulta: 5.9.2016)] —segons aquesta autora, es tracta d'una norma procedimental al servei de la regulació substantiva, de manera que en l'àmbit d'aplicació dels drets civils que reguessin la interpel·lació, la competència passava a correspondre al notari—; CABANAS TREJO, R, i BALLESTER AZPITARTE, L., “Ley 15/2015...”, *op. loc. cit.* [<https://boletinjuridico.wordpress.com/2015/07/14/ley-152015-de-2-de-julio-de-la-jurisdicion-voluntaria-parte-iii/>] (consulta: 22.8.2016)] —per a aquests autors, s'havia d'entendre “derogada” la referència que feia l'art. 461-12 al jutge, en la mesura que la “interpellatio in iure” havia passat a ser notarial—; *vid.*, també, MARÍN SÁNCHEZ, J. A., “La nueva ley de jurisdicción voluntaria...”, *op. loc. cit.*, 2016, pàg. 86. PRADOS RAMOS considerava que es tractava d'un aspecte processal del Dret de successions i que la nova regulació estatal constituïa una norma bàsica (PRADOS RAMOS, L., “La «interpellatio in iure» en Catalunya” [<http://www.notarialuisprados.com/la-interpellatio-in-iure-en-catalunya-puede-hacerse-ante-notario/>] (consulta: 23.8.2016)]. Per a FEÁS COSTILLA, en canvi, l'art.

Qüestió diferent era si la referència al jutge es podia entendre feta al lletrat de l'Administració de justícia, ex DA 1a.1 LJV, tal com s'havia entès, a Primera Instància, en algun cas concret, si bé tampoc era aquesta una qüestió clara si es parteix del fet que no es tractava d'una norma processal/jurisdiccional, sinó civil¹⁵⁸.

Tal com havíem posat en relleu poc després de l'aprovació de la LJV i abans de la Llei 3/2017, del 15 de febrer, el tipus d'intervenció que tenia el jutge en aquest cas¹⁵⁹ es podia encomanar perfectament al notari, però havia de ser el legislador civil corresponent qui ho indiqués¹⁶⁰. De fet, en el Dret català teníem ja un tipus d'intervenció similar, encomanada als notaris, per exemple, en l'art. 429-4.2 CCCat amb relació al marmessor¹⁶¹.

1005 CCE no conté cap expedient administratiu o procediment especial que es pugui considerar legislació bàsica de l'Estat (FEÁS COSTILLA, J., "La interpel·lació hereditària del artículo 1005 del Código civil", *El Notario del siglo XXI*, núm. 66, març-abril 2016). Segons BOSCH CAPDEVILA, els arguments per a mantenir que en el dret català (com en l'aragonès i el navarrès) calia acudir al notari per l'anomenada *interrogatio in iure* podien trobar-se "en que la interpretación de las normas jurídicas se debe ajustar a la realidad social actual (art. 3.1 CC), y en que la fijación de las funciones y el estatuto judicial es una competencia estatal" (BOSCH CAPDEVILA, E., "Comentario al art. 1005 del Código civil", *Código civil comentado*, A. CAÑIZARES LASO, P. DE PABLO CONTRERAS, J. ORDUÑA MORENO i R. VALPUESTA FERNÁNDEZ [Dirs.], Vol. II, Cizur Menor [Navarra]: Civitas - Thomson Reuters, 2016, pàg. 1450).

158 El jutge era el canal per tal d'aconseguir determinats efectes; de fet, l'únic marge d'autonomia que es concedia al jutge consistia en fixar el termini, que en cap cas podia excedir els dos mesos (redacció originària art. 461-12.2, al final, CCCat); els efectes els determinava la llei. El jutge es limitava a fixar el termini i a constatar si hi havia o no resposta; no complia una funció jurisdiccional. Es podia fer privadament, però l'ordenament conferia efectes específics i reforçats si es canalitzava a través del jutge. Hi ha altres casos en què la producció de determinats efectes es vincula al fet de recórrer a la via judicial; en aquest sentit, per exemple, segons l'art. 451-14.3 CCCat, el suplement de legítima merita interès "només des que és reclamat judicialment".

159 *Vid.* nota anterior i epígraf 2.1 (1r, al final).

160 *Vid.* GINEBRA MOLINS, M. E., a ARNAU RAVENTÓS, L., GINEBRA MOLINS, M. E., i TARABAL BOSCH, J., *L'impacte de la llei 15/2015, de jurisdicció voluntària...*, *op. cit.*, 2017.

161 *Vid.* epígrafs 2.1 i 3.4. Quant al càrrec de marmessor, segons l'art. 429-4.2 CCCat: "Si el designat com a marmessor, un cop requerit notarialment per algun hereu o per una persona interessada en l'herència, no accepta el càrrec davant notari dins del mes següent a la notificació, s'entén que hi renuncia". *Vid.* MARÍN SÁNCHEZ, J. A., "Comentari a l'art. 429-4...", *op. loc. cit.*, 2009, pàg. 933.

En aquest context, la Interlocutòria de l'AP de Barcelona (secció 17a) de 26 de maig de 2016, tot i admetre que la nova regulació estatal no podia suposar un canvi en la regulació d'aquestes institucions segons la llei substantiva, va concloure que “la competencia para conocer de la «interrogatio in iure» en los supuestos que se insten por el acreedor ante el silencio del heredero deudor, debe entenderse que corresponde al Notario”. Amb tot, amb posterioritat, els Presidents de les seccions civils de l'Audiència Provincial de Barcelona van acordar, per unanimitat, unificar el criteri quant a la competència per a conèixer de la “interrogatio in iure” prevista en l'art. 461-12 CCCat en el sentit que la competència corresponia al jutge, tal i com indicava en aquell moment aquest precepte¹⁶². Posteriorment, la Junta Directiva del Col·legi de Notaris de Catalunya va recomanar que no s'autoritessin notarialment “aquests actes jurídics” quan fos

162 La justificació d'aquest acord és la següent: “El ejercicio del requerimiento que regula el art. 461-12 CCC se articula mediante un expediente de jurisdicción voluntaria, que no está regulado expresamente en la Ley de Enjuiciamiento Civil ni tampoco en la actual Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, requerimiento que no puede confundirse con el procedimiento previsto en su art. 93 que se aplicará solo en los «casos en que, conforme a la ley, la validez de la aceptación o repudiación de la herencia necesite autorización o aprobación judicial».- Si tras requerir al heredero para que se pronuncie no lo hace, el derecho civil catalán entiende que repudia la herencia (como establecía el art. 257 de la Compilació, que pasó al art. 28 del Código de Sucesiones de 1990, y al actual art. 461-12 del Código civil de Cataluña), al contrario de lo dispuesto en el art. 1005 en el que se declara que se tiene por aceptada la herencia.- Con anterioridad a la reforma del art. 1005 CC por la citada Ley 15/2015, tanto en el Código civil como en el Codi de Successions o el actual Codi Civil de Catalunya, el requerimiento se solicitaba ante el Juez competente. Sin embargo, la referida Ley 15/2015 ha dado una nueva redacción al citado art. 1005 CC, y establece que la autoridad competente para el conocimiento del requerimiento es el Notario.- En Cataluña continuará siendo el Juez la autoridad competente conforme establece el art. 461-12 CCC ya que: (i) el citado precepto es norma civil con efectos civiles pues regula una institución propia y singular del derecho civil catalán de sucesiones.- (ii) la Disposición Final vigésima de la Ley 15/2015 determina como título competencial no sólo el art. 149.1.6 de la Constitución relativo a la legislación procesal, sino también el art. 149.1.8 relativo a la legislación civil.- (iii) por ello, la nueva redacción del art. 1005 CC dada por la Ley 15/2015 no alcanza a lo dispuesto en el art. 461-12 CCC, pues conforme reiterada jurisprudencia del TC la atribución exclusiva que en materia procesal atribuye la Constitución al Estado, ha de salvaguardar en todo caso las singularidades propias del derecho foral.- (iv) la Disposición final undécima, que modifica la Ley de 28 de mayo de 1862 del Notariado, no introduce ni regula entre los expedientes de sucesiones encargados a los Notarios la *interrogatio in iure*”.

d'aplicació el Codi civil català, fins que hi hagués alguna novetat en aquest sentit” i insistí en la conveniència d'abstenir-se, de moment, d'autoritzar aquests expedients¹⁶³.

La mateixa qüestió que es plantejava en relació amb l'art. 461-12. 2 i 3 CCCat es pot extrapolar també a l'art. 348 del CDFa 2011 —que encomana la interpel·lació al jutge i dona efectes positius, d'acceptació, al silenci—¹⁶⁴ i, si bé amb molts matisos, quant a la Llei 315.II de la Compilació navarresa¹⁶⁵. Conté també un cas d'interpel·lació “judicial” l'art. 143 de la Llei 5/2015, de 25 de juny, de *Derecho Civil Vasco*.

Finalment, quant al Dret català, la Llei 3/2017, del 15 de febrer (DF 4a.11), ha donat nova redacció a l'art. 461-12 CCCat, i ha atribuït als notaris la competència quant a la “interpel·lació al cridat”¹⁶⁶. La nova regulació va entrar en vigor l'1 de març de 2017 (DF 9a Llei 3/2017, del 15 de febrer).

Segons l'art. 461-12.2 CCCat actualment vigent: “Les persones interessades en la successió, incloent-hi els creditors de l'herència o

163 “Nota sobre la competència del Notari en la institució successòria de la *interrogatio in iure*”, Junta Directiva Col·legi de Notaris de Catalunya, 2-novembre-2016.

164 Art. 348 CDFa 2011: “Interpelación.- 1. Transcurridos treinta días desde que se haya producido la delación, cualquier tercero interesado podrá solicitar al Juez que señale al llamado un plazo, que no podrá exceder de sesenta días, para que manifieste si acepta o repudia la herencia.- 2. El Juez apercibirá al llamado de que, si transcurrido el plazo señalado no ha manifestado su voluntad de aceptar o repudiar, se tendrá la herencia por aceptada.”

165 La Compilació navarresa en principi admet que la interpel·lació es faci per requeriment judicial o extrajudicial i preveu que el jutge, a instància de l'hereu pugui prorrogar el termini, transcorregut el qual l'herència s'entén adquirida definitivament. La llei 315.II de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra parteix d'un sistema d'adquisició automàtica de l'herència, amb possibilitat de renúncia posterior. *Vid.* ESPÍÑEIRA SOTO, I., “Acta de interpelación...”, *op. loc. cit.* [<http://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/modelos/acta-de-interpelacion-del-articulo-1005-del-codigo-civil/>] (data de consulta: 5.9.2016)]. La llei 315.II de la *Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra* estableix: “El heredero podrá renunciar a la herencia mientras no la haya aceptado expresa o tácitamente; entre tanto, no se podrá ejercitar contra él ninguna acción sin previo requerimiento judicial o extrajudicial para que, dentro del plazo de treinta días, acepte o renuncie a la herencia; el Juez, a instancia del heredero, podrá prorrogar el plazo a su prudente arbitrio. Transcurrido el plazo sin que el heredero renunciare, la herencia se entenderá adquirida definitivamente.”

166 Coherentment, s'ha substituït l'expressió “interpel·lació judicial” de la rúbrica del precepte per la de “interpel·lació al cridat”.

del cridat, poden sol·licitar al notari, una vegada hagi transcorregut un mes a comptar de la delació, que requereixi personalment al cridat a fi que, en el termini de dos mesos [*spatium deliberandi*]¹⁶⁷, li manifesti si accepta o repudia l'herència, amb advertència expressa que, si no l'accepta, s'entén que la repudia". El requeriment personal al cridat s'ha de fer, com a mínim, dues vegades en dies diferents. Si aquest requeriment esdevé infructuós, el notari ha de fer el requeriment per correu certificat i, en cas que no es pugui notificar, s'ha de fer per mitjà d'edictes publicats en els dos diaris de més tiratge (art. 461-12.3 CCCat)¹⁶⁸. Transcorregut el termini de dos mesos sense que el cridat hagi acceptat l'herència en escriptura pública¹⁶⁹, s'entén que la repudia, llevat que sigui un menor d'edat o una persona amb la capacitat modificada judicialment, cas en el qual s'entén que l'accepta a benefici d'inventari¹⁷⁰ (art. 461-12.4 CCCat).

L'art. 427-16.7 CCCat, en matèria de llegats, remet a l'art. 461-12.2 CCCat, de manera que també en aquest cas la competència s'ha d'entendre avui atribuïda als notaris¹⁷¹.

167 Dos mesos era el termini màxim que permetia fixar al jutge la redacció anterior de l'art. 461-12.2, al final, CCCat.

168 Atès que l'efecte legal del silenci és la repudiació, convé garantir que el requeriment es fa directament al cridat o que almenys té possibilitat de conèixer-lo i que és conscient de quin és el valor que es donarà al seu silenci.

169 La redacció anterior (art. 461-12.3 CCCat) es referia a l'acceptació "en escriptura pública o davant del jutge". S'ha eliminat, per tant, en l'actual art. 461-12.4 CCCat, la referència a l'acceptació davant del jutge.

170 Aquesta excepció fou una novetat introduïda pel Llibre quart CCCat (Llei 10/2008, de 10 de juliol); de fet, però, la referència al benefici d'inventari resulta en certa manera supèrflua, atès que els menors i incapacitats gaudeixen legalment d'aquest benefici, d'acord amb l'art. 461-16, sense necessitat de practicar l'inventari ex art. 461-14 i 461-15 CCCat (CASANOVAS MUSSONS, A., "L'acceptació...", *op. loc. cit.*, 2009, pàg. 313).

171 Els interessats en la repudiació d'un llegat poden exercir respecte al legatari el dret que els atribueix l'art. 461-12.2 CCCat. En aquest cas, però, sembla que el silenci s'hauria d'entendre com a no renúncia —és a dir, com a consolidació de l'adquisició—, atès que per a l'adquisició dels llegats no fa falta acceptació. *Vid.* DEL POZO CARRASCOSA, P., VAQUER ALOY, A., y BOSCH CAPDEVILA, E., *Derecho civil de Cataluña. Derecho de sucesiones*, Madrid - Barcelona - Buenos Aires: Marcial Pons, 2013, pàg. 243.

3.3. Casos en què s'exigeix «autorització judicial»

Al marge dels supòsits als que m'he referit a propòsit de l'art. 93 LJV, el Llibre quart del CCCat exigeix també “autorització judicial”, per exemple, en els supòsits següents:

- art. 426-24.4 CCCat: el curador dels fideïcomissaris no nascuts ni concebuts requereix autorització judicial prèvia per a exercir les seves facultats;
- art. 426-27.1 i 2: partició per part dels hereus fiduciaris quan no es tracta d'un “pur acte particional” o divisió de béns comuns quan alguna participació indivisa està gravada amb un fideïcomís i no es tracta d'un pur acte particional o el fiduciari consenteix que el bé s'adjudiqui a un altre cotitular¹⁷²;
- art. 426-40.2 i 3 CCCat: disposició de béns lliures de fideïcomís amb autorització judicial¹⁷³;
- art. 428-6.5 CCCat: autorització judicial per tal que els qui estiguin afectats per una prohibició de disposar puguin disposar si concorre una justa causa sobrevinguda¹⁷⁴;
- i art. 463-2.4 CCCat: malgrat existir una prohibició de partició o un pacte d'indivisió, el jutge, a instància de qualsevol cohereu,

172 Quant a l'art. 426-27.4 CCCat, *vid.* FLORENSA I TOMÀS, C. E., “Comentari a l'art. 426-27 CCCat”, *Comentari al Llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions*, J. EGEA I FERNÁNDEZ I J. FERRER I RIBA (Dir.), L. ALASCIO CARRASCO (Coord.), Vol. I, Barcelona: Atelier, 2009, pàg. 626.

173 *Vid.* epígrafs 3.1 i 3.2. D'acord amb l'art. 426-40.1 CCCat, el fiduciari pot alienar béns de l'herència o el llegat fideïcomesos, lliures del fideïcomís, per a reemplaçar-los per altres que hi restin subjectes per subrogació real, a fi d'obtenir-ne més rendiment o utilitat. Aquesta facultat s'ha d'exercir, en principi, en els termes que hagi establert el fideïcomitent, però si el fideïcomitent no ha ordenat res al respecte, aquesta facultat només es pot exercir *amb l'autorització prèvia del jutge competent*. (art. 426-40.2 CCCat). Pel que fa al procediment, segons l'art. 426-40.3 CCCat, “*L'autorització judicial té lloc pel procediment de jurisdicció voluntària, amb notificació prèvia als fideïcomissaris i al curador, si n'hi ha, sense que calgui la subhasta. L'autoritat judicial ha de practicar les proves que estimi pertinents, especialment pel que fa a la justa valoració dels béns. Si autoritza la subrogació, ha d'adoptar les mesures procedents perquè sigui efectiva, perquè els béns reemplaçats s'alliberin del gravamen fideïcomissari i perquè s'hi subjectin els béns adquirits. Les despeses d'aquest procediment són a càrrec del fideïcomís*”.

174 *Vid.* Preàmbul III, f, § 2, al final, Llei 10/2008, de 10 de juliol, del llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions.

pot “autoritzar” la partició o una bestreta parcial en béns de l’herència o en diners, si sobrevé una causa justa¹⁷⁵.

3.4. Actes en què intervé el notari

Alguns preceptes del Llibre quart CCCat al·ludeixen ja expressament al notari. Es el cas, per exemple, de:

- art. 426-45.1 CCCat: requeriment per via judicial o notarial al fiduciari per a lliurar la possessió de l’herència o el llegat fideïcomesos¹⁷⁶;
- art. 426-48.1 CCCat: comunicació notarial del fiduciari o els seus hereus al fideïcomissari de la decisió de retenir l’herència o el llegat fideïcomesos¹⁷⁷;

175 Quant a aquesta autorització, *vid.* PUIG FERRIOL, L., Comentari a l’art. 463-2 CCCat, a *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions*, EGEA I FERNÁNDEZ, J., i FERRER RIBA, J. (Dir.), ALASCIO I CARRASCO, L. (Coord.), Vol. II, Barcelona: Atelier, 2009, pàg.1580-1581.

176 *Vid.* epígraf 3.2.

177 D’acord amb l’art. 426-48.1 CCCat, si en el termini que estableix l’art. 426-45 CCCat (d’un mes a comptar de l’endemà del dia en què siguin requerits per via notarial o judicial) el fiduciari o els seus hereus comuniquen notarialment al fideïcomissari la decisió de retenir la possessió de l’herència o el llegat fideïcomesos per a algun dels crèdits a què fa referència l’art. 426-47 CCCat i n’assenyalen l’import (*vid.* art. 202-206 RN, quant a les actes de notificació), poden retenir l’herència o el llegat. És aquest un acte de jurisdicció voluntària que té com a efecte un dret de retenció sobre cadascun dels béns que formen part del fideïcomís a favor del fiduciari o els seus hereus (*vid.* art. 426-48 i 569-5.1 CCCat); la posició del fiduciari o dels seus hereus es veu reforçada, perquè veuen enfortida la seva posició àdhuc davant de terceres persones —art. 569-6.1 CCCat— (MARSAL GUILLAMET, J., “Comentari a l’art. 426-48 CCCat”, a *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions*, EGEA I FERNÁNDEZ, J., i FERRER RIBA, J. [Dir.], ALASCIO I CARRASCO, L. [Coord.], Vol. I, Barcelona: Atelier, 2009, pàg. 704). Tal com destaca MARSAL GUILLAMET, no hi ha plena concordança entre els art. 426-28.1 i 569-5.1 CCCat, perquè aquest darrer exigeix, a més, la liquidació (MARSAL GUILLAMET, J., “Comentari a l’art. 426-48...”, *op. loc. cit.*, 2009, pàg. 705). El dret de retenció subsisteix mentre la quantitat total fixada no ha estat consignada, fiançada o satisfeta, sens perjudici de la seva posterior comprovació definitiva (art. 426-48.2 CCCat). Feta la notificació per part del fiduciari, els fideïcomissaris deutors es poden oposar judicialment a la retenció en el termini de dos mesos a comptar de la data de la notificació (art. 569-5.1, al final, CCCat). Una vegada notificada notarialment la decisió de retenir, si el dret de retenció recau sobre una finca o

- art. 429-4.2 CCCat: “interpel·lació” o “interrogatio” al marmessor¹⁷⁸;
- i art. 431-21.2 CCCat: notificació notarial als altres atorgants del pacte successori de la revocació unilateral de l'heretament preventiu¹⁷⁹.

un dret inscrit sobre una finca, el fiduciari retenidor pot exigir al fideïcomissari l'atorgament de l'escriptura de reconeixement del dret de retenció, als efectes de la inscripció d'aquest en el Registre de la Propietat (art. 569-5.3 CCCat).

178 *Vid.* epígrafs 2.1 i 3.2.

179 L'eficàcia de la revocació unilateral de l'heretament preventiu —que s'ha de fer per mitjà d'un testament notarial obert posterior o un nou pacte successori (art. 431-21.1 CCCat)— depèn del fet sigui notificada notarialment als altres atorgants del pacte successori, llevat que els atorgants hagin dispensat el compliment d'aquest requisit (art. 431-21.2 CCCat). Quant a la notificació, *vid.* art. 431-15 CCCat per a la revocació causal, respecte de la qual, però, es contempla expressament la possibilitat d'oposició (art. 431-15.2 CCCat).

L'efecte revocatori es condiona a la notificació notarial als altres atorgants que s'ha atorgat un testament notarial obert o un pacte successori i, per tant, no s'assoleix sense ella. El fet que el precepte no indiqui què passa quan la notificació no es pot fer efectiva permet qüestionar, tal com destaca EGEA FERNÁNDEZ, si s'aplica analògicament el que estableix l'art. 431-15 CCCat, que preveu la necessitat de recórrer a la via judicial (EGEA FERNÁNDEZ, J., Comentari a l'art. 431-21 CCCat, a *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions*, EGEA I FERNÁNDEZ, J., i FERRER RIBA, J. (Dir.), ALASCIO I CARRASCO, L. (Coord.), Vol. II, Barcelona: Atelier, 2009, pàg. 1155).

COMUNICACIONES

És la creació del Registre de parelles estables la solució als problemes per a l'aplicació del Dret de la UE?¹

DIANA MARÍN CONSARNAU

*Professora Lectora de Dret internacional Privat
Universitat Rovira i Virgili*

SUMARI

1. INTRODUCCIÓ. 2. EL REGISTRE DE PARELLES ESTABLES. 3. ASPECTES DE DRET D'ESTRANGERIA: ELS DRETS DE RESIDÈNCIA DE LA UNIÓ REGISTRADA. 4. ASPECTES DE DRET INTERNACIONAL PRIVAT: ELS EFECTES PATRIMONIALS DE LA UNIÓ REGISTRADA. 5. NOVES PERSPECTIVES A PARTIR DEL DESENVOLUPAMENT REGLAMENTARI DEL REGISTRE DE PARELLES ESTABLES. 6. REFLEXIÓ FINAL

1. INTRODUCCIÓ

El model de convivència estable de parella previst pel legislador català en el llibre segon del Codi Civil de Catalunya troba dificultats en l'encaix amb la categoria d'unió registrada sobre els aspectes que regula el legislador europeu en referència als drets de residència i a les qüestions de Dret internacional privat².

L'aposta del legislador català de no contemplar un registre de parelles i que coexistia amb l'oportunitat d'un registre paral·lel que responia a la voluntat municipal de la creació de registres va ser

-
- 1 Aquesta col·laboració s'emmarca dins del Projecte titulat "Recíproco encaje y coherencia de los ámbitos de los Reglamentos comunitarios de Derecho internacional privado", finançat pel Ministerio de Economía y competitividad, amb referència DER 2016-75318-P.
 - 2 Com ja ens ha assenyalat la professora Borrás l'aplicació del dret comunitari és un esforç continuat. A. BORRÁS "Espanya com a membre de la Comunitat europea i els seus efectes sobre les Comunitats Autònomes", *Autonomies. Revista catalana de Dret públic*, núm. 13, 1987, p. 50.

pacífica fins a la Sentència del Tribunal Suprem d'1 de juny de 2010³. Aquesta va anul·lar diferents aspectes previstos en el RD 240/2007, de 16 de febrer⁴, per resultar contraris a la Directiva 2004/38/CE⁵ i fruit d'aquesta Sentència va deixar de vetar-se que els registres de parella de caràcter autonòmic o municipal a Espanya tinguessin efectes per a què el membre de la parella extracomunitària obtingués una targeta de residència com a familiar de ciutadà de la Unió⁶.

El nou efecte dels registres de parelles municipals van desencadenar una forta controvèrsia entre la regulació civil catalana i la possibilitat que oferien molts dels ajuntaments d'inscripció en un registre local a aquestes parelles. Emparant-se en aquesta disfunció i en la falta de recursos de les entitats municipals per combatre el frau ens hem trobat amb a una realitat caòtica. Mentre que alguns ajuntaments van decidir tancar els registres de parelles, altres els han mantingut oberts en una línia continuista⁷. En conseqüència, segons en el municipi català on la parella resideix es podrà beneficiar o no d'un dret de residència en règim de lliure circulació, generant-se una situació sobrevinguda de "turisme registral"⁸. Malgrat aquesta problemàtica, la resistència del legislador català d'adaptar-se a un model de parella no casada registrada ha estat mantinguda fins i tot amb la creació del Registre de parelles estables. Amb l'aprovació

3 STS, Sala Contenciosa Administrativa, 1 de juny de 2010, RJ 2010\5470.

4 Versió consolidada a: http://extranjeros.empleo.gob.es/es/Normativa/nacional/ciudadanos_ue/index.html.

5 Directiva 2004/38/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros por la que se modifica el Reglamento (CEE) N° 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE. DOUE L 158/77 de 30 d'abril de 2004.

6 Fonament quart de la Sentència que anul·la la garantia d'impossibilitat de duplicitat de registres prevista en l'art. 2 b) de la versió originària del RD 240/2007 i reconeixement de la conseqüent dotació de validesa als registres municipals i autonòmics en la Instrucció DGI/SGRJ/03/2010.

7 Per exemple, l'acord de la Comissió de Govern de l'Ajuntament de Barcelona, de 21 de desembre de 2011, que decideix la supressió del registre municipal d'unions civils. BOPB de 22 de desembre de 2011.

8 Al respecte, resulta interessant la lectura del debat generat en l'adopció de la Proposta sobre la creació d'un registri únic de parelles de fet residents a Catalunya (tram. 250-01134/10). Diari de sessions del Parlament de Catalunya. Sèrie C - Núm. 484, 25 de setembre de 2014, pàg. 18-23.

del Decret llei 3/2015, de 6 d'octubre⁹, es crea un registre de parelles estables al que s'accedirà voluntàriament si es compleixen amb els requisits previstos en el llibre segon del Codi Civil de Catalunya.

Però la cessió en la creació del registre s'aventura que no serà suficient i que tampoc estarà exempta de problemes a la pràctica. El paradigma del Dret de la UE ha canviat i, ara, a més a més, tenim sobre la taula un nou instrument europeu que afecta a les unions registrades i les seves relacions patrimonials. S'afegeix doncs al registre creat la responsabilitat de ser la solució a l'aplicabilitat del nou Reglament (UE) 2016/1104, de 24 de juny de 2016, pel qual s'estableix una cooperació reforçada en l'àmbit de la competència, la llei aplicable, el reconeixement i l'execució de resolucions en matèria d'efectes patrimonials de les unions registrades¹⁰. La voluntat inicial és que el Reglament resulti també aplicable a les parelles creades sota l'aixopluc del Dret civil català que voluntàriament s'inscriguin en el Registre de parelles estables i que tinguin un element d'internacionalitat que impliqui la intervenció del Dret internacional privat. El caràcter voluntari del registre, però, i la no afectació a les formes de constitució, susciten incerteses respecte al registre creat com a solució per a l'aplicació del Dret de la UE.

2. EL REGISTRE DE PARELLES ESTABLES

El legislador català en l'aprovació del llibre segon del Codi civil de Catalunya i seguint el model de l'anterior Llei 10/1998, de 15 de juliol, d'unions estables de parella¹¹, va prescindir de l'estatut registral per a la regulació de la parella estable. En aquesta primera regulació la norma catalana mostrava una cautela respecte a la qüestió registral. Així en la seva Disposició final segona establia que si la legislació de l'Estat arribava a preveure la inscripció en el Registre Civil de les unions regulades en ella, els efectes que la llei atorgava s'entendrien referits a les parelles que en aquest s'inscrivissin.

9 DOGC de 8 d'octubre de 2015. Validat pel Ple del Parlament el 19 de novembre de 2015.

10 DOUE L 183 de 8 de juliol de 2016.

11 DOGC 2687 de 23 de juliol de 1998.

La no previsió d'un registre de parelles ha estat l'opció mantinguda fins a l'actualitat amb la modulació normativa que arriba en el mes d'octubre de 2015 i que implica la creació d'un Registre de parelles estables a través d'una reforma del llibre segon del Codi Civil. La seva creació, però, no suposa una alteració de les vies que es preveuen per a considerar una relació afectiva anàloga a la matrimonial com una parella estable i que és la convivència continuada d'almenys dos anys; la convivència i el tenir un fill en comú o la formalització de la relació mitjançant escriptura pública¹².

La necessitat de suplir la mancança de la falta de registre de parelles ha esdevingut per cobrir problemes de diferents dimensions i amb la voluntat de proporcionar una major seguretat jurídica en relació als drets i efectes d'aquestes relacions familiars: la titularitat i el gaudi del dret a la pensió de viduïtat¹³ i l'aplicabilitat del Dret de la Unió Europea. Essent exclusivament aquest darrer aspecte l'objecte d'estudi del present treball. La UE en el marc de les seves competències preveu efectes importants per a les parelles no casades relacionats amb la lliure circulació de persones i l'eliminació als seus obstacles i que té com objecte la consecució d'un espai de llibertat, seguretat i justícia. Però només els preveu per a les unions registrades. Qüestió que dificulta l'encaix de la regulació catalana sobre aquests models familiars quan les parelles presenten una dimensió internacional (per exemple, que siguin parelles mixtes o estrangeres residents a Catalunya o que havent-se creat a Catalunya resideixin en un altre Estat membre de la UE).

Com a mesura per posar fi a les dificultats per a l'aplicació del marc normatiu europeu el Parlament de Catalunya va aprovar la creació del Registre de parelles estables en el Decret llei 3/2015, de 6 d'octubre, que modifica la Llei 25/2010, de 29 de juliol, del llibre segon del Codi civil de Catalunya¹⁴. En el seu preàmbul es justifica la urgència de la seva creació: per assegurar el dret a percebre de la Seguretat Social la pensió de viduïtat de les parelles estables, però també per la necessitat d'adaptar la regulació catalana de la parella

12 Art. 234-1.

13 Extensament treballat per A. GINÉS I FABRELLAS "El registre de parelles estables i el dret a percebre la pensió de viudetat", Dinovenes Jornades de Dret català a Tossa, 22 i 23 de setembre de 2016.

14 DOGC 5686 de 5 d'agost de 2010.

estable catalana a la categoria d'unió registrada a la què la normativa de la Unió Europea concedeix determinats efectes.

El Decret-llei 3/2015, de 6 octubre, pel qual es crea el Registre de parelles estables a Catalunya, s'estructura en dos articles i una disposició final. Els art. 1 i 2 incorporen noves disposicions al llibre segon del Codi Civil de Catalunya: una Disposició addicional desena que estableix la creació del registre de parelles estables a l'efecte de publicitat i en la que se indica que s'inscriuran les escriptures públiques notariales de constitució de les parelles estables (art. 234-1 c), les actes de notorietat relatives als supòsits de convivència ininterrompuda de més de dos anys (art. 234-1 a) i la convivència amb descendència comuna (art. 234-1 b). I la Disposició final sisena que ordena un mandat de desenvolupament reglamentari sobre l'organització, funcionament i publicitat del Registre de parelles estables. També habilita al conseller o consellera competent per emetre l'ordre a fi que es compleixi amb el desenvolupament reglamentari que preveu que ha d'aprovar-se dins del termini de quatre mesos des de la convalidació del Decret llei per part del Parlament de Catalunya. No obstant això, l'esperat desenvolupament reglamentari encara no ha arribat. De moment s'han presentat dos projectes d'ordre per a l'aprovació del reglament del Registre de parelles estables. El primer, de data 13 de desembre de 2015 i el segon de 24 de novembre de 2016 (del que es disposa d'una nova versió de 16 desembre de 2016). Aquest darrer es tradueix en un text que ofereix una nova versió fruit dels tràmits d'audiència i d'informació pública¹⁵.

Ara bé, tot i que la voluntat de la introducció del registre pretén afavorir l'aplicació del Dret de la UE, l'encaix del model català segueix presentant un seguit de problemes que dificulten aquesta fita, tot tenint en compte els interrogants que planteja la definició d'unió registrada que proporcionen els instruments europeus a efectes exclusivament de la seva aplicació. En aquest sentit, el legislador europeu no defineix el concepte d'unió registrada més enllà de l'esfera d'influència de la Directiva 2004/38/CE o del Reglament (UE) 2016/1104, i el contingut pròpiament real del concepte queda en mans del dret nacional dels Estats membres¹⁶, qüestió que traslladada a la realitat de la regulació

15 Es pot consultar l'estat del tràmit i els documents a: http://justicia.gencat.cat/ca/departament/Normativa/normativa_en_tramit/po_registre_parelles_estables/

16 Art. 2 Directiva 2004/38/CE i considerant disset Reglament (UE) 2016/1104.

catalana presenta dificultats per accedir a la categoria d'unió registrada prevista pel legislador de la UE i que exposem en aquest treball. És per això que com a element clau per tractar la nostra patologia caldrà valorar si l'aplicació del marc comunitari contribuirà o no a la reducció de la inseguretat jurídica actual denunciada pel Decret llei 3/2015, de 6 d'octubre, i que perjudica a les parelles estables creades a l'emparedat del Dret català. En aquest sentit, ens preguntem si la inscripció en aquest registre és la solució a la problemàtica que tenim en l'actualitat sobre l'accés a drets de residència en règim de lliure circulació i a la problemàtica que a futur pot suposar la no aplicació del Reglament (UE) 2016/1104¹⁷, tot valorant si és realment l'aplicació del Dret de la UE una preocupació real que ha posat a l'agenda la necessitat de la creació del Registre de parelles estables.

3. ASPECTES DE DRET D'ESTRANGERIA: ELS DRETS DE RESIDÈNCIA DE LA UNIÓ REGISTRADA

La consideració de la parella registrada a Catalunya com a membre de la família d'un ciutadà de la Unió presenta i presentarà, fins a la posada en marxa del registre de parelles, un greu problema generat per les conseqüències que va comportar la Sentència del Tribunal Suprem d'1 de juny de 2010. Al deixar de vetar-se que el registre de parella de caràcter autonòmic o municipal a Espanya disposi d'efectes per a què el membre de la parella extracomunitària obtingui la targeta de residència de familiar de ciutadà de la UE (que permet residir i treballar en règim de lliure circulació) obre la porta a uns nous efectes que no han tingut la mateixa rebuda en tots aquells municipis que disposaven d'un registre de parelles. Fins aleshores la convivència de la normativa civil catalana i l'existència de registres de parelles municipals havia estat tranquil·la. Però fruit de la referida Sentència s'inicia una situació caòtica i que presenta el següent escenari. Mentre que hi ha ajuntaments, com el de Barcelona, que tanquen el

17 La connexió sobre les problemàtiques lligades al Dret d'estrangeria i a futur a les qüestions sobre el conflicte de llei en el supòsits d'unions no matrimonials ha estat posada de manifest per S. SÁNCHEZ LORENZO, "Las parejas no casadas ante el Derecho internacional privado", REDI, vol. 41, núm. 2, 1989, p. 505.

registre de parelles, d'altres, com el de Tarragona, segueixen amb el registre obert en una línia continuista. Els arguments per tancar els registres municipals s'emparen, per una banda, en què el Dret civil català no preveu el registre com a fórmula de constitució de la parella i, per altra banda, en la falta de recursos de les entitats municipals per combatre el frau en els casos de les parelles mixtes o estrangeres.

En conseqüència, segons el municipi català on es resideix, la parella podrà beneficiar-se o no del règim de residència en lliure circulació, ocasionant-se una situació sobrevinguda de desigualtat i que també provoquen moviments de “turisme registral” fraudulents i no fraudulents. Ambdós moviments no han de ser desitjats per la falta d'atenció de la normativa d'una realitat a la què no es pot donar l'esquena i que és que el registre de la parella en un municipi està tenint un efecte important: convertir-se en el pressupòsit bàsic per ser considerat membre de la família segons l'art. 2 b) RD 240/2007. Efecte que, tot i que pot resultar discutible¹⁸, està essent avalat per la pràctica actual en seu administrativa i judicial¹⁹.

La solució mitjançant la creació del Registre de parelles estables per posar fi a aquesta situació confusa arriba gairebé de forma paral·lela a la reforma del RD 240/2007, de 16 de febrer, efectuada pel RD 987/2015, de 30 d'octubre²⁰, amb la introducció d'un nou art. 2 bis). La reforma implica la introducció de la família extensa en el règim de lliure circulació i que troba empara en la Directiva 2004/38/CE, concretament en l'article 3.2. La Directiva preveu que els Estats membres, a més d'incloure a les unions registrades com a familiars beneficiaris de la Directiva, també han de facilitar l'entrada i la residència a la parella de fet del ciutadà de la Unió, segons la seva llei nacional, valorant i justificant, cas per cas, la denegació de la seva entrada o residència.

I quines són les diferències entre la via de l'art. 2b) i de l'art. 2 bis? Mentre que la via de l'article 2b) reconeix un dret de residència per a la parella sense més prova que el certificat

18 Postura defensada per J. V. LORENZO JIMÉNEZ “Familiares de ciudadanos de la Unión Europea y registros de parejas de hecho de Comunidades Autónomas y ayuntamientos”, Revista de Derecho migratorio y extranjería, núm. 29, 2012, pp. 29- 54.

19 D. MARÍN CONSARNAU “La convivència estable de parella i qüestions sobre la targeta de residència de familiar de ciutadà de la Unió”, Revista Jurídica de Catalunya, núm. 2, 2012, pp. 348-350.

20 BOE de 9 de novembre de 2015.

del registre, i en el seu cas passant una entrevista a la que es sotmeten els interessats a la comissaria de policia per demostrar que hi ha una veritable convivència i que no es tracta d'una parella fraudulenta, l'art. 2 bis) no suposa un dret de residència directament reconegut sinó una qüestió de prova en el que l'administració valora en funció de les circumstàncies que s'han d'acreditar sobre l'existència d'una relació estable amb un ciutadà de la Unió. Aquesta es tradueix en l'acreditació d'un vincle durador que es quantifica provant un temps de convivència de tipus marital d'almenys un any continuat. Ara bé, en el cas de descendència comuna només caldrà acreditar la filiació i que existeix una convivència estable sense cap requisit temporal.

La bondat, val a dir, del nou art. 2 bis) és que l'administració valorarà que els drets de residència per aquestes parelles sigui en règim de lliure circulació i no en règim general tal i com succeïa amb l'antiga regulació prevista a la derogada disposició addicional vint-i-tresena del RD 557/2011, de 20 d'abril. Disposició que relegava aquestes situacions a les autoritzacions per circumstàncies excepcionals, però fora dels preceptes en els que la pròpia norma reglamentària recull la tipologia d'autoritzacions de residència per circumstàncies excepcionals. Situació que dificultava molt, en la pràctica, que prosperessin les sol·licituds per aquest conducte²¹.

Tot i això, cal considerar un altre supòsit de la regulació catalana sobre la convivència estable de parella que genera un altre tipus de dubte. Encara que la parella s'hagi registrat la viabilitat de la residència no serà efectiva per la via de l'art. 2 b) si un dels membres de la parella està casat. A efectes de generació de drets de residència és incompatible la situació de matrimoni i de parella estable registrada. I això respecte a la regulació catalana implica una nova anomalia. L'art. 234-2 del llibre segon de Catalunya contempla la possibilitat de què pugui donar-se la dualitat de situacions si el

21 Qüestió que ja en el derogat RD 2393/2004, de 30 de desembre, havia estat denunciada en la pràctica. I. MATA I BURGAROLAS, "Autorizaciones de residencia por circunstancias excepcionales: cuestiones prácticas", *Curs de formació continuada II-lustre Col·legi d'advocats de Barcelona*, 31 de gener de 2008.

matrimoni es troba separat de fet o de dret²². La via de la residència per l'art. 2b) RD 240/2007 quedaria vetada, però potser continuaria oberta la de l'art. 2 bis), tot i que l'excepcionalitat que suposa obtenir la residència per la via de la família extensa realment ens genera dubtes respecte a si l'administració donarà llum verda a aquesta possibilitat quan el ciutadà de la Unió encara es troba casat. Encara que no és un requisit que expressament aparegui a la Directiva, cal recordar que quan es tracta de facilitar drets de residència a la família extensa, l'art. 3.2 permet l'aplicació del dret nacional i, això pot conduir a límits que específicament afectin a l'element de la incompatibilitat d'ambdues figures.

Com hem avançat, no existeix un consens respecte a si els registres municipals han de tenir o no aquests efectes, debat que també es trasllada als registres autonòmics. La creació del Registre de parelles estables en termes de residència ens porta a dues opcions que ens condueixen a anar per la via de l'art. 2 o de l'art. 2 bis del RD 240/2007, segons si entenem que la inscripció en el Registre de parelles estables ens eleva o no a la categoria d'unió registrada a efectes de la Directiva 2004/38/CE. I es que tot i que la parella s'inscriu, aquesta inscripció no suposa un règim d'unió registrada en tant que les fórmules per a constituir-se en parella estable són alienes al seu registre. Aquesta qüestió té, doncs, una gran importància en tant que la lògica del legislador català pot escapar o no de l'esperit de la norma europea i això a la pràctica condueix a resultats molt diferents en relació a l'obtenció de drets de residència²³.

En el marc de la interpretació actual que està duent a terme l'administració estatal, les parelles inscrites al Registre de parelles estables, tal i como està succeint amb els registres municipals, podran accedir a la targeta de residència com a familiar de ciutadà de la Unió segons el previst en l'art. 2b) RD 240/2007. Tot evitant el caos anterior

22 E. GONZÁLEZ BOU "La convivencia estable en pareja. Constitución, extinción y exclusión", en R. BARRADA; M. GARRIDO, S. NASARRE El nuevo derecho de la persona y de la familia. Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, Barcelona, Bosch, 2011, pp. 574-575.

23 El professor Arenas ja ens advertia de les dificultats per a la inclusió de les unions no matrimonials en el règim d'estrangeria de lliure circulació. R. ARENAS GARCÍA "Problemas derivados de la reagrupación familiar", Anuario español de Derecho internacional privado, 2005, pp. 275.

donat que la parella podrà accedir al registre autonòmic. I si l'opció de la parella és la no inscripció, la viabilitat de la residència només serà possible mitjançant la via de l'art. 2 bis del RD 240/2007. Ara bé, si neguem la validesa del registre als efectes de la residència, la parella creada sota el règim civil català, tot i que estigui inscrita, només tindrà accés a la residència pel conducte de l'art. 2 bis del RD 240/2007.

És difícil mantenir una resposta clara en qualsevol dels dos sentits, donat que ambdós presenten llums i ombres en un sistema que com l'espanyol manté un tractament igualitari respecte als drets de residència dels familiars d'espanyols i dels familiars d'altres ciutadans de la Unió que han traslladat la seva residència a Espanya. Únicament els segons estan emparats per la Directiva 2004/38/CE²⁴. Essent una opció per a cada Estat membre oferir o no un tracte igualitari en les situacions internes, tot i que cal respectar l'aplicació del règim comunitari per al familiar de l'espanyol que ha exercit el seu dret de lliure circulació i residència en un altre Estat membre i després retorna a Espanya²⁵. Des de la nostra perspectiva hagués estat d'allò més interessant conèixer la posició del TJUE en l'Assumpte C-459/14 (la demanda de petició prejudicial malauradament va ser retirada), en la que es preguntava, entre d'altres qüestions, sobre la interpretació del contingut i les exigències formals i materials del registre de la parella en la Directiva 2004/38/CE. Conèixer els criteris del TJUE al respecte hagués permès mantenir una posició més adequada respecte a la Directiva 2004/38/CE i la validesa dels registres de parelles municipals o autonòmics a Espanya a efectes de la lliure circulació i residència dels familiars dels ciutadans de la Unió. Decidint després sobre la necessitat de mantenir un tracte

24 Tot i aquest desemparament també entren en joc els drets de ciutadania i la interpretació que el TJUE ha fet sobre l'efecte útil dels art. 20 i 21 TFUE. Veure H. GAUDEMET-TALLON, P. LAGARDE "Histoires de famille du citoyen européen", a J.J. FORNER DELAYGUA; C. GONZÁLEZ BEILFUSS, R. VIÑAS FARRÉ (coords.) *Entre Bruselas y la Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegría Borrás*, Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 476-481.

25 Veure S. SÁNCHEZ LORENZO, "Libertades comunitarias y nacionales de terceros Estados", *Anuario español de Derecho internacional privado*, 2005, p. 259-260 i M. VINAIXA MIQUEL "El derecho de residencia de los nacionales de terceros estados, familiares de ciudadano de la UE, en el territorio del Estado de origen (Comentario a la STJUE de 12 de marzo de 2014, As. C-456/2012, O y Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel y Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel y B)", *La Ley Unión Europea*, núm. 16, Juny 2014.

igualitari en tots els aspectes a nivell de les situacions internes²⁶. Ara per ara, la interpretació actual en el conjunt del marc normatiu sobre la validesa dels registres de parelles i els seus efectes ens porta a reconèixer, agradi o no, drets de residència per al membre de la parella nacional d'un tercer Estat, i empara que el nou Registre de parelles creat a Catalunya mantingui aquests efectes. Tot i que, com veurem, en l'apartat final d'aquest treball, el desenvolupament reglamentari del funcionament i l'accés al Registre genera, de nou, dubtes, sobre si la seva posada en marxa ho continuarà avalant o serà una via d'escapament.

4. ASPECTES DE DRET INTERNACIONAL PRIVAT: ELS EFECTES PATRIMONIALS DE LA UNIÓ REGISTRADA

Un altre aspecte important en el què el Decret llei 3/2015, de 6 d'octubre ha posat èmfasi per justificar la creació del Registre de parelles estables ha estat la voluntat de què a futur resulti aplicable a les parelles creades a l'empara del Dret civil de Catalunya el Reglament (UE) 2016/1104, de 24 de juny de 2016, pel qual s'estableix una cooperació reforçada en l'àmbit de la competència, la llei aplicable, el reconeixement i l'execució de resolucions en matèria d'efectes patrimonials de les unions registrades. S'entén que l'aplicació del Reglament aportarà una major seguretat jurídica en les relacions patrimonials de les parelles registrades que presentin un element d'internacionalitat. I vetllar per la seguretat jurídica és un dels objectius principals que preveu la modificació del Codi civil de Catalunya amb la creació del registre.

En aquest sentit, la UE persegueix l'eliminació de les barreres en l'exercici de la lliure circulació de persones i ha reconegut l'existència d'un seguit de seriosos obstacles que afecten a les parelles no casades

26 La mesura del tracte igualitari permet evitar el fenomen de la discriminació inversa. Tot i que, en principi, aquest està permès pel Dret de la UE al tractar-se d'una qüestió interna, existeix el dubte de si un règim de discriminació inversa pot vulnerar la protecció interna constitucional. En aquest sentit veure E. SPAVENTA Free movement of persons in the European Union. Barriers to movement in their constitutional context, The Netherlands, Kluwer Law International, 2007, p. 128 i pp. 113-134.

quan resideixen en un Estat membre diferent al de la seva nacionalitat o creació, degut a les conseqüències que la mobilitat pot ocasionar en les seves relacions patrimonials. Tal i com ha posat de manifest la Comissió europea en la seva Comunicació de 2011²⁷, de les 300.000 parelles amb element d'internacionalitat creades a la UE sota la categoria de parella registrada l'any 2007, aproximadament un 3% es van dissoldre per separació i gairebé un 0.5% es van extingir per causa de mort. La preocupació de la Comissió es centra en les dificultats que han d'afrontar els ex components de la parella, sigui quina sigui la causa d'extinció, sobretot en els aspectes relacionats amb les seves relacions patrimonials. Malauradament, la inseguretat jurídica que es genera entorn a les relacions patrimonials de les parelles registrades s'agreuja més si tenim en compte que: a) es donen casos d'extincions de parelles estables amb element d'internacionalitat sense pacte exprés que reguli les relacions patrimonials en cas de previsió de la ruptura o per causa de mort i b) que s'han d'articular mecanismes per a garantir que aquests pactes, en el cas d'existir, puguin perviure en l'Estat membre on la parella fixa la seva residència. Ambdues qüestions mantenen un tens debat sobre el paper que l'autonomia de la voluntat ha de tenir²⁸, a la què la futura aplicació del Reglament (UE) 2016/1104, de 24 de juny de 2016, pot contribuir positivament.

Aquesta preocupació incideix també en la necessitat i la urgència de la creació d'un registre de parelles estables a Catalunya i suplir la mancança de la falta de registre. Ara bé, tot i que el propòsit sigui que la creació del registre de parelles a Catalunya possibiliti l'aplicació del Dret de la UE, seguim trobant problemes d'encaix entre el model de parella estable català i el model de parella registrada definida pel legislador europeu. Això es degut especialment pels límits afegits en el concepte d'unió registrada que imposa la normativa europea i que no són contemplats en la norma catalana que crea el registre. Recordem que el Decret llei 3/2015,

27 Comunicació de la Comissió al Parlament Europeu, al Consell, al Comitè econòmic i social europeu i al Comitè de les regions referent a la dissipació de les incerteses entorn dels drets patrimonials de les parelles internacionals. COM (2011) 125 final.

28 La falta d'una regulació en el sistema estatal de Dret internacional Privat ha generat un ampli debat sobre la llei aplicable a l'existència i efectes recíprocs de les parelles de fet internacionals. B. CARRILLO CARRILLO "Ley aplicable a las parejas de hecho en derecho internacional privado español", a A. L. CALVO CARAVACA, J. L. IRIARTE ÁNGEL (eds.) *Mundialización y familia*, Madrid, Colex, 2010, pp. 407-447.

de 6 d'octubre, preveu la creació d'un registre amb caràcter no obligatori i que no altera el model de convivència estable de parella previst en el llibre segon del Codi civil de Catalunya.

El problema esdevé en tant què el Decret llei es va inspirar en la originària proposta de reglament (COM (2011) 127) en el què es definia a la parella registrada com a aquella en el registre de la qual intervé una autoritat pública. Fins aquí, tot i la discussió doctrinal existent en relació a la tipologia de registre prevista a la proposta de reglament i que considerava que s'havia d'anar al registre constitutiu²⁹, podia aventurar-se que la seva creació seria suficient per a l'aplicació del futur reglament a les parelles registrades a Catalunya. No obstant això, amb posterioritat a l'aprovació del Decret llei 3/2015 es va modificar la proposta de reglament³⁰ afegint un nou element al concepte d'unió registrada i que s'ha mantingut en l'aprovació del Reglament (UE) 2016/1104.

La definició a efectes del Reglament que proporciona l'art. 3.1a) és la següent: “unión registrada: régimen de vida en común de dos personas regulado por ley, cuyo registro es obligatorio conforme a dicha ley y que cumple las formalidades jurídicas exigidas por dicha ley para su creación”. Una primera lectura de la definició ens allunya de nou de l'aplicació de l'instrument comunitari, malgrat la voluntat d'introduir el registre a Catalunya, atès que el nostre Registre de parelles estables té caràcter voluntari. La interpretació literal del precepte ens porta a què l'obligatorietat del registre es presenta com una condició *sine qua non* per a l'existència de la unió registrada a efectes del Reglament, tot imposant que la inscripció registral tingui un caràcter obligatori a la llei que regula la unió registrada. Ara bé, una interpretació sistemàtica, tenint en compte el considerant número setze del Reglament que diferencia entre unió registrada i unió de fet i manté la intervenció de l'autoritat de l'autoritat pública en el registre (tal i com es preveia en l'originària proposta de reglament) ens pot conduir a considerar que l'obligatorietat a la

29 J. M. FONTANELLAS MORELL, “Una primera lectura de las propuestas de reglamento comunitarios en materia de regímenes económico matrimoniales y de efectos patrimoniales de las uniones registradas”, a C. PARRA (dir.), Nuevos reglamentos comunitarios y su impacto en el derecho catalán. Barcelona, Bosch ed., 2012, pp. 262-263.

30 COM (2016) 107 final.

què fa referència l'art. 3.1 a) no és pròpiament a la obligatorietat del registre prevista per la llei sinó a què la parella obligatòriament es trobi registrada. Interpretació que implica el respecte a què el procediment del registre quedi en mans de l'Estat membre del registre i afavoreix a què el Reglament resulti aplicable a la parella inscrita en el Registre de parelles estables pel fet obligatori del seu registre i no perquè obligatòriament s'hagi de registrar segons la llei que regeix la creació de la parella.

Però no és tan sols la qüestió sobre la interpretació que es realitzi sobre l'obligatorietat del registre la que ens pot apartar de la seva aplicació, sinó que també és el posicionament que poden mantenir la resta d'Estats membres que participen en la cooperació reforçada del Reglament (UE) 2016/1104 respecte a l'aplicació de la norma comunitària a les parelles inscrites a Catalunya en el Registre de parelles estables. En aquest sentit, la Comunicació de la Comissió al Parlament Europeu, al Consell, al Comitè econòmic i social europeu i al Comitè de les regions referent a la dissipació de les incerteses entorn dels drets patrimonials de les parelles internacionals, Espanya no apareix com a Estat membre que reguli la unions registrades a l'efecte d'aquesta definició³¹, tot desconeixent la realitat plural de les normes que regulen a les parelles no casades. D'altre banda, la qüestió competencial també ens genera dubtes per a l'aplicació del Reglament, en tant que la competència d'ordenació del registres és una competència exclusiva de l'Estat i tot i que el Registre de parelles a Catalunya no té un caràcter civil i podria tenir efectes per a l'assoliment de drets de la vessant pública com és l'accés a la prestació de viduïtat o un dret de residència, en l'àmbit dels efectes patrimonials de les parelles inscrites estem parlant d'efectes jurídics de caire civil del registre i que ens situen de nou en una línia vermella³².

En aquest complicat escenari la qüestió a plantejar és, doncs, si s'hauria d'avançar o no cap a un tipus de registre que compleixi sense donar lloc a dubtes amb el propòsit manifestat de l'aplicació de la normativa europea. La intenció és la no alteració de la regulació civil catalana sobre les fórmules de convivència estable i és per

31 COM (2011) 125 final, p. 5.

32 STC 1/1983 de 29 de juliol. BOE 197 de 18 d'agost de 1983.

això que el Decret llei i la creació del Registre de parelles estables resulta absolutament viable atès que només tindrà un caràcter de publicitat a efectes de prova. Anar cap a un registre obligatori i amb efectes constitutius implicaria una reforma del Dret civil i aquest s'intueix que no és ara per ara el desig del legislador català. Però és una voluntat que hauria de ser reflexionada valorant els beneficis que en resultarien. En primer lloc, el sistema gaudiria d'una major coherència en el sentit de què atorguem drets de residència i també protegim les relacions jurídiques privades d'aquestes parelles. En segon lloc, contribuiria a suplir la mancança del Dret internacional privat d'origen intern degut a la falta de normes de Dret internacional privat que donin resposta als conflictes que puguin sorgir respecte als efectes patrimonials de les parelles no casades³³. Tot i que val a dir que les qüestions sobre altres efectes derivats de la convivència de fet, com, per exemple, resultarien ser els drets successoris o els aliments, quedarien emparats per l'aplicació d'altres instruments que regulen les qüestions de Dret internacional privat en aquests àmbits i que poden aparèixer en un litigi sobre els efectes patrimonials en el cas d'una parella registrada. En aquest sentit el Reglament (UE) 2016/1104 es materialitza com una peça més del trencaclosques normatiu europeu que resulta aplicable per atendre a les seves necessitats³⁴ i que reuneix en un únic instrument el conjunt de normes de Dret internacional privat aplicables als efectes patrimonials de les unions registrades.

Si ens centrem només en la qüestió de llei aplicable podem veure com beneficiaria l'aplicació del Reglament (UE) 2016/1104, tenint en compte que no disposem d'una norma de conflicte d'origen intern que determini la llei aplicable sobre les relacions patrimonials entre els membres d'una unió registrada. Imaginem en un futur hipotètic el cas de dos ciutadans holandesos residents a Salou des de fa vuit anys i que conviuen des de fa cinc anys en una relació afectiva anàloga a la matrimonial i s'inscriuen com a parella en el Registre de parelles estables. La parella es separa i s'han de resoldre les qüestions

33 C. GONZÁLEZ BEILFUSS, *Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la Unión Europea*, Madrid, Marcial Pons, 2004, p. 167-172.

34 M. VARGAS GÓMEZ URRUTIA "El puzzle se complica", a II Seminario AEPDIRI sobre Temas de actualidad Derecho Internacional Privado, 27 d'octubre de 2016.

que afecten al seu patrimoni. Volen que resulti aplicable el Dret civil català. L'aplicació del Reglament suposaria un respecte a la seva autonomia de la voluntat, donat que es permet triar la llei aplicable als efectes patrimonials, tot i que limita el pacte de la llei aplicable a determinades lleis, entre les quals es troba la del lloc de la seva residència habitual o el de la creació de la parella (art. 22 i 23 i en relació amb l'art. 33). A més, el Reglament també preveu les solucions en defecte de pacte. Donat el cas que la parella d'holandesos no determinessin la llei a aplicar, la llei aplicable resultaria ser la llei conforme a la qual s'hagi creat la unió registrada (art. 26.1) i que és la llei en virtut de la qual s'ha realitzat el registre de la parella³⁵. Realment, és molta la casuística que podríem anar analitzant respecte a les diferents regles que preveu el Reglament per donar les solucions i aquesta és en part una de les seves riqueses, però que també comporta una gran complexitat tècnica. Fins i tot ha inclòs una clàusula d'excepció a instància de part, on es preveu que l'autoritat judicial competent podrà decidir que la llei aplicable sigui una llei distinta a la de la creació de la parella si es demostra que la parella ha tingut la seva residència habitual comuna per un període de temps significativament llarg i que ha basat en aquesta llei de la residència habitual prolongada l'organització i la planificació de les seves relacions patrimonials, sempre i quan aquesta llei atribueixi efectes patrimonials a la institució d'unió registrada (art. 26.2). Es permet així que entrin en joc altres vincles, encara que pautats, que poden desplaçar la llei que resultaria aplicable en defecte de pacte³⁶.

35 J. C. FERNÁNDEZ ROZAS "Un hito más en la comunitarización del Derecho internacional privado: regímenes económicos matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas", *La Ley Unión Europea*, núm. 40, setembre 2016, p. 12.

36 Aquesta clàusula coincideix amb la clàusula d'excepció prevista en l'art. 26.3 del Reglament (UE) 2016/1103 Del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales. Tot i que les clàusules d'excepció també es contenen en altres instruments comunitaris que regulen la llei aplicable en determinades matèries, els termes en que apareix la clàusula en aquests dos nous Reglaments no resulten ser gaire usuals. Qüestió que ha estat posada de manifest per J. C. FERNÁNDEZ ROZAS "Un hito más en la comunitarización del Derecho internacional privado: regímenes económicos matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas", *op. cit.*, p. 11.

5. NOVES PERSPECTIVES A PARTIR DEL DESENVOLUPAMENT REGLAMENTARI DEL REGISTRE DE PARELLES ESTABLES

Malgrat tot l'exposat i que la nostra premissa posa en igualtat la necessitat de la creació del Registre de parelles estables pel que fa a l'assegurament del dret a percebre la pensió de viduïtat com pel que fa als efectes de l'aplicació del Dret de la UE en els àmbits analitzats, la principal preocupació per a la urgència de la creació del Registre és la primera de les qüestions, adquirint la segona, la que nosaltres estem tractant, una dimensió subsidiària que pot arribar a beneficiar-se o no amb la creació del Registre de parelles estables. La problemàtica del tancament dels registres de parelles municipals a Catalunya fa molt de temps que es planteja i no ha estat fins que ha esquitxat al dret a cobrar la pensió de viduïtat que no s'ha avançat cap a la solució de suplir la mancança del registre. Aquesta intuïció és més palpable en el sentit que la proposta d'ordre pel desenvolupament reglamentari del Registre de parelles estables oblida qualsevol referència a la necessitat de que resulti aplicable el Dret de la UE a les parelles creades a l'empara del dret civil català. A més, en concret, l'art. 7 de la nova proposta d'ordre al preveure la documentació per a la inscripció en el registre de la parella exigeix l'aportació del document d'identitat o de la targeta de residència del membre de la parella estranger. De ser aprovat el text en aquests termes i si es realitza una interpretació rígida es dificultarà que la parella extracomunitària pugui accedir al règim de lliure circulació si prèviament no gaudeix d'una situació de residència regularitzada o si es troba en una situació d'estada.

La radiografia que es planteja a Catalunya és la següent. Respecte a l'aplicació del RD 240/2007 seguim amb la situació caòtica dels registres. Encara no s'ha desenvolupat el reglament que regula el funcionament i l'accés al registre. La darrera proposta de desenvolupament reglamentari, de moment, ofereix també una interpretació que pot resultar desconcertant. Caldrà veure doncs el que finalment s'acaba aprovant. Si es manté la interpretació àmplia en la qual la inscripció pot tenir com a efectes els drets de residència, tindrem parelles estables inscrites a Catalunya, amb

independència del municipi en el qual resideixen, i que podran sol·licitar la targeta de familiar de ciutadà de la Unió per l'art. 2.b) i si no han accedit al registre podran fer-ho per la via de l'art. 2 bis. Encara que en el cas d'inscripció, si la parella està casada i separada de fet no podrà utilitzar-se la via de l'art. 2 b) i queda el dubte de si hi haurà viabilitat d'un dret de residència pel conducte de l'art. 2 bis. No obstant això, si es segueix una interpretació restrictiva, cap de les parelles inscrites en el registre català de parelles estables tindrà accés a la residència per la via de l'art. 2 b) RD 240/2007, havent-se d'acudir necessàriament a l'art. 2 bis que ofereix la solució de la residència als supòsits de família extensa.

Tampoc la creació del registre assegura que el Reglament (UE) 2016/1104 a futur sigui aplicable a les parelles registrades a Catalunya en tractar-se d'un registre voluntari i que no modifica les tres modalitats de creació de parella estable previstes en la legislació civil catalana si anem cap a una interpretació literal del precepte, tot i que una interpretació sistemàtica ens pot dur a que sí resulti ser-ho, malgrat el caràcter no obligatori.

6. REFLEXIÓ FINAL

L'ambiciós propòsit que ens ha dut a la creació del registre de parelles i que és l'aplicació del Dret de la UE a les parelles creades sota l'aixopluc del dret català, tant pel que afecta a la residència, com per a les qüestions relacionades amb les seves relacions patrimonials ha de ser objecte d'una profunda reflexió. Si no podem aconseguir aquest objectiu, no té cap sentit manifestar aquesta voluntat i voldrà dir que ens hem quedat amb la idea de la creació del registre no per a la necessitat d'adaptar-se als models sobre els quals el legislador europeu vol reconèixer certs efectes sinó per assegurar a les parelles no casades considerades estables el dret a la pensió de viduïtat, beneficiant-se també però de manera colateral l'accés a un dret de residència en règim de lliure circulació quan es tracta de parelles mixtes. Desitjar l'aplicació del Reglament (UE)2016/1104, de 24 de juny de 2016, igual ens requerirà un pas més dirigit a una reforma del dret civil català per tal de dotar efectes obligatoris i constitutius al registre.

I tot i aquesta reforma no és clar si això permetrà l'aplicació del Reglament, encara que resultaria desitjable a efectes de propiciar una major seguretat jurídica per aquestes unions no matrimonials que s'inscriuen al Registre i que també es beneficien dels drets de residència. El Reglament serà aplicable a partir de 29 de gener de 2019. Per tant, tenim un termini de temps acceptable per plantejar si la creació del registre proposada és o no suficient i si cal anar cap a una altra direcció del registre que sí afecti al model de parella estable catalana. Haurem de traslladar doncs la discussió al plànol principal sobre els tipus d'unions registrades que troben o no empara amb la categoria d'unió registrada que pretén el legislador europeu i els marges que queden en mans de l'Estat de creació de la unió registrada.

El Dret civil balear, exemple de mera conservació del Dret civil “especial”. Entre l’ocàs del Dret civil balear i l’oportunitat de la seva resiliència

FRANCESCA LLODRÀ GRIMALT

*Professora titular de Dret civil
Universitat de les Illes Balears*

SUMARI

1. JUSTIFICACIÓ DEL TREBALL 2. TEMÀTIQUES PRESENTS AL PROJECTE DE 17 DE JUNY DE 2016 I REGULACIÓ FINAL A LA LLEI 7/2017 2.1. *La llegítima del cònjuge viudo separat “no culpable”* 2.2. *La successió intestada a favor dels consells insulars* 2.3. *El pacte de renúncia de llegítima del cònjuge viudo: un cas més d’usurpació dels efectes econòmics del matrimoni* 2.4. *L’estigmatització de les famílies d’una persona incapacitada. L’impost familiar a la incapacitat?* 2.5. *El contracte de societat rural menorquina* 3. REFORMES NO PROJECTADES AL PROJECTE QUE HAN PERMÉS LA RESILIÈNCIA DE LA COMPILACIÓ 3.1. *Manteniment de la Compilació com a cos jurídic de referència* 4. REFORMES INAJORNABLES PER INCIDIR EN LA RESILIÈNCIA DE LA COMPILACIÓ

1. JUSTIFICACIÓ DEL TREBALL

Partim del *Projecte de Llei pel qual es modifica la Compilació de Dret civil de les Illes Balears*, aprovat pel Consell de Govern de 17 de juny de 2016 (BOPIB n.º 53, p. 2537, R. 10512/2016), que ha conclòs com a Llei 7/2017, de 3 d’agost, *per la qual es modifica la Compilació de dret civil de les Illes Balears*.

2. TEMÀTIQUES PRESENTS AL PROJECTE DE 17 DE JUNY DE 2016 I REGULACIÓ FINAL A LA LLEI 7/2017

2.1. La llegítima del cònjuge viudo separat “no culpable”

Finalment, s'ha produït una reforma obligada;¹ que era eliminar la referència a la causalitat de la separació matrimonial que feia l'art. 45 CDCIB, en relació amb la pèrdua de llegítima vidual.

En la nostra opinió, aquesta ocasió era un bon moment per plantejar-se si no hauria de ser només el divorci, com a única situació de crisi matrimonial que dissol el vincle, que fes perdre el dret a la llegítima vidual (art. 85 Cc). Igualment, en cas de seguir considerant vincular la pèrdua de llegítima a la separació matrimonial, el legislador podia considerar oportú no fer extensius, de manera sancionadora,² els efectes negatius de la separació legal, als supòsits de mera separació de fet, evitant així, intervenir en la vida dels qui han optat per no legalitzar la seva separació. A més a més, quan des del caire balear, les bases del sistema de convivència de fet s'estableixen sobre la formalitat de la inscripció [arts. 1.2, 8.1.c) i 8.2 LPE], i no en la mera convivència.

Atenent a aquests criteris, l'article 45.1 CDCIB ha estat modificat, en aquest sentit: «El cònjuge que, en morir el consort, no es trobi separat legalment, ni s'hagin iniciat, per part de cap dels dos cònjuges, els tràmits regulats a tal efecte en la legislació civil

1 Per a complir el dret estatal d'aplicació directa com és la Llei 15/2005. Així entenem que es deriva de l'EM de la Llei 8/1990, llegint, en sentit contrari, la següent reflexió: «... les remissions a les disposicions del Codi civil s'han d'entendre fetes a la seva redacció actual. (...) sempre que la remissió no es faci a matèries que siguin de la competència exclusiva de l'Estat.» Per tant, si la remissió es fa a matèries que són competència exclusiva de l'Estat, la remissió és dinàmica, perquè han d'actualitzar-se d'acord al text estatal vigent en el moment de l'aplicació.

2 En la STSJIB 2/2014, de 5 de juny, es posa de manifest la injustícia que pot suposar l'efecte jurídic de pèrdua de llegítima, atribuït a la mera separació de fet: «(...) en el supuesto hipotético de un matrimonio de larga duración, en el que un cónyuge con importantes bienes en su patrimonio -potencial caudal hereditario-, tras muchos años de convivencia, decidiera separarse de hecho -para verlo más claro- al morir dicho cónyuge en situación de separación fáctica, el cónyuge viudo, de no ser causal la separación, quedaría sin legítima.»

de l'Estat, serà legitimari en la successió d'aquest». Per la mateixa filosofia s'ha adequat l'usdefruit vidual intestat que atribueix, *ex lege*, l'art. 84 CDCIB.

2.2. La successió intestada a favor dels consells insulars

La proposta principal d'aquesta reforma de la Compilació, juntament amb allò mencionat, anteriorment, sobre la llegítima, era eliminar la supletorietat del Codi civil en relació amb la cinquena crida a la successió intestada. Per això, no és justificable la pèrdua de temps que fou el rebuig, per part del grup parlamentari popular balear, de la reforma d'aquestes dues qüestions a la Proposta de llei del grup MES, a l'octubre de 2014 (Diari de sessions n.º 142, 2004).³

Tornem al fet que, el Projecte de llei es referia a modificar els arts. 53 i 84 CDCIB, en aquest sentit: «(...) A falta de les persones indicades en els articles 930 a 955 del Codi civil, ha d'heretar la Comunitat Autònoma de les Illes Balears».

Al respecte, unes esmenes del grup MES i GentXFormentera, consideraren que l'administració que ha d'heretar via intestada ha de ser el Consell insular i l'ajuntament.

Aquest plantejament, degut a l'existència de veïnatges civils locals, és més difícil d'articular tècnicament, però la facilitat d'articulació jurídica no pot ser el criteri legislatiu que justifiqui desconèixer l'estructura administrativa insular dividida en Consells i la rellevància que aquests tenen en l'imaginari col·lectiu de les Illes.

3 El debat parlamentari que es produí, és mostra, a més, en la nostra opinió, de l'obstruccionalisme que òrgans entremitjos, com la Comissió Assessora de Dret civil, han suposat a l'exercici del poder legislatiu. Observem el que diu el Diputat, Sr. Jerez, del PP: «Tota aquesta nova regulació de successió intestada (...) entenem que també ha d'incorporar-se (...) però seguint un (...) criteri científic d'aquelles precises institucions que ens hem donat a nosaltres mateixos per conservar, per adaptar i per fer evolucionar el nostre dret, i em refereisc precisament a la Comissió Assessora de Dret Civil de les Illes Balears, (...) En aquest mateix sentit li he de dir que és aquesta comissió (...) que ha rebut un encàrrec, l'encàrrec per part del Govern de les Illes Balears de redactar un avantprojecte de llei que modifiqui, precisament, el que vostè avui ve aquí a proposar».

Així, la regulació definitiva, incorporada als arts. 53 i 84 CDCIB, diu que:

«A falta de les persones indicades en els articles 930 a 955 del Codi civil, han d'heretar conjuntament les administracions territorials de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears». I, si es tracta de Mallorca, Menorca o Eivissa, «en correspon la meitat a l'ajuntament del municipi de darrera residència habitual del causant i una altra meitat al Consell insular de l'illa del causant determinats d'acord a la normativa general que afecti a aquesta matèria».

Mentre que, el cas de Formentera (tenint present que el veïnatge civil és l'eivissenc-formenterenc), requereix el següent matís: «En el supòsit que la darrera residència habitual del causant sigui a l'illa de Formentera, la totalitat de l'herència intestada passa al Consell Insular de Formentera, sempre que, d'acord a la normativa general que afecti a aquesta matèria, no resulti que la successió s'ha regir per la llei del veïnatge civil del causant i aquest sigui el propi de Mallorca o Menorca, cas en el qual (...) correspondrà al consell insular que pertoqui».

2.3. El pacte de renúncia de llegítima del cònjuge viudo: un cas més d'usurpació dels efectes econòmics del matrimoni

Una de les pretensions de novetat del Projecte de reforma de la Compilació era estendre el negoci successori de definició als cònjuges.⁴

Amb aquesta regulació, resultava que el Projecte de Llei presentat al Govern actual, per part de la Comissió Assessora, nomenada per l'anterior Govern, contenia reformes de la Compilació, de caire llibertari, no esperades pel Govern, no només perquè requereixen una prèvia fonamentació sobre la seva constitucionalitat, sinó, des

4 El Projecte afegia un paràgraf a l'article 50 CDCIB: «Els cònjuges també podran atorgar el pacte de definició regulat en els paràgrafs anteriors, per mitjà del qual qualsevol d'ells o ambdós renunciïn als drets successoris o únicament a la llegítima que, al seu dia, els pugui correspondre en la successió del seu consort de veïnatge civil mallorquí.»

del punt de vista polític, perquè amaguen un moralisme que es pot qualificar de «monogàmia successiva».⁵

Amb això volem dir que s'estigmatitza el matrimoni de persones que tenen fills no comuns, fent-lo de segona categoria, pensant un sistema de normes obscures perquè, qui es casi amb algú que ja té fills (no comuns) es vegi forçat a renunciar a la llegítima vidual. Segons el nostre parer, la finalitat és esborrar, controlar o imposar els efectes *postmortem* (l'usdefruit del vidu) del matrimoni, en particular del matrimoni de qui té descendència anterior a dit matrimoni amb una altra persona.

Per exemple, el Projecte de Llei estigmatitza els canvis de parella, des del prisma de tractar-ho com un problema, enfront al model originari de matrimoni: «La problemàtica que s'ha suscitat, al llarg del temps, per mor de les segones núpcies (...) avui es presenta des d'un altre caire (...) del que s'anomenen, sociològicament, *famílies reconstituïdes*. Passar a posteriors núpcies comporta que el cònjuge viudo serà legitimari en la successió del seu consort premort». Per tant, sembla sigui un problemàtica tornar-se a casar, presentant com a problema la obvietat que ha de ser el cònjuge actual qui rebí els efectes econòmics *postmortem* del matrimoni, perquè el seu matrimoni no és de pitjor condició.

A més, el prejudici de l'ordenament jurídic cap a qui es casa tenint fills d'una altra persona, s'evidencia, també en l'exposició de motius, quan parla d'«organitzar la successió pròpia al marge de la relació matrimonial nova que s'ha format».

Resulta que «nova o no nova» la relació matrimonial, l'aplicació de l'article serà la mateixa, ja que aquest només introdueix la paraula cònjuge. Si els prejudicis i categories (de «... primer, segon, únic, cinquè, vell, jove cònjuge») només estan en l'Exposició de Motius, i no en l'articulat: On és la trampa? És a dir, sabem, per l'Exposició de motius, que es vol perjudicar o dificultar l'usdefruit del vidu quan el

5 Fenomen que suposa que la llei, en aparença, permet la dissolució dels vincles afectius i l'inici de nous vincles; però, en el fons, ho fa imposant conseqüències negatives, subtils, opaques (com, per exemple, que la liquidació del vincle suposi un estatus «ex novo» de futur —p.e. permetre la revocació de donacions entre cònjuges, etc.—) a aquells que volen rompre la seva convivència i volen començar-ne una altra.

consort difunt tingui fills anteriors, però la norma no diu res de tot això; per tant: hi ha alguna trampa oculta?

La trampa vendria, en la nostra opinió, pel fet que, sense relacionar-ho a l'Exposició de Motius, i a manera similar a les «clàusules sorpresa», s'elimina de l'art. 48 CDCIB (que no és de definició, sinó de llegítima) la remissió a l'art. 840 Cc (el qual sense remissió de la Compilació esdevindria inaplicable al Dret civil balear —mallorquí i menorquí). En lloc d'actualitzar, a dia d'avui, aquesta remissió i poder aplicar l'actual art. 840 Cc.

És, per tant, aquesta modificació allò que evidencia el perjudici del legislador sobre el matrimoni de qui ja té fills, ja que l'eliminació d'aquesta aplicació per remissió de la facultat de l'art. 840 Cc servirà per pressionar al cònjuge, casat amb algú que ja té fills, a fer definició o renúncia, conformant-se. Amb la pressió de no poder canviar l'usdefruit —que és incòmode per la relació amb els fills només del cònjuge difunt— per pensió o béns, cobrarà una utilitat forçada, la renúncia, entre vius, a la llegítima.

A més, dins tota aquesta desafortunada regulació, es fa una apel·lació a la Història («En el dret civil de Mallorca, pel privilegi concedit per Jaume I el 4 de març de 1274, que regulen els vigents articles 50 i 51 de la Compilació»), quan aquesta apel·lació a la Història desautoritzaria el que pretén fer aquesta reforma, és a dir, desnaturalitzar la figura prevista i coherent amb els legitimaris fills o nets.

En definitiva, ens preguntem si és legítim desvirtuar la definició per buidar de contingut el matrimoni de qui té fills anteriors amb una altra persona, malmenant, a més, un contingut essencial del matrimoni com són els efectes econòmics *postmortem*?. I el fet que la renúncia pugui ser només d'un dels cònjuges; no obre a la possibilitat d'utilització abusiva de la renúncia a un efecte del matrimoni?

2.4. L'estigmatització de les famílies d'una persona incapacitada. L'impost familiar a la incapacitat?

Una de les altres novetats que suposarien, per a nosaltres, retrocedir socialment, és el que volia fer el Projecte de modificació de la Compilació, de declarar, a dia d'avui, tangible la llegítima dels

descendants; però no en totes les successions, sinó només en les successions on un dels descendents legitimaris sigui una persona incapacitada.

Això és per a nosaltres un exemple que convida a qüestionar-se quin sentit té tenir competència legislativa pròpia, basada en la legitimitat històrica de tenir un sistema legitimari diferent, quan les reformes que es plantegen, són, simplement, copiar un article del Cc, sense tornar-lo a pensar des de la diferència i l'evolució social, sense analitzar la seva bondat i la seva utilitat.

Essent així, declara l'Exposició de Motius, sense molestar-se en donar cap justificació ni argument, ni en preveure solucions a les possibles crítiques jurídiques, esperables, que: la «incapacitat preval sobre el principi d'intangibilitat de la llegítima».

Això és una afirmació molt lleugera, i feta sense cap fil argumental, que pretén crear una causa-efecte entre dos elements jurídics que no tenen perquè relacionar-se.

Així mateix, la conversió en tangible de la llegítima dels germans o nebots d'un incapacitat potser també vista com una opció de política legislativa basada, en realitat, en una estigmatització de la incapacitat, que no tindria justificació suficient per tal de trastocar el règim d'ordre públic que és la intangibilitat de la llegítima (i que econòmicament és molt poca cosa).

Dit d'una altra manera: No acaba aquesta norma imposant una discriminació de manera que la llegítima és tangible si entre els legitimaris un és incapacitat i intangible per a la resta de ciutadans, de descendents legitimaris? Per tant, al final, no és la incapacitat tractada com un estigma per a la família fraternal, el patrimoni de la qual ha de ser gravat per garantir l'atenció de la persona incapacitada?

Per a nosaltres, cal major reflexió sobre l'encaix d'aquesta discriminació en funció de ser germà d'un incapacitat i del caire negatiu que es dona a la incapacitació pel fet que la mateixa pugui justificar la discriminació de les persones germanes o nebots d'un incapacitat. Dubtem que això encaixi amb la idea bàsica d'Estat social (art. 49 CE) perquè intenta, indirectament, que la cobertura de la gran dependència no es doni per part de l'Estat, mentre no s'esgoti tot el patrimoni familiar, no el propi del dependent, sinó també el que

correspondria a la família col·lateral, que són els germans, si un d'ells no fos incapacitat.

Entrant en aquesta qüestió, observem que es vol reformar la llegítima, amb la finalitat, diu l'Exposició de Motius, de «... donar instruments per poder atendre els fills o descendents legítims (...).». Per tant, la finalitat del legislador amb l'expressió «instruments» (econòmics) és que la incapacitat sigui sufragada pel patrimoni privat del pare i mare de l'incapacitat «fins a la darrera legítima».

Així mateix, observem que la finalitat del legislador és facilitar la cerca d'un cuidador familiar ja que, quan l'exposició de motius diu d'«atendre els fills o descendents» no es refereix a donar instruments a un pare o mare quan han de cuidar dels seus descendents dependents, perquè aquí el pare o mare són els causants; per tant, les facilitats d'atendre es refereixen a utilitzar fórmules indirectes per potenciar la determinació d'un cuidador familiar.

Continuant amb la qüestió, considerem que s'ha d'analitzar, abans de fer aquesta regulació, si el fet de gravar amb una substitució fideïcomissària tot un patrimoni i deixar-lo a la gestió d'un fiduciari, que serà una persona incapacitada, i, per tant, sotmesa a tutela, suposa, realment, un benefici pràctic, o més bé una trapa anti-econòmica com és la substitució fideïcomissària; i, a més, agreujada, ja que el fiduciari, en aquest cas, no gestionarà el patrimoni per treure profit i transmetre'l a la seva mort, com és la idea de la substitució fideïcomissària genuïna. A més, probablement la substitució fideïcomissària que es preveu permetrà al fiduciari alienar i gravar béns per atendre a les seves necessitats i, per tant, això serà garantia de que tot el patrimoni familiar ha de servir per pagar la dependència.

Així, indirectament, durà a la renúncia per part dels hereus i serà un instrument per l'Estat perquè tot el patrimoni familiar sigui per sufragar la dependència, estereotipant-la com una càrrega per a la societat que ha de cobrir la família, en sentit extens (els germans). Diem indirectament, perquè la Llei 39/2006 obliga a tenir en compte el patrimoni privat per rebre les ajudes; patrimoni que, legítimament, corresponia en part a la resta de legítims, si no hi hagués hagut un germà incapacitat.

A més a més, aquesta reforma, es basa en una idea estàtica de família i produeix el fet que es poden perjudicar a menors d'edat (en la posició de legitimaris fideïcomissaris), ja que l'Estat gaudirà d'uns béns abans que uns menors d'edat, que mereixen la mateixa protecció econòmica que un incapacitat.⁶ I una regla així, pot acabar encobrint un desheretament injust, ja que, per exemple, por forçar a la renúncia a l'herència dels germans de vincle simple, entre els quals hi pot haver molta diferència d'edat amb un germà petit incapacitat.

Finalment, volem apuntar que és també inexplicable el fet que el Projecte no diu perquè només es reformaria la llegítima dels descendents en el Llibre de Mallorca, i no en el Llibre III, d'Eivissa i Formentera.

2.5. El contracte de societat rural menorquina

La Llei 7/2017 introdueix un apartat en l'Exposició de Motius titulat «Impuls als contractes agraris» que diu que: «la definició descriptiva, feta des del vessant de la tradició jurídica, de la institució de la societat rural menorquina com a contracte civil particular o atípic, s'adequa a la jurisprudència que, *obiter dicta*, es refereix a la societat rural menorquina com a «contracte de societat *sui generis*, l'objecte del qual és l'explotació agropecuària del camp menorquí» (sentències de l'Audiència Provincial de les Illes Balears de 10 de juliol de 2001 i de 23 de desembre de 2013)».

Per altra banda, declara que: «Les reformes introduïdes han suposat una redacció cohesionada del contracte de societat rural, recollint en la norma, com a solució legal, els costums, i terminologia, no controvertits al llarg dels anys al món agrari

6 Si s'hagués d'acceptar una previsió d'aquestes característiques, a dia d'avui, la norma proposada hauria d'estar en aquesta línia: «*Quan algun dels fills amb dret a llegítima sigui una persona amb capacitat modificada judicialment, el testador pot establir una substitució fideïcomissària sobre la quota legitimària que correspongui d'acord amb l'article 42; són fiduciaris els fills amb dret a llegítima amb capacitat modificada judicialment i fideïcomissaris per parts iguals, la resta de fills legitimaris que siguin germans de doble vincle del legitimari fiduciari, i sempre que tots els legitimaris fideïcomissaris fills siguin majors d'edat en el moment de l'obertura de la successió i que no procedeixi l'aplicació del dret de representació a favor dels descendents d'algun dels legitimaris fideïcomissaris*».

menorquí (...). Així mateix, queda igualment un gran àmbit d'actuació pel costum, en defecte de norma, ja que no s'ha tractat de fer un recull de costums, amb ànsia de petrificar-los en la norma escrita. Per tant, en defecte de la regulació bàsica i inspirada en costums incontrovertits, fixada en la norma, que, a més, salvaguarda, en primer lloc, la voluntat contractual o pactes entre les parts, actua el costum com element d'especial valor normatiu, per la crida directa que en continua fent l'art. 64».

Des d'aquest punt de vista, podem assenyalar que la nova redacció de l'art. 64 CDCIB, relatiu a la societat rural, fa aplicació de la proposta de custodiar elements immaterials de la cultura popular dins instruments vigents i aplicables (art. 4.3 Llei de cultura popular i tradicional); és a dir, la proposta de custodiar paraules que siguin al·legoria d'un costum (perquè una sola paraula fa visible tot un món tradicional) i fer-ho dins la Compilació; i custodiar la Compilació mateixa.

3. REFORMES NO PROJECTADES AL PROJECTE QUE HAN PERMÉS LA RESILIÈNCIA DE LA COMPILACIÓ

3.1. Manteniment de la Compilació com a cos jurídic de referència

Amb la presentació, per part de la Comissió Assessoradora de Dret civil que assessorava al Govern, d'un Avantprojecte de Llei de règim patrimonial del matrimoni, vàrem estar davant la incertesa del destí de la Compilació com a *corpus iuris* de referència (perquè el compilacionisme, vist des de la realitat balear, no equival a reduccionisme davant del poder codificador estatal) degut al que s'afirma, en dit Avantprojecte: «Aquesta Llei inaugura el disseny de política legislativa (...), per decidir finalment si s'ha de mantenir aquesta dispersió normativa sectorial o si és procedent refondre-la en una nova compilació o cos del dret civil balear».

Aquesta afirmació de no saber encara què s'ha de fer, ni perquè es fa, desacredita que hi hagi acord sobre la tècnica legislativa.

Per tant, allò que es va perfilar, l'any 1998, amb el nom d'Informe sobre la Reforma de la Compilació de Dret civil de les Illes Balears, redactat per un Comissió d'Experts nomenats *ad hoc*, vinculada al Govern de Jaume Matas, i que havia rebut el rebuig per part de l'oposició;⁷ ha decaigut, perquè no s'han seguit les directrius, ni s'han aconseguit els resultats que apuntava dit Informe. Així mateix, les sentències del TSJIB han deixat palès la problemàtica de no haver conservat, amb el desenvolupament adequat, la Compilació.

3.1.1. Millora de la regulació de les fonts com «condició sine qua non» de la resiliència de la Compilació

Diu la Llei 7/2017 que: «el Govern inagura també una línia de treball constant, relatiu a l'ordenació i modernització respectuosa de les institucions de la Compilació, per tal de mantenir-la i desenvolupar-la com a «corpus iuris» de referència del Dret civil balear, les seves singularitats d'origen consuetudinari i la seva pluralitat normativa, amb l'ordenació de la matèria per Illes.»

En conseqüència, l'article 1 CDCIB, a partir de la Llei 7/2017, passa a aclarir qüestions com, en primer lloc, que: «El Dret civil de les Illes Balears es compona pels drets civils històrics de les illes de Mallorca, de Menorca i d'Eivissa i Formentera, d'acord amb la tradicional divisió per llibres d'aquesta Compilació». Per tant, la definició declarativa del que és el Dret civil balear respon a la lògica estatutària, ja que pretén fer operativa l'expressió «dret propi» i la pertinença del dret civil propi, als drets històrics, d'acord a les diferents tradicions jurídiques consuetudinàries insulars (art. 87.1 EAIB); i reforçar alhora la competència en dret civil ja que el Dret civil de la Comunitat Autònoma (art. 10 EAIB), amb el seu sistema de fonts (art. 87.2 EAIB), només pot fer referència a la legislació del Govern de les Illes Balears.

En segon lloc, diu que «Les disposicions dels diferents llibres d'aquesta Compilació constitueixen el dret comú de les Illes Balears i s'aplicaran, supletòriament, a les altres lleis». Així, i amb relació

7 El Consell de Govern de la CAIB, en sessió de 9 d'octubre de 1998, creà la Comissió d'experts per l'estudi de la Compilació de Dret Civil de Balears (BOCAIB n.º 153 de 01-12-1998, p. 18512). Preguntes RGE núm. 4806/98 i núm. 4807/98, presentades per l'Hble. Sr. Diputat Antoni J. Diéguez i Seguí, del Grup Parlamentari Socialista.

també amb l'art. 87.1 EAIB, el Dret civil balear, considerat com a comú, és aplicable amb preferència a qualsevol altre Dret civil, en matèria de competències del Govern de les Illes Balears. Des d'aquest punt de vista,⁸ el Dret civil propi o comú ho és per raó de la matèria, l'amplitud de la qual permet que la norma que la regula tingui en la Compilació la qualitat de Dret comú (de manera anàloga a l'art. 4.3 Cc), de dret supletori general.

3.1.2. Millora i ordenació sistemàtica de la regulació del règim econòmic del matrimoni com «condició sine qua non» de la resiliència de la Compilació

S'inclouen a la Llei 7/2017 mesures destinades a suavitzar el biaix de gènere present en la regulació històrica del règim matrimonial de separació de béns.

Des del punt de vista de comunitat, d'ajuda mútua, d'igualtat, d'afecte, els règims històrics d'absoluta separació de béns, com el que es recull a la Compilació de 1961 i continua a la Compilació de 1990, malgrat la desaparició del terme «absoluta» en la denominació del règim econòmic, poden fomentar l'acceptació d'una convivència, econòmicament, perdedora per una de les parts i d'unes relacions conjugals basades en la insolidaritat⁹ econòmica, perquè l'aportació humana de cura, atenció a la família, maternitat, i les, moltes vegades, conseqüents pèrdues d'oportunitats econòmiques, laborals o professionals que suposa aquest aspecte de la convivència, són ignorades pel legislador de la Compilació de 1990.

Per tot això, les modificacions que donen resiliència a la Compilació fan referència als arts. 3, 4 i 67 CDCIB, introduint aquestes previsions:

8 A partir de: Badosa Coll, «La recent jurisprudència constitucional sobre les competències de les comunitats autònomes en dret civil». Iuris: Quaderns de política jurídica, n.º. 1, 1994, pàgs. 11-36.

9 La insolidaritat del règim matrimonial balear de separació de béns ja produïa incomoditat, fins i tots, als autors antics com s'observa en la reflexió de Luis Pascual y González: «es hoy la parte de nuestro fuero acaso menos digna de ser conservada» (Derecho civil de Mallorca, p. 57, nota 1).

1. S'ha esmenat l'errada que va provocar la reforma feta, a l'art. 4.3,3er CDCIB,¹⁰ per la Llei 3/2009, que va eliminar el fet que la revocació, per part del donant, d'una donació entre cònjuges, es vinculés a la imputació de la causa de la separació al donatari; però deixant el fet de la producció de la separació i el divorci, sense més, com a causa d'ingritud; que permet revocar, sense atendre a res més, lliurement, gratuïtament,¹¹ una donació feta per un cònjuge a l'altra durant el matrimoni.

2. El treball per a la família i dóna dret a obtenir una compensació quan s'extingeixi el règim de separació. Així, s'ha recollit, un principi general, establert per la STSJIB 2/2010, 24 març: la proscripció que el règim de separació de béns pugui emparar un enriquiment injust produït per la desigualtat patrimonial que suposa l'enriquiment d'un cònjuge i l'empobriment de l'altra, a causa de una dedicació major al «treball per a la família».

3. Per disposar dels drets sobre l'habitatge habitual i els mobles d'ús ordinari de la família, encara que aquests drets pertanyin a un sol dels cònjuges, es requereix el consentiment de tots dos o, si s'escau, autorització judicial.

La regulació de la Llei Concursal (arts. 78 i 79) ha llevat validesa al principi de titularitat formal, com a principi rector per determinar la propietat privada dels béns entre els cònjuges casats en separació

10 Si des de 2005, no hi ha culpables de la ruptura de la convivència matrimonial, no té sentit que el simple fet de la separació o del divorci pugui ser un càstig al donatari, que veu revocada una donació, sense que la suposada ingritud es pugui vincular amb cap comportament objectiu. En cas contrari, ens trobaríem davant una opció legislativa a favor de la consideració de que la separació i el divorci autoritzen, legitimen, a replantejar ex novo, tot el que ja s'ha conviscut, convingut i volgut; ignorant, així, que la separació i el divorci són només situacions liquidadores d'una convivència, plena d'acords.

11 En fonament de que la donació entre cònjuges sotmesos al règim de separació de béns ha estat, tradicionalment, l'única manera de paliar la insolidaritat intrínseca de l'absoluta separació de béns, observam algun comentari jurídic que evidencia com s'intentava compensar el que avui en dia constitueix el «biaix de gènere», com descriu Pascual y González: «cuando las circunstancias lo permiten y se han de invertir los ahorros comprando fincas, entonces se formaliza la adquisición a nombre de los dos esposos por mitad e indiviso». A aquest ús social, podem enllaçar el sentit d'aquesta afirmació del mateix autor: «Existe de hecho normalmente en la mayoría de matrimonios mallorquines una especie de gananciales que, por la fuerza de las circunstancias, resulta anárquica e incontrolada».

de béns. Essent així, cal oferir major protecció al cònjuge no titular perquè, utilitzant, en positiu, la idea de «connivència» entre els cònjuges de la Llei Concursal, podríem entendre que, encara que no tingui la titularitat formal de l'habitatge familiar, el cònjuge no titular contribueix amb el seu treball, remunerat o per la família, a mantenir-lo i ha d'asabentar-se dels perills financers en els quals pot estar incorrent el cònjuge titular, que acabaran privant de llar a tota la unitat familiar.

4. REFORMES INAJORNABLES PER INCIDIR EN LA RESILIÈNCIA DE LA COMPILACIÓ

S'haurà d'abordar, en qualche moment, el fer front a la discriminació que el cònjuge d'un causant eivissenc pateix per no ser legitimari en la successió voluntària d'aquell; perfilant-se, així, un matrimoni buit d'efectes «mortis causa», degut a reminiscències del sistema d'absoluta separació de béns.

Seria interessant plantejar la constitucionalitat [des del prisma que es tracta de drets que es deriven del matrimoni (art. 9.2 Cc), que és una institució constitucionalment protegida] d'un sistema que, dels legitimaris habituals, en termes generals, només el cònjuge vidu manca de drets successoris *ex-lege*, quan és aquesta llegítima, la més intocable (per això, la crida al cònjuge vidu en la intestada va escalant llocs, en algunes regulacions actuals, passant del tercer lloc en l'ordre de crides, al segon).

També s'ha d'entrar a estudiar la conflictivitat que provocarà l'aplicació del Reglament UE n.º 650/2012, si resulta que un vidu, sense pensar-s'ho, acaba sotmès a la llei eivissenca, i pateix una raresa jurídica inesperada, en el nostre entorn jurídic, com és que el matrimoni no li hagi generat efectes econòmics *post-mortem* -tot això resolent abans si els efectes matrimonials *post mortem* són qüestions excloses de l'aplicació del Reglament UE 650/2012, per l'art. 1.2.d), o són qüestions sotmeses al Reglament 650/2012, per l'art. 23.2.b) (quedant inaplicats els arts. 9.2 i 9.8 Cc que duen a la llei que regeix el matrimoni)-.

Així mateix, davant una situació de petrificació antisocial del dret civil propi, ens demanem si no hi hauria d'haver responsabilitat¹² política al respecte.

12 L'Estat no assumeix competència en matèria de Drets «forals». Sobre aquests tenen competència les respectives CCAA o cap entitat (art. 137 CE). A partir de: Badosa Coll, «La recent jurisprudència constitucional sobre les competències de les comunitats autònomes en dret civil». *Iuris: Quaderns de política jurídica*, n.º. 1, 1994, pàgs. 11-36.

