





jest

word

es

es

Els Reglaments europeus i  
l'evolució del Dret català de contractes, família i successions



jest

word

jest

jest

# **Els Reglaments europeus i l'evolució del Dret català de contractes, família i successions**

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

## Dades CIP recomanades per la Biblioteca de la UdG

CIP 347(467.1) REG

Els Reglaments europeus i l'evolució del Dret català de contractes, família i successions / 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, agost 2019. – 671 pàgines ; cm  
Ponències de les Vintenes Jornades de Dret Català a Tossa, organitzades per l'Institut de Dret privat europeu i comparat de la Universitat de Girona els dies 20 i 21 de setembre de 2018  
ISBN 978-84-9984-483-1

I. Universitat de Girona. Institut de Dret Privat Europeu i Comparat, organitzador II. Jornades de Dret Català a Tossa (20es : 2018 : Tossa de Mar, Catalunya), autor 1. Dret català – Congressos

CIP 347(467.1) REG

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](http://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](http://www.documentauniversitaria.com)

[info@documentauniversitaria.com](mailto:info@documentauniversitaria.com)

ISBN: 978-84-9984-483-1

Dipòsit Legal: GI-1.144-2019

Imprès a Catalunya  
Girona, agost 2019

Les Vintenes 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

Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya

Deganat dels Registradors de la Propietat, Mercantils i de Béns Mobles de Catalunya

Col·legi de Notaris de Catalunya

Facultat de Dret UB (Deganat)

Facultat de Dret UdG (Deganat)

Consell de l'Advocacia Catalana

Fundació d'Advocats de Girona

Col·legi d'Advocats de Terrassa





# SUMARI

## PRIMERA PONÈNCIA

### CONTRACTACIÓ I PROTECCIÓ DELS CONSUMIDORS

**El Reglament europeu sobre llei aplicable a les obligacions contractuals (Roma I): *Aplicabilitat* espacial de la normativa elaborada a Catalunya en matèria de contractes..... 17**

JOAQUIM FORNER DELAYGUA

1. Introducció.....17
2. Roma 1.....21
3. Dret català i Roma 1 ..... 26
4. Dret català, Roma 1 i Directives ..... 39
5. Un apunt final sobre els conflictes interns de lleis..... 54
6. Bibliografia ..... 55

**Las afecciones registrales en la regulación de la compraventa en el Código Civil de Cataluña: Su regulación en la constancia registral de las arras y de la resolución consecuencia del cumplimiento de la condición resolutoria..... 63**

RAFAEL ARNAIZ RAMOS

1. Introducción ..... 63
2. Las afecciones en la regulación del contrato de compraventa del Libro VI ..... 67

**La conformitat de la prestació al contracte: qüestions des del Codi de consum ..... 87**

DRA. LÍDIA ARNAU RAVENTÓS

1. El context..... 87
2. La conformitat de la prestació al contracte: traces al Codi de consum..... 89
3. La conformitat del bé al contracte de compravenda: del CcoCat... al CCCat.....91
4. La conformitat dels serveis al contracte: cómo implementar-la? .....103

## **Acotacions del món pràctic: l'experiència judicial.....119**

JOSEP MARIA BACHS ESTANY

1. Introducció.....	119
2. La problemàtica de partida per a legislar en matèria d'obligacions i contractes ..	120
3. Principals innovacions del Llibre VI .....	125
4. Conclusions .....	136
Apèndix I: .....	137
Apèndix II: .....	141

## **SEGONA PONÈNCIA ASPECTES DEL DRET DE FAMÍLIA**

### **Los reglamentos (UE) 2216/1103 y 2016/1104, por los que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la Ley aplicable, el reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales y en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas..... 147**

GUILLERMO PALAO MORENO

1. Aspectos introductorios.....	147
2. Competencia judicial internacional .....	154
3. Ley aplicable.....	163
4. Reconocimiento y ejecución de resoluciones .....	174
5. Valoración .....	178

### **Los matrimonios y parejas de hecho sujetas al Derecho catalán y los Reglamentos europeos 2016/1103 i 2016/1104 .....181**

ÁNGEL SERRANO DE NICOLÁS

1. Preliminar.....	181
2. Concepto de matrimonio y de unión registrada en la relación del CCCat con ambos reglamentos (UE) 2016/1103 y 2016/1104, de 24 de junio de 2016 .....	185
3. Concepto y aplicación material del REM: «REM primario» y efectos frente a terceros, régimen propio de la vivienda habitual y materias excluidas .....	188
4. Universalidad y unidad de la ley aplicable: Adaptación de los derechos reales....	199
5. Vecindad civil catalana, residencia habitual, elección de ley y aplicación del Derecho civil catalán.....	200
6. Conclusión .....	208

**Els aliments als fills: fonament i abast de l'obligació .....211**

JORDI RIBOT IGUALADA

1. Introducció..... 211
2. Fonament de l'obligació paterno-filial d'aliments .....213
3. Abast de les obligacions legals dels progenitors ..... 221

**Perspectives de futur i noves formes de parentalitat ..... 253**

ESTHER FARNÓS AMORÓS

1. Introducció..... 253
2. Autonomia privada i filiació..... 255
3. Perspectives de futur: cap a formes col·laboratives de paternitat i maternitat?.. 273
4. Bibliografia ..... 280

**Acotacions en el món pràctic (II). Perspectiva notarial dels reglaments europeus ..... 287**

VÍCTOR J. ASENSIO BORRELLAS

- Introducció..... 287
- Situació pràctica 1..... 287
- Situació pràctica 2 ..... 290

**Acotacions al món pràctic (II). Menors i relacions socials ..... 303**

DOLORS VIÑAS MAESTRE

1. Introducció..... 303
2. Xarxa social..... 304
3. Règim legal ..... 305
4. Consentiment per a la cessió de dades a les xarxes socials ..... 309
5. Sharenting ..... 311
6. Conclusió ..... 316
7. Bibliografia ..... 320

## TERCERA PONÈNCIA

### ASPECTES DEL DRET DE SUCCESSIONS

#### **El Reglament europeu de successions: presentació d'un joc de pesos i contrapesos..... 325**

ALBERT FONT I SEGURA

1. Introducció..... 325
2. Finalitat i àmbit del RS: una lògica concatenada de pesos i contrapesos ..... 331
3. Competència internacional d'autoritats ..... 340
4. Determinació de la llei aplicable ..... 354
5. Una aproximació conclusiva..... 368

#### **El Dret civil català i el Reglament europeu de successions..... 371**

M. ESPERANÇA GINEBRA MOLINS

1. La llei aplicable a la successió: «conflictes internacionals» vs. «conflictes interregionals»..... 371
2. La llei aplicable a les successions amb repercussió transfronterera ..... 378

#### **Perspectives de futur en l'àmbit del dret català de successions ..... 403**

ANTONI VAQUER ALOY

1. Introducció..... 403
2. Cap a un tractament unitari del testament i els instruments extratestamentaris de transmissió de riquesa ..... 405
3. Les famílies reconstituïdes en la successió..... 429
4. Reformes derivades de desenvolupaments judicials..... 434
5. Altres modificacions mirant al futur ..... 445
6. Annex ..... 451

#### **Acotacions pràctiques al reglament successori Europeu des del punt de vista notarial ..... 459**

VÍCTOR ESQUIROI JIMÉNEZ

1. Disposicions *mortis causa* ..... 460
2. Declaració d'hereus abintestato ..... 469
3. L'escriptura d'acceptació d'herència..... 476

**Impressions i necessitats del Reglament europeu de successions  
650/2012. Anàlisi des de l'exercici de l'advocacia ..... 483**

MERITXELL GABARRÓ I SANS

1. Introducció..... 483
2. Les incerteses de l'aplicació en el moment actual ..... 484
3. Altres reflexions ..... 501

**Acotacions del món pràctic: aspectes registrals ..... 503**

ESTHER SAIS RE

1. Aspectes substantius..... 504
2. Aspectes formals ..... 524
3. Breu relació d'altres aspectes registrals..... 540
4. Bibliografia ..... 542

## COMUNICACIONS

**Els conceptes jurídics de Dret internacional privat europeu  
i els de Dret civil català: excloents o compatibles? ..... 545**

MARIA FONT I MAS

1. Presentació..... 545
2. Dels conceptes autònoms europeus a la correlativa interpretació autònoma .....547
3. Exemple d'interpretació disfuncional d'un concepte de DIPr europeu:  
«obligació d'aliments» versus «pensió compensatòria» ..... 549
4. Consideracions finals..... 559

**El criteri de raonabilitat com a límit moderador en l'exigibilitat del  
compliment conforme al Llibre VI del CCCat ..... 561**

LAURA ARROYO SAN JOSÉ

1. Introducció.....561
2. El concepte de raonabilitat i la seva estandarització com a model de conducta.. 563
3. La possibilitat raonable d'avertiment dels defectes o incorreccions  
del bé venut. Necessàriament una qüestió d'incompliment dels deures  
precontractuals d'informació?..... 573
4. A mode de conclusió: Abast i funcions del criteri de La raonabilitat en el  
compliment del contracte ..... 578

## **La resolució de conflictes amb els consumidors en els serveis financers . 581**

IMMACULADA BARRAL-VIÑALS

1. La protecció del consumidor en el procés de liberalització dels serveis públics. 581
2. *L'especial intensitat* de l'obligació de resoldre conflictes en els serveis financers: els sistemes sectorials paral·lels ..... 584
3. El nou sistema de resolució de conflictes de consum que impulsa la LADRC: visió general ..... 586
4. El sistema arbitral de consum: la relativa incidència en la resolució de conflictes de serveis financers ..... 589
5. Els serveis d'atenció al client ..... 593
6. Els defensors del client: és l'esquema ombudsman la solució? ..... 597
7. La tutela dels consumidors mitjançant òrgans administratius i la futura entitat sectorial única ..... 603
8. Bibliografia ..... 611

## **Conseqüències de la cooperació reforçada en el Reglament europeu en matèria de règim econòmic matrimonial i matrimoni entre persones del mateix sexe ..... 617**

DRA. DIANA MARÍN CONSARNAU

1. Introducció ..... 617
2. Quin és l'escenari a la UE? ..... 619
3. Matrimoni entre persones del mateix sexe, cooperació reforçada i règim econòmic matrimonial ..... 623
4. Reflexió final ..... 629

## **Presente y futuro del derecho sucesorio balear como filigrana de un conjunto normativo «heterointegrado» ..... 631**

FRANCESCA LLODRÀ GRIMALT

1. Presentación del Derecho sucesorio balear como filigrana de un conjunto normativo heterointegrado ..... 631
2. Futuro del derecho sucesorio balear como filigrana de un conjunto normativo «heterointegrado» ..... 644

## **L'acció d'inoficiositat legitimària. Legitimació i conseqüències del seu no exercici ..... 655**

CRISTINA VILLÓ TRAVÉ

1. Introducció ..... 655
2. La responsabilitat pel pagament de la llegítima ..... 657
3. La protecció del contingut econòmic de la llegítima ..... 659
4. Inoficiositat legitimària ..... 660

PRIMERA PONÈNCIA

Contractació i protecció  
dels consumidors



jest

word

jest

jest



# El Reglament europeu sobre llei aplicable a les obligacions contractuals (Roma I): *Aplicabilitat* espacial de la normativa elaborada a Catalunya en matèria de contractes

JOAQUIM FORNER DELAYGUA

*Catedràtic de Dret internacional privat  
Universitat de Barcelona*

## SUMARI

1. INTRODUCCIÓ. 2. ROMA. 1 2.1. *Característiques bàsiques del Roma 1 i de la seva posició en el sector LA a les obligacions contractuals.* 2.2. *Marc general d'anàlisi de l'aplicabilitat del Dret català en funció del Roma 1.* 3. DRET CATALÀ I ROMA 1. 3.1. *Regulació del fons de la substància («substància material») de les obligacions contractuals.* 3.2. *Regulació de la forma de la substància («substància formal») de les obligacions contractuals.* 4. DRET CATALÀ, ROMA 1 I DIRECTIVES. 5. UN APUNT FINAL SOBRE ELS CONFLICTES INTERNS DE LLEIS. 6. BIBLIOGRAFIA.

## 1. INTRODUCCIÓ

1. El tema d'aquesta ponència gira al voltant de l'*aplicabilitat* del Dret català d'obligacions contractuals en situacions *heterogènies*, atès que el Dret català d'obligacions coexisteix amb altres Drets d'obligacions, amb o sense coincidència parcial d'àmbit territorial de vigència. És a dir, amb Drets que no tenen el seu origen a les fonts materials del Dret català.

Per situacions *heterogènies* entenem els fets amb significat jurídic i amb contacte amb diferents Drets, car llavors té sentit preguntar-se quin Dret els és aplicable. Els Drets de diferent origen considerats poden ser de diferents Estats o d'un mateix Estat.

La qüestió de l'aplicabilitat, en el context de coexistència de Drets, amb o sense coincidència d'àmbit territorial de vigència entre aquests Drets, duu a escollir el Dret aplicable, de modus i manera que, per a una qüestió jurídica donada, un Dret s'aplica i els altres no. Com a punt

de partida, en termes molt generals i aproximatius, aquesta selecció de «només un» entre dos o més Drets està inspirada en la idea de que una qüestió jurídica donada adquireix contorns jurídics i ha de quedar regulada per un únic Dret. Altrament, cal estar disposats a tenir respostes jurídiques potser contradictòries i recíprocament excloents, en termes de lògica jurídica, respecte de la mateixa qüestió jurídica. Els raonaments jurídics que permeten d'identificar el Dret aplicable a una determinada qüestió (i la correlativa *inaplicabilitat* dels altres Drets) pertanyen al sector anomenat «lleï aplicable» (LA) en la dogmàtica de Dret internacional privat (Dipr). Aquesta perspectiva permet d'afirmar que, a Dipr, el sector de la LA cerca de mantenir l'estabilitat jurídica en el cas de situacions *heterogènies*. Això no vol dir que el Dipr s'ocupi de *tots* els raonaments incidents en la determinació final de les normes concretes de la LA ni que ho faci amb *exclusivitat*.

2. Ara bé, la determinació d'un únic Dret com aplicable (d'una única LA) només és efectiva en el si del Dret al que pertanyen les normes que determinen quina és en cada cas la LA. És a dir, l'estabilitat jurídica en el cas de situacions *heterogènies* s'assoleix independentment per cada Dret. Per tant, la coexistència de diferents Drets segueix existint en el nivell de les mateixes normes de LA, amb el resultat possible de que cada Dret troba una LA, però cada Dret en troba una de diferent. Per tant, en aquest cas, cal seguir estant disposats a tenir respostes jurídiques contradictòries i recíprocament excloents respecte de la mateixa qüestió jurídica. La inestabilitat cessa des de la perspectiva de cada Dret, però es manté encara des de la *perspectiva alternativa* de dos o més Drets (principi de relativitat del Dipr) i, per tant, dels subjectes de Dret privat que actuen en aquest context.

En el camp del Dret de les obligacions contractuals, el REGLAMENT (CE) N. 593/2008 DEL PARLAMENT EUROPEU i DEL CONSELL de 17 juny 2008 sobre lleï aplicable a les obligacions contractuals (Roma 1) té com a resultat, *grosso modo*, que els Drets dels Estats membre (EM) de la Unió Europea (UE) comparteixin les mateixes normes de LA en matèria d'obligacions contractuals, tot eliminant així la relativitat de les solucions de LA entre els EM. Donat que en el cas d'Espanya no s'ha fet l'opció de sotmetre els conflictes de lleis interns espanyols al règim Roma 1 segons permet l'art. 22.2 Roma 1, des de la nostra perspectiva de Dret català cal diferenciar entre conflictes internacionals de lleis (apartats 2 a 4) i conflictes interns, als que es dediquen uns breus apunts finals (apartat

5). Ambdues branques conflictuals són rellevants des de la perspectiva del Dret català, doncs a Catalunya està vigent Roma 1 com a part del territori de vigència i *aplicabilitat* de Roma1.

No inclourem en les planes següents el tractament del repartiment i/o concurrència de competències legislatives en matèria de contractes o d'obligacions contractuals segons la Constitució espanyola (CE) i l'Estatut de Catalunya (EC) (i el Tribunal constitucional (TC)), que pressuposarem;<sup>1</sup>

---

1 Vid. POZO CARRASCOSA, P. del - VAQUER ALOY, A. - BOSCH CAPDEVILA, E., *Derecho civil de Catalunya. Derecho de obligaciones y contratos*, Madrid (Marcial Pons), 2018, pp. 20 s., 25 s. Un exemple puntual de com és de rellevant l'elecció de la norma vigent a Catalunya concretament aplicable en matèria de contractes de consum: ANDERSON, M., El dret civil català davant la transposició de la directiva 2008/112, relativa a certs aspectes contractuals de l'aprofitament per torns de béns mobles i immobles, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada (Catalunya). 2010: «De fet, i almenys com a declaració de principis, el Preàmbul de la Llei 29/2002, de 30 de desembre, en explicar que el codi l'estructura (CCCat) del qual s'aprova es concebia com a codi obert, es basava, entre altres motius, en què “el procés d'integració europea fa que els legisladors, nacional o autonòmics, segons qui tingui atribuïda la competència legislativa en una determinada matèria, hagin d'aplicar les directives que emanen de la Comissió Europea en uns terminis prefixats i relativament breus» (I.2), a la qual cosa podem afegir que «les omissions són provisionals i que no comporten cap mena de renúncia a l'exercici de les competències que li són pròpies» (I.5). Més tard, el Preàmbul (II.4) de la Llei 5/2006, en introduir el llibre cinquè, afirma que un dels principis que l'inspiren és el de la protecció dels consumidors, a la qual es dedica bona part de la normativa comunitària de dret privat. Aquests pronunciaments s'emmarquen en la que sembla la millor manera de connectar el desenvolupament del dret europeu amb la distribució interna de competències, si bé el legislador català no sempre n'ha fet aplicació.» p. 77 pdf.) i en matèria de consum específicament «... les competències civils en matèria de consum semblen poder deduir-se d'aquests dos preceptes [arts. 123.a) i 28.1 EC], tot i que s'ha de reconèixer que l'enunciat dels articles de referència no és especialment clar i es formula de manera que recorda massa aquella jurisprudència constitucional que impedia al legislador català regular drets i deures específics dels consumidors i usuaris, així com l'actitud seguida pel propi legislador autonòmic a l'hora d'abordar aquestes matèries, limitant-se sovint al seu vessant purament administratiu. No obstant, cal remarcar que l'enumeració d'aspectes de dret de consum no s'ha de veure com a exhaustiva, com es desprèn de l'expressió que introdueix el precepte («en tot cas, inclou»). Recordem que el recent Codi de consum de Catalunya es recolza en aquests preceptes, així com també en l'art. 113 de l'Estatut com a base competencial.” (p. 85 pdf., citacions omeses). Coincideix, p. ex., amb ARNAU RAVENTÓS, L., «El desistimiento contractual del consumidor en el futuro Libro VI del Código civil de Catalunya», BOSCH CADEVILA (dir), *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Barcelona, Bosch, 2009, p. 557, n. 17. Id, en particulars aspectes contractuals de l'aprofitament per torns de béns immobles i mobles, ANDERSON, M., op. cit.: «Efectivament, la delimitació que fa l'art. 554-2, apartats 1 i 3, dels immobles sobre els quals pot recaure la comunitat especial per torns que regula el Llibre V, fa que en quedin fora justament els immobles

tampoc inclourem el tractament de prelació de fonts normatives en Dret català, o de la selecció de la norma catalana concretament aplicable, o la seva sistemàtica.<sup>2</sup>

---

contemplats per la Llei estatal. Per tant, els aspectes de règim immobiliari i els relatius a la naturalesa dels drets que l'integren resten sense regulació catalana. En conseqüència, hauria d'entrar el dret estatal per via supletòria (art. 149.1.3 CE) i no per efecte de la remissió de l'art. 554-2.4 que, com hem vist, no inclou aquestes matèries. Aquesta conclusió deriva del fet que, com hem anat veient, la raó de ser dels apartats 1 i 3 de l'art. 554-2 no és altra que la voluntat d'evitar tota coincidència amb la Llei estatal, però no per a establir la impossibilitat que es constitueixin aprofitaments per torn sobre els béns exclosos, sinó per entendre, com demostra l'art. 554- 2.4, que per aquests béns ha d'operar el règim previst a la Llei 42/1998 —la qual cosa, certament, només podrà tenir lloc quan aquesta norma pugui ser d'aplicació; és a dir, quan l'explotació sigui turística» (p. 96 pdf), havent exposat abans, referit al Dictamen del Consell d'Estat relatiu al projecte de llei, « ..., totes les competències autonòmiques “respectades” tenien a veure amb la intervenció administrativa en matèria de protecció dels consumidors i de turisme; és a dir, es partia de la competència estatal exclusiva per a regular els drets d'aprofitament des de la seva vessant civil. Tot i això, el Consell d'Estat era més conscient de la possibilitat que hi hagués també normativa autonòmica civil que no pas els comentaris doctrinals posteriors. I no hem d'oblidar que, justament, tant l'exposició de motius com la disposició final de la Llei finalment aprovada es refereixen expressament a la competència civil de les Comunitats Autònomes i no a les relatives a consumidors i usuaris o a l'ordenació del turisme.» (nota 188). Vid. a més ANDERSON, M., «La Directiva de aprovechamiento por turno y la necesidad de transponerla ... en un Estado plurilegislativo», *Anuario de Derecho civil*, 2010-1, pp. 229-244.

- 2 Un exemple de com aquesta segona qüestió és rellevant en l'elecció de la norma vigent a Catalunya concretament aplicable en matèria de contractes de consum: RUBIO GIMENO, G., «Codi civil i codi de consum en els contractes de consum», *El Llibre sisè del Codi civil de Catalunya: anàlisi del projecte de llei: materials de les Divuitenes jornades de Dret català a Tossa*, Girona (Documenta Universitària), 2015, pp. 253 s.: «A mig termini la revisió del Llibre II del Codi de consum ha de ser exhaustiva i ha de servir per fer-li complir el paper sistemàtic assignat de llei especial per al desenvolupament de les previsions contingudes en el Codi civil. En alguns casos això exigirà traslladar algunes previsions que actualment es contenen en el Llibre II del Ccons al Llibre I. En d'altres, la derogació de normes que hauran estat incorporades al Codi civil que també afectarà a preceptes desubicats com el 312-12.1 Ccons que conté la regla interpretativa *pro consumatore* en el Llibre destinat a la Disciplina de mercat. La reforma d'una determinada matèria de dret contractual de consum haurà de tenir sovint un doble impacte legislatiu en el Codi civil i en el Codi de consum assolint l'esmentada coordinació normativa entre ambdós textos.» Cf. amb GRAMUNT FOMBUENA, M., «La contractació amb consumidors en el Llibre sisè», *El Llibre sisè del Codi civil de Catalunya: anàlisi del projecte de llei: materials de les Divuitenes jornades de Dret català a Tossa*, Girona (Documenta Universitària), 2015, pp. 229-238, propugnant una depuració consistent amb la ubicació de normes contractuals al Codi civil amb manteniment de les administratives al Codi de consum.

## 2. ROMA 1

3. Roma 1 ocupa el centre o punt de partida del raonament (didàctic) de LA a les obligacions contractuals, tant per l'amplitud del seu camp d'aplicació material (art. 1er) com per l'amplitud dels aspectes contractuals sotmesos a la LA (arts. 10 i 12). En principi, en matèria de contractes de consum, el camp d'aplicació del Roma 1 és molt ampli, però de fet cedeix davant d'altres normes que tenen com a funció determinar la LA a un aspecte o una tipologia de qüestions obligacionals concretes. L'adopció en aquesta ponència de la perspectiva «*aplicabilitat* del Dret català» ens durà a examinar des d'una perspectiva de conjunt i unilateral l'*aplicabilitat* del Dret català segons els instruments que determinen la LA.

### 2.1. Característiques bàsiques del Roma 1 i de la seva posició en el sector LA a les obligacions contractuals

4. Roma 1, com a reglament de la UE, unifica entre els EM el Dret que n'és la matèria objecte de regulació, és d'*aplicabilitat* immediata i el seu poder unificador ve garantit per la interpretació que imposa el TJUE. La interpretació que imposa el TJUE hem de suposar-la, en virtut d'un principi de coherència,<sup>3</sup> harmoniosa amb altres fonts del Dret de la UE, en particular altres reglamentacions relatives a les obligacions contractuals com és el cas de les directives en matèria de contractes de consum.

5. No obstant, el Roma 1 pateix importants límits en el seu poder unificador. Assenyalem els següents: matèries excloses (art. 1er.2 g: si una persona queda obligada front aquella per compte de qui intervé una segona persona que contracta amb la primera; art. 1er.2 i: obligacions derivades de tractes previs a la celebració del contracte), prioritat d'altres normes convencionals (art. 25: p. ex., en matèria de LA a la compravenda algun EM esta vinculat pel Conveni de La Haia de 1955<sup>4</sup>), prioritat de

---

3 Vid. SÁNCHEZ LORENZO, S. A., «El principio de coherencia en el Derecho internacional privado europeo», *Revista española de Derecho internacional privado*, 2018 (v. 70-2), p. 17-47. Ja amb aquesta terminologia respecte dels contractes de consum, p. ex., AÑOVEROS TERRADAS, B., *Los contratos de consumo intracomunitario*, Madrid, Marcial Pons, 2003, p. 233.

4 Art 25 Roma 1 en relació al Conveni de La Haia de 15 juny 1955 (vid, Estats part: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=31>)

normes de la UE, el què inclou les nacionals de transposició quan calen (art. 23, *infra* apartat 3), però ja no les autònomes dels EM. Des de la perspectiva dels subjectes de Dret, també queden excloses de Roma 1 les situacions *heterogènies intra* EM (art. 22.2).

6. A més a més, dins del seu àmbit material, la determinació de la LA a Roma 1 ve d'un conjunt d'eines diverses, de modus i manera que el Roma 1 representa un magatzem o caixa de doctrines/tècniques de determinació de la LA, fruit d'una estructura conceptual dogmàtica. Això és conseqüència del context doctrinal clàssic en què es gestà i culminà el Conveni de Roma de 19 juny 1980 (CR 1980), precedent del Roma 1, Reglament que passa a ser continuador del Conveni<sup>5</sup> en una època que ja ha vist el desenvolupament del Dret europeu d'obligacions. Potser l'eclecticisme del Roma 1 el fa tan feble per imposar amb *exclusivitat* i coherència les tècniques de LA als contractes com ho és per unificar la totalitat del propi camp del Dret conflictual d'obligacions contractuals. Per damunt del Roma 1 i entre les seves solucions normatives, el Dret de la UE ha posat o ha intercalat les seves peces. El Dret de la UE ha utilitzat, si ha convingut, l'estructura dogmàtica de Roma 1 i se n'ha apartat en cas contrari (*infra* apartat 4).

Cal destacar que, per contrast amb els centenars de SSTJUE que s'ocupen de la interpretació del cos normatiu sobre competència judicial internacional, ara representat principalment pel Reglament 1215/2012 (RB1bis), menys d'una dotzena de SSTJUE s'ocupen del cos normatiu ara representat pel Roma 1.<sup>6</sup>

7. Síntesi del contingut del Roma 1: En primer lloc, Roma 1 permet, amb limitacions específiques, que la llei que ha de resoldre el fons substantiu de la controvèrsia contractual l'escullin les pròpies parts contractants

---

5 El CR 1980 és aplicable als contractes celebrats entre el moment de la seva entrada en vigor i el 17 desembre 2009 (inclusiu) (arts. 28 i 24 Roma 1, amb els criteris assenyalats a la STJUE 18 octubre 2016 C-135/15, Nikiforidis, pars. 25 ss.

6 Sense entrar a ponderar les diverses raons de la diferència en el nombre de sentències interpretatives en cada cas, cal almenys recordar que el TJUE interpreta els cossos normatius Brussel·les 1 des de principis dels anys 70 (amb una CEE de 6 EM) i que no ho fa fins meitat de la dècada de 2000 respecte dels cossos normatius Roma 1 (amb una UE molt més àmplia).

o contractuals,<sup>7</sup> a la seva conveniència, sigui que escullin la llei d'un EM o la llei d'un tercer Estat (TE) (art. 2 i art. 3.1: en aquest cas, amb les limitacions de l'art. 3.3 i 4). P. ex., un contracte entre dues persones establertes respectivament a Figueres i a Bordeus podria sotmetre's al Dret navarrès<sup>8</sup> o al d'un Estat asiàtic. En el cas que no s'hagi escollit vàlidament o senzillament no s'hagi escollit la LA, l'instrument conté normes generals i normes especials per matèries per tal de determinar-la, segons categories de contractes, amb la característica general de cercar la llei més estretament vinculada a cada contracte concret. També en aquests casos, la llei aplicable pot ser la d'un EM o la d'un TE (art. 2: en aquest cas, sense les limitacions de l'art. 3.3 i 4). P. ex., Roma 1 té normes específiques pels contractes de compravenda de *mercaderies* (art. 4.1 a), de prestació de serveis (art. 4.1 b), contractes de consum (art. 6) i els contractes individuals de treball (art. 8), i les circumstàncies concretes de cada contracte tenen incidència en la determinació de la LA en el cas dels contractes civils i mercantils (art. 4.3) i individuals de treball (art. 8.4), però no en els de consum.

Damunt d'aquest esquema basat en normes de conflicte de lleis, Roma 1 estableix algunes regles uniformes especials, p. ex., sobre capacitat (art. 13, en general, exclosa de Roma 1, art. 1er.2, a i f) i sobre eficàcia del consentiment (art. 10.2 inclòs a Roma 1, art. 10.1, en general sotmès a la LA al fons, escollida o determinada objectivament). A més a més, Roma 1 dona entrada a normes imperatives que s'imposen sobre la LA al fons, és a dir, que són d'aplicació preferent a les normes de la LA, sigui incondicionalment (lleis de policia del fur: art. 9.1 i 9.2) o condicionalment (lleis de policia que no pertanyen ni a la llei del fur ni a la LA al fons: art. 9.1 i 9.3; normes imperatives del país de residència habitual de la persona consumidora: art. 6.2; normes imperatives del país de residència habitual de la persona treballadora: art. 8.1).

A banda de les normes de conflicte i de certes normes materials uniformes, i de donar entrada a normes imperatives alienes a la LA al fons, l'instrument conté normes complementàries (p. ex., cessió de

---

7 El fet que la llei pugui escollir-se en moment posterior a la celebració del contracte o modificar-se l'elecció un cop feta (art. 3.2 Roma 1) permet que l'elecció la facin les parts contractuals no inicials o parts contractants.

8 Art. 22.1 Roma 1: «Cuando un Estado se componga de varias unidades territoriales cada una de las cuales tenga sus propias normas jurídicas en materia de obligaciones contractuales, cada unidad territorial se considerará como un país a efectos de la determinación de la ley aplicable en virtud del presente Reglamento.»

crèdits i subrogació convencional en obligacions contractuals: art. 14; subrogació legal en obligacions contractuals: art. 15) i normes auxiliars de les anteriors (normes d'aplicació com la prohibició de reenviament: art. 20; o l'excepció d'ordre públic: art. 21).

La LA al fons substantiu de l'obligació té un àmbit no definit al Roma 1, que es limita a fer una llista exemplificativa de qüestions sotmeses a la LA (art. 12). En primer lloc, com a qüestió prèvia, l'àmbit del què és contractual a efectes del Roma 1 queda reduït per la llista tancada de les exclusions de l'art. 1er.2., ja assenyalat, entre les que destaquem les obligacions que es deriven dels tractes previs a la celebració del contracte, que es regula entre les obligacions no contractuals al Reglament Roma 2 (REGLAMENT (CE) No 864/2007 DEL PARLAMENT EUROPEU Y DEL CONSELL d' 11 de juliol de 2007 relatiu a la llei aplicable a les obligacions extracontractuals). En segon lloc, un cop dins de l'àmbit material del Roma 1, l'art. 12 Roma 1 té una llista exemplificativa (no exhaustiva) del què queda cobert per la LA al fons, p. ex., la interpretació del contracte, el compliment de les obligacions que genera, o l'extinció de les obligacions i la prescripció i la caducitat. Però també, p. ex., les presumpcions legals i la càrrega processal de la prova que siguin específiques pels contractes (art. 18.1); aquests aspectes no poden ser considerats pels tribunals dels EM com a processals i exclosos del Roma 1.

Per tant, davant dels tribunals dels EM on s'apliqui el Roma 1, el Dret català serà aplicable quan, segons les normes de LA del Roma 1, el Dret català ex. art. 22.1, sigui la LA a la qüestió concretament rellevant en situacions *heterogènies* adscrites a la categoria d'obligacions contractuals' (*infra* apartat 3). No obstant, Roma 1 no reuneix ni tanca en sí mateix el catàleg complet de doctrines/tècniques/normes que permeten resoldre les qüestions de LA a les obligacions contractuals i per això cal atendre altres fonts formals del Dret (*infra* apartat 4).

## **2.2. Marc general d'anàlisi de l'aplicabilitat del Dret català en funció del Roma 1**

8. La centralitat sistemàtica del Roma 1 en la determinació de la LA a les obligacions contractuals permet descriure els trets generals de l'aplicabilitat del Dret català a partir d'aquest instrument. La perspectiva més comú a Dipr és la de la controvèrsia actual o prevista: el tribunal i/o les parts contractants i/o litigants i els seus consellers decideixen, advoquen o



dissenyen els fets, respectivament, per determinar o per predeterminar quina és la LA en situacions *heterogènies*. P. ex., el tribunal decidirà que les parts han escollit la LA i l'aplicarà; les parts escolliran la LA al contracte i el tribunal validarà l'elecció i aplicarà el Dret escollit. Les parts poden escollir la LA precisament per fer inaplicable el Dret que altrament declararia aplicable el tribunal, ateses les normes del Roma 1 pel cas que les parts no hagin escollit la llei (p. ex., la del país de situació de l'immoble arrendat predeterminada per l'art. 4.1.c o d)<sup>9</sup> o simplement per confirmar la llei predeterminada i descartar la possibilitat d'aplicació de la clàusula d'excepció de l'art. 4.3. Les parts i els seus consellers poden predeterminar fins a cert punt l'*aplicabilitat* del Dret de la seva preferència, p. ex., el Dret català. Aquesta perspectiva és la compatible amb la metàfora repetida «pal de senyalització de direcció» que veu les normes de conflicte en particular com a normes secundàries que constitueixen, amb fórmula de Lord Mance, la «infraestructura que assenyalava a les parts cap a la destinació per tal de determinar qüestions substantives».<sup>10</sup>

9. L'anterior perspectiva general no exclou perspectives complementàries: p. ex., preguntar-se en quins supòsits *un Dret concret o norma concreta* serà aplicable, ateses les normes de LA que en determinen l'*aplicabilitat* espacial. Aquesta és una perspectiva unilateral, en sentit divers del que inclou el clàssic debat unilateralisme/multilateralisme del sector de la LA, el qual afecta principalment al legislador conflictual, és a dir, al legislador de les normes de LA i no tant al legislador material.

Ara bé, fins i tot pressuposant normes de conflicte multilateral, la perspectiva unilateral és una perspectiva que pot ser tinguda en compte pel legislador material i per això és apta per l'anàlisi d'un determinat Dret quan ens preguntem quin abast territorial o espacial té la seva aplicabilitat. P. ex., el *legislador material* pot diversificar les seves normes materials en funció de la heterogeneïtat de la situació a la que s'apliquen,

---

9 Aquesta concepció de l'acord sobre la LA com un exercici d'opt out del règim legal subsidiari és la que acull i desenvolupa HOOK, M. *The Choice of Law Contract*, Hart Publishing, 2016, pp. 33 ss.

10 Lord MANCE, «The Future of Private International Law», *Journal of Private International Law*, 2005-1, p. 186

el què, al seu torn, resta determinat per les normes de LA del *legislador supraordinal*.<sup>11</sup>

La perspectiva unilateral té utilitat almenys parcial per dibuixar un mapa general amb traç gruixut i poc detallat, quan precisament ens fem la pregunta en quins supòsits un Dret concret és aplicable; és a dir, «fins on arriba» espacialment l'aplicació d'un Dret. Part d'aquesta utilitat prové de que hi ha normes de LA que no són del tipus «norma de conflicte» a que és refereix Lord Mance. Són normes de LA que determinen unilateralment «fins on arriba» espacialment l'aplicació d'unes determinades normes o conjunt de normes d'un determinat Dret. Per tant, la perspectiva unilateral permet una visió més unitària metodològicament en un mapa general poc detallat. Quan cal el detall respecte de la qüestió jurídica concretament debatuda o en fase de disseny entre les parts litigants o contractants, potser no és convenient aquesta simplificació. A més a més, deixarem de banda qualsevol condició o règim processal que incideixi en l'aplicació real o efectiva d'un Dret estranger, p. ex., el règim d'al·legació/prova (és a dir, al·legació/prova del Dret català als tribunals estrangers).

Als apartats següents fem aquesta anàlisi unilateral primer a partir de Roma 1 (apartat 3), afegint després unes consideracions sobre les Directives en matèria de contractes (apartat 4).

### 3. DRET CATALÀ I ROMA 1

10. El Dret català serà aplicable pels tribunals de qualsevol EM quan així ho determinin les normes uniformes de Roma 1 aplicables a la qüestió contractual plantejada. P. ex. per ser la llei de la residència habitual d'una pretesa part contractant als efectes de la manca de consentiment de l'art. 10.2 Roma 1 o als efectes de llei aplicable a la validesa formal de l'art. 11.2 Roma 1. També serà aplicable pels tribunals d'Estats no membres de la UE (TE), quan les normes de LA d'aquest TE assenyalin directament o indirecta el Dret català com aplicable; ara bé, llevat que es digui el

---

11 En expressió de FONT SEGURA, A., *Actualización y desarrollo del sistema de Derecho interregional*, Univ. Santiago de Compostela, 2007, p. 93. L'autor tracta la qüestió del text, pp. 107 ss, espec. 109, 11-112.

contrari, deixem fora de consideració aquests supòsits de litigis davant de tribunals de TE.<sup>12</sup>

Atès que Roma 1 estableix la distinció entre fons i forma de la substància o matèria (ambdues per oposició a procés, adjectiu, exclòs de Roma per l'art. 1er.3) la seguirem als apartats A i B següents. En fer-ho, ens centrarem en els contractes de consum perquè és l'àmbit en el que més incideixen les directives la consideració de les quals introduïm a l'apartat 4.

11. La diferenciació fons/forma al Roma 1 és finalment una qüestió d'interpretació de les normes del Roma 1 que correspon al TJUE, el qual no ha hagut de pronunciar-s'hi fins ara.<sup>13</sup> Considerem que pertanyen al camp de la forma les exigències i requisits per tal de tenir per vàlidament exterioritzats en Dret els actes de les parts que condueixen primer a la celebració del contracte i després, si de cas, a les seves modificacions i desenvolupament jurídic, fins l'extinció del contracte.<sup>14</sup> El fons de la substància és en canvi el significat jurídic dels actes en si mateixos, identificats per la seva vàlida exteriorització.

Feta la bifurcació entre fons i forma, cal afegir que la LA a cada una de les dues qüestions té a les seves mans, independentment, la validesa del contracte. Un cop declarada la invalidesa per la LA a la forma o per la LA al fons, les conseqüències de la nul·litat les determina la LA al fons (art. 12.1.e). P. ex., la invalidesa segons la forma regida pel Dret català no determina necessàriament l'aplicació de les normes del Dret català per tractar les conseqüències de la invalidesa formal, si els fons no es regeix pel Dret català. No obstant, llevat els casos contemplats a l'art. 11.4 i 5, la invalidesa formal queda determinada, cumulativament, per invalidesa segons la llei del fons (ara com LA a la forma, art. 11.1), de manera que podrà dir-se que llei invalidant i llei rectora de les conseqüències de la invalidesa són la mateixa, la LA al fons.

---

12 A més a més, com es veurà infra, puix que l'*aplicabilitat* d'una norma depèn de la competència judicial internacional del tribunal que hagi d'aplicar-la, el context UE ens permet tenir en compte aquesta dada gràcies a la unificació de les normes de competència judicial internacional pel Reglament 1215/2012 (RB1bis).

13 Vid. Loaker, Art. 11 Rome I, *Calliess Rome Regulations Commentary*, 2<sup>o</sup> ed., Wolters Kluwer, 2015, p. 288.

14 Vid. GIULIANO, M. - LAGARDE, P. Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles, *JOCE* C-261 de 31 octobre 1980, p. 29.

### 3.1. Regulació del fons de la substància («substància material») de les obligacions contractuals

12. El cas senzill és el de no elecció eficaç de la llei aplicable i persona consumidora resident habitual a Catalunya, el que fa aplicable el Dret català (art. 6.1 amb 22.1). Ara bé, el Dret català només és aplicable en qualitat de llei de la residència habitual de la persona consumidora en els casos en què Roma 1 considera que hi ha uns determinats contractes internacionals de consum (contractes de consum Roma 1), limitats a persona física consumidora que és susceptible de ser captada en el corresponent país de la seva residència habitual:

*«El contrato celebrado por una persona física para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad comercial o profesional (“el consumidor») con otra persona («el profesional») que actúe en ejercicio de su actividad comercial o profesional, se regirá por la ley del país en que el consumidor tenga su residencia habitual, siempre que el profesional: a) ejerza sus actividades comerciales o profesionales en el país donde el consumidor tenga su residencia habitual, o b) por cualquier medio dirija estas actividades a ese país o a distintos países, incluido ese país, y el contrato estuviera comprendido en el ámbito de dichas actividades.» (art. 6.1 Roma 1, èmfasi afegit).*

A més a més, sota les condicions de l'art. 6.1 Roma 1, el Dret català segueix sent aplicable encara que hi hagi elecció eficaç d'un Dret diferent al català, llevat que el Dret escollit resulti més favorable per la persona consumidora resident habitual<sup>15</sup> a Catalunya que el Dret català imperatiu, p. ex., un termini superior de garantia del producte establert a la llei d'un TE:

*«[D]icha elección no podrá acarrear, para el consumidor, la pérdida de la protección que le proporcionen aquellas disposiciones que no puedan excluirse mediante acuerdo en virtud de la ley que, a falta de elección, habría sido aplicable de conformidad con el apartado 1.» (art. 6.2 Roma 1, èmfasi afegit).*

Per altra banda, fins i tot en certs casos de contractes de consum dins la categoria de l'art. 6.1 Roma 1, l'art. 6.4 els exclou del règim especial

---

15 Vid. RÜHL, G., «La protección de los consumidores en el Derecho internacional privado», *Anuario español de Dopr* 2010, pp. 91-120, per la comparació i diferència amb d'altres opcions legislatives.

«contractes de consum Roma 1», amb la conseqüència que romanen sota el règim general de Roma 1 (arts. 3, 4 i 5):

*«a) contratos de prestación de servicios, cuando los servicios deban prestarse al consumidor, exclusivamente, en un país distinto de aquel en que el mismo tenga su residencia habitual; b) contratos de transporte distintos de los contratos relativos a un viaje combinado con arreglo a la definición de la Directiva 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990,<sup>16</sup> relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados; c) contratos que tengan por objeto un derecho real inmobiliario o contratos de arrendamiento de un bien inmueble distintos de los contratos relativos al derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido con arreglo a la definición de la Directiva 94/47/CE;<sup>17</sup> [...]» (art. 6.4 Roma 1, notes afegides)*

En cas de persona consumidora Roma 1 resident habitual a Catalunya, cal afegir que l'*aplicabilitat* del Dret català en els casos que correspon, ve mediatament garantida perquè els tribunals espanyols tenen competència judicial internacional per conèixer de la demanda interposada per la persona consumidora, en virtut de l'art. 18.1, segona part, RB1bis, que atribueix la competència al tribunal corresponent al lloc del seu domicili. Segurament menys probable a la pràctica, la mateixa solució hauran d'assolir els tribunals del altres EM (p. ex., entre els competents, els del domicili del demandat professional/empresari o, als que s'hagin sotmès les parts, de forma expressa o tàcita), tots ells vinculats per les mateixes normes del Roma 1. Pel cas més probable de resolució alternativa a la controvèrsia judicial o arbitral, la Directiva 2013/11/UE de 21 maig 2013 (art. 11) apunta al mateix sentit d'assenyalar com a LA la de la residència habitual de la persona consumidora. En el present context de persona consumidora resident habitualment a Catalunya i que interposa demanda davant dels tribunals del seu domicili, la conseqüència de les lletres a) a c) de l'art. 6.4 Roma 1, excloent l'aplicació del règim de LA als contractes

---

16 Substituïda per la Directiva (UE) 2015/2302, de 25 novembre 2015 (DOUE L-326, d'11 desembre 2015). Vid. CALVO CARAVACA, A.L. - CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "Contratos internacionales de consumo", a CALVO CARAVACA, A.L. - CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho internacional privado*, II (18<sup>a</sup> ed.), Granada (Comares), 2018, p. 1.141.

17 Substituïda per la Directiva 2008/122/CE, de 14 gener 2009 (DOUE L-33, de 3 febrer 2009). Vid. CALVO CARAVACA, A.L. - CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "Contratos internacionales de consumo", a CALVO CARAVACA, A.L. - CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho internacional privado*, II (18<sup>a</sup> ed.), Granada (Comares), 2018, p. 1.141.

de consum és que el Dret català és aplicable, en general, si ha estat escollit (arts. 3 Roma 1) o, en defecte d'elecció, si és el del país de situació de l'immoble arrendat (art. 4.1 c Roma 1) o si es donen les circumstàncies de l'art. 5 Roma 1 relatiu a transport de mercaderies o de persones.<sup>18</sup>

Cal esmentar que, a l'hora de constatar el domicili de la persona consumidora a efectes de competència judicial internacional,<sup>19</sup> és rellevant el que disposa l'art. 62 RB1bis, que remet al respectiu Dret dels EM, amb la distribució següent entre llei del fur i llei d'un altre EM:

*«1. Para determinar si una parte está domiciliada en el Estado miembro cuyos órganos jurisdiccionales conozcan del asunto, el órgano jurisdiccional aplicará su ley interna. 2. Cuando una parte no esté domiciliada en el Estado miembro cuyos órganos jurisdiccionales conozcan del asunto, el órgano jurisdiccional,*

---

18 Art. 5 Roma 1: «1. En defecto de elección de la ley aplicable al contrato para el transporte de mercancías de conformidad con el artículo 3, la ley aplicable será la ley del país donde el transportista tenga su residencia habitual, siempre y cuando el lugar de recepción o el lugar de entrega, o la residencia habitual del remitente, también estén situados en ese país. Si no se cumplen estos requisitos, se aplicará la ley del país donde esté situado el lugar de entrega convenido por las partes. 2. En defecto de elección por las partes de la ley aplicable al contrato para el transporte de pasajeros de conformidad con el párrafo segundo, el contrato se regirá por la ley del país donde el pasajero tenga su residencia habitual, siempre y cuando el lugar de origen o el lugar de destino también estén situados en ese país. Si no se cumplen estos requisitos, se aplicará la ley del país donde el transportista tenga su residencia habitual. Las partes podrán elegir como ley aplicable a un contrato para el transporte de pasajeros, de conformidad con el artículo 3, únicamente la ley del país donde: a) el pasajero tenga su residencia habitual, o b) el transportista tenga su residencia habitual, o c) el transportista tenga el lugar de su administración central, o d) se encuentre el lugar de origen, o e) se encuentre el lugar de destino. 3. Si del conjunto de circunstancias se desprende que el contrato, a falta de elección de la ley, presenta vínculos manifiestamente más estrechos con un país distinto del indicado en los apartados 1 o 2, se aplicará la ley de ese otro país.»

19 Cal tenir present que, en cas de professional/empresari establert a la UE, l'establiment secundari a Catalunya amb el que contracta la persona consumidora constitueix un «mini domicili» del professional/empresari demandat a Catalunya als efectes del litigis sorgits arrel de l'activitat de l'establiment secundari (art. 17.1 RB1bis pels contractes de consum i art. 7.5 RB1bis pels contractes en general). A més a més, en cas de professional/empresari no establert principalment a la UE, l'establiment secundari a Catalunya amb el que contracta la persona consumidora constitueix un domicili del professional/empresari demandat a Catalunya als efectes del litigis sorgits arrel de l'activitat de l'establiment secundari (arts. 17.2 RB1bis). Vid. CORDERO ÁLVAREZ, C.I., «La contratación entre consumidores de la UE y empresas de terceros Estados: evolución del Dpr europeo», *Boundaries of European Private International law* (BERGÉ – FRANQ – GARDEÑES SANTIAGO, eds.), Brussel·les (Bruylant), 2015, pp. 366 ss.

*para determinar si dicha parte lo está en otro Estado miembro, aplicará la ley de dicho Estado miembro.»*

En canvi, a efectes de LA, l'*aplicabilitat* del Dret català depèn de la *residència habitual*, enlloc definida al Roma 1 pel que fa a les persones físiques consumidores.<sup>20</sup> A banda que el país rellevant pot canviar entre el de residència habitual en el moment de contractar (rellevant per determinar la LA) i el del domicili en el moment d'interposar-se la demanda (rellevant per determinar la competència judicial internacional<sup>21</sup>), el concepte de residència habitual de les persones físiques consumidores a Roma 1 queda subjecta a les interpretacions autònomes que pugui fer-ne el TJUE, com ja ho ha fet en interpretació d'altres reglaments de la UE.<sup>22</sup>

13. Ara bé, en els casos de persones consumidores habitualment residents a Catalunya *que no siguin consumidores als efectes de l'art. 6.1 Roma 1*, per exemple les persones jurídiques, o persones físiques consumidores no passives, el Dret català només serà aplicable si és el Dret escollit (art. 3 Roma 1), o, en cas de no haver-hi elecció vàlida de la LA, si el venedor o el prestador de serveis té residència habitual també a Catalunya (art. 4.1 *a* i *b* Roma 1), que en el context internacional haurà de ser la residència d'un establiment secundari amb el que contracta la persona consumidora (art. 19.2 Roma 1); o bé també, en el cas de certs arrendaments immobiliaris de temporada sobre immobles situats a l'estranger, si el propietari/arrendador i l'arrendatari persona física tenen residència habitual a Catalunya:

---

20 Cf. art. 19 Roma 1, titulat «Residencia habitual»: «1. A efectos del presente Reglamento, la residencia habitual de una sociedad, asociación o persona jurídica será el lugar de su administración central. La residencia habitual de una persona física que esté ejerciendo su actividad profesional será el lugar del establecimiento principal de dicha persona. 2. Cuando el contrato se celebre en el curso de las operaciones de una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento, o si según el contrato, la prestación debe ser realizada por tal sucursal, agencia o establecimiento, se considerará residencia habitual el lugar en el que dicha sucursal, agencia u otro establecimiento esté situado. 3. La residencia habitual será la determinada en el momento de la celebración del contrato.»

21 Respecte als acords de submissió expressa, l'art. 19 RB1bis disposa: «Únicamente prevalecerán sobre las disposiciones de la presente sección los acuerdos: ... 3) que, habiéndose celebrado entre un consumidor y su cocontratante, ambos domiciliados o con residencia habitual en el mismo Estado miembro en el momento de la celebración del contrato, atribuyan competencia a los órganos jurisdiccionales de dicho Estado miembro, a no ser que la ley de este prohíba tales acuerdos.»

22 Vid. Atès 39 Roma 1.

«[E]l arrendamiento de un bien inmueble celebrado con fines de uso personal temporal para un período máximo de seis meses consecutivos se regirá por la ley del país donde el propietario tenga su residencia habitual, siempre que el arrendatario sea una persona física y tenga su residencia habitual en ese mismo país» (art. 4.1 d Roma 1)<sup>23</sup>

En els casos de venedors o prestadors de serveis residents a Catalunya i dels arrendaments esmentats, l'*aplicabilitat* del Dret català queda mediatament garantida perquè els tribunals espanyols tenen competència judicial internacional per conèixer de la demanda interposada en el domicili del demandat a Catalunya (art. 4.1 RB1bis). En els casos de venedors o prestadors de serveis no residents a Catalunya no la tenen, perquè llavors el RB1bis<sup>24</sup> atribueix competència judicial internacional als tribunals espanyols *de facto* coincidents amb el lloc del domicili del demandant només en alguns casos: lloc de lliurament de les mercaderies/prestació de serveis en destinació, a part de les hipòtesis de submissió.

Tenen però competència judicial internacional els tribunals del domicili de la persona consumidora demandant si es tracta de contractes de compravenda de mercaderies amb pagament a terminis o dels contractes de finançament de la compra. En aquest cas, les regles especials de competència judicial internacional del RB1bis esmentades al paràgraf 12 (art. 17.1 a i b RB1bis) l'atribueix als tribunals del domicili de la persona consumidora demandant, encara que no sigui persona consumidora en les condicions de l'art. 6.1 Roma 1.

14. Als paràgrafs 12/13 hem considerat l'*aplicabilitat* del Dret català en hipòtesis de persona consumidora Roma 1 o no Roma 1 amb residència habitual a Catalunya. Examinem ara la situació inversa, en què la persona

---

23 A més a més, en aquest cas, els litigis judicials derivats del contracte no són competència exclusiva únicament dels tribunals del lloc de situació de l'immoble, sinó que seran igualment competents els tribunals de l'EM de residència habitual comuna (art. 24.1.2 RB1bis).

24 Art. 7.1 RB1bis, per demandats domiciliats a la UE. La mateixa regla per demandats domiciliats a Suïssa, Islàndia i Noruega (art. 5.1 Conveni de Lugano de 2007). Per domiciliats a altres Estats, la regla remotament equivalent de l'art. 22 quinquies a) LOPJ; ara bé, la interpretació de la norma de la LOPJ no està condicionada pels conceptes del RB1bis/Conveni de Lugano de 2007 quan aquests no són aplicables, el que permet i fa versemblant que llavors els tribunals espanyols puguin basar la seva competència judicial internacional en l'art. 22 quinquies d) LOPJ, específica pels contractes de consum. Vid. CEBRIÁN SALVAT M.A., «La competencia judicial internacional residual en materia contractual en España», *Cuadernos de Derecho transnacional*, vol. 9.2, 2017, pp. 140 ss.



consumidora no té residència habitual a Catalunya, però interposa demanda contra el professional/empresari resident habitualment a Catalunya. En aquest cas, l'*aplicabilitat* del Dret català queda determinada de la mateixa manera, sigui que el tribunal que coneix de la controvèrsia tingui seu a Catalunya en qualitat de tribunal del domicili del demandat (art. 18.1 primera part RB1bis) o, fora de Catalunya, en qualitat de tribunal del domicili del demandant en un EM (art. 18.1 segona part RB1bis), o altre tribunal d'un EM al que s'hagin sotmès les parts, tot en funció de que sigui persona consumidora o no segons les mateixes regles de RB1bis i de Roma 1. No, en canvi, en el cas de controvèrsies davant de tribunals de tercers Estats, no vinculats ni per RB1bis ni per Roma 1.

Llevat els casos en que el Dret català hagi estat vàlidament escollit com a LA i resulti més favorable per la persona consumidora que la llei de la seva residència habitual fora de Catalunya, el Dret català només serà incondicionalment aplicable a contractes que Roma 1 exclou de la regulació dels contractes de consum, si s'ha escollit o, subsidiàriament, si no s'ha escollit cap altre LA, als arrendaments d'immobles situats a Catalunya (Art. 6.4 *c*, en relació als arts. 3 i 4.1 *c* i *d* Roma 1)<sup>25</sup> i als serveis prestats exclusivament a país que no sigui el de residència habitual de la persona consumidora, si el prestador de serveis té residència habitual a Catalunya (art. 6.4 *a*, en relació als arts. 3 i 4.1 *b* Roma 1). És a dir, en general: el Dret català s'aplicarà en aquests casos quan s'hagi escollit o, subsidiàriament quan Catalunya sigui el país de l'immoble arrendat o el país de residència del prestador dels serveis que hagin de prestar-se a la persona consumidora, exclusivament, a país diferent del de residència habitual de la persona consumidora. En ambdós casos, és a dir, s'hagi escollit o no la LA, Catalunya pot ser o no el país de prestació.

15. Elecció de la llei d'un TE com LA al fons. Suposarem que la LA objectiva ve determinada per la residència habitual de la part contractual respectivament considerada per la norma.

---

25 Ara bé, com s'ha vist *supra* 13, tampoc es regeix pel dret català de situació de l'immoble l'arrendament per persona física amb residència habitual al mateix país estranger que el propietari/arrendador: « ... el arrendamiento de un bien inmueble celebrado con fines de uso personal temporal para un período máximo de seis meses consecutivos se regirá por la ley del país donde el propietario tenga su residencia habitual, siempre que el arrendatario sea una persona física y tenga su residencia habitual en ese mismo país.» (art. 4.1 *d* Roma 1). I com també s'ha vist, els litigis corresponents escapen a la competència exclusiva única dels tribunals de l'EM del lloc de situació (art. 24.1 RB1bis).

a) Persones consumidores Roma 1: En qualitat de Dret del país de residència habitual de la persona consumidora, el Dret català serà aplicable no obstant l'elecció del Dret d'un TE si resulta més favorable per la persona consumidora que el Dret estranger escollit. En aquest sentit, no tenen rellevància les previsions específiques de l'apartat 4 de l'art. 3 Roma 1. L'aplicació preferent, en el seu cas, del Dret català ve mediatament garantida pel fet que gaudeixen de competència judicial internacional els tribunals del domicili de la persona consumidora, bé com a part demandant, bé com a part demandada en els termes exposats (*supra* 12). A més a més, si el professional/empresari no té domicili a la UE (art. 17.2 RB1bis), l'*aplicabilitat* del Dret català en virtut de les normes de Roma 1 pot donar-se encara hipotèticament en base a la competència judicial internacional atribuïda als seus tribunals per la llei de l'EM corresponent (art. 17.1 amb relació a l'art. 6 RB1bis), més enllà de la que atribueixin als tribunals dels EM les regles uniformes del RB1bis.

b) Persones no consumidores Roma 1. Dins d'aquesta categoria de situacions, cal fer la següent subdivisió addicional:

- Per una banda, que les parts contractuals o altres elements del contracte tinguin vincles amb TE (encara que no sigui el TE corresponent a la llei escollida). En no tractar-se de persona consumidora ex art. 6 Roma 1, l'elecció del Dret d'un TE «desactiva» l'*aplicabilitat* del Dret català, llevat l'actuació de correctius generals, p. ex. l'excepció d'ordre públic internacional (art. 21 Roma 1); o l'actuació directa de *normes de policia* (art. 9 Roma 1), l'aplicació dels quals es críticament dependent de que el tribunal que conegui de la controvèrsia judicial sigui un tribunal de la UE vinculat pel Roma 1, i que comporten l'aplicació de la llei del fur (art. 9.2 Roma 1), eventualment Dret català si coneix un tribunal radicat a Catalunya.<sup>26</sup>
- Per altra banda, si no existeix cap vincle amb cap TE, l'elecció de la llei d'un TE té els límits establerts a l'apartat 4 de l'art. 3 Roma

---

26 Vid. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «La “eficacia territorial” del Derecho civil autonómico como (NO) criterio de aplicación en situaciones internacionales», *Revista de Derecho civil*, v. IV n.3 (juliol/setembre 2017), pp. 44 s. per un panorama de les propostes doctrinals per tal de resoldre en el context plurilegislatiu situacions agrupades sota la comú denominació de «situacions anòmales». Desenvolupat amb anàlisi i crítica de les diferents postures a ALVAREZ GONZÁLEZ, S., “Remisión a un sistema plurilegislativo. El ejemplo español y algunas tareas por resolver”, Autors varis, *A l'ètreuve des siècles et des frontières. Mélanges en l'honneur du Professeur Bertrand Ancel*, París/Madrid (LGDJ/Iprolex), 2018, pp. 73 s.

1: Si la situació, objectivament considerada, només té vincles amb Catalunya, l'elecció no desplaça l'*aplicabilitat* de les normes que siguin imperatives en la perspectiva del Dret català i no es tracta ni tan sols d'una situació internacional regulada pel Roma 1, llevat que conegui de la controvèrsia un tribunal d'un altre EM (art. 3.3). Si, alternativament o cumulativa la situació, objectivament considerada, només té vincles amb el territori de la UE (és a dir, p. ex., només té vincles amb Catalunya, o amb països de la UE), llavors l'elecció tampoc desplaça l'*aplicabilitat* de les normes que siguin imperatives en la perspectiva del Dret de la UE (art. 3.4). La particularitat és que aquestes normes, si es troben a les directives de la UE en matèria de contractes, s'aplicaran pels tribunals amb seu a Catalunya segons la transposició vigent i aplicable a Catalunya per casos interns. Com en el supòsit anterior, l'aplicació d'aquestes normes és críticament depenent de que el tribunal que conegui de la controvèrsia judicial sigui un tribunal de la UE vinculat per Roma 1. Certament, la hipòtesi de la vinculació objectiva de la situació amb el territori de la UE fa més probable que sigui un tribunal d'un EM el que conegui de la controvèrsia; això no obstant, en tractar-se de persones no consumidores Roma 1, si tampoc ho són pel RB1bis, no queda exclosa la submissió a tribunals de TE.<sup>27</sup>

### **3.2. Regulació de la forma de la substància («substància formal») de les obligacions contractuals**

16. Cal recordar (*supra* 11) que el Dipr utilitza les categories de forma i de fons de la substància per fer-ne objecte de normes diverses de conflictes de lleis, en les que el tractament de la forma resta generalment subordinat al del fons, en el sentit que la LA al fons permet validar la forma, encara que aquesta no ho sigui segons el o els països d'emissió de la o de les declaracions del consentiment contractual (art. 11. 1, 2 i 3 Roma 1, vid. *supra* 11). No obstant, en matèria de contractes de consum Roma 1, només

---

<sup>27</sup> Aquesta hipòtesi de submissió als tribunals d'un TE no la regula l'RB1bis, que la contempla només indirectament en el context de la litispèndia i la connexitat (arts. 33 i 34 RB1bs). Per tant, llevat del règim del Conveni de Lugano de 2007 (que, llevat Dinamarca, vincula als EM amb Suïssa, Islàndia i Noruega) i del règim del Conveni de La Haia sobre acords d'elecció de fur (que exclou eleccions de fur per persones físiques consumidores) (que vincula la UE i als EM, inclosa Dinamarca, amb Mèxic, Singapur i Montenegro), a Espanya s'admet amb les condicions de l'art. 22 ter.4 LOPJ.

la llei de l'estat de residència del país de la persona consumidora en determina la validesa (art. 11.4 Roma 1) i qualsevol altre llei és irrellevant per validar o per invalidar el contracte en funció del judici de validesa de la seva forma. Encara que la llei escollida que en regeixi el fons no requereixi unes formalitats, s'imposa l'exigència de les formalitats que són vigents en el país de residència habitual de la persona consumidora. I això amb independència que les parts hagin escollit (amb major o menor eficàcia) la LA al fons o hagi quedat determinada objectivament. Per tant, el Dret català s'imposa imperativament si la persona consumidora té residència habitual a Catalunya. Com hem vist anteriorment (*supra* 12) aquest resultat queda reforçat perquè, suposant *grosso modo* un alineament entre RB1bis i Roma 1 en la consideració de contracte de consum, les normes corresponents atribuiran competència judicial internacional als tribunals de l'EM del domicili de la persona consumidora.

Si el contracte no és de consum en el sentit Roma 1, llavors els dos aspectes substancials, forma i fons, queden desvinculats a efectes de determinació de la LA. Com a conseqüència, es passa a la situació diametralment oposada: les normes de Dret català, en qualitat de normes corresponents al país de residència de la persona consumidora, perden en principi el seu caràcter internacionalment imperatiu: el contracte pot ser vàlid en funció de normes de forma corresponents a la LA al fons o d'altres lleis estrangeres eventualment cridades per la proliferació de connexions alternatives que permet l'art. 11 Roma 1 en supòsits de contractació a distància, amb o sense intervenció de representants. Cal recordar que en aquest cas, la LA al fons no cal que sigui la de la residència de la persona consumidora i que pot ser lliurement escollida per les parts. Fins i tot en el supòsit d'elecció de la llei d'un TE, la manca de vinculació no invalida per se l'elecció i la LA aplicable al fons pot complir la seva funció de validar la forma.

A més a més, suposant un altre cop un alineament *grosso modo* entre RB1bis i Roma 1 (ara en la *no* consideració de contracte de consum), el coneixement de la controvèrsia en base a la competència judicial internacional dels tribunals del domicili de la persona consumidora només constitueix una de les alternatives a l'abast de la part empresarial/comerciant. Es tracta d'una alternativa precisament dependent de la iniciativa de la part comercial/professional, ja no de la persona consumidora no Roma 1. Fins i tot quan no hi ha aquest alineament i sigui competent segons RB1bis el tribunal del domicili del demandant consumidor no Roma 1, el tribunal radicat a Catalunya no aplicarà el Dret

català per invalidar segons el Dret català el contracte que és vàlid per una altre LA alternativa de l'art. 11 Roma 1, llevat aplicació amb fonament a l'art. 9.1 i 2 Roma 1. Això podria succeir degut a la regla especial de competència judicial internacional del RB1bis, que l'atribueix als tribunals del domicili de la persona consumidora encara que no sigui persona consumidora Roma 1,<sup>28</sup> si es tracta de contracte de compravenda de mercaderies amb pagament a terminis o dels contractes de finançament de la compra (art. 17.1 *a* i *b* RB1bis).

17. Certs requisits formals en la contractació de consum poden anticipar-se o posposar-se en la gènesi de la perfecció del contracte per formar idealment part d'una fase precontractual o contractual. La diferència contractual/no contractual és una diferència força crítica a Dipr, on responsabilitat contractual i responsabilitat extracontractual (com la derivada dels tractes preliminars) poden quedar sotmesos a lleis diferents.<sup>29</sup> El Dipr de la UE utilitza amb força rigidesa però amb molta dificultat la diferència responsabilitat contractual/responsabilitat extracontractual i, en particular, la diferència responsabilitat contractual/culpa *in contraendo*, també per fer-ne supòsit de fet de normes diverses de conflictes de lleis.<sup>30</sup> Al Reglament 864/2007 sobre llei aplicable a les obligacions extracontractuals (Roma 2) es mira que la LA a la culpa *in*

---

28 És a dir, quan estem en la hipòtesi de l'art. 6.3 Roma 1: «Si no se reúnen los requisitos señalados en las letras a) y b) del apartado 1, la ley aplicable a un contrato entre un consumidor y un profesional se determinará de conformidad con los artículos 3 y 4».

29 Aquesta bifurcació pot presentar-se en cas d'eventuals demandes de responsabilitat contractual i extracontractual acumulades i es manifesta també en la incògnita qualificatòria relativa a si una determinada acció correspon al camp contractual o al camp extracontractual. També en els casos d'eventual qüestió prèvia: p. ex., hipotètica reclamació de danys extracontractuals perquè el contracte no es va celebrar vàlidament degut a defectes formals del què la persona consumidora responsabilitza l'altre part. Deixant de banda si la qüestió de la responsabilitat pertany o bé al camp d'hipòtesis de l'art. 12.1 Reglament 864/2007 sobre llei aplicable a les obligacions extracontractuals (Roma 2) o bé (en cas de que hi hagi prestació del consentiment) al camp d'hipòtesis de l'art. 12.1 e Roma 1, qui determina la LA (hipotètica) a la forma que s'haguera d'haver respectat en la celebració del contracte són les normes del Roma 1 relatives a la forma del contracte, com s'indica al text més avall.

30 Vid. SÁNCHEZ LORENZO, S. A., «El principio de coherencia en el Derecho internacional privado europeo», *Revista española de Derecho internacional privado*, 2018 (v. 70-2), p. 33 ss., sobre el problema de qualificació contractual/no contractual en aquest punt.

*contraendo* resti alineada a la LA al contracte (art. 12.1 Roma 2<sup>31</sup>), però aquest resultat només s'assoleix per les qüestions substancials de fons. Ara bé, puix que, en matèria de contractes de consum regulats per l'art. 6 Roma 1, forma i fons queden sotmesos a la mateixa LA (la de la residència habitual de la persona consumidora: art. 6.1 i 2 Roma 1) i la llei del fons s'aplica a la «obligación extracontractual que se derive de los tratos previos a la celebración de un contrato», l'aplicació del Dret català relatiu a les formalitats prèvies a la celebració del contracte s'hauria de produir en els mateixos supòsits d'aplicació de les normes contractuals relatives al fons de la substància (*supra* 12/14).

En aquest context hipotèticament extracontractual (per precontractual) del Roma 2, les formalitats exigides no tenen entitat per constituir una categoria «forma» homogènia amb la categoria forma en matèria contractual. Quan el Roma 2 regula la LA a la forma (art. 21 Roma 2), ho fa amb referència als actes que configuren les vicissituds de l'obligació extracontractual derivant del fet tingut per rellevant segons la LA al fons (p. ex., relatiu a la seva modificació o extinció<sup>32</sup>). En canvi, l'incompliment de les formalitats exigides en la fase precontractual determinen precisament, en la sistemàtica el Dipr de la UE, el naixement de l'obligació extracontractual segons la LA al fons de l'obligació extracontractual, encara que la forma que s'hagi incomplert generant hipotètica responsabilitat extracontractual és la que determina el Roma 1.

Per bé que la solució de l'art. 12.1 Roma 2 aconsegueix que el judici sobre la responsabilitat per l'incompliment de les formalitats exigides es faci, si de cas, segons «la ley aplicable al contrato o la que se habría aplicado al contrato si este se hubiera celebrado», el Dret substantiu de la UE en matèria de contractes de consum s'ha fet alliberant-se dels motllos conceptuals clàssics del Dipr. L'àmbit d'aplicació espacial de les directives en matèria de contractes de consum no es determina separatament per normes de fons i de forma, si no que es fa de manera unitària. Per tal d'evitar la incongruència lògica de distingir entre forma i fons en un primer moment per a continuació sotmetre determinades «formes» a la LA al fons, pot resultar de major utilitat considerar que

---

31 «La ley aplicable a una obligación extracontractual que se derive de los tratos previos a la celebración de un contrato, con independencia de que el contrato llegue o no a celebrarse realmente, será la ley aplicable al contrato o la que se habría aplicado al contrato si este se hubiera celebrado».

32 HALFMEIER, A. Art. 21 Rome II, *Calliess Rome Regulations Commentary*, 2<sup>o</sup> ed., Wolters Kluwer, 2015, p. 780.

els requisits de forma específics per la contractació de consumidores pertanyent al camp de la LA al fons.<sup>33</sup> Això resulta consistent (però no predeterminat) per la perspectiva civilista d'entendre que els requisits «formals» establerts pel Dret de la UE en matèria de contractes de consum exigeixen estendre el concepte de formació o perfecció del contracte, per abastar els requisits «precontractuals» i «postcontractuals» de comunicació i documentació, sancionables amb la invalidesa.<sup>34</sup> A més a més, aquest alineament restableix la coherència entre el règim de LA aplicable a la forma en matèria de contractes de consum Roma 1 (afectats per l'art. 11.4 Roma 1) y contractes de consum no Roma 1, afectats per directives, sense haver de fiar l'alineament exclusivament a la tècnica de les normes imperatives de l'art. 9. 1i 2 Roma 1.

#### 4. DRET CATALÀ, ROMA 1 I DIRECTIVES

18. Roma 1 aconseguix que, en teoria, el Dret català pugui ser aplicat segons els mateixos «criteris espacials» per qualsevol tribunal d'un EM. La manca d'autonomia del legislador català a l'hora de determinar l'àmbit d'aplicació espacial del seu Dret és a canvi de que l'*aplicabilitat* espacial del Dret català s'imposa a qualsevol tribunal d'un EM com s'imposa als tribunals radicats a Catalunya.<sup>35</sup> La consideració *pari passu* dels Drets territorials a Roma 1 fa que la manca d'autonomia no vingui en aquest cas determinada per la inserció de Catalunya dins d'Espanya, sinó directament, com per tots els altres Drets, d'àmbit de vigència estatal o més reduïda, de la inserció de Catalunya en el Dret de la UE (elaborat

---

33 Vid. sobre la qüestió LOAKER, L.D. Art. 11 Rome I, *Calliess Rome Regulations Commentary*, 2<sup>o</sup> ed., Wolters Kluwer, 2015, p. 275-306, espec. paras. 11 ss., 73 ss.

34 Vid. ARROYO I AMAYUELAS, E., «Qué es forma en el derecho contractual comunitario de consumo», *Anuario de Derecho Civil*, 2008-2, pp. 519-542, distingint entre tipus de sancions, seguida i estesa al terreny dels requisits «formals postcontractuals» per PEREZ ESCOLAR, M., «El art. 98 TRLCU, ¿requisitos formales de los contratos a distancia?», *InDret*, 2018-octubre pp. sn. Vid. ÁLVAREZ LATA, N., *Comentario del art. 100 TRLGDCU: Consecuencias del incumplimiento*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (dir.), *Comentario del texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto legislativo 1/2007)*, 2<sup>a</sup> ed., Cizur Menor (Aranzadi), 2015.

35 Vid. FONT SEGURA, A. «La utilització del Dret internacional privat com a criteri d'*aplicabilitat* del Dret civil català a Catalunya», *Revista catalana de Dret privat*, v. 151 (2015) p. 85.

amb concurrència i protagonisme desigual pels EM).<sup>36</sup> En d'altres àmbits materials (p. ex., el Dret de successions) s'ha mantingut el doble nivell estatal/subestatal per determinar la LA en conflictes internacionals de lleis.<sup>37</sup>

No obstant, aquesta paritat s'assoleix dins dels importants límits de Roma 1, candidat acceptable per representar la dita castellana «quien mucho abarca, poco aprieta». De fet, Roma 1 desplega la seva eficàcia on el Dret de la UE és indiferent al conflicte de lleis o ja li va bé Roma 1. Com a producte reglamentari de la UE, el Roma 1 té una justificació molt genèrica en l'art. 81.2 c) TFUE en la competència atribuïda a la UE: «la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros en materia de conflictos de leyes y de jurisdicción». Tant o més important que el seu feble poder unificador dels conflictes de lleis en matèria contractual, ho és l'estructura conceptual dogmàtica, a la qual s'ha fet referència *supra* 6. El miratge del Roma 1 com a peça central ens reclama mirar d'explicar-nos la seva articulació amb les directives en matèria contractual. En aquest aspecte trobem al propi Roma 1 clars indicis de la seva marginalitat o, almenys, subsidiarietat creixent, derivada de l'especialització i proliferació normativa.

19. Relació entre Roma 1 i Directives. La relació entre Roma 1 i les normes de determinació de l'àmbit espacial de les normes materials de les directives és una qüestió enrevessada i polèmica, normativament i doctrinal.<sup>38</sup> Lluny d'haver-n'hi prou amb els criteris de jerarquia,

---

36 Vid. FONT SEGURA, A., *Actualización y desarrollo del sistema de Derecho interregional*, Univ. Santiago de Compostela, 2007, p. 244.

37 Vid. FONT SEGURA, A. «The EU Regulation on succession matters and the territorial conflicts of laws within the European Boundaries», *Boundaries of European Private International law* (BERGÉ – FRANQ – GARDEÑES SANTIAGO, eds.), Brussel·les (Bruylant), 2015, pp. 65 ss.; GINEBRA MOLINS, E., «El Reglamento (UE) 650/2012 y la determinación de la ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte», *Cuestiones de Derecho sucesorio catalán* (ARNAU RAVENTÓS, L. – ZAHINO RUIZ, M., dirs), Madrid (Marcial Pons), 2015, pp. 165 ss.; CHRISTANDL, G., «Multi-Unit States in European Union Private International Law», *9 Journal of Private International Law*, 2013, pp. 229 ss.; QUINZÁ REDONDO, P - CHRISTANDL, G., «Ordenamientos plurilegislativos en el Reglamento (UE) de sucesiones con especial referencia al ordenamiento español», *InDret*, 2013-3, pp. 15 ss.

38 Es troben anàlisis amplis dels antecedents a AÑOVEROS TERRADAS, B., *Los contratos de consumo intracomunitario*, Madrid, Marcial Pons, 2003, pp. 40 ss.; ESTEBAN DE LA ROSA, F., *La protección de los consumidores en el mercado interior europeo*, Granada, Comares, 2002, pp. 153 ss. Ara molt extensament MATHIEU, B., *Directives européennes et conflits de lois*, Paris (LGDJ), 2015.



d'especialitat i temporal per resoldre conflictes entre fonts, la naturalesa de les fonts en conflicte i l'estatus i sistemàtica de les normes concretament «en conflicte» posen dificultats addicionals, per les que adoptarem a efectes d'aquesta exposició solucions que podem considerar sempre provisionals i temptatives.<sup>39</sup> Abordem la qüestió sobre dos eixos que subministra Roma 1:

a) Prioritat de les directives: L'art. 23 Roma 1 dona *prioritat* a les normes de conflicte d'actes normatius de Dret derivat de la UE en matèria contractual i de les seves normes nacionals de transposició. Per tant, desactiva el problema de determinar la jerarquia entre reglaments i directives i dona *prioritat* a les normes especials, amb independència del criteri temporal. És el cas, p. ex., de l'art. 6.2 Directiva 93/13/CEE, o de l'art. 7.2 Directiva 1999/44/CE, mantinguts vigents per la Directiva 2011/83/UE,<sup>40</sup> posterior al Roma 1.<sup>41</sup> Cal destacar que s'interpreta Roma 1 com el seu precedent CR 1980, en el sentit d'incloure dins la *prioritat* també o sobretot les «normes de conflicte» nacionals resultat de transposar la «norma de conflicte» de la Directiva, tal com es feia explícit al text del CR 1980 però no al del Roma 1.

---

39 Entre les obres més influents i enfrontades, vid. FRANQ, S., «The scope of secondary community law in the light of the methods of private international law - or the other way around?», *Yearbook of private international law*, 2006, pp. 354 ss; MATHIEU, B., *Directives européennes et conflits de lois*, Paris (LGDJ), 2015.

40 Directiva 2011/83/UE sobre els drets dels consumidors, que modifica la Directiva 93/13/CEE i la Directiva 1999/44/CE i deroga la Directiva 85/577/CEE i la Directiva 97/7/CE. Vid. FRONKOVÁ, L., «The new Directive on consumer protection: objectives from the perspective of the UE and the Member States», Schulte-Nölke - Tichy (eds.) *Perspectives for European consumer law: towards a directive on consumer rights and beyond*, Munich (Sellier), 2010, pp. 91-96. - TWIGG-FLESSNER, C., «La Directiva sobre derechos de los consumidores en el contexto del Derecho de consumo de la UE», Cámara Lapuente (dir) - Arroyo Amayuelas (coord.) *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores: más allá de la directiva sobre derechos de los consumidores y del instrumento opcional sobre un derecho europeo de la compraventa de octubre de 2011*, Madrid (Civitas/Thomson Reuters), 2012, pp. 81-105. La Directiva (UE) 2019/771, de 20 maig 2019, relativa a determinats aspectes dels contractes de compravenda de bens, derogarà la 1999/44/CE amb efectes a partir del 1 gener 2022 (art. 23) i no conté una norma equivalent a l'art. 7.2 Directiva 1999/44 (Veure n. 44, 45 i 65).

41 Una relació de directives amb referència a la transposició a Espanya: ESPLUGUES MOTA, C. - IGLESIAS BUHIGUES, J.L. - PALAO MORENO, G., *Derecho internacional privado*, València (Tirant lo blanc), 12<sup>o</sup> ed., 2018, pp. 635 ss.

Ara bé, la concreció de la prevalença de les «normes de conflicte» (nacionals de transposició) de les directives depèn del model que cada directiva segueix per tal d'establir la seva *aplicabilitat* espacial, que dràsticament simplifiquem tot reduint a dos models possibles:<sup>42</sup>

- Delimitació pròpia, que per tant preval sobre les normes de conflicte del Roma 1 (art. 23).<sup>43</sup> En aquest cas, en la matèria i grau màxim o mínim harmonitzada,<sup>44</sup> el grau d'imperativitat internacional del contingut harmonitzat el determinen les «normes de conflicte» (nacionals de transposició) de les directives i, en la resta de contingut contractual, el Roma 1. Aquesta modalitat de delimitació pròpia abasta fórmules diferents, si bé ens centren en exemples normatius.<sup>45</sup>

---

42 Classificació molt més detallada a MATHIEU, B., *Directives européennes et conflits de lois*, Paris (LGDJ), 2015, pp. 109-225 especialment; d'on deriva que les dues directives a les que fem referència al text pertanyen a la categoria de directives amb «clause de police» (p. 122).

43 Vid. MATHIEU, B., *Directives européennes et conflits de lois*, Paris (LGDJ), 2015, p. 138, seguint a BORRÁS RODRÍGUEZ, A., «Le Droit international privé communautaire: réalités, problèmes et perspectives d'avenir», RCADI, t. 317, 2005, pp. 404 s.

44 L'art. 4 Directiva 2011/83/UE estableix una harmonització màxima i mínima en general (amb excepcions, p. ex., art. 5.3 i 4), mentre que estableixen harmonització mínima per les seves matèries les Directives 93/13/CEE (arts. 8 i 8 bis) i la 44/1999/CE (arts. 8 i 8 bis). La Directiva (UE) 2019/771, de 20 maig 2019, relativa a determinats aspectes dels contractes de compravenda de bens, segueix el model de la Directiva 2011/83 (art. 4)

45 En aquesta categoria caldria incloure o traslladar les directives per les que el TJUE construeix una regla equivalent (p. ex., STJUE 9 novembre 2000, C-381/98, Ingmar, respecte de la Directiva 86/653/CEE, de 18 desembre 1986 sobre agents comercials independents; amb detall i en la línia crítica general, MATHIEU, B., *Directives européennes et conflits de lois*, Paris (LGDJ), 2015, pp. 122-129). De manera semblant, funcionalment, el principi d'origen pot imposar l'aplicació de normes de dret privat que no pertanyen a la LA segons la norma de conflicte (p. ex., STJUE 25 octubre 2011, C-509/9 i 161/100, eDate Advertising, relativa a la responsabilitat extracontractual; vid. HO-DAC, M., «L'adaptation du droit International privé européen aux exigences du marché intérieur», *Boundaries of European Private International law* (BERGÉ – FRANQ – GARDEÑES SANTIAGO, eds.), Brussel·les (Bruylant), 2015, pp. 428 ss.; HALFMEIER, A., Art 27 Rome II, *Callies Rome Regulations Commentary*, 2<sup>o</sup> ed., Wolters Kluwer, 2015, pp. 819 s. Amb detall, MATHIEU, B., *Directives européennes et conflits de lois*, Paris (LGDJ), 2015, pp. 147-221, espec. 176 ss, 209).

- Delimitació per remissió a les normes del Roma 1. Aquesta tècnica la segueix la Directiva 2011/83/UE al seu art. 25,<sup>46</sup> sobre el caràcter imperatiu de la Directiva. En aquest cas, en la matèria harmonitzada, el grau d'imperativitat internacional del contingut harmonitzat el determinen les «normes de conflicte» del Roma 1, com ens il·lumina l'atès 58: «... Si la ley aplicable al contrato es la de un tercer país, debe aplicarse el Reglamento (CE) no 593/2008, para determinar si la persona consumidora conserva la protección que ofrece la presente Directiva». És a dir, bàsicament, la protecció oferta per la prevalença de les normes del país de la residència habitual del consumidor Roma 1 malgrat l'elecció d'una LA corresponent a un altre país (art. 6.2 Roma 1) o la prevalença de les normes nacionals del fur de transposició del Dret de la UE si s'escull la LA d'un TE en les condicions de l'art. 3.4 Roma 1 (del que es tracta *infra* b), per cas de persona consumidora no Roma 1.<sup>47</sup>

En el context d'ampliar espacialment la protecció de les persones consumidores més enllà dels «contractes de consum Roma 1», el principal objectiu havia estat el de garantir normativament l'aplicació

---

46 Art. 25 Directiva 2011/83/UE: «Si la legislación aplicable al contrato es la de un Estado miembro, el consumidor no podrá renunciar a los derechos que le confieran las disposiciones nacionales de transposición de la presente Directiva. Toda disposición contractual que excluya o limite directa o indirectamente los derechos conferidos por la presente Directiva no vinculará al consumidor». Vid. WILDERSPIN, M. «Consumer contracts», *Encyclopedia of Private international law*, I, 2017, p. 471. Veure n. 40 *in fine* : La Directiva 2019/771 també determina l'aplicabilitat de les normes de transposició per remissió al Roma 1 (atès 65); per tant, la imperativitat de les normes nacionals de transposició en els termes dels arts. 4 i 21 de la Directiva 2019/771 la determinaran les normes del Roma 1 a partir del 1er gener 2022 (art. 24.1 Directiva 2019/771), aplicables a contractes celebrats el 1er gener 2022 o més tard (art. 24.2 Directiva 2019/771).

47 L'atès 58 de la Directiva 2011/83/UE es troba reflectit a l'art. 67.1 inici Text refòs LGDCU: «La ley aplicable a los contratos celebrados con consumidores y usuarios se determinará por lo previsto en el Reglamento (CE) n.º 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), así como por las demás disposiciones del Derecho de la Unión Europea que les sean de aplicación». Respecte a l'art. 67 LGDCU, vid. ORÓ MARTÍNEZ, C., *Comentario del art. 67 TRLGDCU: Normas de Derecho internacional privado*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (dir.), *Comentario del texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto legislativo 1/2007)*, 2ª ed., Cizur Menor (Aranzadi), 2015. Cf. FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. - SÁNCHEZ LORENZO, S.A., *Derecho internacional privado*, 10ª ed., Madrid (Civitas), 2018, p. 663.

de les directives quan s'ha escollit la llei d'un TE, no quan la llei aplicable d'un TE l'assenyalen les «normes de conflicte» objectives del Roma 1, com ara també convida a fer l'atès 58 de la Directiva 2011/83/UE. Hem vist (*supra* 12) que això darrer (la llei aplicable d'un TE l'assenyalen les «normes de conflicte» objectives) pot passar per ser contractes de consum exclosos de les normes que determinen els criteris materials o espacials del règim de contractes de consum i, per tant, de la protecció de les persones consumidores pel Roma 1, perquè llavors les regles generals permeten escollir la llei sense les restriccions que s'apliquen als contractes de consum. El legislador de la UE pot ampliar la protecció al marge del Roma 1 i l'eina és la delimitació pròpia i especial de la normativa material protectora, per via normativa o d'interpretació judicial, les quals prevalen sobre les altres normes del Roma 1 en virtut del seu art. 23. Dit això, l'atès 58 pot interpretar-se con un convit a aplicar les normes materials del fur que transposen la Directiva per la via de l'art. 9.2 Roma 1 o, fins i tot, per la via indirecta de l'art. 21 Roma 1 (inaplicació de llei estrangera per excepció d'ordre públic), d'abast més ampli que l'art 3.4 Roma 1.

b) Art. 3.4 Roma 1 i directives. Ara bé, considerem *al marge* d'una delimitació pròpia de les directives, les previsions genèriques que el Roma 1 fa a l'art. 3.4 en cas que les parts escullin com LA la d'un TE quan la situació es troba, llevat per l'elecció de la llei estrangera, únicament vinculada amb la UE (*supra* 15b). El Dret de la UE manté la seva imperativitat a imatge de com la manté el Dret imperatiu de cada EM en els supòsits d'internacionalització artificial del contracte amb elecció d'una llei estrangera (art. 3.3 Roma 1). Respecte de les directives, aquesta norma proporciona dues respostes:

- Cas que la qüestió jurídica estigui materialment regulada per una Directiva amb la delimitació espacial pròpia, segons les seves normes o interpretació pel TJUE, cal entendre que l'art. 23 desactiva l'art. 3.4 Roma 1.<sup>48</sup>
- Cas que la qüestió jurídica estigui materialment regulada per una Directiva, la manca de delimitació pròpia condueix a donar a les normes imperatives de les Directives l'àmbit determinat per l'art. 3.4 Roma 1. Aquest requereix que es tracti d'una situació

---

48 Cf. WELLER, M. Art. 23 Rome I, *Calliess Rome Regulations Commentary*, 2º ed., Wolters Kluwer, 2015, pp. 423 s.: entén que en realitat les normes de les directives suplementen l'art. 3.4 Roma 1, pp. 423 s. 406 ss. Contra, MATHIEU, B., *Directives européennes et conflits de lois*, Paris (LGDJ), 2015, pp. 135 ss.

objectivament interna a la UE (fins i tot un únic EM)<sup>49</sup> i no s'aplica, p. ex., si l'establiment de la part empresarial/professional esta situat i contracta des d'un TE.

A més a més, cada cop que no es reuneixin les condicions espacials d'*aplicabilitat* de l'art. 3.4 Roma 1 per l'existència de vincles objectius amb tercers Estats [recordem que estem en hipòtesi de contractes de consum que no son contractes de consum Roma 1] hi ha encara la possibilitat de fer valdre el caràcter imperatiu de les normes del fur ex art. 9.2 Roma 1, el què pot ser útil per la persona consumidora que demanda o és demandada a Catalunya. L'art. 9.2 Roma 1 actua permetent sempre l'*aplicabilitat* de les normes imperatives del fur amb les característiques previstes a l'art. 9.1 Roma 1,<sup>50</sup> com si es tractés d'una situació purament interna de l'EM del fur. Certament, la utilització de l'art. 9 Roma 1 per tal d'aplicar normes de protecció del consumidor no és admesa per tota la doctrina,<sup>51</sup> però la jurisprudència del TJUE no permet descartar aquesta possibilitat.<sup>52</sup>

---

49 L'art. 3. 3 i 4 Roma 1 fa referència a EM, no a país als efectes indicats per l'art. 22.1 Roma 1.

50 L'art. 9.1 defineix les normes imperatives qualificades per actuar funcionalment com «normes de policia Roma 1» amb referència a la llei del país al que pertanyen, amb consonància amb l'art. 22.1; ara bé, l'art. 9.2, amb enfocament processal, es referix a les normes del fur com les autoritzades a funcionar com «normes de policia Roma 1».

51 Vid. RENNER, M, Art. 9 Rome I, *Calliess Rome Regulations Commentary*, 2º ed., Wolters Kluwer, 2015, pp. 250 ss.; ANCEL. M.E. - DEUMIER, P. LAZOUZI, M., *Droit des contrats internationaux*, Paris (Sirey), 2017, pp. 666 ss.

52 STJUE 17 octubre 2013 C-184/12 Unamar: el tribunal belga aplica una norma belga de protecció dels agents comercials descartant l'aplicació de la llei búlgara escollida per les parts contractants, malgrat que la llei belga s'estén a àmbits no contemplats a la Directiva 86/653/CEE, de 18 desembre 1986 sobre agents comercials independents. En conflictes de lleis únicament entre EM, l'art. 9.2 Roma 1 només hauria de jugar fora de l'àmbit cobert per una directiva d'harmonització de mínims; no dins el seu àmbit o en el cas d'una directiva d'harmonització màxima, car en aquest cas la llei de l'altre EM no hauria de ser desplaçada per la del fur. Cf. RENNER, M, Art. 9 Rome I, *Calliess Rome Regulations Commentary*, 2º ed., Wolters Kluwer, 2015, pp. 250 ss; DA LOZZO. M., «Reconciling mandatory norms and European Union private international law in contractual obligations», *Boundaries of European Private International law* (BERGÉ – FRANQ – GARDENES SANTIAGO, eds.), Brussel·les (Bruylant), 2015, pp. 147 ss sobre la incoherència a que dona lloc Unamar.

L'eventual invalidesa de l'elecció de la LA via aplicació de norma de transposició de la Directiva 93/13/CEE<sup>53</sup> és compatible amb un contingut material d'una directiva afectat per l'acció de l'art. 3.4 Roma 1. És a dir, l'*aplicabilitat* espacial del contingut material de cada directiva (i norma material de transposició) està independentment determinat per la delimitació feta per les normes (de transposició) de cada directiva i, per tant, cada aspecte controvertit es determina segons les normes respectivament aplicables.

20. Relació entre les directives i la normativa catalana. El deure i la responsabilitat d'Espanya cara a la UE en la transposició es sense perjudici de la competència que, internament, tingui un o altre nivell d'organització a Espanya<sup>54</sup> i de la responsabilitat última de les CCAA.<sup>55</sup> La normativa

---

53 Art. 90.3 Text refós LGDCU (a l'empara de l'anex 1q) art. 3.3 Directiva 93/13/CEE: «Suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor, en particular obligándole a dirigirse exclusivamente a una jurisdicción de arbitraje no cubierta por las disposiciones jurídicas, limitándole indebidamente los medios de prueba a su disposición o imponiéndole una carga de la prueba que, conforme a la legislación aplicable, debería corresponder a otra parte contratante») en relació a l'article 67.2 del mateix text refós (a l'empara de l'art. 6.2 de la mateixa Directiva). És a dir, el de la Directiva 93/13/CEE es tracta d'un cas de delimitació pròpia amb potencial per afectar la totalitat de la resta de qüestions contractuals litigades, donat que la nul·litat de la clàusula d'elecció de LA (vid. art. 83 Text refós LGDCU sobre nul·litat parcial: clàusula no incorporada) determina que la LA pugui no ser la que va escollir-se a la clàusula invalidada.

54 ALBERTÍ ROVIRA, E., «El desarrollo y la ejecución por las Comunidades Autónomas de la normativa comunitaria en materias de competencia compartida con el Estado», a Estatuto y Unión Europea, Barcelona, IEA, 2006, pp. 81 ss, per un resum del context general. Vid. ARZOZ SANTISTEBAN, X., «La transposición de directivas en el Estado autonómico: diagnóstico y perspectivas de futuro», en ARZOZ SANTISTEBAN, X. Transposición de directvas y autogobierno. El desarrollo normativo del Derecho de la Unión Europea en el Estado autonómico, Barcelona, GC/IEA, 2013, p. 492 constata com a la pràctica s'ha produït un desplaçament a favor de l'Estat.

55 Vid. ESPEJO CAMPOS, A., «La transposición del Derecho de la Unión Europea por las Comunidades Autónomas», Anales de la Facultad de Derecho. La Laguna, n. 29, 2012, pp. 152 ss; - ARZOZ SANTISTEBAN, X., «La transposición de directivas en el Estado autonómico: diagnóstico y perspectivas de futuro», en ARZOZ SANTISTEBAN, X. Transposición de directvas y autogobierno. El desarrollo normativo del Derecho de la Unión Europea en el Estado autonómico, Barcelona, GC/IEA, 2013, pp. 542 ss.

catalana transposa directives i, prescindint ara dels seus antecedents,<sup>56</sup> l'exemple del Codi civil<sup>57</sup> i del Codi de consum<sup>58</sup> ho demostren. Aquesta transposició catalana es produeix a nivell de normes materials. S'hi troben també algunes normes de delimitació de l'àmbit d'aplicació espacial de les normes materials, però en aquest cas és dubtós que puguin ser considerades normes de transposició de directives. En aquest aspecte abordem dos punts:

- a) Catalunya i regulació dels conflictes de lleis. Pot el legislador català que transposa contingut material de les directives transposar també contingut «conflictual»? Certament, com hagi d'operar l'Estat internament pertany a l'àmbit de les competències de l'EM i el TC no deixa cap marge per tal de considerar que les normes de les CCAA pugin jugar cap paper principal o secundari en la determinació amb tècniques bilateral o unilateral, de les normes materials pròpies. Ara per ara, ni l'ús d'una tècnica unilateral ni la pròpia abstenció de l'Estat que la CCAA vol suplir limitant-se a establir un criteri d'aplicació espacial de la seva pròpia llei són

---

56 Vid. MARCO MOLINA, J. «La incorporación de directivas en materia de Derecho patrimonial por el legislador catalán (La relación entre las directivas comunitarias y la actividad legislativa de las Comunidades Autónomas)», *La Notaría*, núm. 11, 2001. (Versió VLex), p. sn, apartat III. MARCO MOLINA, J. «España. La Directiva 1999/44/CC, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de la venta de consumo. Su incorporación al Derecho civil español y al Derecho civil catalán», *La armonización del derecho de obligaciones en Europa* (coords. Arroyo i Amayuelas - Badosa Coll), València (Tirant lo blanc), 2006, pp. 165-188.

57 «El llibre sisè pretén assolir una regulació unificada del contracte, sense establir dos textos paral·lels per a la compravenda en general i la compravenda de consum respectivament, per a promoure una interpretació integradora de la compravenda, i sens perjudici del que estableix el Codi de consum de Catalunya. La regulació de la compravenda de consum incorpora les normes que estableix la Directiva 1999/44/CE del Parlament Europeu i del Consell, del 25 de maig de 1999, sobre determinats aspectes de la venda i les garanties dels béns de consum, i té en compte la Directiva 2011/83/UE, del 25 d'octubre, sobre drets dels consumidors. La caracterització de la compravenda de consum és, així, la tradicional, conforme a la qual el venedor actua amb un propòsit relacionat amb la seva activitat empresarial o professional i el comprador ho fa amb un de diferent de les dites activitats. Nogensmenys, s'ha seguit el criteri extensiu segons el qual les persones jurídiques poden ésser considerades consumidores.» (Preàmbul Llei 3/2017, del 15 de febrer, del llibre sisè del Codi civil de Catalunya, relatiu a les obligacions i els contractes).

58 Al preàmbul de la Llei 22/2010, del 20 juliol del CCons es caracteritza la nova normativa, respecte als precedents, un «instrument de protecció de la persona consumidora més eficaç i es garanteix una qualitat adequada en la prestació de serveis, tal com estableixen les directives comunitàries transversals».

tècniques ni motius admissibles per interpretar l'art. 149.1.8 CE en un sentit que no sigui el de reservar a l'estat la competència per qualsevol norma que incideixi en l'àmbit d'aplicació espacial de la llei (STC 23 abril 2013, FD 6<sup>59</sup>). El particular context de la transposició de les directives no sembla que pugui fonamentar una desviació de la doctrina del TC. De fet, en el Codi civil no s'hi transposen normes que delimitin específicament l'àmbit d'aplicació espacial de les normes sobre contractes de consum. A més a més, la LGDCU espanyola considera que les normes de determinació de l'àmbit espacial d'aplicació del text són de competència exclusiva de l'Estat (DF 1<sup>a</sup>. 3 LGDCU, en relació a l'art. 67 ubicat al llibre segon).

- b) En el Codi de consum s'hi troben normes que no semblen indicar res que no sigui una voluntat genèrica d'aplicació i que precisament

---

59 P. ex., STC 93/2013, de 23 d'abril, relativa a la llei de parelles de fet navarresa, on es descarta la possibilitat que una norma unilateral pugui ser considerada aplicable per determinar l'abast de la normativa material quan, al seu torn, el sistema al que pertanyen les normes anteriors és el designat per la corresponent norma de conflicte de competència estatal (FD 6). El TC deixa subsistent el principi de territorialitat, p. ex., STC 110/2016, de 9 juny 2016, relativa a la llei de parelles de fet valenciana 5/2012: «El art. 2, que regula el “Ámbito de aplicación” de la Ley haciéndolo depender de la “vecindad civil” de “las partes”, debe ser igualmente anulado, pues una vez desprovista la Ley de su contenido civil, su ámbito de aplicación debe atenerse al “principio de territorialidad de las competencias” que este Tribunal ha declarado “implícito al propio sistema de autonomías territoriales” [por todas, STC 80/2012, de 18 de abril, FJ 7 b)] y que recoge expresamente el art. 7.2 EACV/2006. Conforme a este principio, la aplicación de las normas de la Generalitat debe limitarse a su propio ámbito territorial [art. 7.2 EACV/2006 ya citado y STC 126/2002, de 20 de mayo, FJ 9 a)], de suerte que “[s]i la actuación de órganos de la Comunidad Autónoma implica ejercicio del poder político sobre situaciones o sujetos situados fuera de su ámbito territorial de competencias, ciertamente ello representará una actuación ultra vires” (STC 165/1994, de 26 de mayo, FJ 10). De este principio general de territorialidad se exceptúan las normas civiles, como expresamente dispone el art. 7.2 EACV/2006 antes citado, pues esta clase de normas se aplican según la vecindad civil, que se ostenta “con independencia de donde se resida”, en expresión del art. 3.4 EACV/2006, al que remite el citado art. 2 de la Ley 5/2012, y de conformidad con lo preceptuado al efecto por el Código civil (arts. 14 y ss.). Pero como ya se ha dicho, una vez anuladas las normas civiles de la Ley 5/2012, el resto de normas de distinta naturaleza de esta Ley que puedan pervivir deben regirse por el mencionado principio de territorialidad (art. 7.2 EACV/2006). En consecuencia, debe anularse también el art. 2 por este motivo». (FD 7).



fan referència també general a altres normes preferents.<sup>60</sup> El caràcter de «Dret administratiu» del Codi de consum queda reforçat per aquests tipus de redacció, que fa referència a l'aplicació territorial corresponent a les actuacions de l'administració.<sup>61</sup> Això no exclou que els deures imposats al professional/empresari en el Codi de consum no tinguin rellevància a l'hora de determinar el grau de compliment contractual de conformitat amb el Dret català com LA segons Roma 1 o segons les normes (de transposició) d'aplicació espacial de les directives (art. 23 Roma 1).<sup>62</sup>

Literalment, l'Estat espanyol ha transposat a la LGDCU el contingut conflictual de les directives atenent només a les normes de transposició

---

60 P. ex., Art. 111-1 Codi de consum: «Objecte i àmbit 1. Aquesta llei té per objecte garantir la defensa i la protecció dels drets de les persones consumidores i establir, *en l'àmbit territorial de Catalunya*, els principis i les normes que les han de regir per tal de millorar la qualitat de vida de les persones consumidores.» (Èmfasi afegit sobre la referència a la territorialitat inespecífica tolerada pel TC). En el camp de protecció de la salut i la seguretat: Art.121-1 «Disposició general 1. Es reconeixen a les persones consumidores els drets i interessos que estableix aquesta llei d'acord amb el que disposa aquest llibre, sens perjudici dels drets i de les obligacions que estableixen la normativa sectorial específica i la normativa civil general que escaigui. 2. *Les relacions de consum que es desenvolupin al territori de Catalunya* es regeixen pels preceptes d'aquesta llei, llevat dels casos en què la regulació sectorial específica dispensa una major protecció als drets de les persones consumidores.» (Èmfasi afegit sobre la reiteració de la territorialitat aplicada a la reglamentació de les relacions que es desenvolupin a Catalunya, que l'adversativa «llevat dels casos ...» situa en el seu paper de norma general catalana de consum, en clau de prelación entre normes vigents a Catalunya). També en el camp de relacions de consum s'hi van reiterant algunes normes semblants poc específiques, l'art. 211-1 «Àmbit d'aplicació. Els empresaris que es dediquin a la venda de béns o a la prestació de serveis, amb independència del tipus i sector d'activitat, han de complir les obligacions que estableixen aquest llibre, la normativa sectorial específica i la normativa civil general aplicable, sens perjudici de les competències de l'Estat en matèria civil i mercantil.»; i específicament pels serveis, l'art. 251-1 «Empresaris que presten serveis. 1. Els empresaris *que presten algun tipus de servei en el territori de Catalunya* estan subjectes al que disposa aquest títol, sens perjudici del que estableixi la normativa sectorial aplicable. Se n'exclouen els serveis accessoris a la venda d'un bé. S'hi inclouen els serveis en què s'aportin materials o béns, si la prestació del servei té caràcter principal».

61 P. ex., en el Codi de consum s'hi regula el dret de desistiment (arts. 211-15, 221-2 b) i c), 222-2 h), 222-3, 223-3 d), 223-4 punt 2), però la sanció prevista pels incompliments és administrativa (vid. infracció art. 3331-4 l))

62 Vid. no obstant STC 88/2017, de 4 juliol, FD 4., sobre el Codi de consum, en que l'Advocat de la Generalitat defensa la legalitat del precepte atacat 128-1.1 Codi consum en base a que el «dret» de la persona consumidora no va lligat a un deure correlatiu de la part professional/comerciant.

del contingut material que es troben a la legislació estatal,<sup>63</sup> perquè la considera legislació bàsica o exclusiva de l'Estat de conformitat amb la DF 1ª. LGDCU. Això convida a preguntar-se si només una part de la normativa espanyola que no inclou la catalana va acompanyada amb la transposició adient i, si això no és acceptable, a preguntar-se com cal tenir per determinat l'àmbit d'aplicació espacial de la transposició catalana de les directives, allà on existeixi, p. ex., en matèria de compravenda de consum. Suposant exclosa la possibilitat d'una transposició catalana, cal suplir el buit *mutatis mutandis* amb les normes de la LGDCU?

21. Les normes estatals de transposició de les normes d'aplicació espacial de les directives com a normes d'*aplicabilitat* espacial de la normativa catalana. La interpretació més respectuosa amb la concepció oficial del repartiment de competències en matèria de normes que determinen la LA passa per admetre que només juguen aquest rol normes emanades de l'Estat. La poca cura de l'Estat en transposar normes d'*aplicabilitat* espacial de les directives i el fet de fer-ho amb oblit que Espanya és un Estat plurilegislatiu<sup>64</sup> tenen com a conseqüència que les normes espanyoles semblen no ocupar-se de la delimitació de l'àmbit espacial de les normes catalanes que transposen directives. Puix que el TC no admet que la inactivitat de l'Estat la supleixin les CCAA, les normes catalanes no poden interpretar-se com a delimitadores de l'àmbit d'*aplicabilitat* espacial de la normativa catalana. Al contrari, l'àmbit d'aplicació espacial de la normativa catalana el determinen *mutatis mutandis* els preceptes de la legislació espanyola delimitadors de l'àmbit d'*aplicabilitat* espacial de la normativa «espanyola» de transposició. P. ex., l'art. 67.3 Text refós LGDCU s'aplica, amb els ajustaments necessaris, per determinar l'àmbit d'aplicació dels

---

63 Art. 67-2 primer apartat i -3 primer apartat: «2. Las normas de protección frente a las cláusulas abusivas contenidas en los artículos 82 a 91, ambos inclusive, serán aplicables a los consumidores y usuarios, cualquiera que sea la ley elegida por las partes para regir el contrato, cuando éste mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo. ... 3. Las normas de protección en materia de garantías contenidas en los artículos 114 a 126 ambos inclusive, serán aplicables a los consumidores y usuarios, cualquiera que sea la ley elegida por las partes para regir el contrato, cuando éste mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo». (Èmfasi afegit).

64 Més enllà de la referència exclusiva a les normes del propi Text refós LGDCU de l'art. 67.2 i 3, la LGDCU ignora la realitat plurilegislativa civil espanyola. P. ex., l'art. 74.1 relatiu al dret de desistiment disposa que «[e]jercido el derecho de desistimiento, las partes deberán restituirse recíprocamente las prestaciones de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 1.303 y 1.308 del Código Civil.» (Èmfasi afegit)

preceptes de la legislació catalana relatius a les compravendes de consum del Codi civil.

Ara bé, com ja s'ha destacat, aquestes normes espanyoles d'importació necessària a l'ordenament català s'apliquen en el context internacional com determina l'art. 22.1 Roma 1, que fa de l'ordenament jurídic català (i de qualsevol altre ordenament territorial, estatal o subestatal) un ordenament *pari passu* amb els altres, en el context internacional. En considerar aquest aspecte en relació a les normes de transposició de les directives, partim de la premissa que la primàcia reconeguda a les directives per l'art. 23 Roma 1 no desactiva el seu art. 22.1; o, almenys, que no desactiva el principi general que acull l'art. 22.1, com norma general d'aplicació de les normes de conflicte de lleis en matèria contractual i no resulta contradit per les directives.<sup>65</sup> Examinem algunes situacions que poden plantejar-se a partir d'això:

- a) Tribunal de la controvèrsia radicat a Catalunya. Aquest tribunal pot ser internacionalment competent per qualsevol dels criteris relatius als contractes de consum o als contractes en general (*supra* 12/14). Fins i tot cal admetre la hipòtesi d'accions que no puguin basar-se en el fet contractual i s'hagin d'articular com a demandes de responsabilitat extracontractual.<sup>66</sup> En aquests casos, l'aplicació de preceptes resultat de la transposició material de directives per la legislació catalana dependrà de la concurrència dels contactes previstos en la norma espanyola de transposició de les normes d'aplicació espacial de les directives. L'amplitud i alternativitat dels criteris usats a les normes<sup>67</sup> és prou gran com per considerar, en la

---

65 Vid. BORRÀS RODRÍGUEZ, A. «Les ordres plurilégislatifs dans le droit international privé actuel», RCADI, t. 249, 1994, p. 272; FONT SEGURA, A., *Actualización y desarrollo del sistema de Derecho interregional*, Univ. Santiago de Compostela, 2007, p. 213. La Directiva (UE) 2019/771, de 20 maig 2019, relativa a determinats aspectes dels contractes de compravenda de bens (veure n. 40 *in fine* i n. 46 *in fine*), restaurarà l'aplicabilitat del Roma 1 i deixarà inaplicable l'art. 67.2 Text refós LGDCU als contractes celebrats amb data 1er gener 2022 o posterlor.

66 Si es tracta d'accions judicials individuals no contractuals, la competència judicial internacional s'establirà amb fonament en normes de competència judicial internacional que no són relatives als contractes de consum, i que no tenen cap especialitat normativa per les situacions de consum (p. ex., art. 7.2 RB 1bis).

67 Art. 67-2 segon apartat i 3 segon apartat LGDCU: «2 ... Se entenderá, en particular, que existe un vínculo estrecho cuando el empresario ejerciere sus actividades en uno o varios Estados miembros del Espacio Económico Europeo, o por cualquier medio de publicidad o comunicación dirigiere tales actividades a uno o varios Estados miembros y el contrato estuviere comprendido en el marco de esas actividades. En los contratos

majoria de casos concebibles, que els dits criteris fan aplicable la legislació catalana vigent i específica al territori del tribunal (que és també la condició exigida per l'art. 3.4 Roma 1, no aplicable a la hipòtesi considerada). I això fins i tot si la mateixa amplitud i alternativitat dels criteris permetria establir també vincles, en base a la mateixa norma de transposició de la norma d'aplicació espacial de la directiva, amb altres ordenaments de la UE, espanyols o no. No obstant, quan el conflicte de lleis internacional inclou un conflicte de lleis intern, podria argumentar-se que, fins i tot en el cas de normes de delimitació unilateral, el principi de proximitat hauria de poder ser decisiu per tal de seleccionar com aplicable en el cas concret una llei espanyola no catalana.<sup>68</sup> Aquesta matisació es segurament irrellevant, perquè el contacte que atribueixi competència judicial internacional al tribunal radicat a Catalunya (p. ex., domicili de la persona consumidora demandant o demandada) serà normalment suficient per tal de fer també aplicable la norma catalana de transposició.

En el cas de directives que no tenen normes específiques d'aplicació espacial, l'aplicació via 3.4 Roma 1 per tribunal radicat a Catalunya comporta aplicació de la llei catalana de transposició material, encara que els vincles es donin també amb altres territoris dels EM. L'art. 3.4 Roma 1 ens dona una mostra extrema de la fungibilitat *a priori* de les diferents normatives estatals o subestatals de transposició de les directives; fungibilitat harmoniosa amb el fet que estem dins la hipòtesi de directives sense normes específiques d'aplicació espacial: encara que la situació estigui objectivament vinculada amb el territori *x* d'un o més EM, la norma que concretament s'aplica és la vigent en el territori *y* d'un altre EM on es litiga, p. ex., Catalunya.

---

relativos a inmuebles se entenderá, asimismo, que existe un vínculo estrecho cuando se encuentren situados en el territorio de un Estado miembro. 3 ... Se entenderá, en particular, que existe un vínculo estrecho cuando el bien haya de utilizarse, ejercitarse el derecho o realizarse la prestación en alguno de los Estados miembros de la Unión Europea, o el contrato se hubiera celebrado total o parcialmente en cualquiera de ellos, o una de las partes sea ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o presente el negocio jurídico cualquier otra conexión análoga o vínculo estrecho con el territorio de la Unión Europea».

68 Sobre aquesta problemàtica en general, FONT SEGURA, A., *Actualización y desarrollo del sistema de Derecho interregional*, Univ. Santiago de Compostela, 2007, pp. 182 ss, veure també n. 26.

Normalment, la situació vinculada a  $x$ , també estarà vinculada a  $y$ , el que justificarà la competència dels tribunals del territori  $y$ .<sup>69</sup>

- b) Per la mateixa raó, en cas de tribunal de la controvèrsia no radicat a Catalunya, sigui a Espanya o a un altre EM, l'aplicació de preceptes resultat de la transposició material de directives per la legislació catalana no dependrà de la concurrència dels contactes previstos en la norma espanyola (o, hipotèticament, catalana) de transposició de les normes d'aplicació espacial de les directives. La norma espanyola consultada per un tribunal espanyol no radicat a Catalunya determinarà l'aplicació unilateral de la norma vigent al territori del tribunal, per hipòtesi no la catalana.<sup>70</sup> Un tribunal d'un altre EM, igualment, només atendria a l'*aplicabilitat* de la seva norma. Naturalment, un EM que hagués fet una norma de transposició de la norma d'aplicació espacial de la directiva en forma bilateral,<sup>71</sup> estaria atribuïnt als seus tribunals la possibilitat d'aplicar normes de transposició material d'altres EM ... sota règim similar o no al de l'art. 22.1 Roma 1. Els tribunals d'un TE no tindrien al seu ordenament jurídic cap norma de delimitació de l'àmbit espacial de directives i l'aplicació de les normes imperatives catalanes dependria molt remotament de les doctrines vigents en aquest TE sobre l'aplicació de normes imperatives de tercers Estats.

Inversament al cas de tribunals radicats a Catalunya, el coneixement per altres tribunals que apliquin directives que no tenen normes específiques d'aplicació espacial, l'aplicació via 3.4 Roma 1 comporta l'aplicació de la llei de transposició del fur, encara que els vincles es donin també amb Catalunya.

---

69 Si no està vinculada a  $y$ , la competència judicial internacional dels tribunals de  $y$  és improbable, perquè caldria basar-la amb la submissió expressa o tàcita. Cal recordar que una elecció expressa del tribunal estranger competent d'un EM (en aquest cas radicat a  $y$ =Catalunya) es vàlida en principi segons l'art. 25 RB1bis, aplicable en la hipòtesi de contractes que no són de consumidors en el règim específic RB1bis, llevat que la llei del tribunal escollit l'invalidi per raons substancials de fons ... supòsit molt probable en virtut de la normativa sobre clàusules abusives en contractes de consumidors (malgrat no ser consumidor pel règim del RB1bis, segons es creu d'ençà la STJUE de 27 juny 2000 C-240/98, Oceano Grupo Editorial).

70 Fem la reserva esmentada del principi de proximitat, com a complement de la deixadesa del legislador «conflictual espanyol», en fer transposicions unilaterals circumscrites a la llei emanada d'un sol dels legisladors materials espanyols.

71 Vid. MATHIEU, B., *Directives européennes et conflits de lois*, Paris (LGDJ), 2015, pp. 283 s.

## 5. UN APUNT FINAL SOBRE ELS CONFLICTES INTERNES DE LLEIS

22. Com s'apliquen aquestes normes espanyoles d'"importació necessària" a l'ordenament català en el context interregional espanyol, on no regeix l'opció oferta per l'art. 22.2 Roma 1?<sup>72</sup> Pressuposada la viabilitat del conflicte interregional de lleis en sector de la contractació de consum, una possibilitat és la de considerar que en matèria contractual privada, les normes del Codi civil espanyol (arts. 10.5 i 11.1 i 2, i concordants CC espanyol) determinen exhaustivament la LA en l'àmbit interregional. Aquesta proposta permet esquivar les complicacions derivades de la concurrència de dos tècniques de delimitació: normes de conflicte bilaterals i normes específiques d'aplicació espacial en àmbits coberts per directives. La tècnica bilateral de les normes del CC espanyol permeten determinar com aplicable una sola llei i qualsevol de les lleis vigents a Espanya, però, amb la seva redacció vigent i anquilosada, es tracta o bé de normes insensibles a l'especificitat de la contractació de consum,<sup>73</sup> o bé que pressuposen que qualsevol dels drets espanyols materials aplicables protegeixen prou la persona consumidora.

Certament, en la mesura en què es tracta de l'aplicació de normes materials de transposició de directives de contractes de consum, tindria utilitat una especificació interregional corresponent a l'*aplicabilitat* de les normes corresponents a la residència habitual de la persona consumidora, llevat elecció d'una llei espanyola diferent, que fàcilment podria estendre's a qualsevol aspecte substantiu, de fons o formal, de la contractació de consum. Aquesta simplificació aniria, per una banda, amb consonància amb el contingut de la norma per contractes de consum del Roma 1 (que el dret interregional generalitzaria o estendria a tots els contractes de consum segons la llei interna). En segon lloc, aniria amb consonància amb el caràcter fungible inter ordenaments de les diferents transposicions, tal com rellueix al Roma 1 (art. 3.4 Roma 1), d'acord amb una tendència a l'harmonització màxima i mínima a les directives, coincidint en això amb

---

72 FONTANELLAS MORELL, J.M., «La apertura de un segundo frente en la problemática interregional de la prescripción: las acciones de origen contractual», Anuario español de Derecho internacional privado, 2017, pp. 1.209 s., il·lustrant la rellevància creixent del dret interregional de contractes fins i tot abans de l'*aplicabilitat* del Llibre Sisè del Codi civil.

73 Vid. GÓMEZ POMAR, F., «Entren en vigor la compraventa y el mandato del Código Civil de Cataluña», *InDret* 1/2018, p. 5.

una solució ex vigent art. 10.5 Codi civil espanyol. No obstant, aquestes consideracions no tenen gaire objecte on la competència exercida per l'Estat generi legislació excoent dels conflictes de lleis interns.

## 6. BIBLIOGRAFIA

- ALBERTÍ ROVIRA, E., «El desarrollo y la ejecución por las Comunidades Autónomas de la normativa comunitaria en materias de competencia compartida con el Estado», a *Estatuto y Unión Europea*, Barcelona, IEA, 2006, pp. 79-103.
- ALVAREZ GONZÁLEZ, S., «Remisión a un sistema plurilegislativo. El ejemplo español y algunas tareas por resolver», Autors varis, *Le droit à l'épreuve des siècles et des frontières. Mélanges en l'honneur du Professeur Bertrand Ancel*, París/Madrid (LGDJ/Iprolex), 2018, pp.63-84.
- ALGUACIL GONZÁLEZ-ORIOLES, J., *La directiva comunitaria desde la perspectiva constitucional*, Madrid, CEPC, 2004.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «La “eficacia territorial” del Derecho civil autonómico como (NO) criterio de aplicación en situaciones internacionales», *Revista de Derecho civil*, v. IV n.3 (julio/septiembre 2017), pp. 35-62.
- ÁLVAREZ LATA, N., Comentario del art. 100 TRLGDCU: Consecuencias del incumplimiento”, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (dir.), *Comentario del texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto legislativo 1/2007)*, 2ª ed., Cizur Menor (Aranzadi), 2015.
- ANCEL. M.E. - DEUMIER, P. LAZOUZI, M., *Droit des contrats internationaux*, Paris (Sirey), 2017.
- ANDERSON, M., «La Directiva de aprovechamiento por turno y la necesidad de transponerla ... en un Estado plurilegislativo», *Anuario de Derecho civil*, 2010-1, pp. 229-244.
- ANDERSON, M., «El dret civil català davant la transposició de la directiva 2008/112, relativa a certs aspectes contractuals de l'aprofitament per

- torns de béns mobles i immobles». Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada (Catalunya). 2010. <<http://hdl.handle.net/2072/179012>>. [Consulta: 13-08-18].
- AÑOVEROS TERRADAS, B., *Los contratos de consumo intracomunitario*, Madrid, Marcial Pons, 2003.
  - ARNAU RAVENTÓS, L., «El desistimiento contractual del consumidor en el futuro Libro VI del Código civil de Catalunya», BOSCH CAPDEVILA (dir), *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Barcelona, Bosch, 2009, pp. 549-561.
  - ARROYO I AMAYUELAS, E., «Qué es forma en el derecho contractual comunitario de consumo», *Anuario de Derecho Civil*, 2008-2, pp. 519-542.
  - ARROYO SAN JOSÉ, L. «La información precontractual como elemento reequilibrador en la contratación de consumo», GRAMUNT FOMBUENA - FLORENSA I TOMÀS (dirs.), *Codificación y reequilibrio de la simetría negocial*, Madrid (Dickinso), 2017, pp. 297-306.
  - ARZOZ SANTISTEBAN, X., "La transposición de directivas en el Estado autonómico: diagnóstico y perspectivas de futuro", en ARZOZ SANTISTEBAN, X. *Transposición de directivas y autogobierno. El desarrollo normativo del Derecho de la Unión Europea en el Estado autonómico*, Barcelona, GC/IEA, 2013, pp. 491-564.
  - BORRÀS RODRÍGUEZ, A., «Le Droit international privé communautaire: réalités, problèmes et perspectives d'avenir», RCADI, t. 317, 2005, pp. 313-536.
  - BORRÀS RODRÍGUEZ, A. «Les ordres plurilégislatifs dans le droit international privé actuel», RCADI, t. 249, 1994, pp. 145-367.
  - CALLIES, G.-P. Art. 3 Rome I, *Calliess Rome Regulations Commentary*, 2<sup>o</sup> ed., Wolters Kluwer, 2015, pp. 76-108.
  - CEBRIÁN SALVAT M.A., «La competencia judicial internacional residual en materia contractual en España», *Cuadernos de Derecho transnacional*, vol. 9.2, 2017, pp. 127-150.
  - CALVO CARAVACA, A.L. - CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Contratos internacionales de consumo», a CALVO CARAVACA, A.L. - CARRASCOSA



- GONZÁLEZ, J., *Derecho internacional privado*, II (18ª ed.), Granada (Comares), 2018, pp. 1.115-1.142.
- CORDERO ÁLVAREZ, C.I., «La contratación entre consumidores de la UE y empresas de terceros Estados: evolución del Dipr europeo», *Boundaries of European Private International law* (BERGÉ – FRANQ – GARDEÑES SANTIAGO, eds.), Brussel·les (Bruylant), 2015, pp. 361-379.
  - FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. - SÁNCHEZ LORENZO, S.A., *Derecho internacional privado*, 10ª ed., Madrid (Civitas), 2018.
  - CHRISTANDL, G., «Multi-Unit States in European Union Private International Law», 9 *Journal of private international law* 219 (2013), pp. 219-244.
  - DA LOZZO, M., «Reconciling mandatory norms and European Union private international law in contractual obligations», *Boundaries of European Private International law* (BERGÉ – FRANQ – GARDEÑES SANTIAGO, eds.), Brussel·les (Bruylant), 2015, pp. 139-159.
  - ESPEJO CAMPOS, A., «La transposición del Derecho de la Unión Europea por las Comunidades Autónomas», *Anales de la Facultad de Derecho. La Laguna*, n. 29, 2012, pp. 139-160.
  - ESPLUGUES MOTA, C. - IGLESIAS BUHIGUES, J.L. - PALAO MORENO, G., *Derecho internacional privado*, València (Tirant lo blanc), 12º ed., 2018.
  - ESTEBAN DE LA ROSA, F., *La protección de los consumidores en el mercado interior europeo*, Granada, Comares, 2002.
  - FONT SEGURA, A. «The EU Regulation on succession matters and the territorial conflicts of laws within the European Boundaries», *Boundaries of European Private International law* (BERGÉ – FRANQ – GARDEÑES SANTIAGO, eds.), Brussel·les (Bruylant), 2015, pp. 59-77.
  - FONT SEGURA, A. «La utilització del Dret internacional privat com a criteri d'aplicabilitat del Dret civil català a Catalunya», *Revista catalana de Dret privat*, v. 151, 2015, pp. 77-86.
  - FONT SEGURA, A., «Una nova etapa pel Dret interterritorial?», Florensa Tomás - Fontanellas Morell (coord.) *La codificación del Derecho civil de*

*Cataluña. Estudios con ocasión del cincuentenario de la Compilación*, Madrid, Marcial Pons, 2011, pp. 574-597.

- FONT SEGURA, A., *Actualización y desarrollo del sistema de Derecho interregional*, Univ. Santiago de Compostela, 2007.
- FONTANELLAS MORELL, J.M., «La apertura de un segundo frente en la problemática interregional de la prescripción: las acciones de origen contractual», *Anuario español de Dopr*, 2017, pp. 1.209-1.216.
- FRANQ, S., «The scope of secondary community law in the light of the methods of private international law - or the other way around?», *Yearbook of private international law*, 2006, pp. 333-374.
- FRONKOVÁ, L., «The new Directive on consumer protection: objectives from the perspective of the UE and the Member States», Schulte-Nölke - Tichy (eds.) *Perspectives for European consumer law: towards a directive on consumer rights and beyond*, Munich (Sellier), 2010, pp. 91-96.
- GINEBRA MOLINS, E., «El Reglamento (UE) 650/2012 y la determinación de la ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte», *Cuestiones de Derecho sucesorio catalán* (ARNAU RAVENTÓS, L. – ZAHINO RUIZ, M., dirs), Madrid (Marcial Pons), 2015, pp. 141-172 ss.
- GINEBRA MOLINS, E., Comentari art. 111.1 CCCat, Lamarca-Vaquer, *Comentari al llibre primer del CC. Disposicions preliminars. Prescripció i caducitat*, Barcelona, Atelier, 2012, pp. 73-148.
- GIULIANO, M. - LAGARDE, P. Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles, JOCE C-261 de 31 octobre 1980, pp. 1-47.
- GÓMEZ POMAR, F., «Entran en vigor la compraventa y el mandato del Código Civil de Cataluña», *InDret* 1/2018, pp. 1-5.
- GRAMUNT FOMBUENA, M., «La contractació amb consumidors en el Llibre sisè», *El Llibre sisè del Codi civil de Catalunya: anàlisi del projecte de llei: materials de les Divuitenes jornades de Dret català a Tossa*, Girona (Documenta Universitària), 2015, pp. 229-238.
- HALFMEIER, A. Arts. 21 i 27 Rome II, *Calliess Rome Regulations Commentary*, 2º ed., Wolters Kluwer, 2015, pp. 779-780 i 814-822.

- HO-DAC, M., «L'adaptation du droit International privé européen aux exigences du marché intérieur», *Boundaries of European Private International law* (BERGÉ – FRANQ – GARDEÑES SANTIAGO, eds.), Brussel·les (Bruylant), 2015, pp. 419-439.
- HOOK, M. *The Choice of Law Contract*, Hart Publishing, 2016.
- LOAKER, L.D. Art. 11 Rome I, *Calliess Rome Regulations Commentary*, 2º ed., Wolters Kluwer, 2015, p. 275-306.
- LUTZI; T. «'What's a consumer?' (Some) clarification on consumer jurisdiction, social-media accounts, and collective redress under the Brussels Ia Regulation. Case C-498/16 Maximilian Schrems v. Facebook Ireland Limited EU:C:2018:37» *Maastricht journal of European and comparative law* 2018 (v. 25-3), pp. 374-381.
- MARCO MOLINA, J. «La incorporación de directivas en materia de Derecho patrimonial por el legislador catalán (La relación entre las directivas comunitarias y la actividad legislativa de las Comunidades Autónomas)», *La Notaría*, núm. 11, 2001. (Versió VLex).
- MARCO MOLINA, J. «España. La Directiva 1999/44/CC, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de la venta de consumo. Su incorporación al Derecho civil español y al Derecho civil catalán», *La armonización del derecho de obligaciones en Europa* (coords. Arroyo i Amayuelas - Badosa Coll), València (Tirant lo blanc), 2006, pp. 165-188.
- LORD MANCE, «The Future of Private International Law», *Journal of Private International Law*, 2005-2, pp. 185-195.
- MANKOWSKI, P. «Just how free is a free choice of law in contract in the EU?» *Journal of private international law*, 2017-2, 231-258.
- MATHIEU, B., *Directives européennes et conflits de lois*, Paris (LGDJ), 2015.
- MIRANDA SERRANO, L.M., «La contratación a distancia de consumo TRDCH y Directiva 2011/83/UE», MIRANDA SERRANO - PAGADOR LÓPEZ (coords.), *Derecho (privado) de los consumidores*, Madrid, (Marcial Pons), 2012, pp. 145-181.

- ORÓ MARTÍNEZ, C., Comentario del art. 67 TRLGDCU: Normas de *Derecho internacional privado*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (dir.), *Comentario del texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto legislativo 1/2007)*, 2ª ed., Cizur Menor (Aranzadi), 2015.
- PEREZ ESCOLAR, M., «El art. 98 TRLCU, ¿requisitos formales de los contratos a distancia?», *InDret*, 2018-octubre pp. sn.
- POZO CARRASCOSA, P. del - VAQUER ALOY, A. - BOSCH CAPDEVILA, E., *Derecho civil de Catalunya. Derecho de obligaciones y contratos*, Madrid (Marcial Pons), 2018.
- QUINZÁ REDONDO, P - CHRISTANDL, G, «Ordenamientos plurilegislativos en el Reglamento (UE) de sucesiones con especial referencia al ordenamiento español», *InDret*, 2013-3, pp. 1-27.
- RENNER, M, Art. 9 Rome I, *Calliess Rome Regulations Commentary*, 2º ed., Wolters Kluwer, 2015, pp. 242-261.
- REQUEJO ISIDRO, M., «Contratos de consumo y Roma I: ¿un poco más de lo mismo?», *Anuario español de Dopr* 2008, pp. 493-510.
- RUBIO GIMENO, G., «Codi civil i codi de consum en els contractes de consum», *El Llibre sisè del Codi civil de Catalunya: anàlisi del projecte de llei: materials de les Divuitenes jornades de Dret català a Tossa*, Girona (Documenta Universitària), 2015, pp. 239-264.
- RÜHL, G., «La protección de los consumidores en el *Derecho internacional privado*», *Anuario español de Dopr* 2010, pp. 91-120.
- SÁNCHEZ ABRIL, P. - OLIVA BLÁZQUEZ, F. - MARTÍNEZ EVORA, J., «The right of withdrawal in consumer contracts: a comparative analysis of American and European law», *InDret*, julio 2018.
- SÁNCHEZ LORENZO, S. A., «El principio de coherencia en el *Derecho internacional privado europeo*», *Revista española de Derecho internacional privado*, 2018 (v. 70-2), pp. 17-47.
- SANTOS MORÓN, M.J., «Reflexiones sobre los “requisitos formales” de los contratos a distancia y fuera de establecimiento mercantil», EMBID IRUJO - MIQUEL GONZÁLEZ - MORALES MORENO (dirs.), *Estudios jurídicos, Liber*

*amicorum en honor a Jorge Caffarena*, Madrid (Colegio de Registradores), 2017, pp. 659-677.

- TWIGG-FLESSNER, C., «La Directiva sobre derechos de los consumidores en el contexto del Derecho de consumo de la UE», Cámara Lapuente (dir) - Arroyo Amayuelas (coord.) *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores: más allá de la directiva sobre derechos de los consumidores y del instrumento opcional sobre un derecho europeo de la compraventa de octubre de 2011*, Madrid (Civitas/Thomson Reuters), 2012, pp. 81-105.
- WELLER, M. Art. 23 Rome I, *Calliess Rome Regulations Commentary*, 2º ed., Wolters Kluwer, 2015, pp. 416-427.
- WILDERSPIN, M. «Consumer contracts», *Encyclopedia of Private international law*, I, 2017, pp. 464-472.



esult

esult

esult

esult

# Las afecciones registrales en la regulación de la compraventa en el Código Civil de Cataluña:

## Su regulación en la constancia registral de las arras y de la resolución consecuencia del cumplimiento de la condición resolutoria.

RAFAEL ARNAIZ RAMOS

*Registrador de la Propiedad*

### SUMARI

1. INTRODUCCIÓN. 2. LAS AFECCIONES EN LA REGULACIÓN DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA DEL LIBRO VI. 2.1. *Regulación de la afección legal en garantía de las arras.* 2.2. *La afección en el caso de la resolución resultante del cumplimiento de la condición resolutoria expresa pactada en garantía del precio aplazado.*

## 1. INTRODUCCIÓN

En la consideración de los aspectos de trascendencia registral contenidos en la regulación que del Contrato de Compraventa realiza el Libro VI CCCat, aprobado por la Ley 3/2017, tiene especial relevancia, y en ello centraré la presente conferencia, la regulación de las afecciones resultantes del acceso al Registro de la Propiedad de las arras y de la resolución consecuencia del cumplimiento de la condición resolutoria expresa que garantiza el pago del precio. Regulación contenida en los artículos 621.8 CCCat en materia de arras, y 621.54 CCCat en materia de condición resolutoria.<sup>1</sup>

---

1 Un estudio detallado de la nueva regulación del contrato de compraventa contenida en el Libro VI del CCCat es la realizada en el libro «Estudios sobre el Libro VI del Código Civil de Cataluña», coordinado por Serrano de Nicolás, Ángel, ed. Colegio Notarial de Cataluña y Marcial Pons, 2018.

Con carácter previo, y centrándonos en el término «afección», se ha de señalar lo difuso del mismo, en la medida en que es utilizado por diversas normas de distintos ámbitos jurídicos con significados, contenidos y efectos diversos. Así, el concepto de afección no es nuevo en el CCCat. El artículo 553.5 CCCat establece una «afección real» para sujetar el dominio de los elementos privativos del régimen de propiedad horizontal al pago de determinadas cuotas de comunidad; en el ámbito urbanístico, el artículo 127.b) del Texto Refundido de la Ley de Urbanismo de Cataluña regula una «*afectación con efectos de garantía real*», para sujetar las parcelas adjudicadas al pago y cumplimiento de las cargas inherentes al sistema de reparcelación; la legislación estatal de suelo, en el Texto Refundido de la Ley de Suelo, establece una «afección real directa e inmediata» y con «carácter de garantía real» y un régimen específico de prioridad y preferencia en los artículos 14.4, 15.4, 18,6 y 68, sujetando así determinadas fincas y derechos existentes sobre las mismas al cumplimiento de deberes urbanísticos, sean de conservación, sean de equidistribución; los artículos 19 y 20 del Real Decreto 1093/97 de 4 de julio, por el que se aprueban las Normas Complementarias al Reglamento Hipotecario en materia de Inscripción de Actos de Naturaleza Urbanística, regulan los efectos de preferencia, prioridad y purga de la afección urbanística; también la legislación fiscal establece la «afección» de fincas al pago de liquidaciones complementarias en impuestos de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados y sucesiones y donaciones (cfr. art.5 TRLITPAJD 1/93 de 24 septiembre y art. 9 RISD, RD 1629/ 1991). Finalmente, el artículo 31.4 de la Ley 38/2003, General de Subvenciones, establece que en caso de subvenciones otorgadas para la adquisición, construcción, rehabilitación y mejora de bienes inventariables, tales bienes quedan «afectos» a la obligación de restitución del importe subvencionado, en caso de que tenga lugar el incumplimiento de la obligación de destino por razón de la enajenación o gravamen del bien.<sup>2</sup>

Y lo cierto, es que no en todas las regulaciones citadas la afección tiene una misma naturaleza y un mismo efecto. Sin entrar en profundizar en cada uno de los supuestos, y como paso previo a la interpretación que del concepto de «afección» realizan los artículos 621.8 y 621.54 CCCat, procede referirse a las diferencias que, según las diversas regulaciones, pueden darse en su configuración. Diferencias o, quizá proceda decir,

---

2 Sobre esta materia ver Laso Martínez, José Luis, «Afecciones registrales. Aplicaciones tributarias y urbanísticas». (Ed. Colegio de Registradores, 2005).



oscuridades, dada la escasa precisión con la que las normas que las establecen delimitan su contenido y efectos. Cabe así señalar:

- Que las afecciones son garantías de origen legal, en cuanto previstas directamente por la norma para su nacimiento como un efecto necesario resultante de determinados actos administrativos (afecciones urbanísticas), de determinados negocios jurídicos (venta de elementos privativos de regímenes de propiedad horizontal, celebración de contratos de arras), o de determinadas actuaciones de los particulares ( incumplimiento de la obligación de destino en el caso de subvenciones o resolución resultante del cumplimiento de una condición resolutoria).
- Que las diversas afecciones referidas se establecen para asegurar créditos de muy distinta naturaleza, naturaleza ésta que influye tanto en la decisión legal de establecer la afección como en la determinación de su eficacia. Así, la afección urbanística garantiza un crédito cuyo impago debe perjudicar no sólo al propietario deudor, sino a todos los titulares de derechos reales limitados incorporados a la comunidad reparcelatoria, en cuanto todos ellos se han beneficiado de las plusvalías generadas por la transformación urbanística, razón por la cual el legislador deja afectos al cumplimiento de tales obligaciones a todos los titulares del dominio y de otros derechos reales (cfr. art. 19 R.D. 1093/97 de 4 de julio). Por su parte, las afecciones tributarias garantizan deudas tributarias cuyo sujeto pasivo puede ser no sólo quien realizó el hecho imponible, sino, previa derivación de responsabilidad subsidiaria, el adquirente posterior de ciertos bienes (cfr. art. 43.b) y 79.1 LGT). Finalmente, la afección establecida en materia de propiedad horizontal por el artículo 553.5 CCCat garantiza un crédito al que el artículo 9.e) párrafo segundo de la Ley de Propiedad Horizontal reconoce, en la parte correspondiente a la anualidad corriente y los tres años anteriores, una preferencia crediticia especial sobre el elemento privativo.
- Que no siempre resultan claros los efectos que respecto de su existencia produce su constancia registral. Las afecciones legales con efectos de garantía carecen, al igual que la hipoteca, de toda publicidad posesoria, lo que justificaría reconocer eficacia constitutiva a su inscripción en el Registro de la Propiedad. Sin embargo, tal eficacia no queda establecida por norma alguna, lo cual parece que debe llevar a entender que las afecciones existen desde que se produce el hecho que la Ley determina como

generador de la obligación garantizada y que su constancia registral genera el efecto de asegurar su plena eficacia «erga omnes». Cabe incluso considerar que determinadas «afecciones reales» pueden generar los efectos propios de las hipotecas legales tácitas, como entendió la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo 379/2014, de 15 de julio, respecto de la afección urbanística, a los efectos de poder considerar el crédito por cuotas de urbanización como un crédito concursal con privilegio especial.

- En determinados casos el legislador atribuye a las afecciones sólo alguno de los efectos de propios de los derechos reales de garantía. Así, en tales casos, la afección, o más bien su constancia registral, se limita a excluir la posible aparición de terceros protegidos por la fe pública registral frente al procedimiento de ejecución que pretenda hacer efectivo el importe de la obligación asegurada sobre el bien afecto, pero no genera efecto alguno de prioridad o preferencia. En este sentido cabe señalar que la afección fiscal, que accede al Registro de la Propiedad por medio de una nota marginal, carece de efectos de prioridad y, con ello, de purga de asientos posteriores, y se limita a excluir el juego de la fe pública registral, posibilitando que la acción de derivación de responsabilidad resultante de la declaración de fallido del deudor principal pueda seguirse contra el adquirente posterior, pero sin generar prioridad alguna distinta de la que en su momento genere la correspondiente anotación preventiva de embargo. En tal sentido cabe citar la doctrina sentada por la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 3 de julio de 2014, (BOE, 1 de agosto de 2014).<sup>3</sup>

---

3 La Dirección General de Tributos, en Resolución a Consulta Vinculante 2146/2006 de 25 de octubre, atribuye a la nota marginal de afección fiscal eficacia determinante del plazo para exigir el pago de la deuda tributaria a los adquirentes de bienes afectos, al establecer que «si en el momento de inscribir la adquisición consta expresamente la afección del bien mediante la nota correspondiente, como es el caso que se plantea en la consulta, el adquirente no resultará protegido por la fe pública registral, quedando el bien afecto al pago de las deudas tributarias derivadas tanto de su adquisición como de transmisiones anteriores a su adquisición y la Administración puede exigir el pago de dichas deudas, salvo que haya transcurrido el plazo de caducidad de la referida nota, pues la finalidad de la misma es, además de proteger a los terceros adquirentes que adquieren confiados en el contenido del Registro, determinar el plazo para exigir el pago de la deuda tributaria derivada de la transmisión anterior a la adquisición.»

Valga lo hasta aquí expuesto para poner de manifiesto hasta qué punto la regulación de las garantías de origen legal llamadas afecciones resulta poco específica, difusa y carente de una determinación sistemática de su eficacia, lo cual plantea importantes problemas en su aplicación práctica. Situación ésta en la que la nueva regulación contenida en los artículos 621.8 y 621.54 CCCat abunda, en términos que pasamos a estudiar.

## 2. LAS AFECCIONES EN LA REGULACIÓN DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA DEL LIBRO VI

La nueva regulación del contrato de compraventa contenida en el Libro VI hace uso de las afecciones, como garantía legal del cumplimiento de obligaciones, en dos supuestos:

En el artículo 621-8, al regular el acceso al Registro de las arras penitenciales:

*«En la compraventa de inmuebles, la entrega de arras penitenciales pactadas por un plazo máximo de seis meses y depositadas ante notario puede hacerse constar en el Registro de la Propiedad y, en este caso, el inmueble queda afecto a su devolución. En caso de desistimiento, el notario debe entregar las arras depositadas a quien corresponda. La afectación se extingue:*

- a) Una vez transcurridos sesenta días después del plazo pactado, salvo que exista una anotación anterior de demanda por parte del comprador. En este caso, la afectación se cancela de oficio.*
- b) Cuando el comprador desiste y el vendedor lo acredita fehacientemente.*
- c) Cuando se inscribe la compraventa.»*

En los números 4 y 5 del artículo 621-54, al regular el procedimiento de resolución del contrato derivado de pacto de condición resolutoria expresa y su constancia registral:

*«4. La readquisición por el vendedor conlleva la afectación del inmueble, con carácter real, en beneficio del comprador y de los titulares de asientos posteriores, como garantía de la cantidad que, si procede, deba pagarse al comprador. En la reinscripción a favor del vendedor se hace constar esta afectación, cuyo importe es la cantidad total que el vendedor ha percibido hasta la fecha de la resolución, según lo determinado por el acta notarial.*

5. *La afectación del inmueble no se produce o se extingue total o parcialmente por las siguientes causas:*

a) *Consentimiento del comprador y, si procede, de los titulares de derechos posteriores.*

b) *Resolución judicial o laudo arbitral.*

c) *Consignación notarial de la cantidad garantizada o aval bancario por su importe.*

d) *Caducidad, una vez transcurridos ciento ochenta días desde la fecha de la reinscripción a favor del vendedor, salvo que haya una anotación anterior de demanda de oposición a la resolución o a la liquidación.»*

Procede, por tanto, intentar determinar con la mayor precisión la naturaleza, contenido, efectos y régimen registral de las nuevas afecciones reguladas en los preceptos citados.

## **2.1. Regulación de la afección legal en garantía de las arras**

Como se ha indicado, el artículo 621-8 CCCat prevé la posibilidad de que *«las arras penitenciales pactadas por un plazo máximo de seis meses y depositadas ante notario puedan hacerse constar en el Registro de la Propiedad»*. Nada establece el precepto sobre el título formal a través del cual tal constancia se producirá ni el asiento registral a practicar, materia que debe entenderse sujeta a regulación hipotecaria. A dicha regulación el artículo 621-8 CCCat, —a diferencia del 621-54 CCCat para la condición resolutoria—, no se remite de forma expresa, pero sus reglas, en la medida en que entran dentro de la competencia exclusiva que en materia de ordenación de los Registros e instrumentos públicos establece el artículo 148.1.9 CE, serán de aplicación.

Así, aplicando las normas contenidas en la Ley Hipotecaria y en su Reglamento, cabe pensar que la constancia registral de lo que el Libro VI llama «arras penitenciales», precisará, al menos, la presentación por el futuro comprador de la copia autorizada el acta notarial en que se formalice el depósito ante notario del importe de las arras, debidamente presentada en las oficinas de la Agencia Tributaria de Cataluña a efectos de su liquidación.<sup>4</sup> Es cuestión que debe plantearse la de si para que

---

4 En este punto, cabe señalar que la Consulta de la Dirección General de Tributos de la Generalitat de Cataluña, V1712-17, de 3 de julio, considera que el acta notarial de depósito de arras está sujeta al Impuesto por Actos Jurídicos Documentados, al tener acceso al Registro de la Propiedad y contenido valuable.

pueda hacerse constar en el Registro la afección que estudiamos, deberá comparecer a la formalización del acta notarial que sirva de título no sólo el depositante, (cfr. Art. 217 RN), sino también el titular registral del dominio de la finca y futuro vendedor, dada la imposibilidad de practicar asiento alguno que afecte a la titularidad inscrita sin consentimiento del titular registral o sin que dicho titular haya intervenido en el procedimiento en que dicho asiento se acuerde (cfr. arts. 20, 38, 40 LH). Y así, por razón de lo establecido en tales preceptos, parece inevitable entender que para hacer constar en el Registro de la Propiedad la existencia de una obligación de devolución de arras y la afección que la garantiza será necesario que la parte vendedora preste su consentimiento, compareciendo ante el notario autorizante del acta y confirmando que lo depositado son, efectivamente, arras penitenciales. Carácter éste, el de penitenciales, que no podemos olvidar que ha de ser pactado de forma expresa. (cfr. art. 621-8.2 CCCat). Cabría también considerar posible que a la copia autorizada del acta de depósito se acompañara el contrato privado de arras, firmado por ambas partes, pero la exigencia de titulación auténtica contenida en los artículos 3 LH y 33 RH harían necesaria su elevación a público, o al menos plantearían discusión acerca de la posibilidad de admitir el documento privado con firmas legitimadas notarialmente.<sup>5</sup>

Llegados a este punto, y antes de entrar a discutir la eficacia y contenido de la llamada «afección», debemos plantearnos qué es lo que garantiza, es decir, identificar cuál es la obligación garantizada.

Es evidente que el legislador, a través de la constancia registral de la existencia de arras y de la afección, pretende garantizar su devolución a comprador. La pregunta es: ¿cuál es el importe cuya devolución se garantiza? No parece que sea necesaria la afección para garantizar la devolución de lo depositado, en la medida en que tal importe no llega a ser entregado al vendedor, y permanece en poder del notario para su entrega, de acuerdo con lo previsto en el propio artículo 621-8 CCCat, «a quien corresponda», esto es, al depositante (comprador), o al vendedor una vez acreditado por éste el desistimiento injustificado del comprador. (cfr. art. 217 RN). Por tanto, lo que realmente se garantiza es la devolución del

---

5 Roselló Carrión, Emilio, en «El contrato de arras en el Código Civil de Cataluña. Examen del art. 621», en op.cit. en nota 1, valora de forma muy positiva la nueva garantía notarial y registral creada, pero observa un inconveniente fundamental: «*Al suponer el otorgamiento en escritura de las arras, obliga a las partes a tributar, pagando los impuestos propios de una promesa de venta. Cabe presumir, por ello, que su relevancia práctica será escasa*».

importe doblado, es decir, la cuantía restante hasta cubrir el doble de lo depositado. Pero lo cierto es que, siendo así, no se acaba de entender por qué la posibilidad de constancia registral de las arras y su garantía a través de la afección se hace depender de la existencia de un depósito notarial, y se excluye para todo otro supuesto en que tal depósito no tenga lugar. Sobre todo en la medida en que, faltando tal depósito, la situación del futuro comprador que entrega las arras está más necesitada de protección.

Procede ya entrar a estudiar la eficacia que debe reconocerse a la afección que garantiza la devolución de las arras. En este punto, y tomando como criterio interpretativo la literalidad del artículo 621-8 CCCat, debe ponerse de manifiesto el hecho de que el mismo no hace referencia alguna a un posible carácter real de la afección, ni a su consideración como garantía real, ni a efecto alguno de preferencia o prioridad que de la misma haya de resultar. Tal silencio choca con la referencia expresa al carácter real de la afección que el artículo 621-54 CCCat establece para garantizar la devolución de cantidades en caso de cumplimiento de condiciones resolutorias, o con la referencia expresa al carácter real de la afección establecido por el artículo 553-5 CCCat, en materia de propiedad horizontal.

¿Puede tal circunstancia llevarnos a pensar que la afección que regula el artículo 621-8 CCCat no produce efectos de garantía real o, al menos, no todos los efectos de una garantía real? Para una mejor comprensión de la trascendencia de la cuestión, cabe plantear la siguiente pregunta: en caso de que una vez se haya hecho constar la afección en el Registro, se inscriban o anoten preventivamente en el Registro otras cargas o gravámenes (hipotecas, embargos), constituidas sobre la finca por quien va a venderla, ¿cabe entender que la ejecución seguida a instancia de quien no llegó a comprar para recuperar el importe de las arras dobladas provocará la cancelación por purga de tales hipotecas o gravámenes, o debe entenderse que tal efecto de purga sólo tendrá lugar desde la fecha en que se anote preventivamente el embargo de la finca que se acuerde en el procedimiento de ejecución? Y del mismo modo, ¿cabe entender que en caso de adjudicación resultante de ejecuciones que hayan llegado al Registro mediante anotaciones de embargo anteriores a la ordenada en el procedimiento seguido para la obtención de la devolución de las arras, ésta anotación no podrá ser cancelada?

Lo cierto es que la falta de determinación expresa del carácter de garantía real de la afección, la falta de establecimiento de una preferencia

civil para el crédito a la devolución de las arras, y la falta de fijación legal de un efecto generador de prioridad o purga de cargas posteriores, debe llevar a concluir que la eficacia real de la afección se limita a excluir la protección que la fe pública podría dispensar a un nuevo titular registral del dominio frente a la ejecución seguida, haciendo posible que dicha ejecución le perjudique, pero que no alterará las reglas generales de prioridad registral y sus efectos sobre las ejecuciones y apremios. Es decir, que en caso de que se siga la ejecución por falta de devolución de las arras, la purga de cargas posteriores sólo alcanzará a las posteriores a la anotación preventiva del embargo que se haya acordado en el procedimiento de ejecución seguido para el cobro de las cantidades aseguradas, y no a las que hayan sido anotadas o inscritas con anterioridad a dicha anotación. Efectos, los descritos, análogos a los que produce la nota marginal de afección fiscal prevista en la legislación reguladora de los Impuestos de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados y Donaciones y Sucesiones.

Lo expuesto debe enlazarse con la referencia que el artículo 621-8 CCCat realiza a la «*anotación preventiva de demanda*» que pueda solicitar el comprador, y a la que atribuye un efecto de prórroga de la afección. Pues bien, la primera cuestión a plantear es la de si la previsión de que el comprador pueda pedir que se tome anotación preventiva de la demanda por la que se reclame la devolución de las arras choca con la delimitación que de las pretensiones anotables establece el artículo 42 de la Ley Hipotecaria, y la interpretación que del mismo realiza la DGRN.

Es relevante la Resolución de 10 de julio de 2017 (BOE de 27 de julio), en la que se resume la doctrina del Centro Directivo sobre los efectos de la preferencia legal y la afección establecidas para asegurar el crédito por cuotas de comunidad de propietarios establecida en el artículo 9 LPH, y se afirma que la posibilidad de practicar una anotación preventiva de la demanda de juicio ordinario por la que se reclame el importe de tales cuotas precisa que en el procedimiento judicial seguido se haya alegado por el demandante la existencia de una preferencia legal del crédito, con efectos reales de anteposición de rango, y que en el procedimiento hayan sido parte todos los titulares de cargas o gravámenes que puedan verse afectados por dicha anteposición. No quedando acreditada la existencia de una preferencia real del crédito, que pueda producir efectos de alteración del rango, entiende el Centro Directivo que la demanda no es anotable, y afirma que la mera existencia de una afección legal, «*no permite considerar que una demanda en juicio ordinario en reclamación de*

*una cantidad de dinero adeudada por el impago de las cuotas de comunidad del titular registral de un piso, tenga eficacia real.»*

Trasladando tal doctrina al contenido del artículo 621-8 CCCat, debe señalarse que éste no establece preferencia legal alguna para el crédito nacido de la obligación de devolver las arras. Tampoco atribuye, de forma expresa, eficacia real alguna a la afección, ni prevé la posibilidad de que genere efectos de prioridad. Lo cierto es que ni siquiera establece que la reclamación de la arras pueda provocar una anotación preventiva de la demanda por la que se reclame la devolución de su importe, -a diferencia del artículo 451-15 CCCat para las anotaciones preventivas de demanda de legítima o de legado-, sino que simplemente se refiere a la que, en su caso, pueda haberse solicitado. De todo ello concluimos que la demanda por la que el comprador interese la devolución de las arras sólo podrá anotarse en los términos siguientes:

- si consideramos que el propio artículo 621.8 CCCat prevé su extensión, de acuerdo con la posibilidad que admite el art. 42.10 de la Ley Hipotecaria,<sup>6</sup> haciendo posible la anotación de una demanda carente de trascendencia real y sin efecto alguno sobre la preferencia en el cobro frente a créditos garantizados con cargas anteriores.
- en aquellos casos en los que la demanda incluya la pretensión de un pronunciamiento judicial que reconozca al comprador una prioridad en el cobro frente a los titulares de cargas anteriores y, con ello, un posible efecto de alteración de rango, supuesto en que será exigible que todos los titulares de tales cargas hayan sido parte en el procedimiento.

A la vista de lo expuesto resulta criticable que el artículo 621-8 CCCat no establezca referencia alguna a la posible anotación preventiva del embargo acordada en el procedimiento por el que se reclame la devolución, ni a la relación de prioridad entre dicha anotación y la constancia registral de la afección, en cuanto es dicha relación la que fija la eficacia real que a dicha afección deba reconocerse. De nuevo, el silencio del precepto sobre tal cuestión debe llevar a entender que los efectos de purga que de la práctica de la anotación preventiva de embargo puedan resultar se

---

6 El artículo 42.10 LH permite que solicite anotación preventiva de su derecho en el Registro de la Propiedad «el que en cualquiera otro caso tuviese derecho a exigir anotación preventiva, conforme a lo dispuesto en ésta o en otra Ley.»



producirán desde su fecha y no desde la de la constancia registral de la afección. A ello abunda, igualmente, la ausencia de toda referencia a la subsistencia de la afección durante el transcurso del procedimiento de apremio. Considerar lo contrario, según lo dicho, precisaría, bien una declaración legal expresa en tal sentido, bien una resolución judicial que así lo establezca, dictada en un procedimiento en que hayan sido parte todos los titulares afectados.

Antes de entrar a estudiar la regulación de la afección en el ámbito de la condición resolutoria explícita, cabe hacer una última referencia al plazo de duración fijado para la misma por la letra b) del número 3 del art. 621-8 CCCat, plazo que se fija en sesenta días a contar desde aquél en que debió celebrarse el contrato de compraventa. La corta duración de dicho plazo y su coincidencia con el del asiento de presentación (cfr. arts.17 y 24 LH) llevan a considerar que lo que el legislador ha pretendido crear a través de la afección y su constancia registral es una suerte de exclusión del juego de la fe pública respecto de la posterior ejecución por la que se reclame la devolución de las arras, tomando como modelo los efectos que genera la práctica del asiento de presentación respecto de la inscripción del documento presentado, cuya eficacia, según el citado artículo 24 LH, se retrotrae a la fecha del asiento de presentación. Así, una vez se haya hecho constar la afección en el Registro, y durante un plazo máximo de sesenta días, quienes dentro de dicho plazo adquieran el dominio de la finca podrán verse perjudicados por la reclamación de devolución de las arras que haya sido interesada. Sin embargo, debe insistirse en la dificultad de aceptar que tal efecto pueda generar de una alteración en el rango hipotecario, cuando ni se establece de forma expresa, ni se reconoce al crédito por las arras depositadas preferencia civil alguna que lo justifique.

## **2.2. La afección en el caso de la resolución resultante del cumplimiento de la condición resolutoria expresa pactada en garantía del precio aplazado<sup>7</sup>**

Cabe comenzar el estudio del contenido del artículo 621-54 CCCat poniendo de manifiesto la relevancia de las novedades introducidas por la nueva regulación, novedades cuya necesidad o conveniencia no justifica la Exposición de Motivos de la Ley 3/2017, la cual, en relación con la condición resolutoria explícita, se limita a decir que se regula de manera «ponderada». No obstante, pese a la falta de justificación formal de la nueva regulación, cabe afirmar que nace ésta con una finalidad de fomento del uso empresarial de la condición resolutoria, de forma que adquiera relevancia como fórmula para financiar el coste de acceso a la vivienda. A tal fin, facilita la realización de los efectos de la resolución y hace posible, sin intervención judicial y no obstante la oposición del comprador a la liquidación del importe del precio aplazado pendiente de pago, la readquisición del dominio de la cosa vendida por el vendedor y, con ello, la reinscripción de tal dominio a su favor, aunque no haya procedido todavía a la entrega al comprador de las cantidades que, con las deducciones correspondientes, estuviera obligado a devolver. Y ello, con cancelación tanto de la inscripción practicada a favor del comprador como de las inscripciones y anotaciones de cargas posteriores.

Con ello la nueva regulación busca superar, para el ámbito de aplicación del artículo 621-54 CCCat, las dificultades que en el desenvolvimiento del contenido de la garantía resolutoria plantea el criterio sostenido, ya desde una resolución de fecha 29 de diciembre de 1982, por la Dirección General de los Registros y del Notariado en la interpretación de la regulación estatal contenida en los artículos 1123 y 1504 CCE y 59 y 175.6 RH. Dicha interpretación establece una doble exigencia. Por un lado, parte la DG de la consideración de que existiendo oposición por parte del comprador la reinscripción del dominio a favor del vendedor sólo puede tener lugar en virtud de una resolución judicial que así lo ordene, y que haya recaído en procedimiento declarativo en el que el comprador haya tenido oportunidad de intervenir. Por otro, entiende

---

7 Un estudio detallado sobre la nueva regulación de la garantía resolutoria es el realizado por Longo Martínez, Antonio, en «El Libro VI del Código Civil de Cataluña. Nuevos pactos de garantía en la transmisión de inmuebles.», trabajo incluido en op.cit. ut supra, nota 1.

el Centro Directivo que es requisito necesario, para que pueda tener lugar la reinscripción del dominio a favor del vendedor y la consecuente cancelación de la inscripción del comprador y de las cargas posteriores, que aquél haya consignado el importe total del precio, incluidas las cantidades que pudieran ser deducidas por razón de una cláusula penal, o incluso cuando no hubiera mediado la entrega de dinerario. En este sentido cabe citar, por todas, las RRDGN de fechas 10 de diciembre de 2015 (BOE de 28 de diciembre), y de 5 de julio de 2017 (BOE de 1 de agosto).<sup>8</sup>

8 La RDGRN de 10 de diciembre de 2015 señala la necesidad de distinguir entre el plano contractual y el registral, y establece que «para que tenga lugar la cancelación de los asientos relativos al derecho del comprador y a los de quienes de él traigan causa, es preciso que se acredite fehacientemente la realidad de todos los presupuestos sobre los que se asienta la resolución (vid. artículos 2 y 3 de la Ley Hipotecaria y 56, 175.6.ª, 238 y 239 del Reglamento Hipotecario)» afirma que «en el ámbito extrajudicial la conclusión a la que debe llegarse es que el artículo 175.6.ª del Reglamento Hipotecario impone la consignación o depósito del precio íntegro de la compraventa a favor de los titulares de derechos posteriores, aunque no haya entrega de dinerario, en cuanto tal precio pasará a ocupar, por subrogación real, la posición jurídica que tenía el inmueble de modo que los derechos que antes recaían sobre el inmueble, recaigan ahora sobre el precio.» Por su parte, el fundamento de Derecho segundo de la RDGRN de 5 de julio de 2017 resume los requisitos necesarios para proceder a la reinscripción, estableciendo lo siguiente: «Según la reiterada doctrina fijada por este Centro Directivo, la reinscripción en favor del vendedor, cuando es consecuencia del juego de la condición resolutoria expresa pactada conforme al artículo 1504 del Código Civil, está sujeta a rigurosos controles que salvaguardan la posición jurídica de las partes, los cuales se pueden sintetizar de la siguiente forma: Primero.—Debe aportarse el título del vendedor (cfr. artículo 59 del Reglamento Hipotecario), es decir, el título de la transmisión del que resulte que el transmitente retiene el derecho de reintegración sujeto a la condición resolutoria estipulada; Segundo.—La notificación judicial o notarial hecha al adquirente por el transmitente de quedar resuelta la transmisión, siempre que no resulte que el adquirente requerido se oponga a la resolución invocando que falta algún presupuesto de la misma. Formulada oposición por el adquirente, deberá el transmitente acreditar en el correspondiente proceso judicial los presupuestos de la resolución, esto es, la existencia de un incumplimiento grave (Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1993), que frustre el fin del contrato por la conducta del adquirente, sin hallarse causa razonable que justifique esa conducta (Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 1991, 14 de febrero y 30 de marzo de 1992, 22 de marzo de 1993 y 20 de febrero y 16 de marzo de 1995) y, Tercero.—El documento que acredite haberse consignado en un establecimiento bancario o caja oficial el importe percibido que haya de ser devuelto al adquirente o corresponda, por subrogación real, a los titulares de derechos extinguidos por la resolución (artículo 175.6.ª del Reglamento Hipotecario). Este requisito se justifica porque la resolución produce, respecto de una y otra parte, el deber de «restituirse lo que hubiera percibido», en los términos que resultan del artículo 1123 del Código Civil. Se trata de un deber que impone recíprocas prestaciones y que, como ocurre en la ineficacia por rescisión, uno de los contratantes sólo estará legitimado para exigir del otro la devolución cuando cumpla por su parte lo que le incumba (cfr. artículo 175.6.ª del Reglamento Hipotecario). Y este requisito no puede dejar de cumplirse bajo el pretexto de una cláusula mediante la que se haya estipulado

Frente a tal sistema, la regulación contenida en el artículo 621-54 CCCat admite la posibilidad de que los efectos traslativos de la resolución se produzcan en fases temporales distintas para cada una de las partes que celebraron el contrato: el vendedor readquiere el dominio del inmueble vendido por razón del efecto resolutorio, y ello, aunque el comprador no haya readquirido el dominio del precio o parte del precio que le haya de ser devuelta. En la nueva situación post resolución el vendedor adquiere un derecho real de dominio sobre el inmueble inicialmente transmitido, mientras que tanto el comprador como, en su caso, los titulares de cargas posteriores sujetas a purga, sólo adquieren un derecho de crédito sobre el precio, es decir, sobre un objeto mueble cuyo dominio ya ha sido transmitido al vendedor. Derecho de crédito que es el garantizado por la afección a cuyo estudio procedemos.

Tal es el efecto que genera admitir la posibilidad de reinscripción a favor del vendedor sin que todavía haya sido recuperado por el comprador el precio o parte del precio que le haya de ser devuelto. Así, al considerar el papel que juega dicha reinscripción en el proceso resolutorio, debe señalarse que si bien es cierto que la inscripción en nuestro Derecho no tiene carácter constitutivo, no es menos cierto que el juego de la presunción de exactitud y veracidad del contenido del Registro, y sus efectos concretados en los principios hipotecarios de legitimación y fe pública registral, dan lugar a que sólo pueda ser considerado titular del derecho de propiedad de un inmueble con plena eficacia y protección quien es titular registral del mismo. Es tal presunción la que justifica, por un lado, la presunción posesoria establecida en el artículo 38 LH y la posibilidad de apoyar en el Registro de la Propiedad el ejercicio de acciones sumarias de carácter posesorio (cfr. arts. 41LH y 250.7 LEC) y, por otro, la posibilidad de que quien adquiera del titular registral no pueda quedar perjudicado por circunstancias lesivas de su derecho que no resulten del Registro. Cabe así concluir que es la reinscripción a favor del vendedor, y consiguiente cancelación de la inscripción de dominio a

---

*que para el caso de resolución de la transmisión por incumplimiento, el que la insta podrá quedarse con lo que hubiese prestado o aportado la contraparte, por cuanto puede tener lugar la corrección judicial prescrita en el artículo 1154 del Código Civil (Resoluciones 29 de diciembre de 1982, 16 y 17 septiembre de 1987, 19 de enero y 4 de febrero 1988 y 28 de marzo de 2000), sin que quepa pactar otra cosa en la escritura (Resolución 19 de julio de 1994). Todo ello implica que en el importe que en tal caso se consignara por el transmitente podrá existir cantidades que fueron indebidamente consignadas porque la deducción posible no pudo de momento ser determinada.»*

favor del comprador la que produce la efectiva readquisición por el primero del dominio de lo transmitido. Y es esta la razón por la que el legislador sujetó la reinscripción a la efectiva devolución al comprador de las cantidades satisfechas o, al menos, a su consignación (cfr. arts. 1123 CC y 175.6 RH). Pues bien, como hemos señalado, ahora desaparece el sinalagma ínsito en las obligaciones resultantes de la resolución, que dejan de ser recíprocas, y se admite la posibilidad de que pueda exigirse de forma forzosa el cumplimiento de una obligación de dar (devolución inmueble) aunque la otra parte no haya cumplido o se haya allanado a cumplir debidamente (cfr. artículo 1100 in fine CC) aquello que le incumbe.

Por tanto, en su intento por promover la utilización empresarial de la condición resolutoria como fórmula que permita la sustitución del modelo vigente de financiación hipotecaria al promotor por un modelo de financiación extrabancario, el legislador facilita la resolución, excluyendo la necesidad de intervención judicial y de devolución previa al comprador de las cantidades que le hayan de ser abonadas, y coloca al consumidor adquirente de vivienda en una situación menos protegida que la vigente con la legislación anterior, y ello, en la consideración de que tal sacrificio en la seguridad del comprador, y de quienes de él adquieren derechos reales, es requisito imprescindible para la efectiva implantación del nuevo modo de contratar. En todo caso, no me corresponde en esta ponencia valorar el acierto o no de la nueva regulación, que dependerá de su incidencia práctica y de las vicisitudes posteriores resultantes de su aplicación. Lo que corresponde en el ámbito de la presente ponencia es describir y analizar la garantía legal que el artículo 621-54.4 establece para proteger al comprador, que ve como pierde el dominio de lo adquirido sin que, en tal momento, se haya cumplido la obligación de devolverle las cantidades ya pagadas del precio.

Para ello, debemos hacer una referencia, aunque sea sucinta, al contenido de los tres primeros números del artículo 621-54 CCCat. Comenzando así por la delimitación de su ámbito de aplicación, debe señalarse que la regulación del pacto de condición resolutoria que establece sólo será aplicable a la resolución prevista para el caso de falta de pago del precio aplazado, y no para el caso de que la resolución sea consecuencia del cumplimiento o incumplimiento de otro tipo de condición. Debe también señalarse que no obstante los términos imperativos en que se pronuncia el primer inciso del número 2, resulta difícil entender excluida la posibilidad de que, tratándose de compraventas que no sean de consumo, pueda pactarse la resolución en términos distintos de los previstos en

la norma. Igualmente, no parece que pueda entenderse que la nueva regulación cierre la posibilidad de que el vendedor pueda, sin necesidad de acudir con carácter previo a un procedimiento notarial, ejercitar la acción judicial que corresponda para obtener la resolución, opción ésta que parece la más adecuada para aquellos casos en los que se prevea que la recuperación de la posesión de lo vendido exigirá una actuación judicial de lanzamiento del comprador o de las personas a quien éste hubiera transmitido. Finalmente, debe destacarse que la posibilidad de acudir al procedimiento de resolución notarial previsto en el artículo 621-54 sólo se establece para el caso de que el pacto de condición resolutoria haya sido formalizado en escritura pública e inscrito en el Registro de la Propiedad, limitación ésta que parece partir de la consideración de que sólo en el caso de que el pacto haya sido formalizado ante notario e inscrito en el Registro de la Propiedad resulta posible otorgarle una fuerza resolutoria suficiente como para que la retransmisión del dominio pueda tener lugar no obstante la oposición del deudor o, en su caso, de sus causahabientes, y sin necesidad de intervención judicial. Ello permite considerar que el procedimiento notarial de resolución introducido por el artículo 621-54 CCCat se configura, en términos análogos al procedimiento de ejecución extrajudicial de hipotecas (cfr. art. 129 LH), como un procedimiento de base registral, en el que la resolución sólo podrá ser interesada con sujeción al contenido de la inscripción del pacto resolutorio.

Debe también hacerse una breve consideración de las exigencias que, en relación con el contenido del pacto de condición resolutoria establece el número 2 del artículo 621-54 CCCat. La concurrencia de tales exigencias debe entenderse presupuesto para acudir al procedimiento de resolución notarial establecido, de suerte que el pacto en contrario, en todo caso admisible (cfr. arts. 111-6 CCCat y 1255 CC), será válido, pero excluirá la posibilidad obtener la resolución por la vía notarial establecida. Se exige así un incumplimiento suficientemente relevante o esencial (del 15% del precio íntegro más los intereses), y se imponen limitaciones en la extensión de la cláusula penal, -que no podrá exceder del 50% del total que se hubiera debido recibir-, y en las condiciones de precio de la financiación concedida a través del aplazamiento, en cuanto se impone que el interés pactado sea fijo, se devengue por meses vencidos, no sea superior al interés legal en el momento de otorgarse la escritura incrementado en un 50%, y se incorpore al título un cuadro de amortización. El legislador impone con ello un conjunto de exigencias de diverso carácter, todas ellas limitativas de la autonomía de la voluntad de las partes, a fin de

garantizar que el incumplimiento que provoca la resolución sea esencial y que no se produzcan situaciones de abusividad por desequilibrio en las prestaciones o falta de transparencia material. Concluye el número 2 del precepto comentado excluyendo la posibilidad de que el vendedor pueda reclamar del comprador cantidad alguna por cuotas futuras y no vencidas, lo cual pone de manifiesto hasta qué punto la nueva regulación del pacto resolutorio y de su ejecución notarial pretende sustituir, como fórmula de financiación de compraventas empresariales de consumo (B2C), a la hipoteca, pues sólo sobre la idea de tal sustitución puede justificarse la inclusión de una norma reguladora de las obligaciones resultantes de la contratación de préstamos hipotecarios en la regulación de los efectos del pacto resolutorio, en el que la readquisición del dominio por parte del vendedor es esencialmente incompatible con la posible reclamación de la parte del precio cuyo pago no estuviere vencido al tiempo de instarse la resolución.

Entrando ya en la descripción sucinta de los trámites esenciales del procedimiento que regula el número 3 del art. 621-54.3, cabe señalar lo siguiente:

- El acceso al Registro de la pendencia del procedimiento notarial de resolución se produce a través de la solicitud al registrador de una certificación de dominio y cargas y de la constancia de su expedición por medio de nota marginal. Con ello, una norma civil entra a regular de forma precisa el modo de desarrollar actuaciones registrales. Nada se dice de la eficacia que deba reconocerse a dicha nota marginal, ni de su duración o cancelación posterior, aunque cabe inferir que su eficacia será análoga a la prevista por la legislación procesal, administrativa e hipotecaria para las notas marginales a través de las cuales se deja constancia registral de la expedición de certificaciones de dominio y cargas que permitan identificar los derechos inscritos o anotados que resultan afectados por procedimientos de ejecución, apremio administrativo, de expropiación o de equidistribución urbanística.
- El artículo 621-54 CCCat prevé dos notificaciones al comprador. Una primera, que tiene carácter previo al inicio del procedimiento notarial de resolución y constituye presupuesto del mismo, es realizada para requerirle de pago. Se realiza a través de un acta notarial, concediendo 20 días para que se efectúe el pago, con la advertencia de que si no se paga se resolverá la compraventa. La segunda, realizada una vez iniciado el procedimiento y obtenida

la certificación registral del dominio y cargas, tiene por objeto notificar al comprador y, en su caso, a los titulares de derechos reales inscritos con posterioridad, la voluntad resolutoria. No obstante, esta última notificación no excluye la posibilidad de un pago posterior que impida la resolución, toda vez que el comprador tiene un plazo de 15 días para pagar la deuda, alegar su inexistencia, u oponer alguna causa de oposición prevista en el contrato y que no sea el error en la liquidación del precio pendiente de pago realizada por el vendedor. Si así lo hace, el notario dará por terminada su actuación y quedará expedita la vía judicial o arbitral. Por tanto, el nuevo sistema de resolución incorpora dos requerimientos de pago sucesivos, realizados ambos a través de sendas actas notariales de requerimiento, cuya atención por el comprador impide que aquella tenga lugar.

- Para el caso de que el comprador no atienda el requerimiento de pago, y aun cuando se oponga alegando error en la liquidación de la cantidad pendiente de pago, se cerrará el acta notarial de resolución en que se formaliza el procedimiento y dicha acta será título suficiente para reinscribir a favor del vendedor, y cancelar la inscripción de dominio del comprador y de quienes de él traigan causa.

Del procedimiento cuyos trámites esenciales han quedado expuestos, resulta la posibilidad de que el comprador, pese a haber opuesto error en la liquidación de la cantidad que le sea reclamada por el vendedor, y pese a no haber recuperado el precio o parte del precio que le haya de ser devuelto, puede ver cancelada la inscripción de dominio extendida en el Registro a su favor. De la misma forma, los titulares de derechos reales limitados que sean causahabientes del comprador, o sus acreedores con anotaciones preventivas de embargo extendidas a su favor, verán sus asientos cancelados sin poder exigir la previa consignación a su favor del importe de las cantidades que hubieran de ser devueltas a su deudor.

Pues bien, ante los violentos efectos destructores de la titularidad dominical del comprador y de las titularidades reales de sus causahabientes que el procedimiento genera, el legislador intenta reforzar la débil situación en la que uno y otros quedan garantizando su crédito al pago de las cantidades que el comprador —ya propietario— tenga que devolver, mediante una afección real sobre el inmueble vendido.



Veamos cómo se configura:

Nacimiento de la afección: el párrafo primero del artículo 621-54.4 CCCat establece como hecho determinante del nacimiento de la afección «la readquisición por el vendedor», y prevé que dicha afección se haga constar en la «reinscripción que se practique a favor del vendedor.» Debe entenderse, por tanto, que en el cuerpo de la inscripción a través de la cual se reinscribe el dominio a favor del vendedor, el registrador debe hacer constar que su derecho queda afecto a la devolución al comprador o, en su caso, a quienes de él traigan causa, de la parte del precio ya satisfecha que deba devolverse al comprador. Cabe pensar que la constancia registral de la afección es procedente aun en aquellos casos en los que en el acta de resolución constara que no existe cantidad alguna a devolver, toda vez que la determinación de tal circunstancia puede ser realizada por el acreedor sin intervención del deudor o incluso contra su oposición, pues según resulta, a sensu contrario, de lo previsto en la letra c) del art. 621-54.3 CCCat, la oposición del deudor a la liquidación hecha por el vendedor no impide la reinscripción a favor de éste.

Objeto de la afección: el artículo 621-54.4 CCCat habla de la «afectación del inmueble», debiendo entenderse que lo que realmente queda afecto es la titularidad dominical del vendedor y la de quienes de él traigan causa.

Beneficiarios de la afección: El artículo 621-54.4 CCCat señala que la afección se establece «en beneficio del comprador y de los titulares de asientos posteriores». De nuevo, debe completarse la frase precisando que tales titulares de asientos posteriores son los que lo sean de todos aquellos que fueron cancelados como consecuencia de la reinscripción realizada a favor del comprador. En ningún caso son tales titulares los que lo sean de asientos posteriores a la reinscripción a favor del vendedor, titulares éstos últimos que no son beneficiados, sino gravados por la afección. Además de la falta de precisión terminológica en la identificación de los beneficiarios, plantea dudas la determinación del régimen de ejercicio de las acciones para hacer efectiva la garantía en qué consiste la afección. ¿Quiere el precepto decir que la acción de reclamación de las cantidades que hayan de ser devueltas podrá ser ejercitada, no sólo por el comprador, sino también por sus causahabientes, sin necesidad de acudir a la acción subrogatoria ex. art. 1111 CC? ¿Está el precepto estableciendo un litis consorcio activo necesario, al excluir la posibilidad de que la acción sea ejercitada sólo por el comprador? Desde el punto de vista registral,

no parece posible que la constancia registral de la afección pudiera ser cancelada sólo con la justificación del pago realizado al comprador, y sin acreditar la consignación de los importes que en su caso pudieran corresponder a los demás titulares de derechos que fueron objeto de cancelación como consecuencia de la reinscripción. Así parece deducirse igualmente de lo previsto en el artículo 621-54.5 CCCat, al fijar como causa de extinción de la afección el consentimiento del comprador y, si procede, de los titulares de derechos posteriores.

Cantidades cuya devolución garantiza la afección. En este punto, el artículo 621-54.4 CCCat establece que el «importe» de la afección será «la cantidad total que el vendedor ha percibido hasta la fecha de la resolución, según lo determinado por el acta notarial.» Por tanto, la cantidad cuya devolución la afección garantiza es la totalidad de lo percibido por el acreedor y, por tanto, también el importe de las cantidades que por razón de la cláusula penal que se haya podido establecer, no esté obligado a devolver. De la misma forma, la cancelación de la afección exigiría, según el artículo 621-54.5.c) CCCat, la consignación de la totalidad del referido importe. Con ello, el nuevo sistema se acerca, en cuanto a sus efectos reales, al anterior que pretende superar, en cuanto el comprador no verá su titularidad dominical liberada de la carga de la afección sino cuando haya consignado la totalidad del importe recibido, no obstante la cláusula penal pactada, siguiendo así el mismo criterio que resulta de la interpretación que la DGRN realiza del artículo 175.6 RH. Porque, lo cierto es que la diferencia que para el comprador existe entre no poder obtener la reinscripción a su favor mientras no se consignen tales importes (sistema anterior en Cataluña y vigente en la regulación del Código Civil Español e hipotecaria), y no poder obtener la cancelación de la afección que grava su derecho mientras no se produzca la misma consignación (sistema del nuevo artículo 621-54 CCCat), es más tenue de lo que pudiera parecer, pues la constancia registral de la afección provoca, de hecho, una amortización del dominio, e impide su movilización y tráfico mientras no se proceda a su cancelación.<sup>9</sup> En todo caso, resulta criticable que el importe garantizado por la afección sea determinado a partir de lo que resulte del acta notarial y, por tanto, de lo manifestado de forma exclusiva

---

9 Longo Martínez, Antonio, en op.cit. considera que lo que el legislador hace al establecer la afección es sustituir por tal garantía real la exigencia de consignación previa que establece la DGRN. Señala el autor que «*en definitiva, lo hace el Código Catalán es modificar la garantía que viene exigiéndose por la doctrina registral, sobre la base de imponer una afección sobre la finca que readquiere el vendedor.*»

por el vendedor que pretende la resolución. Con ello, la nueva regulación genera la paradoja de que la determinación del importe garantizado por la afección sea realizada por aquél a quien ésta perjudica, y sin que, por el contrario, nada pueda alegar sobre la extensión de su crédito el beneficiado por su garantía.

Efectos de la afección: en la determinación de la eficacia de la garantía legal en que la afección consiste, y a diferencia de lo antes referido para la afección que garantiza la devolución de las arras, el artículo 621.54.4 establece que la afección se establece, «con carácter real», de lo que se infiere la voluntad del legislador de dejar claro su carácter de garantía de eficacia real. Puestos ahora a desgranar lo que tal eficacia real supone, nos encontramos, al igual que en el caso de las arras, con una regulación insuficiente, que no precisa si por tal eficacia debemos entender sólo que la misma da lugar a la posibilidad de perseguir el derecho gravado aun cuando su titularidad haya sido transmitida a un tercero,—que no quedará protegido por la fe pública registral frente a la reclamación realizada—, o si, por el contrario, tal eficacia real supone la atribución a la constancia registral de la afección de una especial prioridad, de forma que su ejecución provoque un efecto de purga respecto de las cargas y gravámenes posteriores.

De nuevo, cabe reiterar la pregunta que nos hicimos al estudiar la eficacia de la afección que garantiza la devolución de las arras: en caso de ejecución seguida para el cobro de las cantidades aseguradas por la afección real, ¿debe entenderse que la prioridad y, por tanto, el efecto de purga, se produce desde la constancia registral de la afección o, por el contrario, desde la fecha de la anotación preventiva del embargo acordado en el procedimiento de ejecución seguido? Y de nuevo, procede poner de manifiesto que tal efecto de purga no queda establecido de forma expresa por la norma, norma que tampoco establece una preferencia crediticia específica para el crédito del comprador cuyo pago la afección garantiza, y en el que pueda apoyarse la prioridad que el efecto de purga de cargas posteriores generaría. Por todo ello, ante la falta de determinación legal de efectos, y considerada la cuestión desde el punto de vista de la actuación registral, se ha de entender que para que pueda admitirse que la ejecución de la afección ha de provocar la cancelación de los cargas o gravámenes posteriores a su constancia registral y anteriores a la anotación preventiva de embargo extendida a favor del comprador será necesario que así se haya declarado en procedimiento judicial declarativo en el que hayan

intervenido o tenido posibilidad de intervenir los titulares de los derechos reales cuyas inscripciones hayan de ser canceladas.

En lo que se refiere a la extinción de la afección, el número 5 del artículo 621-54 CCCat, establece que aquella se producirá por las causas siguientes:

- Consentimiento del comprador y, si procede, de los titulares de derechos posteriores. Consentimiento que deberá constar en documento público, de conformidad con las exigencias generales de documentación auténtica establecidas por los artículos 3 LH y 33 RH.
- Resolución judicial o laudo arbitral. Debe entenderse que tal resolución o laudo serán los que recaigan en el procedimiento seguido para obtener el cobro de las cantidades aseguradas, una vez se haya producido la extinción de la obligación por alguna de las causas establecidas en la Ley.
- Consignación notarial de la cantidad garantizada o aval bancario por su importe. En este supuesto, plantea cierta duda cual deba ser el título formal en cuya virtud proceder a la cancelación. En el caso de la consignación, podrá entenderse que es tal la copia autorizada del acta de depósito, aunque de nuevo, como ya se ha señalado anteriormente, se echa de menos la intervención del comprador, en la medida en que el importe garantizado y posteriormente consignado se determina de forma exclusiva por el vendedor, y sin intervención de aquél.
- Finalmente, se prevé la extinción de la afección por caducidad, una vez transcurridos ciento ochenta días desde la fecha de la reinscripción a favor del vendedor, salvo que haya una anotación anterior de demanda de oposición a la resolución o a la liquidación. En el comentario a esta norma cabe señalar que llama la atención el hecho de que la caducidad de la afección, una vez transcurrido el plazo de ciento ochenta días, se haga depender de la práctica de una anotación preventiva de demanda por la que comprador se oponga a la resolución o a la liquidación efectuada, cuando, lo razonable, siendo la afección una garantía real, debería ser vincular su caducidad con la anotación preventiva de embargo que se pueda acordar en el procedimiento ejecutivo seguido para el cobro de las cantidades cuyo pago la afección garantiza, de tal forma que, una vez practicada dicha anotación preventiva de embargo y resultando por tanto del Registro la pendencia de la ejecución, la afección deberá subsistir hasta tanto esta finalice.

Por el contrario, la referencia a una «anotación preventiva de demanda de oposición a la resolución o a la liquidación» plantea importantes dudas. Así, en primer lugar, no parece que pueda entenderse que la acción ejercitada a través de la demanda que se interponga una vez se haya reinscrito el dominio a favor del comprador y cancelado las inscripciones del comprador y sus causahabientes sea una acción de «oposición» a la resolución, toda vez que ésta ya se ha consumado y producido sus efectos traslativos del dominio. Más bien, parece que las acciones a que se refiere el legislador serán aquellas que pretendan la revisión judicial de la resolución declarada notarialmente. Y de forma concreta, en lo referente a la llamada acción de «oposición a la liquidación», parece que al reconocer la posibilidad de que el comprador funde su impugnación de la resolución acordada en el error en la liquidación operada por el vendedor, el legislador está admitiendo que en sede judicial, y con posterioridad a la finalización del procedimiento notarial, pueda el comprador entrar a discutir lo que no se le permitió discutir en sede notarial: si el importe que el vendedor entiende que restaba pendiente de pago es o no el correcto.

En definitiva, al vincular el legislador la vigencia de la afección no con la práctica de una anotación preventiva de embargo acordada en el procedimiento de ejecución seguido por el comprador para cobrar las cantidades garantizadas, sino con la anotación preventiva de la demanda por la que se impugne judicialmente la resolución declarada notarialmente, parece centrar su eficacia no tanto en la propia de una garantía real, como en la de una limitación a la eficacia de la reinscripción y cancelaciones consecuencia de la resolución, de forma que, durante la vigencia de la llamada afección, pueda el comprador hacer constar en el Registro su pretensión de ineficacia de la resolución producida, y ello, cualquiera que sea el titular registral del dominio.

Así parece confirmarlo, también, la decisión del legislador de fijar un plazo de ciento ochenta días para la afección, plazo que tiene duración coincidente con los plazos fijados por distintos preceptos de la legislación hipotecaria para establecer la suspensión temporal de los efectos de determinadas inscripciones, a fin de posibilitar el acceso al Registro de pretensiones judiciales de carácter crediticio. En este sentido, los artículos 45 y 48 de la Ley Hipotecaria establecen la posibilidad de que durante un plazo de

ciento ochenta puedan los acreedores de una herencia o concurso, o los legatarios de cantidad, solicitar la anotación preventiva de demanda de sus derechos sobre las fincas adjudicadas para pago de sus créditos o sobre las fincas de la herencia, de suerte que durante dicho plazo quien inscriba o anote algún derecho podrá resultar perjudicado por las consecuencias de la demanda interpuesta, y no quedará protegido por la fe pública registral.

En definitiva, y como conclusión al comentario de la afección regulada en el artículo 621-54.4 CCCat, cabe señalar que de su regulación parece resultar que se establece con la finalidad de corregir la disminución de protección que, respecto del comprador- deudor de la parte del precio pendiente de pago y de sus causahabientes, pueda provocar un nuevo sistema de resolución establecido con fines de fomento en el uso de la condición resolutoria como fórmula de financiación diferida de la actividad de comercialización empresarial de viviendas. Sistema en el cual la resolución produce sus plenos efectos traslativos del dominio de la cosa vendida al vendedor, y de extinción de la titularidad del comprador y de la de los adquirentes posteriores que de él traigan causa, sin necesidad de intervención judicial, sin posibilidad de que el comprador pueda oponerse a la liquidación del importe que le es reclamado, y sin necesidad de previa justificación de que el vendedor tiene a disposición del comprador las cantidades que a éste hayan de ser devueltas. La experiencia práctica en los Registros de la Propiedad, desde la fecha de entrada en vigor de la nueva regulación, no ha presenciado un incremento en el porcentaje de ventas financiadas a través de aplazamientos del precio garantizados con condición resolutoria, en detrimento de las ventas en que el precio se financia con un préstamo hipotecario. Y parece difícil que tal incremento llegue a producirse, dado que las ventajas que para el vendedor genera la rapidez y eficacia de la resolución resultante del procedimiento notarial desaparecen al quedar el derecho readquirido sujeto a una afección que, durante su vigencia, limita de forma sensible los efectos de la inscripción, paralizando la posibilidad incorporar al tráfico el derecho inscrito y lo expone a una revisión judicial de la resolución operada.

# La conformitat de la prestació al contracte: qüestions des del Codi de consum

DRA. LÍDIA ARNAU RAVENTÓS

*Professora Agregada de Dret civil UB<sup>1</sup>*

## SUMARI

1. EL CONTEXT. 2. LA CONFORMITAT DE LA PRESTACIÓ AL CONTRACTE: TRACES AL CODI DE CONSUM. 3. LA CONFORMITAT DEL BÉ AL CONTRACTE DE COMPRAVENDA: DEL CCoCAT... AL CCCAT. 3.1. "Béns" v. "productos" i altres mesures de major protecció. 3.2. El deure (funcional) de notificar la manca de conformitat: art. 621-28 CCCat v. art. 123.4 RDL 1/2007. 3.3. La resolució per raó d'incompliment essencial: art. 621-41.1 i 2 CCCat v. art. 121, al final, RDL 1/2007. 3.4. Paràmetres de conformitat (art. 621-20 CCCat v. art. 116 RDL 1/2007) i terminis (art. 621-29 CCCat v. art. 123 RDL 1/2007). 4. LA CONFORMITAT DELS SERVEIS AL CONTRACTE: CÒM IMPLEMENTAR-LA?. 4.1. La regulació catalana en matèria de compravenda: àmbit objectiu i aplicació com a dret comú. 4.2. La conformitat del serveis al contracte: què ens aporta avui el Dret europeu? Dos models: serveis de viatge i serveis digitals.

## 1. EL CONTEXT

El Codi civil de Catalunya (en endavant, CCCat) tipifica el contracte de compravenda a l'art. 621-1 CCCat. Ho fa valent-se de les obligacions principals d'una i altra part; quant a les del venedor, a més de la de lliurar la possessió i la de transmetre la titularitat del bé, s'hi recull la consistent en garantir-ne la conformitat al contracte. La recepció i desenvolupament d'aquesta obligació en una norma civil pura, o no especial (en un Codi civil), destaca: primer, per generalitzar a tot comprador un règim reservat, fins aleshores, només a qui comprava béns mobles i ho feia com a consumidor (art. 114 i ss RDL 1/2007, pel que s'aprova la Llei General per a la Defensa de Consumidors i Usuaris [en endavant, RDL 1/2007]);

---

1 L'autora pertany al Grup consolidat 2017 SGR 151. Aquest treball també s'integra dins les activitats del projecte DER 2017-82119-P. Data de revisió: 29 de maig de 2019.

segon, per avalar, també a casa nostra<sup>2</sup>, l'emmirallament d'una norma civil general —la més general possible— en una norma que, en clau interna, qualificaríem com a norma mercantil: la Convenció de Viena, de l'any 1980, en matèria de compravenda internacional de mercaderies, que ja imposava al venedor, i continua fent-ho, l'obligació de lliurar un bé conforme al contracte<sup>3</sup>. Es tracta, però, d'un emmirallament que, certament, no és espontani<sup>4</sup>, però que, en qualsevol cas, dibuixa un circuit particular, que parteix de la norma de Dret privat especial (mercantil) i arriba fins a la norma de Dret privat general (civil).

La perspectiva des de la que s'encara aquest comentari és molt més concreta i defuig de plantejaments d'abast tan ampli. Es busca només escatir si abans de l'entrada en vigor del Llibre VI CCCCat, la conformitat de la prestació ja era o no present a l'ordenament català. Si ho era, aleshores caldrà: en primer terme, analitzar què deien les normes que la tenien present; en segon terme, concretar quin és l'estat normatiu d'aquestes disposicions (en concret, si han estat derogades o no). Per descomptat, que aquest anàlisi no es formula des de l'abstracció, sino que té un rerafons molt concret: el Codi de consum de Catalunya (en endavant, CcoCat<sup>5</sup>).

- 
- 2 Vegeu la *Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modificación del Código civil en materia de contrato de compraventa* ( a *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 1988, p. 108 i ss), que proposa una redacció alternativa dels arts. 1445 i ss CCE, tot imposant al venedor l'obligació de garantir la conformitat del bé al contracte. Es pot consultar també l'art. 532-1,c de la proposta de Codi civil presentada per la Asociación del Profesores de Derecho civil (vegeu a ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *Propuesta de Código civil*, Tecnos, Madrid, 2018).
  - 3 S'ha consultat l'edició NACIONES UNIDAS, *Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías*, Nueva York, 2011.
  - 4 L'ha propiciat destacadíssimament la Directiva 1999/44, del Parlamento europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, *sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo* (vegeu Preàmbul, par. 8è, Llei 3/2007, de 15 de febrer, *del Llibre sisè del Codi civil de Catalunya*). Vegeu també la Directiva (UE) 2019/771, del Parlamento europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, *relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes*. Pel que fa al text original de la proposta d'aquest darrer text, consulti's la Propuesta de Directiva, del Parlamento europeo y del Consejo, *relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa en línea y otras ventas de bienes a distancia* (COM[2015] 635, final, 9.12.2015; comentant-la, ARROYO AMAYUELAS, E., «La Propuesta de Directiva relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa en línea y otras ventas de bienes a distancia», *Indret*, 3/2016). Pel que fa al text de la Proposta esmenada (en endavant, PDVB), vegeu COM (2017) 637, final, 31.10.2017. La Dir. 2019/771 deroga, amb efectes d'1 de gener de 2022, la Dir. 99/44.
  - 5 Llei 22/2010, de 20 de juliol, del Parlament de Catalunya.



## 2. LA CONFORMITAT DE LA PRESTACIÓ AL CONTRACTE: TRACES AL CODI DE CONSUM

A l'antecedent més immediat del Codi de Consum, l'Estatut del Consumidor (Llei 3/1993, de 5 de març), el terme «conformitat» ni tan sols s'emprava. Això permet concloure que la seva aparició al CcoCat no és casual. Vigent, des del 1999, la Directiva 1999/44<sup>6</sup>, el recurs a la categoria ha de ser intencionat<sup>7</sup>; d'aquí que la lectura de les normes que la contemplen hagi de ser rigurosament tècnica i que no convingui escatimar esforços a l'hora d'estirar, fins allà on sigui possible, el fil de les conseqüències civils de tot el que s'hi preveu. I, tot plegat, encara que això comporti, després, la feina afegida de reequilibrar-ho, encaixar-ho o, fins i tot, depurar-ho en funció del que estableix, també, el CCCat.

La conformitat de la prestació al contracte fa acte de presència als art. 123-6, 123-7.2, 126-7.1, 211-3.4, 222-2, 223-3, 242-2 i 242-3 CcoCat<sup>8 9</sup>.

---

6 En concret, des del 8 de juliol de 1999 (vegeu art. 13 Dir. 99/44, publicada al *DOCE* el 7.7.1999).

7 No semblaria versemblant pensar que el legislador, al 2010, legislava prescindint del significat tècnic que comporta el terme «conformitat».

8 Per a una prèvia identificació d'aquesta normes, vegeu GIMENO RUBIO, Gemma, «Codi civil i Codi de consum en els contractes de consum», a INSTITUT DE DRET PRIVAT EUROPEU I COMPARAT, UNIVERSITAT DE GIRONA (coord.), *El Llibre sisè del Codi civil de Catalunya: anàlisi del Projecte de Llei*, Materials de les Divuitenes Jornades de Dret civil català a Tossa de Mar, Documenta Universitaria, Girona, 2015, p.253.

9 A l'art. 123-7.2 CcoCat la conformitat apareix com a principi («...s'han de tenir en compte en la determinació del principi de conformitat amb el contracte»); a l'art. 123-8 CCCat, per bé que s'hi recullen prestacions exigibles d'acord amb l'obligació de conformitat, el terme no hi apareix. Per la seva banda, els art. 126.7.1 i 211-3.4 CcoCat tenen present la conformitat a propòsit d'obligacions informatives i documentals. El primer tracta del dret a disposar de la informació relativa a possibles compensacions, indemnitzacions... pel cas de «manca de conformitat del bé o servei, especialment pel que fa als serveis bàsics o essencials». Al segon, la conformitat de béns i serveis desenvolupa una doble funció: per una banda, esdevé un paràmetre de cara a determinar la durada del suport en què es documenti la informació que cal facilitar al consumidor («(...) Els empresaris tenen l'obligació de documentar...en qualsevol altre suport ...que tingui una duració equivalent a la vida útil o a la conformitat del bé o servei»); per altra banda, esdevé també paràmetre de fixació del què cal entendre per a «informació substancial» («(...) la que es refereix a (...) la conformitat del bé o servei»). A propòsit de la contractació a distància, l'art. 222-2, i CcoCat inclou, també entre les mencions informatives de tota oferta de contractació, «el sistema de devolució del bé en cas de manca de conformitat»;

Del conjunt d'aspectes que s'hi preveuen o que s'hi veuen implicats, se'n volen destacar només dos. L'art. 123-6 CcoCat els visibilitza.

- D'entrada, la conformitat apareix formalment a l'art. 123-6 CcoCat: la seva rúbrica és, precisament, la de «conformitat dels béns i serveis». Tècnicament, s'identifica, a l'apartat primer, amb un «dret» (a gaudir d'una prestació conforme)<sup>10</sup>; dret que, en la mesura que es reconeix, a tota «persona consumidora» en tota «relació de consum» (art. 111-1,*m* CcoCat), no es limita, només, al consumidor que compra a un venedor professional. El seu àmbit objectiu d'aplicació excedeix, per tant, de la compravenda i d'aquí que l'art. 123-6 CcoCat no es pugui entendre derogat pel CCCat. Aquesta mateixa generalitat objectiva (en el sentit que es prescindeix o que no es reclama un concret tipus contractual) avala la vigència de la resta de disposicions citades, tret de l'art. 242-2 CcoCat. El precepte: imposava al venedor l'obligació de lliurar un bé conforme al contracte (art. 242-2.1 CcoCat); determinava els paràmetres que necessàriament condicionaven aquella conformitat (art. 242-2.1 CcoCat); fixava en el lliurament el moment determinant per apreciar la manca de conformitat (art. 242-2.2 CcoCat) i, quant als remeis, que hi apareixien mencionats, feia una remissió a la normativa en «matèria de garanties» (art. 242-2.3 CCCat). En la mesura en que, ara, el CCCat contempla tots aquests aspectes (art. 621-9.1,*b*; 621-20; 621-23 i 621-37 CCCat) i ho fa, a més, de manera no coincident amb la prevista al CcoCat, en aquesta mateixa mesura cal entendre que l'art. 242-2 CcoCat ha

---

l'art. 223-3,*e* CcoCat fa exactament el mateix però en el marc de la contractació fora d'establiment mercantil. Per raó de la seva manca de civilitat, s'exclou d'aquell llistat l'art. 331-2, *h* CcoCat (que tipifica com a infracció l'incompliment de les obligacions que es deriven de la manca de conformitat).

- 10 A l'art. 123-6.2 CCCat la conformitat integra el dret informatiu que s'hi preveu («Les persones consumidores tenen dret a ésser informades dels drets que els corresponen (...) especialment pel que fa a la conformitat»). Els dos darrers apartats de la disposició es situen en fase executiva presentant, ja sigui com a obligació del professional («han de garantir») o com a dret del consumidor («té dret a una atenció...»), l'efectivitat d'allò que comporta la conformitat.

estat tàcitament derogat<sup>11 12</sup>. Aquesta derogació, per raó del que ja s'ha dit, no abasta l'art. 123-6 CcoCat. Aquest precepte manté viva, fins i tot després de l'entrada en vigor de la Llei 3/2015, la qüestió relativa com implementar la conformitat en el marc d'altres contractes que, tot i recaure sobre béns, no són contractes de compravenda.

- A l'art. 123-6 CcoCat la conformitat es predica de «béns i serveis». El mateix succeeix a altres disposicions (significativament, als art. 123-7 i 126.7 CcoCat [només relatiu, aquest darrer, als serveis bàsics o essencials]). La conformitat associada a uns i altres permet parlar, més genèricament, de la conformitat de la prestació, sigui quina sigui.

### 3. LA CONFORMITAT DEL BÉ AL CONTRACTE DE COMPRAVENDA: DEL CCOCAT... AL CCCAT

La relació entre els art. 123-6 i 242-2 CcoCat semblava força clara: el primer, molt més general, es veia ampliat en cas de contracte de compravenda; la norma especial (l'art. 242-2 CcoCat) declarava alguna cosa més que l'exigibilitat, només, de la «qualitat o prestacions» que constessin «al contracte, el pressupost, la publicitat, les invitacions a comprar o qualsevol altre document que vinculi l'empresari o empresària en les relacions de consum» (art. 123-6.1 CcoCat). La relació entre l'art. 242-2 i els arts. 114 RDL 1/2007, pràcticament desaperçabuda, hauria pogut plantejar, teòricament, moltes més dificultats<sup>13</sup>.

---

11 Demanava la derogació expressa de la norma VAQUER ALOY, Antoni, «La conformitat en la regulació projectada de la compravenda», a INSTITUT DE DRET PRIVAT EUROPEU I COMPARAT, UNIVERSITAT DE GIRONA (coord.), *El Llibre sisè ...*, cit, p.120.

12 Vegeu GINEBRA MOLINS, E., «La vigència i l'aplicabilitat de la llei», a VAQUER ALOY, A. (coord.), *Dret civil. Part general i Dret de la persona*, Atelier, Barcelona, 2018, p. 66. L'autora considera que, tot i que l'art. 111-10.2 CCCat, només fa referència a la derogació expressa de les normes, cal entendre que al Dret català també regeix la tàcita.

13 Cal fer notar que la remissió a la normativa sobre garanties a propòsit, només, del «dret a la reparació del bé, a la seva substitució, a la rebaixa del preu i a la resolució del contracte» (art. 242-2.4 CcoCat) hauria perfectíssimament permès concloure que apel·lava, només, als art. 118, 119, 120, 121 i 122 RDL 1/2007. Quant als criteris de conformitat i al moment per a apreciar-la, l'art. 242-2.1 i 3 CCCat hauria resultat

L'entrada en vigor de la regulació catalana en matèria de compravenda convida a apuntar, breument, de quina manera s'ha vist alterada la disciplina aplicable al consumidor que compra, quan és el Dret català el que regeix el negoci<sup>14</sup>. Aquest exercici s'acaba concretant: primer, en una comparació entre, per una banda, allò que resultava de l'art. 242-2 CcoCat i l'art. 114 i ss RDL 1/2007 i, per l'altra, el que ara estableix el CCCat; segon, en una valoració de la conformitat del dret català a la Dir. 99/44. L'estratègia de protecció mínima d'aquest text, permet, recordem-ho, intensificar el nivell de protecció reconegut o atorgat al consumidor però, en cap cas, quedar-ne per sota<sup>15</sup>.

### 3.1. «Béns» v. «productos» i altres mesures de major protecció

Com que l'ampliació de l'àmbit objectiu de l'obligació de conformitat (que, al CCCat, arriba també als béns immobles [art. 621-3 CCCat]<sup>16</sup>), implica precisament intensificar l'àmbit de protecció previst a la Dir. (que es limita als béns de consum o béns mobles corporals [art. 1.2,*b* Dir. 99/44]), cal entendre que el fet que reconèixer al consumidor el dret a exigir que també l'immoble sigui conforme al contracte s'adiu amb la regulació

---

preferent a l'art. 116 RDL 1/2007 (art. 111-5 CCCat). La qüestió no hauria anat a més si no fos perquè aspectes que sí que incorpora el RDL 1/2007 i que, en canvi, no eren presents al CcoCat, venen exigits per la Dir.99/44 (per exemple, l'equiparació entre els defectes d'instal·lació i la manca de conformitat del bé instal·lat [art. 2.5 Dir. 99/44 i art. 116.2 RDL 1/2007]). En aquest cas, no donar entrada al dret estatal com a supletori hauria avalat la qualificació del Dret català, en aquest particular, com un Dret no conforme al Dret europeu.

14 Quant a les interferències entre la definició de «compravenda de consum» de l'art. 621-2 CCCat i l'art. 111-2, *a* CcoCat, vegeu ARNAU RAVENTÓS, L, «La compraventa a prueba o ensayo», a SERRANO DE NICOLÁS, A (coord.), *Estudios sobre el Libro sexto del Código civil de Cataluña*, Col·legi de Notaris de Catalunya, Marcial Pons, Madrid, 2018, p. 72-74.

15 Estratègia que contrasta amb l'harmonització plena que imposa l'art. 4 Dir. 2019/771 (vegeu, en el mateix sentit, art. 3 PDVB), molt a to amb el nivell de protecció de les Directives que s'han aprovat darrerament. Per altra banda, cal fer notar que en aquest comentari es prescindeix de textos que, o bé ja han estat arraconats (així, la Proposta de Reglament, del Parlament europeu i del Consell, *relativo a una normativa común de compraventa europea* [COM (2011) 635 final]) o constitueixen només *soft law* (és el cas de l'anomenat Marc Comú de Referència [vegeu a [https://www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/2009\\_02\\_DCFR\\_Outline\\_Edition.pdf](https://www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/2009_02_DCFR_Outline_Edition.pdf)]).

16 I també als béns incorporals o «drets patrimonials» (art. 511-1 CCCat).

europaea<sup>17</sup>. I pel mateix motiu, el Dret català atorga una major protecció que la que ofereix el RDL 1/2007, que es limita als «*productos*» (art 114 i art. 6). Comentaris molt semblants mereixen els art. 621-24.2, 621-25 i 621-26 CCCat. El primer implica reduir el nombre de circumstàncies per les que, segons l'art. 2.4 Dir. 99/44 (i, de retruc, l'art. 116.1,*d* RDL 1/2007), el venedor es pot desvincular de les manifestacions fetes per tercers. El segon supedita la irresponsabilitat del venedor en cas de manca de conformitat que obeeixi a materials o instruccions facilitats pel consumidor, a que l'hagi advertit expressament dels perills i conseqüències que es poden derivar del seu ús o seguiment. Es tracta d'un deure, consistent a realitzar aquella advertència de forma expressa, que no contempla l'art. 2.3 Dir. 99/44, ni l'art. 116.3, al final, RDL 1/2007. Per la seva banda, l'art. 621-25 CCCat incorpora al Dret català l'art. 2.3 Dir. 99/44 però ho fa sense que basti, per tal de deslliurar al venedor, el coneixement o la ignorància inexcusable de la manca de conformitat per part del comprador al temps de la conclusió del contracte. El CCCat, a diferència de l'art. 116.3 RDL 1/2007, hi afegeix el requisit de l'acceptació expressa del consumidor<sup>18</sup>. La conseqüència afegida és que, al Dret català, la responsabilitat del venedor no exigeix que la manca de conformitat sigui oculta; contràriament, pot

---

17 Ens atrevim a dir que aquest àmbit també és conforme a la Dir. 2019/771 que, essent d'harmonització plena, contempla només els béns mobles materials (art. 2,5). De fet, passa també que el text contempla només la contractació per consumidors persones físiques, mentre que el consumidor CCCat pot ser-ho tant la física com la jurídica (vegeu, també, art. 111,2,*a* CcoCat). De cara a valorar si aquestes «extralimitacions» impliquen o no esguerrar aquell topall, cal fer esment de l'Atès 18è Dir. 2019/771 (vegeu, Atès 14è de la Proposta) i, més aclaridorament, l'Atès 13è de la Dir. 2011/83, del Parlament i del Consell, de 25 d'octubre de 2011, sobre *Derechos de los consumidores*, que també opta pel mateix nivell de protecció. Tot i que cada Directiva té el seu propi àmbit d'aplicació, seria inversemblant que també variés, d'una Directiva a una altra, el concepte mateix d'harmonització plena. D'aquí que s'entengui que també a propòsit de la Dir. 2019/771, és vàlid allò que s'indica al dit Atès. S'hi diu, molt aclaridorament, que «*La aplicación de las disposiciones de esta Directiva a aspectos no incluidos en su ámbito de aplicación ha de seguir siendo competencia de los Estados miembros, con arreglo al Derecho de la Unión*».

18 Ambdues disposicions (art. 621-25 i 621-26 CCCat) sí que podrien haver arribat a plantejar algun problema en termes de conformitat al Dret europeu si la PDVB s'hagués aprovat, literalment, en els termes en què s'expressava.

— L'art. 9.5 d'aquest text es limitava a excloure la prestació de reparació si el consumidor «*ha contribuido a la falta de conformidad con el contrato o a sus efectos*». El supòsit no es limitava al cas d'aportació de materials o d'indicació d'instruccions determinants de la manca de conformitat, però els comprenia. Si al Dret europeu hagués bastat aquesta contribució per a deslliurar el venedor, s'entén que hauria infringit l'harmonització plena (encara que fos per tal d'afavorir al consumidor) l'aposició de les condicions

tractar-se d'una manca de conformitat aparent sempre que no hagi estat acceptada de forma expressa.

Només perquè es tracta de qüestions previstes al Dret català però no, en canvi, a la Dir. 99/44, ni al RDL 1/2007, hom podria entendre que impliquen també una major protecció pel consumidor els paràmetres de conformitat de l'art. 620-20.1 CCCat i el reconeixement del remei indemnitzatori i del consistent en la suspensió de les obligacions pròpies.

- Els criteris de l'art. 620-20.1 CCCat obeeixen, tots ells, al pacte. Seria realment inversemblant pensar que allò que és raonable esperar pot comportar, si no es presta, manca de conformitat (art. 620-20.2 CCCat), mentre que si el bé lliurat no reuneix els requisits o característiques acordades, aleshores la situació és una altra. Des d'aquesta perspectiva, el Dret català explicita un efecte que, fins i tot literalment, ja derivava de l'art. 116.1 RDL 1/2007<sup>19</sup>; per tant, al fer-ho, no millora materialment la posició del comprador. De fet, en algun cas concret l'efecte podria arribar a ser, fins i tot, el contrari. Cal mencionar, en aquest sentit, el paràmetre de la «quantitat» (art. 621-20.1, a CCCat). La qüestió que es planteja és si el consumidor pot rebutjar el lliurament parcial (a l'empara de l'art. 1169 CCE) o si, en canvi, necessàriament

---

addicionals de què parla l'art. 621-26 CCCat. En canvi l'art. 13.7 Dir. 2019/771 les empara tal vegada que legitima als Estats per tal de decidir «*si, y en qué medida, una contribución del consumidor a la falta de conformidad afecta a su derecho a exigir medidas correctoras*».

— Per la seva banda, l'art. 4.3 PDVB supeditava la validesa d'acords d'exclusió de l'aplicabilitat de determinats paràmetres de conformitat al fet que el consumidor conegués les condicions dels béns i els acceptés com a conformes al temps de la conclusió del contracte. La norma permetia defensar que les mateixes condicions (coneixement i acceptació) haurien de regir, a efectes de deslliurar al venedor de responsabilitat, al marge d'haver-se pactat o no algun dels acords de què parlava l'art. 4.3 PDVB. Hom podria entendre, aleshores (i, en especial, a manca d'acord exprés): o bé que es va pactar tàcitament que el consumidor renunciava a reclamar per allò que coneixia i acceptava, o bé que, en cap cas, hom pot anar contra els seus propis actes. Sigui com sigui, la qüestió l'hauria plantejat la necessitat d'acceptació expressa que exigeix el dret català i que en cap cas demanava la PDVB (vegeu, però, el seu Atès 22è, al final, que suposava una acceptació expressa [*cualquier exención ...será válida sólo cuando... haya consentido expresamente en el momento de la celebración del contrato*]). L'art. 7.5 Dir. 2019/771 altera sensiblement aquest escenari: només no hi haurà manca de conformitat si s'ha informat «*de manera específica de que una determinada característica de los bienes*» no s'adiu amb els requisits objectius de la conformitat i, a més, el consumidor ho ha acceptat «*de forma expresa y por separado*». Cal introduir, doncs, al Dret català el deure informatiu i l'exigència d'acceptació separada d'aquella manca de conformitat.

19 Vid. *infra* apartat 3.4, quant als pactes en contrari que permet l'art. 116.1 RDL 1/2007.

l'ha d'acceptar<sup>20</sup>, de manera que l'únic que pot pretendre sigui el compliment específic (el lliurament de la resta), la reducció del preu o, si escau, la resolució<sup>21 22</sup>.

- La major protecció del Dret català pot vincular-se, també, al reconeixement de la pretensió indemnitzatòria i al de la facultat de suspendre el compliment de les pròpies obligacions (art. 621-40 CCCat), no previstes ni a la Dir. 99/44 ni al RDL 1/2007<sup>23</sup>. Pel que fa a la primera (art. 621-37.1, *e*, CCCat), no s'acompanya de cap precepte que la desenvolupi. Això permet dubtar de si, en el fons, aquest reconeixement explícit de la pretensió implica alguna cosa més que la remissió que ja formula l'art. 117, 2on par. RDL 1/2007 a la legislació civil i mercantil. Tampoc es creu que la facultat de suspendre el pagament del preu millori la posició que tenia o té el consumidor a l'empara del RDL 1/2007, almenys en el supòsit que descriu l'art. 621-40, *a* CCCat. La raó és que, en el marc d'obligacions recíproques, el creditor insatisfet sempre pot fer valer la inexigibilitat de la pròpia obligació; es tracta d'un efecte legal, associat al règim d'aquest tipus d'obligacions<sup>24</sup>, que no demana de l'exercici d'una facultat per a provocar-lo, ni tan sols el reconeixement de la facultat mateixa. El que sí que és una novetat, i demana de l'exercici d'una facultat específica, és

---

20 L'art. 621-16.1 CCCat avala que la negativa justificada a rebre el bé no implica incompliment per part del consumidor. El precepte, però, no resol si la justificació pot obeir, només, al sol fet de no lliurar-se íntegrament la quantitat deguda o si, en canvi, cal alguna cosa més (així, acreditar un «interès legítim» per a fer-ho [art. 621-34.2 CCCat]).

21 Certament, l'art. 621-20.1, *a* CCCat no s'acompanya de cap norma semblant a l'art. 51 CISG; aquest darrer no exclou explícitament la facultat de rebutjar el lliurament parcial, però això és el que sembla deduir-se: primer, del que s'hi preveu (que és una remissió a les normes relatives al compliment [art. 46-50]); segon, d'una intepretació a contrari de l'art. 52 que, a propòsit del lliurament anticipat i del lliurament de més mercaderies de les degudes, permet al comprador acceptar o rebutjar, respectivament, el lliurament fet abans d'hora i el de l'excedent.

22 Al situar el pagament parcial entre les normes de conformitat, el que sí que s'exclou és l'aplicació de l'art. 621-13.3 CCCat quant a la part de béns no lliurada: el consumidor no haurà de fixar un termini addicional per a complir. L'escenari serà un altre: notificat, el venedor pot complir en un «termini raonable» (art. 621-39.2 CCCat).

23 L'art. 13.6 Dir. 2019/771 contempla la facultat de retenció del preu fins que sigui subsanada la manca de conformitat (vegeu 9.4 PDVB).

24 I que, curiosament, s'explicita a l'art. 1308 CCE, en un context de reciprocitat liquidatòria.

la suspensió que s'anticipa a l'exigibilitat de l'obligació recíproca (art. 621-40, *b* CCCat)<sup>25</sup>.

### **3.2. El deure (funcional) de notificar la manca de conformitat: art. 621-28 CCCat *v.* art. 123.4 RDL 1/2007.**

L'art. 621-28 CCCat és, indubtablement, conforme a l'art. 5.2 Dir. 99/44 però, si es compara amb el dret estatal (art. 123.4 RDL 1/2007), endureix significativament (i incomprensiblement) els efectes que produeix la manca de notificació<sup>26</sup> <sup>27</sup>. Val a dir que al sistema del CCCat es pot ben defensar que el deure de notificació apleix, d'entrada, una funció instrumental; contràriament, aquesta funció no s'aprecia al RDL 1/2007. Al Dret català, la notificació activa el dret a subsanar del venedor (art. 621-39 CCCat<sup>28</sup>). Aquest dret no es contempla al RDL 1/2007, essent així que, en aquest darrer ordenament, qui activa la subsanació exercint una

---

25 Vegeu ARNAU RAVENTÓS, L., «La facultad de suspender el propio cumplimiento: una propuesta de construcción desde el derecho español», *ADC*, tomo LXVI, 2013, fasc. III, p. 1279-1296.

26 És a la mateixa Dir. 99/44 que es reconeix que, deixant a decisió dels estats la implementació o no del deure de notificar (art. 5.2 Dir. 99/44), són ells els que poden garantir o no un major nivell de protecció als consumidors (Atès 19). La Dir. 2019/771 (art.12) continua remetent a la legislació interna l'opció d'imposar o no un termini (que ara es qualifica expressament de «mínimo») de notificació de dos mesos.

27 Vegeu, qualificant aquesta notificació de perturbadora, GÓMEZ LIGÜERRE, C., «Remedios del comprador ante la falta de conformidad. La propuesta del Proyecto de Ley del Libro Sexto del Código civil de Catalunya, relativo a las obligaciones y los contratos», a INSTITUT DE DRET PRIVAT EUROPEU I COMPARAT, UNIVERSITAT DE GIRONA (coord.), *El Llibre sisè...*, cit, p.149. Es constata que implica un empitjorament de la posició del consumidor català, VAQUER ALOY, A. «La conformidad de la prestación en la nueva regulación de la compraventa en Cataluña», a SERRANO DE NICOLÁS, A (coord.), *Estudios sobre el Libro sexto...*, cit, p. 229.

28 Estrictament, però, del que és referent la notificació o, millor, la seva recepció, és: per una banda, de la raonabilitat del termini dins del que el venedor pot corregir la manca de conformitat; per altra, de la immediatesa del seu oferiment («rebuda la notificació, el venedor la pot corregir en un termini raonable si s'ofereix immediatament a fer-ho»[art. 621-39.2 CCCat]). Aquella recepció, però, en cap cas hauria de ser una condició legal per tal de poder imposar al comprador la correcció si, ateses les circumstàncies, resulta que el venedor ha tingut coneixement de la manca de conformitat abans d'aquell moment i pretén corregir-la. De fet, en el supòsit que es descriu a l'art. 621-39.1 CCCat (compliment anticipat), la pretensió de correcció no es supedita pas a la recepció de la notificació que, donat que l'art. 621-28 CCCat no distingeix, el comprador també hauria d'adreçar al venedor.



pretensió de reparació o de substitució és el consumidor. La funció que desenvolupa la notificació al RDL 1/2007 es desvincula de les pretensions o accions per manca de conformitat, que es podran igualment interposar malgrat que no s'hagi notificat o que s'hagi fet però trascorreguts els dos mesos que també preveu l'art. 123.4 RDL 1/2007<sup>29</sup>. Al Dret català, en canvi, la vinculació és evident: si no es notifica, no es podrà reclamar per manca de conformitat. D'aquí que, a més d'aquella funció instrumental, la notificació té associada una funció autònoma com a pressupòsit per a recórrer a l'art. 621-37.1 CCCat Ho rebla, almenys, la literalitat dels art. 621-28 i 621-39.2 CCCat. El primer perquè, estrictament, no contempla cap excepció al deure de notificar. Ara bé, la interpretació conjunta de l'art. 621-28.2 i 3 CCCat permet defensar que, a propòsit de les excepcions que recull aquest darrer («si es refereix a fets que el venedor coneixia o no podia ignorar i que no va revelar al comprador, o si el venedor va garantir expressament la conformitat»), la notificació esdevé sobrerera. I, això, perquè si desapareix la conseqüència associada a la manca de notificació (que seria la pèrdua de què parla l'art. 621-28.2 CCCat), desapareix indirectament el deure mateix<sup>30 31</sup>. Pel que fa a l'art. 621-39.2 CCCat, la qüestió a plantejar seria: si les circumstàncies del cas són les descrites a les lletres *a*, *b* o *c* d'aquella norma, el consumidor pot directament recórrer a algun dels remeis de l'art. 621-37 CCCat, obviant fins i tot la notificació de la manca

---

29 Aquella notificació té una altra projecció: «*siendo responsable el consumidor y usuario, no obstante, de los daños y perjuicios efectivamente ocasionados por el retraso en la comunicación*» (art. 123.4, 1er paràgraf, final, RDL 1/2007). Sembla que s'estaria pensant en danys que no s'haurien produït si el consumidor hagués notificat a temps i, d'aquí, que no els podria reclamar. Però, per què: perquè el professional ja l'hauria reparat o substituït, o simplement advertit de ser-ne cautelós amb l'ús o d'alguna altra manera? Vegeu MARIN LÓPEZ, M.J, «Comentario al art. 123», a BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R (coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, p. 1553.

30 Certament, si els deures jurídics s'expliquen a l'empara de les conseqüències jurídiques que comporta la seva infracció, si aquestes no regeixen al cas concret, decau el concepte mateix de «deure».

31 Una qüestió afegida que planteja el supòsit és si en els casos de l'art. 621-28.3 CCCat i a manca de notificació de la manca de conformitat pel consumidor, el venedor pot imposar-li igualment la correcció de l'art. 621-39 CCCat. Probablement, el que succeirà és que el consumidor, obviant notificar en el termini de dos mesos de l'art. 621-28.1 CCCat, interposarà directament algun dels remeis de l'art. 621-37 CCCat. La corresponent acció o pretensió es podrà aleshores paralitzar amb l'exercici per part del venedor del dret a corregir de l'art. 621-39.2 CCCat. I la referència temporal que, en aquest precepte, desenvolupa la notificació (vegeu *supra* nota 28) la proporcionarà la pretensió o acció exercida pel consumidor.

de conformitat i, de retruc, l'eventual però immediada proposta de correcció per part del venedor?<sup>32</sup> <sup>33</sup> Respondre afirmativament seria tant com convertir els casos de l'art. 621-39.2 CCCat en altres excepcions al deure de notificar (que s'afegirien a les excepcions —indirectes— de l'art. 621-28.3 CCCat). L'argument podria ser l'eficiència del sistema: per què imposar al comprador la notificació prèvia i fer-li fer esperar la proposta de correcció del venedor quan és clar que concorren circumstàncies que legitimaran la seva oposició i la seva voluntat és la d'oposar-se? Si de cas, el que pot succeir és que sigui difícil valorar si concorre o no algun dels casos de l'art. 621-39.2 CCCat abans de conèixer els termes de la proposta de correcció del venedor.

### 3.3. La resolució per raó d'incompliment essencial: art. 621-41.1 i 2 CCCat v. art. 121, al final, RDL 1/2007

Mentre que l'art. 3.6 Dir. 99/44 (i, de retruc, l'art. 121, al final, RDL 1/2007), només supedita la resolució al requisit material de tractar-se

---

32 Hi ha una qüestió prèvia a la plantejada al text: la facultat de subsanació o correcció reconeguda al venedor és conforme a la Dir. 99/44? Ho és també a la Dir. 2019/771? Cal posar-ho en dubte tant bon punt es constata que, a un text i a l'altre, la facultat d'escollir entre una o altra modalitat de subsanació (la reparació o la subsanació) s'atribueix formalment al consumidor (art. 3 Dir. 99/44 i art. 13 Dir. 2019/771 [art. 11 PDVB]). Al CCCat també (art. 621-37 CCCat), però el dret reconegut al venedor a l'art. 621-39 CCCat desdibuixa aquella llibertat formal d'optar entre una cosa o una altra (per exemple: si, preferint la substitució, el venedor proposa reparar sense que el consumidor s'hi pugui oposar [d'acord amb l'art. 621-39.2 CCCat], serà la proposta del venedor la que reeixirà). Vegeu, de fet, Atès 12 Dir. 99/44, que ja preveia que, òbviament, el venedor sempre podria proposar —però no imposar— mesures per a corregir la manca de conformitat, que el consumidor hauria d'acceptar o rebutjar. Quant a la Dir. 2019/771, hi ha un argument encara molt més bàsic i, alhora, contundent: una facultat no prevista al text però que compromet molt directament allò que s'hi preveu (així, la facultat reconeguda al consumidor a l'art. 13), senzillament no encaixa amb l'harmonització plena (art. 4).

33 Cal palesar que l'art. 48 CISG atorga al venedor el dret de subsanació o correcció «*sin perjuicio de los dispuesto en el artículo 49*», que és el que permet al comprador resoldre el contracte en determinades circumstàncies. L'expressió ha estat interpretada entenent que «*el comprador que tiene derecho a declarar resuelto el contrato no necesita esperar primero a la subsanación, sino que puede declarar resuelto el contrato tan pronto se produzca un incumplimiento esencial*», per bé que es constata que la jurisprudència no és pacífica en aquest punt (COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL, *Compendio de jurisprudencia basada en la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercancías*, Naciones Unidas, Nueva York, 2010, p. 165).

d'una manca de conformitat de certa importància («...no tendrá derecho a resolver el contrato si la falta de conformidad es de escasa importancia»), l'art. 621-41.1 CCCat, per a la mateixa mesura, exigeix incumpliment essencial. La Dir. 99/44 no concreta en quins casos concorre aquella mínima o escassa importància; l'art. 621-41.2 CCCat, en canvi, defineix l'incompliment essencial com el que «priva substancialment l'altra part d'allò a què tenia dret segons el contracte». No s'adiuen. El motiu, obvi, és que la norma catalana extrema, en perjudici del consumidor, la rellevància qualitativa de l'incompliment<sup>34 35 36</sup>. A la Dir. 99/44, la reparació o substitució infructuosa permet al consumidor optar per la rebaixa del preu o la resolució del contracte (art. 3.5 Dir. 99/44)<sup>37</sup>; al Dret català, l'incompliment no essencial mena el consumidor cap a la reiteració de la pretensió adreçada a obtenir el compliment específic o cap a la rebaixa del preu (art. 621-42 CCCat)<sup>38</sup>. Això últim també passarà al Dret estatal però, només, quan la manca de conformitat tingui poca entitat.

---

34 A la PDVB desapareixia aquell requisit material (vegeu Atès 29è, explicitant-ho). Ara, l'art. 13.5 Dir. 2019/771 el manté però reformulat: per a resoldre, cal que la manca de conformitat no «sea leve». L'essencialitat de l'incompliment que demana el dret català continua sense encaixar del tot perquè els supòsits de manca de conformitat que, sense ser lleus, tampoc comporten privació substancial de la prestació deguda, segueixen sense tenir accés a la resolució. A la Dir. 2019/771 la «gravetat» de la manca de conformitat el que permet és recórrer de forma immediata a la resolució o a la rebaixa del preu (és a dir, sense intentar abans la reparació o la substitució).

35 ARROYO AMAYUELAS, E., «El derecho a resolver el contrato de compraventa. ¿Qué inspiración europea para un Derecho civil catalán moderno?», a SERRANO DE NICOLÁS, A (coord.), *Estudios sobre el Libro sexto ...*, cit, p. 248.

36 En canvi, la regulació catalana depassa l'europea a l'art. 621-41.4 CCCat, que preveu, a propòsit de qualsevol obligació, la resolució anticipada del contracte. És una modalitat que, pel que fa al lliurament d'un producte conforme al contracte, no preveu la Dir. 99/44; tampoc la Dir. 2019/771.

37 Vegeu art. 13.4,a Dir. 2019/771.

38 Tot i la volguda generalitat de l'art. 621-41.3 CCCat (que parla de «retard en el compliment», sense vincular-lo a una concreta obligació), cal entendre que fa referència a l'obligació de lliurament del bé i a l'obligació de pagament del preu. Quant a la primera, el precepte: per una banda, encaixa amb l'art. 621.13.3 CCCat, que preveu que el comprador fixi un termini addicional al venedor per tal de lliurar el bé; per l'altra, incorpora al Dret català l'art. 18 Dir. 2011/83. Pel que fa al preu, el precepte que s'ocupa del temps del pagament (art. 621-32 CCCat) no indica què ha de fer o pot fer el venedor si l'obligació s'incompleix. És, de fet, l'art. 621-41.3 CCCat el que permet concloure que també se li ha d'indicar un termini addicional de manera que, esgotat sense pagament, el venedor podrà resoldre. En qualsevol cas, l'art. 621-41.3 CCCat no abasta el retard en l'obligació de garantir que el bé sigui conforme al contracte (art. 621-9.1,b CCCat). Altrament, caldria concloure que si el venedor no subsana en el termini addicional que li hagi indicat el comprador, aquest podrà resoldre. El

### 3.4. Paràmetres de conformitat (art. 621-20 CCCat v. art. 116 RDL 1/2007) i terminis (art. 621-29 CCCat v. art. 123 RDL 1/2007)

El legislador català coincideix, a l'hora d'encarar la regulació d'ambdues qüestions, en dos aspectes: per una banda, ni el precepte indicatiu dels paràmetres determinants de la conformitat del bé (art. 621-20 CCCat), ni el relatiu al «termini de responsabilitat de la manca de conformitat» (art. 621-29 CCCat), inclouen cap disposició específica pel cas que el negoci sigui una compraventa de consum; per l'altra banda, mentre que l'art. 621-20.2 CCCat admet pacte en contrari quant als criteris que s'hi relacionen, a l'art. 621-29 CCCat també s'hi contempla un «pacte en contra». Enllaçant una cosa amb l'altra, la pregunta és si aquestes possibilitats de pacte són conformes al Dret europeu fins i tot quan l'acord sigui perjudicial pel consumidor. I, teòricament, serà perjudicial tot pacte limitatiu dels criteris determinants de la conformitat i tot pacte que redueixi els terminis de garantia. Certament, i pel que fa a l'art. 621-29.1 CCCat, el pacte en contrari que s'hi esmenta és l'adreçat a ampliar la responsabilitat del venedor per la manca de conformitat que es manifesti passats dos anys d'ençà el lliurament; res es diu, ni s'intueix, quant al pacte adreçat a reduir aquest termini. Però la qüestió no desapareix: si no s'hi expressa que aquest tipus de pactes hi tenen cabuda, vol dir que no es permeten<sup>39</sup>? Partim, doncs, de la naturalesa imperativa de les normes? Sembla que no. Un possible argument el proporciona l'art. 621-2.2 CCCat, que declara ineficaç<sup>40</sup> tot pacte que «modifiqui, en perjudici del consumidor, el règim imperatiu de protecció que estableix la llei». L'aplicació de la norma passa per identificar aquest

---

problema és que no hi cap precepte que imposi al comprador la fixació d'aquest termini addicional per a corregir essent així que: per una banda, és la llei que imposa que la correcció s'hagi de fer en un termini «raonable» (art. 621-39.2 CCCat); per altra banda, al tractar del compliment específic i de la facultat de subsanació del venedor, el dret català implementa la gratuïtat que imposa la Dir. 99/44 («*sin cargo alguno*» [art. 3.2]), però, en canvi, el requisit del temps raonable (art. 3.3, 3er par. Dir. 99/44) només es preveu a propòsit de la correcció però no de la reparació o substitució.

39 No serien, doncs, vàlids els pactes (emparats fins ara per l'art. 7.1, par. 2n, Dir. 99/44 i 123.1 RDL 1/2007), pels que les parts pacten un termini de garantia d'un any per a béns de segona mà?

40 Es tracta d'una categoria neutral, que pot obeir a distintes causes, ja siguin determinants d'una ineficàcia inicial (la nul·lilitat de ple dret) o d'una de sobrevinguda (anul·labilitat, rescissió, resolució...). L'acció per a fer-la valer serà declarativa i imprescriptible (art. 121-2 CCCat).

«règim imperatiu»: es tracta, només, de les normes que contemplen expressament la compravenda de consum (art. 621-5.5, 621-13.2, 621-15.2, 621-21.2, 621-23.2, 621-24.2, 621-25.2, 621-27.4, 621-28-2, 621-34.3, 621-45.2 CCCat)? O cal incloure-hi també la resta de disposicions pel cas que la compravenda sigui de consum (el que implica tan com dir que la naturalesa, dispositiva o imperativa, de normes com l'art. 621-29 CCCat depèn de qui sigui venedor i de qui sigui comprador)? Considerant la incertesa que planteja aquesta qüestió, es proposa reprendre els art. 621-20 i 621-29 CCCat:

- Si la intervenció d'un consumidor converteix en imperatiu l'art. 620-20 CCCat, aleshores caldrà concloure que els pactes que s'esmenten al seu apartat 2on només poden afavorir el consumidor (art. 621-1.2 CCCat)<sup>41</sup>. Es tractaria d'aquells acords en virtut dels quals, per a la conformitat del bé, no bastarien només els criteris de l'art. 621-20.2 CCCat, sino que n'hi haurien altres. És una interpretació forçada i no perquè, en abstracte, no sigui possible «idear» altres paràmetres convencionals exigibles a efectes de conformitat, sino perquè la convencionalitat o el pacte ja ens situa a l'art. 621-20.1 CCCat. A més, l'alternativa al pacte que recull el mateix art. 621-20.2 CCCat («..o que per les circumstàncies del cas algun d'aquests criteris no sigui aplicable...»), fa vistent que es pensa en pactes que exclouen, al cas concret, l'exigibilitat d'algun dels paràmetres legals. Val a dir que això últim s'adiu amb l'art. 2.2 Dir. 99/44 que, al presentar estructuralment la conformitat com una presumpció [*«Se presumirá que los bienes de consumo son conformes al contrario si (...)»*], permet tant pactar criteris distints dels previstos legalment com negar l'exigibilitat d'algun o alguns

---

41 No es creu, ja s'ha dit, que els criteris de l'art. 621-20.1 CCCat impliquin una major protecció que la que dispensa la Dir. 99/44 o, de retruc, l'art. 116.1 RDL 1/2007 RDL 1/2007. Per bé que en aquests textos no es parla de prestacions, característiques, usos pactats o acordats...és evident que, si el bé no els reuneix o els permet, hi haurà, *a fortiori*, manca de conformitat. La finalitat d'aquells preceptes seria la de fer-la arribar fins a aquells casos en què, tot i no haver-hi pacte o acord, el bé no reuneix les condicions, prestacions...raonablement esperables. Això últim ho identificàvem com a aplicacions concretes del principi general de bona fe en la seva vessant integradora a ARNAU RAVENTÓS, L. «L'obligació de conformitat i el seu règim: més propis d'una teoria (o part) general?, a INSTITUT DE DRET PRIVAT EUROPEU I COMPARAT, UNIVERSITAT DE GIRONA (coord.), *El Llibre sisè...*, cit, p. 447, nota. 35.

d'aquests<sup>42</sup>. L'art. 116.1 RDL 1/2007 presenta la mateixa fisonomia («*Salvo prueba en contrario...*»)<sup>43 44</sup>.

- Si la presència d'un comprador consumidor converteix en règim imperatiu l'art. 621-29.1, aleshores també caldrà concloure que no són possibles els pactes per a reduir el termini de garantia<sup>45</sup>. Una lectura alternativa implicaria rebaixar el llinar de protecció previst al Dret europeu (arts. 5.1 i 7.1 Dir. 99/44)<sup>46</sup>. L'art. 5.1 Dir. 99/44 imposa un segon límit<sup>47</sup>. Afecta al termini d'exercici que, eventualment, el dret intern pugui establir quant als remeis per manca de conformitat i que en cap cas pot ser inferior al termini

---

42 Vegeu Atès 8è Dir. 99/44 («...*conviene introducir una presunción impugnabile de conformidad con el contrato que abarque las situaciones más comunes; que esta presunción no limita el principio de libertad contractual de las partes...*»). La possibilitat de pacte també es preveu a l'art. 7.5 Dir. 2019/771 (vegeu *supra* nota 18).

43 Vegeu MARÍN LÓPEZ, M.J., «Comentario al art. 116», a BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentario...*, cit, p. 1445.

44 A propòsit de l'art. 621-20.1 CCCat, no s'hi val cap pacte en contrari? Potser esdevingui certament un contrasentit pactar, al mateix temps, que el bé ha de reunir unes determinades qualitats però que, si no es tenen, el bé serà igualment conforme. Admetent llavors la manca de conformitat, el que potser caldria plantejar és si és possible pactar que el venedor no en sigui responsable. El pacte en contrari afectarà aleshores l'art. 621-23 CCCat, com si es digués, per exemple, que només la manca de conformitat imputable al venedor a títol de dol o culpa (o només a títol de dol), permetrà activar l'art. 621-37 CCCat.

45 Sembla que és l'opció defensada, a propòsit del Projecte de Llibre VI, a GRAMUNT FOMBUENA, M<sup>a</sup> D., « La incorporación de las normas de consumo en el proyecto de Libro VI del Código civil de Cataluña: la compraventa», a LLÁCER MATAICAS, M<sup>a</sup> R. (coord.), *La codificación del derecho contractual de consumo en el derecho civil catalán*, Dykinson, Madrid, 2015 p.142. En el mateix sentit, ESPIAU ESPIAU, S. «La extinción de las pretensiones y de las acciones correspondientes al incumplimiento de las obligaciones contractuales en el contrato de compraventa», *Revista Catalana de Dret Privat*, vol. 20, 2019, nota 35 (*pendent de publicació*). En canvi, es troba a faltar el caràcter imperatiu de la norma i, d'aquí, que s'entengui que permet pactes d'escurçament del termini, a DEL POZO CARRASCOSA, P.; VAQUER ALOY, A.; BOSCH CAPDEVILA, E., *Derecho civil de Cataluña, Derecho de obligaciones y contratos*, Marcial Pons, Barcelona, 2018, p. 194.

46 El termini de garantia també era de 2 anys a l'art. 14 PDVB, amb l'afegit que la presumpció de l'existència de la manca de conformitat al temps del lliurament (que a la Dir. 99/44 regia només durant els primers sis mesos [vegeu art. 621-23.2 CCCat]) arribava a tot el període de garantia (Atès 26è i art.8.3 PDVB). L'art.10.1.3 Dir. 2019/771 preveu ara que el termini de garantia sigui de 2 anys d'ençà el lliurament tret que la legislació interna mantingui o adopti terminis més llargs. Per altra banda, la presumpció regeix només en cas de manca de conformitat manifestada durant el primer any ençà el lliurament, llevat que els Estats optin per ampliar aquest termini fins als dos anys (art. 11).

47 Vegeu art. 10.4 Dir. 2019/771 (art. 14 PDVB).

de garantia<sup>48</sup>. Pel que fa als terminis «d'extinció» dels remeis, l'art. 621-44.1 CCCat estableixi un únic termini triennal, amb un *dies a quo* vinculat al coneixement de la manca de conformitat («..el còmput del termini...s'inicia en el moment en què el comprador coneix o pot conèixer la manca de conformitat»). Segons les circumstàncies del cas, aquest referent temporal podria ser el moment del lliurament<sup>49</sup> o un moment relativament proper. Succeeix, aleshores, que la combinació d'aquesta eventualitat amb l'art. 121-3 CCCat podria arribar a permetre que el termini de prescripció de l'acció adreçada a obtenir el compliment específic no arribés als dos anys a comptar des del lliurament<sup>50</sup>. L'argument, que pressuposa que l'art. 121-3 CCCat fa referència a qualsevol norma sobre prescripció (i, per tant, no només a les del Llibre I CCCat), podria frenar-se recurrent, novament, a la mutació de l'art. 621-44.1 CCCat en norma imperativa si qui compra és un consumidor: no serien possibles, aleshores, els pactes en perjudici del consumidor, és a dir, els pactes d'escurçament dels terminis per a reclamar.

#### 4. LA CONFORMITAT DELS SERVEIS AL CONTRACTE: COM IMPLEMENTAR-LA?

Donar contingut o articular l'obligació de garantir els serveis al contracte obeeix a l'existència de normes que, com fa l'art. 123-6 i concordants del CcoCat, la tenen present, l'esmenten o, fins i tot, en deriven algunes conseqüències. El presupòsit de tot plegat és que no hi ha cap argument tècnic que aconselli només predicar la conformitat dels béns però no dels

---

48 Tot i que la norma parla de terminis de «prescripció», és defensable que fa referència als terminis d'exercici dels remeis, més enllà de tenir, al dret intern, una naturalesa específica com a terminis de prescripció (pel cas de la substitució o la reparació) o de caducitat (en cas de la resolució o rebaixa del preu). En qualsevol cas, a la Dir. 99/44 els terminis es predicaven dels «drets» (art. 5.1), mentre que la Dir. 2019/771 ho fa de les «medidas correctoras».

49 Així, si es tracta d'una disconformitat que raonablement es pot detectar tant bon punt es rep el bé.

50 L'art. 121-3 CCCat avalaria, en aquest cas, pactes pels que el termini de prescripció fos d'1 any i mig. Si pensem en un consumidor que coneix la manca de conformitat, per exemple, un mes després del lliurament, aleshores succeirà que la pretensió adreçada a obtenir el compliment específic prescriurà passats 1 any i 6 mesos d'ençà el lliurament.

serveis. Aquesta compatibilitat l'avalua, de fet, també el Dret europeu. En són exponents: per una banda, la Directiva (UE) 2015/2302, del Parlament europeu i del Consell, de 25 de novembre de 2015, *relativa a los viajes combinados y a los servicios de viaje combinados*; per altra, la Directiva (UE) 2019/770, del Parlament i del Consell, de 20 de maig de 2019, *relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales*<sup>51</sup>. Tant a la primera (art. 13) com a la segona (art.7), la conformitat es predica de serveis; a la primera, fins i tot es defineix, com a concepte, la «*falta de conformidad*», que s'identifica amb la inexecució o l'execució incorrecta dels serveis (art.1 [13]); a la primera i a la segona s'articulen els corresponents remeis pel cas que els serveis no siguin conformes (art. 13 Dir. 2015/2302 i art. 14 i ss Dir. 2019/770).

La qüestió de com implementar aquella conformitat, planteja, potser fins i tot abans, la relativa a on fer-ho. Portar-la al CCCat té l'efecte afegit de convertir la regulació que se'n faci en dret comú a Catalunya (art. 111-4 CCCat). Situats aleshores en el «cóm», cal atendre: en primer terme, a l'àmbit objectiu d'aplicació dels arts. 621-20 i ss CCCat; en segon terme, a la resta de disposicions del CcoCat relatives a la prestació de serveis; en darrer lloc, a la regulació europea esmentada en un intent de detectar regles generalitzables a serveis que no siguin de viatges combinats o digitals.

#### **4.1. La regulació catalana en matèria de compravenda: àmbit objectiu i aplicació com a dret comú**

En la recerca d'aquella implementació, la regulació catalana en matèria de compravenda, tal i com està, ja subjecta de forma directa al règim de la conformitat determinats supòsits que, raonablement, si la llei no digués el que diu, podrien, com a mínim, suggerir una qualificació com a contracte de serveis en comptes de fer-ho com a contracte de compravenda. Per altra banda, aquella mateixa regulació és aplicable com a dret comú a altres escenaris en què el contracte atorgat decididament no és de compravenda però li són aplicables normes pròpies d'aquest (art. 111-4 CCCat).

---

51 Vegeu les esmenes proposades pel Parlament a la proposta inicial de Directiva (document COM [2015] 0634) al *Informe del Parlamento europeo sobre la Propuesta de Directiva, del Parlamento europeo y del Consejo, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales*, de 27 de novembre de 2017 (A8-0375/2017)



**4.1.1. El contracte de compravenda que recau sobre béns «que hagin d'ésser produïts, manufacturats o fabricats» i el que inclou la instal·lació del bé comprat. Altres contractes mixtes.**

- El primer exponent d'aquella aplicació directa ens situa a l'art. 621-3 CCCat. S'hi explicita que la compravenda pot recaure sobre béns presents o futurs, incloent els que «hagin d'ésser produïts, manufacturats o fabricats». Es tracta, d'entrada, d'una norma de tipificació contractual que perfila, àmpliament, les variants que pot presentar una de les prestacions compromeses. La norma mereix dos comentaris. El primer seria que tractant-se d'una regla que apareix també a la Dir. 99/44 (art. 1.4), no hauria estat possible o correcte, almenys pel cas de consumidor comprador, qualificar altrament el contracte per, d'aquesta manera, esquivar la regulació de la conformitat<sup>52</sup>. A efectes de la Directiva, és un contracte de compravenda i també ho ha de ser o se l'ha de tractar com a tal a tota legislació interna que vulgui ser conforme al dret europeu. L'argument talla de soca-rel qualsevol intent de provocar un gir en la tipologia contractual a l'empara de les regles internes de qualificació i, fent-ne ús, d'identificar el negoci, per exemple, amb un arrendament d'obra. Per bé que sovinteja dir que a efectes de distingir entre ambdós tipus cal ponderar les instruccions o indicacions, o els materials que hagi donat o aportat qui encarrega el bé, cal fer notar que cap d'aquests indicis, cap d'aquests elements apareixen com a índexs tipificadors a la Dir. 99/44<sup>53</sup> (com sí que ho fan, en canvi, a la CISG)<sup>54</sup>. I si la Directiva no distingeix tampoc pot distinguir el legislador intern (ni, de fet, qui acabi aplicant la norma interna) perquè fent-ho i desviant cap a l'arrendament supòsits compresos dins de l'àmbit d'aplicació de la norma europea, la regulació nacional

---

52 El supòsit es recull ara a l'art. 3.2 Dir. 2019/771.

53 Tampoc a la Dir. 2019/771.

54 Vegeu art. 3 CISG, que exclou del contracte de compravenda el que genera, a càrrec de qui encarrega les mercaderies, l'obligació d'aportar una part substancial dels materials; també el que implica, com a obligació principal de qui ha de lliurar les mercaderies, l'aportació de mà d'obra o la prestació d'altres serveis. Vegeu, a propòsit de la tipificació contractual en aquest text i a la Dir. 99/44, ARNAU RAVENTÓS, L. «Transmisión onerosa de un producto y su conformidad con el contrato: una relectura de la STJUE, de 7 de septiembre de 2017 (Asunto 247/16, Schottelius)», *Revista electronica de Direito*, vol. 16, n° 2, 2018, p. 42-61.

es situaria per sota del nivell de protecció exigible<sup>55</sup>. El legislador català no sols fa seva la tipificació europea sinó que, a més, ha introduït una altra norma, present també a la Directiva 99/44 però que al Dret català s'amplia, generalitza i matisa, que rebla que el contracte de béns a produir o fabricar és compravenda en tot cas. Es tracta de l'art. 621-26 CCCat. Aquesta disposició demostra que ni les instruccions que hagi pogut donar, ni els materials que hagi pogut aportar el comprador redirigeixen el negoci cap a un altre tipus. Es tracta d'una compravenda per bé que, potser, el comprador no podrà invocar manca de conformitat si obeeix als dits materials o instruccions. El referent d'aquest precepte és l'art. 2.3 de la Dir. 99/44; quant al seu contingut, el legislador català l'ha generalitzat perquè afecta a tot comprador; l'ha ampliat perquè a més de l'aportació de materials, que és l'únic de preveu l'art. 2 Dir. 99/44, el text català té present també les instruccions donades pel comprador i, en fi, l'ha matisat perquè el venedor, si no vol respondre per la manca de conformitat deguda a aquells materials o instruccions, cal que hagi advertit prèviament al comprador, de manera expressa, dels perills i conseqüències que es poden derivar d'aquell ús o d'aquelles indicacions. Tractant-se d'un comprador-consumidor, aquest deure d'advertiment, que s'imposa a tot venedor, intensifica el nivell de protecció previst al text europeu<sup>56</sup>.

La segona observació que mereix l'art. 621-3 CCCat seria que, quant al bé futur (i, en concret, al que d'ha d'«ésser produït, manufacturat o fabricat»), literalment només té present el que és moble. Però, essent molt intencionada la remissió, a la primera part de la norma, a l'art. 511-1 i 511-2 CCCat, no caldria afegir, a la segona, els béns que s'hagin de «construïr» amb una clara referència als immobles o edificacions futures? No fer-ho comporta expulsar del tipus contractual un negoci, només, per raó de la naturalesa immobiliària del bé futur, essent així

---

55 La Directiva només abasta els contractes atorgats amb consumidors; podria aleshores, el legislador català, haver reservat la regla de l'art. 621-3 CCCat a la compravenda de consum fent ballar, en altre cas, la qualificació del negoci com a compravenda o arrendament en funció de la presència d'instruccions i aportació de materials per part de qui encarrega la fabricació o producció, o d'altres indicis? Sens dubte que ho podria haver fet.

56 Això és així de moment. Vegeu *supra* nota 18.

que no s'acaba de veure el motiu que ho justifica<sup>57</sup>. En canvi, si s'hi afegissin, la regulació catalana en matèria de compravenda seria la que caldria tenir present, juntament amb la Llei 38/99, de 5 de novembre, de *Ordenación de la edificación*, alhora de reclamar per raó de la prestació lliurada i, en especial, quan es vulgués fer-ho per causes no reconduïbles a les categories de danys estructurals, d'habitabilitat o estètics (art.17.1 LOE), o amb la finalitat d'interposar accions contractuals.

- Si el primer exponent d'aquella aplicació directa de la regulació catalana en matèria de compravenda a determinats supòsits fronterers era l'art. 621-3 CCCat, el segon és el 621-21 CCCat. S'hi contempla també una prestació de fer. «Si el contracte estableix la instal·lació del bé, la instal·lació incorrecta comporta manca de conformitat» del bé si ha estat feta pel venedor o algú altre sota la seva responsabilitat, o pel comprador seguint instruccions deficientes proporcionades pel venedor<sup>58</sup>. La norma permet també alguns comentaris. El primer seria que al Dret català no planteja problemes el fet que la instal·lació del bé comprat comporti, com pot succeir, una mutació de la seva naturalesa jurídica, que passaria de moble a immoble per incorporació (art. 511-2.2,c CCCat). Aquesta conversió ha generat alguns dubtes a l'ordenament estatal atesa l'aplicació dels arts. 114 i ss RDL 1/2007 només als productes o béns mobles<sup>59</sup>. A l'ordenament català, l'obligació de garantir la conformitat del bé comprat arriba també als immobles i, en conseqüència, aquell debat és sobrer.

El segon comentari, de tipologia, seria que l'art. 621-21 CCCat prescindeix de si el cost de la instal·lació excedeix o no del preu del bé. El comentari porta a descartar tot intent de provocar, en cas de preu superior del servei, un gir en la tipologia contractual als efectes de qualificar el negoci, no com a compravenda, sino com a contracte de serveis (en el que l'obligació principal seria la

---

57 Més enllà, òbviament, de la incorporació quasi literal de la norma europea.

58 El supòsit apareix novament a l'art. 8 Dir. 2019/771 (vegeu l'art. 6 PDVB; també s'hi referia l'art.8.2 de la Proposta que, a propòsit del *dies a quo* del termini de garantia o moment en què calia entendre que el comprador tenia la possessió material dels béns quan la instal·lació l'havia de fer ell, es remetia «*al momento en que el consumidor haya tenido un tiempo razonables, para la instalación, pero en ningún caso más tarde de 30 días después del momento*» del lliurament del bé).

59 Vegeu ALVAREZ MORENO, M<sup>a</sup>T., «La aplicación de la normativa de bienes de consumo a la venta de bienes inmuebles», *Revista CESCO*, 7/2013, pp. 79-90.

instal·lació perquè és la prestació més cara). Davant d'un intent d'aquest tipus, caldria dir: primer, que l'art. 621-21 CCCat en aquest punt no distingeix; segon, que tractant-se d'un comprador consumidor, ni tan sols hauria pogut distingir (perquè l'art. 2.5 de la Dir.99/44, d'on prové la disposició, tampoc ho fa ni ho permet); tercer, que tractant-se d'un comprador no consumidor, sempre és possible excloure, vàlidament, l'aplicació de la norma (art. 621-21.2, a contrari, CCCat).

El tercer comentari incideix novament en la tipologia contractual i es plantejaria a propòsit del tipus contractual que contempla el precepte. Què seria: una compravenda amb una prestació accessòria de fer, un contracte mixte...? Hi tindria cabuda, ho acabem de veure, el contracte en el que l'activitat d'instal·lar té un cost superior al preu del bé instal·lat? La pregunta, certament, pot semblar sobrerera; al cap i a la fi, la norma és clara —i, de fet, és el que interessa— quan estableix que els defectes d'instal·lació es tractaran com a manca de conformitat del bé. Tot i així, interessa desenvolupar-la breument per a fer notar dues dades: seria la primera que la Dir. 99/44, per bé que té present el supòsit de negoci mixt de compravenda més instal·lació, no arriba a definir què cal entendre per contracte de compravenda; la segona seria que, en canvi, la Dir. 2011/83 sí que fa un exercici de delimitació contractual, molt elemental, al seu art. 2, tot distingint entre «*contrato de venta*» (que es defineix com: «*todo contrato en virtud del cual el comerciante transfiera o se comprometa a transferir a un consumidor la propiedad de ciertos bienes y el consumidor pague o se comprometa a pagar su precio, con inclusión de cualquier contrato cuyo objeto incluya a la vez bienes y servicios*») i «*contrato de servicios*» (que s'identifica amb «*todo contrato, con excepción de un contrato de venta, en virtud del cual el comerciante provee o se compromete a proveer un servicio al consumidor y el consumidor pague o se comprometa a pagar su precio*»)<sup>60</sup>. En el context d'aquesta Directiva, contracte de serveis és tot contracte que no sigui contracte de compravenda, que hi serà sempre que, sola o acompanyada d'altres obligacions, s'assumeixi la de transmetre la titularitat d'un bé a

---

60 L'art. 2 de la Directiva (UE), del Parlament i del Consell, de 17 d'abril de 2019, *sobre la mejora de la aplicación y modernización de las normas de protección de los consumidores de la UE*, modifica l'art. 2.5 i 6 de la Dir. 2011/83 (vegeu, pendent la publicació del text al DOUE, P8\_TA[2019]0399). A la definició de «*contrato de venta*» hi desapareix la referència a l'obligació del comprador; a la de «*contrato de servicios*», s'hi inclou una referència expressa al servei digital.

canvi de preu<sup>61</sup>. Interressen dues dades més sobre la Dir. 2011/83. La primera és que es tracta d'una Directiva d'harmonització plena (art. 4), de manera que, sota risc de generar una regulació d'incorporació no conforme a la norma incorporada, no hauria de ser possible no qualificar com a compravenda el contracte que tingués per objecte, alhora, béns (*rectius*, la transmissió de la seva titularitat) i serveis (art. 2.5, al final, Dir. 2011/93). La segona dada és que, certament, les definicions anteriors ho són, com acostuma a passar, només «als seus efectes» (art. 2: «*A efectos de la presente Directiva, se entenderá por [...]»*), essent així que la qüestió de la conformitat es tracta, encara, a la Dir. 99/44<sup>62</sup>. Però malgrat aquesta dissecció del contracte de compravenda i malgrat la regulació dels diferents aspectes que en resulten en Directives també diferents, la interpretació d'un text en funció de l'altre es percep com una opció possible i, a més, útil. Aquesta utilitat o eficiència seria recíproca: mentre que la definició de venda continguda a la Dir. 2011/83 pot o ha d'ajudar a delimitar l'àmbit d'aplicació de la Dir. 99/44, l'obligació de garantir conformitat del bé al contracte, que imposa aquesta darrera, cal tenir-la també present a l'hora de confegir la definició europea del negoci, arrodonint la que recull, de manera incompleta, l'art. 2.5 de la Dir. 2011/83<sup>63</sup>.

---

61 Vegeu, quant a aquesta manera de definir el contracte de serveis a partir del que no és (i no és compravenda), ARROYO AMAYUELAS, E., «Configuració i tipologia dels contractes de serveis: una proposta per a Catalunya des del marc europeu», INSTITUT DE DRET PRIVAT EUROPEU I COMPARAT DE LA UNIVERSITAT DE GIRONA (ed.), *Contractes, responsabilitat extracontractual i altres fonts d'obligacions al Codi civil de Catalunya*, Documenta Universitaria, Girona, 2012, p. 187.

62 Per bé que, com se sap, a la proposta de Directiva sí que s'incorporava una regulació que pretenia derogar la continguda a la Directiva del 99 (vegeu Proposta de Directiva, del Parlament europeu i del Consell, de 8 d'octubre de 2008, *sobre derechos de los consumidores* [COM (2008) 614 final]).

63 L'escenari que contemplava la PDVB era sensiblement distint. A diferència de la Dir. 99/44, l'art. 2,a del text sí que definia el contracte de compravenda, destacant: per una banda, que continuava sense incorporar-se a la definició l'obligació de garantir la conformitat del bé al contracte, talment com ja passava a la Dir. 2011/83; per altra, que s'hi afegia una referència explícita al bé futur («*incluidos los bienes que hayan de fabricarse o producirse*»), inexistent a la Dir. 2011/83; en darrer terme, que desapareixia l'incís final de l'art. 2.5 Dir. 2011/83, relatiu al contracte que recau, al mateix temps, sobre béns i serveis. Aquest silenci s'explicava en aquell moment i context perquè, abans, l'art. 1.2 PDVB ja tractava del supòsit. Ho feia canviant l'estratègia emprada a la Dir. 2011/83. S'hauria volgut resoldre la situació que planteja el contracte mixte per la via del règim jurídic aplicable, respectivament, als béns i als serveis, defugint de fer-ho per la de la necessària qualificació com a compravenda de qualsevol contracte que pugui comportar la transmissió de béns («*[...] en el caso de contratos que contemplan*

El desenvolupament anterior avala dues conclusions. La primera és que, tractant-se d'un consumidor, és compravenda no sols el contracte en virtut del qual es transmet la titularitat d'un bé a canvi de preu, sinó també qualsevol altre que inclogui, a més, una prestació de serveis. Tractant-se d'un consumidor, la categoria del contracte mixte s'hauria volatilitzat. És la segona que, en qualsevol cas, el règim de la conformitat només s'aplicaria als béns —que es el que es vol, de fet, garantir, sense que la contractació, a més, de serveis, pugui posar-ho en perill—<sup>64</sup>. De moment, el que vol o imposa la regulació europea és només l'exigència de la conformitat del bé, tret que alguna norma la faci arribar també al servei, com succeeix, precisament, en el cas de la instal·lació. En el context d'aquestes Directives i en el de tota regulació que hi vulgui encaixar, el contracte de venda més instal·lació és compravenda essent així el comprador pot exigir la conformitat del bé i la de la instal·lació. El contracte pel que, a més d'una venda, es contractin altres serveis distints a la instal·lació, serà igualment venda però, de moment, només el bé, però no aquests altres serveis, restaran subjectes a les regles de la conformitat<sup>65</sup>.

#### ***4.1.2 La regulació catalana en matèria de compravenda com a dret comú a Catalunya.***

L'aplicació de la regulació catalana en matèria de conformitat del bé al contracte de compravenda pot obeir a la funció que desenvolupa el CCCat com a Dret comú (art. 111-4 CCCat). L'argument ens situa, d'entrada, en la regulació del contracte d'arrendament. Exceptuat el qualificat com a «rústic» (art. 623-11 i ss CCCat), a Catalunya regeix, com a dret supletori, l'estatal en matèria de contracte d'arrendament. És en el context d'aquesta

---

*tanto la compraventa de bienes como la prestación de servicios, la presente Directiva se aplicará a la parte relativa a la compraventa de bienes»*). La Dir. 2019/771 continua sense esmentar la modalitat a l'art. 2.1, que és el que defineix el contracte de compravenda; tampoc preveu res semblant a allò que procurava l'art.1.2 PDVB i, en qualsevol cas, només es mostra amatent a tot allò que reclamin els serveis digitals incorporats o interconnectats a béns.

64 D'aquí que el canvi d'estratègia intentat amb la PDVB no alterava essencialment les coses.

65 Tenint present que les definicions de l'art. 2.5 i 2.6 de la Dir. 2011/83 estan incorporades (des del 2014) a l'art. 59 bis RDL1/2007, la darrera reflexió que suggereix aquesta interpretació conjunta de les Dirs. 99/44 i 2011/83 seria que potser fora bo que el legislador català es plantejés l'oportunitat d'incorporar al CCCat alguna disposició que delimiti tipologies contractuals en el sentit indicat.

regulació que l'art. 1553 CCE, a propòsit del contracte d'arrendament de finca, fa una remissió a les normes en matèria de sanejament (art. 1474 a 1499 CCE)<sup>66</sup>. Aquest règim, com és sabut, només es podrà activar, durant els 6 mesos següents al lliurament, en cas de defectes funcionals (que impedeixin o disminueixin el grau d'utilització de l'immoble) ja presents (però ocults) en aquell moment. Quant a l'àmbit d'aplicació de l'art. 1553 CCCE, l'argument de la seva ubicació (dins de les «*Disposiciones generales*» de l'arrendament de finca) es pot superar aplicant per analogia aquella mateixa disposició a qualsevol contracte d'arrendament, en el benentès que la identitat de raó (art. 4.1, al final, CCE) ve donada, d'entrada, pel fet d'obligar-se l'arrendador, com el venedor, al lliurament d'un bé que en legitima el seu ús per l'arrendatari i pel fet de fer-ho, a més, onerosament. I no hi ha motiu que, en aquest punt, justifiqui una regulació distinta segons sigui la naturalesa, mobiliària o immobiliària, del bé arrendat<sup>67</sup>.

És en aquestes circumstàncies que, a Catalunya, la remissió a les normes en matèria de sanejament cal entendre-la efectuada a les normes en matèria de conformitat. L'argument tècnic el proporciona l'art. 111-4 CCCat, que situa el CCCat com a dret supletori de tota regulació, catalana o no, aplicable a Catalunya. I aquesta supletorietat porta a les normes en matèria de conformitat perquè són les que ocupen l'espai que haurien ocupat les normes en matèria de sanejament si el legislador català s'hagués inspirat en un model com el que encara es manté el Codi estatal. El resultat final és, doncs, que la integració de la conformitat a un altre contracte de serveis (entenen com a tal el d'arrendament de cosa) la facilita, en aquest cas per aplicació supletòria, el CCCat.

---

66 Vegeu, quant a una exposició de les diferents lectures que s'han fet d'aquesta remissió, CAMARA LAPUENTE, S., *El arrendamiento de bienes muebles*, Thomson. Aranzadi. Cizur Menor, 2008, pp. 347-349. L'autor acaba conclouent que la remissió és útil en la mesura que permet a l'arrendatari exigir una reducció de renda en cas de vicis irreparables i exigir també responsabilitats en cas d'evicció.

67 En qualsevol cas, defensar l'aplicació generalitzada de les normes en matèria de sanejament a tot contracte d'arrendament implica portar-les també a l'arrendament d'obra o de serveis (art. 1544 CCE). Quan l'obra es concreta en un bé útil o funcional, el sanejament per vicis ocults esdevindrà aplicable si aquella funcionalitat no és plena; en canvi, quan l'activitat compromesa no es materialitzi en una prestació funcional, aquella aplicació lògicament no serà possible.

### 4.1.3. La prestació de serveis al CcoCat

El CcoCat contempla els serveis des de la perspectiva de les obligacions que s'imposen als professionals que els presten (art. 251-1 i ss CcoCat). Criden l'atenció, especialment, dos aspectes: per una banda, la delimitació que es fa entre els serveis inclosos i els serveis exclosos d'aquesta regulació; per altra banda, l'art. 251-5 CcoCat, rubricat «Garantia dels serveis». Ambdues referències permeten un mínim desenvolupament.

- La delimitació que fa l'art. 251-1.1 CcoCat obeeix a la finalitat de sotmetre a determinats prestadors de serveis al que es preveu als articles que segueixen. Sense negar la seva naturalesa de «servei» (que tampoc s'acaba de definir), s'exclouen «els serveis accessoris a la venda d'un bé» i s'inclouen «els serveis en què s'aportin materials o béns, si la prestació del servei té caràcter principal». L'art. 251-1.2 CcoCat pretén només delimitar allò que és principal i el que és accessori; a aquests efectes, es remet a «la naturalesa de la prestació del servei sol·licitat per la persona consumidora» i al «preu dels materials o béns respecte al preu de la mà d'obra del servei». Al marge de la inconcreció i generalitat del primer d'ambdós criteris, el segon fa seu un paràmetre quantitatiu de delimitació entre serveis accessoris i serveis principals: per a això últim, cal que el valor de la mà d'obra excedeixi del valor dels materials o béns que eventualment s'utilitzin. Si la situació és la inversa, l'accessorietat desplaça el servei fora dels arts. 251-1 i ss CcoCat<sup>68</sup>.
- En la lògica del CcoCat, l'art. 251-5 CcoCat s'acostaria, quant a la funció perseguida, a l'art. 242-2 CcoCat. L'argument és que una i altra disposició es rubriquen igual («Garanties»[art. 242-2 CcoCat]; «Garanties dels serveis» [art. 251-5 CcoCat]). Pel que fa al règim d'aquesta darrera «garantia», però, la disposició es remet a la legislació específica<sup>69</sup> i, en defecte, s'estableix un termini mínim de sis mesos a comptar des de que s'hagués realitzat el darrer acte o activitat deguts. No es concreta què inclou aquesta

---

68 Sembla que aquesta és la finalitat de la norma per bé que, literalment, l'exclusió només afecta als serveis accessoris d'una venda, obviant la possibilitat que acompanyin a un altre tipus de contracte.

69 Vegeu, per exemple, l'art. 16 del Decret 298/1993, de 8 d'octubre, de modificació del Decret 147/1987, de 31 de març, pel qual es regula l'activitat industrial i de prestació de serveis en els tallers de reparació de vehicles automòbils, dels seus equips i components.



garantia ni què pot sol·licitar o pretendre el consumidor en cas de servei no prestat correctament.

La lectura conjunta d'ambdues disposicions i dels art. 621-3 i 621-21 CCCat mena cap a un ventall d'escenaris possibles. El primer faria referència a la contractació d'un bé que s'hagi de produir o fabricar. Si la mà d'obra té un valor superior al dels materials, l'art. 251-1 CcoCat probablement avalaria la qualificació del negoci com a prestació de serveis de tal manera que el termini de garantia seria de sis mesos. Ja s'ha dit, però, que l'art. 621-3 CCCat defuig de variants que puguin fer ballar la qualificació del negoci<sup>70</sup>. I caldria fer la mateixa observació pel cas de compravenda d'un bé quan se'n contracti també la instal·lació, essent així que aquesta tingui un cost superior al preu del bé. Tot i la principalitat del servei segons l'art. 251-1 CcoCat, la garantia serà de dos anys i no de sis mesos. La prevalença dels art. 620-3 i 620-21 CCCat es justificaria, en qualsevol cas, per la seva condició de normes posteriors a l'art. 251-1 CcoCat. Val a dir, a més, que el CcoCat deixa en l'aire, com a mínim, dues qüestions. La primera és la relativa a la garantia dels serveis accessoris (exclusos de la regulació, segons aquell precepte). La segona vol incidir en la garantia dels béns emprats en una prestació de serveis. Fins i tot quan la mà d'obra és el més valuós, la garantia dels béns no pot quedar encuberta o desplaçada per la garantia del servei, de només sis mesos. Un recordatori de la definició de l'art. 2.5 Dir. 2011/83 i de les conclusions que n'extreiem<sup>71</sup>, avala l'aplicació als béns del termini de garantia de dos anys d'ençà el lliurament.

---

70 Vegeu, mantenint una altra opinió, ALBIEZ DOHRMANN, K.J., «Cuestiones que plantea el contrato de obra en el ámbito del derecho de consumo español», a ALBIEZ DOHRMANN, K.J.; RODRIGUEZ MARIN, C. (dirs.), *Contrato de obra y protección de los consumidores*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, p. 246 i 247. L'autor contrasta l'art. 251-1.1 CcoCat amb l'art. 115.1 RDL 1/2007 (relatiu als béns pendents de fabricar o produir) i conclou que: «*La obra mueble nueva no necesariamente tiene que ser considerada como venta cuando la obra tiene carácter principal o un significado muy específico para el comitente*».

71 Vegeu *supra* apartat 2.1.

## 4.2. La conformitat del serveis al contracte: què ens aporta avui el Dret europeu? Dos models: serveis de viatge i serveis digitals

Les Directives 2015/2302 i 2019/770 prediquen la manca de conformitat dels serveis. Ambdós textos suggereixen algunes observacions creuades, que aquí només s'apunten.

La Dir. 2015/2302 arriba a definir el concepte mateix de «manca de conformitat». Ho fa a l'art. 3 (apartat 13), on s'identifica amb la manca d'execució o l'execució incorrecta dels serveis de viatge inclosos en un viatge combinat<sup>72</sup>. Basta per apreciar el supòsit que un dels serveis contractats («cualquiera» [art. 13.3]) no s'executi conforme al contracte (per tant, o que ni s'arribi a prestar o que es presti de forma incorrecta [art.3]). Aquesta definició no es veu després recolzada per cap llistat de paràmetres o criteris de conformitat. Tampoc té un correlatiu a la Dir. 2019/770 que, seguint el model de la Dir. 99/44 i la Dir. 2019/771, sí que n'explicita els «requisitos» (art. 7 i 8). Aquests darrers tres textos (Dirs. 99/44, 2019/770 i 2019/771) parteixen d'una noció d'execució que ultrapassa l'obligació de garantir la conformitat de la prestació: regeix, prèviament, l'obligació de lliurament que, amb el seu propi règim jurídic, troba aixopluc a l'art. 18 Dir. 2011/83, en el cas del contracte de compravenda i a l'art. 5.1, 11.1 i 13.1 Dir. 2019/770, pel que fa a l'obligació de subministrament del servei digital<sup>73</sup>. En canvi, i pel que s'ha dit, en el context de la Dir. 2015/2302, el concepte legal de manca de conformitat abasta tot el ventall de possibles

---

72 A l'art. 161.1 (2on paràgraf) RDL 1/2007 (després de la reforma duta a terme pel RDL 23/2018, de 21 de desembre, de transposició de directives en materia de marcas, transporte ferroviario y viajes combinados) ambdues categories s'equiparen, respectivament, a la d'incompliment i compliment defectuós.

73 L'obligació de lliurament (art. 18 Dir. 2011/83) i la de subministrament (art.5.1, 11.1 i 13.1 Dir. 2019/770) no acaben de coincidir del tot quant al seu règim jurídic. Coincideixen en el sentit d'imposar al professional l'obligació de lliurar o subministrar en el moment acordat o, a manca de pacte, de fer-ho «*sin dilación indebida*» (art. 18 Dir. 2011/83) o «*demora indebida*» (art. 5.1 Dir. 2019/770). Si el termini acordat era essencial, la manca de compliment permetrà al consumidor resoldre directament el contracte (art. 18 Dir. 2011/83 i 13.2, *b* Dir. 2019/770); si no ho era, la Dir. 2011/83 imposa al consumidor el deure de fixar al professional un termini addicional per al lliurament, mentre que a l'art.13.1 Dir. 2019/770 no s'hi preveu que el consumidor pugui imposar res: o bé s'acorda expressament un termini addicional, o bé el professional té novament l'oportunitat de complir «*sin demora indebida*» d'ençà que el consumidor exigeix la subsanació.

incidències que pugui arribar a presentar l'execució contractual, àdhuc la manca absoluta de prestació.

A la Dir. 2015/2302 la prestació deguda pel professional és forçosament complexa: la noció mateixa de viatge combinat mena cap a una pluralitat de serveis (com a mínim, dos [art.3.2]) que, a més, no seran executables en un únic acte de compliment. La idea de durada també apareix a la Dir. 2019/770 (art. 11.3 i 19; Atès 57è). De tot plegat se'n deriven algunes conseqüències.

- La pluralitat de prestacions compromeses és present també a la Dir. 2019/771: tant bon punt es contempla expressament el criteri de la quantitat com a paràmetre de conformitat (art. 6,a), es fa versemblant que només algun o alguns dels béns puguin no ser conformes. D'acord amb aquesta possibilitat, l'art. 16.2 Dir. 2019/771 legitima, sense més, la resolució parcial<sup>74 75</sup>. I si en aquest cas no hi ha especialitat quant a la possibilitat de resoldre, tampoc n'hi hauria d'haver quant a la de reduir el preu (art. 12). A la Dir. 2019/770, la quantitat també és requisit de conformitat (art. 6,a); d'aquí que el supòsit anterior (que només algun o alguns dels serveis no siguin conformes) també és plantejable, però, a diferència de la Dir. 2019/771, no hi ha norma que contempli la resolució parcial. La qüestió és si, en aquest cas (i pressuposant que en relació al servei no conforme, no es tracta d'una manca de conformitat lleu<sup>76</sup>), serà possible o no resoldre el contracte

---

74 Resolució parcial que pot afectar, no només al bé no conforme, sino també «en relación con cualesquiera otros bienes que el consumidor hubiera adquirido junto con los bienes no conformes si no se puede razonablemente esperar que el consumidor acepte únicamente los bienes conformes» (la referència a aquests «altres» béns quedava reduïda, a l'art. 13.2 PDVB, als que eren accessoris del bé no conforme).

75 En el context de la Dir. 99/44, la qüestió a plantejar és si, recaient el contracte sobre un conjunt de béns, la manca de conformitat que afecti, de manera rellevant, a només un d'ells, permetria igualment resoldre el contracte tot i que, a propòsit del conjunt, es pugui considerar que és una manca de conformitat de poca importància.

76 L'art. 14.6 Dir. 2019/770 supedita la resolució del contracte a que no es tracti d'una manca de conformitat lleu. El mateix feia l'art. 12.5 PDCSD al demanar que no es tractés d'una manca de conformitat «mínima». Aquest darrer text, però, es feia acompanyar de l'art. 1.11 bis PDCSD, que definia la manca de conformitat «leve» com la que «no impide su funcionalidad, interoperabilidad y otras características principales de funcionamiento de los contenidos o servicios digitales, tales como su accesibilidad, continuidad y seguridad (...)» (vegeu, destacant que, en el context de la PDCSD, per a resoldre no calia que la manca de conformitat arribés a impedir del tot aquelles característiques principals, CAMARA LAPUENTE, S., «El régimen de la falta de conformidad en el contrato de suministro de contenidos digitales según la propuesta de Directiva 9.12.2015», *Indret*,

només quant al servei afectat. A la Dir. 2015/2302, la manca de conformitat és predicable de qualsevol dels serveis contractats (art. 13.3: «*Si cualquiera de los servicios...*»). Reconegut aleshores el dret del consumidor a exigir-ne la conformitat, la disciplina distingeix segons la importància quantitativa i qualitativa de la manca de conformitat però només en relació al conjunt dels serveis contractats. El criteri qualitatiu és present a l'art. 13.6: quan la manca de conformitat «*afecte sustancialmente*» a l'execució del viatge combinat, la manca de subsanació del professional permetrà al consumidor resoldre el contracte<sup>77</sup>. El criteri quantitatiu és a l'art. 13.5, previst pel cas que «*una proporción significativa de los servicios de viaje no pueda prestarse*». Sembla que en la lògica de la Directiva, tot i tractar-se d'una prestació infungible, es permet al professional imposar, a mode de substitució, una prestació semblant, que pot arribar a ser de pitjor qualitat que la compromesa, sempre que s'acompanyi d'una rebaixa de preu<sup>78 79</sup>.

---

3/2016, p. 62). La definició de manca de conformitat lleu no ha arribat al text definitiu; tampoc ho ha fet la regla continguda a l'art. 12.2 PDCSD que, pel cas de manca de conformitat mínima, només legitimava la suspensió de l'obligació de pagament d'una «*parte razonable de la cuantía pendiente*». Ara bé, a la Dir. 2019/770 la manca de conformitat lleu només impedeix la resolució si el consumidor s'havia compromès a satisfer un preu; si la contraprestació han estat dades personals es podrà resoldre (vegeu, justificant-ho, Atès 67è)

- 77 La facultat de subsanació és, en qualsevol cas, preferent a qualsevol altre remei (art. 13.3, 4 i 6); li és instrumental el deure, imposat al consumidor, d'informar a l'organitzador «*sin demora indebida*» de qualsevol manca de conformitat (art. 13.2), indicant-li, a més, un termini raonable per a corregir-la (art. 13.4). De forma molt semblant i d'acord amb l'art. 14.3 Dir. 2019/770, l'empresari haurà de corregir la manca de conformitat en un termini raonable d'ençà que hagi estat informat pel consumidor.
- 78 El precepte no aclareix què succeeix si els serveis que no es poden prestar no representen una proporció significativa del total. Cal entendre que la solució ha de ser la mateixa perquè no s'entendria que si aquella proporció és significativa, s'hi valguin fórmules alternatives oponible al consumidor i que si, en canvi, aquella proporció és menor, aquesta opció no hi sigui i el consumidor pugui arribar a resoldre per aquesta causa. Això últim podria succeir si la inexecució de serveis que no representen quantitativament una part rellevant del total dels serveis contractats, sí que afecta substancialment al viatge combinat.
- 79 La Dir. 2015/2302 preveu, en dos supòsits distints, que la subsanació l'assumeixi el mateix consumidor, que podrà després reclamar a l'organitzador el reemborsament de les despeses generades; ambdós casos es preveuen a l'art. 13.4: per una banda, si l'organitzador no ha corregit la manca de conformitat en un termini raonable; per altra, si s'ha negat directament a fer-ho o si la subsanació ha de ser immediata. Aquesta legitimació per a subsanar no és inèdita; de fet, s'ha admès jurisprudencialment a l'empareda de l'art. 119 RDL 1/2007. Així, si sol·licitada la reparació o la subsanació el

- Que el contracte sigui de durada, incideix en dos àmbits: el dels remeis, possibilitant-ne l'acumulació i el dels terminis. El pressupòsit de tot plegat, plenament lògic, és que els serveis han de ser conformes durant tot el dit període (art. 11.3 Dir. 2019/770). Pel que fa al primer aspecte, una prestació no conforme que es perllonga en el temps, pot succeir que no tingui força resolutòria fins a un determinat moment; quan s'hi arriba, hom podrà sol·licitar la resolució i, quant al temps durant el que la prestació no ha estat suficientment disconforme com per a resoldre, la rebaixa del preu. És l'esquema al que obeeixen, per exemple, l'art. 13.6 i, més decididament, l'art. 14.1 Dir. 2015/2302. També l'art. 14.5 (2on par.) Dir. 2019/770<sup>80</sup>. Pel que fa al termini de garantia, aquest darrer text contempla, a l'art. 11, dues situacions distintes en funció de si s'ha previst un únic acte de subministrament o un seguit de «*actos individuales de suministro*» o si, contràriament, s'ha pactat un «*suministro continuo durante un período*». En aquest darrer cas, l'art. 11.3 Dir. 2019/770 responsabilitza al venedor de tota manca de conformitat «*que se produzca o se manifieste dentro del período durante el cual deben suministrarse los contenidos o servicios digitales*». Al primer, el termini de garantia és, com a mínim, de dos anys a comptar des del moment del subministrament; la raresa d'aquest darrer supòsit obeeix a que només s'imposa aquest termini de garantia mínim si és que la legislació interna opta per limitar en el temps aquesta responsabilitat (vegeu també Atès 56è).

---

venedor no les executa, el consumidor pot optar per la reducció del preu o per la resolució o, si ho prefereix, per reiterar la primera opció i, davant la negativa del venedor, pot encarregar aquella subsanació a un tercer, reclamant després al venedor el cost que tot plegat li hagi generat. Es tracta, en el fons, d'un subsanació per equivalent (vegeu SAP Àvila, de 18 de juliol de 2007 [AC 2007\2087]; SAP Múrcia, de 26 de juliol de 2008 [JUR 2008\79564]; SAP Madrid, de 31 de maig de 2011 [JUR 2011\292468]).

80 La durada, doncs, permet compatibilitzar remeis no acumulables en cas de contractes de tracte únic (així, la reducció del preu i la resolució). Es tracti o no d'un contracte de durada, els distintos remeis són compatibles amb la indemnització de danys i perjudicis. Pel que fa a la suspensió de les obligacions pròpies, la seva compatibilitat només pot predicar-se respecte dels remeis obligacionals (reparació i subsanació).



jest

word

jest

jest

# Acotacions del món pràctic: l'experiència judicial

JOSEP MARIA BACHS ESTANY

## SUMARI

1. INTRODUCCIÓ. 2. LA PROBLEMÀTICA DE PARTIDA PER A LEGISLAR EN MATÈRIA D'OBLIGACIONS I CONTRACTES. 2.1. *La distinció doctrinal i conceptual normativa entre Dret Civil i Dret Mercantil.* 2.2. *Les "bases de les obligacions contractuals" com a reserva de Llei estatal.* 3. PRINCIPALS INNOVACIONS DEL LLIBRE VI 3.1. *Les seves connexions amb el Reglament europeu Roma I i amb la Llei 22/2010 de 20 de juliol del Codi de Consum (DOGC 5677 de 23-7-2010, BOE 196 de 2010)* 3.2. *Especial referència a matèries de caducitat i prescripció.* 4. CONCLUSIONS. APÈNDIX I: EVOLUCIÓ DE LA JURISPRUDÈNCIA ENTORN DE L'APLICACIÓ DE LA PRESCRIPCIÓ CATALANA O NO EN MATÈRIA DE CONTRACTES. APÈNDIX II: EVOLUCIÓ DE LA JURISPRUDÈNCIA ENTORN DE L'APLICACIÓ DE LA PRESCRIPCIÓ CATALANA O NO EN MATÈRIA DE RESPONSABILITAT EXTRA CONTRACTUAL.

## 1. INTRODUCCIÓ

Realment m'ha tocat un tema difícil, perquè l'Audiència de Barcelona encara no ha conegut de cap cas derivat de l'aplicació del Tít. II del Llibre VI, els conflictes de Dret interregional vistos es poden comptar amb les mans i realment no han implicat com a resultat l'aplicació de dret obligacional català perquè no existia, la realitat processal nostra és que els mecanismes de mediació —especialment en temes de consum bancari— no han tingut cap mena de relleu en la resolució dels conflictes —o estadísticament se'ns escapen si ho comparem amb el veritable allau de casos sobre obligacions subordinades i participacions preferents que ens ha caigut al damunt—, no he vist encara un cas amb element estranger real que impliqui l'aplicació del Reglament Roma I, probablement perquè els contractes amb elecció de llei aplicable només són freqüents en el tràfec jurídic mercantil internacional, matèria en tot cas de coneixement de la secció 15a. No estic en condicions, per tant, de fer acotacions pràctiques a res del que s'ha tractat fins ara avui. Però potser sí d'assenotar les bases lògico-jurídiques per tractar de que no sorgeixin conflictes d'aplicació en el futur immediat o d'avisar de que es poden produir.

Altrament, de bon principi, i abans de que el programa estigués del tot enllestit, se'm va encarregar posar un toc d'atenció quant als problemes que ha generat i podria generar, en seu de prescripció, la disparitat de terminis de prescripció existent als diferents sistemes legislatius concurrents a la Península. Bona part de la meua intervenció està orientada a examinar aquesta qüestió, tot advertint d'entrada que en matèria contractual ben pocs problemes hem viscut; i sí molts en matèria extracontractual fins que s'ha consolidat la doctrina jurisprudencial.

## 2. LA PROBLEMÀTICA DE PARTIDA PER A LEGISLAR EN MATÈRIA D'OBLIGACIONS I CONTRACTES

### 2.1. La distinció doctrinal i conceptual normativa entre Dret Civil i Dret Mercantil

No és una qüestió bizantina. L'art. 149 Const. proclama com a matèria de competència legislativa estatal exclusiva tot el Dret mercantil. De manera que resta fora de les competències del Parlament de Catalunya legislar sobre aquesta matèria.

Cal, per tant, en allò que ara i aquí ens pertoca, afinar el llinard entre quines obligacions i contractes són mercantils i quines i quins civils.

A nivell comparat s'han fet poderoses temptatives per eliminar el problema. El cas potser més clar el dona el *Codice civile* italià de 1942. També la resolució del Parlament europeu de 15-11-2001 per intentar acostar el civil i el mercantil, el *body of rules* i el *soft law* o “llenguatge comú”, per tal de poder així salvar diferències interpretatives entre legislacions de diversos Estats.

El llibre I del CCCat. Sobre el que tornarem després, en matèria de prescripció, s'ajusta a aquesta concepció o direcció, participa dels principis europeus de contractació, té una regulació completa i moderna i dona més participació a l'autonomia de la voluntat en tant que permet ampliar o reduir terminis, amb el límit de la meitat i el doble (art. 122-3 CCCat.)

Termenar què és Civil i què Mercantil sempre ha estat una qüestió espinosa. Recordo la dificultat amb la que els meus professors universitaris,



entre els qui compto i destaco el meu co-conferenciant avui, el Dr. Sastre i Papiol, allà per 1981, enfocaven la qüestió.

Aleshores semblava força clar per als mercantilistes que un préstec bancari era sempre mercantil perquè hi intervenia un banc o una caixa (teoria subjectiva), però aquesta opinió xocava constantment amb la construcció objectivista de la que partia el propi Ccom. que ho focalitzava en els actes de comerç i la seva intrínseca o inherent natura mercantil (teoria objectivista).

I es complicava la qüestió perquè, alhora, el Ccom semblava permetre als particulars fer actes de comerç i fins i tot el CC mantenia que les societats civils per l'objecte a que es consagressin podien assolir totes les formes permeses al Ccom.

El caràcter defectiu del Dret mercantil codificat era un altre obstacle, car, tot i la seva pretensió general, encara (art. 2) cridava a complementar-se amb un Dret supletori anomenat “Comú” que no podia ser altre que el Dret civil. Però quin?. Davant la molt aposentada doctrina de que es tractaria del Dret Civil codificat l'any 1889, el TS va donar la sorpresa, en la seva sentència de 28-6-1968, de considerar que el *Dret Comú* era efectivament el Civil, però no pas el comú o de Castella, sinó tot ell, inclosos els Drets forals (com deuen saber tots vostès, aquella sentència va considerar de preferent aplicació al cas, en matèria de capacitat d'una de les parts, el Dret civil català del moment, que impedia la muller casada de fiançar —*si qua mulier* i sc vel·leia— per declarar nul un aval).

No hi ha pràcticament cap més precedent. L'art. 149 de la Const. ens mena com a supletori al Dret estatal, i no prohibeix el reenviament que aquest Dret pugui fer a un altre.

Hi ha qui qualifica, però, d'ardid aquella sortida i que el Dret català, p. ex. no podria suplir una llacuna mercantil pròpiament dita (ex. Álvarez González); altres hi estan a favor (Badosa, Abril, Nasarre). Ho deixarem aquí.

Aniré al gra. En el moment present, no tinc cap dubte que el Dret mercantil en matèria contractual es limita a les relacions entre empresaris; entre comerciants, ja siguin societats, comerciants unipersonals o treballadors autònoms; de forma i manera que tota la matèria contractual i obligacional en general on intervé un particular fora de la seva àrea d'activitat econòmica —un consumidor— és sempre civil.

Dit d'una altra manera, els contractes dissenyats d'acord als principis mercantilistes esdevenen civils quan intervé un consumidor. Per obra

del Dret civil de factura més moderna, entre el que es troba el nostre Llibre VI; i per l'impacte de l'anomenat Dret de Consum.

Un altre problema és la natura del Dret de consum. És un Dret públic autònom en la mesura que conforma gran part de l'actuació dels poders públics per regular el mercat? Forma part del Dret administratiu, considerat en termes generals?

És una branca autònoma del Dret, al meu mode de veure, mixta, a cavall entre el Dret Públic i el Privat, que plana sobre el Drets tradicionalment qualificats com civil i mercantil i obeeix en bona part a principis de Dret públic, per bé que també conté regulacions basades en principis del Dret civil privat més genuí, especialment els de transparència, bona fe, equilibri de prestacions i prohibició del frau, el dol i l'enriquiment injust.

Podríem dir que tot allò que fa referència a la regulació de l'activitat de les Administracions Públiques d'ordenació del sector de mercat amb finalitats de consum és Dret Públic, però la resta és Privat.

Si els contractes entre particulars i entre comerciants i particulars consumidors finals són matèria civil, poden ser un dels objectes del desenvolupament dels Drets Civils privatius de les CCAA amb Dret civil foral històric.

Sovint s'oblida que la sentència del TS de 31-1-2001 es va carregar l'art. 177 RH en no respectar els terminis de prescripció de les accions personals dels Drets civils navarrès i català.

Ja ho va deixar clar el TC a la sentència de 12-3-1993 (sobre Dret aragonès) que no solament podien ser objecte de desenvolupament les institucions tradicionalment presents al Dret Foral. Amb els únics límits (art. 149.1.8è —altrament bàsics, molts d'ells, en un sistema pro-federal— del dret conflictual, les formes del matrimoni, les bases de les obligacions contractuals, l'ordenació dels registres i dels instruments públics i la determinació de les fonts del Dret (per bé que no del seu ordre de prelación, car el costum segueix encara essent preferent a Llei civil a Navarra).

Aquesta decisió sembla que rectifica la de 30-11-1982 (TC sent. 71/1982), pràcticament oblidada de tothom, que li va negar al País Basc la competència per legislar en matèria de consum per “excedir les competències civils de la C.A.” i considerar “matèria reservada a l'Estat de l'art. 149.1.8a matèries com les clàusules abusives de la contractació,

llibertat de competència, regulació de serveis postvenda i responsabilitat per danys al consumidor”.

*Ergo* tenim plena competència, per raó de la matèria, en general, per a regular obligacions i contractes civils. De tota mena.

I, *a sensu contrario*, cap competència per regular res que sigui estrictament mercantil. Ni la prescripció, que no pot afectar contractes com l'assegurança. Legalment exigida o voluntària.

No té cap sentit que tinguem una llei de contractes de conreu i no tinguem una llei d'arrendaments d'immobles, urbans i no urbans, per a ser habitats. I el mateix cal dir —al meu parer hauria d'excepcionar-se sempre del seu caire mercantil, fins i tot a efectes d'IVA— de la llei d'aprofitament per torns d'immobles turístics quan l'arrendador és un particular jubilat o no que lloga una habitació de casa seva o un habitatge heretat que no usa.

Com crec que la tenim també per a regular (i ve essent urgent) les obligacions extracontractuals enteses com les derivades d'un accident, ja sigui per ús de màquines, vehicles o per simples actes imprudents o negligents. On, precisament, s'han donat tots els problemes que els Tribunals col·legiats hem vist fins ara en matèria de conflictes de terminis prescriptius. De fet, el Títol III del Llibre VI sembla el lloc adequat on regular-ho.

## **2.2. Les “bases de les obligacions contractuals” com a reserva de Llei estatal**

L'art. 149.1 8è reserva a l'Estat les “bases de les obligacions contractuals”. Sigui perquè prové d'un precedent de la Constitució republicana que es va plasmar (art. 15, .1.1a de la Const. 9-12-1931), com un sector opina, perquè els polítics del moment es volien referir a les obligacions personals que avui en diríem laborals; sigui per l'afany d'uniformar el sistema obligacional de l'espai plurilegislatiu espanyol, tret molt lloable (el propi Reglament Roma I actual, que considera cada territori amb lleis pròpies d'un Estat membre com un país independent a efectes del Reglament, també indica que un Estat plurilegislatiu no està obligat a assumir el Reglament quan el conflicte de lleis sigui intern entre els territoris de l'Estat amb dret d'obligacions propis; en quin cas —el propi d'Espanya— s'aplica el seu propi D.I.Pr. a l'efecte), en el moment present,

la interpretació única possible no va en el sentit de vetar totalment la legislació contractual a les CCAA amb Dret civil propi. No podria ser la base per declarar inconstitucional —com es va fer el 1934 amb la Llei de Contractes de Conreu— el Llibre VI quan ja han superat aquesta barrera altres lleis catalanes com la de contractes de conreu actual i la de contractes d'integració, que no eren presents a la Compilació.

La reserva de Llei estatal, crec fermament, actualment, s'ha de limitar a la delimitació del sistema obligacional: a si es té un sistema romà o germànic, continental o anglosaxó, p. ex. segons es regulin temes essencials com capacitat, causes invalidants, remeis, títol/mode, formes essencials i probatòries, caràcter obligacional o real dels contractes, executivitat o no dels contractes per si sols, responsabilitat general o limitada (o limitable en certes condicions), abstractivitat o causalitat dels negocis transmissius, principis generals per a la defensa del consumidor; i poca cosa més.

I no hi hauria d'haver obstacle per a que una legislació autonòmica fora més avançada en garantia de drets i obligacions que l'Estat mateix (això no sempre es veu així: quan el TC declara inconstitucional la mediació prèvia a demanda en matèria de consum no s'està adonant que simplement introdueix un mecanisme més de defensa per als particulars i que alhora pot ser una notable contribució a descomprimir el sistema judicial).

Tret d'aquestes qüestions, les CCAA amb Dret Civil propi no han de témer legislar els tipus contractuals civils que tinguin per convenient, ajustant-se al concepte de matèria civil del que partim, com a més objectiu. Entre particulars; o entre comerciants prestadors i particulars adquirents, entesos no tant com a tals sinó com a consumidors finals.

Un comerciant que es compra un pis, no a un particular sinó a una promotora, però per a viure-hi, no deixa de ser un consumidor final a aquests efectes.

I un particular que encara no és comerciant però que compra un terreny per a aportar-lo a una societat que encara s'està constituint, no deixa de realitzar una operació de comerç (si superem la vella i no fonamentada doctrina —encara que podríem trobar nombroses sentències del TS defensant-la— de que atès que el CCom només regula la compravenda de mercaderies, les vendes d'immobles són civils sempre.

Defensariem, a la inversa, el mateix tractant-se d'intangibles netament in-puts empresarials com el software informàtic?).

El principal problema és la incapacitat de l'Estat per legislar, 40 anys després de la Constitució, aquestes bases.

Com se'l pot obligar?

Pot invocar l'Estat una reserva competencial no exercida com a pròpia i recórrer amb èxit per inconstitucional una eventual regulació catalana que tracti de respectar les bases raonables (tal com les hem presentat com a possibles més amunt, p. ex.)? O hauria de regir aquí un principi de subsidiarietat? Està en algun principi constitucional aquesta possibilitat?

Sincerament és més difícil del que sembla, atesa la situació de tensió actual Catalunya/Estat. Però, si no es poden posar d'acord en això o en unificar terminis prescriptius, què en cap esperar quant a la resta?

### 3. PRINCIPALS INNOVACIONS DEL LLIBRE VI

#### **3.1. Les seves connexions amb el Reglament europeu Roma I i amb la Llei 22/2010 de 20 de juliol del Codi de Consum (DOGC 5677 de 23-7-2010, BOE 196 de 2010)**

Del que s'ha dit avui sobre el Reglament europeu sobre llei aplicable (Roma I) i de la seva lectura em quedo amb aquests trets fonamentals:

- No afecta a transmissió ni lloguer de béns immobles (ni a drets reals sobre els mateixos) llevat de l'ús compartit per torns d'immobles amb finalitat turística.
- Afecta la prescripció, en la mesura que el dret escollit com aplicable determina o regeix tant la prescripció com la caducitat.
- El Regne Unit no n'és part; Irlanda sí (països que desconeixen el punt de connexió nacionalitat).
- Només s'aplica a situacions que comporten veritable conflicte de lleis (internacionals stricto sensu —com hem avançat més amunt, en cas d'Estats plurilegislatius, no és obligatori implantar

el Reglament si el conflicte és purament intern entre els territoris de l'Estat amb lleis contractuals diferents—).

- s'exclou la seva aplicació a obligacions derivades dels Drets de Família (incloses les derivades dels règims econòmics matrimonials) i Successions.
- no afecta els convenis arbitrals ni pactes d'elecció de tribunals competents (clàusules de submissió expressa).
- consagra la llibertat d'elecció del Dret aplicable (fins i tot sense connexió, i fins i tot la crida al d'un Estat no membre) llevat de l'aplicació del Dret imperatiu de l'Estat on es localitzen tots els elements de la contractació (molt important a efectes de prevalença del nostre Dret propi, civil i de consum quant a protecció dels consumidors finals).
- tot i que és un Reglament cridat a aplicar-se per lliure voluntat de les parts, en defecte d'aquest acord estableix (art. 4) un seguit de punts de connexió bàsicament tendents a reforçar el paper del lloc que en diríem d'eficàcia general del contracte. En aquests punts podem dir que deroguen el Dret estatal del títol preliminar del CC. Però hem d'insistir que els arts. 10.5 CC (segons el qual la llei aplicable, en defecte de pacte, sempre que tingui, a diferència del que diu el reglament, connexió amb el cas, la de la residència comuna entre les parts o, en el seu defecte la del lloc de celebració), 10.10 (la llei aplicable regeix l'eficàcia i l'extinció —també en tema de prescripció—) i 12 (la qualificació es fa *lege fori*, segons llei espanyola —civil, ja sigui estatal o autonòmica— sense tenir en compte el reenviament que la llei cridada faci a una altra estrangera —no espanyola—) regiran sempre que no estem davant una veritable contractació amb element estranger sinó davant d'un conflicte entre drets autonòmics civils d'obligacions o entre un d'aquests i el dret estatal).
- els punts de connexió en matèria de contractes de consum (art. 6) criden a la llei de la residència habitual del consumidor, tot limitant la possibilitat d'elecció i excloent la seva aplicació als drets reals immobiliaris i lloguers (de manera que mai s'aplicaria per damunt del Llibre VI).
- l'elecció de llei feta segons el reglament afecta a l'existència, validesa —però es pot invocar una causa de nul·litat en base a la Llei del país de residència del subjecte afectat si no resulta

raonable invocar la del lloc de celebració del contracte—, formalitats de celebració (*lex loci contractus*) menys en cas de consum que prefereix la llei del país de residència del consumidor. I quant a contractes sobre domini o lloguer d'immobles, les formalitats del lloc on aquests romanen (*lex rei sitae*) si aquests béns són independents de la llei aplicable escollida o del lloc de contractació i si no poden ser excloses aquestes per conveni.

Els trets fonamentals del Codi de consum són, al meu entendre:

- una marcada natura administrativa i és des d'aquest vessant com es determina i s'assumeix com una competència exclusiva de la Generalitat (art. 123 Estatut) poder legislar sobre disciplina de consum a través del Parlament.
- en matèria civil destaca la introducció de cauteles transcendents com exigir el lliurament d'un model de contracte amb un temps raonable previ (art. 123-3 CCons.), el que afecta a la transparència de tot el contingut realment (art. 123-4 CCons. ; i, amb més detall, l'exigència d'una informació específica en matèria de venda d'immobles —art. 241-1 Ccons.— i en matèria de lloguer d'immobles —art. 241-2 Ccs.—), així com el reconeixement del dret del consumidor a exigir l'oferta publicitada tal com s'hagi publicitat (art. 123-7 Ccons.) i la introducció del concepte de la conformitat de la prestació (arts. 123-5 i 123-6 en general, arts. 23-8 i 123-9 en relació als habitatges).

No tracta de més prescripcions que de les pròpies de les sancions imposables per l'Administració per infraccions dels preceptes de la Llei (art. 335-1 i 335-2 Ccons.) i, per tant, podem assegurar que no incidirà en les accions civils.

Les principals novetats del Llibre VI són (en part seguim com a font Amat Immo 10-4-2018):

- manté la compravenda com a contracte obligatori, no real.
- regula tota la matèria de compravenda, basant-se en els treballs del Dret europeu més avançat, recull directrius comunitàries sobre compravenda internacional, garanties de béns de consum i drets dels consumidors.

- contempla que una persona jurídica pugui ser consumidora (art. 621-2 CCCat: una entitat sense ànim de lucre que compra paper o contracte un subministrament energètic de la seva seu, una empresa que compra loteria de Nadal per regalar-la als seus treballadors, p. ex.).
- reforça la informació rellevant prèvia a contractar sobre les característiques del bé a subministrar. El deure d'informació és cabdal.
- manté la rescissió per lesió i l'amplia en base al concepte d'“avantatge injust” i l'estén als mobles.
- la “conformitat” de la prestació substitueix els vicis ocults (i entenc que reformula i clarifica la doctrina de l' *aliud pro alio* —i precisa situacions, com considerar no conformitat la minva d'un 10% de la superfície en metres quadrats d'un pis—) i fixa en 2 anys el termini d'acció llevat de pacte en contra (amb el límit de l'art. 122-3 CCCat.; al respecte, entenc que preval sobre els terminis de garantia de producte de la legislació estatal —quan l'acció és dirigible contra el concessionari o franquiciat del fabricant venedor del producte—) i presumeix que el vici o defecte de conformitat s'ha de manifestar en sis mesos en cas de vendes de consum (això imposarà la càrrega de provar no haver pogut adonar-se del vici al comprador si el defecte realment sorgeix dintre d'aquest termini, el que pot tenir conseqüències per a la prescripció).
- imposa que el venedor ha de transmetre la propietat o un altre dret patrimonial sobre la cosa venuda (és a dir, que el venedor s'obliga a dita transmissió).
- estableix un sistema de remeis que inclouen la no conformitat i l'incompliment i n'estableix un termini de prescripció de 2 anys (realment molt breu si ho comparem amb els terminis estatals i general català); per a cobrament del preu és de 3. No hi ha conflicte amb els terminis generals de prescripció del Llibre I —que per a obligacions contractuals sense termini especial serà de 10 anys— ja que aquest és un termini especial de llei especial catalana; però sobta que no s'hagi escollit un termini curt també general de 3 o un de més llarg, entre tres i deu anys.
- el pacte d'obtenció de finançament en les arres permet desistir del contracte sense cap sanció si no s'obté per causa distinta de culpa o negligència del comprador (posa negre sobre blanc la jurisprudència menor pràcticament unànime al respecte).



- Especifica el Llibre VI que pot pactar-se una condició resolutòria de la venda que permetrà resoldre en cas d'impagament superior al 15% (del preu fixat i degut encara o del total ajornat acumulat com degut, s'entén), permet retenir fins un 50% del pagat com a indemnització (més que a mode de pena convencional implícita, com a topall d'ela indemnització per incompliment total, que ara encara pot arribar al 100%) i permet meritjar interessos sobre el deute de fins al tipus equivalent a l'interès legal més el 50% (ara mateix s'enfilaria al 6%).

Aquesta manera de formular la norma pot generar problemes en el sentit de que si el màxim d'un interès moratori aplicable a un préstec es reconeix pel nostre TS -i ja des de la recent sentència del TJUE (cinquena) de 7-8-2018 (afers acumulats C-96/16 i C-94/17) també pel màxim Tribunal europeu- com de màxim al tipus legal més dos punts, ara per ara interès legal més dos punts i interès legal més el 50% són el mateix, però només que pugui la taxa del legal —cosa també improbable— resultaria que en cas de condició resolutòria es podria pactar i meritjar una penalitat més alta (p. ex. 4,5+ 50% de 4,5 = 6,75% mentre que 4,5 + 2 punts = 6,5%) que podria ser impugnada de nul·litat per clàusula abusiva.

El Llibre VI aprofita l'avinentesa per alterar terminis de caducitat d'altres Llibres del CCCat. que no són aquí d'interès apuntar.

Si entenem important la obligació que introdueix de notificar al deutor hipotecari i al titular registral del bé hipotecat la cessió a tercers del crèdit per part del banc (art. 569-28 CCCat.) tot indicant preu de la cessió i valor del dret cedit, i que això sigui imprescindible per a legitimar el cessionari. Ara mateix la jurisprudència és totalment a l'inrevés. Això aixecarà polseguera. Però sense introduir un retracte obligatori o legal a favor del deutor original (una mena de torneria aranesa creditícia, si se'ns permet) per a que pugui alliberar-se pel preu pagat, no farem res de bo (les possibilitats d'aplicar el 1535 CC per a casos com aquests són minses ja que requereix que el crèdit sigui litigiós, no en litigi només per al seu pagament).

- Segons la DT 7a el Llibre VI només regeix per a contractes celebrats amb posterioritat a 1-1-2018.

Des del nostre punt de vista no es contradiu amb les fonts esmentades més amunt, sinó que en fa una aplicació civil concreta i en molts aspectes millorada.

## 3.2. Especial referència a matèries de caducitat i prescripció

La no conformitat es pot denunciar en 2 anys per bé que es presumeix que s'ha de manifestar en sis mesos. L'acció prescriu als 2 anys.

El primer termini entenem que és de caducitat. Reduïble i ampliable per pacte (cosa que no seria possible si fora un termini de prescripció, purament legal. Tal modificació té el límit general de l'art. 122-3 CCCat. — doble/meitat— de manera que podria ser de fins 4 anys o reduir-se a 1 any).

El segon, és clarament de prescripció. Sigui quin sigui finalment aquest termini de “garantia”, acreditat el coneixement, el moment en que es subjecte s'ha pogut adonar perfectament del problema, començaria (dies a quo) a córrer el termini.

La prescripció per a cobrar el preu degut es fixa en 3 anys.

En teoria, aquest quadre no ha de plantejar conflictes.

El Llibre VI només ha estat publicat quant al Títol II. Li manca el I, la part general relativa a normes d'obligacions i contractes que el Legislador català no s'atreveix a regular per no incidir en el tema de la reserva estatal de les “bases de les obligacions contractuals”. I el III que es reserva per a la responsabilitat no contractual.

És clar que mentre no entri el Parlament a regular capacitat, vicis de la voluntat i demés causes de nul·litat i anul·lació, seguirà regint el CC comú sobre part de la matèria substantiva.

En tema de caducitat regirà el CC quant a les accions d'anul·lació i en tema de prescripció de l'acció personal, en principi, el Llibre I del CCC.

### 3.2.1. La regulació de la prescripció al nostre Dret propi

A) *Repàs de l'evolució història al respecte: Usatge Omnes causae, art. 344 Comp.*

En matèria de prescripció, el dret històric (usatge Omnes Causae, vigent plenament fins 1960) planà sobre tot tipus de contractes.

No es podia referir al Dret mercantil que no va començar a dir-se així fins entrat el segle XVIII, però no deixava d'aplicar-se sobre allò que

avui serien contractes mercantils. És obvi que s'aplicava a tota relació civil pura.

La Compilació va cridar al CC només en allò no previst, menys per a les accions personals o reals, sense termini assenyalat, que s'extingirien als trenta anys. Amb una redacció poc afortunada que ha donat força problemes.

La jurisprudència del TS en general va preterir l'art. 344 Comp. (p. ex. la sent. 20-2-1987) per recollir remissions concretes de la Compilació a l'art. 1964 CC (en aquest cas, l'art. 75 Comp.).

I, en general, tant el TS com les AAPP catalanes van esquivar l'escull quan la conseqüència de la seva aplicació els semblà injusta.

Cal deixar ben clar que el Dret català ha regulat des de Ramon Berenguer el Vell aquesta qüestió com una excepció al Dret substantiu en general aplicable al cas, ja propi, ja fora supletori (canònic i romà).

Recordaran vostès que el capítol de Corts del Rei Martí I l'Humà, de 1409, va establir la prelació de fonts a Catalunya de la següent forma: Constitucions i altres Drets de Catalunya, Dret canònic de les Decretals i Dret Romà justinianeu.

I com a font complementària la doctrina dels doctors sobre l'aplicació d'aquestes fonts es va anar forjant com a font també en els segles posteriors.

Els contractes es regien bàsicament pel Dret romà. Però s'hi aplicava la prescripció trentenària catalana.

De 1960 a 1978 hi ha més arguments a favor que en contra de mantenir aquest predomini absolut de la prescripció obligacional trentenària.

Tant si la prescripció es considera institut processal com civil substantiu. I amb posterioritat a 1978, també. Perquè l'art. 149 crida el Dret estatal no com a supletori del Dret substantiu català en sentit estricte, sinó del Dret català en conjunt.

I el caire expansiu del dret català, com ja hem avançat més amunt, ha de fer desaparèixer la polèmica en voltant de la consideració d'alguns, entre ells el TC, de que no cap una prescripció catalana planant sobre una llei estatal (sobre una matèria que encara no hem legislat, podent-ho fer).

Aquella tesi solament seria exacta i vàlida en relació a matèries reservades a l'Estat, sobre les que mai podrem legislar. No és el cas.

Quan el TC —Acte de 29-10-2003— va aixecar la suspensió que planava sobre el Llibre I CCCat. va deixar-ho condicionat a que només regiria si regulava Dret civil català. S'ha d'entendre vigent o futur.

Intentava consagrar el TC la seva visió del CCCat. com a Dret supletori no de TOTA llei, sinó sobre els terminis especials d'altres lleis CATALANES.

En la mesura que regulem tota la matèria civil que podem regular, aquesta tesi decau.

Aquest Acte a més no crea jurisprudència constitucional, es limitava al tràmit processal de suspensió dintre del curs del recurs d'inconstitucionalitat.

Reitero la consideració feta més amunt sobre la prescripció catalana com a supletòria del defectiu Ccom. ex art. 2 i 50 Ccom. i sent. TS 28-6-1968.

Cal remarcar que durant anys, però, fou molt comú aplicar la prescripció catalana un cop s'havia determinat, amb caràcter previ (ex art. 16 CC), l'aplicabilitat del dret civil català a la institució o relació en qüestió.

Us annexo un apèndix on podeu trobar la copiosa jurisprudència contradictòria a favor i en contra d'aplicar aquest tan llarg termini a les accions de compliment dels contractes civils.

Si apliquéssim la doctrina de la sent. TS 28-6-1968 totes les prescripcions d'obligacions contractuals no previstes al Ccom a Catalunya serien de trenta anys i no pas de 15 anys (CC) Alguna sentència hi ha a favor d'aquesta consideració, fins i tot del TSJCat en matèria de préstecs bancaris a particulars.

Actualment en aquesta matèria (prescripció d'obligacions contractuals) regeixen el Llibre VI (*lex spoecialis*) i el Llibre I del CCCat (*lex generalis*).

En matèria extracontractual, el Llibre I. *L'actio directa* (ex art. 76 LCS) contra les asseguradores —que no deixa de tenir una base contractual— en tant que matèria mercantil, s'escapa a la nostra regulació. També les accions legals contra asseguradors i CCS emanades de la LRCSCVM (Llei de l'automòbil) estatal. Per això és d'1 any encara, tot i els conflictes pràctics que ha generat. I la diferència de tracte, en contra del consumidor, que genera. No tinc constància de cap recurs d'empara en aquest sentit per violació de l'art. 14 Const., però crec que podria tenir recorregut.

## *B) El Marc del Llibre I del CCCat.*

Cal considerar, atès el que ja s'ha dit, que el Dret català és la *lex fori* de Catalunya i que el límit inherent al Dret estatal, en una recta interpretació de la Constitució, s'ha de trobar en el necessari respecte als drets forals que la mateixa Disposició addicional Primera de la constitució proclama com objectes a protegir.

Insistim en que el Llibre I és la llei general en seu de prescripció civil.

I que en la mesura que Catalunya legisli tot el pot legislar en matèria substantiva civil, el Llibre I serà l'únic dret supletori possible.

La llei substantiva catalana civil prevaldrà sobre l'estatal general.

Si algun dia regulem els arrendaments urbans, la LAU de 1995 no serà aplicable. Tampoc la seva Disp. Addicional desena que mena a la prescripció del CC.

Si regulem una prescripció específica, serà aquesta la que imperi. Si no, s'haurà d'anar al termini general del Llibre I CCCat, 10 anys.

En el cas que no hi hagi llei substantiva general sobre la matèria contractual específica, cal entendre, com ja succeeix ara amb els contractes d'obra i de serveis (art. 121-21.c) CCCat., que en principi s'aplicarà el Llibre I si aquest regula el supòsit.

Si no hi ha regulació pròpia, i només si no n'hi ha, tant de la institució com de la prescripció referida a ella, s'ha d'anar al termini especial o general aplicable del Dret estatal.

Hi ha terminis especials de lleis estatals que continuaran aplicant-se i altres que no.

Així, l'art. 143 RD-Leg. 1/2007 sobre acció de rescabament (art. 142) per producte defectuós estableix una prescripció de tres anys. El Llibre I no ho regula. Per raó de temporalitat de vigència, si el contracte s'ha fet sota el CC i sota la vigència d'aquella, regirà aquest termini. Però si la venda s'ha fet conforme al Llibre VI, el nou termini vigent serà el de 2 anys.

I és clar que s'han regulat terminis especials per lleis catalanes per a institucions catalanes i que hi ha terminis especials de lleis estatals per a institucions estatals.

Partint, però de que la Llei civil catalana en matèria d'obligacions i contractes sempre serà d'aplicació preferent al CC espanyol, i més

si el conflicte de lleis és amb el dret obligacional estatal o d'altres CCAA, atès que el Reglament Roma I no s'aplica en aquests casos, atès que el Llibre VI manté un termini de prescripció de 2 anys per prestació no conforme, aquest termini serà preferent al de 3 anys de la Llei estatal de productes defectuosos si la compravenda s'ha fet d'acord al Llibre VI.

I crec sincerament que si algú ens argumenta una acció d'*aliud pro alio* i la venda s'ha fet vigent el llibre VI, també.

Si, per contra, s'ha fet sota vigència del CC, per temporalitat de vigència, no pas per raó de la suposada connexitat necessària de la prescripció amb la regulació de la institució que defensava el TC, s'aplicaria la jurisprudència del TS sobre la matèria i l'art. 1101 i 1124 CC.

I mentre no regulem les causes d'anul·lació, seguirà aplicant-se els terminis de caducitat de l'art. 1302 CC.

Les lleis sectorials estatals amb termini propi de prescripció no desplacen l'aplicabilitat del Llibre I CCCat sempre i quan estiguem parlant de matèria civil. Reiterem que no és el cas de l'acció directa de la LRCSCVM, ni els diferents terminis de les accions que reconeixen als perjudicats la Llei de Marques ni la de la Propietat Intel·lectual, ni les de la Llei de Propietat Industrial, que pertanyen a l'àmbit mercantil; ni les derivades de la Llei de responsabilitat patrimonial de les Adms. Públiques (art. 142.5 LRJ-PAC), que pertanyen al Dret Administratiu estatal.

Cas de que la responsabilitat sigui de les Administracions catalanes, l'art. 81.1 de la Llei 26/2010 de règim jurídic i de procediment de les administracions públiques de Catalunya disposa un dret de rescabament (idènticament a com ho fa l'art. 139.1 de la Llei estatal) però no conté cap termini de prescripció. Ara bé, això no pot fer que s'apliqui el Llibre I CCCat. (art. 121-21) ja que la llei catalana es refereix als "termes de la legislació bàsica (estatal)", a l'art. 81.1, de manera que també s'acabarà aplicant l'any de prescripció estatal (així ho decidí la sent. TSJCat —Sala Contenciosa-Administrativa— de 5-2-2010 (Pérez Borrat).

Actualment, més o menys tothom està d'acord en que un deute per préstec amb un banc posterior a 2004 prescriu als 10 anys (art. 121-20 CCCat.) i que els deutes per subministraments per empresa (serveis) als 3 anys, per aplicació també de la normativa general catalana.

Els deutes de renda de lloguer en tant que prestacions periòdiques (art. 121-21 a) CCCat.) tenen una prescripció de 3 anys. Per a d'altres accions de la LAU, regeix el CC.

*C) Molt breu referència als conflictes que s'han plantejat entorn del 121-21 CCat.*

Actualment tenim com a doctrina consolidada que l'acció aquil·liana a Catalunya té un termini de prescripció de tres anys contra el causant del dany (art. 121-21 d) CCCat.).

Una altra cosa és que per raó de ser matèria legal i mercantil regulada, d'una banda per una llei estatal de policia general (LRCSCVM), i d'altra per llei clarament mercantil (art. 76 LCS), l'acció directa contra l'assegurador del causant del dany durí solament un any.

Fins que dita doctrina jurisprudencial no es va consolidar això sí que ens donà problemes pràctics.

Les AAPP catalanes, en general, des de l'aparició del Llibre I CCC, van aplicar gairebé de forma unànime el termini triennal del CCCat. Fins que la secció 16a (Ferrer Barriendos) i la 13a (Gomis Masqué) van començar a distingir.

Segons Espiau i Espiau hi ha casos de responsabilitat extracontractual (per bé que s'aplicaria l'art. 1902 Cc en la seva configuració) en els arts. 231-9.3 CCCat. (responsabilitat del cònjuge que disposa sense comptar amb l'altre de la llar conjugal), art. 542-8 CCCat. (danys i perjudicis derivats d'accessió immobiliària), art. 546-9.2 CCCat. (danys conseqüència del pas de l'aigua), art. 546-13 (responsabilitat per immissions), art. 553-40.3 (responsabilitat front de la Comunitat de Propietaris per un ús indegut o excessiu d'elements privatis contravenint limitacions que el mateix precepte estableix. No tenim dubte que s'aplica la prescripció triennal també en aquests casos. Contra el causant del dany. Però no es podria contra el seu assegurador voluntari, perquè la LCS ens mena a l'annualitat.

Actualment la consolidació doctrinal de que parlem és un tant falsa, o dispersa, perquè hi ha un sector que creu aferrissadament en la idea de que com que la LRCSCVM és estatal, ha de regir la prescripció estatal en tot cas; o bé en els concrets terminis que regula. Mentre que hi ha un altre sector (entre els que m'hi sumo) que només justifica la diferència de tracte entre causant del dany i assegurador en la natura mercantil de l'assegurança, invulnerable a la regulació catalana de l'institut de la prescripció. I com

una anomalia des del punt de vista de coordinació entre Parlaments i com a supòsit generador d'un possible cas de tracte discriminatori.

Ara seria llarg d'incidir en la qüestió. Us adjunto un apèndix també amb un relat parcial de les sentències que han marcat l'evolució fins on estem.

### **3.2.2. Possibilitat de conflictes en matèria de prescripció en seu d'obligacions contractuals?**

Entenem que no es pot produir cap conflicte en tema de prescripció d'obligacions contractuals sobre la base de que el llibre VI té una vigència a partir de la qual s'aplica i substitueix altres possibles terminis, com ja hem avançat més amunt, alhora que els contractes de compravenda generats en base al CC es regulen pel CC i en el seu cas tindran un termini de prescripció general del Llibre I.

Tret de que pot semblar, i aquí ho deixo, que el Llibre VI opta per un criteri subjectiu en matèria d'idoneïtat i un criteri objectiu per a la resta de temes quant al còmput del termini. Superat, entenem, en base al 121-23 CCCat. I la jurisprudència que l'aplica.

## **4. CONCLUSIONS**

El Tít. II del Llibre VI respecta i s'ajusta als criteris del Dret civil comparat més modern i regula una matèria perfectament regulable des de la funció expansiva i renovadora del Dret català i del marc constitucional competencial vigent.

Caldria abordar el Tít. I del Llibre VI respectant els únics trets reivindicables (al meu modest entendre) com "bases de les obligacions contractuals" mantenint la línia romanista actual, títol i mode, causalitat, limitant les causes de nul·litat relativa als vicis de consentiment i reservant els remeis per als incompliments, delimitant clarament els efectes de cada situació.

La prescripció establerta al Títol II del Llibre VI no entra en conflicte amb el Llibre I.

Cal regular la resta de contractes i negocis obligacionals possibles per evitar l'aplicació supletòria del CC més enllà de les matèries del Títol Preliminar.



## APÈNDIX I: ÈVOLUCIÓ DE LA JURISPRUDÈNCIA ENTORN DE L'APLICACIÓ DE LA PRESCRIPCIÓ CATALANA O NO EN MATÈRIA DE CONTRACTES.

- Sent. TSJCat 13-7-2015 (EDJ 2015/178869) En seu de contracte d'obra es va determinar que la prescripció de l'obligació de pagament del preu (inclosos materials) era de 3 anys (Llibre I CCCat.)
- Sent. TSJCat. 14-11-2016 (EDJ 2016/242718): en seu de contracte d'obra amb subministrament de materials li aplica l'art. 121-21 b) CCCat.
- Sent. TSJCat 25-6-2015 (EDJ 2015/140452) En seu de compravenda de béns de consum no aplica el termini general de 10 anys de l'art. 121-20 CCCat. sinó els 3 de l'art. 121-21 CCCat. (mobles); quant al *dies a quo* explica molt bé el criteri subjectiu de còmput de l'art. 121-3 CCCat.
- Sent. TSJC 10-4-2014 (EDJ 2014/92789) aplica a unes pòlisses de crèdit i de préstec dels anys 1988 i 1989 respectivament, el termini prescriptiu de trenta anys a les respectives accions de cobrament.
- en íd. sentit, la sent. TSJCat. 12-9-2011 (EDJ 2011/261551) aplica a un préstec de 1982 el termini trentenari .
- Sent. 19-5-2016 (ROJ STSJ CAT 3770/2016) en seu de reclamació d'honoraris d'intermediació aplica el tribunal la prescripció de tres anys del 121-21 CCCat. Recorda el sistema subjectiu de còmput de la sent. TSJCat de 25-6-2015.
- Sent. TSJCat. 26-5-2011 (EDJ 2011/173675): en seu d'arrendament de serveis a una Scp aplica el termini prescriptiu del CCCat. Però recull la tesi del TC (Acte de 29-10-20039 d'aplicar-se només a sectors o institucions regulades pel Dret Civil català.
- Acte del TSJCat. de 20-9-2007 (EDJ 2007/233258) en seu d'obres i serveis s'inadmet a tràmit la cassació perquè per mor de les disposicions transitòries no hauria de ser aplicable el CCCat., art. 121-21 per considerar que el termini de prescripció era més llarg. Però no aplica el de l'art. 344 Comp. Sinó el CC. (Foncillas)

- Sent. TSJCat. 30-1-1992 (EDJ 1992/13571): l'acció de rescissió de donació per frau de creditors no conté termini de prescripció sinó de caducitat. No aplica el 344 Comp. sinó el 1299 CC. (Somalo)
- Sent. 17-10-2002 AP Barcelona -16a- (EDJ 2002/88643): en seu de préstec mercantil bancari estima l'AP que en no tenir termini previst de prescripció ad hoc el CCom (art. 943) es té d'aplicar l'art. 10.5 CC que remet a la llei del contracte del lloc de comuna residència d'ambdues parts i essent Catalunya li aplica l'art. 344 Comp. (Ferrer Barriendos)
- En idèntic sentit sent. AP Barcelona -11a- de 13-12-1995 en que es basa l'anterior.
- la sent. 30-9-1998 -13a- (EDJ 1998/32002) en seu de reclamació de deute professional, atès que el document no s'ajustava a les necessitats de l'art. 95 de la Llei canviària i del xec per a ser executiu i en no constar la causa concreta, li aplica el termini de 15 anys de l'art. 1964 CC. No existia encara el CCCat. No consta es discutís l'aplicabilitat de la prescripció catalana. (Cremades Morant)
- en idèntic sentit les sents. de l'AP Barcelona -16a- de 24-3-2004 (EDJ 2004/13697) (Zapata) que en tema de reclamació de consum d'aigua va aplicar el termini de 3 anys de l'art. 1967.4 CC enlloc de l'invocat de 5 anys del 1966.3 CC, i de 28-7-1999 -16a- (EDJ 1999/51201), per bé que aquesta assimila subministrament a compravenda i parteix del reconegut en un document de 1994, li aplica el termini general de 15 anys de l'art. 1964 CC (Alegret Burgués) en ambdós casos perquè no es discutia l'aplicabilitat o no de la prescripció catalana.
- Sent. AP Barcelona -11a- de 15-7-2011 (EDJ 2011/189666): en seu de reclamació d'honoraris d'arquitecte s'entén que no concorre la prescripció triennal del CCCat però per interrupció en base a diverses reclamacions. (Bachs Estany)
- Sent. 20-11-2012 -16a- (EDJ 2012/292326): en seu de crèdit al consum, tractant-se d'un contracte de 1982 i en base a les sents. del TSJCat. de 26-5-2011 i 12-9-2011 s'aplica al cas la prescripció trentenària.
- Sent. 20-4-2015 -17a- (EDJ 2015/129082): en seu d'impugnació d'acord comunitari es declara que des de la modificació del títol constitutiu hi ha un termini de preclusió de 30 anys. Es remet al CCCat. I aquest al termini anterior. A comptar des de l'endemà de l'escriptura en qüestió (de 1982), no de la seva inscripció. (Ninot)

- Sent. AP Barcelona -15a- de 6-5-2013 (EDJ 2013/207083): En un litigi sobre perjudicis per cancel·lació de vol, és a dir, per incompliment de contracte de transport, malgrat ser una relació típicament considerada mercantil, com que el TJUE va dir que la prescripció dels arts. 5 i 6 del Reglament europeu 261/2004 es regia pel Dret de cada Estat li aplica el termini desenal del CCat (art. 10-20) i entén no prescrita l'acció. En aquesta sentència batega el concepte de que una relació amb consumidor final és en realitat civil i no pas mercantil. I aplica la llei catalana en funció del Tít. Preliminar del CC. (Garnica)
- Sent. de l'AP Barcelona -16a- de 18-12-2014 (EDJ 2014/273510): quant a responsabilitat solidària, essent el crèdit anterior a 1-1-2004 es regeix la prescripció pel termini de 30 anys. (Seguí Puntas)
- Sent. AP Barcelona -11a- de 5-5-2009 (EDJ 2009/201428) en un cas regit per la LPH es va aplicar el termini de prescripció anual a l'acció d'impugnació d'acord, enlloc de la desenal de l'art. 121-20 CCCat. (Alonso Martínez)
- Sent. AP Barcelona -14a- de 23-5-2013 (EDJ 2013/116449): en un cas de subministrament i arrendament de serveis s'acull la teoria del contracte mixt de subministrament i arrendament de serveis i s'acaba aplicant no el termini de l'art. 121-21 b) CCcat. Sinó el general desenal de l'art. 121-20 CCcat. I no s'aprecia finalment la prescripció. (Pereda Gámez)
- Sent. AP Barcelona -11a- (EDJ 2012/62492): en un cas de compravenda una d les parts invoca la prescripció general del CC de 15 anys però es resol quant al fons a instància perquè no es va invocar l'excepció en contestació sinó en reconvençió. En apel·lació no es va entrar en la qüestió perquè no es va demanar que es donés resposta a aquesta reconvençió impròpia. (Alonso Martínez)
- Acte de l'AP Barcelona -14a- de 28-7-2009 (EDJ 2009/219737): fiança d'una pòlissa de crèdit i descompte on s'invoca prescripció i s'aplica la del Dret Comú en base al joc del dret transitori però també invocant sentències anteriors que entenien que era l'únic aplicable (de 17-3-2005 i 18-11-2008). (Font Marquina)
- Sent. de l'AP Barcelona de 14-9-2012 -15a- (EDJ 2012/275484): contracte de manteniment d'ascensors on s'acaba entenent aplicable l'art. 121-21 a) CCCat. I es declara prescrita la prestació (entesa com a periòdica). (Forgas)

- Sent. de l'AP Barcelona -11a- de 24-2-2011 (EDJ 2011/39865): en seu de contracte d'agència s'aplica la prescripció de l'art. 1967.1 CC en no suscitar-se per part de ningú la qüestió de si era aplicable la prescripció catalana. (Alonso Martínez)
- Sent. de l'AP Barcelona -14a- de 6-5-2016 (EDJ 2016/1291006): en un cas d'acció de nul·litat i compensació de crèdits es va entendre que el préstec era mercantil i es va acabar aplicant el CCom i per remissió la prescripció de l'art. 1964 CC (15 anys). La sentència d'instància havia aplicat el termini de la Compilació (30 anys) però l'Audiència va entendre que els contractes bancaris són sempre mercantils.

## APÈNDIX II: EVOLUCIÓ DE LA JURISPRUDÈNCIA ENTORN DE L'APLICACIÓ DE LA PRESCRIPCIÓ CATALANA O NO EN MATÈRIA DE RESPONSABILITAT EXTRA CONTRACTUAL.

- La Sent. secc. 13a (Gomis Masqué) de 16-2-2011 i la de 5-5-2011 (Cremades Morant) va aplicar la prescripció anual de la LRCSCVM per entendre que la legislació sobre assegurances és mercantil i competència exclusiva de l'Estat. I formula el següent raonament: si l'art. 7.1 RD-Leg. 8/2004 no coincidís amb el termini de la LCS art. 76, no aniríem al Dret comú supletori —CC— a cercar la solució? I no ho afriem al Dret Civil català perquè no és un tema de capacitat de les dues parts com el que es donava en la sent. de 28-6-1968 del TS o en la de 16-2-1987 del TS; no hi ha cap llacuna del CCom. que cobrir.
- les Sents. núms. 533 i 534/2013 ambdues de 6-9-2013 del TS (Salas Carceller) apliquen el termini de prescripció del Cc en matèria d'accidents de trànsit sobre la base de distingir que una cosa és el dret extracontractual de crèdit i una altra la pretensió de cobrament, que és allò que prescriu a Catalunya, considerant que es tracta de qüestions separables. Arrenca de consideracions que venen de Duran i Bas com la diferenciació dels sistema o règim de castellà (ara el CC) i el de Catalunya, separabilitat que vindria ratificada per les sentències del TSJCat. De 26-5-2011 (Bassols Muntada) i 12-9-2011 (Alegret Burgués). Critica Espiau i Espiau que la sentència del TS de 6-9-2013 parteix de la premissa errònia de que la llei substantiva regula tots els drets i obligacions, estenent-se als requisits de compliment i conseqüències de l'incompliment i també a la seva extinció. El cas de Catalunya és, però, entén, clar —també ho afirma Ferrer i Riba—; i és que la prescripció NO extingeix l'obligació sinó la PRETENSÍO, l'ACCIÓ. I entén que la separabilitat és inherent al CCCat., que restaura plenament l'Usatge *Omnes Causae*.
- El TSJC s'ha oposat a que el CCCat. sigui supletori a Catalunya de llacunes específiques de les lleis estatals especials (sets. 26-5-2011 (Bassols Muntada) i 7-10-2013 (Alegret Burgués). Seguides pel TS en sent. de 6-9-2013. (Salas Carceller)

- Sentències que apliquen la prescripció anual cas d'acció directa de la LCS: sent. TSJCat. 4-12-2017 (EDJ 2017/319128), 4-12-2017 (EDJ 2017/319129), precisant que el *dies a quo* és des de que raonablement hom coneix que hom pot exercitar l'acció (sent. TSJCat. 28-9-2015 (EDJ 2015/181288))
- Sent. TSJCat. de 16-6-2016 (EDJ 2016/124694) en seu de propietat horitzontal, determina la prescripció desenal (llibre I CCCat.) de les obligacions dels copropietaris en no haver-hi a la Llei catalana substantiva (Llibre V CCCat.) termini específic.
- l'Acte del TSJCat. de 17-10-2013 (ROJ ATSJ CAT 367/2013) (EDJ 2013/263958) Inadmet el recurs perquè ja hi ha jurisprudència. Aplica la prescripció anual sobre la base de lque la LRSCVM és *lex spoecialis*. I perquè és mercantil
- en íd. sentit, Sent. ple del TSJCat de 7-10-2013 (ROJ STSJ CAT 11585/2013) (EDJ 2013/266272) però sobre la base de que l'acció directa s'incardina en *lex spoecialis*.
- en íd. sentit, Sent. TSJCat 18-2-2010 (EDJ 2010/45201). (Alegret Burgués)
- la Sent. TSJC 17-10-2013 (EDJ 2013/263958) inadmet el recurs de cassació interposat sobre la base de que l'art. 121-21 CCCat.no seria aplicable sense una llei catalana de responsabilitat extracontractual de base; es basa en sents. anteriors de 25-5-2011 (EDJ 2011/173675) i 12-9-2011 (EDJ 2011/261551) i la sent. 7-10-2013 que entén que el CCCat. És llei comuna en matèria de prescripció, salvant l'acció directa de l'art. 7.2 LRSCVM per ser *lex spoecialis* (i no pas norma mercantil). (Valls Gombau)
- l'Acte del TSJCat. de 26-1-2012 (EDJ 2012/17876): en matèria de contagi d'VIH en que es va reconèixer responsabilitat extracontractual a primera i segona instància, no aplica el CCCat. Per raó de vigència temporal entenent aplicable el CC i no pas la Compilació. Entén a més que la competència cassacional hauria estat en tot cas del TS.
- Sent. 17-7-2006 (EDJ 2006/370570): en seu de danys i perjudicis per sinistre d'aigua provinent d'un pis superior el Tribunal aplica la prescripció anual que va aplicar l'AP. El recurrent es basava en la Llei d'immissions invocant un termini de 5 anys. El TSJCat entén que no és aplicable la Llei d'immissions entre comuners de la LPH, tot i que el recurs es basava en decisions anteriors del

propi TSJCat. de 21.12-1994 19-3-2001 i 3-10-2002. En el fons està latent aquí la idea de Llei estatal, prescripció estatal.

- Sent. TSJCat. de 25-3-1999 (EDJ 1999/57125). L'acció de responsabilitat *civil ex delicto* prescriu als 15 anys (art. 1029 CC i 1964 CC) en ser una regulació estatal en llei estatal (es basa en una sentència del TS de 9-2-1988). No existia encara el CCCat. Ni es planteja aplicar el 344 Comp. (Pons Feliu)
- Sent. AP Barcelona -15a- de 31-3-1999 -15a- (EDJ 1999/14159): en un cas de desperfectes derivats d'un transport li aplica l'art. 252.22 CCom. i en suma l'art. 1902 CC per entendre que s'havia trencat el contracte. No existia el CCCat. No consta es discutís si s'aplicava la prescripció catalana.
- Sent. AP Barcelona -17a- de 14-10-2015 (EDJ 2015/273698): en un cas d'accident de circulació (lucre cessant) l'acció contra l'asseguradora té un termini de prescripció d'un any. (Ballester Llopis)
- Sent. AP Barcelona -11a- de 13-11-2007 (EDJ 2007/301821): en un cas d'accident de trànsit i de repetició de l'asseguradora en base a l'art. 10 LRCSCVM hauríem aplicat el termini anual de dit article i del 76 LCS però va acabar no considerant prescrita l'acció. (Bachs Estany)
- Sent. AP Barcelona 12-11-2014 -17a- (EDJ 2014/255327): en un cas de reclamació entre companyies de despeses d'assistència sanitària es va aplicar el termini d'un any perquè no es va discutir l'aplicabilitat de cap altre.



jest

word

jest

jest



SEGONA PONÈNCIA

Aspectes del dret de família



jest

word

jest

jest

# Los reglamentos (UE) 2216/1103 y 2016/1104, por los que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la Ley aplicable, el reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales y en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas

GUILLERMO PALAO MORENO

*Catedrático de Derecho Internacional privado  
Universitat de València<sup>1</sup>*

## SUMARI

1. ASPECTOS INTRODUCTORIOS. 1.1 ORIGEN Y OBJETIVOS DE LA NUEVA REGULACIÓN EUROPEA. 1.2. ÁMBITO DE APLICACIÓN. 2. COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL. 2.1. *Foros en supuestos de conexión con otras materias.* 2.2. *Foros para casos de ausencia de conexión.* 2.3. *Otros foros.* 2.4. *Normas de aplicación del sistema.* 3. LEY APLICABLE. 3.1. *La autonomía de la voluntad.* 3.2. *Ley aplicable en defecto de elección.* 3.3. *Ámbito de la ley rectora y tutela de los intereses de terceros.* 3.4. *Normas de aplicación.* 4. RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE RESOLUCIONES. 4.1. *Resoluciones judiciales.* 4.2. *Documentos públicos y transacciones judiciales.* 5. VALORACIÓN.

## 1. ASPECTOS INTRODUCTORIOS

1. El Derecho Internacional privado de la Unión Europea (UE) —así como el de los Estados miembros que participan en la política de Cooperación judicial en materia civil—, va a sufrir un cambio significativo, tras la plena aplicación de los Reglamentos (UE) 2016/1103 y 2016/1104, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley

---

<sup>1</sup> Miembro del Grupo de excelencia Prometeo 2018/111. E-mail: Guillermo.palao@uv.es.

aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de (respectivamente) régimen económico matrimonial y efectos patrimoniales de las uniones registradas.<sup>2</sup> Una incidencia que va sentirse plenamente a partir el 29 de enero de 2019 (fecha en que resultarán plenamente aplicables, en virtud de lo dispuesto en su artículo 70<sup>3</sup>). A consecuencia de ello y como se podrá de manifiesto en este estudio, a partir de ese momento también va a quedar profundamente modificado el sistema español de Derecho Internacional privado vigente en la materia, al ser uno de los Estados miembros participantes en este particular procedimiento de cooperación reforzada.

2. Las relaciones patrimoniales relacionadas con los cónyuges y miembros de una unión registradas de naturaleza transfronteriza, han despertado tradicionalmente un interés muy escaso por parte de los legisladores, tanto por lo que hace al europeo como igualmente al convencional.<sup>4</sup> Y ello, a pesar de su innegable interés práctico. Más aun en un panorama regional y global de creciente movilidad internacional de las parejas. De ahí que resulte plenamente adecuado presentar el contenido y los elementos esenciales que incorporan los Reglamentos 2016/1103 y 2016/1104.

Antes de ello, hay que destacar el hecho de que ambos instrumentos europeos prevén soluciones uniformes muy similares entre sí —e incluso idénticas—, al respecto de un gran número de supuestos, debido a que se encuentran estrechamente vinculados desde un inicio de su tramitación y por haber sido negociados de forma paralela.<sup>5</sup> Una distinción normativa que de forma paradigmática y en la mayor parte de los supuestos, se limita a la sustitución de los términos «régimen económico matrimonial» por el de «efectos patrimoniales de las uniones registradas»; o el de «cónyuges»

---

2 Ambos instrumentos europeos se encuentran publicados en el DO L 183, de 8.7.2016. Recientemente se han publicado, de forma respectiva, en el DO L 314, de 11.12.2018 y en el DO L 320, de 17-12-2018, los formularios a los que se refieren tales Reglamentos.

3 Vid. REIG FABADO, I., «Artículo 70», en: IGLESIAS BUHIGUES, J.L. y PALAO MORENO, G. (Dirs.), Régimen económico matrimonial y efectos patrimoniales de las uniones registradas en la Unión Europea, Comentarios a los Reglamentos (UE) nº 2016/1103 y 2016/1104, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 579-583.

4 Con la destacable excepción, en el plano multilateral, del Convenio de La Haya de 1978, sobre Ley Aplicable a los Regímenes Matrimoniales (del que España no es signatario) (disponible en: <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/publications1/?dtid=21&cid=87>).

5 BARRIÈRE BROUSSE, I., «Le patrimoine des couples internationaux dans l'espace judiciaire européen», *JDI* 2017, núm. 2, pp. 485-514, pp. 492-493.

por el de «miembros de la unión registrada». Claro está, al margen de la necesidad puntual de adaptar o ajustar algunas de las soluciones previstas en los Reglamentos 2016/1103 y 2016/1004 a la distinta realidad sustantiva que regulan. En cualquier caso y a meros efectos expositivos, se tomará el primero de ellos como texto sobre el que se centrará nuestro análisis —el régimen económico matrimonial;— señalando aquellos cambios que se manifiesten en relación con los efectos patrimoniales de las uniones registradas, cuando ello tuviera lugar.

## 1.1 Origen y objetivos de la nueva regulación europea

3. Las instituciones europeas ya mostraron su interés en las materias cubiertas por los mencionados Reglamentos, desde finales del siglo XX y comienzos del año 2000.<sup>6</sup> Entre otros motivos, debido a la creciente movilidad internacional de las personas y parejas en el interior de la UE. Sin embargo, este proceso legislativo se vio rodeado de una gran complejidad, ya desde su inicio. Entre otras razones, motivado por el elevado nivel de particularismo en su regulación, que se manifestaba en las diferencias presentes en los ordenamientos europeos, al regular las relaciones patrimoniales entre cónyuges y parejas registradas —tanto desde una configuración sustantiva, como conflictual—. <sup>7</sup>

El proceso normativo que derivó en la elaboración de los Reglamentos 2016/1103 y 2016/1104, dio inicio de forma efectiva en 2006, con la publicación del «Libro Verde sobre el conflicto de leyes en materia de regímenes económicos matrimoniales, con especial referencia a las cuestiones de competencia y reconocimiento mutuo». <sup>8</sup> Un documento al que siguió un procedimiento legislativo cuyo siguiente paso significativo se situó en la publicación, en 2011, de dos propuestas de Reglamento. <sup>9</sup> El largo lapso de tiempo transcurrido entre la publicación del Libro Verde y la de los Reglamentos analizado, pone de manifiesto las grandes dificultades

---

6 Así, el Programa de medidas de la Comisión en el ámbito de la Cooperación judicial en material civil de 2000 (DO C 12, de 15.1.2001).

7 Vid. El significativo, Etude sur les regimes matrimoniaux des couples maries et sur le patrimoine des couples non maries dans le droit international prive et le droit interne des etats membres de l'union europeenne, p. 112 (accesible en: [http://ec.europa.eu/civiljustice/publications/docs/regimes/report\\_regimes\\_030703\\_fr.pdf](http://ec.europa.eu/civiljustice/publications/docs/regimes/report_regimes_030703_fr.pdf)).

8 COM (2006) 400 final, de 17.7.2006.

9 COM (2011) 126 final y COM (2011) 127 final, de 16.3.2011.

que implicó su tramitación y el desencuentro político que suscitó su negociación entre los Estados miembros.<sup>10</sup> Algo que, no cabe duda, dificultó la existencia de una unanimidad entre los Estados miembros, y que desembocó en que la tramitación de los instrumentos se llevara a cabo finalmente por medio del procedimiento de la cooperación reforzada.

4. Los Reglamentos 2016/1103 y 2016/1104 se han visto claramente influenciados por otros instrumentos elaborados en el marco de la política de Cooperación judicial en materia civil de la UE. En esta línea, se aprecian el paralelismo y la ascendencia que han ejercido en ellos, de modo principal, el Reglamento Bruselas I bis<sup>11</sup> y del Reglamento Europeo de Sucesiones.<sup>12</sup> No obstante, estos instrumentos también guardan una estrecha relación con otros, como los Reglamentos Bruselas II bis,<sup>13</sup> el

---

10 CAMPUZANO DÍAZ, B., «The coordination of the Regulations on divorce and legal separation with the proposal on matrimonial property regimes», *YbPIL* 2011, 13, pp. 233-253; CARRIÓN GARCÍA DE PARADA, P., «El proyecto de Reglamento Europeo sobre regímenes matrimoniales», *AMN* 2013, LIV, pp. 77-150; FONTANELLAS MORELL, J.M., «Una primera lectura de las propuestas de Reglamento comunitario en materia de regímenes económico matrimoniales y de efectos patrimoniales de las uniones registradas», en: PARRA, C. (Dir.), *Nuevos Reglamentos comunitarios y su impacto en el Derecho catalán*, Barcelona, Bosch, 2013, pp. 257-290; GONZÁLEZ BEILFUSS, C., «The Proposal for a Council Regulation on the Property Consequences of Registered Partnerships», *YbPIL* 2011, 13, pp. 183-198; QUINZÁ REDONDO, P., *Régimen económico matrimonial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016; QUINZÁ REDONDO, P. y GRAY, J., «Las (des) coordinación entre la propuesta de Reglamento de régimen económico matrimonial y los Reglamentos en materia de divorcio y sucesiones», *AEDIPr* 2013, XIII, pp. 513-542; RODRÍGUEZ BENOT, A., «La armonización del régimen económico matrimonial en la Unión Europea: la propuesta de Reglamento de marzo de 2011», en: ESPLUGUES MOTA, C. y PALAO MORENO, G. (Eds.), *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea. Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 555-571, p. 566; Id., «Los Reglamentos de la Unión Europea en materia de sucesión por causa de muerte y de régimen económico matrimonial: justificación y caracteres comunes», en: *El arreglo pacífico de controversias internacionales* (Vázquez Gómez, Eva M y otros, Coords.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 583-591.

11 Reglamento (UE) 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DO L 351, de 20.12.2012).

12 Reglamento (UE) 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo (DO L 201, de 27.7.2012)

13 Reglamento 2201/2003 del Consejo, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (DO L 338, de 23.12.2003, corrección de errores DO L 82, de 22.3.2013).

de Alimentos<sup>14</sup> o el Roma III.<sup>15</sup> Una serie de textos con los que además habrá de coordinarse, en cualquier caso, al formar parte todos ellos del mismo «sistema» normativo europeo.<sup>16</sup>

Así, los Reglamentos 2016/1103 y 2016/1004 comparten con los señalados una base jurídica, en el artículo 81 TFUE. Asimismo, y en esta misma línea, cuentan entre sus objetivos fundamentales los de: mantener y desarrollar un espacio de libertad, seguridad y justicia en el que se garantice la libre circulación de las personas,<sup>17</sup> favorecer el acceso y la buena administración de justicia, al igual que garantizar la seguridad jurídica de las parejas casadas y miembros de una unión registrada donde se les ofrezca un cierto nivel de previsibilidad.<sup>18</sup>

## 1.2. Ámbito de aplicación

5. Los Reglamentos 2016/1103 y 2016/1104 cuentan con un carácter «completo», al cubrir todos los sectores que le son propios al Derecho Internacional privado. En este sentido, sigue la estela de su más reciente precedente (el Reglamento 650/2012) e incorporan normas de: competencia judicial internacional (Capítulo II), determinación de la ley aplicable (Capítulo III), relativas a la aceptación, fuerza ejecutiva y ejecución de resoluciones (Capítulo IV), al igual que sobre la circulación de documentos públicos y transacciones judiciales (Capítulo V).

6. Por lo que respecta su ámbito de aplicación material, en particular, hay que tener presente lo dispuesto en los artículos 1 (ámbito de aplicación), 3 (definiciones) y 27 (ámbito de aplicación de la ley aplicable).

---

14 Reglamento (CE) 4/2009, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones y la cooperación en materia de alimentos (DO L 7, de 10.1.2009, corrección de errores DO L 131 de 18.5.2011).

15 Reglamento (UE) 1259/2010 del Consejo, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial (DO L 343, de 29.12.2010).

16 MOURA RAMOS, R.M. y RODRÍGUEZ BENOT, A., *Evolución reciente del Derecho Internacional privado de familia de los Estados miembros de la Unión Europea*, Madrid, Fundación coloquio jurídico europeo, 2016, pp. 105 y ss.

17 Considerando 1. FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., «Un hito más en la comunitarización del Derecho Internacional privado: regímenes económicos matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas», *La Ley Unión Europea* 2016, núm. 40, pp. 1-21, p. 5.

18 Considerandos 15 y 31.

- a) Para empezar, el artículo 1<sup>19</sup> se refiere, tanto a las materias que resultan incluidas —vinculadas directamente con aspectos civilistas propios de las relaciones patrimoniales existentes entre los cónyuges (o de los miembros de la unión registrada, en su caso) y su relación con respecto a terceros—, como las que se ven excluidas (siguiendo el mismo modelo presente en el resto de Reglamentos en materia de Cooperación judicial europea en materia civil). Por lo que hace a su delimitación negativa, se excluyen de su esfera las cuestiones fiscales, aduaneras y administrativas (apartado 1), así como (apartado 2) otras materias afines que cuentan con una regulación propia y diferenciada (como ocurre con la capacidad, las sucesiones, los alimentos, o incluso los derechos reales y su inscripción registral).<sup>20</sup>
- b) El artículo 3 incorpora una serie de definiciones uniformes, destacando tanto las propias a esta singular materia, como otros con un carácter más general.<sup>21</sup> Por lo que hace al primer grupo, cabe subrayar las relativas al «régimen económico matrimonial», los «efectos patrimoniales de las uniones registradas», o las «capitulaciones matrimoniales» (o de la unión registrada) —incluyendo el concepto de esta última relación, a efectos del Reglamento, al tratarse de una realidad desigualmente recogida en las normativas estatales—. <sup>22</sup> En relación con la incorporación de

---

19 Vid. RODRÍGUEZ BENOT, A., «Artículo 1», en: IGLESIAS BUHIGUES, J.L. y PALAO MORENO, G. (Dirs.), *op.cit.*, pp. 21-39.

20 Considerandos 27 y 28. PEITEADO MARISCAL, P., «Competencia internacional por conexión en materia de régimen económico matrimonial y de efectos patrimoniales de uniones registradas. Relación entre los Reglamentos UE 2201/2003, 650/2012, 1103/2016 y 1104/2016», *CDT* 2017, Vol. 9, N° 1, pp. 300-326, p. 308 (disponible en: [www.uc3m.es/cdt](http://www.uc3m.es/cdt)).

21 Ver RODRÍGUEZ BENOT, A., «Artículo 3», en: IGLESIAS BUHIGUES, J.L. y PALAO MORENO, G. (Dirs.), *op.cit.*, pp. 47-64.

22 Considerandos 16 y 17 del Reglamento 2014/1104. AÑOVEROS TERRADAS, B., «Autonomía de la voluntad conflictual y sus límites en los nuevos Reglamentos comunitarios en materia de regímenes económicos matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas», en: GUZMÁN ZAPATER, M. y ESPLUGUES MOTA, C. (dirs.), *Persona y familia en el nuevo modelo de Derecho Internacional privado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 241-272, p. 249; CEBRIÁN SALVAT, M.A., «Los efectos patrimoniales de las parejas no registradas en Derecho Internacional privado español», *CDT* 2018, Vol. 10, N° 1, pp. 127-143, pp. 140-142; DUTTA, A., «Matrimonial property regimes in European Private International Law. Beyond husband and wife — New couples' regimes and the European property regulations», *YbPIL* 2017/2018, pp. 145-158, pp. 146-148 y 157; QUIÑONES ESCÁMEZ, A., «Nuevos tipos de uniones y



otros conceptos uniformes más generales, hay que hacer referencia a nociones como la de «documento público», «resolución», «transacción judicial», al igual que a los Estados miembros de origen o de ejecución de tales documentos y resoluciones.

- c) A estos dos importantes preceptos habría que unir igualmente el artículo 27, donde se establece el ámbito de aplicación la ley aplicable, que se analizará más adelante.<sup>23</sup>

7. Al respecto del ámbito de aplicación personal-espacial, hay que tener en consideración la aplicación universal de sus soluciones, tanto al respecto de sectores como la competencia judicial internacional (ex artículo 15<sup>24</sup>), o la ley aplicable (ex artículo 20<sup>25</sup>). Aunque, las respuestas previstas en los Reglamentos 2016/1103 y 2016/1104 al respecto de la circulación de resoluciones, documentos públicos y transacciones judiciales, únicamente jugarán entre Estados miembros. Además, su aprobación por medio de la cooperación reforzada deriva en su carácter obligatorios se limite a Estados miembros que han participado en dicho procedimiento, como son: Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Chipre, Croacia, Eslovenia, España, Finlandia, Francia, Grecia, Italia, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Portugal, República Checa y Suecia.

Junto a ello, los Reglamentos 2016/1103 y 2016/1104 no afectarán a la vigencia de los convenios internacionales vigentes en los que también intervengan Estados miembros; salvo aquellos firmados únicamente

---

nueva regulación de sus efectos», en: GUZMÁN ZAPATER, M. y ESPLUGUES MOTA, C. (dirs.), *op. cit.*, pp. 169-187; SOTO MOYA, M., «El Reglamento (UE) 2016/1104 sobre régimen patrimonial de las parejas registradas: algunas cuestiones controvertidas de su puesta en funcionamiento en el sistema español de Derecho Internacional privado», *REEI* 2018, pp. 1-32, pp. 8-22 (disponible en: [www.reei.org](http://www.reei.org)); VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M., «El puzzle se complica. Efectos patrimoniales de las uniones registradas y Reglamento (UE) 2016/1104. Problemas de calificación y coordinación entre os instrumentos europeos conexos», en: GUZMÁN ZAPATER, M. y ESPLUGUES MOTA, C. (dirs.), *op. cit.*, pp. 313-328, p. 328.

23 Ver infra apartado III, c).

24 FORCADA MIRANDA, F.J., «Artículo 15», en: IGLESIAS BUHIGUES, J.L. y PALAO MORENO, G. (Dirs.), *op.cit.*, pp. 155-160.

25 DIAGO DIAGO, M.P., «Artículo 20», en: IGLESIAS BUHIGUES, J.L. y PALAO MORENO, G. (Dirs.), *op.cit.*, pp. 199-204.

entre Estados miembros, al prevalecer sobre los mismos (artículo 62).<sup>26</sup> Por último y como ya se ha indicado, desde una perspectiva temporal, los Reglamentos analizados serán plenamente aplicables a partir del 29 de enero de 2019 (artículo 70).

## 2. COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL

8. El Capítulo II los Reglamentos (UE) 2016/1103 y 2016/1104 (artículos 4 a 19), se refiere a la determinación de los tribunales estatales internacionalmente competentes, para los litigios que entren en su ámbito de aplicación. Unos preceptos que responden al objetivo de facilitar el acceso y la buena administración de justicia,<sup>27</sup> al igual que para garantizar la previsibilidad y la certeza legal. Para ello, este Capítulo establece una serie de foros de competencia judicial internacional uniformes, por medio de los que, a su vez, se garantiza la proximidad entre los litigios y los tribunales internacionalmente competentes.

El recurso a la jurisdicción estatal para resolver los eventuales litigios no elimina, empero, la posibilidad que tienen las partes de resolver la controversia de forma amistosa y extrajudicialmente.<sup>28</sup> En relación con ello y como novedad al respecto de este tipo de instrumentos europeos, los Reglamentos diferencian entre los casos en los que exista una conexión con otros procedimientos ordenados por otros Reglamentos, de aquéllos en los que no se produjera tal conexión.<sup>29</sup> Ahora bien, al margen de los foros que, aplicables en todo caso, establece el legislador europeo para

---

26 Considerandos 65 y 66 del Reglamento 2016/1103 y 64 Reglamento 2016/1104. Vid. PALAO MORENO, G, «Artículo 62», en: IGLESIAS BUHIGUES, J.L. y PALAO MORENO, G. (Dirs.), *op.cit.*, pp. 551-555.

27 Considerando 32. LAGARDE, P., «Règlements 2016/1103 et 2016/1104 du 24 juin 2016 sur les régimes matrimoniaux et sur le régime patrimonial des partenariats enregistrés», *Riv.dir.int.pr.proc.* 2016.3, pp. 676-686, p. 678.

28 Considerando 39 del Reglamento 2016/1103 y Considerando 38 del Reglamento 2016/1104. Vid. PÉREZ MARTÍN, L.A., «Nuevos reglamentos europeos sobre regímenes económicos matrimoniales y uniones registradas, una oportunidad perdida para la medicación», en: GUZMÁN ZAPATER, M. y ESPLUGUES MOTA, C. (dirs.), *op. cit.*, pp. 285-299.

29 MARINO, S., «Strengthening the European Civil judicial Cooperation: the Patrimonial effects of Family Relationships», *CDT Vol. 9, N° 1*, 2017, pp. 265-284, p. 270 (disponible en: [www.uc3m.es/cdt](http://www.uc3m.es/cdt)).

atender a determinadas situaciones problemáticas singulares, e incluso con un carácter excepcional.

## 2.1. Foros en supuestos de conexión con otras materias

9. Los litigios en materia de efectos patrimoniales del matrimonio (o de las uniones registradas) pueden surgir vinculados a otras disputas en la práctica. Tal y como podría suceder, por ejemplo, en relación con una disolución matrimonial o un proceso sucesorio. Por lo que en los Reglamentos se supeditan las soluciones jurisdiccionales a las existentes para tales casos, en los instrumentos europeos previstos para tales supuestos (esto es, los Reglamentos 2201/2003 y 650/2101). Se procuraría así, la coordinación y la racionalización de los foros de competencia judicial internacional a nivel europeo, para agrupar y concentrar la competencia judicial internacional, ante los tribunales de un único Estado miembro y, de esta forma, cumplir con los objetivos que se han destacado.

10. Para empezar, el artículo 4 lleva a cabo una remisión a los Reglamentos, cuando el tribunal de un Estado miembro conozca de la sucesión de uno de los cónyuges (o miembro de una unión registrada), en virtud de lo previsto en el Reglamento europeo de sucesiones; resultando también competentes para resolver el litigio conectado con dicho procedimiento en materia sucesoria, cuando se refiera a una cuestión relativa a los efectos patrimoniales del matrimonio (o unión registrada).<sup>30</sup> Sin embargo, esta solución se verá excepcionada en los casos en los que las normas de conflicto de leyes hubieran contemplado variaciones sobre el principio general de la aplicación de la ley de la residencia habitual de la persona en cuestión (en atención a lo previsto en los artículos 5 a 9).

Además, los Reglamentos contemplan la posibilidad de acudir a un tribunal de un Estado miembro, a pesar de que el causante tuviera

---

30 ADAM MUÑOZ, M.D., «La competencia judicial internacional en el Reglamento (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», en: GUZMÁN ZAPATER, M. y ESPLUGUES MOTA, C. (Dirs.), *op.cit.*, pp. 77-90, pp. 82 y 83; BONOMI, A., «The interaction among the future EU instruments on matrimonial property, registered partnerships and successions», *YbPIL* Vol. 13, 2012, pp. 217-231, pp. 221-227; IGLESIAS BUHIGUES, J.L. «Artículo 4», en: IGLESIAS BUHIGUES, J.L. y PALAO MORENO, G. (Dirs.), *op.cit.*, pp. 67-77; QUINZÁ REDONDO, P., «La unificación —fragmentada—...», *op.cit.*, p. 192.

su residencia habitual en un tercer Estado, si este sujeto tuviera su nacionalidad o hubiera residido allí con anterioridad a los cinco años previos, o para pronunciarse sobre los bienes de la herencia allí donde se encuentren (artículo 10); previéndose igualmente la posibilidad de acudir a la figura del *forum necessitatis* (artículo 11). No obstante, en virtud de lo establecido en el artículo 13, cuando existe una conexión entre el litigio en materia de efectos patrimoniales del matrimonio (o unión registrada), con un procedimiento sucesorio, se podrá optar por limitar el procedimiento (a instancia de una de las partes) y no resolver sobre unos determinados bienes, cuando se dude de la posibilidad de que la decisión que afectara a los mismos no se reconociera o ejecutara en un país tercero (apartado 1) —aunque no afectará a la posibilidad de limitación del alcance del procedimiento que contemple la *lex fori* (apartado 2)—.<sup>31</sup>

11. El artículo 5, por su parte, contempla una remisión directa a los foros que se establecen en el Reglamento 2201/2003 (apartado 1), siempre que no existiera un acuerdo de sumisión entre los cónyuges para la extensión de la competencia que se establece en dicho Reglamento (apartados 2 y 3).<sup>32</sup> Así, se habrá que comprobar previamente si las partes hubieran alcanzado un acuerdo de sumisión expreso (una posibilidad de pacto que, empero, no contempla el Reglamento 2201/2003), para —en ausencia de tal pacto— poder acudir directamente a los foros que prevé el mencionado Reglamento en materia de disolución y nulidad matrimonial (en sus artículos 3 a 7).

De este modo se genera una suerte de incorporación de la autonomía de la voluntad en materia jurisdiccional que ha de ser positivamente valorada (regulada posteriormente en su artículo 7).<sup>33</sup> Un pacto de sumisión expreso que se contempla, sin embargo, de forma limitada o condicionada.<sup>34</sup> De este modo, cuando se acuerde tal extensión habrá

---

31 DUTTA, A., *op.cit.*, p. 1981.

32 IGLESIAS BUHIGUES, J.L. «Artículo 5», en: IGLESIAS BUHIGUES, J.L. y PALAO MORENO, G. (Dirs.), *op.cit.*, pp. 79-91; ARENAS GARCÍA, R., «Principios inspiradores del sistema actual de competencia judicial internacional en materia de persona y familia», en: GUZMÁN ZAPATER, M. y ESPLUGUES MOTA, C. (Dirs.), *op.cit.*, p. 34; MARINO, S., *op.cit.*, p. 272.

33 Considerando 34.

34 BARRIÈRE BROUSSE, I., *op.cit.*, p. 507; LAGARDE, P., *op.cit.*, p. 679; QUINZÁ REDONDO, P., «La unificación —fragmentada— ...», *op.cit.*, p. 195; VINAIXA MIQUEL, M., «La autonomía de la voluntad en los recientes reglamentos UE en materia de regímenes económicos matrimoniales (2016/1103) y efectos patrimoniales de las

llevarse a cabo dicha elección únicamente a favor de determinados foros empleados en el Reglamento 2201/2003 (sus artículos 3.1, a) —guiones quinto y sexto—, 5 o 7). A su vez, en su apartado 3 se dispone que, a la hora celebrar el pacto de sumisión, se habrán de tomar en consideración las condiciones f3rmales del pacto que establece el art3culo 7.2. Aunque esto 3ltimo no ser3 posible, en el caso de los litigios relativos a los efectos patrimoniales de las uniones registradas.

## 2.2. Foros para casos de ausencia de conexi3n

12. En ausencia de tal conexi3n, los art3culos 6 a 12 de los Reglamentos 2016/1103 y 2016/1104, establecen una serie de foros basados en la previsibilidad y la seguridad jur3dica, al igual que la proximidad del litigio con los tribunales de un determinado Estado parte. En breve, en tales casos las partes podr3n: someterse de forma expresa a determinados tribunales (art3culo 7) o recurrir a la sumisi3n t3cita (art3culo 8); resultando competente, en defecto de tal sumisi3n, el tribunal del Estado miembro previsto en el art3culo 6.

13. Para empezar, el art3culo 6 dispone que, en ausencia de conexi3n y cuando no se hubiera producido una sumisi3n a unos determinados tribunales de un Estado miembro, se habr3 de presentar la correspondiente demanda ante determinados tribunales de uno de los Estados miembros. Los cuales, de forma jerarquizada y sucesiva, ser3n (unos criterios de atribuci3n siempre fijados en el momento de presentaci3n de la demanda).<sup>35</sup>

- a) Primero, los tribunales del Estado miembro donde se encuentre la residencia habitual de los c3nyuges (o de los miembros de la uni3n registrada).
- b) Segundo, los tribunales del Estado miembro donde se sit3e su 3ltima residencia y todav3a uno de ellos residiera ah3.

---

uniones registradas (2016/1104), *InDret* 2017, pp. 274-313, p. 296 (disponible en: <http://www.indret.com/es/>).

35 ARENAS GARC3A, R., *op.cit.*, p. 37; MARINO, S., *op.cit.*, p. 274; QUINZ3 REDONDO, P., «Art3culo 6», en: IGLESIAS BUHIGUES, J.L. y PALAO MORENO, G. (Dirs.), *op.cit.*, pp. 93-105.

- c) Tercero, los tribunales del Estado miembro donde resida habitualmente el demandado.
- d) Cuarto, los tribunales del Estado miembro de la nacionalidad común de los cónyuges (o de los miembros de la unión registrada, en su caso).
- e) A estos foros se sumarían, de forma supletoria y para el caso de las uniones registradas, los tribunales del Estado miembro al amparo de cuya ley se hubiera creado la misma.

14. El artículo 7 se refiere a la sumisión expresa, permitiendo a los cónyuges (o a los miembros de una unión registrada) la posibilidad de acordar la competencia judicial (exclusiva) de los tribunales de un determinado Estado miembro.<sup>36</sup> Sin embargo, como en el supuesto anterior, esta posibilidad se encuentra igualmente limitada. Así, de una parte, la elección de un determinado tribunal estatal competente sólo será posible para los supuestos que surjan sin conexión alguna a otras materias. Una condición que, como es lógico, únicamente podrá comprobarse cuando se suscite el litigio.

A su vez, de otra parte, el acuerdo de sumisión se ve condicionado a la existencia de la conexión entre el pacto y el litigio en cuestión, contemplando diversos supuestos en los que se prevé tal posibilidad de elección.

- a) Primero, a favor de los tribunales del Estado miembro cuya ley resulte aplicable a partir de lo previsto en los artículos 22 ó 26.1 (letras a) o b), cuando se trate de un litigio en materia de régimen económico matrimonial).
- b) Segundo, a favor de los tribunales del Estado donde se hubiera celebrado el matrimonio (o, en el supuesto de una unión registrada donde ésta se hubiera creado).<sup>37</sup>

Junto a ello, el artículo 7.2, establece las condiciones formales que habrá de cumplir el acuerdo de elección a favor de los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro. Y ello, con la finalidad de

---

36 MARINO, S., *op.cit.*, p. 273; PALAO MORENO, G., «Artículo 7», en: IGLESIAS BUHIGUES, J.L. y PALAO MORENO, G. (Dirs.), *op.cit.*, pp. 107-113; QUINZÁ REDONDO, P., «La unificación —fragmentada— ...», *op.cit.*, pp. 197-198

37 Considerando 37 del Reglamento 2016/1103.

garantizar su validez, la protección de los intereses de los cónyuges (o miembros de la unión registrada), así como favorecer que se respete su consentimiento, la seguridad jurídica y el acceso a la justicia.<sup>38</sup> De esta forma, se exige que el acuerdo de elección se haya de formalizar por escrito y que éste esté firmado por las partes y fechado —disponiendo la equivalencia entre la forma escrita y toda comunicación efectuada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero del acuerdo—. <sup>39</sup>

15. El artículo 8 establece la posibilidad de una sumisión tácita (o por comparecencia del demandado) a favor de los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro (con un carácter concurrente y no exclusivo). Este foro de competencia judicial se ve condicionado asimismo, a que se trate de los tribunales del Estado miembro cuya ley resulte aplicable al fondo del litigio, en atención a lo previsto en los artículos 22 ó 26, en su apartado 1 —letras a) y b)—. <sup>40</sup>

Ahora bien, únicamente podrá acudir a esta posibilidad, cuando la comparecencia del demandado tuviera por objeto impugnar la competencia, no pudiendo recurrirse a este foro en supuestos litigiosos por conexión. Por último, su apartado 2 dispone que el tribunal del Estado miembro ante el que se presente la demanda compruebe y se asegure de que el demandado se encuentra plenamente informado de las consecuencias que se derivan de su comparecencia y de la posibilidad que le asiste de impugnar la competencia de los tribunales del Estado miembro en cuestión. <sup>41</sup>

### 2.3. Otros foros

16. Además de los foros expuestos, el artículo 9 contempla la posibilidad de inhibición por parte del tribunal de un Estado miembro cuando, según su sistema de Derecho Internacional privado, no se reconozca el matrimonio (o la institución de la unión registrada) en cuestión. Aunque

---

38 Considerandos 47 del Reglamento 2016/1103 y 46 del Reglamento 2016/1104.

39 BARRIÈRE BROUSSE, I., *op.cit.*, p. 508; QUINZÁ REDONDO, P., *Régimen económico matrimonial ...*, *op.cit.*, p. 333; VIARENGO, I., *op.cit.*, p. 208

40 ADAM MUÑOZ, M.D., *op.cit.*, pp. 84-85; BARRIÈRE BROUSSE, I., *op.cit.*, pp. 508-509; PALAO MORENO, G., «Artículo 8», en: IGLESIAS BUHIGUES, J.L. y PALAO MORENO, G. (Dir.), *op.cit.*, pp. 115-118; QUINZÁ REDONDO, P., «La unificación —fragmentada— ...», *op.cit.*, pp. 197-198.

41 MARINO, S., *op.cit.*, p. 273.

su juego efectivo se encuentra, una vez más, supeditado a determinadas condiciones y límites.<sup>42</sup>

- a) Para empezar, el artículo 9.1 exige que en dicho ordenamiento no se reconozca el matrimonio (o la unión registrada) en relación al cual se suscita el litigio. Tal y como podría suceder con las relaciones entre personas del mismo sexo, en algunos Estados miembros. La eventual inhibición se podrá plantear para los supuestos en los que dicho órgano jurisdiccional resultase internacionalmente competente, a partir de lo establecido en los artículos 4, 5, 6, 7 u 8 (en el Reglamento (UE) n° 2016/114, los artículos 4, 5 y 6, letras a) a d). Por lo que hace a los límites de esta inhibición, además de su carácter excepcional, y con el objeto de evitar situaciones de denegación de justicia, habrá de llevarse a cabo sin dilación indebida.
- b) Ahora bien, en atención a lo dispuesto en el artículo 9.2,<sup>43</sup> y comenzando por su apartado I, cuando el tribunal de un Estado miembro resultara competente se autorizará a los cónyuges (o a los miembros de la unión registrada, en su caso) a someter su litigio de forma expresa, a los tribunales del Estado miembro que seleccionen (en aplicación del artículo 7). A su vez, su párrafo II contempla que puedan resultar internacionalmente competentes los tribunales del Estado miembro, según lo establecido en los artículos 6 u 8 o, alternativamente, aquéllos del Estado miembro donde se hubiera celebrado el matrimonio.

Además de lo expuesto y para evitar una nueva denegación de justicia, se podría acudir a lo previsto en los artículos 10 («competencia subsidiaria») u 11 («forum necessitatis»). Sin embargo, el artículo 9.3 contempla que la inhibición no jugará para los supuestos en los que las partes hubieran obtenido una resolución de separación judicial, de divorcio o de nulidad del matrimonio (ni la disolución o la nulidad de la unión registrada), siempre y cuando ésta fuera susceptible de reconocimiento en el Estado miembro del foro.<sup>44</sup>

---

42 Id., *op.cit.*, p. 276; PALAO MORENO, G., «Artículo 9», en: IGLESIAS BUHIGUES, J.L. y PALAO MORENO, G. (Dirs.), *op.cit.*, pp. 119-125.

43 BARRIÈRE BROUSSE, I., *op.cit.*, p. 509; DUTTA, A., *op.cit.*, p. 1980; LAGARDE, P., *op.cit.*, p. 680.

44 MARINO, S., *op.cit.*, p. 276; QUINZÁ REDONDO, P., «La unificación —fragmentada— ...», *op.cit.*, p. 201.



17. El artículo 10 permite que, de forma excepcional y subsidiaria, se pueda acudir al foro de competencia judicial internacional del Estado miembro de situación de un bien inmueble (*forum rei sitae*). Aunque en tales casos, la competencia quedará materialmente circunscrita a la demanda relacionada sobre el bien inmueble en cuestión.<sup>45</sup> De igual modo, para todos los supuestos previstos, los artículos 11 y 12 prevén acudir al *forum necessitatis* y a la reconvencción. De un lado el artículo 11 autorizar excepcionalmente acudir a los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro cuando no resulte competente ningún tribunal de un Estado miembros.<sup>46</sup> De otro lado, el artículo 12 permite reconvenir cuando el caso se encuentre en el ámbito de aplicación de tales instrumentos.<sup>47</sup>

## 2.4. Normas de aplicación del sistema

18. Como resulta habitual en este tipo de instrumentos europeos, los Reglamentos 2016/1103 y 2016/1104 incorporan una serie de normas de aplicación del sistema de competencia judicial internacional. Las cuales se encuentran igualmente basadas en los objetivos de previsibilidad, de buena administración de justicia y para que no se presenten resoluciones inconciliables.<sup>48</sup> De esta manera, estas previsiones no sólo cuentan con una redacción idéntica para ambos Reglamentos, si no que no ofrecen soluciones sustancialmente originales al respecto del resto de instrumentos europeos en los que se inspira. Así las cosas, estas normas cubren aspectos como son: el momento de sustanciación del asunto (artículo 14), la verificación de la competencia (artículo 15), la verificación de la admisibilidad (artículo 16), la litispendencia (artículo 17) y la conexidad (artículo 18) o la adopción de medidas provisionales y cautelares (artículo 19).

---

45 ADAM MUÑOZ, M.D., *op.cit.*, pp. 86-87; BARRIÈRE BROUSSE, I., *op.cit.*, p. 510; DUTTA, A., *op.cit.*, p. 1980; LAGARDE, P., *op.cit.*, p. 680; PALAO MORENO, G., «Artículo 10», en: IGLESIAS BUHIGUES, J.L. y PALAO MORENO, G. (Dirs.), *op.cit.*, pp. 127-130; VIARENGO, I., *op.cit.*, pp. 208-209.

46 MARINO, S., *op.cit.*, p. 275; REIG FABADO, G., «Artículo 11», en: IGLESIAS BUHIGUES, J.L. y PALAO MORENO, G. (Dirs.), *op.cit.*, pp. 131-134.

47 FORCADA MIRANDA, F.J., «Artículo 12», en: IGLESIAS BUHIGUES, J.L. y PALAO MORENO, G. (Dirs.), *op.cit.*, pp. 134-138,

48 Considerandos 42 y 41.

Como se ha destacado, la aproximación llevada a cabo por parte del legislador europeo a este respecto no destaca por su originalidad (como tampoco lo ha sido la respuesta del legislador español, que las ha tomado como modelo al elaborar los artículos 37 a 40 LCJIMC, y que se ven desplazadas por los Reglamentos), por lo que tan sólo se expondrán brevemente las respuestas que contienen estas reglas.

19. El artículo 14 define el momento a partir del cual se puede entender que un tribunal conoce de un asunto, partiendo de aquel en que se presente el escrito de demanda (o equivalente), siempre que se tomen las medidas para su notificación al demandado; así como estableciendo respuestas alternativas para los supuestos de notificación antes de presentación ante el tribunal, o cuando éste se encuentre incoado de oficio.<sup>49</sup> El artículo 15 prevé la obligación de declararse de oficio incompetente, si el tribunal ante el que se presentó la demanda no resulte competente según lo dispuesto en el Reglamento.<sup>50</sup> Algo que, en relación con nuestro ordenamiento, implicaría el desplazamiento de la respuesta prevista para estos litigios en el art. 22 bis a quarter de la LOPJ. El artículo 16 contempla que este tribunal suspenda el procedimiento hasta que no compruebe que el demandado hubiera resultado notificado debidamente, en los casos de que el demandado no compareciente residiera en un Estado miembro distinto de donde se hubiera interpuesto la demanda.<sup>51</sup>

Por su parte, los artículos 17 y 18 regulan la litispendencia y la conexidad. El primero, impone al juez suspender de oficio el procedimiento mientras no se declare incompetente aquel de otro Estado miembro ante el que se interpuso la demanda en primer lugar, en situaciones de demandas idénticas; incluyendo la obligación de informar al segundo, así como de inhibirse si finalmente asumiera la competencia el primero.<sup>52</sup> El segundo, contempla la posibilidad de que se actúe como en los supuestos de litispendencia, en supuestos de demandas no idénticas, pero relacionadas de forma tan estrecha que resultara conveniente tramitarlas y juzgarla

---

49 FORCADA MIRANDA, F.J., «Artículo 14», en: IGLESIAS BUHIGUES, J.L. y PALAO MORENO, G. (Dirs.), *op.cit.*, pp. 145-153.

50 Id., «Artículo 15», en: IGLESIAS BUHIGUES, J.L. y PALAO MORENO, G. (Dirs.), *op.cit.*, pp. 155-160.

51 Id., «Artículo 16», en: IGLESIAS BUHIGUES, J.L. y PALAO MORENO, G. (Dirs.), *op.cit.*, pp. 161-176.

52 QUINZÁ REDONDO, P., «Artículo 17», en: IGLESIAS BUHIGUES, J.L. y PALAO MORENO, G. (Dirs.), *op.cit.*, pp. 177-184.

conjuntamente.<sup>53</sup> El artículo 19, por último, prevé la posibilidad de que los tribunales de los Estados miembros puedan adoptar las medidas provisionales y cautelares disponible en la *lex fori*.<sup>54</sup>

### 3. LEY APLICABLE

20. La entrada en aplicación de tales Reglamentos y el carácter universal de sus normas de conflicto, posee importantes consecuencias para el sistema español de Derecho Internacional privado en el sector de la ley aplicable. A partir de este momento, se habrá de distinguir entre las relaciones personales y las patrimoniales del matrimonio. De este modo, de un lado, se producirá un desplazamiento de nuestro artículo 9.3 Cc (para aquellos supuestos que se susciten *ex novo* a partir de la entrada en aplicación de tales instrumentos); mientras que, de otro lado, la ley aplicable a los efectos personales seguirá regulándose por el artículo 9.2 Cc.<sup>55</sup>

Así las cosas, y en relación con el régimen económico, el Capítulo III de los Reglamentos 2016/1103 y 2016/1104 (artículos 20 a 35) establecen un conjunto de normas de conflicto uniformes, que —además de su aplicación universal presente en el artículo 20, como ya se ha expuesto— parten de los principios de unidad de la ley aplicable, con independencia de la naturaleza de los bienes y de su ubicación (artículo 21<sup>56</sup>), así como privilegian el juego del principio de la autonomía de la voluntad conflictual (artículo 22<sup>57</sup>).

---

53 Id., «Artículo 18», en: IGLESIAS BUHIGUES, J.L. y PALAO MORENO, G. (Dirs.), *op.cit.*, pp. 185-189.

54 Id., «Artículo 19», en: IGLESIAS BUHIGUES, J.L. y PALAO MORENO, G. (Dirs.), *op.cit.*, pp. 191-196.

55 AÑOVEROS TERRADAS, B., *op. cit.*, p. 253; VINAIXA MIQUEL, M., *op.cit.*, p. 290.

56 DIAGO DIAGO, M.P., «Artículo 21», en: IGLESIAS BUHIGUES, J.L. y PALAO MORENO, G. (Dirs.), *op.cit.*, pp. 205-207.

57 Id., «Artículo 22», en: IGLESIAS BUHIGUES, J.L. y PALAO MORENO, G. (Dirs.), *op.cit.*, pp. 209-218.

### 3.1. La autonomía de la voluntad

21. El principio autonomista ha contado tradicionalmente con una significativa presencia normativa —desde una perspectiva comparada europea—, para la determinación de la ley aplicable a los efectos patrimoniales del matrimonio. Sin embargo, esta posibilidad suele verse limitada con el fin de garantizar la existencia de conexión con la relación en cuestión, así como para atender a los derechos y las expectativas de los terceros. De esta forma, los Reglamentos 2016/1103 y 2016/1104, contemplan una detallada ordenación de la amplitud y juego de la autonomía de la voluntad conflictual en sus artículos 22 a 25.

Aunque, eso sí, mientras que el artículo 22 contiene la regla general relativa a elección de la ley aplicable, los artículos 23 y 25 se refieren a la validez formal del acuerdo de ley -tanto para la concreción de la normativa rectora de la relación, como al respecto de las capitulaciones matrimoniales-, y el artículo 24 regula el consentimiento y la validez material de la elección de ley.

22. Del tenor de artículo 22.1 se deriva que los cónyuges o futuros cónyuges (o los miembros de la unión registrada) podrán seleccionar o modificar de mutuo acuerdo la normativa estatal llamada a regir su régimen económico.<sup>58</sup> Sin embargo, esta libertad inicial se prevé de forma limitada, ya que las partes únicamente podrán seleccionar alguna de las leyes estatales previstas en sus letras a) y b).<sup>59</sup> En atención a ello y de forma alternativa, las partes podrán escoger entre la aplicación de la ley del país de residencia habitual (común o de uno de ellos) en el momento de la celebración del acuerdo, o la del lugar de la nacionalidad de cualquiera de ellos, fijada en dicho momento. A esta opción se podría sumar, como tercera alternativa abierta a las partes de una unión registrada, la selección de la ley estatal de conformidad a la cual se hubiera creado dicha relación.<sup>60</sup>

De entre los puntos de conexión preferidos, destacan las dificultades que puede suscitar concretar la nacionalidad y la residencia habitual de las partes en la práctica. Por un lado, y como es habitual en los instrumentos europeos, la «nacionalidad» tendrá la consideración de

---

58 QUINZÁ REDONDO, P., «Artículo 18», en: IGLESIAS BUHIGUES, J.L. y PALAO MORENO, G. (Dirs.), *op.cit.*, pp. 185.

59 Considerandos 45 del Reglamento 2016/1103 y 44 del Reglamento 2016/1104. AÑOVEROS TERRADAS, B., *op.cit.*, p. 258.

60 Considerando 43 del Reglamento 2016/1104.

una «cuestión previa», que habrá de ser concretada por la normativa estatal correspondiente, así como respetando los principios generales de la UE.<sup>61</sup> Por otro lado, el legislador europeo no define, ni ofrece criterios para delimitar qué se entiende por la «residencia habitual». A este respecto y aunque de compleja aplicación directa a estos supuestos, resulta de interés tener en cuenta la aproximación jurisprudencial que se ha producido en el contexto del Reglamento 2201/2003, al respecto del criterio de la «residencia habitual» —basado en la integración de la persona—.<sup>62</sup>

23. Los aspectos temporales relacionados con este precepto también cuentan con un gran interés práctico. Para empezar, la «residencia habitual» y la «nacionalidad» se fijarán temporalmente en el momento en el que se celebre el mencionado acuerdo (mientras que la creación de la unión registrada se fijará en el momento de su registro). En otro orden de ideas, la elección de la ley aplicable podrá llevarse a cabo (de forma expresa), tanto con anterioridad a la celebración del matrimonio (o creación de la unión registrada), como en el momento en el que se celebre, e incluso se podrá modificar con posterioridad a este momento.<sup>63</sup> Sin embargo, en atención a lo dispuesto en el artículo 22.2, este cambio será en principio irretroactivo y únicamente surtirá efectos *ex nunc*.<sup>64</sup> Aunque, como también dispone su apartado 3º, todo cambio retroactivo no podrá perjudicar a los derechos adquiridos por los terceros.

24. Los Reglamentos 2016/1103 y 2016/1104 reclaman que la elección de ley cumpla con las exigencias formales previstas en ciertos ordenamientos estatales, para garantizar así un consentimiento informado y la validez formal tanto del acuerdo de ley aplicable en su artículo 23, como de las capitulaciones matrimoniales (o de la unión registrada) en su artículo 25.<sup>65</sup> Con carácter inicial el artículo 23.1 prevé una norma de carácter

---

61 Considerandos 50 del Reglamento 2016/1103 y 49 del Reglamento 2016/1104.

62 AÑOVEROS TERRADAS, B., *op.cit.*, p. 264; DAMASCELLI, D., «La legge applicabile ai rapporti patrimoniali tra coniugi, unite civilmente e conviventi di fatto nel diritto internazionale privato ed europeo», *Riv.dir.int.* 2017, núm. 4, pp. 1103-1155, pp. 1137-1138.

63 Considerando 44 del Reglamento 2016/1103

64 AÑOVEROS TERRADAS, B., p. 266; DUTTA, A., *op.cit.*, p. 1981; QUINZÁ REDONDO, P., «La unificación —fragmentada— ...», *op.cit.*, pp. 205-206

65 Considerandos 47 y 48 del Reglamento 2016/1003, así como 46 y 47 del Reglamento 2016/1104. MARTINY, D., «Die anknüpfung güterrechtlicher Angelegenheiten nach den Europäischen Güterrechtsverordnungen», *ZfPW* 2017, 1, 1-33 pp. 19-20; RIPOLL SOLER, A., «Artículo 23» «Artículo 25», en: IGLESIAS BUHIGUES, J.L. y PALAO

material que instituye la necesidad de que el acuerdo de elección de ley y el relativo a la capitulación se expresen por escrito, con fecha y firmado por ambas partes (estableciéndose la equivalencia entre la forma escrita y «*toda comunicación efectuada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero del acuerdo*»).

Junto a ello y por lo que respecta a las exigencias que incorpora, el precepto analizado establece las siguientes:

- a) Primero, cuando la ley del Estado miembro donde ambos residan habitualmente en el momento en que celebraron tal acuerdo estableciera requisitos formales para las capitulaciones, tales requerimientos habrá de ser respetados (artículo 23.2 y 25.2 I).
- b) Segundo, cuando las partes residieran en distintos Estados miembros en el momento de su celebración, el acuerdo habrá de respetar los requisitos presentes en uno de tales ordenamientos al menos (artículo 23.3 y 25.2 II).
- c) Tercero, si únicamente una de las partes tuviera su residencia habitual en un Estado miembro cuando se celebró el acuerdo, los requerimientos formales de dicha ley habrá serán de aplicación (artículo 23.4 y 25.2 III).

Asimismo, aunque únicamente en relación con las capitulaciones, también habrán de respetarse las exigencias formales adicionales presentes en la ley aplicable a los efectos patrimoniales.

25. El consentimiento y a la validez material del acuerdo de elección de ley aplicable se encuentran regulados en el artículo 24.<sup>66</sup> Así las cosas, su apartado 1º dispone que regularán por la ley estatal presuntamente elegida por las partes, siempre que tal acuerdo fuera válido. A su vez, para garantizar que el consentimiento de las partes hubiera sido válido, el artículo 24.2 autoriza a la parte que alegara que no hubiera prestado su consentimiento, a que invoque la ley del país donde resida habitualmente en el momento en el que se presente la demanda, cuando

---

MORENO, G. (Dirs.), *op.cit.*, pp. 219-232 y 241-246; WAUTELET, P., «What's wrong with article 22? The unsolved mysteries of choice of law for matrimonial property», *YbPIL* 2017/2018, 19, pp. 213-231, pp. 228-229.

66 RIPOLL SOLER, A., «Artículo 24», en: IGLESIAS BUHIGUES, J.L. y PALAO MORENO, G. (Dirs.), *op.cit.*, pp. 233-239.

de las circunstancias se derivara que no resulte razonable acudir a la ley elegida por ambos sujetos.

### 3.2. Ley aplicable en defecto de elección

26. A falta de elección de ley, el artículo 26 dispone que, en ausencia de pacto por los cónyuges, se acudirá, con un carácter jerarquizado o sucesivo, a la ley del país: de su primera residencia habitual tras la celebración del matrimonio, de su nacionalidad común, fijada en el momento de su celebración o, a falta de las anteriores, aquella con la que ambos cónyuges mantengan una conexión más estrecha, igualmente cuando se celebró el mismo.<sup>67</sup> Una aproximación que, de nuevo, se basa en la residencia habitual y la nacionalidad de los cónyuges (común, en ambos casos).<sup>68</sup> Unos criterios de conexión que, junto a destacar su frecuente empleo por parte del legislador europeo, ya han sido analizados con anterioridad al examinar el artículo 22.

Sin embargo, cabe añadir a lo ya expuesto, lo siguiente sobre los mismos. Por lo que hace a la «residencia habitual», se tratará de la primera que los cónyuges tuvieron, y se fijará tras la celebración del matrimonio (para evitar así conflictos móviles), tomando en consideración este primer momento con exclusión de los cambios posteriores que se produjeran al respecto de su residencia habitual. En relación con la «nacionalidad» y según se establece en el artículo 26.2, en los casos de múltiple nacionalidad común de los cónyuges —en el momento de la celebración del matrimonio—, decaerá este criterio personal (para evitar sus efectos discriminatorios), en favor de los criterios contemplados en las letras a) y c) del numeral anterior.<sup>69</sup>

Únicamente cuando resulte imposible acudir a los ordenamientos señalados, el artículo 26.1, letra c) contempla una solución de cierre basada en el «principio de proximidad», que permite recurrir al ordenamiento con el que mantengan una conexión más estrecha las partes —a especificar

---

67 DIAGO DIAGO, M.P., «Artículo 26», en: IGLESIAS BUHIGUES, J.L. y PALAO MORENO, G. (Dirs.), *op.cit.*, pp. 246-259.

68 Considerando 49.

69 CAMPUZANO DÍAZ, B., *op.cit.*, p. 251; COESTER-WALTJEN, D., «Connecting Factors to Determine the Law Applicable to Matrimonial Property Regimes», *YbPIL* 2017/2018, 19, pp. 195-212, pp. 204-205.; MARINO, S., *op.cit.*, p. 280.

en atención a todas las circunstancias que existan en el momento de la celebración del matrimonio—. <sup>70</sup> Para su concreción se podrían tomar en consideración elementos como: el lugar de celebración del matrimonio, la nacionalidad o la residencia habitual de las partes, su origen, lengua, cultura o religión, la situación de los bienes de la familia, donde se localice el cumplimiento y la planificación de los deberes o de las obligaciones inherentes al matrimonio o donde éste se disolvió.

No obstante lo dicho, y por lo que respecta a las uniones registradas, el artículo 26.1 Reglamento 2016/1004 establece que, en defecto de *electio iuris*, los efectos patrimoniales se regirán por lo previsto en el ordenamiento del país conforme a cuya ley se hubiera creado la unión registrada —coincidiendo en la práctica con la ley donde se produjo su registro y que, en su perspectiva práctica, se confundiría con la *lex loci actus*—. <sup>71</sup>

27. El artículo 26.3 incluye una «cláusula de escape» (de indiscutible aplicación excepcional) relacionada con las consecuencias de un eventual conflicto móvil. <sup>72</sup> En virtud de la misma, la autoridad judicial (siempre a instancia de parte) podrá excluir las soluciones antes expuestas en determinadas circunstancias —en el caso del régimen económico matrimonial, únicamente al respecto de la nacionalidad—, cuando se manifiesten determinadas circunstancias de forma cumulativa (párrafo I): si las partes hubieran contado con una última residencia habitual en otro Estado, siempre que el periodo de esta nueva residencia habitual hubiera sido más largo que en el previo («*considerablemente*» para los matrimonios y «*significativamente*» en el supuesto de las uniones registradas); así como,

---

70 Considerando 49. DAMASCELLI, D., *op.cit.*, p. 1138; MARTINY, D., *op.cit.*, p. 23; QUINZÁ REDONDO, P. y GRAY, J., *op. cit.*, p. 532; RODRÍGUEZ BENOT, A., «La armonización...», *op.cit.*, pp. 568-569. VIARENGO, I., *op.cit.*, p. 212. PÉROZ, H., «Le nouveau règlement européen sur les régimes matrimoniaux», *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière* 2016, núm. 29, pp. 33-39, p. 37. VISMARA, F., «Legge applicabile in mancanza di scelta e clausola di eccezione nel regolamento (UE) N. 2016/1103 in materia di regimi patrimoniali tra i coniugi», *Riv.dir.int.pr.proc.* 2017, núm. 2, pp. 356-371, p. 363.

71 Considerando 48 del Reglamento 2016/1104.

72 Considerandos 51 del Reglamento 2016/1103 y 52 del Reglamento 2016/1104. BARRIÈRE BROUSSE, I., *op.cit.*, p. 499; COESTER-WALTJEN, D., *op.cit.*, pp. 206-208; DAMASCELLI, D., *op.cit.*, pp. 1139-1140; LAGARDE, P., *op.cit.*, p. 683; MARTINY, D., *op.cit.*, p. 24; PÉROZ, H., *op.cit.*, p. 37; QUINZÁ REDONDO, P., «La “cláusula de excepción” del art. 26.3 del Reglamento 2016/1103 sobre régimen económico matrimonial», en: GUZMÁN ZAPATER, M. y ESPLUGUES MOTA, C. (Dirs.), *op.cit.*, pp. 301-312, pp. 310-311; VISMARA, F., *op.cit.*, pp. 363-369.



cuando estas personas hubieran organizado o planificado sus relaciones patrimoniales en función de este ordenamiento posterior. Aunque, su aplicación puede suscitar serios problemas de determinación en la práctica. Por su parte, cuando se trate de una unión registrada, la exigencia de que este nuevo ordenamiento atribuya efectos patrimoniales a la relación.

El juego de este ordenamiento estatal será efectivo desde el momento del inicio de la relación (párrafo II), siempre que tales sujetos estén conformes con esta fijación temporal de los efectos que vaya a tener este nuevo ordenamiento. Si no fuera así, el momento a tomar en cuenta será el del establecimiento de esta última residencia habitual. En todo caso, esta respuesta judicial contará con una limitación y con una exclusión (artículo 26.3, III):

- a) Primero, la aplicación de la ley de la última residencia común de las partes no podrá afectar a los derechos de terceros que derivaran del juego de la ley fijada en el apartado 1º.
- b) Segundo, la solución excepcional prevista en este apartado no podrá resultar de aplicación cuando las partes hubieran celebrado capitulaciones, de forma previa a que se estableciera su última residencia habitual común.

### **3.3. Ámbito de la ley rectora y tutela de los intereses de terceros**

28. La ley aplicable cuenta con una gran amplitud, como se extrae de la literalidad del artículo 27.<sup>73</sup> De este modo, sin constituir un *numerus clausus*, este ordenamiento regulará aspectos relativos a los regímenes económicos —primario y secundario— tan significativos como son:

- a) La clasificación de los bienes de uno o ambos miembros de la pareja y su vigencia tras la disolución de la relación;
- b) La transferencia de los mismos de una categoría a otra;
- c) La responsabilidad de uno de los cónyuges (o miembro de la unión registrada) por las obligaciones y deudas del otro;

---

73 AÑOVEROS TERRADAS, B., *op.cit.*, p. 252; RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, J.S., «Artículo 27», en: IGLESIAS BUHIGUES, J.L. y PALAO MORENO, G. (Dirs.), *op.cit.*, pp. 261-274.

- d) Las facultades, derechos y obligaciones de cualquiera de los miembros de la pareja —o de ambos—;
- e) La disolución de la relación patrimonial, así como el reparto, distribución o liquidación de este régimen;
- f) Los efectos patrimoniales sobre la relación entre uno de los cónyuges (o miembro de la unión registrada) y un tercero;
- g) Así como la validez material de las capitulaciones.

En definitiva, la *lex causae* cubrirá aquellas materias relacionadas con la gestión económica y patrimonial ordinaria, que constituyen el día a día de la relación subyacente, al igual que las que pudieran originarse con motivo de la finalización de la relación y sus efectos frente a terceros, así como la validez material de las capitulaciones.

29. La protección de los intereses de los terceros posee una gran importancia práctica en la materia cubierta por los Reglamentos 2016/1103 y 2016/1104. Así, a modo de ejemplo, el artículo 22.3, dispone que la elección de ley y sus eventuales modificaciones retroactivas no pueden perjudicar los intereses de los mismos y el artículo 27, f) establece que esta materia se encontrará cubierta por la ley rectora de la relación. Ahora bien, el artículo 28 incluye una excepción a este principio con el fin de tutelar los intereses de tales sujetos, para los supuestos en los que el tercero debía o habría de conocer la ley rectora del régimen económico matrimonial (o, en su caso, de los efectos patrimoniales de la unión registrada).<sup>74</sup> En esta línea, el artículo 28.1 dispone que uno de los miembros de la relación no podrá invocar la ley aplicable frente a un tercero, salvo que este tercero conociera dicho ordenamiento o hubiera actuado de forma diligente para su conocimiento.

Para ello, en el artículo 28.2 se incorpora la presunción de que esta persona conoce la ley rectora, en relación con dos situaciones en las que se estimará que resultarán fácilmente predecibles para este sujeto.

- a) Primero (letra a), siempre que dicha ley fuera alternativamente, el ordenamiento que regula la transacción con el tercero, aquel

---

74 BARRIÈRE BROUSSE, I., *op.cit.*, p. 505; DUTTA, A., *op.cit.*, p. 1983; LAGARDE, P., *op.cit.*, p. 684; MÉNDEZ GONZÁLEZ, F.P., «Artículo 28», en: IGLESIAS BUHIGUES, J.L. y PALAO MORENO, G. (Dirs.), *op.cit.*, pp. 275-296; PÉROZ, H., *op.cit.*, p. 39; QUINZÁ REDONDO, P., «La unificación —fragmentada— ...», *op.cit.*, p. 216.

donde el cónyuge (o miembro de la unión registrada) y el tercero residan habitualmente, o de la situación del inmueble.

- b) Segundo (letra b), si cualquiera de los miembros de la unión registrada o matrimonio hubiera cumplido alternativamente con los requisitos de publicidad que se previeran en cualquiera de las leyes estatales antes reseñadas en la letra anterior.

Por último, el artículo 28.3 dispone que, si la ley aplicable no pudiera ser invocada, según lo previsto en el primer numeral, los efectos patrimoniales de la relación se ordenarán alternativamente de conformidad con: la ley rectora de la transacción que vincula a uno de los miembros de la pareja con el tercero, o la ley de situación del inmueble o donde se registró este bien.

### 3.4. Normas de aplicación

30. Los Reglamentos 2016/1103 y 2016/1104 incluyen un conjunto de artículos que se enfrentan a distintos problemas de aplicación de las normas de conflicto precedentes (afectando así, a lo establecido en nuestros artículos 12 y 16 Cc, que desplazan en su ámbito de aplicación). Una inclusión que resulta tradicional en los instrumentos europeos elaborados en este ámbito.

El artículo 29 establece la posibilidad de que los derechos reales presentes en la ley aplicable que fueran invocados por su titular en un Estado miembro cuya ley no contemple los mismos, se adapten a otro derecho real existente en la ley del foro que, a su vez, fuera cercano y equivalente al mismo. Y ello, con el fin de que los cónyuges (o miembros de la unión registrada) puedan disfrutar de los derechos que les han sido transmitidos o creado en otro Estado miembros.<sup>75</sup> Esta adaptación tendrá lugar únicamente si fuera necesario y en la medida de lo posible, teniendo en cuenta los objetivos e intereses que busque el derecho en cuestión y los efectos que del mismo se deriven.

La ley del juez competente igualmente jugará en relación con dos situaciones tradicionales, como cuando se contemple la aplicación de las

---

75 Considerando 25. Vid. MÉNDEZ GONZÁLEZ, F.P., «Artículo 29», en: IGLESIAS BUHIGUES, J.L. y PALAO MORENO, G. (Dirs.), *op.cit.*, pp. 297-338.

leyes de policía del foro (artículo 30) o deba acudir a la excepción de orden público (artículo 31).

- a) Para empezar, según establece el art. 30, la aplicación de las leyes imperativas del foro hace referencia a las disposiciones «*cuya observancia considera esencial un Estado miembro para salvaguardar sus intereses públicos*». En este sentido, con carácter restrictivo, junto a las normas que prevén la solidaridad económica o la contratación vinculada a la gestión del hogar, en esta noción se han de incluir las normas previstas para la protección de la vivienda u hogar familiar.<sup>76</sup>
- b) A su vez y en atención a lo previsto en el art. 31, la ley del foro podrá aplicarse de forma restrictiva y excepcional cuando la aplicación del ordenamiento extranjero resulte manifiestamente incompatible con el orden público del mismo.<sup>77</sup> Este expediente habrá de ser interpretado a la luz de la Carta de los Derechos fundamentales de la UE. Tal y como podría suceder, según los casos, al respecto de las uniones entre personas del mismo sexo o la recepción de instituciones que impliquen una discriminación por motivos de nacionalidad o de sexo, al igual que las vulneraran los deberes y derechos de contenido patrimonial que se impusieran con carácter general en el ordenamiento del foro.

---

76 Considerandos 53 del Reglamento 2016/1103 y 52 del Reglamento 2016/1104. CHIKOC BARREDA, N., «la protection du logement familial pendant le mariage et lors de la crise conjugale à l'épreuve de la définition des régimes matrimoniaux dans le règlement 2016/1103», RIDC 2018, 4, pp. 883-902; CLAVEL, S. y JAULT-SESEKE, F., «Public policy considerations — Changes in continuity. Comments on articles 30 and 31 of the Regulations on patrimonial consequences of marriages and registered partnerships», *YbPIL* 2017/2018, 19, pp. 234-246, pp. 243-246 GANDÍA SELLENS, M.A., «Artículo 30», en: IGLESIAS BUHIGUES, J.L. y PALAO MORENO, G. (Dirs.), *op.cit.*, pp. 339-344.

77 Considerandos 54 del Reglamento 2016/1103 y 53 del Reglamento 2016/1104. AÑOVEROS TERRADAS, B., *op.cit.*, p. 270; DAMASCELLI, D., *op.cit.*, p. 1148; GANDÍA SELLENS, M.A., «Artículo 31», en: IGLESIAS BUHIGUES, J.L. y PALAO MORENO, G. (Dirs.), *op.cit.*, pp. 345-349; QUINZÁ REDONDO, P., «La unificación —fragmentada— ...», *op.cit.*, p. 211.

31. El artículo 32 prevé la exclusión del reenvío.<sup>78</sup> En otro orden de ideas, los conflictos que se generan al respecto de países con una naturaleza plurilegislativa se ordenan en los artículos 33 a 35.<sup>79</sup>

- a) Así, en los casos de plurilegislatividad de base territorial, el artículo 33.1 opta por una remisión de tipo indirecto o subsidiario, confiando la localización de la normativa aplicable a las soluciones que se hayan previsto de forma interna para solventar los conflictos de leyes que se prevean en el ordenamiento estatal reclamando. Esto es, en el caso español, esta remisión nos situaría en la aplicación del artículo 16.1 Cc.

Junto a ello, el artículo 33.2 dispone que, cuando el que el ordenamiento estatal reclamado no contemplara esta normativa, si el punto de conexión nacional fuera a favor de la residencia habitual, se entenderá como la ley de la unidad territorial donde se sitúen la residencia habitual (letra a); mientras que si la referencia fuera a la nacionalidad se relacionará con la unidad territorial con la que esta persona mantenga una relación más estrecha (letra b). Para el resto de supuestos, se acudirá a la ley de la unidad territorial donde sitúe el elemento en cuestión (letra c).

- b) En relación con los conflictos interpersonales de leyes (una situación no presente en el ordenamiento español), el artículo 34 parte también de una aproximación indirecta, para posteriormente y a falta de una respuesta se acudiría al conjunto normativo o régimen legal con el que los cónyuges (o miembros de la unión registrada) mantengan una conexión más estrecha.

Para finalizar se ha de destacar que la aproximación de tipo indirecto o subsidiario es susceptible de generar problemas particulares en España. Y ello, debido a la inexistencia de normas de conflicto de leyes en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas que completaran la remisión que contiene el artículo 16.1 Cc. A este respecto, las soluciones en tales supuestos pivotarían entre promover un juego dinámico de las

---

78 GANDÍA SELLENS, M.A., «Artículo 32», en: IGLESIAS BUHIGUES, J.L. y PALAO MORENO, G. (Dirs.), *op.cit.*, pp. 351-354.

79 Considerandos 55 del Reglamento 2016/1103 y 54 del Reglamento 2016/1104. CEBRIÁN SALVAT, M.A., *op.cit.*, pp. 138-140; IGLESIAS BUHIGUES, J.L., «Artículo 33», «Artículo 34» y «Artículo 35», en: IGLESIAS BUHIGUES, J.L. y PALAO MORENO, G. (Dirs.), *op.cit.*, pp. 355-371, 373-374 y 375-379; SOTO MOYA, M., *op.cit.*, pp. 25-29 y 30-31.

soluciones conflictuales presentes o acudir a su aplicación estática. Esto es, acudir a las soluciones previstas en los Reglamentos o a las reglas de conflicto previstas en nuestro sistema de Derecho Internacional privado. Ahora bien, por lo que hace a esta segunda postura, la laguna existente refuerza la necesidad de que nuestro legislador se enfrente a las cuestiones que suscitan este tipo de parejas y los efectos patrimoniales que de las mismas se derivan.

#### 4. RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE RESOLUCIONES

32. Los Reglamentos 2016/1103 y 2016/1104, en tanto que instrumentos «completos», igualmente establecen un sistema propio de circulación de resoluciones judiciales y documentos públicos, aplicable únicamente para las situaciones que puedan darse entre los Estados parte del mismo.<sup>80</sup> Por medio del mismo, quedan desplazados en su ámbito de aplicación, gran parte del previsto en los artículos 41 a 57 LCJIMC, así como los convenios bilaterales y multilaterales relativos a los litigios en relación con aquellas materias cubiertas por tales instrumentos europeos.<sup>81</sup>

De este modo, los mencionados instrumentos consagran su Capítulo IV (artículos 36 a 57) al reconocimiento, fuerza ejecutiva y ejecución de resoluciones, mientras que el Capítulo V (artículos 58 a 60) a los documentos públicos y transacciones judiciales. Los cuales, resultan evidente y directamente tributario de los otros antecedentes normativos europeos elaborados en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil, como así resulta al respecto de su más cercano precedente, el

---

80 Sobre las consecuencias que se derivan de este juego inter partes, en sus relaciones con el resto de Reglamentos en materia de Cooperación judicial en materia civil, BARRIÈRE BROUSSE, I., *op.cit.*, p. 513; QUINZÁ REDONDO, P., «La unificación —fragmentada—...», *op.cit.*, p. 216.

81 Considerandos 65 del Reglamento 2016/1103 y 64 del Reglamento 2016/1104. En el caso español, en concreto, estos Reglamentos sustituyen lo previsto en los Convenios bilaterales que nos vinculan con Alemania (BOE núm. 230, de 24.9.1992), Austria (BOE núm. 270, de 29.8.1985), Bulgaria (BOE núm. 155, de 23.5.1993), Francia (BOE núm. 63, de 14.3.1970), Italia (BOE núm. 273, de 15.11.1977), Portugal (BOE núm. 18, de 21.1.1999) o la República Checa (BOE núm. 290, de 3.12.1988; corrección de errores BOE núm. 22, de 26.1.1989).

Reglamento 650/2012.<sup>82</sup> A este respecto, y como ya se indicó en un inicio, cabe destacar como los términos «documento público», «resolución» y «transacción judicial» cuentan con una delimitación autónoma y uniforme en el artículo 3.1, letras c), d) y e) de los Reglamentos.

#### 4.1. Resoluciones judiciales

33. Por lo que respecta a la circulación transfronteriza de las resoluciones, los Reglamentos 2016/1103 y 2016/1104 parten, en su destacado artículo 36, del objetivo general del reconocimiento mutuo de las resoluciones en las materias cubiertas.<sup>83</sup> Ahora bien, sin que ello pueda implicar el reconocimiento del matrimonio o de la unión registrada que dio lugar a la resolución.<sup>84</sup> Para ello, establece un sistema similar al del resto de instrumentos europeos en materia de cooperación judicial en materia civil, basado en una primera fase no contenciosa en la que se solicita la fuerza ejecutiva de la resolución, permitiendo la oposición del demandado en un momento posterior.

A este respecto, para empezar este instrumento europeo prevé en el artículo 37, unos motivos de denegación del reconocimiento habituales en este tipo de instrumentos europeos, así como prohíbe tanto el control de la competencia del órgano jurisdiccional de origen (artículo 39), como la revisión en cuanto al fondo (artículo 40).<sup>85</sup> Por su parte, tal y como dispone el art. 41, el órgano solicitante podrá suspender el reconocimiento si la resolución es objeto de recurso ordinario en origen.<sup>86</sup>

Los motivos de denegación previstos en el artículo 37, incluyen la contrariedad manifiesta al orden público del Estado donde se solicita, las situaciones de rebeldía del demandado, al igual que la inconciliabilidad de la resolución con aquellas dictadas entre las mismas partes en el Estado

---

82 LAGARDE, P., *op.cit.*, p. 685; QUINZÁ REDONDO, P., «La unificación — fragmentada—...», *op.cit.*, p. 217.

83 Considerandos 56 del Reglamento 2016/1103 y 55 del Reglamento 2016/1104. MARTÍN MAZUELOS, F.J., «Artículo 36», en: IGLESIAS BUHIGUES, J.L. y PALAO MORENO, G. (Dirs.), *op.cit.*, pp. 383-391.

84 Considerandos 64 del Reglamento 2016/1103 y 63 del Reglamento 2016/1104.

85 LAGARDE, P., *op.cit.*, p. 685; MARTÍN MAZUELOS, F.J., «Artículo 37», «Artículo 39» y «Artículo 40» en: IGLESIAS BUHIGUES, J.L. y PALAO MORENO, G. (Dirs.), *op.cit.*, pp. 394-403, 407-408 y 409.

86 CASTELLÓ PASTOR, J.J., «Artículo 41», en: IGLESIAS BUHIGUES, J.L. y PALAO MORENO, G. (Dirs.), *op.cit.*, pp. 411-413,

de destino, como al respecto de aquellas citadas en otro Estado parte o un tercero, pero que sean susceptibles de reconocimiento en el Estado solicitado. Unos motivos que deberán interpretarse a la luz de los derechos y principios establecidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, como dispone de forma novedosa el artículo 38.<sup>87</sup>

34. Como dispone el significativo artículo 42, caso de que la resolución fuera ejecutoria en origen, se podrá solicitar su ejecución en otro Estado parte, de conformidad con el procedimiento establecido en los artículos 45 a 57.<sup>88</sup> Para ello, habrá de acompañarse la solicitud, de una copia de la resolución y la certificación emitida por el órgano jurisdiccional competente en origen -pudiéndose exigir su traducción o transliteración- (artículos 45 y 46).<sup>89</sup> Caso de contar con asistencia jurídica en el Estado de origen, se le garantizará también al solicitante la más amplia en el Estado de ejecución (artículo 55), no pudiéndose exigirle garantía, fianza o depósito por ser extranjero o no contar con residencia o domicilio en el Estado de ejecución (artículo 56). Como tampoco se le impondrá a esta persona, un impuesto, derecho o tasa alguna, proporcional al valor del litigio (artículo 57).

Ahora bien, el órgano jurisdiccional territorialmente competente para ello se determinará por cada Estado parte —debiendo comunicarse oportunamente a la Comisión—, determinándose a partir del domicilio de la parte contra la que se solicite la ejecución (artículos 43 y 44)—<sup>90</sup> Pues bien, una vez cumplidas estas formalidades se declarará la fuerza ejecutiva de la resolución (artículo 47)—,<sup>91</sup> pudiendo llegar a tener una fuerza ejecutiva parcial si fueran varias las pretensiones (artículo 54)—, que será posteriormente comunicada a la parte contra la que se haya

---

87 Extremo relacionado con los Considerandos 54 del Reglamento 2016/1103 y 53 del Reglamento 2016/1104. LAGARDE, P., *op.cit.*, pp. 685-686.

88 IGLESIAS BUHIGUES, J.L., «Artículo 42», en: IGLESIAS BUHIGUES, J.L. y PALAO MORENO, G. (Dirs.), *op.cit.*, pp. 415-421; QUINZÁ REDONDO, P., «La unificación —fragmentada—...», *op.cit.*, p. 218.

89 DE LORENZO SEGRELLES, M., «Artículo 45» y «Artículo 46» en: IGLESIAS BUHIGUES, J.L. y PALAO MORENO, G. (Dirs.), *op.cit.*, pp. 429-434 y 435-438.

90 QUINZÁ REDONDO, P., «Artículo 43» y «Artículo 44», en: IGLESIAS BUHIGUES, J.L. y PALAO MORENO, G. (Dirs.), *op.cit.*, pp.423-425 y 427-428.

91 DE LORENZO SEGRELLES, M., «Artículo 47», en: IGLESIAS BUHIGUES, J.L. y PALAO MORENO, G. (Dirs.), *op.cit.*, pp. 439-441.



solicitado la ejecución (artículo 48),<sup>92</sup> pudiendo ser objeto de recurso tal solicitud (artículo 49),<sup>93</sup> e incluso de impugnación que conduzca a su eventual denegación de la declaración de fuerza ejecutiva (artículos 50 y 51).<sup>94</sup> El órgano jurisdiccional solicitado podrá suspender el procedimiento si se hubiera interpuesto un recurso contra la resolución en origen (artículo 52), así como adoptar medidas provisionales y cautelares (artículo 53).<sup>95</sup>

## 4.2. Documentos públicos y transacciones judiciales

35. En relación con los documentos públicos y las transacciones judiciales —con una singular importancia práctica en materia de régimen económico matrimonial—,<sup>96</sup> el Capítulo V persigue garantizar su libre circulación y su fuerza ejecutiva en todos los Estados miembros.<sup>97</sup> Así, los Reglamentos parten (en su artículo 58) de la idea de otorgar el mismo valor probatorio a los documentos públicos de un Estado parte a otro según lo previsto en el de origen<sup>98</sup> —mientras no resulte contrario al orden público del segundo—, contando con un formulario normalizado que facilite su circulación,<sup>99</sup> aunque sólo podrá recurrirse su autenticidad en el Estado de origen —careciendo de valor probatorio mientras el recurso esté pendiente;—<sup>100</sup> pero no así de los actos jurídicos o relaciones que se consignen en el documento público —que se resolverán según las reglas de competencia y ley aplicable previstas en los Reglamentos, aunque aceptando la posibilidad de conocer de forma incidental a otros

---

92 Id., «Artículo 48», en: IGLESIAS BUHIGUES, J.L. y PALAO MORENO, G. (Dirs.), *op.cit.*, pp. 443-444.

93 MARTÍN MAZUELOS, F.J., «Artículo 49», en: IGLESIAS BUHIGUES, J.L. y PALAO MORENO, G. (Dirs.), *op.cit.*, pp. 445-454.

94 Id., «Artículo 50» y «Artículo 51», en: IGLESIAS BUHIGUES, J.L. y PALAO MORENO, G. (Dirs.), *op.cit.*, pp. 455-459 y 461-465.

95 MARTÍN MAZUELOS, F.J., «Artículo 52» y «Artículo 53», en: IGLESIAS BUHIGUES, J.L. y PALAO MORENO, G. (Dirs.), *op.cit.*, pp. 467-469 y 471-481.

96 CARRIÓN GARCÍA DE PARADA, P., *op.cit.*, p. 120-141; QUINZÁ REDONDO, P., «La unificación —fragmentada—...», *op.cit.*, p. 219.

97 Considerandos 57 del Reglamento 2016/1103 y 56 del Reglamento 2016/1104. FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., *op.cit.*, p. 13.

98 Considerandos 58 Reglamento 2016/1103 y 57 del Reglamento 2016/1104. DUTTA, A., *op.cit.*, p. 1985; ESPÍÑEIRA SOTO, I., «Artículo 58», en: IGLESIAS BUHIGUES, J.L. y PALAO MORENO, G. (Dirs.), *op.cit.*, pp. 499-521.

99 Considerandos 68 del Reglamento 2016/1103 y 67 del Reglamento 2016/1104.

100 Considerandos 62 del Reglamento 2016/1103 y 61 del Reglamento 2016/1104.

órganos distintos—. Por su parte, de un lado, es importante destacar que la «autenticidad» de un documento público constituye un concepto autónomo.<sup>101</sup> Mientras que, de otro lado, la referencia a los actos jurídicos o relaciones que se consignan en el documento público han de interpretarse como una referencia al contenido registrado en dicho documento.<sup>102</sup>

36. El artículo 59 regula la posibilidad de que tales documentos —una vez certificados por medio del formulario informe correspondiente— cuenten con la fuerza ejecutiva otorgada en origen, en los otros Estados parte —según el procedimiento antes descrito para las resoluciones ejecutivas y mientras no atente al orden público del país ante el que se solicitó e interpuso recurso contra el mismo—.<sup>103</sup> Este régimen se prevé igualmente para las transacciones judiciales, en el artículo 60.<sup>104</sup> Junto a ello, tampoco en estos casos, como en los precedentes, existirá la necesidad de su legalización ni de dotarles de formalidad análoga alguna (artículo 61).<sup>105</sup>

## 5. VALORACIÓN

37. El legislador europeo ha dado un importante paso adelante, en su objetivo de elaborar un marco jurídico uniforme regulador de las relaciones de familia y sucesiones con repercusión transfronteriza, con la publicación de los Reglamentos 2016/1103 y 2016/1104. Unos instrumentos que, después de una tramitación larga y compleja, resultan plenamente aplicables desde el 29 de enero de 2019. A pesar de su trascendencia, estos Reglamentos obligarán únicamente a los 18 Estados miembros que han participado en el procedimiento de cooperación reforzada. Para empezar, destaca en los mismos el hecho de enfrentarse a una materia novedosa (no sólo por no contar con precedentes en la UE, sino por introducir la

---

101 Considerandos 59 del Reglamento 2016/1103 y 58 del Reglamento 2016/1104.

102 Considerandos 60 del Reglamento 2016/1103 y 59 del Reglamento 2016/1104.

103 ESPÍÑEIRA SOTO, I., «Artículo 59», en: IGLESIAS BUHIGUES, J.L. y PALAO MORENO, G. (Dirs.), *op.cit.*, pp. 523-524.

104 FORCADA MIRANDA, F.J., «Artículo 60», en: IGLESIAS BUHIGUES, J.L. y PALAO MORENO, G. (Dirs.), *op.cit.*, pp. 535-542.

105 ESPÍÑEIRA SOTO, I., «Artículo 61», en: IGLESIAS BUHIGUES, J.L. y PALAO MORENO, G. (Dirs.), *op.cit.*, pp. 546-550; QUINZÁ REDONDO, P., «La unificación —fragmentada—...», *op.cit.*, p. 219.

institución de la unión registrada no regulada de modo similar en los Estados miembros), con la se refuerza la tendencia de elaborar un Derecho Internacional privado propio de la UE para los ámbitos de la familia y sucesiones, que ha de contar con una valoración general positiva.

38. Los Reglamentos 2016/1103 y 2016/1104 se presentan como instrumentos «completos» y ofrecen soluciones para todos los sectores que le son propios al Derecho Internacional privado (no incorporando normas sustantivas), en un contexto de una gran disparidad normativa estatal —y una creciente movilidad en el interior de la UE, favoreciendo la seguridad jurídica y la previsibilidad para los cónyuges (o, en su caso, los miembros de la unión registrada) y los terceros. Para ello, el legislador europeo ha tomado ejemplos del resto de instrumentos elaborados en el ámbito de la Cooperación judicial civil de la UE, guardando un cierto paralelismo con los mismos.

Los Reglamentos favorecen la unidad y la coordinación entre las normas que determinan la jurisdicción competente y la ley aplicable. Por ello, no cabe duda de que los mismos van a desplegar una profunda incidencia en el ordenamiento español, desplazando las soluciones previstas por nuestro legislador, dentro de su ámbito de aplicación. Afectando (*melius*, desplazando) a las soluciones que nuestro legislador ha previsto en el Cc, LOPJ e incluso la LCJIMC (al igual que diversos convenios bilaterales suscritos por nuestro país). Y ello, debido a que Reglamentos 2016/1103 y 2016/1104 cuentan, para los Estados miembro que son parte (participantes en la Cooperación reforzada, como España) de un ámbito de aplicación universal —desde la perspectiva espacial— para los ámbitos de la determinación de la competencia judicial internacional y la ley aplicable; mientras que las relativas al sector del reconocimiento juegan entre Estados parte únicamente.

39. Frente a los beneficios que resultan de contar con unos Reglamentos «completos» y las bondades que rodean a las soluciones uniforme que se encuentran previstas en los Reglamentos analizados (como serían, el amplio juego que atribuye a la autonomía de la voluntad, la previsión de los problemas de adaptación o la protección de los intereses de terceros, entre otros), no impiden, empero, que sean varias las cuestiones que deja abiertas y las dificultades que puede generar su puesta en práctica; poniendo en riesgo los objetivos perseguidos. En este sentido, en las páginas precedentes se han ido desgranando estas cuestiones que afectan a los tres sectores analizados.

Sin ánimo de exhaustividad, destaca la complejidad de sus soluciones, su difícil coordinación con otros instrumentos europeos (como el Reglamento Europeo de Sucesiones o el Reglamento Bruselas II bis) o el carácter abierto de algunas de las reglas que incorpora. Algo que puede poner en riesgo los objetivos de previsibilidad y certeza. Sin embargo, por lo que respecta al Derecho español, uno de los problemas principales que va a generar la aplicación práctica de estos instrumentos se centra en la circunstancia de que España no cuenta con una ordenación completa de los efectos patrimoniales de las uniones registradas. Y ello, frente a la existencia de una regulación (aunque con dispares efectos) en todas las Comunidades Autónomas. Una laguna normativa que, sin lugar a dudas, va a afectar al encaje del Reglamento 2016/1104 en España, así como genera también incertidumbres al respecto de los supuestos de conflictos de leyes internos.

# Los matrimonios y parejas de hecho sujetas al Derecho catalán y los Reglamentos europeos 2016/1103 y 2016/1104

ÁNGEL SERRANO DE NICOLÁS

*Notari de Barcelona*  
*Prof. Asoc. Dr. Derecho civil*  
*Universitat Pompeu Fabra*

## SUMARI

1. PRELIMINAR. 2. CONCEPTO DE MATRIMONIO Y DE UNIÓN REGISTRADA EN LA RELACIÓN DEL CCCAT CON AMBOS REGLAMENTOS (UE) 2016/1103 Y 2016/1104, DE 24 DE JUNIO DE 2016. 2.1. *Concepto de matrimonio en el Reglamento (UE) 2016/1103, de 24 de junio de 2016.* 2.2. *Concepto autónomo de unión registrada en el Reglamento (UE) 2016/1104, de 24 de junio de 2016.* 3. CONCEPTO Y APLICACIÓN MATERIAL DEL REM: «REM PRIMARIO» Y EFECTOS FRENTE A TERCEROS, RÉGIMEN PROPIO DE LA VIVIENDA HABITUAL Y MATERIAS EXCLUIDAS. 3.1. *Aplicación del denominado «régimen económico matrimonial primario» y sus efectos en relación con otras previsiones del propio RREM* 3.2. *Régimen de aplicabilidad territorial o no de la vivienda familiar.* 3.3. *Efectos frente a terceros del régimen económico matrimonial.* 3.4. *Relevancia de las materias excluidas.* 4. UNIVERSALIDAD Y UNIDAD DE LA LEY APLICABLE: ADAPTACIÓN DE LOS DERECHOS REALES. 5. VECINDAD CIVIL CATALANA, RESIDENCIA HABITUAL, ELECCIÓN DE LEY Y APLICACIÓN DEL DERECHO CIVIL CATALÁN. 5.1. *Reglas de derecho interregional español para el régimen económico matrimonial e inexistencia para las parejas estables o uniones registradas.* 5.2. *Elección voluntaria de la ley aplicable en el RREM y en el REPUR.* 5.3. *Aplicación del CCCat en defecto de elección de Ley aplicable por las partes, y unidad de la ley aplicable.* 6. CONCLUSIÓN.

## 1. PRELIMINAR

La necesidad de dos Reglamentos,<sup>1</sup> incluso aunque se trate de un supuesto de cooperación reforzada, resulta de que aunque el matrimonio es

---

1 En concreto, Reglamento (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 (en adelante, RREM), y Reglamento (UE) 2016/1104 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 efectos patrimoniales de las uniones registradas (en adelante, REPUR).

universalmente admitido (incluso, en Occidente, fuera del homosexual,<sup>2</sup> con muy similares requisitos de edad, capacidad o impedimentos y formas), no lo son así las uniones registradas o estables, y menos con la amplitud resultante, a *sensu contrario*, del art. 234-2.c) CCCat, que admite formar pareja estable —y registrarse en el registro administrativo de la Generalitat de Catalunya—<sup>3</sup> a las personas casadas si están separadas de hecho, por lo que no podría ser un mismo Reglamento (EU) pues habría quedado en prácticamente nada, aunque su contenido es cuasi idéntico, y, en ambos casos, relativo a los efectos patrimoniales. Ciertamente que en un caso se refiere *al régimen económico matrimonial* (en adelante, REM),<sup>4</sup> y, en otro, *a los efectos patrimoniales*, pues justo por ser unión, y no matrimonio, cuando menos en España carece de tal REM, al efecto RRDGRN de 7 de febrero de 2013 y 11 de junio de 2018 (en esta última se resalta que la publicidad de los registros administrativos de parejas estables no goza de la oponibilidad *erga omnes* propia de los registros jurídicos, como son el Mercantil, el Civil o el de la Propiedad),<sup>5</sup> y, también, en el

- 
- 2 En todo caso deberá tenerse presente la resolución de la CEDH, 9 juin 2016, n° 40183/07 (resumida en: [http://www.cncdh.fr/sites/default/files/affaire\\_chapin\\_et\\_charpentier\\_c.\\_france.pdf](http://www.cncdh.fr/sites/default/files/affaire_chapin_et_charpentier_c._france.pdf)) que reconoce cierto margen de libertad a los Estados para regular el status del matrimonio homosexual, sin que ello vaya contra el art. 8 —de respeto a la vida privada— ni contra el art. 14 que consagra el principio de no discriminación, dejando también la puerta abierta a un futuro y posible cambio de interpretación.
  - 3 Regulado por Orden JUS/44/2017, de 28 de marzo, por la que se aprueba el Reglamento del Registro de parejas estables de Cataluña (DOGC núm. 7341 publicado el 31/3/2017), su carácter administrativo, y no constitutivo, resulta, respectivamente, de los arts. 2.1 y 4.1 RRPEC.
  - 4 Tampoco universalmente reconocido, pues, como precisa la RDGRN de 26 de agosto de 2008, no es conocido por el *Common Law*, y, en propiedad, tampoco por los países musulmanes, en que hay absoluta separación de bienes, lo que no quiere decir que de la existencia del matrimonio no deriven, a su extinción o ruptura, en el *Common Law*, efectos patrimoniales, especialmente vinculados a la duración de la relación matrimonial, e incluso durante su vigencia.
  - 5 Resoluciones que son tributarias de la STS de 27 de mayo de 1998 (ROJ: STS 3473/1998 - ECLI:ES:TS:1998:3473), cuando literalmente afirma que: «Del hecho de que exista una convivencia “more uxorio” (pues está demostrado que D. Jose Augusto no estaba casado con D<sup>a</sup>. Marí Luz) no se puede deducir sin más aquella voluntad; si alguna deducción lógica cabe hacer es la de que cada uno conserva su total independencia frente al otro; que no quieren contraer las obligaciones recíprocas personales y patrimoniales que nacen del matrimonio. Naturalmente que cabe que los convivientes regulen las consecuencias de su estado como tengan por conveniente, respetando los límites generales del artículo 1.255 C.c.; o bien que conductas significativas o de actos con ese mismo carácter patenten

CCCat, basta comprobar el contenido de los arts. 234-8 a 234-14 para ver su ausencia, aunque sí haya efectos patrimoniales, tal que el uso de la vivienda familiar, la compensación económica por razón del trabajo o la prestación alimenticia (si bien conviene no olvidar que Cataluña tiene competencias en materia civil). E incluso la subrogación en las relaciones arrendaticias o la necesidad de atribuciones por razón de enriquecimiento injusto o liquidación de una comunidad de bienes si así han organizado sus relaciones patrimoniales, o incluso de una sociedad civil particular, entre las varias fórmulas que se han articulado para regular sus efectos patrimoniales.<sup>6</sup>

---

que quieran constituir una sociedad o una comunidad de bienes». Y que es cuestión habitual, así en Francia, CARDILLO, Ch. y NIEL, P-L-, «Nouvelles précisions sur l'articulation entre le financement et la propriété d'un immeuble indivis acquis par des concubins (Cass. 1re civ., 25 juin 2014)», *Petites Affiches*, nº 198, 3 octobre 2014, pp. 8 y ss.

- 6 Una acotada reseña de la situación jurisprudencial actual —para el ámbito del CC, pues el CCCat tiene su específica regulación, como se ha indicado para la compensación económica por razón del trabajo o la prestación alimenticia- de las parejas estables se encuentra en la STS de 15 de enero de 2018 (Roj: STS 37/2018 - ECLI:ES:TS:2018:37) al precisar que: «1.- Hay que comenzar descartando la aplicación de las leyes dictadas por la Comunidad Valenciana para regular las uniones de hecho, a las que el recurrente alude en su recurso de casación y en las que, si bien no se establecía una pensión compensatoria, se reconocía la posibilidad de pacto que la acordara (art. 7 de la Ley 5/2012, de 15 de octubre, de uniones de hecho formalizadas; con anterioridad art. 4 de la Ley 1/2001, de 6 de abril, por la que se regulaban las uniones de hecho de la Comunidad Valenciana). Ello en atención a que la sentencia del Tribunal Constitucional 110/2016, de 9 de junio, declaró la nulidad, entre otros, del precepto que así lo establecía en la Ley de 2012, como consecuencia de la falta de competencia de la Comunidad Valenciana para regular las consecuencias civiles de las «uniones de hecho formalizadas». / 2.- Sentado lo anterior, hay que destacar que en el Derecho civil estatal no existe una regulación general de las parejas no casadas. El legislador ha equiparado a algunos efectos las parejas no casadas al matrimonio (arts. 101, 320.1, 175.4 CC, arts. 12.4, 16.1.b, 24.1 LAU). Pero esto no ha sucedido con la pensión compensatoria reconocida en el art. 97 CC. Son admisibles genéricamente los pactos entre los convivientes por los que, al amparo del art. 1255 CC, adopten acuerdos en los que prevean compensaciones por desequilibrios en el momento de la ruptura de la convivencia. Sin embargo, no existe una previsión legal que contemple para el caso de extinción de la pareja una compensación de ningún tipo (ni alimenticia en caso de necesidad, ni por desequilibrio, ni por haber trabajado para el hogar o para el otro cónyuge). / 3.- De forma categórica, sin distinguir entre parejas constituidas por la mera convivencia y parejas formalizadas y sin contemplar tampoco la posibilidad de que por acuerdo de los interesados pudiera excluirse el régimen legal, la sentencia del Tribunal Constitucional 93/2013, de 23 de abril, declaró que las reglas que imponen a los integrantes de una pareja estable el derecho a una pensión sin que así lo hayan acordado «vulneran

Lo que se trata de acreditar, en los epígrafes siguientes, es cómo, cuándo y con qué contenido se podrá hacer valer el REM catalán al amparo del RREM y, a la inversa, en Cataluña por los extranjeros, pues parece una petición de principio, aunque se refiera al REM o a los efectos patrimoniales, el que se admita dicho concreto matrimonio a los que se pretende aplicar o que, en efecto, existe una unión registrada,

---

la libertad de decisión consagrada en el art. 10.1 CE , al responder básicamente a un modelo imperativo alejado del régimen dispositivo que resultaría acorde a las características de las uniones de hecho y a las exigencias del libre desarrollo de la personalidad» [FFJJ 9, 10 b) y c), 11 b) a d), 13]. En particular, con este argumento el Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad de las normas contenidas en el articulado de la Ley foral navarra 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables, que permitían exigir una pensión periódica o una pensión de compensación económica a los miembros de una pareja aunque no hubieran acordado nada sobre el particular. Pero añade la citada sentencia del Tribunal Constitucional que tal declaración de inconstitucionalidad lo es «independientemente de que las reglas generales de responsabilidad por enriquecimiento injusto puedan tener su proyección en determinados supuestos y de que los miembros de la pareja puedan libremente establecer los pactos que tengan por convenientes al respecto, lo que resulta inconstitucional es la imperatividad de la previsión en los términos referidos». / 4.- La interpretación del Tribunal Constitucional ha reforzado la línea jurisprudencial de esta sala que de que no cabe aplicar por *analogía legis* las normas del matrimonio a los supuestos de ruptura de la convivencia *more uxorio* o unión de hecho, pero no descarta que pueda recurrirse, en defecto de pacto, a principios generales, como el del enriquecimiento injusto. / a) En efecto, frente a una línea anterior, la sentencia del Pleno 611/2005, de 12 de septiembre, declaró que no cabe la aplicación analógica de las normas propias del matrimonio. Con posterioridad, se ha reiterado la doctrina de que debe excluirse la aplicación analógica de la pensión compensatoria a los supuestos de ruptura de la convivencia en parejas de hecho, bien reiterando la doctrina para casos de pensión compensatoria, bien al solucionar otros problemas jurídicos planteados con ocasión del cese de la convivencia de parejas (sentencias 927/2005, de 5 de diciembre , 299/2008, de 8 de mayo, 1040/2008, de 30 de octubre, 1155/2008, de 11 de diciembre, 416/2011, de 16 de junio, 130/2014, de 6 de marzo, y 713/2015, de 16 de diciembre). b) La sala se ha pronunciado sobre la aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto en la liquidación de relaciones patrimoniales entre los miembros de una pareja no matrimonial: bien para apreciar su existencia cuando concurren sus presupuestos (sentencia 306/2011, de 6 mayo), bien para negarla cuando existe una normativa específica que regula el supuesto concreto (sentencia 927/2005, de 5 de diciembre, en el caso de un condominio regulado por los arts. 392 ss. CC). c) De modo señalado, la sala se ha ocupado de la aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto para el reconocimiento de una pensión compensatoria. Así, se apreció que concurrían los presupuestos del enriquecimiento en las sentencias 584/2003, de 17 de junio, y 1016/2016, de 6 de octubre. Por el contrario, no se aprecia enriquecimiento injusto en los casos que dan lugar a las sentencias 611/2005, de 12 de septiembre, 387/2008, de 8 de mayo, y 1040/2008, de 30 de octubre”.



planteándose aquí específicamente cuándo se puede considerar que está registrada, y, en concreto, qué clase de registro tendrá que ser y con qué efectos, en suma, si el registro administrativo catalán es válido a estos efectos, pues no parece suficiente la escritura pública de constitución de la pareja estable o unión registrada.

## **2. CONCEPTO DE MATRIMONIO Y DE UNIÓN REGISTRADA EN LA RELACIÓN DEL CCCAT CON AMBOS REGLAMENTOS (UE) 2016/1103 Y 2016/1104, DE 24 DE JUNIO DE 2016**

Aunque ambos reglamentos RREM y REPUR lo que contemplan, de forma específica, son los regímenes económico matrimoniales y los efectos patrimoniales de las uniones registradas, no obstante, es imprescindible conocer a quién corresponde fijar el concepto mismo de matrimonio (para saber a qué se aplica el RREM) y de unión registrada para saber a qué y con qué ámbito y contenido se aplican las disposiciones de ambos reglamentos.

### **2.1. Concepto de matrimonio en el Reglamento (UE) 2016/1103, de 24 de junio de 2016**

El «matrimonio» es una realidad social y legislativa universalmente conocida (aunque no así el matrimonio homosexual), cosa distinta —aunque en los países occidentales muy similar— son los requisitos de edad (o edad mínima a que puede contraerse, incluso según se sea hombre o mujer); impedimentos (singularmente por razón de parentesco o estado civil); o, incluso personas que pueden contraerlo (pues no es ni mucho menos universal, como ya se ha anticipado, el reconocimiento del matrimonio homosexual, o que venga condicionado por razones religiosas, sea para excluirlo entre determinados grupos o para permitirlo entre más de una persona, cuestiones que pueden colisionar directamente con el orden público, art. 31 RREM), aquí y en lo que atañe al Derecho

civil catalán viene marcado por el texto constitucional,<sup>7</sup> junto a que las formas de matrimonio es también competencia estatal, art.149.1.8ª CE'78. Y así, como precisa el propio Cdo. (17), en el RREM no se define el concepto de matrimonio, sino que lo remite al «Derecho nacional de los Estados miembros»,<sup>8</sup> cuya principal problemática será el matrimonio homosexual, junto a en razón de su ley nacional y la universalidad y unidad del RREM, arts. 20 y 21, la posibilidad de matrimonios de extranjeros que puedan colisionar con normas de orden público internas. Aquí sí podrían darse colisiones insalvables en cuanto a su validez (sobre todo de posibles pactos no estrictamente patrimoniales, art. 231-2.2 CCCat), y, por tanto, aplicabilidad de las capitulaciones matrimoniales,<sup>9</sup> por ser esta la única vía —al menos en el CCCat, art. 231-19 en relación con el art. 231-10 CCCat, para establecer o modificar el régimen económico matrimonial no supletorio. Distinto es lo relativo a los pactos en previsión de la ruptura, que sí pueden ser fuera de los capítulos matrimoniales, pero necesariamente en escritura pública, art. 231-20.1 CCCat.

## **2.2. Concepto autónomo de unión registrada en el Reglamento (UE) 2016/1104, de 24 de junio de 2016**

La principal cuestión que se plantea para la aplicación de este Reglamento (UE) 2016/1104, es determinar qué se entiende en el propio REPUR por unión registrada y sí la reconocida por el CCCat e inscribible en registro administrativo puede sujetarse al dicho REPUR. Para su determinación tiene especial interés el Considerando (17) REPUR cuando precisa que su «concepto de “unión registrada” debe definirse únicamente a los efectos del presente Reglamento», de lo que resulta un concepto autónomo del mismo, pues como continúa: «El contenido real de este concepto debe seguir regulándose en el Derecho nacional de los Estados miembros», de lo que claramente resulta la plena vigencia de los arts.234-1 a 234-14

---

7 Así, reconoce la posibilidad del matrimonio homosexual la sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 198/2012, de 6 de noviembre de 2012, fundándose en una interpretación evolutiva del propio texto constitucional.

8 Cabe destacar, aunque como cosa excepcional y a efectos de la pensión, *el reconocimiento del matrimonio polígamo* por la STS, Sala Cont.-Admto., de 24 de enero de 2018.

9 Conviene recordar con la STC 39/2002, de 14 de febrero de 2002, que los efectos patrimoniales únicamente se pueden acordar en escritura pública de capítulos matrimoniales, aunque también se puedan fijar reglas para el caso de ruptura, o pactos en previsión de la ruptura matrimonial, art. 231-20.1 CCCat.

que contienen la regulación de lo que es convivencia en pareja estable. Y, previamente, y por la dificultad que ofrecía su admisión por todos los Estados miembros de la UE, en su Considerando (16) distingue, y aunque el REPUR lo será únicamente a los efectos patrimoniales Considerando (19), las siguientes modalidades:

- a) Las parejas —al no distinguir pueden ser tanto heterosexuales como homosexuales, pues corresponderá al Derecho nacional interno— cuya «unión se halla institucionalmente sancionada mediante su registro ante una autoridad pública»;
- b) Las «parejas vinculadas por uniones de hecho», que como indica el propio Cdo. (16) aunque las reconocen algunos Estados miembros, sin embargo, «deben disociarse de las uniones registradas», aunque su «carácter oficial permite tener en cuenta su especificidad y proceder a su regulación en el Derecho de la Unión»; y, finalmente estarían, Cdo. (17) *in fine* REPUR,
- c) Las uniones no contempladas en su Derecho nacional, por algunos Estados miembros, a las que «(n)inguna de las disposiciones del presente Reglamento deberá obligar».

Personalmente, y a ellas entiendo también se refiere el REPUR en su concepto autónomo, el CCCat —con su registro administrativo— sí puede y debe incluirse entre las del primer grupo, o institucionalmente reconocidas, que es a las se les aplicará, pues como el mismo Cdo. (16) contempla lo que se pretende es «eliminar los obstáculos a la libre circulación de las personas que hayan registrado su unión», y, en efecto, las parejas estables catalanas pueden o no voluntariamente registrarse, por lo que incluso en su propia voluntad queda el que se les aplique o no el REPUR registrándose;<sup>10</sup> pues, además, aunque en el Considerando (35) se contemple al tratar de la conexión, como último punto de conexión la del «Estado miembro en virtud de cuya legislación se llevó a cabo el registro obligatorio de la unión para su creación», no se trata de que se exija la inscripción obligatoria —ni menos la constitutiva— por la normativa aplicable del Estado miembro, o su unidad territorial, que, además, deberá tener competencia en materia civil, pues las CCAA que no la tengan podrán establecer diversos efectos, pero no los civiles, ni tampoco,

---

<sup>10</sup> La generosidad para los efectos de pensión en razón de la inscripción resultan de la STS, Sala de lo Social, 393/2017, de 4 de mayo de 2017.

por ello, los patrimoniales —Cdo. (18)— de administración cotidiana y liquidación. Se trata a mi entender de que estén institucionalmente reconocidas y que, además, puedan inscribirse, no que el registro sea obligatorio para reconocerlas, sino que los propios integrantes puedan y quieran registrarse, pues podrán ser pareja incluso con efectos internos pero no a los que contempla el REPUR.

Por lo demás, y dado que la existencia de los dos Reglamentos responde al no reconocimiento, cuando no animadversión a su existencia por algunos Estados miembros de la UE, pero no del REPUR, cuanto se diga para el RREM es también aplicable a las uniones registradas, salvo que se diga otra cosa.

### 3. CONCEPTO Y APLICACIÓN MATERIAL DEL REM: «REM PRIMARIO» Y EFECTOS FRENTE A TERCEROS, RÉGIMEN PROPIO DE LA VIVIENDA HABITUAL Y MATERIAS EXCLUIDAS

El *concepto de REM*, aunque debe interpretarse de forma autónoma (Cdo. 18) es en esencia coincidente con lo que como tal se entiende en el CCCat (y CC español, arts. 1315 y ss.), y, en concreto, a los efectos del RREM, art. 3.1, es el «conjunto de normas relativas a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges y con terceros, como resultado del matrimonio o de su disolución». De esta definición —y referido al Derecho civil catalán— entiendo que se extraen las siguientes consecuencias, así:

1ª.- Como «conjunto de normas», y al margen de su rango jerárquico, hay que entender que no solo será el CCCat, sino también, en cuanto contemplan los efectos frente a terceros, del Registro Civil, Hipotecario o legislación mercantil. Esto será singularmente relevante, cuando uno de los cónyuges sea comerciante, pues se le tendrá que aplicar, tanto para las relaciones entre ellos, como frente a terceros, lo dispuesto en los arts. 6 y ss. Código de Comercio español (en adelante, CCom),<sup>11</sup> por ser materia de competencia

---

11 Para su aplicación, singularmente en materia de gestión de los bienes en comunidad o gananciales, y las misma responsabilidad, me remito a SERRANO DE NICOLÁS, Á., «Comentario a los arts. 4 a 6 CCom», en A. Sala Reixachs (dir.), V. Baldó del Castaño y J. A. Rueda Martínez (coords.), *Comentarios al Código de Comercio-Doctrina*

exclusiva estatal, art. 149.1. 6ª CE'78, en cuanto define el estatuto del comerciante, lo que unido al propio concepto autónomo del RREM parece innegable que afecta a las «relaciones patrimoniales» entre los cónyuges.

2ª.- Por referirse a «las relaciones patrimoniales», y sin perjuicio de lo que se dirá sobre el denominado «REM primario», *quedarán excluidas las estrictamente personales; y, también, conforme al Considerando (23) «los derechos de transmisión o ajuste, entre los cónyuges, de los derechos de pensión de jubilación o de invalidez [que se recoge también en el art. 1.2.f) RREM], cualquiera que sea su naturaleza [por tanto, pública —pensión de jubilación o de invalidez del sistema público de Seguridad Social— o privada, mediante el pago de cuotas durante el matrimonio,<sup>12</sup> con la diferencia esencial de que sea una prima de cuota única o primas ordinarias durante todo el matrimonio como gasto ordinario del mismo], devengados durante el matrimonio y que no hayan dado lugar a ingresos en forma de pensión durante este deben ser excluidas del ámbito de aplicación del presente Reglamento, teniendo en cuenta los sistemas específicos existentes en los Estados miembros.»*; por tanto, de haberse dado los devengos durante el matrimonio, e incluso pueden continuar tras la defunción, basta pensar en la hipoteca inversa o en un seguro de capitalización, sí quedará su liquidación sujeta a este RREM. Pues el propio reglamento 2016/1103 precisa que la «exclusión debe ser interpretada de forma estricta», y, al efecto, añade, que: «Por ello, el presente Reglamento debe regular en particular la cuestión de la clasificación de los activos de pensiones [lo que entiendo afecta a

---

*y jurisprudencia adaptadas a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Barcelona, Atelier, 2002, pp. 239-254, conviene señalar que son normas inderogables, pues afectan a la responsabilidad del ejercicio del comercio frente a terceros, y, además, por no referirse a los gananciales, sino a los bienes comunes, junto a que la competencia en esta materia es estatal, se aplicará también caso de que se haya pactado el régimen de comunidad del CCCat, arts. 232-30 y ss. CCCat, singularmente en lo que hace al art. 232-33 CCCat regulador de la administración y disposición de los bienes comunes, por razón de la relación entre normativa general, que sería esta del CCCat, y la especial del CCom por ser ambos o uno de ellos, con o sin consentimiento del otro comerciante.

- 12 Aquí no puede olvidarse lo ya resuelto por nuestro Tribunal Supremo, tanto para cuando sean cuotas ordinarias frente a la cuota de prima única, así la STS de 14 de marzo de 2003, junto con las SSTSJC de 7 de abril de 2010 (Roj: 3188/2010), 2 de enero de 2014 (Roj: 3/2014) y 28 de julio de 2014 (Roj: 9131/2014); como por la STS 431/2017, de 14 de diciembre de 2017, al precisar el *carácter privativo de la cantidad indemnizatoria* pagada por la aseguradora a uno de los cónyuges en concepto de incapacidad permanente absoluta.

su carácter privativo o ganancial, o su determinación en el balance final del régimen de participación, que aunque es voluntario en Catalunya, art. 232-19 CCCat, no es sino supletorio en múltiples países de Centroeuropa], los importes que ya se hayan abonado a uno de los cónyuges durante el matrimonio y la posible compensación que se concederá en caso de pensiones suscritas con bienes comunes».

3ª.- Por contemplar que sean «resultado del matrimonio», o sea que el matrimonio sea la causa sin necesidad de que intervenga la voluntad de los cónyuges, en el CCCat aquí habrá que incluir *los denominados derechos viduales familiares*, arts. 231-30 a 231-33 CCCat, en este último se contempla el denominado derecho de viudedad, pues parece obvio que son resultado del matrimonio, no un derecho hereditario, lo vendría a confirmar el Considerando (18) cuando también hace extensivo su concepto autónomo de REM a «todos los aspectos [...], también, de] la liquidación del régimen, en particular como consecuencia [...] del fallecimiento de uno de los cónyuges». No son propiamente «resultado del matrimonio» sino con ocasión del matrimonio, pero debe entenderse también dentro del REM, *las adquisiciones onerosas con pacto de supervivencia* (que cuando menos no tienen carácter hereditario), arts. 231-15 y ss. CCCat,<sup>13</sup> y otro tanto cabe decir, en cuanto a la aplicación también a ellas de este RREM, para *las donaciones otorgadas por razón del matrimonio fuera de los capítulos matrimoniales*, arts. 231-27 y ss. CCCat.

Se justifica además su inclusión, en el RREM, cuando el Considerando (18) precisa que dentro de su concepto autónomo de REM: “Incluye no solo las capitulaciones matrimoniales específica y exclusivamente previstas para el matrimonio por determinados ordenamientos jurídicos nacionales, sino también toda relación patrimonial, entre cónyuges y en sus relaciones con terceros, que resulte directamente del vínculo matrimonial o de su disolución”.

---

13 Ello al margen de que podrían suplirse por los pactos sucesorios de atribución particular, arts. 431-29 y 431-30, al efecto SERRANO DE NICOLÁS, Á., «Capítol 14 — Les relacions personals i econòmiques entre els cònjuges, Els capítols matrimoniales», en A. Lucas Esteve (dir.), *Dret Civil Català*, vol. II — *Persona i família*, Barcelona, Librería Bosch, 2012, pp. 278-281 y GARCÍA-MON QUIRÓS, F., *La compraventa con pacto de supervivencia*, Madrid, Dykinson, 2016, pp. 415-421; pero, desde luego, con un distinto ámbito de sujeción y reglamento aplicable, pues estos en sí quedarían bajo la órbita del RSE, mientras que estas adquisiciones con pacto de supervivencia lo serán a este RREM.

4ª.- Por prever que sean relaciones patrimoniales no solo durante el matrimonio, sino también resultado “de su disolución”, aquí tendrá pues que comprender lo que se conoce como capítulos matrimoniales, arts. 231-19 a 231-26, que en el Derecho catalán, y aunque actualmente no haya duda de su carácter sucesorio, también puede —otra cosa es el reglamento que se le tenga que aplicar—<sup>14</sup> incluir *los pactos sucesorios* (como forma de planificar REM y aspectos sucesorios, *cfr.*, al efecto, art. 26.3.b) RREM cuando tienen en cuenta una residencia habitual para “organizar o planificar sus relaciones patrimoniales”), como resulta del art. 431-7 CCCat, o *régimen legal supletorio*, art. 231-10.2 CCCat, que es el de separación de bienes, y, además, *los posibles pactos en previsión de la ruptura*, que pueden contenerse o no en los capítulos matrimoniales, art. 231-20 CCCat. Pues por el carácter restrictivo que debe darse a las exclusiones, art. 1.2.f) RREM, por no poderse incluir —cuando menos todas sus estipulaciones— dentro del “derecho de transmisión o ajuste entre cónyuges, en caso de divorcio, separación judicial o anulación del matrimonio, de los derechos de pensión de jubilación o de invalidez devengados durante el matrimonio y que no hayan dado lugar a ingresos en forma de pensión durante éste”, lo que implicaría que excluidas estas materias sí podría pactarse sobre otras habituales en estos casos, que, además, se contempla en el Considerando (18), cuando extiende el concepto autónomo de REM a “todos los aspectos [...], también, de] la liquidación del régimen, en particular como consecuencia de la separación de la pareja”; y, además, debe observarse que no se menciona la “separación de hecho”.

Además, del dicho Considerando (18) se extrae que también debe incluir, y por tanto aplicarse, a “todos los aspectos del Derecho civil de los regímenes económico matrimoniales, relacionados con la administración cotidiana del patrimonio matrimonial como con la liquidación del régimen [...] y ha de abarcar no solo las normas imperativas para los cónyuges sino también las normas opcionales que los cónyuges puedan acordar de conformidad con el Derecho aplicable [residencia habitual o nacionalidad,

---

14 Respecto de los pactos sucesorios, sean heredamiento o pacto de atribución particular, incluso aunque estos incluyan la donación de presente (que no es donación por razón del matrimonio, incluso aunque vaya en las mismas capitulaciones matrimoniales), *v.* art. 431-19.1 (heredamiento simple con donación de presente de bienes concretos) y art. 431-29.3 CCCat, que no habla de donación en la transmisión de presente, sino de que se considerará donación. Obvio es decir que, por su misma causa, quedan excluidas de este RREM las donaciones *mortis causa*, arts. 432-1 y ss. CCCat, que se sujetarán al RSE.

al momento de la celebración, según se verá al tratar de los arts. 22 y 26 RREM]”.

Más concreto resulta el art. 27 RREM, que indica que, como mínimo (pues no en vano indica que «entre otras cosas»), se aplicará a: «a) la clasificación de los bienes de uno o ambos cónyuges en diferentes categorías durante la vigencia y después del matrimonio [en el régimen de separación de bienes, supletorio de Catalunya, tiene escasa relevancia (aunque sí se aplicará a la presunción de donación, art. 231-12 CCCat, en cuanto determina la titularidad de uno u otro cónyuge, como el art. 231-12 CCCat, para las cuentas indistintas),<sup>15</sup> si la tiene, desde luego, en los gananciales o regímenes de comunidad]; b) la transferencia de bienes de una categoría a otra [admitida en el art. 231-11 CCCat, en cuanto admite la libertad de contratación entre los cónyuges]; c) la responsabilidad de uno de los cónyuges por las obligaciones y deudas del otro cónyuge [que puede ser relevante para la responsabilidad frente a terceros por razón de los gastos familiares, art. 231-8 CCCat]; d) las facultades, derechos y obligaciones de cualquiera de los cónyuges o de ambos con respecto al patrimonio (como puede ser la responsabilidad por razón de embargos o concursos, art. 231-17 CCCat); e) la disolución del régimen económico matrimonial y el reparto, la distribución o la liquidación del patrimonio (que aunque es más relevante en los gananciales o regímenes de comunidad, también lo puede ser el caso del art. 232-12.2 CCCat, en la posibilidad de formar lotes para adjudicarse los bienes proindiviso matrimoniales; f) los efectos patrimoniales del régimen económico matrimonial sobre la relación jurídica entre uno de los cónyuges y un tercero (que es propio de la legislación hipotecaria, y, además, art. 231-24 CCCat), y g) la validez material de las capitulaciones matrimoniales (tanto en lo personal o capacidad, art. 231-21 CCCat, como en lo formal o inscripción, que exige de forma constitutiva la escritura pública e inscripción, en el Registro Civil, y, además, para los inmuebles, en el Registro de la Propiedad, e incluso para otras relaciones en el Registro Mercantil, si se es comerciante o empresario individual)».

---

15 En esta materia se ha discutido su naturaleza civil o concursal, con la consiguiente preferencia de la normativa civil catalana o la específica legislación concursal, al efecto, SERRANO DE NICOLÁS, Á., “Capítol 14 — Les relacions personals i econòmiques entre els cònjuges, Els capítols matrimonials”, *loc. cit.*, pp. 275-277. Para el ámbito del CC es de interés la STS 497/2008, de 06 de junio de 2008, justo centrada en la discusión sobre qué y cómo deben responder los bienes gananciales, cuando un cónyuge es comerciante y se encuentra en situación concursal.



### 3.1. Aplicación del denominado «régimen económico matrimonial primario» y sus efectos en relación con otras previsiones del propio RREM

Es novedad de este RREM<sup>16</sup> el que expresamente incluye, Cdo. (18), no solo las reglas de «administración cotidiana», sino también «las normas imperativas para los cónyuges» o REM primario. Deja pues de ser ya una cuestión territorial sujeta a sus leyes de policía (a las que ahora se refiere el art. 30 RREM), pero de las que debe excluirse el régimen primario por ser normativa imperativa, o visto de otra forma, el REM primario se aplicará con carácter universal, como deriva del art. 20 RREM; y, además, por su misma previsión en el RREM, y por la misma unidad de la ley aplicable, art. 21 RREM, el «régimen primario» se tendrá que aplicar allí donde se puedan tener bienes —sea o no un Estado miembro o tercer país—, otra cosa es que la normativa primaria o disposiciones generales de un Estado miembro o de un tercer Estado —cuya normativa también puede resultar aplicable, por razón de la antedicha universalidad y de la misma regulación del reenvío, art. 32 RREM— pueda infringir el orden público, art. 31 RREM, sobre todo en materia de administración o disposición de bienes comunes, imponiéndolo a favor del marido (no es, desde luego, el caso del CCCat).

En todo caso, sí conviene *separar* del denominado *REM primario* (aunque el CCCat las regule conjuntamente como *Disposiciones generales y efectos*, art. 231-2 a 231-9 CCCat) lo que son *estrictas cuestiones personales*,<sup>17</sup> no sujetas a este RREM —salvo que indirectamente influyan en lo patrimonial— y entre las que hay que incluir las siguientes disposiciones: art. 231-2 CCCat (sobre las obligaciones de respeto, actuar en interés de la familia, guardarse lealtad, ayudarse y prestarse socorro mutuo, así

16 Como se resalta por la doctrina iusprivatista, por todos y por ser típico del *Code* el denominado régimen primario, REVILLARD, M., *Droit international privé et européen: Pratique notarial*, 9<sup>e</sup> éd., Paris, Defrénois, 2018, p. 331, en la Convención de La Haya, de 2 de octubre de 1973, no se había abordado la cuestión del REM primario, obligatorio y aplicable a todos los regímenes convencionales, justo por su carácter primario e imperativo; aunque sí lo había abordado su jurisprudencia y, en concreto, cita el *arrêt Cass. 1<sup>re</sup> civ. 22 oct. 1985*.

17 Estas se han venido considerando, por ejemplo en Francia, antes del RREM, así REVILLARD, M., *Droit international privé et européen: Pratique notarial*, *cit.*, p. 332, como leyes territoriales, sujetas a las normas de policía; que, desde luego, será la vía para controlar su aplicación también en Catalunya, pues tampoco con el RREM se puede considerar como régimen primario, en los efectos patrimoniales.

como la igualdad de derechos y deberes —aunque esta puede incidir directamente en la gestión o administración patrimonial— o compartir las responsabilidades domésticas, al igual que el art. 231-3 CCCat para fija el domicilio familiar; y, junto a ellas, ahora sí *las estrictamente patrimoniales*, sin duda sujetas al RREM (*cfr.*, para ello, art. 27 RREM), en cuanto *configuradoras del denominado REM primario*, y, que vienen integradas por las resultantes del art. 231-4 (para *la dirección de la familia* en igualdad entre los cónyuges, sin que ninguno se pueda atribuir la representación del otro —salvo las situaciones de urgencia o imposibilidad del otro— y, sin perjuicio de poderse aplicar la gestión de negocios); art. 231-5 (para la regulación de *los gastos familiares, de acuerdo con los usos y el nivel familiar*, que es de observar incluye, art. 231-5.a) CCCat, los alimentos en sentido amplio);<sup>18</sup> art. 231-6 (que contempla *la contribución a los gastos familiares*); art. 231-7 (regulador de los *deberes de información recíproca* sobre la gestión patrimonial que lleve a cabo en relación con los gastos familiares); y, art. 231-8 CCCat (de *responsabilidad por los gastos familiares*), a la disposición de la vivienda familiar, art. 231-9 CCCat, le dedico epígrafe propio *infra*.

Estas normas constituirían el régimen general primario (o conjunto de disposiciones generales) imperativas, por tanto inderogables por los propios cónyuges, cualquiera que sea el régimen aplicable, sea el supletorio —y sea este de comunidad o separación de bienes— o convencional mediante capítulos matrimoniales, y que, además, de no estar contemplado por la legislación del algún Estado, dado su carácter universal y de unidad de la ley aplicable, gozaría en los Estados miembros (o sus unidades territoriales) que sí lo contemplan de la protección propia de las leyes de policía, art. 30, y la especial especificación que hace el Considerando (53) cuando dice que las «leyes de policía» deben «abarcar las normas de carácter imperativo, como las normas de protección de la vivienda familiar. No obstante, esta excepción de la ley aplicable al régimen económico matrimonial habrá de interpretarse en sentido estricto, para que pueda seguir siendo compatible con el objetivo general del presente Reglamento», de esto se deriva que todo residente habitual en Catalunya —sea del Estado que sea, miembro o tercero— se verá sujeto a esta normativa como régimen primario o a través de las leyes de policía.

---

18 Obligaciones de alimentos que deberá armonizarse con el art. 1.2.c) RREM, que conforme al Considerando (22), aunque este se limita a los alimentos entre cónyuges, se excluyen del propio RREM, y deben quedar sujetos al Reglamento (CE) nº 4/2009.

### **3.2. Régimen de aplicabilidad territorial o no de la vivienda familiar**

La regulación de la legitimación para la disposición de la vivienda familiar, forma parte del régimen económico matrimonial primario, y, así, el art. 231-9.1 CCCat expresamente indica que se deberá observar cualquiera que sea el régimen económico matrimonial aplicable.<sup>19</sup> Lo que supone que no va unido al régimen, ni a que sea supletorio o convencional, por tanto, es indiferente que sea de separación o comunidad, pero no es indiferente la residencia o nacionalidad de uno o de ambos cónyuges, pues no puede olvidarse que el art. 47 CE'78 comienza con un «(t)odos los españoles ...», no es pues un derecho atribuible a cualquier persona por el hecho de serlo. A lo que se acaba de decir, se suma que, conforme al Considerando (53) RREM, encuentra también su protección en las denominadas «leyes de policía» —art. 30 RREM— que expresamente se indica que abarcan «las normas de protección de la vivienda familiar». Lo importante será pues determinar cuándo es o no tal vivienda familiar, y, así, cabe pensar en ciudadanos de Estados miembros o no, pero a los que se les aplica el RREM, por razón de la residencia habitual, e incluso por la ubicación del mismo bien inmueble, cuando parte de la familia está aquí y otra en el tercer Estado no miembro. No será el caso de que, estando sujetos por razón de la residencia habitual al RREM, pueda considerarse como vivienda habitual la radicada en un Estado no miembro, pues incluso aunque con mínimo tiempo de residencia se debería considerar como tal la que se adquiere para que sea la vivienda familiar en el Estado miembro de residencia habitual.

### **3.3. Efectos frente a terceros del régimen económico matrimonial**

Para los efectos patrimoniales del RREM —así como para la legitimación para disponer o administrar los bienes de los cónyuges, singularmente la vivienda habitual— se necesita conocer a quién se considera por tercero en el RREM (al efecto de cotejar si coincide con nuestro Derecho positivo); y, además, cómo puede o deber quedar protegido, al efecto no se indica quién es tercero, por lo que debe considerarse a todo el

---

19 Más ampliamente en SERRANO DE NICOLÁS, Á., «Capítol 14 — Les relacions personals i econòmiques entre els cònjuges, Els capítols matrimonials», *loc. cit.*, pp. 260-263.

que no es parte y entra en relación con alguno de los cónyuges [sea para adquirir bien de alguno o ambos —problemas de legitimación dispositiva o de administración, no en vano el RREM también se aplica a la gestión o administración ordinaria, Cdo. (18) RREM] en relación al patrimonio de uno o ambos, y así, el art. 28 RREM precisa que: « 1. No obstante lo dispuesto en el artículo 27, letra f), la ley aplicable al régimen económico matrimonial entre los cónyuges no podrá ser invocada por uno de los cónyuges frente a un tercero en un litigio entre el tercero y cualquiera de los cónyuges o ambos, salvo que el tercero conociera o, actuando con la debida diligencia, debiera haber tenido conocimiento de dicha ley [que entiendo implica que le será oponible lo publicado por los registros jurídicos, como lo son el de la Propiedad y Mercantil, pero, además, también cuando se le oponga la escritura pública de capítulos matrimoniales, aún sin inscribir, pues no podrá alegar ni buena fe, ni el no haber podido conocer]. / 2. Se considerará que el tercero conoce la ley aplicable al régimen económico matrimonial, si: / a) dicha ley es: / i) la ley del Estado aplicable a la transacción entre uno de los cónyuges y el tercero [por tanto, cuando el CCCat sea el determinante de la legitimación para disponer por uno o ambos cónyuges], / ii) la ley del Estado en el que el cónyuge contratante y el tercero tengan su residencia habitual [cabe repetir lo antes dicho, pero cuando ahora el Derecho civil catalán sea aplicable por razón de la residencia habitual de ambos, es decir, cónyuge contratante y tercero, no cuando solo lo sea uno de ellos], o / iii) en el caso de los bienes inmuebles, la ley del Estado en el que se halle el bien [aquí en razón de la *lex rei sitae*], o / b) cualquiera de los cónyuges hubiera cumplido con los requisitos para la divulgación o el registro del régimen económico matrimonial especificados por: / i) la ley del Estado aplicable a la transacción entre uno de los cónyuges y el tercero [en Cataluña, y por razón de la legislación estatal aplicable, no bastará con inscribir en el Registro Civil, o incluso en el Mercantil, de ser comerciante, sino que es también imperativo hacerlo en el Registro de la Propiedad, para que sea oponible *erga omnes*],<sup>20</sup> / ii) la ley del Estado en el que el cónyuge contratante y el tercero tengan su residencia habitual [lo dicho para el

---

20 La coordinación entre estos tres registros jurídicos, todos con eficacia *erga omnes*, pero en que dependiendo del sujeto —sea o no comerciante— y del bien —sea o no inmueble y registrado o no— deberá inscribirse en el Registro de la Propiedad para gozar de la consiguiente publicidad, al efecto, SERRANO DE NICOLÁS, Á., “Repercusiones notariales y registrales del Derecho de familia”, en C. Villagrasa Alcaide (coord.), *Derecho de familia*, Barcelona, Bosch, 2011, pp. 514-515, y STS de 6 de junio de 1994 y RDGRN de 5 de julio de 1995.

apartado anterior cuando por razón de este punto de conexión resulte aplicable la legislación catalana, que es la estatal] , o / iii) en el caso de los bienes inmuebles, la ley del Estado en el que se halle el bien [*lex rei sitae*, cuando el bien inmueble esté en Cataluña]. / 3. En el caso de que la ley aplicable al régimen económico matrimonial no pueda ser invocada por uno de los cónyuges ante un tercero de conformidad con el apartado 1, los efectos del régimen económico matrimonial frente a dicho tercero se regirán: / a) por la ley del Estado aplicable a la transacción entre uno de los cónyuges y el tercero, o / b) en el caso de los bienes inmuebles o de los bienes o derechos registrados, por la ley del Estado en el que se halle el bien inmueble o en el que estén registrados los bienes o derechos [no dejan de ser otros puntos de conexión que dándose pueden dar lugar a la aplicación de la legislación catalana, en esencia la estatal por ser la que regula los instrumentos públicos —que no su contenido— y los Registros]».

### 3.4. Relevancia de las materias excluidas

Las materias excluidas las justifica el Considerando (19) en «aras a la claridad», pero subordinándolas a que, de no hacerse, «podrían considerarse relacionadas con el régimen económico matrimonial», pero justo por ello, por no serlo —aunque se les pueda considerar relacionadas— yo no están ni siquiera sujetas al RREM; y, en concreto, al comienzo de su articulado, art. 1.2 RREM, dice, expresamente (en un clásico de estos últimos reglamentos europeos),<sup>21</sup> que: «2. Quedan excluidos del ámbito de aplicación del presente Reglamento: / a) la capacidad jurídica de los cónyuges [en verdad, y cabe entenderlo como un error de traducción o concepto, *la capacidad de obrar o legitimación de los cónyuges*, pues parece que a lo que quiere referirse es a la capacidad de actuar válidamente, o capacidad sin adjetivar a que se refiere el art. 231-21 CCCat, para los capítulos matrimoniales]; / b) la existencia, validez y reconocimiento del matrimonio [otra cosa será que como base fáctica sobre la que actuar el REM pueda verse afectado por las leyes de policía de cada Estado miembro o tercero, para no reconocer ciertos matrimonios]; / c) las obligaciones de alimentos [que regulado en su propio reglamento, al efecto Cdo. (22), no debe confundirse con ciertas prestaciones derivadas de la ruptura matrimonial, pues cabe distinguir

---

21 Puede cotejarse por su manifiesta relación el RSE, art. 1.2, letras a) a l) RSE.

entre alimentos legales, a favor también de padres, hijos, etc., y, frente a ello, la prestación alimenticia o compensatoria;<sup>22</sup> / d) la sucesión por causa de muerte de uno de los cónyuges [materia regulada por el RSE, aquí el problema será de coordinación entre estos dos reglamentos, al efecto, ya está la STJUE (Sala Segunda) de 1 de marzo de 2018, Asunto C558/16 Mahnkopf];<sup>23</sup> / e) la seguridad social [o prestación pública, diferente como ya se ha visto de pensiones o prestaciones derivados de contratos con aseguradoras o mutuas]; / f) el derecho de transmisión o ajuste entre los cónyuges, en caso de divorcio, separación judicial o anulación del matrimonio, de los derechos de pensión de jubilación o de invalidez devengados durante el matrimonio y que no hayan dado lugar a ingresos en forma de pensión durante este; / g) la naturaleza de los derechos reales sobre un bien [no distingue entre muebles e inmuebles, a estos últimos se dedica su propio apartado *supra*, conviniendo destacar aquí, otra vez, la expresa mención a que no haya dado lugar a “ingresos en forma de pensión” durante el matrimonio], y / h) cualquier inscripción en un registro de derechos sobre bienes muebles o inmuebles, incluidos los requisitos legales para llevarla a cabo, y los efectos de la inscripción o de la omisión de la inscripción de tales derechos en un registro [a lo que me he referido al tratar de la oponibilidad resultante de la propia escritura pública, y, desde luego, la eficacia, publicidad y legitimación resultante de nuestros registros jurídicos, como lo son el Civil, de la Propiedad y Mercantil]».

No se mencionan,<sup>24</sup> frente a la proposición de reglamento de 16 de marzo de 2011, *las liberalidades entre esposos*, no las contenidas en capítulos matrimoniales o con ocasión del matrimonio que, como ya se ha indicado *supra*, sí están sujetas a este RREM; tampoco pueden considerarse todas incluidas en el RSE, así debe distinguirse: unas, que sí lo estarán, como las donaciones *mortis causa* (por ser su causa justo la muerte y serle de esencia la revocabilidad, *cfr.* art. 432-5.a) CCCat) o, también, las que se contengan en pactos sucesorios, a las que ya

---

22 Para las parejas estables la ya citada STS de 15 de enero de 2018 precisa que igual que sí se ha admitido la pensión de viudedad para las parejas estables «esto no se ha producido con la pensión compensatoria».

23 Incidentalmente ya me referí a los problemas que podrían dar los arts. 231-15 a 231-18, y el art. 231-19.1 CCCat, así como el parágrafo 1371 BGB, para entender que en estos casos el REM sí influye en el aspecto sucesorio y, por tanto, no puede desconocerse.

24 Al efecto, REVILLARD, M., *Droit international privé et européen: Pratique notarial, cit.*, p. 333.

me he referido; otras, sin embargo, no participan del sentido que se quiere para el RSE (al margen de efectos, desde luego, no irrelevantes, como su imputación o colación), ni necesariamente tampoco tienen que encuadrarse en este RREM (por no afectar a sus efectos patrimoniales), así, las donaciones *inter vivos* (incluso con efectos *post mortem*), que no serán sino una manifestación de la libertad de contratación entre los cónyuges, y, tampoco las liberalidades con efectos *trans mortem* —aunque sí pueden, en algunos supuestos, ser donaciones indirectas (tal que seguros de prima única, ciertas fundaciones por su forma de estar dotadas, etc.), con sus consiguientes efectos sucesorios—, estas *trans mortem* por su propio concepto son revocables, pueden incluirse entre las mismas las estipulaciones a favor de tercero (que puede ser uno de los cónyuges, al haberlo contratado el otro con una aseguradora o entidad financiera).

#### 4. UNIVERSALIDAD Y UNIDAD DE LA LEY APLICABLE: ADAPTACIÓN DE LOS DERECHOS REALES

Como es propio también del RSE (art. 20), *en este RREM se predica su universalidad*, art. 20 RREM, por lo que puede resultar aplicable un derecho extranjero de Estado no miembro, sea o no integrante de la UE (al ser un reglamento de cooperación reforzada); y, además, *su unidad*, art. 21 RREM, por lo que determinada su aplicación —a lo que me refiero en el epígrafe siguiente— lo será a todos los efectos patrimoniales y bienes de los cónyuges cualquiera que sea el Estado en que se encuentren, y de esto resulta la dificultad de adaptación de los derechos reales (art. 29 RREM).

Dentro de los derechos reales,<sup>25</sup> deben diferenciarse los dos forales —que pueden presentar problemas con el RSE— como son los usufructos aragonés y navarro,<sup>26</sup> que en sí deberán sujetarse a este RREM por tener su causa en el mismo matrimonio, y, diferentes los derechos reales que

---

25 Me remito, por su identidad, a lo que decía en SERRANO DE NICOLÁS, Á., «Reglamento (UE) 650/2012: Aspectos transfronterizos, anticipatorios, de adaptación de los derechos reales y de régimen económico matrimonial», en E. Ginebra Molins y J. Tarabal Bosch (dirs.) *El reglamento (UE) 650/2012: Su impacto en las sucesiones transfronterizas*, Madrid [et al.], Marcial Pons, 2016, pp. 40-51.

26 SERRANO DE NICOLÁS, Á., «Reglamento (UE) 650/2012: Aspectos transfronterizos, anticipatorios, de adaptación de los derechos reales y de régimen económico matrimonial», *loc. cit.*, pp. 51-54.

puedan invocarse «en virtud de la ley aplicable al régimen económico matrimonial», que cómo se ha referido podría ser el derecho de uso que atribuye el «any de vidüitat» del art. 231-31 CCCat.

Además, resultan de utilidad, para la interpretación de este RREM, junto al Considerando (25), singularmente el Considerando (26), al permitir distinguir entre derechos reales de una misma tipología y naturaleza, aunque puedan tener más o menos efectos y duración, frente a los «derechos reales desconocidos explícitamente», tal que si se desconoce el usufructo por atribuir el derecho a los frutos al comodato (Japón), o se logran los efectos del usufructo con facultad de disposición mediante un préstamo en que se tienen que devolver no la misma cosa sino el *tantundem*. En estos casos también, no obstante el explícito desconocimiento, se deben buscar «otras formas de adaptación en el contexto de aplicación del presente Reglamento», sin duda que frente al RSE aquí son menos, cuando menos desde la óptica del CCCat, los derechos que pueden presentar problemas, salvo en lo que es la forma de titularidad de los cónyuges, plena o limitada.

## 5. VECINDAD CIVIL CATALANA, RESIDENCIA HABITUAL, ELECCIÓN DE LEY Y APLICACIÓN DEL DERECHO CIVIL CATALÁN

La determinación de a quién se le aplica el CCCat viene determinado por el sistema interregional español (respetado por el art. 35 RREM y REPUR), y, junto a ello, los arts. 33 RREM y REPUR concretan que, en los Estados con diversos regímenes jurídicos, «las normas internas en materia de conflicto de leyes de dicho Estado determinarán la unidad territorial pertinente cuyas normas serán de aplicación», con normas supletorias para el caso de que no las haya, lo que no sucede para los regímenes económico matrimoniales; pero, sin embargo, por no haber ley estatal, ni tampoco tener todas las Comunidades Autónomas competencias en materia civil,<sup>27</sup> *sí se plantearán problemas para las uniones registradas*, dado que cabría ser uno de los integrantes catalán y no otro, o incluso estar

---

27 No obstante, para Madrid —como ejemplo de Comunidad Autónoma sin competencia en materia civil— STC 81/2013, de 11 de abril de 2013 y, para Navarra, STC 93/2013, 23 de abril de 2013, en este caso Comunidad Autónoma con competencia civil.



registradas —en el registro administrativo catalán— sin serlo ninguno,<sup>28</sup> lo que en sí ya plantea el problema —para las parejas estables y uniones registradas— de si la solución será con normativa de *carácter familiar* (aunque para constituir una familia no se necesite ni del matrimonio, ni tampoco de una unión estable, registrada o no, *cfr.*, al efecto, art. 231-1.1 CCCat) o meramente de *carácter contractual*, lo que parece lo más apropiado, singularmente para su constitución y pactos sobre el régimen patrimonial, sin perjuicio de que de la misma pueda surgir una familia —que no un cuasi matrimonio— y, en consecuencia, se le apliquen las reglas o normas imperativas que en cada caso resulten procedentes.<sup>29</sup>

### **5.1. Reglas de derecho interregional español para el régimen económico matrimonial e inexistencia para las parejas estables o uniones registradas**

A la pareja o unión estable no se refiere el art. 9.2 CC español, este *habla en exclusiva del matrimonio, y las parejas no lo son*, y menos puede equiparárseles ahora que España también admite el matrimonio homosexual, pues justo lo excluyen sujetándose a otro modo de

---

28 Al efecto, es de interés la STSJ Castilla-León, Con/ADValladolid, 00446 /2017, de 10 de abril (Roj: STSJ CL 1494/2017 — ECLI: ES:TSJCL:2017:1494), en que no exige permiso de residencia.

29 Ciertamente que el CCCat las regula en su Libro II, arts. 234-1 a 234-14 CCCat, con remisiones incluso a lo que es propio del matrimonio, art. 234-3.3 para las adquisiciones con pacto de sobrevivencia o art. 234-5 para los pactos en previsión del cese en la convivencia, incluso en materia de vivienda familiar, art. 234-3.2 CCCat, pero si bien se observa aquí lo que se protege es el aspecto familiar, no que se asimile o no al matrimonio, y, más en concreto, el aspecto contractual resulta del art. 234-3.1 CCCat cuando expresamente señala que sus relaciones —sin referirlo o no expresamente a las patrimoniales, aunque son las más propias— se sujetarán a los pactos de los convivientes, eso sí mientras dure la convivencia, pues extinguida o cesada la convivencia, sí impone ciertas normas, pero, una vez más, no tanto por asimilarse al matrimonio, sino por existir una familia, así art. 234-7 CCCat para el ejercicio de la guarda de los hijos y las relaciones personales; familiar tiene que ser la vivienda que contempla el art. 234-8 CCCat, y derivadas de la misma convivencia, la compensación económica por razón del trabajo, art. 234-9 CCCat o la prestación alimenticia, arts. 234-10 a 234-13 CCCat, y, finalmente, también le reconoce derechos viduales familiares (obsérvese que no matrimoniales), art. 234-14 CCCat, con remisión a los arts. 231-30 y 231-31 CCCat.

convivencia;<sup>30</sup> *tampoco se trata de ningún estado civil, por lo que tampoco es aplicable el art. 9.1 CC español; ni tampoco cabe pactar capítulos matrimoniales, cfr. art. 9.3 CC español, por no ser matrimonio (como ha reiterado la RDGRN de 7 de febrero de 2013, que no admite se aplique a una pareja de hecho el régimen supletorio de gananciales), aunque sí podrán pactarse acuerdos similares al REM, incluso en Cataluña algo asimilable al de gananciales (aunque está el régimen voluntario de comunidad de bienes matrimonial, arts. 232-30 a 232-38 CCCat, de prácticamente nula aplicación práctica).* Al no ser matrimonio tendrán libertad de pacto, eso sí dentro de los límites propios derivados de la igualdad de ambos pactantes, lo que no excluye pactos específicos como la solidaridad en la gestión frente a la actuación conjunta, reforzamiento de responsabilidad al contraer deudas, pero no cabrá alterar el régimen de responsabilidad por razón de deudas, etc. En suma, para las parejas registradas —concepto también problemático como se verá— habrá que estar a la autonomía privada de las partes, siendo —como se va a precisar— irrelevante, el lugar de registro de la propia unión registrada, a los efectos del art. 33 REPUR.

## **5.2. Elección voluntaria de la ley aplicable en el RREM y en el REPUR**

La falta de una regulación uniforme o general de las parejas estables o uniones registradas ha llevado a encarar el problema con regulaciones autonómicas, al margen de que tengan o no competencia en materia civil, y por ello con muy distintas soluciones. Esta falta una regulación de las parejas estables o uniones registradas en el Derecho estatal conlleva que no haya reglas generales que solucionen la aplicación de los diversos posibles regímenes jurídicos autonómicos de las parejas estables o uniones registradas, por lo que, en consecuencia, sí será aplicable el art. 33.2 REPUR, pues ya el mismo parte de que es una pareja registrada, por lo

---

30 Al efecto, MARTÍN CASALS, M., “El derecho a la ‘convivencia anómica en pareja’: ¿Un nuevo derecho fundamental?. Comentario general a la STC de 23.4.2013 (RTC 2013/93)”, *InDret*, julio 2013, pp. 1-43 (consultable en: <http://www.indret.com/pdf/990.pdf>). Y obviamente nada tiene que ver, aunque también haya convivencia pero no se registran, las relaciones convivenciales de ayuda mutua, arts. 240-1 a 240-7 CCCat, pues se trata de relaciones de simple amistad o compañía que conviven en una misma vivienda habitual, con voluntad de permanencia y para ayudarse en los gastos comunes, trabajo doméstico o en ambas cosas.

que el registro no puede ser lo determinante como solución imperativa, de ahí la previsión del art. 26 de ambos reglamentos; y, en consecuencia, y con pleno respeto a lo que hayan podido pactar -salvo que sea contrario *al orden público* (*ordre public*, art. 31 REPUR, tales que pactos contrarios a la dignidad personal, discriminatorios para uno por razón de género, etc., pues tiene que ser manifiestamente incompatibles) o, más difícilmente, a *las leyes de policía*, art. 30 REPUR (aunque también podría afectar en cuestiones sociales o económicas, art. 30.2)- *se deberá estar a la residencia habitual de la pareja*, al margen de lugar en que se haya podido registrar, art. 33.2 .a) REPUR, por lo que, también, podrá ser aplicable por esta vía el CCCat.

Para la residencia habitual -art. 33.2 .a) REPUR- no debería haber problema, aunque no haya para las mismas un art. 231-3 CCCat —sobre domicilio familiar— ni les sea tampoco aplicable la obligación de vivir juntos del art. 68 CC español, pues por definición no son cónyuges. Aunque sí podrán pactar, siempre que no sea contrario a la apariencia jurídica, un concreto domicilio familiar de la pareja o unión registrada.

La residencia habitual es determinante pues, como se ha señalado,<sup>31</sup> reducirlo exclusivamente a los nacionales de la UE sería reductor, por tanto, el RREM será aplicable a los nacionales de los Estados miembros y, también, a los no nacionales de estos Estados miembros que tengan en ellos su residencia habitual o en los mismos posean bienes. El REPUR lo será, en cuanto a sus efectos matrimoniales o patrimoniales, a los residentes o nacionales de la UE y posean bienes en un tercer Estado.

Para *la nacionalidad* —art. 33.2.b) REPUR— deberá estarse a la vecindad civil, determinante de la aplicación del CCCat, debiéndose observar que sí será posible que dos extranjeros, de igual o distinta nacionalidad o incluso catalán con extranjero, se sometan a la regulación del CCCat y se inscriban en su registro administrativo, pero en tanto sean extranjeros no tendrán, ni nacionalidad española, ni tampoco vecindad civil catalana. Aquí conviene tener presente que el art. 32 REPUR excluye el reenvío, por lo que dado su *carácter universal*, art. 20 REPUR, serán aplicables la ley del Estado de remisión, «distintas de las normas de Derecho internacional privado». Siendo de observar que ni siquiera en la propia Unión Europea están admitidas las uniones estables y menos las

---

31 Por todos, REVILLARD, M., *Droit international privé et européen: Pratique notarial*, cit., p. 329.

homosexuales, pero si están reconocidas por el Estado de constitución sí deberán admitirse sus efectos.

Como regla de cierre, art. 33.2.c) REPUR, se contemplan «otros elementos que sean puntos de conexión».

Tanto el art. 22 RREM como el mismo art. 22 REPUR contemplan la posibilidad de la elección de la ley aplicable, con la singularidad de que aunque en general los artículos son coincidentes en ambos Reglamentos, justo en este caso el art. 22.1.c) REPUR contempla para las uniones registradas, como un supuesto más, «*la ley del Estado conforme a cuya ley se haya creado la unión registrada*», aquí Estado habrá de sustituirse por unidad territorial, en concreto, el CCCat y su registro administrativo, pues no son pocas las uniones registradas por extranjeros residentes en Cataluña sin que ninguno de ellos sea catalán por ser ambos extranjeros. Junto a este supuesto concreto para las uniones registradas, tanto para el RREM como para el REPUR, tanto los cónyuges o los futuros cónyuges, como los integrantes o futuros de la unión pueden «designar o cambiar» la ley aplicable, con un inciso inicial diferente para las uniones registradas —justo porque a diferencia del matrimonio no hay ni mucho menos un reconocimiento universalizado— y, en consecuencia, para esa elección les exige que la «ley atribuya efectos patrimoniales a la institución de la unión registrada», pues no será infrecuente, tanto para nacionales de la propia UE —de ahí que no sea un mismo reglamento— como para los de un tercer Estado no miembro de la UE, que por ser residentes en la UE —en concreto en Catalunya— la puedan formalizar pero que en dicho tercer Estado no se les reconozca ningún efecto patrimonial (incluso ni su misma existencia), por tanto, podría contraerse con la generosidad reconocida por el CCCat pero que plantee problemas sucesorios, patrimoniales durante la convivencia o de pensiones de viudedad fuera del ámbito de la unidad territorial en que sí se reconoce su existencia e incluso sus efectos patrimoniales (basta acudir al mismo CC español, que no contempla la parejas estables o uniones registradas).

Conviene también resaltar —singularmente para las uniones registradas, por la ya dicha generosidad del art. 234-2 CCCat— que basta que sea solo uno, art. 22.1.a) REPUR e igual en el RREM, sea de residencia habitual en Catalunya, «en el momento de celebración del acuerdo», lo que será relevante para cuando ambos sean extranjeros

o no catalanes, y únicamente uno ya tenga su residencia habitual en Catalunya, cosa distinta será que cuando ciertos derechos vayan vinculados a la ley personal, no obstante, que sí se reconozca la unión registrada, sin embargo, no se les reconozcan dichos efectos por no derivar de la residencia habitual sino de la ley personal, aunque aquí y por el elemento de extranjería deberá estarse al art. 22 RSE, que exigirá una planificación sucesoria *ab initio* o en un momento posterior. También podrán elegir la de la ley nacional de cualquiera de ellos, art. 22.1.b) RREM y REPUR, para las uniones registradas con el problema ya señalado de su limitado reconocimiento internacional —singularmente las homosexuales— por lo que de nada valdrá elegir una que no reconozca efecto alguno y de ahí la previsión de la letra c), art. 22.1 REPUR.

Las otras dos previsiones de ambos arts. 22.2 y 3 REEM y REPUR no presentan mayor problema como será la posibilidad de atribuir — caso de cambio de la ley aplicable— no solo efectos de futuro (que es la regla general si nada se dice), sino también la posibilidad de que lo sea de pasado, pero, desde luego, sin que ello pueda afectar negativamente a terceros, en cuanto a derechos derivados de la ley que era aplicable, en España y Catalunya habrá que estar a la legislación hipotecaria e incluso en cuanto puedan ser comerciantes al Registro Mercantil, arts. 6 y ss. CCom.

### **5.3. Aplicación del CCCat en defecto de elección de Ley aplicable por las partes, y unidad de la ley aplicable**

Los correspondientes arts. 26 de ambos reglamentos (RREM y REPUR) contemplan la ley que resultará aplicable en defecto de elección por las partes, conforme a lo que se acaba de decir del art. 22, y la dificultad que pueden presentar las parejas estables o uniones registradas por falta de una regulación uniforme o general en el derecho estatal.

Para ello conviene concretar —antes de determinar la ley aplicable a falta de elección, con la forma de determinar que no se ha dado el consentimiento por alguno fijada en el art. 24.2 RREM y REPUR— que podrá optarse, conforme a ambos reglamentos:

- a) Por la ley del Estado (en España tendrá que ser de una unidad territorial, que sería lo que daría lugar a la aplicación del CCCat)

en razón de *la residencia habitual o de la nacionalidad*, en ambos casos de uno o ambos y —para ambos reglamentos— del momento de celebración del acuerdo, que será con la escritura pública, art. 234-1.c) CCCat, para la unión registrada (o pareja estable) y para los capítulos matrimoniales, art. 231-22.1 CCCat; y, además,

- b) Para la unión registrada, art. 22.1.c) REPUR (que falta para el RREM) se añade un tercer supuesto, pues puede ser también la del Estado (o unidad territorial) conforme a cuya ley (tal que el propio CCCat) se haya creado la unión registrada, que podrá ser la escritura pública, pero también los otros requisitos de este mismo artículo, en que por su duración en el tiempo (dos años ininterrumpidos o que nazca un hijo común durante la convivencia, art. 234-1.a) y b) CCCat) puede llevar a que se tenga que acudir a otros elementos de conexión, dado que podrá haber más de una ley, durante los dos años ininterrumpidos, y para el nacimiento debería entenderse que es donde hayan estado conviviendo, por lo que la no sería, si convivían en otro lugar, la del nacimiento ocasional, tal que desplazamiento para dar a luz o imprevisto durante viaje, etc., en que debería atenderse a la convivencia, y pudiendo ser la de más de un lugar —o unidad territorial o Estado— al criterio residual del art. 33.2.c) de ambos reglamentos RREM y REPUR que permiten otros puntos de conexión, o sea el cúmulo de circunstancias que permitan concretar una mayor conexión con una unidad territorial o Estado u otra.

Y a falta de esa elección se tendrá que acudir en ambos reglamentos a las previsiones de su art. 26 RREM y REPUR, que presentan —como una de las escasas excepciones— alguna notable diferencia, así:

- a) Para la aplicación del art. 26 RREM, se determina con preferencia, 1º.- *la residencia habitual común de los cónyuges* (por lo que de ser en Catalunya se aplicará el CCCat, con indiferencia de su nacionalidad o vecindad); en su defecto, 2º.- *la nacionalidad común de los cónyuges* en el momento de la celebración del matrimonio (que de tener la misma vecindad civil catalana ambos será el CCCat, pues como precisa el art. 26.2 RREM de tener más de una nacionalidad, lo mismo debe entenderse para vecindad civil, por razón del art. 33.2.b) RREM, solo se aplicará el criterio de la residencia habitual o la conexión más estrecha); y, en defecto de los dos anteriores, 3º con «*la que los cónyuges tengan la conexión más*

*estrecha en el momento de la celebración del matrimonio, teniendo en cuenta todas las circunstancias».*

Se contempla en el art. 26.3 RREM, pero, como comienza indicando, «A modo de excepción y a instancia de cualquiera de los cónyuges ...», la posibilidad, pero únicamente —y como excepción no interpretable analógicamente ni de forma extensiva— para el supuesto de la residencia habitual (apartado 1, letra a) que la autoridad judicial competente pueda «decidir que la ley de un Estado distinto del Estado cuya ley sea aplicable en [... en razón de la residencia habitual], regirá el régimen económico matrimonial si el demandante demuestra que [... que en ese otro Estado se ha tenido la residencia habitual por] un período considerablemente más largo [lo que también podría determinar la aplicación del CCCat, por mayor vinculación con Catalunya, o cuando se haya tomado la] ley de ese otro Estado para organizar o planificar sus relaciones patrimoniales», que cabe entender no tienen que referirse exclusivamente a las matrimoniales, durante o tras la ruptura,<sup>32</sup> sino incluso las sucesorias, lo que puede facilitar incluso la coordinación con el RSE. Pero no acaba aquí la excepción, sino que su aplicación —y a salvo que los dos cónyuges estén de acuerdo— solo «surte efecto a partir del establecimiento de la última residencia habitual común en dicho Estado [que no era el inicial de la residencia habitual], con la limitación de que esta nueva ley de residencia habitual “no afectará negativamente a los derechos de terceros derivados de la ley aplicable en virtud [de la residencia habitual inicial]; y como elemento excluyente de esta excepción, y dada la voluntad de ambos por existir capítulos, en el art. 26.3 último párrafo RREM se precisa que no se aplicará la excepción cuando se hayan otorgado capítulos matrimoniales —no se requiere que estén inscritos, salvo que haya simulación, lo que es posible, como para el derecho interno contempla la STS de 1 de julio de 2013 (Roj: STS 3602/2013 - ECLI: ES:TS:2013:3602)— cuando se “hayan celebrado capítulos matrimoniales con anterioridad al

---

32 *Vid.*, también, *Cass. 1re civ.*, 8 juin 2016, n° 16-40.017 para los requisitos imprescindibles en orden a la fecha a partir de la que entran en vigor los pactos capitulares, en cuanto pueden encubrir un fraude. En nuestra jurisprudencia interesa la STS de 20 de diciembre de 2016 (Roj: STS 5524/2016 - ECLI:ES:TS:2016:5524), que trata sobre la «Determinación de la legislación aplicable entre el Código de Familia de Cataluña y el Código Civil francés. Efectos del matrimonio y situaciones de crisis matrimonial. Doctrina y jurisprudencia aplicable».

establecimiento de su última residencia habitual común en ese otro Estado».

- b) Para la aplicación del art. 26 REPUR, se parte de otras reglas, así el número 1 del art. 26 RREM con sus tres letras se reduce a *un solo supuesto* y es que a falta de ley aplicable conforme a su art. 22, «la ley aplicable a los efectos patrimoniales de la unión registrada será la ley del Estado conforme a cuya ley se haya creado la unión registrada», que de hacerse mediante escritura pública no ofrecerá problemas. *Las excepciones* también únicamente son dos, pues no se contempla la nacionalidad común, sino simplemente la residencia habitual más prolongada en otro Estado del que se creó o la del Estado en cuya ley se basaron para organizar o planificar sus relaciones patrimoniales, que en Catalunya puede tener considerable interés, desde el momento en que se admite que también las parejas estables puedan otorgar pactos sucesorios, art. 431-2.b) CCCat. Con la posible oposición de uno de los integrantes de la unión registrada a que se aplique la ley de ese otro Estado, en cuyo caso se reduce al momento de la residencia habitual en el nuevo Estado y sin posibilidad, como en el RREM, de afectar negativamente a los terceros y sin que dicho apartado 2 del art. 26 REPUR pueda aplicarse cuando se «hayan celebrado capitulaciones con anterioridad al establecimiento de su última residencia común en dicho Estado», aquí, y como ya se ha dicho, no se contemplan propiamente los capítulos de las parejas estables, pero el CCCat, art. 234-3, sí contempla los pactos —que equivaldrían a los capítulos— para regular la convivencia y, desde luego, su extinción, art. 234-5 CCCat.

## 6. CONCLUSIÓN

De cuanto ya se ha ido aseverando al hilo de la propia exposición interesa concluir que igual que el RREM no presentará más problemas que los propios de su interpretación, que de seguro los habrá y, singularmente, en su posible colisión con el RSE, tal que en lo que es liquidación del mismo; sin embargo, el REPUR podría presentarlos tanto en igual sentido de interpretación normativa como, además, en si caben o no dentro de su ámbito de aplicación las parejas de hecho catalanas, al efecto, y como se ha expuesto deben admitirse en tanto estén registradas, pues en ningún



caso exige ni que el registro tenga que ser civil, o con eficacia *erga omnes*, ni tampoco excluye que sea solo —y para algunos aspectos concretos— obligatoria la inscripción, que no siempre y necesariamente tenga que ser constitutiva la inscripción.

est

ord

es

es

# Els aliments als fills: fonament i abast de l'obligació\*

JORDI RIBOT IGUALADA

## SUMARI

1. INTRODUCCIÓ. 2. FONAMENT DE L'OBLIGACIÓ PATERNO-FILIAL D'ALIMENTS. 3. ABAST DE LES OBLIGACIONS LEGALS DELS PROGENITORS. 3.1. *La importància de la sistemàtica legal.* 3.2. *Elements de l'obligació d'aliments dels progenitors.*

## 1. INTRODUCCIÓ

1. L'objecte d'aquest treball és l'anàlisi del fonament i l'abast de les obligacions d'aliments que la llei assigna a la persona a qui atribueix la condició de *pare o mare* envers els seus fills.<sup>1</sup>

Revisar el fonament de l'obligació paterna/materna d'aliments i projectar-ne les conseqüències sobre el com, el quant i el fins quan es deuen, és una manera de contribuir a evitar que domini el debat una

---

\* Aquest treball s'insereix en les activitats del grup de recerca consolidat «Dret Privat Comparat: Fonaments i Anàlisi» (2017 SGR 61) de la Universitat de Girona.

1 No entro, per tant, en el debat previ sobre qui és mare o pare, encara que això condiona, és clar, per què se li adjudica, si escau, l'obligació d'aliments envers els fills (en aquest sentit, David Archard, «The Obligations and Responsibilities of Parenthood», a D. Archard, D. Benatar, *Procreation & Parenthood. The Ethics of Bearing and Rearing Children*, Oxford: OUP, 2010, p. 103-127, que també centra el tema en el fonament de la responsabilitat de *ser pare o mare* en relació amb les circumstàncies de la procreació de la persona, deixant de banda les obligacions que poden derivar d'*actuar com a pare o mare*). El debat internacional actual apunta a la possibilitat de superar la limitació a dues de les persones que es poden qualificar de pares o mares, amb la conseqüència d'assignar en cada nivell diferents deures i prerrogatives (Jens M. Scherpe, *The Present and Future of European Family Law*, vol. 4, Cheltenham: Elgar, 2016, p. 112-119; amb anterioritat, Andrew Bainham, «Parentage, Parenthood and Parental Responsibility: Subtle, Elusive Yet Important Distinctions», a A. Bainham, S. Day Sclater, M. Richards (eds.), *What is a parent?: A socio-legal analysis*, Oxford: Hart, 1999, p. 25-46).

visió esbiaixada, poc atent als interessos en joc i als valors pels que la llei ha de vetllar. És un fet que entre nosaltres el debat professional roman ancorat en els elements institucionals bàsics i sovint es posa l'èmfasi en casos extrems, als quals els mitjans de comunicació i les xarxes socials presten molta atenció, però que no són representatius. Predomina un tractament molt estereotipat del tema, que es nodreix de l'ambivalència que predomina en la nostra societat envers els joves i que reforça la tendència a desentendre's del benestar dels fills, sobretot quan es comença una nova relació.

Certament, a voltes podrem tenir la sensació de moure'ns en llocs comuns, però malauradament en força ocasions la vida jurídica dona mostres que els principis bàsics d'aquesta institució no es tenen prou presents o es relativitzen.

2. En la pràctica jurídica, la qüestió dels aliments als fills ha estat constantment un element central dels procediments de família. Fins al punt que explica la bel·ligerància de les parts sobre altres qüestions, com ara el règim de guarda, l'atribució de l'habitatge familiar o l'exercici de la potestat parental. En temps més recents, l'abast dels aliments als fills majors d'edat que depenen econòmicament dels seus progenitors ha anat ocupant més espai, tant en les demandes de separació i divorci com en les de modificació de mesures. Per contra, encara són més aviat insòlites les reclamacions adreçades per fills majors d'edat contra els seus progenitors i canalitzades al marge del procés matrimonial.<sup>2</sup>

La principal dificultat del tema prové del fet que hi pot haver obligacions alimentàries dels progenitors envers els seus fills en diferents contextos: durant la minoria d'edat, mentre els joves ja majors d'edat segueixen una formació post-obligatòria o en relació amb fills adults a qui, per circumstàncies diverses, com la discapacitat o la manca d'oportunitats laborals, els manquen els mitjans econòmics per mantenir-se per ells mateixos. Encaixar cada etapa amb el règim jurídic que s'adiu al seu fonament institucional és essencial per a assolir una solució satisfactòria.

---

2 Un exemple recent és el cas de la STS 699/2017, de 21 de desembre.

## 2. FONAMENT DE L'OBLIGACIÓ PATERNO-FILIAL D'ALIMENTS

1. Generalment no es considera necessari donar una justificació de l'obligació legal d'aliments envers els fills.<sup>3</sup> Es pot pensar que és tan evident que, quan el dret la positivitza, és perquè no pot fer altrament.<sup>4</sup> No obstant, com va dir John Eekelaar, «es tracta d'una pràctica social que requereix justificació».<sup>5</sup> La imposició d'obligacions alimentàries implica una càrrega que grava el patrimoni de la persona obligada durant un temps prolongat i que pot condicionar la seva autonomia pel que fa, per exemple, a casar-se, fundar una (nova) família o fins i tot canviar de feina, d'estil de vida o de lloc de residència. Per això, s'imposa la necessitat d'avaluar-ne la *legitimitat*<sup>6</sup>, encara que no se'n pugui discutir la validesa *constitucional*.<sup>7</sup>

---

3 Marsha GARRISON, «Autonomy or Community? An Evaluation of Two Models of Parental Obligation», *California Law Review* 86 (1998) p. 41-117, 74. Vegeu també Nick WICKLEY, *Child Support: Law and Policy*, Oxford: Hart, 2006, p. 6-15.

4 Així, per exemple, els manuals francesos de dret de família es limiten a citar part d'un antic adagi d'Antoine LOYSEL (1536-1617), on pressuposava l'existència de l'obligació paterna envers els fills nascuts fora de matrimoni («Quelques coutumes dient qu'un bastard, depuis qu'il est nay est entendu hors de pain: mais l'on iuge que qui fait l'enfant le doit nourrir») (èmfasi afegit) (*Institutes coutumieres: Ou manuel de plusieurs et diverses reigles, sentences, & Prouerbes tant anciens que modernes du Droic t Coutumier & plus ordinaire de la France*, 1<sup>re</sup> éd., Paris: Abel L'Angelier, 1607, livre I, titre I, XXXIII, p. 4). Al món anglosaxó, on la creació d'obligacions *civils* d'aliments és relativament recent, hom cita l'autoritat de William BLACKSTONE («By begetting [the children], [the parents] have entered into a voluntary obligation, to endeavor, as far as in them lies, that the life which they have bestowed shall be supported and preserved») (èmfasi afegit) (*Commentaries on the Laws of England*, Book 1, 8th. ed., Oxford: Clarendon Press, 1778, p. 447).

5 «Are Parents Morally Obligated to Care for Their Children?», *Oxford Journal of Legal Studies* 11 (1991) p. 340-353, 340.

6 Katharina HILBIG-LUGANI, *Staat—Familie—Individuum. Eine rechtsvergleichende Betrachtung zu Unterhaltsverhältnissen und ihrer privatautonomen Gestaltbarkeit in Deutschland, England und Wales, Frankreich und Schweden*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2014, p. 242-243.

7 Vegeu art. 39.3 CE i 27.2 Convenció de les Nacions Unides sobre els drets dels infants, de 20 de novembre de 1989 (ratificada pel Regne d'Espanya el 30 de novembre de 1990 i en vigor des del 5 de gener de 1991). Aquest darrer estableix: «A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño». Al mateix article 27 s'assenyala que «Los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas

2. La justificació de l'obligació d'aliments envers els fills es pot trobar en diferents arguments: el *consentiment* dels progenitors, la *utilitat* dels fills per als progenitors, la *vulnerabilitat* dels fills o, en definitiva, la responsabilitat dels progenitors vinculada al fet mateix de la *procreació*.<sup>8</sup>

2.1 Pel que fa al fonament basat en el *consentiment* implicaria que els progenitors haurien de mantenir els seus fills perquè, quan van decidir mantenir relacions sexuals o emprar tècniques de reproducció artificial, van assumir les obligacions lligades a tenir fills. Certament, en la immensa majoria de casos, portar fills al món respon a l'acte intencional dels progenitors. La llei fins i tot n'extreu conseqüències, d'aquesta premissa, i quan cal situa el consentiment com a raó de ser de la condició de progenitor —al marge de la dada genètica o biològica.<sup>9</sup> Semblantment s'esdevé en el cas de la filiació adoptiva.<sup>10</sup> Però fer del consentiment el fonament exclusiu i exclouent de l'obligació d'aliments comportaria que, en defecte de consentiment, caldria negar per injustificada i arbitrària aquesta obligació. Una manera d'obviar aquest resultat és concebre el consentiment molt laxament i àmplia, gairebé fins a fer-lo desaparèixer, com quan s'assignen obligacions alimentàries als progenitors a pesar que, de cap manera, pot pensar-se que pretenien assumir les conseqüències dels seus actes, en forma d'obligacions de suport d'un fill amb la persona amb qui s'han mantingut relacions sexuals sota la creença que havia adoptat precaucions per prevenir el seu embaràs o perquè li havia comunicat que,

---

apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda» (núm. 3), y que «tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera por el niño, tanto si viven en el Estado Parte como si viven en el extranjero» (núm. 4). Per a la qual cosa, també disposa que «cuando la persona que tenga la responsabilidad financiera por el niño resida en un Estado diferente de aquel en que resida el niño, los Estados Partes promoverán la adhesión a los convenios internacionales o la concertación de dichos convenios, así como la concertación de cualesquiera otros arreglos apropiados». Vegeu al respecte el Conveni de l'Haia de 23 de novembre de 2007, en vigor per a Espanya des d'1 d'agost de 2014, *sobre cobro internacional de alimentos para niños y otros miembros de la familia* (disponible al repositori <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions>, núm. 38).

8 Aquest argument els desenvolupa Scott ALTMAN a «A Theory of Child Support», *International Journal of Law, Policy and the Family* 17 (2003) p. 173-210.

9 Art. 8.2 Llei 14/2006, de 26 de maig, de tècniques de reproducció humana assistida, i arts. 235-8, 235-13 i 235-28.2 CCCat.

10 Arts. 235-40 en relació amb arts. 235-1 i 235-2 CCCat.

en cas d'embaràs, avortaria, o per qualsevol altra raó.<sup>11</sup> Tot això és aliè al fill, que no en pot tenir cap responsabilitat ni derivar-ne cap perjudici.

2.2 La *utilitat* fa referència a la que els progenitors poden esperar del fet de tenir fills: un profit material o immaterial, ara o en el futur.

D'una banda, el deure d'aliments es voldria justificar pels beneficis que sostenir els fills comporta per als progenitors. Els fills s'han de mantenir perquè els progenitors en poden extreure beneficis, en forma de treball personal, de rendes o de qualsevol altre mena de suport. Més enllà del fet que en alguns ordenaments els progenitors feien seus<sup>12</sup> o encara fan seus<sup>13</sup> els fruits dels béns propietat dels fills sota llur administració, l'argument es pot estirar i dir que els aliments s'han de prestar perquè els fills proporcionen als progenitors beneficis psicològics o emocionals, en particular quan en tenen la guarda, hi conviuen o hi mantenen contacte de manera regular.

D'altra banda, també es pot dir que l'obligació paterna és la compensació pels aliments que els fills hauran de proporcionar als progenitors en una etapa futura de vellesa o necessitat.<sup>14</sup>

D'acord amb aquestes premisses l'obligació d'aliments envers els fills estaria connectada amb el rendiment o retorn que aquests proporcionessin als progenitors obligats a prestar aliments, de manera que quan aquest retorn fos inexistent o considerat insuficient l'obligació ja no tindria raó de ser i s'hauria de suspendre o acabar. Ara bé: l'apel·lació a la utilitat tracta els fills pel que poden produir configura una relació íntima i

---

11 ALTMAN, cit. p. 179. Una visió crítica d'alternatives argumentatives a Sally SHELDON, «Unwilling Fathers And Abortion: Terminating Men's Child Support Obligations?», *The Modern Law Review* 66 (2003) p. 175-194.

12 Vegeu redacció originària art. 160 CC.

13 Vegeu per exemple arts. 250 i 252 CC xilè.

14 En correspondència al deure de *gratitud* que naixeria a càrrec dels fills. Però com diu EEKELAAR, el deure envers els fills neix no és fruit de l'altruisme dels progenitors sinó de la seva responsabilitat, per la qual cosa els pares no poden condicionar-la a que el fill actuï (ara o en el futur) de manera altruista envers ells («Family Law and Legal Theory», a E. Brake, L. Ferguson (eds.), *Philosophical foundations of children's and family law*, Oxford: Oxford University Press, 2018, p. 41-58, 53).

personal com una mena de transacció comercial.<sup>15</sup> Projectar la utilitat vinculant-la a la solidaritat entre les successives generacions, també té una visió instrumental que —certa en molts llocs del món i èpoques— avui es queda curta, ja que implicaria la manca de justificació de les obligacions envers els fills quan, per causa de malalties o accidents, es pogués preveure que no arribaran a la vida adulta, no sobreviuran als seus progenitors o que de cap manera podran arribar a sostenir-los en cas que aquests ho necessitessin. Assumint una òptica tan individualista, justificar el deure com una mena d'inversió forçosa en capital humà, en el propi interès i a manera d'una subscripció forçosa d'una assegurança, resulta absurd i injustificable. Vist així, fora millor que la llei obligués a subscriure plans de pensions, de jubilació o assegurances de dependència, respecte a les quals la massa dels partícips és més gran i les garanties de seguretat per a la vellesa molt menys aleatòries que les que forneix la criaça dels propis fills i les obligacions recíproques que aquesta els associaria.<sup>16</sup>

2.3 La *vulnerabilitat* és una condició consubstancial a la persona des del seu naixement, durant la minoria d'edat i fins a desenvolupar-se en la vida adulta. Ara bé, per sí sola no és prou expressiva del fonament de les obligacions dels progenitors: el naixement de la persona podria igualment menar a imposar obligacions a tercers<sup>17</sup> (*v.gr.* el municipi o l'estat, o a la família o parentela en general), cosa que tanmateix no passa, perquè el nostre model d'organització social es basa justament en la responsabilitat primària dels progenitors.<sup>18</sup>

---

15 ALTMAN, cit. p. 188. Vegeu també Ann Laquer ESTIN, «Love and Obligation: Family Law and the Romance of Economics», *Wm. & Mary L.Rev.* 36 (1995) p. 989-1087, 1080: «Our society seems to have shifted increasingly toward a consumer approach to parenthood, in which children are viewed as increasingly similar to homes and hi-fi sets. The risk of a linkage between child support and the parent-child relationship is that it serves to validate self-interest as the basis for legal obligation. Such a rule permits the treatment of children as consumer goods, a source of satisfaction for their parents, and replaces the norms of parent-child relationships with the rhetoric of exchange».

16 ALTMAN, cit. p. 182.

17 ALTMAN, cit. p. 178.

18 La justificació de les obligacions d'aliments no pot centrar-se en l'argument circular vinculat a l'estalvi en despesa social, que remet a altres decisions de política jurídica que formen part de la justícia *distributiva* (HILBIG-LUGANI, cit. p. 298-304). *Rebus sic stantibus* cal trobar els elements de justícia *commutativa* que donin raó, per sí sols, de les obligacions civils d'aliments, i en particular les que pesen sobre els progenitors envers els fills.



En efecte: típicament els fills es troben en una situació de vulnerabilitat que, en l'actual organització social, situa els progenitors com a primers garants de la vida i la integritat psico-física dels fills.<sup>19</sup> La imposició d'obligacions als progenitors es justifica per la proximitat d'aquests als fills, tant en termes materials com psicològics: ningú es troba en millor situació que els seus progenitors per tal d'oferir el que el fill necessita per al seu desenvolupament personal.<sup>20</sup> Per això, el fill pot esperar rebre el que necessita dels seus progenitors, i no ho ha de cercar d'altri. Aquesta premissa ha estat vàlida des de fa segles i no ha perdut consistència en el moment actual, per més que els canvis tecnològics hagin alterat radicalment els processos que menen a la procreació de les persones.

L'obligació d'aliments que la llei imposa als progenitors troba per tant el seu fonament en la responsabilitat derivada d'haver-los portat al món<sup>21</sup> i comporta com a conseqüència no només satisfer les seves necessitats bàsiques com a éssers humans, sinó compartir amb ells els recursos econòmics per dotar-los dels mitjans d'esdevenir persones autònomes.<sup>22</sup>

Aquest fonament es correspon amb el fet que l'estat acorda a favor dels progenitors de manera preferent poders i responsabilitats dirigits a dur a terme la criança i l'educació dels seus fills.<sup>23</sup> Es tracta, no obstant, de dues decisions de política jurídica diferents, on la segona pressuposa la primera i que no funciona a la inversa.<sup>24</sup> Per això, es poden deure aliments malgrat haver estat privat d'intervenir en la vida del fill, per causes que obeeixin sempre a l'interès exclusiu d'aquest, i cal mantenir els fills malgrat que el progenitor no exerceixi les responsabilitats parentals o que aquestes s'hagin extingit per l'arribada a la majoria d'edat.

---

19 En aquest sentit, Gillian DOUGLAS, *Obligation and commitment in family law*, Oxford: Hart, 2018, p. 29.

20 Partint de la seva pròpia teoria, ALTMAN, cit. p. 191, ho justifica dient que «being in a unique position to prevent a harm creates a prima facie duty to act, particularly for someone who caused the harm and knew about the likely need».

21 ARCHARD, cit. p. 110 ss.

22 WICKELEY, cit. p. 10-11.

23 Educar els fills d'acord amb les pròpies conviccions és un dret dels progenitors (art. 27.3 CE), si bé «l'educació tindrà com a objecte el ple desenvolupament de la personalitat humana en el respecte als principis democràtics de convivència i als drets i a les llibertats fonamentals» (art. 27.2 CE).

24 ARCHARD, cit. p. 107.

Per tant, el fonament de l'obligació que tenen els progenitors envers els seus fills és diferent del que legitima l'obligació alimentària recíproca entre persones que pertanyen a una mateixa família o que comparteixen parentiu.<sup>25</sup> L'obligació dels progenitors és part integrant de la seva responsabilitat per haver causat l'existència del seu fill, que per definició neix vulnerable i requereix de la cura i atenció d'altri.<sup>26</sup> Aquest és un fonament diferent de la solidaritat familiar en sentit ampli, que és el que justifica els aliments entre parents.<sup>27</sup>

Per aquest motiu ambdues obligacions es projecten també sobre etapes diferents de la vida dels fills, encara que en algun moment els obligats puguin ésser les mateixes persones: l'obligació paterno-filial se situa en el mateix moment del naixement i es projecta sobre el procés que la persona ha de fer fins assolir les condicions d'una vida autònoma, des de la infantesa fins a l'emancipació econòmica. En canvi, l'obligació legal d'aliments de qualsevol parent o familiar té un abast alhora més ampli i més limitat: temporalment és indefinida, però materialment no persegueix l'assoliment de les condicions d'autonomia personal, sinó la satisfacció de certes necessitats que l'alimentista que, en un moment determinat, no està en condicions de cobrir pels seus mitjans.<sup>28</sup> La primera obligació cerca assolir una potencialitat, la segona pal·liar una

---

25 La doctrina subratlla que les diferents obligacions legals familiars d'aliments *no* tenen un fonament únic que les pugui justificar totes alhora (HILBIG-LUGANI, cit. p. 244 i 355).

26 ARCHARD, cit. p. 118. Vegeu també Volker LIPP, «Finanzielle Solidarität zwischen Verwandten im Privat- und im Sozialrecht», *NJW* 31 (2002), p. 2201-2207, 2203.

27 Em permeto remetre a Jordi RIBOT IGUALADA, «El fundamento de la obligación legal de alimentos entre parientes», *Anuario de Derecho Civil* (1998), p. 1105-1177.

28 Aquesta distinció és clara, per bé que els contorns es difuminen en aquells casos en què les condicions personals del fill —en particular, condicions personals que inhabiliten per al desenvolupament d'una vertadera autonomia econòmica— transformen l'objectiu de l'obligació dels progenitors en una fita inassolible. En aquesta mena de situacions, tanmateix, els problemes de legitimació de l'obligació dels progenitors són exactament els mateixos que els que es plantegen per a la justificació de l'obligació legal d'aliments entre parents: per exemple, ¿per què han de ser exclusivament o principalment els familiars més propers de les persones amb discapacitat que ho necessitin els qui s'hagin de fer càrrec de cobrir les seves necessitats durant tota la vida? Vegeu una àmplia anàlisi jurídic-política a Sande BUHAI, «Parental Support of Adult Children With Disabilities», *Minnesota Law Review* 91 (2006) p. 710-765. Considerant el caràcter no subsidiari de certes ajudes públiques a persones amb gran discapacitat, vegeu la STSJC 53/2018, de 7 de juny.

eventualitat<sup>29</sup>, que és superable —o no— en funció de les circumstàncies de l'alimentista (edat, estat de salut, aptituds).<sup>30</sup>

3. Com qualsevol altra responsabilitat legal, també la que s'imposa als progenitors pel fet de ser-ho, ha d'estar delimitada quant al seu abast.

A l'hora de projectar llur responsabilitat en forma d'obligació legal d'aliments cal tenir en compte tots els interessos: els del fill, els de cadascun dels progenitors i el de la societat en el seu conjunt. El disseny de l'obligació paterno-filial d'aliments ha de ponderar el pes relatiu de tots aquests interessos, conjugar-los a partir de la prioritat del interès de la part més feble i fer una distribució raonable de la càrrega financera entre ambdós progenitors, segons la seva situació a la vida i les etapes de la vida del fill.<sup>31</sup>

3.1 Prendre en consideració els interessos *del fill* implica partir de dues premisses.

- a) La primera és que els progenitors han d'assegurar que el fill gaudeixi d'un nivell de vida decent.<sup>32</sup> L'ús social va més enllà: els progenitors no només forneixen un nivell de vida decent als seus fills, sinó que comparteixen el nivell de vida que es poden permetre segons els seus recursos econòmics.<sup>33</sup> Per tant, si els recursos dels progenitors permeten superar aquest mínim, el fill ha de poder gaudir d'un nivell de vida que almenys no sigui notòriament inferior al nivell de vida de què gaudeix cadascun dels seus progenitors.<sup>34</sup> L'explicació de no limitar la responsabilitat al mínim vital rau en la desigualtat inherent a la relació entre els fills i els seus progenitors, que col·loca el benestar d'aquells en mans d'aquests.<sup>35</sup> En molts ordenaments

---

29 Subratllant la diferència entre un i altre tipus d'obligació d'aliments, des del punt de vista de l'anticipació del cost, vegeu RIBOT IGUALADA, cit. p. 1172-1174.

30 Jean HAUSER, «Jeunes majeurs et vieux mineurs» a J. Pousson-Petit, *Liber amicorum Marie-Thérèse Meulders-Klein. Droit comparé des personnes et de la famille*, Bruxelles: Bruylant, 1998, p. 314-334, 321-322.

31 Seguim en aquest punt l'acurada síntesi dels AMERICAN LAW INSTITUTE, *Principles of the Law of Family Dissolution: Analysis and Recommendations*, Newark, NJ: LexisNexis, 2002, § 3.04, p. 424-425. En la mateixa línia, WICKELEY, cit. p. 10 i següents.

32 § 3.04 (1)(a) ALI *Principles*.

33 GARRISON, cit. p. 117.

34 § 3.04 (1)(b) ALI *Principles*. Vegeu també DOUGLAS, cit. p. 144-5.

35 GARRISON, cit. p. 88-89, 107.

l'estat no fiscalitza o controla aquesta decisió en la família intacta.<sup>36</sup> Es fa confiança als progenitors que conviuen amb els seus fills; concretament, hom espera que compartiran llurs recursos en interès de la part feble de la relació i de la societat, que també està interessada en el present i futur d'aquests nens i joves. Ara bé: quan els progenitors ja no conviuen o ni tan sols han conviscut mai, l'estat intervé per a garantir que s'arribi a aquest resultat, car les persones que formaven la unitat familiar en la que no es volia interferir han deixat que aquesta es trenqués o que no arribés a existir mai.

- b) La segona consideració és que les obligacions dels progenitors envers els fills no s'han de veure alterades pel fet de la ruptura de la unió existent entre els progenitors. La ruptura és qüestió que concerneix als progenitors i on els fills no hi tenen cap responsabilitat. Per això, es diu que els fills tenen una pretensió a sortir indemnes de la separació.<sup>37</sup> No cal dir que la ruptura acostuma a generar noves despeses i habitualment suposa un empobriment per a tots els membres de la família. Però aquest empitjorament de les condicions de vida del conjunt també és responsabilitat dels progenitors i aquests no en poden traslladar les conseqüències desproporcionadament als seus fills. *Desproporcionadament* vol dir que, si bé és possible que els fills hagin de patir un empobriment respecte la seva situació anterior, aquest empobriment no pot ser superior al que afecti als seus progenitors. És inadmissible, per exemple, que el resultat de l'aplicació de la llei sigui que després de la separació el fill redueixi el seu nivell de vida o fins i tot que visqui en la pobresa i que alhora un dels progenitors millori el seu nivell de vida.<sup>38</sup> En canvi, és ben possible que la cobertura d'un nivell de vida mínim decent per als fills impliqui un empitjorament de la situació dels progenitors respecte a la que tenien mentre conviuen.

3.2 Pel que fa a *l'interès de cadascun dels progenitors*, és evident que el divorci o la ruptura de la unió lliure crea el potencial perquè un progenitor desplaci tota o una part desproporcionada de la càrrega financera dels

---

36 En teoria, no és el nostre cas: vegeu arts. 231-5 i 231-8 CCCat, en matèria de despeses necessàries per al manteniment de la família, que inclouen «les originades en concepte d'aliments, en el sentit més ampli» «d'acord amb els usos i el nivell de vida familiar».

37 § 3.04 ALI *Principles*, Comment c., p. 424.

38 GARRISON, cit. p. 67.

fills al progenitor amb qui aquests conviuen.<sup>39</sup> Per això, la normativa ha de contenir regles que reequilibrin aquest desavantatge. Ara bé: qui paga aliments també té dret a que els recursos es destinin al fill i a les necessitats que els justifiquen, i no a despeses que res tenen a veure amb aquests i sí amb la satisfacció de necessitats de l'altre progenitor o d'altres membres de la llar en què el fill està vivint.<sup>40</sup> Per altra banda, la redistribució de recursos que implica la responsabilitat paterna està limitada pel fet que la determina la necessitat relativa dels fills, no una pretensió al repartiment dels seus béns.

3.3 Per últim, hi ha *l'interès de la societat en el seu conjunt*.

Més enllà dels recursos públics que es destinen al suport en la criança, educació i formació dels nens, els adolescents i els joves, a la societat no li és indiferent si els progenitors es fan càrrec o no de les necessitats dels seus fills, si hi destinen prou mitjans o si els proporcionen el nivell de vida adequat a les seves possibilitats, incloent-hi la inversió de recursos perquè puguin créixer adequadament, formar-se segons llurs capacitats i aptituds, i esdevenir membres actius i productius de la comunitat.<sup>41</sup>

### 3. ABAST DE LES OBLIGACIONS LEGALS DELS PROGENITORS

#### 3.1. La importància de la sistemàtica legal

1. La projecció del fonament sobre el règim legal obliga a posar en qüestió, en primer lloc, la sistemàtica legal actual. Partir d'una fonamentació diferent hauria de traduir-se també en una seu diferent, amb contingut normatiu propi.

---

39 GARRISON, cit. p. 53.

40 § 3.04 (1)(a) ALI *Principles*, Comment i., p. 430. Els ALI *Principles* també posen èmfasi en què, amb base en els principis d'autoresponsabilitat i d'autosatisfacció de les pròpies necessitats, cal vetllar perquè el flux de recursos a una llar en forma de pensions d'aliments no esdevingui un estímul contra la incorporació de l'altre progenitor al mercat de treball.

41 § 3.04 ALI *Principles*, Comment b., p. 424.

Seguint la sistemàtica del CC espanyol, tanmateix, el CCCat té un capítol dedicat als «aliments d'origen familiar» o «autònoms»<sup>42</sup>, remet a les singularitats —que no són gens evidents— dels aliments «institucionals» vinculats als «deures d'assistència entre cònjuges i entre els progenitors i llurs fills»<sup>43</sup> i clou amb una regla de «subsidiarietat» dels aliments entre parents.<sup>44</sup>

Per la freqüència i importància de les obligacions d'aliments dels progenitors, no fóra gens criticable que les regles generals es formulessin en un títol específic per a les obligacions paterno-filials, i que la supletorieta s'apliqués, en canvi, a l'obligació més residual d'aliments entre parents.<sup>45</sup>

2. En perspectiva comparada, la sistemàtica legal de les obligacions dels progenitors envers els fills menors d'edat és molt diferent. Malgrat tot, l'autonomia entre les dues fonts de les obligacions dels progenitors és ben clara en els principals ordenaments europeus.

El BGB, per exemple, la inclou dins els aliments entre parents<sup>46</sup> -cosa que Gierke ja trobava «irritant». I això que els redactors del BGB tenien molt clar que era una obligació de natura diferent, relacionada amb la responsabilitat dels progenitors de conduir els fills cap a la seva autonomia personal, amb independència de si estaven o no subjectes a la potestat parental.<sup>47</sup> Per això, van incloure expressament una «pretensió d'aliments intensificada» (*gesteigerte Unterhaltsanspruch*) que només afecta els progenitors respecte als seus fills, originàriament fins a la

---

42 Segons la terminologia encunyada per Anna CASANOVAS MUSSONS, «A propòsit de l'art. 2.2 de la Llei 10/1996, de 29 de juliol, d'aliments entre parents: la distinció entre “aliments institucionals” i “aliments autònoms” i les seves interferències», *RJC*, 1998, p. 9-40.

43 Art. 237-2.2 CCCat.

44 En general *ex art.* 237-14 CC i en particular per a l'obligació paterno-filial a l'art. 237-2.2 *in fine* CCCat

45 Vegeu art. 329.3 Codi civil suís, on es remet a la normativa de l'obligació paterno-filial determinats aspectes de l'acció de reclamació d'aliments dels parents. Aquest cos legal desenvolupa abastament l'anomenada obligació de manteniment (*entretien*) als art. 276 i següents i només destina 3 articles als aliments legals en favor dels parents en línia recta ascendent i descendent que es trobin en situació de necessitat (art. 328).

46 §§ 1601-1615 BGB.

47 Volker LIPP, «Solidarität und Status im Unterhaltsrecht», a V. Lipp, A. Röthel, P.A. Windel, *Familienrechtlicher Status und Solidarität*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2008, p. 53-83, 64-65.

majoria d'edat però que actualment arriba fins que compleixen 21 anys.<sup>48</sup> Aquesta obligació d'aliments intensificada té una sèrie de regles especials per a la determinació de la necessitat de l'alimentista i de la capacitat dels obligats<sup>49</sup>, el rang del crèdit d'aliments<sup>50</sup> o les causes d'extinció.<sup>51</sup> En termes generals, el § 1610 (2) BGB també obliga els parents a fer-se càrrec de les despeses vinculades a la formació encara que l'alimentista sigui major d'edat, d'acord amb les seves capacitats i potencialitat i sempre que ho permet i la capacitat econòmica de l'alimentant.<sup>52</sup>

A França, el *Code Napoléon* va separar, dins les obligacions derivades del matrimoni, les obligacions alimentàries envers els fills i les de la resta de parents.<sup>53</sup> Aquest fet va permetre a doctrina i jurisprudència distingir nítidament l'obligació de manteniment a càrrec dels progenitors (*obligation d'entretien*), de la d'aliments lligada al parentiu (*obligation alimentaire*).<sup>54</sup> La primera tindria un abast més gran, s'enfocaria envers l'educació de l'alimentista, i no s'aplicarien ni la regla *aliments n'arreragent pas*, ni les

---

48 Es tracta de l'anomenat «fill major d'edat privilegiat» (*privilegierte volljährige Kind*) que recull el § 1603 (2) II BGB, després de la reforma per la *Kindesunterhaltsgesetz*, de 6 d'abril de 1998 (en vigor des de l'1 de juliol de 1998). Aquesta llei tenia per finalitat establir un límit temporal de l'obligació paterno-filial quan els fills no cursaven estudis post-obligatoris. Hans-Ulrich MAURER, «Kindesunterhalt im Übergang vom Volljährigkeit — Ein Überblick», *FamRZ* 12 (2018) p. 873-881, 873.

49 MünchKomm/BORN (7<sup>a</sup> ed. 2016), § 1603 BGB, núms. 97-116.

50 § 1609 (1) BGB.

51 § 1611 (2) BGB. Cf. MAURER, cit. p. 876.

52 PWW/SOYKA (8<sup>a</sup> ed, 2014) § 1610, núm. 8.

53 L'art. 203 *code civil* estipula l'obligació dels esposos de «nourrir, entretenir et élever leurs enfants». A partir de l'art. 205 aquest cos legal ordena aliments, per al cas de necessitar-los, amb caràcter recíproc, als ascendents i descendents, inclosos els parents per afinitat (art. 206). L'art. 203 no ha estat modificat des de 1804, però la llei núm. 2002-305 de 4 de març de 2002 va reblar el clau introduint l'art. 371-2 *code civil*, en virtut del qual «tots dos pares contribueixen al sosteniment i a l'educació dels seus fills», tant si estan casats com si no ho estan. Alhora, la mateixa norma estableix que l'obligació dels pares no s'extingeix automàticament quan el fill arriba a la majoria d'edat (art. 371-2, II *code civil*).

54 Per tots, Muriel REBOURG, «Les prolongements de l'*obligation alimentaire*: obligation d'entretien et obligation naturelle», a L.H. Choquet, I. Sayn, *Obligation alimentaire et solidarités familiales. Entre droit civil, protection sociales et réalités familiales*, Paris: LGDJ, 2000, p. 41-60, 51-52.

causes d'indignitat del creditor.<sup>55</sup> Aquesta línia és la que va seguir la doctrina espanyola, a pesar de la diferent sistemàtica del CC.<sup>56</sup>

3. Convenim, doncs, que hi ha dues obligacions. La primera, de caràcter unilateral, vinculada al fet de la filiació i que —encara que també en sigui contingut<sup>57</sup>— no depèn del fet que el pare o la mare tinguin la titularitat o l'exercici de la potestat parental<sup>58</sup>; l'altra, de caràcter recíproc i que, en cas de necessitat dels fills, recau sobre els progenitors en tant que parents obligats en primer lloc.<sup>59</sup>

Aquest és el parer dominant a la doctrina espanyola actual<sup>60</sup>, que segueix en això la jurisprudència del Tribunal Suprem.<sup>61</sup> En la pràctica judicial, a més, per a dotar d'autonomia l'obligació dels progenitors, s'invoca com a decisiva la previsió legal que en els processos judicials sobre els efectes de la ruptura dels progenitors s'han de fixar els aliments dels fills<sup>62</sup>, malgrat l'evident caràcter adjectiu d'aquestes normes, que pressuposen una obligació que no creen i que es limiten a identificar sense pretensions de fornir un mínim règim jurídic.

Però el més problemàtic de tot és que els «deures d'assistència» dels progenitors a què s'al·ludeix en la part general no tenen ni una seu sistemàtica pròpia ni estan gens desenvolupats, cosa que obliga a recórrer molt sovint a les normes dels aliments entre parents per a determinar

---

55 Muriel REBOURG, «Les obligations alimentaires: vocation et régime juridique», a P. Murat, *Droit de la famille*, 7<sup>a</sup> ed. Paris: Dalloz, 2016, p. 1210-1288.

56 Vegeu José Antonio COBACHO GÓMEZ, «Deber de mantenimiento y deuda alimenticia en el artículo 93 del Código Civil», *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha* 11/12 (1991), p. 107-128.

57 Vegeu art. 236-17.1 CCCat.

58 Arts. 235-14.2 CCCat (en cas d'eficàcia limitada de la determinació de la filiació) i 236-6.6 CCCat (en cas de privació de la potestat parental).

59 Art. 237-6.1,3r CCCat.

60 Per tots, Isabel SIERRA PÉREZ, «Comentario del art. 143», a *Código Civil Comentado*, vol. I, 2<sup>a</sup> ed., Thomson Aranzadi: Cizur menor, 2016, p. 758-759, Matilde CUENA CASAS, «Comentario del art. 142» a R. Bercovitz (coord.), *Comentarios al Código Civil*, vol. I, Tirant lo blanch: València, 2013, p. 1455 i Ignacio APARICIO CAROL, *La pensión de alimentos de los hijos en el Derecho español*, Tirant lo blanch: València, 2018, p. 57-60, amb més referències.

61 Especialment STS 5 d'octubre de 1993 (RJ 1993, 7464) i 749/2002 de 16 juliol.

62 Arts. 233-2.4 b) i 233-4.1 CCCat.



els pressupòsits i el contingut de l'obligació paterna, malgrat el diferent fonament d'ambdues obligacions legals.<sup>63</sup>

Aquesta absència d'una normativa específica de l'obligació dels progenitors envers els seus fills aboca a resultats que són incoherents amb el seu fonament. A part del que es dirà més endavant sobre els elements de l'obligació d'aliments dels progenitors, dues qüestions ben concretes serveixen per a il·lustrar aquesta afirmació: (a) l'aplicabilitat als aliments deguts als fills menors d'edat de la regla *in praeteritum non vivitur* [*infra* 3.1] i (b) l'exclusió dels aliments als joves estudiants majors d'edat de l'àmbit d'aplicació de l'obligació específica dels progenitors [*infra* 3.2].

3.1 L'eficàcia de la dicotomia entre aliments envers els fills menors d'edat i aliments legals entre parents ha estat una qüestió central en el debat sobre el moment de meritació i exigibilitat de les pensions alimentàries a càrrec dels progenitors. La jurisprudència ha optat per aplicar als primers la regla de la retroactivitat únicament dels aliments meritats després de la demanda (art. 148 I CC; entre nosaltres, des de la reclamació extrajudicial *ex art.* 237-5.1 CCCat).

Inicialment aquesta opció fou una eina per contrarestar la tesi que l'abonament d'endarreriments s'havia de fer només des de la data de la fermesa de la resolució que els havia acordat.<sup>64</sup> Per això la jurisprudència va situar els efectes a partir de la data de la resolució quan no es tractava de la primera resolució sinó de modificacions ulteriors (ex art. 106 CC i 774.5 LEC).<sup>65</sup> El TSJC també s'ha pronunciat en el mateix sentit<sup>66</sup> si bé ha matisat la doctrina del TS quan la modificació de mesures implica un canvi de deutor<sup>67</sup>, o quan l'alteració que afecti els aliments «sigui tan transcendent que resulti equiparable a la d'una primera demanda de

---

63 El recurs dels autors espanyols és posar l'accent en què els aliments als fills menors formen part de la potestat parental (per exemple, Alicia REAL PÉREZ, «Comentario del art. 142», a J. Rams Albesa, R. M<sup>a</sup> Moreno Flórez (coords.), *Comentarios al Código civil*, Barcelona: Bosch, 2000, p. 1404-1405).

64 STS 402/2011, de 14 de juny.

65 STS 917/2008, de 3 d'octubre. STS 742/2013, de 27 de novembre, 746/2013, de 4 de desembre, 162/2014 de 26 de març i 688/2014, de 19 de novembre.

66 Vegeu STSJC 41/2011, de 26 de setembre.

67 STSJC 70/2015, de 8 d'octubre. Darrerament vegeu no obstant, en sentit similar, STS 183/2018, de 4 d'abril, 459/2018, de 18 de juliol i 147/2019, de 12 de març. En aquesta darrera s'aplica retroactivament l'extinció de l'obligació a la data en què resta acreditat que el fill major d'edat ja estava treballant.

nul·litat, separació o divorci, en què es demanen aliments per primera vegada».<sup>68</sup>

Tanmateix, la STS 573/2016 de 29 setembre va invocar l'aplicació de la regla *in praeteritum non vivitur* per desestimar el recurs d'una mare que reclamava al pare 150.000 € en una acció de reemborsament de les despeses fetes en aliments del fill comú, a comptar des de la data del naixement i fins la data en què fou determinada la paternitat del demandat. El TS va resoldre adduint que així ho afirma categòricament l'art. 153 CC, quan estableix que les disposicions legals en matèria d'aliments entre parents són aplicables als altres casos d'obligacions legals d'aliments. La posterior STS 574/2016 de 30 setembre va confirmar aquesta doctrina tot reforçant-la dient que

«la ratio de lo dispuesto en la frase final del artículo 148.I CC, lo que el legislador ha querido con tal disposición, es proteger al deudor de alimentos, evitando que le sea reclamada una cantidad elevada de dinero (hasta cinco años de pensiones, a tenor del art. 1966.1ª CC) a quien podía desconocer o dudar razonablemente que era, o por qué importe era, deudor de alimentos».

El primer cas feia referència als aliments del fill des del naixement fins al moment de determinació de la paternitat del demandat; en el segon, en canvi, els aliments es van reclamar set anys després de l'establiment de la paternitat. Tanmateix, el TS invoca el mateix fonament per a la protecció dels interessos del progenitor (el principi de seguretat jurídica), tot i reconèixer que el progenitor estava obligat des del moment del naixement del seu fill («lo supiese, o no -supiese, o no, que era el

---

68 STSJC 77/2016, de 6 d'octubre; vegeu també STSJC 101/2016, de 15 de desembre. En el cas resolt per la STSJC 77/2016, de 6 d'octubre la filla adolescent havia passat a viure molt més temps amb el seu pare, raó per la qual aquest obtingué la modificació de la pensió que li passava a la mare per a la filla, però el TSJC va rebutjar que es donessin les condicions per aplicar l'excepció a la irretroactivitat de la modificació. En canvi, aplicant la mateixa doctrina, la STSJC 103/2016, de 19 de desembre, sí ho va admetre en un cas semblant on la mare vivia amb la seva filla malgrat la guarda compartida acordada inicialment acordada pel jutjat. La SAP Barcelona, 12ª, 905/2018, de 4 d'octubre, obligà a la devolució d'aliments cobrats per la mare de l'ex-marit quan la filla de 24 anys ja feia un temps que treballava. S'estimà que va actuar amb abús de dret per no comunicar el canvi en la situació de la filla. Per contra, a la STSJC 45/2018, de 14 de maig, el TSJC remarquè que l'obligat té la càrrega de requerir informació si té sospites i de sol·licitar la modificació de les mesures per poder suspendre el pagament de les pensions acordades.

progenitor de Hipólito-, o albergase, o no, dudas razonables al respecto durante cierto tiempo»”).

Noteu, doncs, com, en la confrontació dels dos interessos en conflicte —el del fill i el del progenitor— el TS ha optat per l'aplicació de la regla *in praeteritum non vivitur* obviant la diferència de fonament entre l'obligació paterna envers el fill i l'obligació envers qualsevol parent que es trobi en situació de necessitat, que és la seu on la llei estableix la regla de la irretroactivitat dels aliments fins a la reclamació judicial o extrajudicial. Les raons de seguretat jurídica adduïdes cauen pel seu propi pes quan la mateixa norma s'aplica en un cas de filiació per determinar i en un de filiació ja determinada.<sup>69</sup> Es fa palesa la necessitat d'una valoració més circumstanciada de l'aplicació (supletòria) de la regla *in praeteritum non vivitur* als aliments als fills menors d'edat.

Això hauria estat possible si el ple del TC hagués admès la qüestió d'inconstitucionalitat presentada contra l'article 148.1 CC, per suposada violació de l'art. 39.3 CE. Però la qüestió es va considerar «notoriamente infundada» per tal com «en los supuestos de cumplimiento forzoso, una delimitación temporal de la exigibilidad de los alimentos parece proporcionada para evitar una situación de pendencia, difícilmente compatible con el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE)».<sup>70</sup>

El vot particular de Xiol Ríos va posar el dit a la nafra en concloure que

«era inexcusable, en la mejor tradición de la jurisprudencia sobre protección de los derechos constitucionales, un análisis más profundo del juicio de proporcionalidad, en que no solo se constatará que esta limitación temporal persigue el fin de evitar situaciones de inseguridad jurídica y que este es legítimo, sino, además, que la restricción operada es necesaria, que es la idónea

---

69 En aquest sentit, CUENA CASAS, «Comentario del art. 148» a *Comentarios*, cit. p. 1497.

70 Interlocutòria TC 301/2014, de 16 de desembre. Vegeu no obstant STC 1/2001, de 15 de gener i sobretot 57/2005, de 14 de març on, respecte a la justificació d'una reducció de la base imposable de l'IRPF, el TC la va desestimar afirmant que «los alimentos a los hijos, en la medida en que tienen su origen exclusivamente en la filiación (art. 39.3 CE), ni precisan demanda alguna para que se origine el derecho a su percepción, ni la Ley prevé excepciones al deber constitucional de satisfacerlos».

para la consecución de ese fin y que no existen otros medios menos incisivos o restrictivos de los derechos del niño para su consecución».<sup>71</sup>

Convé recordar que al nostre dret l'art 237-5.2 CCCat dona una resposta al problema quan assenyala que «en el cas dels aliments als fills menors, es poden demanar els anteriors a la reclamació judicial o extrajudicial, fins a un període màxim d'un any, *si la reclamació no es va fer per una causa imputable a la persona obligada a prestar-los*». Des de l'òptica de la ponderació dels interessos en joc en relació amb el fonament dels aliments deguts als fills, s'escauria revisar si el límit d'un any és prou raonable o bé caldria ampliar-lo en cas d'imputabilitat del progenitor en la situació. La responsabilitat vinculada al fet de la paternitat no és absoluta i el risc d'acumulació d'un deute molt elevat és evident.<sup>72</sup> Però la situació actual col·loca desproporcionadament aquest risc en l'esfera del creditor, raó per la qual cal obrir la norma a la possibilitat de ponderar les circumstàncies del cas, a pesar de les dificultats de prova que això comporti.<sup>73</sup>

3.2 Als aliments als fills majors d'edat que continuen la seva formació, ¿se'ls haurien d'aplicar les normes generals d'aliments entre parents o bé els progenitors haurien de continuar obligats com abans, mentre els fills eren menors d'edat?

Per coherència amb la responsabilitat que incumbeix als progenitors de procurar que la persona que han portat al món tingui mitjans per

---

71 Vegeu també el comentari crític de Nieves MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, «Exigibilidad del pago de los alimentos de los hijos menores desde la fecha de interposición de la demanda», *CCJC* 100 (2016) p. 107-132.

72 En un cas en què la filiació estava determinada, i els aliments acordats en una resolució judicial de separació, la STS 634/2018, de 14 de novembre, va optar per anul·lar la sentència d'apel·lació que havia condemnat a abonar les pensions meritades en els darrers cinc anys amb base en un títol de 1987, que formalment encara estava en vigor. El TS argumentà que «no cabe considerar que cumple con los requisitos de ejercicio del derecho conforme a la buena fe la reclamación que se hace con tanto retraso respecto del momento en que presumiblemente era necesario percibir la pensión alimenticia, cuando se acumulan cantidades que difícilmente pueden ser asumidas por el obligado al pago» (FJ 4).

73 A la proposta de l'APDC (*Asociación de profesoras de derecho civil*), l'art. 240-9.2 estableix que es podran reclamar els aliments als fills menors d'edat anteriors a la reclamació judicial o extrajudicial, tret que «el deudor desconociera su paternidad». En aquesta mateixa línia es mouen els treballs en curs a la Secció de persona i família de la Comissió de Codificació de Catalunya.

esdevenir autosuficient, la inversió de recursos en educació i preparació professional hauria de constituir l'objecte essencial de la seva obligació alimentària, amb independència de si aquests recursos fan falta abans o després de l'arribada a la majoria d'edat.<sup>74</sup> Amb la llei a la mà, no obstant, sembla poc discutible que la pretensió basada en la relació de filiació s'acaba amb l'arribada del fill a la majoria d'edat i que, a partir d'aquest moment, els aliments als fills tenen com a base legal la norma que seria aplicable a qualsevol altre parent. La fórmula emprada pels arts. 233-1-1 e) i 233-4.1 II CCCat aboca a aquesta conclusió.<sup>75</sup>

L'extinció de l'obligació paterna per l'arribada del fill a la majoritat no encaixa bé amb el fonament derivat de la responsabilitat dels progenitors vinculada a la filiació. Així es palesa en molts ordenaments del nostre entorn, on l'obligació paterna no finalitza en complir els fills els 18 anys. Arreu, la reflexió sobre aquest tema va partir del canvi transcendent que va tenir lloc als anys 70, en virtut del qual l'edat de majoria es va rebaixar dels 21 o 23 als 18 anys sense tenir en compte que la formació dels estudiants, que aleshores ja havien començat a accedir de manera massiva a les aules universitàries, sovint no conclou fins als 21-23 anys, o més.

A França, per exemple, la jurisprudència va respondre a aquesta realitat establint la regla segons la qual l'obligació de manteniment dels progenitors no s'acabava als 18 anys dels fills. Els tribunals francesos van destacar que el *Code civil* no fixava aquest límit enlloc i sobretot que l'obligació dels progenitors té com a finalitat dotar els fills amb les eines necessàries per assolir llur seva autonomia, cosa que sovint només s'aconsegueix després de l'edat de majoria. Amb el temps, no obstant, la jurisprudència francesa —amb la crítica unànime de la doctrina civil<sup>76</sup>— ha eixamplat la vigència de l'obligació de manteniment més enllà del temps i de les necessitats vinculades a la formació, i l'aplica a qualsevol jove que no troba feina per causa que no li és imputable. Per a la doctrina, aquest seria justament el terreny de l'obligació d'aliments entre parents i no de la de manteniment, que s'extingiria quan els progenitors hagin fet tot el que podien fer, ateses les aptituds i vocació del fill, per fer

---

74 Cf. APARICIO CAROL, cit. p. 61.

75 STSJ 25/2016, de 14 d'abril i 43/2017, de 9 d'octubre.

76 Vegeu REBOURG, cit. p. 1221. Més matisadament, HUGUES FULCHIRON, a P. Malaurie, H. Fulchiron, *Droit de la famille*, 5<sup>a</sup> ed., Issy-les-Moulineaux: LGDJ Lextenso, 2015, p. 767-770.

possible la seva autonomia econòmica. La paradoxa, a més, és que com que l'obligació de manteniment del fill major d'edat només s'aplica als aliments fornits al fill dependent en el marc del procediment matrimonial dels seus progenitors, el fill no podria reclamar-ho als seus progenitors en la via ordinària dels aliments.<sup>77</sup>

Entre nosaltres l'arribada a la majoria d'edat no provoca automàticament l'extinció de l'obligació dels progenitors de pagar les pensions alimentàries acordades durant la minoria d'edat del fill.<sup>78</sup> Tampoc no cal que el fill interposi una reclamació per seguir cobrant-les, ni cal confirmar d'alguna manera que hi té dret. El mateix títol creat durant la minoria d'edat és el que s'utilitzarà per reclamar-ne el compliment en via executiva. Els aliments als fills establerts durant la seva minoritat poden ésser modificats a la baixa, però l'arribada a la majoritat tampoc no és raó suficient per aconseguir aquest resultat.<sup>79</sup> Al contrari, les necessitats del fill habitualment creixen a causa de les despeses de la seva formació<sup>80</sup> i les pensions augmenten el seu import<sup>81</sup> o els obligats se'n fan càrrec, a títol de despeses extraordinàries, dels nous conceptes vinculats a la continuació de la formació.<sup>82</sup> En aquest sentit, a la nostra experiència jurídica no hi ha una transició abrupta, vinculada al diferent títol en què la pretensió del fill es basa en teoria des de la majoritat.

Per tant, malgrat la teòrica discrepància en el títol amb base en el qual s'abonen els aliments, durant l'etapa formativa aquests reben un tractament que correspon, de fet, amb la responsabilitat que recau sobre els progenitors de fornir als fills les eines adequades perquè assoleixin l'autonomia.<sup>83</sup> Resulta revelador que el dret aragonès hagi evolucionat per a donar un tractament diferenciat —encara que en la secció relativa a *l'autoridad familiar*— als aliments deguts al fill major d'edat mentre continua la seva formació, en clar contrast amb la resta de possibles pretensions alimentàries d'aquest envers els seus progenitors:

---

77 En aquest sentit, REBOURG, cit. p. 50.

78 APARICIO CAROL, cit. p. 191. Vegeu STSJC 21/2018, de 5 de març.

79 Entre moltes, SAP Tarragona, 1<sup>a</sup>, 394/2016, de 28 de setembre.

80 APARICIO CAROL, cit. p. 230 i 341.

81 Per exemple, vegeu SAP Girona, 1<sup>a</sup>, 425/2017, de 4 de desembre.

82 APARICIO CAROL, cit. p. 63.

83 Vegeu, no obstant, SAP Barcelona, 12<sup>a</sup>, 301/2014, de 7 de maig, que insisteix en la rellevància del canvi del títol per a la resolució del cas.

*Gastos de los hijos mayores o emancipados*

1. Si al llegar a la mayoría de edad o emancipación el hijo no hubiera completado su formación profesional y no tuviera recursos propios para sufragar los gastos de crianza y educación, se mantendrá el deber de los padres de costearlos, pero solo en la medida en la que sea razonable exigirles aún su cumplimiento y por el tiempo normalmente requerido para que aquella formación se complete.

2. El deber al que se refiere el apartado anterior se extinguirá al cumplir el hijo los veintiséis años, a no ser que, convencional o judicialmente, se hubiera fijado una edad distinta, sin perjuicio del derecho del hijo a reclamar alimentos.

Entre nosaltres, els aliments dels joves estudiants majors d'edat s'inclouen en l'obligació legal d'aliments, també durant la majoria d'edat, posat que s'acrediti un rendiment regular (art. 237-1 CCCat). Per tant, costejar les despeses de formació i les necessitats que hi estan vinculades forma part del deure que recau en els progenitors però també en altres ascendents —com confirma l'excepció que la llei fa dels germans (art. 237-2.3 CCCat). El canvi de títol pot provocar, tanmateix, un canvi en els límits que —des del punt de vista del seu benestar actual, o de la capacitat de reserva de béns per a estalvi— poden oposar els progenitors (i els altres ascendents). Mentre que durant la minoria d'edat el nivell de sacrifici és molt elevat, per a la cobertura a títol d'aliments de despeses en etapes posteriors de la vida del fill l'adequada ponderació dels interessos del fill amb relació a les circumstàncies dels progenitors pot implicar uns resultats diferents —per tenir en compte, per exemple, la previsió d'estalvi futur, les necessitats d'endeutament o la manca de liquiditat dels béns. Ara bé, si els deutors d'aliments no tenen problemes de capacitat econòmica, els fills estudiants tenen dret a rebre aliments destinats als costos de la seva formació en proporció al nivell econòmic que es correspon amb els recursos dels obligats (per exemple, per a realitzar viatges formatius, cursos de llengües o per a l'adquisició de llibres o material).

La ubicació de l'obligació alimentària envers els fills adults que continuen la seva formació no ha de confondre sobre el sentit de la disposició actualment numerada com a art. 237-1 CCCat, que pel que fa als fills (majors d'edat) es troba allunyada dels paràmetres generals de l'obligació d'aliments entre parents. En efecte, la noció mateixa de *continuació* de la pròpia formació apunta a la necessitat de superar el

decalatge temporal provocat pel canvi de regulació de la majoria d'edat.<sup>84</sup> El fonament de l'obligació envers els fills justifica la imposició del deure de compartir els propis recursos per fer possible que gaudeixin de les oportunitats a la vida que s'obririen al fill d'acord amb el nivell de vida dels seus progenitors-alimentants. Aquest resultat és possible amb l'actual configuració de l'obligació paterna, encara que seria molt més clar si el vincle entre educació-formació i continuació dels estudis després de l'edat de majoria estigués fixat per una norma legal referida a l'obligació de manteniment. No cal dir que la separació o el divorci dels progenitors tampoc no hauria d'afectar l'abast dels drets que té el fill envers aquests.

Efectivament: la separació o el divorci dels progenitors no hauria de comprometre la viabilitat d'una formació que, molt probablement, no hauria estat objecte de cap controvèrsia si s'hagués mantingut la unitat familiar. En el cas de les parelles separades o divorciades, bé pel conflicte inherent a la ruptura, bé per la major propensió del progenitor que no viu habitualment amb el fill a desentendre's del seu benestar, hi ha un risc més gran de desacord sobre les despeses en formació postobligatòria. Des d'aquest punt de vista, el desacord dels progenitors igual com el fet mateix de la separació, no poden perjudicar el fill, que n'és víctima i no actor. A diferència de la presumpció de raonabilitat de la manera com es gestionen els afers en la família intacta, en el cas de les famílies separades la raonabilitat d'una decisió, en relació amb el conjunt d'interessos en conflicte, passa per una valoració externa, si escau judicial.<sup>85</sup>

Aquesta és també la perspectiva de la pràctica judicial, que en aquest punt es caracteritza per assegurar als fills poder seguir una formació adequada a les circumstàncies personals i familiars i als recursos dels

---

84 Agudament, Albert RUDA comenta sobre l'art. 237-1 CCCat que «convé evitar tota impressió d'anormalitat en el fet que un major d'edat segueixi estudiant» («Comentari de l'art. 237-1» a J. Egea Fernández, J. Ferrer Riba (dirs.), E. Farnós Amorós (coord.), *Comentari al llibre segon del Codi civil de Catalunya. Família i relacions convivencials d'ajuda mútua*, Barcelona: Atelier, 2014, p. 981).

85 En aquest punt cal rebutjar que hi hagi un tracte discriminatori per als progenitors separats o divorciats. Això és així fins i tot en ordenaments on es pot concloure que els progenitors en família intacta tinguin cap obligació civil *mínima* envers els fills adults joves que resideixen a la llar familiar. Vegeu Sally F. GOLDFARB, «Who Pays For The “Boomerang Generation”? A Legal Perspective On Financial Support For Young Adults», *Harvard Journal of Law & Gender* 37 (2014), p. 45-106.



progenitors, imposant-los les despeses proporcionalment.<sup>86</sup> La regulació concreta dels detalls i les particularitats d'aquesta obligació d'aliments vinculada a la formació del fill té en compte aquesta realitat. Sempre que la capacitat econòmica dels progenitors ho permeti, aquests tenen l'obligació de costejar una formació d'acord amb les capacitats i les potencialitats del fill, sense que això depengui ni de la professió ni de la posició social dels progenitors.

¿Qui tria els estudis? Els autors francesos destaquen que, com que l'obligació de finançament roman però la potestat parental s'ha extingit, el fill és lliure de viure on vulgui i també de triar quins estudis vol cursar.<sup>87</sup> Ara bé: la jurisprudència posa a càrrec del fill la prova que els estudis que se segueixen tenen caràcter seriós i que posseeixen la capacitat de proporcionar-li una inserció professional; també que es tracti d'estudis adequats amb les seves aptituds i que es desenvolupen amb un rendiment adequat, encara que també s'admet que, en cas de fracàs escolar, això no es decisiu si ho expliquen les dificultats psicològiques del fill i del mitjà afectiu i social on evoluciona, o problemes de salut.

Pel que fa a la durada de l'etapa formativa, la seva raonabilitat s'ha de mesurar tenint en compte les circumstàncies, exigint-se als fills l'esforç i la diligència adequades. A Alemanya, per exemple, el BGH ha formulat el principi de reciprocitat (*Gegenseitigkeitsprinzip*) que informa tota aquesta matèria i del que es deriva la càrrega d'acabar en temps habitual els estudis, aplicant-hi l'esforç apropiat; la infracció d'aquesta càrrega comporta l'extinció de l'obligació sense plantejar-se si el fill ha assolit o no les condicions per a poder inserir-se professionalment.<sup>88</sup> Això també és coherent amb el fonament de l'obligació dels progenitors, car en allò que és llur responsabilitat han complert i és el titular del dret qui ha de fer-se càrrec dels inconvenients de no dur a terme la seva contribució a la fita cercada.

L'increment en la durada i els costos de la formació universitària, i en general de l'educació post-obligatòria, ha fet créixer el debat entorn a l'abast de les obligacions alimentàries envers els joves estudiants.

---

86 APARICIO CAROL, cit. p. 66. Per exemple, vegeu SAP Girona, 1<sup>a</sup>, 310/2014, de 18 de novembre.

87 Pascal BERTHET, *Les obligations alimentaires et les transformations de la famille*, Paris : L'Harmattan, 2000, núms. 39 ss.

88 PWW/SOYKA (8<sup>a</sup> ed, 2014) § 1610, n. 12.

Això s'ha concretat en demandes de fixar una edat topall en la qual ja no es podran meritjar aliments per aquell concepte, sense perjudici de la possibilitat dels fills de reclamar aliments segons les regles generals.

La introducció d'una edat fixa per a la durada temporal dels aliments als fills que continuen els seus estudis ja es va proposar a Alemanya l'any 1992 (27 anys). La proposta incloïa una «clàusula de duresa» que permetés allargar en casos considerats excepcionals en què el fill no hauria pogut culminar la seva formació per causes no imputables, com ara la malaltia o un accident. La proposta no va reeixir. La majoria de la doctrina opinava que el dret d'aliments no s'adiu amb regles fixes i que convé atendre sempre a les circumstàncies del cas.<sup>89</sup> En general, es considerava suficient amb atènyer-se a una interpretació estricta de les condicions legals, en particular pel que fa a la demostració que l'alimentista està duent a terme els seus estudis amb aprofitament, tal com actualment estableix el nostre dret.<sup>90</sup> Tot i així, en temps recents sembla haver guanyat pes l'opinió que considera que incorporar una edat-topall expressament a la pròpia llei, tal vegada amb una pròrroga en casos excepcionals, produeix una millora en la transparència de la situació per a ambdues parts.<sup>91</sup> Com ja he assenyalat, el dret aragonès, estableix la regla general segons la qual el deure dels progenitors de costejar les despeses de formació dels fills majors d'edat s'extingeix quan fan 26 anys. L'atenció a les circumstàncies del cas, que podrien fer possible assenyalar una edat diferent, més baixa o més alta, correspon a les pròpies parts o a la resolució judicial on s'hagi determinat l'obligació alimentària (art. 69.2 *in fine* CDFa). La proposta de l'*Asociación de profesores de derecho civil* s'inspira en aquesta norma, per bé que situa la regla al capítol general dels aliments entre parents i no preveu cap excepció ni supòsit en què l'alimentista pugui invocar circumstàncies que justifiquin mantenir l'obligació d'aliments vinculada a la seva formació després de l'arribada a l'edat establerta legalment.<sup>92</sup>

---

89 LIPP, cit. p. 2203.

90 Art. 237-1 CCCat. Darrerament vegeu per exemple STSJ 45/2018, de 31 de maig i STS 95/2019, de 14 de febrer.

91 GOLDFARB, cit. p. 104.

92 Vegeu arts. 219-16.2 («La obligación de dar alimentos al hijo mayor de edad... cesa... a) Al cumplir el alimentista la edad de veintiséis años») y 240-1.3. Aquest darrer fa referència al deure de l'alimentant de sufragar les despeses d'educació i formació, mentre que el primer als aliments deguts als fills majors d'edat que convisquin amb un dels seus progenitors i que «no gocen de autonomia econòmica» (art. 219-15).

Incorporar una edat-topall salvaria la validesa de moltes resolucions que ara la fixen sense base legal.<sup>93</sup> Tal vegada fora oportú pensar en incloure una clàusula de duresa per encabir situacions de força major que impedeixen complir els terminis legals. Novament, una millora sistemàtica clarificaria el panorama, separant els deures vinculats amb l'educació i els vinculats amb l'atenció a la falta de recursos econòmics dels fills.

## 3.2. Elements de l'obligació d'aliments dels progenitors

El fonament de la responsabilitat dels progenitors incideix sobre els elements que configuren llur obligació legal envers els fills, i en particular sobre l'aplicació de normes del títol general dels aliments entre parents per a integrar els dèficits de la regulació d'aquella.

### 3.2.1. Pressupòsits de l'obligació

1. Sovint s'explica amb bons arguments que els pressupòsits generals dels aliments legals —necessitat de l'alimentista, capacitat de l'alimentant— no són d'aplicació als fills menors.<sup>94</sup> Situar el fonament de les obligacions dels progenitors en la pròpia responsabilitat d'aquests en el fet de la procreació podria donar entenenent que cap dels dos pressupòsits no hauria de ser aplicable a l'obligació vinculada amb la relació de filiació.

Ho il·lustren les afirmacions del magistrat Xiol Ríos en el vot particular citat anteriorment:

«la obligación constitucional de asistencia del progenitor al hijo menor de edad reconocida en el art. 39.3 CE está vinculada exclusivamente a la mera circunstancia de la paternidad y la minoría de edad del hijo y los alimentos deben satisfacerse de manera proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe. De

93 Vegeu, amb criteris contraposats, SAP Girona, 1ª, 344/2014, de 19 de desembre (3 anys per finalitzar els estudis) i Barcelona, 18.ª, 760/2014, de 13 de novembre («no procede acordar el límite temporal de dos años, pues se ignora si en ese momento el hijo habrá terminado las oposiciones, pues se trata de una situación que no depende de él»).

94 Vegeu Javier SEOANE PRADO, «Prestaciones económicas: derecho de alimentos y pensión compensatòria», a P. González Poveda, P. González Vicente (coords.), *Tratado de derecho de familia: aspectos sustantivos y procesales: adaptado a las Leyes 13/2005 y 15/2005*, Sepín: Pozuelo de Alarcón, 2005, p. 365-442, 367.

ese modo, [...] la obligación constitucional de asistencia existía con carácter previo a la presentación de la demanda y permanece vigente con independencia de cualquier otra consideración —incluyendo que concurra o no una situación de necesidad— mientras se cumpla la doble condición constitucional de que entre alimentante y alimentista haya una relación de filiación y de que el alimentista sea hijo menor de edad del alimentante».

Generalment la doctrina civil també subratlla que l'obligació alimentària dels progenitors és incondicional<sup>95</sup> i que la seva exigibilitat no depèn del fet que la necessitat del fill provingui de la insuficiència de recursos propis.<sup>96</sup>

2. Tanmateix, aquesta conclusió no es correspon amb el fonament de l'obligació, que rau en una vulnerabilitat que típicament afecta els infants i joves, des del naixement i sobretot durant els primers anys de la seva vida. Però la responsabilitat que neix a càrrec dels progenitors pel fet de la filiació es projecta sobre ells perquè estan en millor posició per atendre'l que qualsevol altra persona. La vulnerabilitat típica que connecta amb el fonament de la institució es pot inferir de l'edat i les circumstàncies normals dels nens i joves a l'hora d'establir aliments al seu favor. És una necessitat *presumpta*, que a la realitat pot tenir i té excepcions. Ben mirat, resulta sorprenent concloure que els progenitors deuen aliments als fills encara que aquests tinguin mitjans per subvenir a les seves necessitats i els progenitors no.<sup>97</sup> Per tant, els pressupòsits que defineixen la relació obligatòria d'aliments —necessitat i capacitat— són d'aplicació a l'obligació dels progenitors, encara que no ho esmentin ni la CE ni alguns preceptes que mencionen específicament les obligacions alimentàries dels progenitors.

---

95 Vegeu M<sup>a</sup> Elvira AFONSO RODRÍGUEZ, «Comentario del art. 93» a A. Cañizares Laso, P. De Pablo Contreras, J. Orduña Moreno, R. Valpuesta Fernández (dirs.), *Código Civil comentado* vol. I, 2<sup>a</sup> ed., Civitas Thomson-Reuters: Cizur menor, 2016, p. 520-521.

96 Per tots, APARICIO CAROL, cit. p. 24 i 32.

97 Més matisadament, remarcant que «en ausencia de convivencia... cabe pensar que , en su caso, para fijar la cuantía económica de las pensiones alimenticias habrá que atender también a la evaluación de las necesidades y de las posibilidades del hijo (art. 93 y 146)», Helena DÍEZ GARCÍA, «Comentario del art. 154» a R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código civil*, Aranzadi Thomson Reuters: Cizur menor, 2013, p. 1574-1575.

3. La influència del fonament específic de l'obligació paterno-filial rau aleshores en la qualificació d'aquells pressupòsits quan s'apliquin a la necessitat dels fills o a la capacitat dels progenitors com a tals.

3.1 En coherència amb el fonament de l'obligació d'aliments dels progenitors envers els seus fills, durant la minoria d'edat la necessitat que justifica l'abonament d'aliments es pot presumir.<sup>98</sup> Típicament durant la infantesa i l'adolescència manquen als fills els mitjans per obtenir personalment rendes del seu treball o de la seva activitat professional o empresarial. Tanmateix, si en tenen, això comporta la reducció de les obligacions paternes adreçades al seu sosteniment.

En aquesta línia, s'explica com va resoldre la interessant STS 1007/2008, de 24 d'octubre. Aquesta sentència va confirmar la suspensió de la pensió alimentària acordada en la sentència de separació a càrrec del pare perquè la filla menor d'edat tenia prou ingressos per subvenir les seves necessitats. Noteu, per tant que la sentència no diu que els aliments als fills menors es deuen només si es demostra la necessitat, però va concloure que, en les circumstàncies del cas, ja no calia abonar-ne més perquè el pagament ja no es dirigiria a cobrir necessitats de la filla — que ja estaven cobertes per la beca de 851,43€ mensuals de la *Federación Española de Gimnasia*, que també s'ocupava de l'allotjament, manutenció i material esportiu mentre la nena residia a Madrid— sinó a crear un estalvi per a ella, o més probablement a augmentar la capacitat econòmica de la llar de la mare que en tenia formalment la guarda.<sup>99</sup>

En cas que el fill menor d'edat disposi de capital, per a atencions del seu sosteniment només n'hauria de consumir les rendes. El caràcter finalista de les obligacions dels progenitors vers l'objectiu de l'autonomia econòmica i personal dels fills<sup>100</sup> justifica que, primer, s'apliquin els recursos dels progenitors i només si aquests resulten insuficients, s'apliqui el capital, que en canvi és el criteri general quan a qui es reclama aliments és als parents que no són els progenitors. D'altra banda, el caràcter

---

98 RUDA GONZÁLEZ, cit. p. 994.

99 Vegeu no obstant, en sentit contrari, per al cas d'un fill jugador professional de bàsquet, la fitxa del qual incloïa totes les despeses i 2300€ al mes, la SAP Illes Balears, 4<sup>a</sup>, 246/2016, de 22 de juliol, va declarar que «no debemos olvidar que los hijos tienen derecho a compartir con sus padres sin cicaterías el nivel de vida y medios económicos de que éstos disponen, considerando a todas luces insuficientes la suma de 150€ mensuales ofrecida por el padre, dada su capacidad económica y situación profesional».

100 En aquest sentit, LIPP, cit. p. 64.

finalista del dret d'aliments dels fills menors d'edat també implica que, mentre estan formant-se, la necessitat dels fills es presumeix i no tenen l'obligació de treballar per a reduir l'abast de les obligacions que puguin correspondre als seus progenitors, tant si conviuen amb ells com si no.

D'acord amb el fonament que justifica el dret d'aliments dels fills, els recursos dels progenitors es comprometen per assegurar un nivell de vida decent per als fills. El paràmetre per identificar què és decent o adequat no és objectiu o genèric, sinó que ve determinat per la situació en la vida dels obligats a prestar aliments. No es tracta de garantir allò que qualsevol persona de determinada edat, en les mateixes circumstàncies de temps i lloc necessitaria per a viure, sinó allò que es correspon amb les necessitats que, en atenció als seus recursos, poden cobrir les persones obligades a abonar aliments.<sup>101</sup> Per això, si els recursos d'aquests són suficients per a assolir un nivell de vida superior al mínim o bàsic, les necessitats a cobrir amb els recursos dels progenitors han d'augmentar en la mateixa mesura. L'abast de l'obligació dels progenitors, per tant, no es redueix a un import mínim vital, sinó que es parteix del criteri que el fill ha de poder gaudir d'un nivell de vida que no sigui notòriament inferior al de qualsevol dels seus progenitors.

Els tribunals acostumen a subratllar que l'abast de l'obligació paterna envers els fills menors és més ampli que la que deriva de la descripció dels ítems per l'art. 237-1 CCCat o per l'art. 142 CC, i que, per tant, pot abraçar conceptes que potser no encaixen del tot en aquella descripció. En canvi, els deures alimentaris *d'altres parents* envers els menors d'edat que ho necessitin per l'absència o la impossibilitat dels seus progenitors, no abraçarien els mateixos conceptes, ni podrien quantificar-se de la mateixa manera. En altres mots: les obligacions dels altres parents no augmentarien pel fet que el creditor fos menor d'edat; contràriament les obligacions dels progenitors estan caracteritzades per aquest fet tant qualitativament com quantitativa.

En aquest sentit, la STS 120/2016 de 2 de març va afirmar que certes despeses podien exigir-se a la mare a títol d'aliments però no als avis, a qui aquella va demandar en nom de la seva filla menor d'edat. La fórmula és correcta, encara que l'aplicació al cas concret potser no: es reclamava als avis conceptes que entrarien en la formació bàsica de la nena -suport escolar, educació musical- que, si poden, han de costejar.

---

101 PWW/ΣΟΥΚΑ (8ª ed, 2014), §§ 1601 ss, núm. 6.

Segurament el TS va desestimar la demanda perquè, atesa la més aviat escassa capacitat econòmica dels avis, entenia que no se'ls podia exigir que reduïssin encara més el seu consum per finançar complements formatius de la néta.

3.2 En seu d'aliments en general, el principi és que les pròpies necessitats són prioritàries (art. 237-13.1 CCCat) i que, a més, es defineixen amb un estàndard d'adequació que fa pensar que el cridat només estarà obligat a prestar els aliments que se li reclamen si no ha de reduir substancialment el seu nivell de vida.

Aquest plantejament no s'aplica als progenitors en relació amb els aliments que deuen als seus fills durant la minoria d'edat. L'obligació no té com a objecte assegurar la subsistència sinó també el desenvolupament del fill. Coherentment amb el fonament que justifica la seva obligació, el principi general en aquest cas és que els progenitors han d'assegurar amb tots els mitjans de què disposin que el fill gaudeix d'un nivell de vida decent, incloent en els recursos dels progenitors els que derivin de la capacitat de treball no utilitzada i que seria exigible al progenitor que ha d'abonar aliments.<sup>102</sup> La major exigibilitat de l'obligació d'aliments dels progenitors també té un impacte sobre el tractament del capital disponible en defecte de rendes o de productes de l'activitat personal. Mentre que en general als parents no els és exigible disposar del capital quan no tenen ingressos amb els que poder atendre un parent necessitat, el fonament de la responsabilitat dels progenitors limita la possibilitat d'invocar que el capital es pot necessitar per atendre necessitats futures.<sup>103</sup>

El progenitor es pot alliberar quan acredita que no té cap mena de recurs per a prestar aliments als fills. Això també és coherent amb el fonament de l'obligació, on el progenitor és el primer garant de les necessitats típiques del fill, però *in concreto*, d'acord amb els seus recursos

---

102 En dret alemany això s'anomena *zumutbare Erwerbstätigkeit*. Aquest element és molt important en relació a prestacions socials subsidiàries i a la facultat de repetició de les quantitats esmerçades en interès del titular del dret d'aliments. Això explica per què, quan la intervenció dels serveis d'assistència social està garantida i és eficaç, els sistemes més desenvolupats han generat el concepte de mínim vital *del progenitor (notwendiger Selbstbehalt)* davant la subsidiarietat de la protecció social, encara que formulat com a límit a la pretensió d'aliments del fill.

103 Cf. APARICIO CAROL, cit. p. 37 (l'autor troba a faltar suport legal al deure de disposar del capital, per bé que alhora considera discutible aquesta conclusió respecte a fills menors o majors dependents).

i amb la situació que es troba a la vida, no com a subrogat d'una teòrica obligació abstracta col·lectiva. Si no es pot acreditar cap mena de recurs del progenitor, ni imputar-li una capacitat de treball que justifiqui la meritació i, si escau, la reclamació posterior de les pensions alimentàries corresponents, l'obligació del progenitor s'extingirà fins que obtingui mitjans per a prestar aliments al fill. La càrrega del sosteniment dels seus fills passarà aleshores bé exclusivament a l'altre progenitor o bé als altres parents obligats a fer-ho subsidiàriament.

Aquest és el punt al que ha acabat arribant la jurisprudència del TS i del TSJC, abordant amb realisme la situació a què havia abocat el criteri contrari de nombroses audiències provincials.<sup>104</sup> En molts casos, aquestes han fixat, al marge de la situació econòmica real del pare o de la mare, un import a títol de «mínim vital» del fill menor d'edat.<sup>105</sup>

El TS ha reconegut que cal

«un tratamiento jurídico diferente según sean los hijos menores de edad, o no, pues al ser menores más que una obligación propiamente alimenticia lo que existen son *deberes insoslayables inherentes a la filiación, que resultan incondicionales de inicio con independencia de la mayor o menor dificultad que se tenga para darle cumplimiento o del grado de reprochabilidad en su falta de atención*».

Però a la mateixa STS 55/2015, de 12 de febrer també va concloure que

«cualquier obligación exigible en la actualidad será ilusoria por la pobreza absoluta de la recurrente» ... «en tales situaciones el derecho de familia poco puede hacer, a salvo las posibilidades que se recogen

---

104 Una bona síntesi del tema a APARICIO CAROL, cit. p. 184 i següents. En general, Ana Isabel HERRÁN ORTÍZ, «La nueva realidad socio-económica de las familias y su incidencia en los procesos matrimoniales y de menores» a M<sup>a</sup> I. Álvarez Vélez, J. L. Rey Pérez (dirs.), *Derecho y pobreza*, Aranzadi, Thomson Reuters: Cizur menor, 2015.

105 Pel que fa a les Audiències Provincials de Catalunya, entre d'altres, vegeu SAP Barcelona, 12<sup>a</sup>, 363/2012, de 24 de maig o Tarragona, 1<sup>a</sup>, 98/2014, de 12 de març, entre moltes altres. Les sumes solen oscil·lar entre els 100 i els 200 euros mensuals. La SAP Barcelona, 12<sup>a</sup>, 10 de juliol de 2000 (JUR 2000, 295093) havia considerat que una discapacitat del 94% del pare constituïa «uno de los supuestos excepcionales de exención o cesación de la prestación alimenticia, pues el aquí demandado no puede subvenir siquiera a sus propias necesidades, lo que comporta que, por imposibilidad manifiesta de prestarla, deba quedar suprimida y sin efecto 'ab initio' la obligación alimenticia respecto a su hijo» (èmfasi afegit).



en las sentencias citadas, debiendo ser las Administraciones públicas a través de servicios sociales las que remedien las situaciones en que tales mínimos no se encuentren cubiertos».

La prova de l'absència de mitjans que pugui arribar a justificar la suspensió és molt rigorosa i exigent.<sup>106</sup> Són força les sentències que, encara que revoquin la resolució d'instància, no suspenen sinó que només redueixen la pensió alimentària a càrrec del pare o mare en situació de pobresa.<sup>107</sup>

La STS 484/2017 de 20 juliol ha culminat l'evolució de la jurisprudència i ha conclòs que es pot acordar la suspensió —no vol dir-li extinció— de l'obligació d'una mare d'abonar les pensions alimentàries de 150€ acordades a favor de les seves filles, en vista de la situació d'extrema vulnerabilitat i de total desemparament —econòmic, social i assistencial— en què aquella es trobava.<sup>108</sup>

Sembla clar que, amb l'assignació de pensions mínimes, els tribunals persegueixen evitar que els pares es desentenguin definitivament dels seus fills un cop suspena la seva obligació. S'intueix que fins i tot els deutors que ho tenen més difícil, si no pateixen alguna discapacitat que

---

106 Ho subratlla AFONSO RODRÍGUEZ, cit. p. 522.

107 Així es va esdevenir a la STS 55/2015 de 12 de febrer, relativa als aliments a un fill menor greument discapacitat (mínim de 150€), o a la STS 413/2015, de 10 de juliol, sobre un pare condemnat a abonar 100€ a cada filla, doncs altrament es trobaria a la indigència. Vegeu també STS 586/2015, de 21 d'octubre, referent a un pare amb ingressos de 596€, on es considera que 250 € de pensió pels dos fills és desproporcionat i s'acaba fixant la pensió en 100€ mensuals. En alguns casos, es conclou que no es dona la situació de pobresa absoluta perquè el demandant té o pot tenir recursos (com els provinents de la indemnització per acomiadament, STS 676/2017, de 15 de desembre), o bé perquè el tribunal presumeix que té més ingressos que les migrades prestacions públiques que s'al·leguen (STS 275/2016, de 25 d'abril). En la STS 564/2014, de 14 d'octubre, el pare estava empresonat però hauria disposat de béns contra els que fer efectiva l'obligació alimentària. Contràriament, la STS 752/2016, de 22 de desembre, aplica el recurs excepcional de la suspensió de l'obligació «hasta que el demandado obtenga un régimen penitenciario que le permita obtener ingresos con que cubrir el importe de la pensión o recobre la libertad».

108 La STS 111/2015, de 2 de març havia arribat a la mateixa conclusió perquè s'havia provat suficientment l'absència total de recursos del pare per fer front als aliments. La STSJC 58/2017, de 23 de novembre ha aplicat la doctrina jurisprudencial del TS que determina l'excepcional suspensió de l'obligació en cas de pobresa absoluta, per bé que acaba fixant un mínim d'aliments a càrrec del pare tenint en compte, indirectament, que la seva família biològica i l'actual parella li proporcionaven aixopluc, cosa que li facilitava accedir als 75€ mensuals que hauria de pagar.

ho impedeixi, poden aconseguir algun recurs.<sup>109</sup> Aquest és el rerefons de les normes que, en altres sistemes jurídics, fixen pensions mínimes al marge de la capacitat econòmica dels obligats. Val a dir, tanmateix, que ja s'ha constatat que aquesta estratègia no augmenta la recaptació i limita molt les possibilitats de cobrar en el futur, perquè genera endarreriments excessius i implica sovint la persecució penal de l'obligat.<sup>110</sup>

### 3.2.2. *Quantia dels aliments*

1. Com s'arriba a una xifra i com es tenen en compte les proves aportades en el procés on es fixen les pensions alimentàries són fets que sovint queden en la penombra.

En aquest sentit, la STSJC 34/2017, de 20 de juliol va declarar que

«la determinación de la cuantía no ha de ser necesariamente aritmética o matemática»

i també que s'han de tenir en compte

«las circunstancias concurrentes en los miembros de la familia que deban sufragarlos y conforme a los criterios más acordes con su nivel de vida o “status” actual».

Igual com s'esdevé en altres aspectes, no hi ha cap regla específica de l'obligació alimentària dels progenitors que reguli aquest punt. La

---

109 La STS 686/2016, de 21 de novembre també va refusar el recurs, apuntant a la jove edat del demandant, al fet que va tenir un lloc de treball i a que s'havia acreditat que disposava de mitjans per costejar-se tota mena de despeses. Semblantment, la STS 285/2014 de 21 de maig refusà suspendre l'obligació d'un pare aturat, que treballava d'autònom en hostaleria i no cobrava cap prestació social, tot dient que encara que no tingués feina, sí que tenia condicions per trobar-ne «y no acredita que haya efectuado un intento serio de superar su situación de desempleo, pese a su joven edad y ausencia constatada de enfermedades».

110 Un treball recent de BRINIG I GARRISON conclou que «there is no obvious value in using an unrealistic, fictional income value to produce an award that will not be paid and will cost the state money for futile collection efforts» («Getting Blood From Stones: Results And Policy Implications Of An Empirical Investigation Of Child Support Practice In St. Joseph County, Indiana Paternity Actions», *Family Court Review* 56 (2018) p. 521-543, 537). En la doctrina espanyola, molt crític amb el criteri de la jurisprudència menor, Àngel CARRASCO PERERA, «El “mínimo vital” alimenticio: “De paupertate non curat praetor”», *Actualidad Jurídica Aranzadi* 915/2016 (BIB 2016\478).

jurisprudència s'atè per això al principi de proporcionalitat de què parteixen els textos legals. En el doble sentit de proporcionalitat de la pensió d'aliments en funció de les necessitats del creditor i dels mitjans econòmics i possibilitats del deutor (art. 237-9.1 CCCat), però també de proporcionalitat en la distribució de la càrrega en funció dels recursos econòmics i possibilitats de cadascun dels obligats simultàniament a prestar aliments (art. 237-7.1 CCCat).<sup>111</sup>

La STSJC 59/2016, de 14 de juliol resumeix la doctrina jurisprudencial tot dient que

«la proporcionalitat... ha de considerar el binomi 'necessitat' de qui ha de rebre'ls i 'possibilitat' de qui els hagi de satisfer, per la qual cosa, en cada cas concret s'han de ponderar els dos factors, tenint en compte, pel que fa a l'obligat, els recursos propis, les seves possibilitats, els mitjans econòmics, i fins i tot les rendes i el seu patrimoni».

2. La conceptuació de la regla de la proporcionalitat en línia amb el fonament de l'obligació d'aliments dels progenitors portaria a pensar que la quantia dels aliments hauria de connectar-se de manera automàtica amb el nivell de vida dels progenitors. Tanmateix, això no és ben bé així. Com he dit, quan la capacitat econòmica del progenitor és molt baixa o inexistent, els tribunals són reticents a eximir els progenitors del deure d'aliments, llevat de casos molt excepcionals. Per altra banda, quan la capacitat econòmica dels progenitors és molt elevada el principi de proporcionalitat també queda en entredit.

Ho va encertar a dir la STS 569/2014, de 14 d'octubre:

«no se trata de que el progenitor no custodio aporte una mayor contribución cuando gana más, sino de que con la que aporta (1.200 euros mensuales, unida a la equivalente de la recurrente) se considere que las necesidades ordinarias de los hijos quedan cubiertas».

Per tant, a desgrat de la repetició constant de la idea de proporcionalitat, aquest concepte no es porta a les seves darreres conseqüències. Per als més pobres, sovint es manté en vigor l'obligació tot i la precarietat econòmica del progenitor obligat. A més, els tribunals han rebutjat de manera constant la fixació judicial d'aliments amb criteris

---

<sup>111</sup> STSJC 32/2018, de 12 d'abril.

percentuals sobre les rendes de l'alimentant, cosa que podria facilitar l'ajustament dels imports en funció de la millora o l'empitjorament de la situació del deutor. El principi de proporcionalitat cedeix el pas a la garantia teòrica d'una seguretat econòmica per al creditor, i és l'alimentant qui ha d'ocupar-se de preveure possibles fluctuacions en els seus ingressos.<sup>112</sup> Per als més rics, l'aplicació de quanties habituals o típiques produeix com a conseqüència una diferència notòria entre el nivell de vida de què gaudeix el progenitor obligat a prestar aliments i el nivell de vida dels fills que no viuen amb ell.

Malgrat la idea de proporcionalitat, és habitual veure acordar pensions de 100€ o 200€ mensuals a càrrec de pares desnonats o gairebé en la indigència i alhora pensions alimentàries de 325€ o 400€ mensuals per fill en parelles on tots dos tenen ingressos i on el pare o la mare guanya més de 6000€ mensuals o té un patrimoni considerable. El model aplicat a la pràctica no és proporcional. Més aviat es pot qualificar de regressiu, car els obligats amb rendes altes o molt altes abonem quanties que no arriben ni remotament a les proporcions que les sumes habitualment acordades pels tribunals representen en sectors socials de rendes baixes o molt baixes. Aquesta opció és admissible d'acord amb el fonament de l'obligació d'aliments dels progenitors, sempre i quan la diferència de nivell de vida entre els fills i els obligats a prestar-los aliments i assegurar-ne les oportunitats a la vida pugui qualificar-se de raonable atesos els recursos econòmics dels seus progenitors. El fonament de l'obligació dels progenitors requereix que els que tenen més ingressos o patrimoni costegin despeses més elevades pel que fa a la formació i a les oportunitats de desenvolupament dels fills, mentre que no és raonable, ni per tant exigible, una equalització total de nivells de vida<sup>113</sup> ni costejar despeses supèrflues o diríem *sumptuàries*, com per exemple l'adquisició d'un iot o costejar una intervenció de cirurgia estètica.<sup>114</sup>

---

112 Ho tracta molt bé APARICIO CAROL, cit. p. 253-256.

113 Als EUA s'ha proposat que en els barems pel al càlcul de les pensions alimentàries s'hi estableixin topalls màxims en casos de progenitors molt rics per tal de garantir-ne la raonabilitat de l'import. Vegeu Margaret RYZNAR, «The Obligations of High-Income Parents» *Hofstra Law Review* 43 (2014) p. 481-509.

114 APARICIO CAROL, cit. p. 239-240.

### 3.2.3. Extinció de l'obligació d'aliments als fills

La darrera gran qüestió és si les causes generals d'extinció dels aliments legals entre parents són aplicables, totes elles o només algunes, i en el seu cas amb quina extensió, a les obligacions alimentàries dels progenitors.

1. Tant la mort de l'alimentista com de l'alimentant (art. 237-13.1 a) CCCat) constitueixen causes comunes a ambdós tipus d'obligacions, atès el caràcter personalíssim que se'n deriva del fonament.<sup>115</sup>

2. La qüestió de la manca de capacitat econòmica del deutor i de l'atenció preferent a les seves pròpies necessitats (art. 237-13.1 c) CCCat), s'ha comentat amb anterioritat, on he subratllat que aquest límit és coherent amb el fonament de l'obligació —que fa que aquesta no pugui ser *incondicional* en el sentit que obliga fins i tot qui no té ni pot tenir mitjans per satisfer-la o que s'ha d'abonar amb independència dels mitjans de què disposa el fill. En qualsevol cas, és natural que a la pràctica s'apliqui molt estrictament respecte als aliments dels fills menors d'edat, que es presenti com a suspensió (sense terminis, encara que en ocasions amb caràcter temporal) i que aquesta excepció trobi una justificació pràctica en la necessitat d'evitar que la situació del progenitor que no pot abonar les pensions empitjori a causa de l'acumulació d'un deute impossible d'abonar i que pot comportar-li conseqüències penals de molta consideració. Pel que fa als fills majors d'edat, i en particular en relació amb les despeses vinculades a la continuació de la pròpia formació, cal remarcar que la composició dels diferents interessos en joc implica ponderar adequadament la situació econòmica present i futura dels progenitors a l'hora d'establir o modificar llur contribució a les despeses educatives dels fills: la proximitat de la jubilació, la reserva de capital adequat per a futures necessitats mèdiques, assistencials o similars, la projecció de

---

115 Una reflexió addicional seria fins quin punt la responsabilitat paterna s'hauria de projectar més enllà de la mort de l'obligat, quan la defunció es produís mentre el fill és menor d'edat, o major d'edat en fase de formació. A partir d'aquest element no cal qüestionar la intransmissibilitat *mortis causa* de l'obligació d'aliments, ja que típicament el fill heretarà al seu pare o mare, però sí impulsar una nova configuració del deure de llegítima on la dualitat responsabilitat-solidaritat familiar també es projecti sobre la funció d'aquesta institució successòria i permeti determinar un abast quantitatiu més flexible (que podria anar més enllà de la quarta part, si és necessari) i una delimitació qualitativa vinculada als mateixos conceptes que hauria hagut d'assumir el causant si vivia.

necessitats vinculades a l'atenció d'altres fills, són aspectes que poden justificar traslladar una part del cost de la pròpia formació sobre el fill.

3. La millora de les condicions de vida de l'alimentat, de manera que faci innecessària la prestació (art. 237-13.1 d) CCCat), és una referència vinculada clarament als aliments entre parents, que funcionalment s'adrecen a pal·liar necessitats eventuais i susceptibles de superar-se. Pressuposa que el parent titular del dret als aliments ja no es troba en la situació de necessitat que justificava la prestació d'aliments per la persona obligada.

En el cas dels fills majors d'edat que han acabat els seus estudis o que en general no estudien i continuen depenent dels seus progenitors, el criteri sostingut de la jurisprudència és que la pensió no es pot suprimir, *rebus sic stantibus*, sempre que s'acrediti un esforç diligent a intentar trobar feina.<sup>116</sup> Posat que aquesta càrrega es pugui considerar satisfeta, la llei obliga a prestar aliments als progenitors o, subsidiàriament, a d'altres parents.

Els textos legals responen a una visió de la transició a la vida adulta que fa dècenns que ha quedat obsoleta. El concepte clàssic on la joventut seria un període d'espera durant el qual els individus anirien acumulant mèrits orientats a assolir una situació d'independència passant de la total dependència respecte als pares a una situació de plena llibertat i autosuficiència (edat adulta) ha saltat pels aires. Els sociòlegs parlen de *trajectòries*, perquè arribar a l'adulthood s'ha complicat i les etapes ja no són irreversibles, per contrast amb la concepció de procés lineal i progressiu implícit en la noció de transició. S'inventen termes com ara *adultolescents* o *boomerang kids*, on es posa l'accent en la situació que viuen els joves, molt diferent de la de generacions anteriors. Els problemes arreu són semblants, per bé que ni les respostes socials ni les legals són ben bé

---

116 La STS 700/2014, de 21 de novembre va revocar en aquest punt la d'apel·lació, que havia extingit els aliments perquè «previsiblement accederà al mercado laboral». El TS va tenir en compte la situació d'atur generalitzat que afecta el jovent en el mercat laboral espanyol. Semblantment ho havia fet la STS 432/2014, de 12 de juliol, respecte una sentència que havia eliminat els aliments a una filla de 25 anys que no tenia feina, malgrat tenir el títol de mestra en educació especial. Segons el TS, «[pese a] la concurrencia de titulación profesional en la hija no podemos aceptar que ello le impida percibir alimentos del padre, dado que no se acredita la percepción de ingresos por parte de la misma ni que carezca de la necesaria diligencia en el desarrollo de su carrera profesional».

les mateixes.<sup>117</sup> Entre nosaltres, les estratègies d'emancipació fan que sigui molt tardana: cal aconseguir una estabilitat econòmica inicial per abandonar la llar familiar, a fi de mantenir la condició social d'origen i assolir una mobilitat ascendent o allargar l'etapa de formació per tenir més possibilitats d'èxit laboral en el futur. La crisi ha reforçat aquest model i ha endarrerit encara més la incorporació de la població jove al mercat de treball, en un clima de sobreprotecció on es combinen la satisfacció de les necessitats vitals i un alt grau d'autonomia personal. Alhora, moltes famílies aposten per la formació universitària però la rigidesa del mercat laboral ha comportat una sobrequalificació de la població jove, que quan troba feina sovint no és allò per al que s'ha preparat, amb la consegüent frustració.<sup>118</sup>

En general, la pràctica jurídica s'acomoda amb aquest model social, en el sentit que allarga l'obligació d'aliments i ha estat força tolerant amb les actituds que caracteritzen molts joves respecte a prendre riscos i a assumir més responsabilitats en el món laboral.<sup>119</sup> No obstant això, la popularització d'estereotips negatius —com els *nini*<sup>120</sup> o les mares a qui es culpabilitza de la suposada desídia dels fills<sup>121</sup>, i també la desqualificació

---

117 Els sociòlegs identifiquen quatre models d'emancipació residencial de la població jove. D'una banda el *nòrdic* on l'emancipació es produeix molt d'hora afavorida per potents ajuts públics, encara que sovint reforçada durant un temps per suport familiar en diners. En el model *continental* (com a França) també s'afavoreix l'emancipació residencial, per bé que subvencionada per la família i no per l'estat, en el benentès que viure fora de casa es considera un pas necessari en el procés natural d'evolució personal. El tercer model l'*anglosaxó* es caracteritza perquè els joves surten de casa també molt aviat, perquè els mercats laboral i d'habitatge són molt accessibles. La sortida de la llar parteix de l'acceptació social del risc i de la inestabilitat en els processos d'independència o emancipació. El nostre model es defineix com a *mediterrani* i és comú a les societats del sud d'Europa (Portugal, Itàlia, Grècia, Espanya).

118 Juan Carlos BALLESTEROS GUERRA, Ignacio MEGÍAS QUIRÓS, Elena RODRÍGUEZ SAN JULIÁN, *Jóvenes y emancipación en España*, Madrid: FAD, Fundación de Ayuda contra la Drogadicción, 2012, *pàssim*.

119 Molt crítica al respecte, Yolanda B. BUSTOS MORENO, «Consideraciones acerca de la conveniencia de limitar el derecho de alimentos de los hijos mayores de edad», *RDP*, 2018, p. 113-146, esp. p. 127. Més matisadament Aurelio BARRIO GALLARDO, «Pensiones de alimentos y convenio regulador», *Indret* 3/2017, p. 28.

120 És recurrent la citació de la STS 1 de març de 2001, que va fer esment de la necessitat d'evitar «una situación pasiva de lucha por la vida, que podría llegar a suponer un “parasitismo social”». Algunes resolucions, tanmateix, no s'estan de qüestionar el tòpic del fill paràsit atesa la dificultat de l'entorn per accedir a una mínima autonomia econòmica. Vegeu per exemple, SAP A Coruna 226/2014, de 4 de juliol.

121 Un exemple paradigmàtic és la interlocutòria AP Barcelona, 12<sup>a</sup>, 18 d'octubre de 2017.

de la formació postobligatòria— són una eina dialèctica molt útil per a deslegitimar els deures legals dels progenitors envers els seus fills.<sup>122</sup> En la jurisprudència més recent s'aprecia menys tolerància envers els joves<sup>123</sup>, tal vegada a causa de la influència dels estereotips que tendeixen a ridiculitzar els que no han aconseguit l'objectiu d'autonomia econòmica a què tothom hauria d'aspirar. En molts casos, per exemple, amb base en els termes literals de l'art. 233-4 CCCat —que diu «fins que els dits fills tinguin ingressos propis o *estiguin en disposició de tenir-ne*» [èmfasi afegit]—, s'estima que n'hi ha prou amb que es trobin en condicions d'accedir a una feina que hipotèticament pugui reportar ingressos<sup>124</sup> perquè cessi l'obligació d'aliments envers els fills majors d'edat.<sup>125</sup>

Cal anar molt en compte amb la influència d'aquests esbiaixos: els tribunals poden tenir la temptació de corregir el que es representa com excessos del nostre model social (sobreprotecció i sobrequalificació) i voler enviar un missatge en forma de tracte més exigent als joves que depenen de les pensions que abonen els seus progenitors. El resultat serà que els fills i filles de divorciats seran aleshores no només els que estadísticament tenen més fracàs escolar, pitjors perspectives per accedir a la universitat i més risc de pobresa, sinó que també seran tractats molt pitjor a com són tractats els seus companys i companyes que, en similars circumstàncies econòmiques i personals, viuen en una llar on els progenitors encara no

---

122 En aquest sentit, GOLDFARB, cit. p. 47 (l'autora destaca el caràcter global d'aquest relat estigmatitzador).

123 A la STS 558/2016, de 21 de setembre, el TS conclou que la mare no pot reclamar aliments en nom del seu fill major d'edat perquè ha quedat provat que ella mateixa estaria en condicions de donar-li feina a la seva agència immobiliària. A la STS 635/2016, de 25 d'octubre s'acorda extingir anticipadament uns aliments fixats per a 3 anys, perquè la filla, ja graduada, es pot presentar a una propera convocatòria de places.

124 Respecte a l'art. 152,3r CC, en aquest sentit vegeu BUSTOS MORENO, cit. p. 126-127.

125 Vegeu entre moltes altres SAP Barcelona, 18<sup>a</sup>, 625/2012, de 25 de octubre de 2012, 96/2014, 11 de febrer, 113/2013, de 17 de desembre i 317/2014, de 13 de maig. Segons Joaquim BAYO DELGADO, en canvi, el límit esmentat «subratlla la necessitat que els fills tinguin diligència en els estudis o la recerca de treball» (èmfasi afegit) («Comentari de l'art. 233-4» a J. Egea Fernández, J. Ferrer Riba (dirs.), E. Farnós Amorós (coord.), *Comentari al llibre segon del Codi civil de Catalunya. Família i relacions convivencials d'ajuda mútua*, Barcelona: Atelier, 2014, p. 406). Val a dir que l'extinció es refereix, exclusivament, al dret a les pensions alimentàries acordades en processos matrimonials. Per tant, sense perjudici del possible dret als aliments del fill que roman en una situació de necessitat, i que hauria de demanar en un procediment diferent (en aquest sentit, vegeu SAP Barcelona, 18<sup>a</sup>, 21 de setembre de 2016).



s'han separat.<sup>126</sup> Entre nosaltres, el resultat pràctic serà que el progenitor amb qui és habitual que segueixin convivint —típicament la seva mare— s'haurà de fer càrrec tot sol de les despeses, si pot, augmentant el risc de pobresa d'aquella la llar i les dificultats per a tots els seus membres.

3. L'art. 237-13.1 e) CCCat estableix l'extinció de l'obligació d'aliments pel fet que l'alimentat incorri en alguna causa de desheretament. L'extinció definitiva de l'obligació —o almenys fins a la reconciliació amb l'alimentista, que haurà de demostrar el fill necessitat— es configura com una sanció civil que es justifica com a contrapunt del fonament en la solidaritat familiar del deure d'aliments envers qualsevol parent necessitat, inclosos els propis fills.

Val a dir que tradicionalment les causes de desheretament incorporaven conductes greument injurioses i que aquestes, com a sancions civils, s'havien d'interpretar de manera estricta. L'art. 451-17 CCCat, en canvi, determina la inclusió de conductes d'extrema gravetat —algunes de les causes d'indignitat— però també d'altres supòsits, com el maltractament greu a l'obligat a prestar aliments (o al seu cònjuge o convivent en parella estable, o als ascendents o descendents) i des de 2008 la més oberta i relativa consistent en l'absència manifesta i continuada de relació familiar entre alimentant i alimentista per una causa exclusivament imputable al legitimari.

Bona part de la doctrina sosté que cap de les causes de desheretament no extingeix els aliments dels progenitors envers als fills *menors d'edat* subjectes a potestat parental, atesa la unilateralitat que caracteritza l'obligació paterna i al fet que, malgrat la situació imputada al fill, això no suspèn ni extingeix la potestat dels progenitors. Respecte als fills *majors d'edat*, en canvi, el criteri més generalitzat apunta que totes les causes d'extinció de l'obligació d'aliments els serien d'aplicació.

El fonament de l'obligació dels progenitors envers els fills implica que aquesta obligació sorgeix amb el naixement i que hauria de finir quan s'assoleix l'objectiu que la justifica, que en les actuals circumstàncies hauria de ser normalment un temps després de la majoria d'edat en funció de les capacitats i aptituds del fill. Tanmateix, la llei estableix

---

126 Leslie Joan HARRIS, «Child Support for Post-secondary Education: Empirical and Historical Perspectives», *Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers* 29 (2017), p. 299-329.

que la responsabilitat dels progenitors s'extingeix si es pot imputar al fill alguna causa de desheretament.

Aquest resultat és discutible especialment respecte a la manca de relació familiar entre alimentant i alimentista. A la vista del fonament de l'obligació paterna, la inclusió d'aquest supòsit suposa que un dret dirigit a assegurar l'autonomia personal dels fills s'ha transformat en una mena de contraprestació, on el creditor d'aliments té la càrrega de mantenir *velis nolis* una relació personal amb el progenitor obligat a prestar-los. Com s'ha dit abans, els aliments deguts als fills no es justifiquen com a contraprestació actual per una utilitat, emocional o econòmica, que els fills puguin oferir a l'obligat a prestar els aliments. Són els mitjans per assegurar-los el sosteniment i una possibilitat raonable d'autonomia futura, a través de la formació i l'educació que correspon a llurs capacitats i aptituds. Per això, quan es tracta de fills menors d'edat tothom està d'acord que les vicissituds perquè passin els drets-deures de guarda o de relacions personals amb els fills no han d'impactar sobre les obligacions alimentàries de qualsevol dels progenitors.<sup>127</sup> El pas de la situació de minoria d'edat a la de majoria no hauria de modificar el règim jurídic pel que fa a l'obligació paterno-filial d'aliments. No obstant, el transcendent canvi de títol que es produeix en l'actualitat provoca que canviï el règim jurídic respecte als fills majors d'edat que continuen la seva formació amb el rendiment regular que demana la llei. En aquests casos, l'aplicació als fills majors d'edat de l'esmentada causa d'extinció del seu dret i l'alliberament dels progenitors allunya la norma del fonament basat en la responsabilitat paterna.

L'experiència a la pràctica judicial fins a l'actualitat és força ambivalent, tot i que tendeix a mirar amb prevenció l'aplicació d'aquesta causa de desheretament a les obligacions d'aliments envers els fills.<sup>128</sup> Pel que fa als fills majors d'edat, la STSJC 11/2017, de 2 de març va tractar el tema per primer cop. Aquesta sentència va resoldre el cas d'una jove de 21 anys, que rebia aliments des dels 4 arran de la ruptura de la relació de parella dels seus pares. El pare pretenia deixar d'abonar la pensió perquè la filla «no mantenia cap mena de tracte amb ell ni amb la família paterna des de feia més de dos anys» i afegí que «s'havia negat

---

127 Darrerament, per exemple, vegeu STS 569/2018, de 15 d'octubre.

128 La majoria de casos són desestimats per falta de prova de la imputació de la situació exclusivament al fill o filla (entre d'altres, SAP Tarragona, 1ª, 20/2014, de 28 de gener, Lleida, 2ª, 385/2014, de 24 de setembre, i Barcelona, 18ª, 1014/2016, de 21 de desembre).

reiteradament... a visitar-lo a ell i a la seva família i li havia bloquejat tot tipus de contacte a les rets [sic] socials». La demanda es va desestimar en primera instància i l'Audiència Provincial de Girona també va desestimar el recurs d'apel·lació amb base en que la manca de relació que el pare denunciava també li era imputable, car «no [havia] fet cap intent d'anar-la a veure, i es [va limitar] a convidar-la a passar l'estiu a casa de la nova família... en una data molt propera a la presentació de la demanda... cosa que fa sospitar de les seves intencions». El TSJC resolgué afirmant que el concepte d'«absència manifesta i continuada de relació familiar» s'ha d'interpretar més rigorosament en cas que es tracti de privar del dret d'aliments a l'alimentista, que en el cas que es tracti d'extingir el dret a la llegítima «donat el caràcter bàsic dels aliments per a la vida i (en el supòsit tractat donada l'edat de l'alimentista) pel dret a l'educació i al desenvolupament integral de la personalitat». D'aquesta interpretació més rigorosa, la sentència desprèn que la prova dels requisits per entendre que concorre la causa de desheretament i que és exclusivament imputable a l'alimentista també ha de ser més exigent: «no s'ha provat un rebuig absolut per part de la filla a relacionar-se amb el seu pare, durant un temps important», ja que fins i tot hi havia anat a viure durant un curs escolar; a més, afegeix que «cal tenir ben present la maduresa del pare que li exigeix un grau més elevat de comprensió i esforç per reconduir la situació, ja que aquesta pot afectar molt més a una noia de 21 anys que a una persona molt més adulta».

La STSJC 11/2017, de 2 de març, per tant, va posar el llistó molt amunt quant a l'exigència de prova de l'existència de la manca de relació i de la seva imputabilitat exclusivament a l'alimentista.<sup>129</sup> Es tracta d'una aplicació de la norma legal que resulta coherent amb el fonament de l'obligació d'aliments dels progenitors, i que remarca que les raons que poden tenir algun recorregut per a la privació de la llegítima són molt més problemàtiques per privar als fills dels aliments a que tenen dret especialment quan la unitat familiar en què aquells vivien ha fet crisi i els aliments els fan falta per continuar la seva formació i poder tenir les oportunitats a la vida que haurien tingut si els seus progenitors haguessin continuat junts. Recentment, la STSJC 1/2019, de 14 de gener, també ha desestimat la pretensió d'una dona adreçada a suprimir la pensió

---

129 Recentment el TS ha admès la possibilitat d'adduir l'absència de relació per extingir l'obligació d'aliments envers els fills en l'àmbit d'aplicació del CC. Tanmateix, el tribunal té cura de remarcar que l'aplicació de la causa «ha de ser restrictiva y la prueba rigurosa» (STS 104/2019, de 19 de febrer).

alimentària del fill major d'edat perquè aquesta no hi tenia cap relació feia molt temps. Reproduint les remarques fetes a la sentència 11/2017, destaca que cal matisar l'eficàcia de la causa de desheretament quan afecta la llegítima o el dret als aliments: «la llegítima constitueix una atribució gratuïta, ben diferent de la finalitat de cobertura de necessitats bàsiques a què responen els aliments derivats de la potestat parental».<sup>130</sup>

D'altra banda, fins i tot quan es tracta dels aliments als fills justificats en la solidaritat familiar, l'aplicació de la causa de desheretament d'absència de relació familiar als fills víctima del trencament de la unitat familiar hauria de calibrar-se amb molta prudència. No és cap descobriment que els fills que han patit la ruptura familiar, especialment aquells que travessen aquesta etapa mentre són infants o adolescents, pateixen seqüeles d'ordre psicològic i que sovint això afecta la seva relació amb un o fins i tot amb els dos progenitors. S'ignora aquesta realitat si es parteix de la base que el fill que requereix aliments dels seus progenitors durant la majoria d'edat ha de mantenir una relació personal continuada amb ells si vol poder obtenir els aliments que li fan falta.<sup>131</sup>

---

130 La sentència conclou que «el comportament de la mare respecte dels aliments del seu fill gran havia de condicionar l'actitud d'aquest en la relació amb la seva progenitora, de manera que no és acceptable dissociar, als efectes de fer la imputació de l'origen de l'absència de relació, l'actitud d'aquest del previ incompliment per la mare adulta de les seves obligacions envers els aliments del fill, i menys encara quan la pretensió d'extinció de la prestació d'aliments és plantejada per la progenitora obligada quan el seu fill gran tot just feia un any que havia assolit la majoria d'edat i no tenia independència econòmica ja que seguia el seus estudis amb un rendiment regular».

131 Vegeu ja Robert BATTES, «Zu den Unterhaltsansprüchen volljähriger Kinder — Entwicklungen im Ausland als indiz für Reformbedürfnisse?», *Familie und Recht* 5 (1993) p. 253-261, 257-258 (amb referències al debat en dret suís i altres consideracions generals).

# Perspectives de futur i noves formes de parentalitat

ESTHER FARNÓS AMORÓS

*Universitat Pompeu Fabra<sup>1</sup>*

## SUMARI

1. INTRODUCCIÓ. 2. AUTONOMIA PRIVADA I FILIACIÓ. 2.1. *La filiació: un àmbit tradicionalment indisponible.* 2.2. *Els acords de gestació per substitució i el dogma segons el qual no és possible la renúncia a la maternitat.* 2.3. *Els acords d'inseminació domèstica i el dogma segons el qual no és possible la renúncia a la paternitat fora d'un centre autoritzat.* 3. PERSPECTIVES DE FUTUR: CAP A FORMES COL-LABORATIVES DE PATERNITAT I MATERNITAT?. 4. BIBLIOGRAFIA.

## 1. INTRODUCCIÓ

En els darrers anys el Dret de família, vinculat a l'eclosió dels nous models familiars, és possiblement la branca del dret civil que ha experimentat més canvis. Malgrat això, mentre que en el context familiar patrimonial s'han succeït reformes legals tendents a ampliar l'àmbit de l'autonomia de la voluntat, el context de les relacions personals —i molt en particular el de les relacions de filiació— no ha experimentat un desenvolupament paral·lel.<sup>2</sup> En aquestes pàgines em pregunto si la privatització de la família, que s'ha manifestat sobretot en la possibilitat d'autoregulació en l'àmbit patrimonial, pot ser traslladable també a un àmbit de naturalesa

---

1 Les tesis que presento en aquest treball tenen origen en el projecte de recerca «Libertad reproductiva y formación de relaciones familiares» (DER2014-55573-R), finançat pel MINECO, i seran desenvolupades en el marc del projecte «Multiparentalidad y relaciones familiares complejas» (RTI2018-094442-B-I00), finançat pel MCIU i dirigit pel mateix Dr. Ferrer. Agraïxo al Dr. Joan Egea Fernández (UPF) els seus comentaris després de la lectura atenta i constructiva d'una primera versió d'aquest treball, i a Amaia Forcada Rubio (UPF), en fase de redacció de la tesi doctoral «La autoinseminación: decisiones reproductivas privadas y formación de relaciones familiares», les reflexions compartides.

2 PARRA LUCÁN, 2011, p. 1. Han aprofundit en aquesta qüestió, des d'un punt de vista comparat, MARTÍN-CASALS / RIBOT (Ed.), 2006, i BUDZIKIEWICK, 2014, pp. 162-163.

personal com el dret de filiació, caracteritzat tradicionalment per la seva indisponibilitat (art. 1814 CCesp i 751 LEC).<sup>3</sup>

Intentaré donar resposta a la qüestió a partir de l'anàlisi de dos tipus d'acords reproductius que van guanyant terreny en les societats contemporànies: aquells pels quals una dona convé amb una persona o parella comitent que portarà a terme la gestació a favor del o dels comitents, els quals assumiran la filiació del nen o nena que pugui néixer (acords de gestació per substitució); i aquells pels quals un home aporta el seu esperma per tal que una dona pugui ser inseminada al marge d'un centre de reproducció assistida, amb la finalitat que la filiació resultant pugui ser determinada a favor d'aquesta en solitari o juntament amb la seva parella femenina o masculina (acords d'inseminació domèstica).<sup>4</sup>

Atès el potencial d'ambdós acords per materialitzar nous models familiars (en el primer cas, el de la parella de dos homes que recorre a una gestant; en el segon, el de la parella de dues dones que recorre a un home, conegut o no, perquè porti l'esperma), per acabar plantejo si haurien de permetre acomodar més de dues figures parentals. Això possibilitaria incorporar a la relació materno- o paterno-filial la gestant i/o l'home que va aportar l'esperma, en el que vindrien a ser formes col·laboratives complexes de paternitat i maternitat, les quals no necessàriament han d'estar vinculades a les famílies homoparentals, encara que és en aquest context on esdevenen més visibles.<sup>5</sup>

---

3 En relació als ordenaments europeus, vid. BUDZIKIEWICK, 2014, pp. 153-155.

4 Deixo de banda altres actes que també comporten un exercici de l'autonomia privada en l'àmbit de la filiació i que han despertat l'interès de la jurisprudència i la doctrina, com els anomenats «reconeixements de complaença», possibles a l'empara de l'art. 235-9 CCCat. En aquests casos el reconeixedor no és pare biològic i, per tant, no renuncia a la paternitat sinó que, pel contrari, assumeix legalment una paternitat que sap que no li correspon. M'he ocupat d'aquests reconeixements, distingint-los dels de «conveniència», a FARNÓS AMORÓS, 2014, pp. 665-667. En el dret estatal vid., entre moltes d'altres d'anteriors, la STS, 1a, de 15.7.2016 (JUR 161112), que els defineix com els fets amb la voluntat de reconèixer un menor «con el propósito práctico de tenerlo por hijo biológico suyo: con la finalidad jurídica de constituir entre ambos una relación jurídica de filiación paterna como la que es propia de la paternidad por naturaleza».

5 Un exemple relativament recent d'aquests nous models familiars el trobem en aquesta notícia de la qual es féu ressò la premsa internacional: «Rufus Wainwright and Lorca Cohen announce birth of Viva Katherine. Gay singer has child with Leonard Cohen's daughter, while partner is 'deputy dad' to baby with three parents», *The Guardian*, 21.2.2011 (últim accés: 9.11.2018). Sobre el procés pel qual aquestes formes col·laboratives de paternitat i maternitat permeten assolir reconeixement legal a nous models familiars, resulta essencial el treball de SCOTT / SCOTT, 2014, pp. 30 i seg. A Espanya, IGAREDA

## 2. AUTONOMIA PRIVADA I FILIACIÓ

### 2.1. La filiació: un àmbit tradicionalment indisponible

La generalització d'acords reproductius com els que són objecte d'aquest treball planteja quins han de ser els efectes legals de la renúncia a la maternitat que duu a terme la gestant en un acord de gestació per substitució, així com de la renúncia a la paternitat de l'home que aporta l'esperma en un acord d'inseminació domèstica.

La possibilitat d'autoregulació en dret de família s'ha manifestat tradicionalment a través dels capítols matrimonials que, reproduint els termes que emprava el derogat Codi de família (art. 15.1), permeten establir «els pactes lícits que es considerin convenients, àdhuc en previsió d'una ruptura matrimonial». Es tracta, en general, de pactes de contingut patrimonial vinculats a la crisi matrimonial o de parella, encara que el Codi també contempla alguns pactes de contingut personal, com els que tenen per objecte el reconeixement de fills (art. 231-26, lletra *a*, en relació amb art. 235-9.1, lletra *a*, CCCat) o els que afecten les relacions dels progenitors amb els fills després de la crisi, sempre que respectin l'interès dels darrers en el moment en què se'n pretengui el compliment (art. 233-5.3 CCCat).<sup>6</sup>

Aquesta autonomia, que també s'observa allà on és d'aplicació el CC espanyol, no té cabuda quan es tracta de constituir relacions materno- o paterno-filials.<sup>7</sup> Així, cap precepte del Codi, a excepció feta de l'adopció, que es concep com una institució de protecció de menors que, com a tal, compta amb regulació pròpia i es constitueix per resolució judicial (art. 235-39 CCCat), empara els acords de renúncia a la filiació. No pot passar desapercebut, però, que dins la filiació derivada del recurs a reproducció assistida hi té un paper rellevant la fecundació amb donació de gàmetes,

---

ha vist en els acords de gestació per substitució «acords reproductius de caràcter col·laboratiu» que impliquen una nova forma de filiació: 2018, pp. 60 i 65. No només centrada en aquests acords, sinó apuntant cap a models de criança compartits més enllà de la família nuclear, com una resposta enfront de la mercantilització, vid. el model relacional o altruista sense compensació que proposa LAFUENTE FUNES: *en premsa*, apt. 5.1, 2019, pp. 359-385 i «Maternidades y paternidades: entre lo posible y lo deseable», *eldiario.es*, 10.1.2018 (últim accés: 9.11.2018).

6 SOLÉ FELIU, 2014, pp. 158-161, i ALLUEVA AZNAR, 2016, pp. 198-207.

7 FERRER RIBA, 2018b, p. 164.

en què la legislació desvincula filiació legal i filiació biològica, deixa clar que la filiació no es pot determinar respecte del donant o la donant en cap cas (art. 8.3 LTRHA)<sup>8</sup> i impedeix, en conseqüència, la impugnació de la filiació consentida en base a la manca de correspondència biològica (art. 235-28.2 CCCat).

Malgrat que la filiació derivada del recurs a reproducció assistida es continua regulant dins la filiació per naturalesa (art. 235-1), el dret català consolida el consentiment com a criteri de determinació de la filiació (art. 235-3, 235-8.1, 235-13.1, 235-27.3 i 235-28.2), amb independència de quin sigui l'origen de les gàmetes. El que inicialment només resultava aplicable quan una parella formada per un home i una dona havia de recórrer a esperma donat, en tant que la paternitat es determinava a favor del cònjuge o home que acudia amb la mare a reproducció assistida i no podia ser impugnada per manca de correspondència biològica, a partir de la reforma introduïda en els art. 92.1 i 97.1 CF per la Llei 10/2008, de 10 de juliol, del llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions (DOGC núm. 5175, de 17 de juliol), es fa extensiu a la dona que accedeix a reproducció assistida amb una altra dona que porta a terme la gestació.<sup>9</sup> En conseqüència, respecte de la dona no gestant el criteri tradicional de determinació de la maternitat pel naixement es veu desplaçat pel del consentiment a la «fecundació assistida de la dona», hagi o no la dona no gestant aportat les gàmetes femenines per a la fecundació (art. 235-3, en relació amb art. 235-8.1 i 235-13.1).<sup>10</sup> L'única excepció a la regla del consentiment és la que impediria la impugnació

---

8 Segons l'art. 8.3 de la Llei 14/2006, de 26 de maig, sobre tècniques de reproducció humana assistida (BOE núm. 126, de 27 de maig), aplicable a Catalunya a partir del que disposa la DF 1a de la mateixa Llei, que té caràcter bàsic, la revelació de la identitat del donant en els supòsits excepcionals en què procedeixi d'acord amb l'art. 5.5 «no implica en cap cas determinació legal de la filiació». En termes idèntics es pronunciava l'art. 8.3 de la derogada Llei 35/1988, de 22 de novembre, sobre tècniques de reproducció assistida (BOE núm. 282, de 24 de novembre).

9 En el dret estatal la norma aplicable és l'apartat 3r de l'art. 7 LTRHA, afegit per la Llei 3/2007, de 15 de març, reguladora de la rectificació registral de la menció relativa al sexe de les persones (BOE núm. 65, de 16 de març). Cal fer notar que el precepte només resulta d'aplicació a les parelles de dues dones *casades*.

10 Al respecte, el punt III.c) del Preàmbul de la Llei del llibre segon afirma que «la maternitat derivada del mer consentiment per a la procreació assistida de la seva esposa o companya no és una maternitat biològica, per naturalesa, sinó una relació jurídica purament legal.», i continua: «Tanmateix, això no és cap novetat en l'ordenament jurídic català.», atès que «Es dóna en la paternitat de l'home, casat o no, que presta el consentiment per a la procreació assistida de la seva esposa o parella estable. Per



d'una segona maternitat que es va determinar sense el consentiment que exigeix la llei quan es pot provar la correspondència biològica entre la persona nascuda i la segona mare, en els termes del darrer incís de l'art. 235-28.2 CCCat. En el context que ens ocupa (inseminació domèstica), aquest cas no es podria donar perquè implica que la parella femenina hagi accedit al mètode ROPA («Recepció d'Ovòcits de la Parella»)<sup>11</sup>, que per les seves característiques només pot ser practicat en un centre de reproducció assistida, la qual cosa garanteix, com a mínim, l'obtenció del consentiment informat de la dona no gestant a la tècnica i, amb això, a la filiació que en pugui resultar.

Dins un marc legal que en el si d'una parella de dues dones que accedeix a reproducció assistida ja permet determinar la maternitat a favor de la que no ha parit —hagi o no aportat les seves gàmetes—, o que considera vàlida la renúncia a la paternitat que porta a terme l'home que dona l'esperma en un centre autoritzat, és legítim formular hipòtesis com les que admeten la renúncia a la maternitat per part de la dona que ha gestat per un altre o altres que assumeixen la filiació resultant, o les que admeten la renúncia a la paternitat portada a terme per un

---

aquest motiu, s'ha cregut oportú no incorporar una nova categoria jurídica per a aquest tipus de filiació i s'ha optat per assimilar-la, quant al tractament legal, a la paternitat de l'home que consent la fecundació assistida, atès que en ambdues el títol d'atribució és el consentiment, i no pas la relació biològica.»

- 11 Es tracta d'un mètode cada cop més freqüent en parelles de dues dones, en tant que en permetre compartir la maternitat possibilita que ambdues dones participin més activament del projecte reproductiu. En un primer moment els centres espanyols no el practicaven perquè no apareix a l'annex de la LTRHA (art. 2.1) que, als efectes que aquí interessen, només fa referència a la «Fecundación in Vitro e inyección intracitoplásmica de espermatozoides *con gametos propios o de donante* y con transferencia de preembriones». Atès que la dona no gestant no és la receptora de la tècnica ni tampoc pot ser considerada una donant en els termes de l'art. 5, l'aplicació del mètode requeria, d'acord amb l'art. 2.2, l'autorització de l'autoritat sanitària corresponent, previ informe favorable de la Comissió Nacional de Reproducció Humana Assistida (CNRHA), que el 4.12.2008 emeté un informe no vinculant favorable a l'ús d'aquest mètode per dues dones sol·licitants, la qual cosa obrí la porta al seu ús per les parelles de dues dones i explica que els centres l'ofereixin, com en aquest cas: <https://institutomarques.com/reproduccion-asistida/tratamientos/mujeres-sin-pareja-masculina/el-metodo-ropa/> (últim accés: 14.3.2019). L'informe de la CNRHA no es troba publicat però la premsa se'n va fer ressò: «Vía libre para la donación de óvulos fecundados entre lesbianas. Dos mujeres podrán participar en la concepción de su hijo. El informe de la Comisión de Reproducción Asistida acaba así con un vacío legal», *lavanguardia.es*, 16.12.2008 (últim accés: 14.3.2019).

home en el marc d'un acord d'inseminació domèstica.<sup>12</sup> En un món globalitzat, la possibilitat real d'accedir a aquestes aspiracions viatjant a altres ordenaments, o fins i tot des de casa a partir d'un «clic», així com el naixement de nens i nenes l'interès superior dels quals requereix consideració primordial reforcen la tendència a reconèixer la virtualitat del consentiment en contextos reproductius alternatius com els que són objecte dels dos apartats següents.<sup>13</sup> En les pàgines següents plantejo sota quines condicions legals s'hauria de produir aquest reconeixement, prèvia valoració de les respostes que ofereixen altres ordenaments.

## **2.2. Els acords de gestació per substitució i el dogma segons el qual no és possible la renúncia a la maternitat**

Mitjançant un acord de gestació per substitució una dona consent<sup>14</sup> a portar a terme la gestació derivada del recurs a reproducció assistida a favor d'una persona o parella comitent, tot renunciant a la filiació que en pugui resultar.<sup>15</sup> En l'actualitat la majoria d'acords de gestació per substitució tenen origen en una fecundació «in vitro» (subrogació gestacional o parcial), la qual cosa —a diferència dels que tenen origen en una inseminació artificial (subrogació tradicional o plena)— possibilita que la gestant no tingui cap vincle genètic amb la persona concebuda que, en canvi, sí que l'acostuma a tenir amb el o els comitents si es tracta d'una

---

12 Sobre el primer supòsit, vid. PARRA LUCÁN, 2011, p. 4. Davant la regla que en la majoria de legislacions considera mare a la dona que pareix, des de l'antropologia es discuteix quina posició cal assignar a la donant d'òvuls, a la gestant per substitució i a la dona que vol ser mare biològica i recorre a una de les anteriors perquè no pot ser-ho de cap altra manera: RIVAS, 2015, p. 46.

13 FERRER RIBA, 2018b, pp. 164 i 173.

14 La llibertat de la dona per gestar un nadó per una altra persona no és, però, una qüestió pacífica. Així, des d'alguns corrents feministes s'afirma que el dret a la integritat del cos no pot quedar subjecte a cap tipus de contracte. A Espanya és representatiu d'aquesta posició el manifest «No somos vasijas», presentat el juny de 2015: <http://nosomosvasijas.eu/> (últim accés 24.8.2018). En la mateixa línia, entre d'altres, R. PALOP, 2018, pp. 259-280. En contra, també amb arguments feministes, LAMM, 2018, pp. 191-220. En sentit similar, vid. també DE LORA, 2018, pp. 75-86.

15 En funció dels ordenaments, l'acord podrà ser comercial o altruista, i en aquest darrer cas podrà incloure una «compensació raonable»: FARNÓS AMORÓS, *en premsa*, apt. 4.3.

parella.<sup>16</sup> El fet que la majoria d'ordenaments que permeten la gestació per substitució opti per la modalitat parcial enfront de la tradicional o plena exclou de l'àmbit d'aquest treball els acords de gestació per substitució realitzats a partir del recurs a inseminació domèstica,<sup>17</sup> amb l'excepció d'algunes formes col·laboratives de paternitat i maternitat a les quals em referiré en l'apartat 3.

A Espanya els acords de gestació per substitució estan contemplats en l'art. 10 LTRHA, que considera «nul de ple dret el contracte pel qual es convingui la gestació, amb o sense preu, a càrrec d'una dona que renuncia a la filiació materna a favor del contractant o d'un tercer» (art. 10.1 LTRHA).<sup>18</sup> Si bé plantejo la possible regulació permissiva d'aquests acords en un treball que té per objecte el dret català, ho faig assumint que la regulació de la possible filiació resultant correspondria al legislador català, a partir del que disposa la DF 1a de la LTRHA, que exceptua del caràcter bàsic de la llei, entre d'altres, els seus art. 7 a 10, dictats a l'empara de l'art. 149.1.8 CE. Deliberadament deixo fora la qüestió de si el legislador català tindria competència per regular les condicions d'aquests acords, atès que segons la mencionada DF 1a de la LTRHA la llei es dicta a l'empara de l'art. 149.1.16 CE, que atribueix competència exclusiva a l'Estat en matèria de sanitat exterior i bases i coordinació general de la sanitat, entre d'altres. No obstant, res impediria que, en ús de la seva competència en matèria civil (art. 149.1.8 CE), el legislador català pogués desenvolupar la regulació que l'Estat establís com a bàsica en relació amb aquests acords.<sup>19</sup>

---

16 L'exigència de manca de vincle genètic entre la gestant i la persona concebuda que imposen alguns ordenaments aniria dirigida a minimitzar el risc de canvi d'opinió de la gestant un cop té lloc el naixement: FARNÓS AMORÓS, *en premsa*, apt. 4.1.4 i 4.2.2.

17 Vid. apt. 2.3 d'aquest treball.

18 Fins la data a la UE només Regne Unit (1985), Grècia (2002) i Portugal (2016) han optat per regular la gestació per substitució, i tots tres països han optat per un model no comercial: per a més informació, vid. FARNÓS AMORÓS, *en premsa*, n. 34-36.

19 Al respecte, el Preàmbul de la 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, de 22 de febrer, cor. er. en DOGC núm. 7329, de 15 de març, i núm. 7332, de 20 de març), estableix: «aquesta llei incorpora al Codi civil, amb les modificacions pertinents, els tipus contractuals que eren regulats per lleis especials de caràcter patrimonial i que constitueixen matèries que han d'ésser objecte del llibre sisè, *sens perjudici que es pugui legislar sobre la resta de matèria civil objecte de la competència legislativa de la Generalitat i que, atès el caràcter de codi obert, aquesta legislació s'hi pugui incorporar successivament.*». Cal tenir en compte que la regulació dels contractes de compravenda, permuta i mandat, com també de la

Malgrat la nul·litat dels acords de gestació per substitució que resulta de l'art. 10 LTRHA, en els darrers deu anys s'han anat coneixent cada cop més casos de ciutadans espanyols que accedeixen a aquests acords en ordenaments on aquests són legalment eficaços i, un cop a Espanya, aconsegueixen determinar al seu favor la filiació de la persona o persones nascudes,<sup>20</sup> així com altres beneficis associats, com els permisos de paternitat i maternitat.<sup>21</sup>

En tractar-se la gestació per substitució d'una pràctica que els ciutadans espanyols realitzen al marge del seu dret i que, si s'aconsegueix regularitzar, no deixa constància de la forma de concepció resulta complex aportar dades concloents sobre la seva incidència real. Malgrat això, diversos indicis permeten afirmar que l'accés a la gestació per substitució

---

gestió d'affers aliens sense mandat que porta a terme la mencionada llei va ser objecte del recurs d'inconstitucionalitat núm. 2557-2017, admès a tràmit per providència del Ple del TC de 6 de juny de 2017 (BOE núm. 141, de 14 de juny). La invocació, pel President del Govern, de l'art. 161.2 CE va produir inicialment la suspensió de la vigència i aplicació dels preceptes impugnats. Tanmateix, el TC, per interlocutòria (Ple) del 3 d'octubre de 2017, va acordar l'aixecament de la suspensió (BOE núm. 249, de 16 d'octubre), el que va determinar que aquests preceptes entressin en vigor l'1 de gener de 2018, en la data prevista per la DF 9a de la llei.

20 Les vies per aconseguir-ho van, en funció de l'ordenament triat, des del reconeixement de la decisió judicial estrangera a l'adopció del fill o filla del cònjuge o parella estable: FARNÓS AMORÓS, *en premsa*, n. 16-17 i 27-30, i 2016, n. 34. Des de la Resolució de la Direcció General dels Registres i del Notariat (DGRN) de 18.2.2009 (RJ 1735), en què es plantejava la inscripció, a Espanya, de la doble paternitat d'uns bessons gestats per una dona a l'estat nord-americà de Califòrnia, s'ha produït un degoteig de casos en què per la via del recurs administratiu o judicial ciutadans espanyols han aconseguit que es reconeguessin d'efectes a acords de gestació per substitució celebrats a l'estranger que complien els requisits mínims que exigeix la Instrucció de la DGRN de 5.10.2010 (BOE núm. 243, de 7 d'octubre). En cas contrari, l'acord pot ser privat d'efectes a Espanya, com ha succeït en un cas recent resolt per la interlocutòria de la sec. 18a de l'AP de Barcelona de 16.10.2018 (ID vLex: 744342457). La sospita de pràctiques abusives en determinats ordenaments que són destí habitual per a persones i parelles espanyoles que accedeixen a la gestació per substitució, com és el cas d'Ucraïna, ha portat a l'aprovació de la més recent Instrucció de la DGRN de 18.2.2019, sobre actualització del règim registral de la filiació dels nascuts mitjançant gestació per substitució (BOE núm. 45, de 21 de febrer), que ha endurit els requisits per al reconeixement de la filiació resultant. La Instrucció emfatitza que en les sol·licituds d'inscripció de la filiació posteriors caldrà acreditar l'existència d'una sentència judicial de les autoritats del país on s'ha practicat la gestació i només permet iniciar l'expedient per a la inscripció de la filiació o interposar les accions judicials de reclamació a l'empara de l'art. 10.3 LTRHA excepcionalment, si el sol·licitant obté el passaport i els permisos del menor per a viatjar a Espanya.

21 Vid. FARNÓS AMORÓS, *en premsa*, apt. 2.2.

a l'estranger per part de ciutadans espanyols no és un fenomen aïllat, sinó una realitat que obeeix a una demanda creixent. Així, si bé d'acord amb dades proporcionades pel Govern espanyol basades en les inscripcions en consolats i ambaixades, s'afirma que entre 2010 i 2016 van néixer uns 975 nadons previsiblement gestats d'aquesta forma a l'estranger, les mateixes fonts consideren que el nombre de naixements podria ser major, atès que aquestes dades no reflecteixen els casos tramitats com a adopcions a les ambaixades.<sup>22</sup> No sorprèn, per tant, que diverses fonts no oficials apuntin a xifres molt més elevades, com els mil naixements per any.<sup>23</sup>

En haver d'analitzar l'eficàcia d'aquests acords des d'una perspectiva *ex post*, les autoritats espanyoles demostren una certa tolerància cap a una pràctica que la legislació domèstica considera nul·la de ple dret. Des del meu punt de vista, aquest *modus operandi*, unit a la dificultat per qualificar l'art. 10 LTRHA com una norma prohibitiva i a les reticències de les autoritats judicials i administratives espanyoles per considerar els acords de gestació per substitució contraris a l'ordre públic intern, és rellevant a l'hora de plantejar-ne l'eventual regulació a Espanya.<sup>24</sup>

En aquest context, l'abril de 2017 el grup parlamentari *Ciudadanos* va presentar a la Mesa del Congrés dels Diputats la «Proposición de

---

22 Font: «El 80% de los hijos por gestación subrogada proceden de EE UU y Ucrania», *El País*, 18.12.2017 (últim accés: 24.8.2018).

23 Fins i tot s'afirma que això ja era així el 2003, molt abans del boom de la gestació per substitució transfronterera: DURÁN AYAGO / BLANCO-MORALES LIMONES, 2014, pp. 1-2. El mateix constata, respecte de 2007, SON NUESTROS HIJOS (SNH), una associació de famílies, majoritàriament homoparentals, favorable a la regulació de la gestació per substitució a Espanya: <http://www.sonnuestroshijos.com/historia/> (últim accés: 24.8.2018). També sorprenen les dades aportades en altres documents, com les que apunten a que el 2008 la taxa de naixements d'espanyols residents al territori consular de Los Angeles (Califòrnia) era de 50 per cada mil habitants, el que quintuplica la taxa de persones de nacionalitat espanyola nascudes a Espanya aquell mateix any (quasi 10 per cada mil habitants). La taxa només podria explicar-se si el consolat hagués permès la inscripció de fills i filles de parelles espanyoles heterosexuales no residents: BRUNET / CARRUTHERS / DAVAKI / KING / MARZO / MACCANDLESS, 2013, pp. 366-367. El 2011 s'estimava que unes 500 parelles d'espanyols, de les quals el 85% eren heterosexuales, viatjaven als EUA anualment amb aquest fi: «Hijos muy buscados», *El País*, 29.5.2011 (últim accés: 24.8.2018). El 2016 SNH ja fixava aquesta xifra en 800 parelles: «Detenidas una pareja de hombres y una madre por la venta de una recién nacida por gestación subrogada», *El País*, 29.11.2016 (últim accés: 24.8.2018).

24 En sentit similar, DE LORA, 2018, pp. 77-78, segons qui el dret espanyol vigent no incorpora cap retret moral o social a la conducta consistent en contractar una gestant.

Ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación».<sup>25</sup> Aquest treball no pretén avaluar la proposició ni entrar en els aspectes clau que una eventual reforma legislativa hauria d'abordar,<sup>26</sup> sinó aportar arguments per determinar si la dona que accepta gestar per un altre o altres pot renunciar a la filiació resultant. En aquesta anàlisi haurien de ser rellevants les tesis que les autoritats judicials i administratives de diversos estats membres (entre ells, Espanya), i a nivell *supranacional* el TEDH, han mantingut en els darrers anys per tal d'atorgar efectes als acords de gestació per substitució celebrats a l'estranger si compleixen una sèrie de condicions.<sup>27</sup>

En una posició contrària se situa la Sala 1a del TS espanyol, que en sentència de 6.2.2014 (RJ 736) presumeix que tot acord de gestació per substitució és explotador respecte de la gestant i perjudicial per a la persona nascuda.<sup>28</sup> Aquesta tesi ha de ser revisada, en tant que porta a terme un control en abstracte que no s'ajusta al significat i operativitat de l'excepció d'ordre públic, que només es pot valorar en atenció al cas concret.<sup>29</sup> En particular, la presumpció assumeix que el consentiment de la dona gestant no és ni pot ser, en cap cas, informat i que, per tant, la gestació per substitució atempta contra la seva dignitat. No obstant, la pràctica no implica, *per se*, tractar la potencial gestant com un objecte,<sup>30</sup> en especial quan des del dret es poden articular mecanismes de garantia per prevenir possibles lesions i valorar, cas per cas, que la dona coneix

---

25 BOCG nº 145-1, de 8.9.2017: [http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-145-1.PDF](http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-145-1.PDF) (últim accés 23.8.2018).

26 Me n'he ocupat a FARNÓS AMORÓS, en *premsa*.

27 Vid. FARNÓS AMORÓS, en *premsa*, apt. 2.

28 Vid. FJ 3.6. Aquesta sentència, que té origen en la Resolució de la DGRN de 18.2.2009 citada a la n. 20, va ser confirmada per la interlocutòria del Ple de la mateixa sala de 2.2.2015 (JUR 45930).

29 En aquest sentit, des del dret internacional privat, vid. QUIÑONES ESCÁMEZ, 2017, p. 216; ÁLVAREZ GONZÁLEZ, 2017, pp. 173-174; DURÁN AYAGO, 2012, p. 302; HEREDIA CERVANTES, 2013, pp. 694, i PARRÓN CAMBERO, 2014, pp. 1-5.

30 GALLOWAY, 2016, pp 24-28; ATIENZA, M., «La gestación por sustitución», *El País*, 4.5.2017 (últim accés: 24.8.2018), i DE LORA, 2018, pp. 78-80. En la mateixa línia es va pronunciar el Ple del TC portuguès, en sentència núm. 225/2018, de 24 d'abril, que malgrat declarar inconstitucionals diversos preceptes de la llei de reproducció assistida portuguesa en quant regula per primer cop la gestació per substitució, considerà que la seva admissió en supòsits excepcionals constitueix una opció del legislador que afavoreix béns constitucionalment protegits (FJ 27, *in fine*). El TC afegí que la pràctica no viola, *per se*, la dignitat de la dona gestant ni la de la persona nascuda: vid. FJ 29 i 32, *in fine*.

el contingut real de l'acord.<sup>31</sup> Malgrat que sempre existirà un cert marge per a la celebració d'aquests acords en circumstàncies desfavorables, la regulació, en tant que implica control, facilita que aquestes circumstàncies aflorin i n'impedeixin la celebració.<sup>32</sup>

Una regulació permissiva de la gestació per substitució a nivell domèstic persegueix, en últim terme, que qui hi accedeix pugui veure com l'acord desplega efectes a nivell intern, en especial pel que fa a la determinació de la filiació respecte de la persona que pugui néixer. Amb això es pretén que qui ha participat d'un projecte parental per portar una persona al món i vol actuar com el seu pare o la seva mare pugui, sempre que l'acord compleixi unes garanties mínimes, veure reconegut aquest vincle. Aquesta pretensió encaixa en el concepte actual de filiació, en particular de la que deriva del recurs a reproducció assistida, en què filiació legal i biològica no són sempre conceptes intercanviables. En un context com el de l'ordenament català, en què els criteris de determinació de la filiació derivada del recurs a reproducció assistida es basen en la voluntat, expressada a partir del consentiment, el criteri tradicional de la determinació de la filiació materna pel naixement pot començar a ser qüestionat i deixar pas a criteris que, en determinats escenaris, permetin prendre en consideració la voluntat procreacional de les persones implicades en el projecte parental.

Si bé els casos de doble maternitat derivats del recurs a reproducció assistida difereixen dels que poden resultar d'un acord de gestació per substitució, atès que en aquests darrers la gestant renuncia a la pròpia maternitat i, per tant, no se'n suma una de nova, aquesta renúncia no constitueix cap novetat en el nostre dret, que —amb determinades salvaguardes— la pren com a base en la filiació adoptiva (art. 235-32.1,

---

31 Analitzo quins poden ser aquests mecanismes a FARNÓS AMORÓS, *en premsa*, apt. 4.1. També ho fa el *Document sobre gestació per substitució* elaborat per l'OBSERVATORI DE BIOÈTICA I DRET de la Universitat de Barcelona, per al cas que el Parlament aprovi una llei que admeti la pràctica, malgrat haver conclòs prèviament que existeixen arguments prou sòlids per no autoritzar la gestació per substitució a Espanya: CASADO / NAVARRO-MICHEL, 2019, pp. 20-22.

32 En paraules de GARCÍA RUBIO / HERRERO OVIEDO, 2018, p. 85: «Es preferible regular la maternidad subrogada en el sistema interno que ignorar que existe dentro y fuera de nuestras fronteras, pues solo así puede ejercerse cierto control sobre la práctica». En sentit similar, LAMM, 2018, pp. 208 i seg.

lletra a, i 235-41.2 CCCat i art. 177.2.n.IV CCesp).<sup>33</sup> Podríem afegir que també en el marc de la filiació derivada del recurs a reproducció assistida la donació d'esperma porta implícita una renúncia a la paternitat que la legislació espanyola avala. La qüestió que es planteja és si les diferències entre la donació de material de genètic i la gestació d'una persona durant nou mesos són tan rellevants com per seguir distingint legalment aquests dos supòsits. Sense negar que ho són, en un context en què hi ha dones que poden prestar el consentiment de forma lliure i informada a la gestació a favor de tercer o tercers sense lamentar necessàriament la seva decisió,<sup>34</sup> en el nostre ordenament hauria de tenir cabuda una regulació permissiva de la gestació per substitució dins d'un model no comercial coherent amb l'imperant en matèria d'òrgans i cèl·lules i teixits humans, el que comprèn les gàmetes (art. 5.3 LTRHA).

### **2.3. Els acords d'inseminació domèstica i el dogma segons el qual no és possible la renúncia a la paternitat fora d'un centre autoritzat**

La inseminació domèstica, també coneguda com a «autoinseminació», és una tècnica senzilla per la qual la inseminació es practica fora d'un

---

33 Amb un abast aparentment més general, l'art. 44.4.II de la Llei 20/2011, de 21 de juliol, del Registre Civil (BOE núm. 175, de 22 de juliol), modificat per l'art. 2.1 de la Llei 19/2015, de 13 de juliol, de mesures de reforma administrativa en l'àmbit de l'Administració de Justícia i del Registre Civil (BOE núm. 167, de 14 de juliol), en vigor des del 15 d'octubre de 2015 (DF 10a), estableix «Salvo en los casos a que se refiere el artículo 48, en toda inscripción de nacimiento ocurrida en España se hará constar necesariamente la filiación materna, *aunque el acceso a la misma será restringido en los supuestos en que la madre por motivos fundados así lo solicite y siempre que renuncie a ejercer los derechos derivados de dicha filiación.* En caso de discordancia entre la declaración y el parte facultativo o comprobación reglamentaria, prevalecerá este último.» (el ressaltat és meu). Una autora veu en aquest precepte un gest cap a l'admissió de la gestació per substitució i critica la manca de coordinació de la nova norma amb la regulació de l'adopció: GETE-ALONSO Y CALERA, 2018, pp. 5, 33 49-51 i 53.

34 Vid. les dades aportades, a partir de l'experiència de Regne Unit i Canadà, entre d'altres països, a FARNÓS AMORÓS, *en premsa*, apt. 3, 4.1.1. i 4.6, amb especial atenció a les n. 46-47 i 222-224. En qualsevol cas, sorprèn l'escàs coneixement empíric, des del punt de vista de les gestants, d'aspectes clau com l'experiència personal, familiar i social de gestar per a tercers, el valor que atribueixen a la seva aportació en la construcció o no de vincles amb les famílies i amb els nens o nenes gestats, la percepció d'una remuneració econòmica per aquest fet, o la voluntat d'exercir o no algun tipus de rol en l'entorn social i familiar de la descendència que elles han gestat: vid. RIVAS / ÁLVAREZ / JOCILES, 2018, p. 225.



centre de reproducció assistida —normalment, dins la intimitat de la pròpia llar— i sense assistència mèdica. La introducció de l'esperma dins la cavitat uterina mitjançant un mètode instrumental que es pot adquirir per Internet<sup>35</sup> exclou del concepte «inseminació domèstica» tots aquells supòsits en què l'embaràs és conseqüència de relacions sexuals. Una qüestió diferent és que, en la línia iniciada per un dels tres ordenaments analitzats en l'apartat 3 del treball, es pugui considerar que ambdós casos mereixen el mateix tractament legal.<sup>36</sup>

Malgrat que la inseminació domèstica comporta la manipulació de l'esperma, a priori li resulten d'aplicació les normes de la filiació per naturalesa, en tant que les de la LTRHA només són aplicables respecte de les tècniques de reproducció assistida contemplades en l'annex A) de la pròpia llei (art. 2.1), llevat d'autorització expressa en els termes de l'art. 2.2, i sempre que s'hagin practicat en centres o serveis sanitaris degudament autoritzats (art. 4). En aquestes pàgines qüestiono l'aplicació de les regles pròpies de la filiació per naturalesa a les relacions de filiació que poden resultar de la inseminació domèstica.

Malgrat l'absència de dades oficials sobre la incidència de la inseminació domèstica a Espanya, el que s'explica perquè la inseminació té lloc en un context íntim, en els darrers anys diversos mitjans s'han fet ressò de la rellevància del fenomen.<sup>37</sup> Entre els avantatges de la inseminació domèstica destaquen la possibilitat de defugir les llargues llistes d'espera o els límits d'accés a reproducció assistida per raó de l'edat associats als centres públics; la d'evitar els majors costos econòmics que l'accés a tècniques en centres privats comporta; la d'eludir la medicalització del

---

35 Plataformes com *Amazon* ofereixen kits d'inseminació domèstica per entre 16,80 i 98 euros (últim accés: 4.9.2018). Aquests kits no inclouen l'esperma que, com s'explica a continuació, s'adquireix per altres vies.

36 A Espanya DE LORA proposa el tractament uniforme d'ambdós grups de casos quan es pugui provar la manca de voluntat procreacional dels que l'autor anomena «inseminadors naturals»: em remeto a la referència al seu treball en n. 49.

37 Així, el 2016 podrien haver-se produït a Espanya entre 500 i 1.500 naixements resultants d'aquests processos: vid. «El 'baby boom' de la inseminación casera», *El Mundo*, 3.1.2016 (últim accés: 23.8.2018) i «Una empresa danesa ofrece un método de 'autoinseminación' por menos de 1.000 euros», *Noticias Cuatro*, 9.12.2016 (últim accés: 10.9.2018). En la mateixa línia, vid. «El semen danés que fecunda España: el pedido que hizo madres a Carol y a Rosa», *El Español*, 22.4.2017 (últim accés: 10.9.2018).

procés, en quant implica tractaments hormonals d'estimulació ovàrica;<sup>38</sup> la d'accedir a models familiars alternatius en ordenaments que, a diferència de l'espanyol i el català (art. 6.1.II i 7.3 LTRHA i art. 235-8.1 i 235-13.1 CCCat), impedeixen l'accés a reproducció assistida a dones soles o parelles de dues dones; com també la d'optar per un donant conegut en aquells ordenaments en què la regla general és l'anonimat, com succeeix a Espanya (art. 5.5 LTRHA). Quan accedeix a la inseminació domèstica una dona sola, una parella de dues dones o una parella d'home i dona que han de recórrer a esperma de tercer, aquest es pot adquirir per compravenda o donació, bé a través de bancs de gàmetes radicats a l'estranger que el proporcionen,<sup>39</sup> bé a través de donacions d'amics, coneguts o estranys. Amb aquests darrers s'acostuma a entrar en contacte a través de pàgines d'Internet creades amb aquesta finalitat o de xarxes socials i pàgines de compravenda entre particulars.<sup>40</sup>

La formalització d'aquests acords planteja la qüestió dels seus efectes legals quan alguna de les parts en qüestiona la validesa. Això pot tenir lloc quan la dona que hi recorregué sola o amb una parella masculina o femenina, potser amb motiu de la manca de recursos econòmics en el primer cas o per tal d'allunyar la seva ex parella del nucli familiar

---

38 Ho explica amb detall aquesta entrada del bloc *Moon mamas*: <http://moonmamas.eu/inseminacion-en-casa-una-gran-excusa-para-descubrir-tu-cuerpo?lang=es> (últim accés: 6.9.2018). Alguns centres de reproducció assistida han recollit aquesta preocupació i han començat a practicar el que anomenen «inseminacions naturals»: <https://www.reproduccion-asistida.com/ca/inseminacio-natural/> (últim accés: 28.1.2019).

39 Aquest és el cas de *Cryos International* (<https://dk-es.cryosinternational.com/>), que opera a l'empara de la normativa danesa i de la Directiva europea 2004/23/CE, de 31 de març de 2004, relativa a l'establiment de normes de qualitat i de seguretat per a la donació, obtenció, avaluació, processament, emmagatzematge i distribució de cèl·lules i teixits humans (DOUE L 102, 7.4.2004). A diferència dels centres de reproducció assistida radicats a Espanya, *Cryos* permet a les persones usuàries optar entre l'adquisició de material genètic de donant anònim o no anònim, amb diferents perfils: <https://dk-es.cryosinternational.com/esperma-de-donante/los-donantes> (últim accés: 5.2.2019). QUICIOS MOLINA (2017, pp. 370-376) s'ha pronunciat sobre la nul·litat d'aquests contractes en dret espanyol. Des de juliol de 2018, per exigències de la normativa danesa, *Cryos* ja no proveeix directament a persones físiques que no siguin professionals sanitaris, sinó només a centres i bancs de teixits, centres de reproducció assistida i professionals sanitaris autoritzats. Més informació a: <https://dk.cryosinternational.com/resources/questions-answers/delivery> Vid. també: <https://www.europeanspermbank.com/en/how-it-works/home-insemination.html> (últim accés: 15.3.2019).

40 Un exemple és *Copadres.net*: <https://www.co-padres.net/> (últim accés: 23.8.2018). Per a més informació, vid. aquesta entrada del bloc *Moon mamas*: <http://moonmamas.eu/la-gran-decision?lang=es> (últim accés: 6.9.2018).

després de la crisi en el segon, pretén reclamar la paternitat a l'home que aportà l'esperma, o quan és aquest darrer qui pretén reclamar la paternitat a la qual prèviament havia renunciat. Aquesta acció pressuposa la impugnació de la segona filiació si aquesta hagués quedat determinada (art. 235-19.2 CCCat), el que normalment té lloc per la via de l'acumulació de pretensions (art. 235-22 CCCat). Aquestes són les circumstàncies que van donar lloc a la sentència del Jutjat de Primera Instància núm. 4 de Mislata, de 9.3.2017 (JUR 2018\236348), confirmada per la de la sec. 10a de l'AP de València de 27.11.2017 (JUR 2018\56440). En el cas, el primer que em consta que s'enfronta a aquesta problemàtica a Espanya, el maig de 2015 dues dones que havien contret matrimoni entre elles signaren un document privat amb un home, en el qual acordaven que aquest darrer els feia donació del seu esperma per a la inseminació d'una de les dues, tot renunciant l'home a reclamar qualsevol dret de paternitat que pogués tenir sobre el *nasciturus*. Un cop practicada la inseminació domèstica a una de les dones es produí l'embaràs i el març de 2016 nasqué una nena, que va ser inscrita al Registre Civil com a filla de les dues dones.<sup>41</sup> Com es desprèn de la sentència de primera instància, només un mes i mig després del naixement l'home es penedí de la seva decisió, exercitè una acció de reclamació de la seva paternitat i impugnació de la maternitat contradictòria i, a través d'altressí, sol·licità al Jutjat que es pronunciés sobre la guarda i els aliments de la menor, mesures que no van ser tramitades atès que no concorrien les circumstàncies que en permeten

---

41 En el cas de *cònjuges* femenines que han recorregut a la inseminació domèstica o a les relacions sexuals d'una de les dues dones amb un tercer per tal de tenir un fill o filla, la inscripció de la doble maternitat en el Registre Civil no requereix aportar certificat del centre de reproducció assistida. Esclarí la qüestió la Resolució DGRN de 8.2.2017, accessible des de:

<http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1288774410304/ListaPublicaciones.html> (últim accés: 7.9.2018). Per una crítica a la Resolució, vid. DE VERDA Y BEAMONTE, 2018b, pp. 318-319. Malgrat aquest pronunciament, el FJ 4 (*in fine*) de la Resolució obre la porta a que la maternitat de la dona no gestant pugui ser impugnada amb èxit quan la concepció no s'ha portat a terme en un centre de reproducció assistida: «Todo ello sin perjuicio de las acciones de impugnación de la filiación que pudieran tener lugar en caso de que la gestación no lo hubiera sido como consecuencia de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida contempladas en la LTRHA pues la filiación establecida en ese caso no quedaría amparada por la condición de inimpugnable que contempla el artículo 8 de la citada ley.». En conseqüència, si una parella de dues dones no vol córrer aquest risc és aconsellable que la no gestant recorri a l'adopció del fill de la seva parella, en tant que l'adopció, pel seu caràcter irrevocable, ofereix en principi més garanties (art. 175.4, 176.2.II.2n i 180.1 CCesp i art. 235-30.2, 235-32.1, lletra a, i 235-51 CCCat).

l'adopció en un procediment de filiació. El Jutjat estima l'acció de filiació exercitada per l'home, tot invocant la veritat biològica (art. 39.2 CE), i l'Audiència confirma la sentència. L'Audiència descarta la pretensió de les recurrents, consistent en aplicar analògicament l'art. 7.3 LTRHA, en tant que ens trobem davant d'«una infracción o soslayamiento de la propia norma» (FJ 1). En aquestes circumstàncies, l'Audiència considera que el document subscrit per les parts no produeix efectes, d'acord amb l'art. 1255 CCesp en relació amb l'art. 6.3 del mateix codi, «pues es contrario a la indisponibilidad del estado civil, reflejada en el artículo 1.814 del Código Civil , así como en el artículo 751 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (...). La renuncia hecha por el actor es contraria al interés y al orden público, pues la fijeza y seguridad del estado civil es una exigencia de ese interés, así como la correspondencia con la verdad biológica dentro de los límites y requisitos legales, lo que lleva a la invalidez de esa renuncia conforme al artículo 6.2 del Código Civil» (FJ 2). L'al·lusió de les recurrents a l'interès de la menor tampoc convenç l'Audiència, que considera que la determinació de la paternitat biològica no implica cap perjudici per a la nena «más allá de la reorganización del grupo familiar como consecuencia de la declaración relativa a la filiación, que en sí mismo no aparece como negativa para el interés de la hija, máxime cuando se trata de una niña de muy corta edad, abierta por tanto a la fijación y consolidación de nuevos vínculos familiares» (FJ 2).

D'acord amb una interpretació literal del dret positiu vigent, sembla que la solució a casos com el plantejat passa per aplicar les normes generals de la filiació per naturalesa. Això és el que fa la sentència analitzada *supra*<sup>42</sup> i el que molt probablement confirmarà el Tribunal Suprem espanyol si el cas hi accedeix, en aplicació d'una reiterada jurisprudència que impedeix aplicar la doctrina dels actes propis en el context de la filiació per naturalesa, atès el caràcter imperatiu i, en conseqüència, indisponible de les normes en matèria de filiació.<sup>43</sup> La sentència evidencia els problemes d'una legislació que, en matèria de filiació, segueix posant l'accent en la biologia i no en la voluntat procreacional, amb l'única excepció dels

---

42 En aquest sentit, la valora positivament DE VERDA Y BEAMONTE: 2018a, pp. 17-18 i 2018b, p. 320.

43 Per una anàlisi d'aquesta jurisprudència, vid. BARBER CÁRCAMO, 2017, pp. 11-12.

casos en què concorre un donant anònim.<sup>44</sup> El supòsit planteja, com a mínim, dues qüestions:

*1ª Existeixen diferències prou rellevants per justificar el tractament legal tan dispar que reben la inseminació domèstica i la realitzada en un centre autoritzat de reproducció assistida?*

*2ª Està justificat que l'èxit de les accions de filiació en aquest grup de casos quedi exclusivament a l'atzar de l'home que aportà l'esperma, la dona gestant o la parella d'aquesta?*

El diferent tractament legal dels casos d'inseminació domèstica i els d'inseminació practicada en un centre autoritzat podria trobar justificació en la voluntat dels poders públics de controlar una pràctica que, realitzada en un context íntim i sense supervisió mèdica, pot comportar riscos per a la salut. L'objecció podria tenir sentit si els casos d'inseminació domèstica representessin un perill real per a les dones que s'hi sotmeten i/o per a les persones concebudes d'aquesta forma. No obstant, no és això el que sembla deduir-se dels fets si tenim en compte l'absència de denúncies sobre riscos concrets, les raons poderoses apuntades a l'inici d'aquest apartat que poden motivar que una dona o una parella hi recorrin i la tendència a l'alça del fenomen.<sup>45</sup>

L'interès superior de la persona nascuda hauria de permetre equiparar els efectes jurídic-familiars d'aquestes pràctiques a les portades a terme en centres autoritzats, sempre que es dirigeixin a establir el mateix tipus de relacions i la persona involucrada en el projecte parental com a cònjuge o parella de la dona gestant, si la hi ha, hagi prestat el seu consentiment a la filiació resultant, tot respectant la immunitat de l'aportant d'esperma conegut, sempre que la seva contribució s'hagi produït i hagi estat acceptada sota aquest pressupòsit.<sup>46</sup> Des d'aquest prisma, l'afirmació

---

44 Per una denúncia fonamentada de la preferència atorgada a la biologia per determinar la filiació derivada del recurs a reproducció assistida, em remeto al treball de BENAVENTE MOREDA, 2017, pp. 1-36.

45 Malgrat la reacció de les principals associacions de fertilitat espanyoles (<http://www.sefertilidad.net/newsletter/newsletter19.html>) i de la *Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida* (<http://www.cnrha.mscbs.gob.es/informacionInteres/autoinseminacion/home.htm>), així com la recent aprovació pel Parlament danès d'una normativa que prohibeix l'enviament d'esperma directament a domicilis particulars, per tal d'assegurar la traçabilitat del material genètic (vid. n. 39), fins la data no s'han reportat perills concrets (últim accés: 12.9.2018).

46 FERRER RIBA, 2018b, pp. 173 i 177.

de l'Audiència segons la qual la reorganització del grup familiar com a conseqüència de l'èxit de la doble acció de filiació exercitada pel pare biològic «no aparece como negativa para los intereses de la hija» (FJ 2) resulta qüestionable, per molt que la menor tingués poc més d'un any quan recaigué la sentència de primera instància que l'Audiència confirma. L'interès superior de la menor a què al·ludeix l'Audiència no encaixa bé amb la solució oferta, que és la de sacrificar la filiació d'una dona que legalment i social va actuar com a mare des del moment del naixement, malgrat no haver portat a terme la gestació, i transferir tots els drets i deures derivats d'aquesta filiació al pare biològic. Per molt que la dona no gestant pugui seguir exercint socialment com a mare, i que en determinades circumstàncies pugui obtenir un mínim reconeixement com a «persona pròxima» a la menor,<sup>47</sup> conseqüències com la que resulta de la sentència comentada evidencien que les solucions proporcionades

---

47 Per al cas de ruptura conjugal o de parella estable, l'art. 233-10.4 CCCat (i, amb caràcter de mesura provisional, l'art. 233-1, lletra a), en relació amb els art. 234-7, i 236-4.2, permeten atorgar la guarda dels menors o relacions personals amb aquests a persones diferents dels progenitors, ja es tracti de determinats parents o «persones pròximes» als menors. Per al cas de mort del cònjuge o convivent en parella estable que tenia atribuïda de manera exclusiva la guarda d'un menor, l'art. 236-15 regula les condicions perquè puguin operar aquests mateixos drets respecte de la persona casada o convivent en parella estable amb el progenitor difunt. Durant la convivència aquesta persona té dret a participar en la presa de decisions sobre els assumptes relatius a la seva vida diària, essent prevalent el criteri del progenitor/a en cas de desacord, i en cas de risc imminent per al menor pot adoptar les mesures necessàries per al seu benestar, del que ha d'informar sense demora el cònjuge o convivent, qui al seu torn ha d'informar l'altre progenitor/a (art. 236-14 CCCat). Així mateix, l'art. 231-5.2 contempla, entre les despeses familiars a les quals ambdós cònjuges i altres parents han de contribuir en els termes de l'art. 231-6, els aliments «dels fills no comuns que convisquin amb els cònjuges». Vigent el dret anterior una autora va posar en relleu l'absència d'un tractament legislatiu adequat de les famílies reconstituïdes i la rigidesa del sistema anterior al Llibre segon, que només reconeixia la presència del cònjuge o parella del pare o mare en la família reconstituïda per la via de l'adopció: GARRIGA GORINA, 2005, pp. 9-40. Si bé el Llibre segon ha fet més explícit el reconeixement d'aquestes famílies, la posició legal del o la cònjuge o parella estable del progenitor/a segueix sent més aviat dèbil.

En el Codi civil espanyol el concepte «allegado» permetria atorgar a la dona no gestant drets de relació personal (art. 160.2 CCesp). Si bé literalment el Codi civil espanyol només contempla la possibilitat d'atribució de la guarda a una persona diferent als avis o parents en el context de les mesures provisionals per demanda de nul·litat, separació o divorci (art. 103.1a.II), el TS no veu inconvenient en poder atribuir-la en el context general de la potestat parental, fins i tot en cas de mort d'un progenitor, i de les mesures definitives derivades dels processos matrimonials: vid. STS, 1a, de 14.9.2018 (JUR 243258, FJ 3).

per la legislació vigent es queden curtes<sup>48</sup> i que també en el context de la filiació cal formular propostes que permetin respectar els acords assolits amb determinades garanties.

En un context d'interacció entre persones adultes i plenament capaces, la renúncia a la filiació per part de l'home que aportà l'esperma, materialitzada a partir del naixement, i la seva correlativa assumpció per part d'altres persones hauria de ser respectada, tot prioritant l'establiment de la filiació a favor de les persones que des del «moment zero» han participat del projecte parental.<sup>49</sup> L'argument és encara més convincent quan l'acció exercitada s'encamina únicament a deixar un menor sense una de les dues filiacions prèviament determinades. Això es pot produir, per exemple, si després de la ruptura de la parella la mare gestant exercita una acció impugnant la filiació del seu o la seva excònjuge o exconvivent, que consta en el Registre Civil però que no té base biològica, en un intent d'allunyar l'ex parella de la vida del menor.<sup>50</sup> El mateix pot tenir lloc si és l'excònjuge o exconvivent qui en aquest moment impugna la pròpia filiació per tal d'evitar haver de fer front a les obligacions que se li puguin imposar vers el menor un cop produïda la ruptura familiar.

En tant que aquests acords tenen per objecte la filiació resultant d'una inseminació domèstica, el legislador català seria competent per atorgar-los eficàcia jurídica, el que impediria la impugnació de la filiació prèviament assumida per la parella de la dona gestant, com també la reclamació de paternitat per part de/a l'home que aportà l'esperma. Una

---

48 En el mateix sentit, QUICIOS MOLINA, 2018, p. 206.

49 Arriba a una conclusió similar, tot al·ludint a la seguretat jurídica, ANDREU MARTÍNEZ, 2018, p. 28. En el context de la reproducció sexual, DE LORA proposa aplicar la mateixa solució respecte dels que anomena «inseminadors naturals» si queda documentada la seva manca de voluntat procreacional i l'assumpció d'aquesta circumstància per totes les parts de l'acord: DE LORA, 2017, pp. 228-231.

50 Això és el que sembla que succeí en el cas resolt per la sentència del Jutjat de Primera Instància i Instrucció núm. 2 de Sant Vicent del Raspeig (Alacant), de 28.11.2018 (LA LEY 202726/2018), en què el Jutjat impedí que prosperés l'acció d'impugnació de la maternitat exercitada, a l'empara de l'art. 141 CCesp, per la mare gestant contra la seva ex esposa i la filla nascuda durant el matrimoni. Segons el Jutjat, l'actora no tenia legitimació activa per impugnar la segona maternitat en base a l'existència de vicis en el consentiment prestat davant del Registre Civil per qui aleshores encara era la seva esposa. El Jutjat també considera rellevant que el naixement es produí en el marc d'un projecte parental comú de les dues dones. Si bé la sentència no esclareix si la inseminació a través de la qual va ser concebuda la filla de la parella va tenir lloc en un centre de reproducció assistida o no, els fets descrits i l'acció exercitada per l'actora fan pensar que les dues dones van recórrer a un centre.

qüestió diferent és si aquests acords ja es poden entendre compresos al dret vigent. En l'àmbit de la reproducció assistida, en què els art. 235-8.1 i 235-13.1 CCCat fan dependre la determinació de la filiació del *consentiment exprés formalitzat en document estès davant d'un centre sanitari o en un document públic*, el TSJC ha recorregut al principi de bona fe (art. 111-7 CCCat) i a la doctrina dels actes propis (art. 111-8 CCCat)<sup>51</sup> com a mínim en quatre casos en què el consentiment no s'havia expressat en la forma prevista legalment, amb l'objectiu d'impedir alterar relacions de filiació ja creades.<sup>52</sup>

Aquesta interpretació no formalista del consentiment, que parteix del principi segons el qual el requisit de forma en els actes i negocis jurídics

---

51 Crític amb el recurs per part del TSJC a la doctrina dels actes propis en aquest context, atès que el camp d'actuació que li és més propici és el patrimonial i no tant el dret de la persona o de l'estat civil, vid. EGEA FERNÁNDEZ, 2011, p. 70.

52 En aplicació del dret anterior al CCCat, la STSJC de 27.9.2007 (RJ 8520) plantejava si el marit podia impugnar la paternitat d'una menor nascuda com a conseqüència del recurs a inseminació artificial amb esperma de donant practicada en un centre amb el seu consentiment no expressat en escriptura pública, tal com aleshores exigia l'art. 92.1 CF, sinó simplement en el document sanitari de consentiment informat. El TSJC considera suficient aquesta formalitat per impedir la impugnació i conclou que la conducta del marit d'acceptar la donació i consentir a la pràctica de la tècnica per després impugnar la paternitat suposa una deslleialtat vers l'esposa en perjudici de la menor, així com una mutació injustificada de l'estat civil (FJ 8.5 i 9). La STSJC de 22.12.2008 (JUR 2009\295671) aplica la mateixa doctrina (FJ 10.2) a un supòsit idèntic en què era la mare qui, un cop finalitzada la relació sentimental amb el pare, pretenia impugnar la paternitat no matrimonial de la filla menor. El TSJC conclou que el requisit de forma del consentiment no pot convertir-se en un obstacle insuperable i que «La seguretat jurídica i l'interès del menor no es poden deixar a l'atzar de les relacions afectives dels pares» (FJ 11). Ja en aplicació del dret vigent, la STSJC de 7.11.2013 (RJ 2018\1696) arriba a la mateixa conclusió. En el cas qui impugnava la paternitat no matrimonial d'un menor era el germà de l'home que accedí amb la seva parella a fecundació «in vitro» amb esperma de donant i que morí poc abans del naixement. El TSJC admet com a vàlid el consentiment signat per l'home amb posterioritat a la fecundació en el centre en què es trobava ingressat com a conseqüència de la malaltia que conduiria a la seva mort, tot atorgant rellevància a la «voluntat procreacional» dels dos membres de la parella (FJ 5). La STSJC de 20.7.2017 (RJ 6252) aplica la mateixa doctrina per permetre a la dona no gestant reclamar amb èxit la maternitat d'uns bessons nascuts en el marc d'una parella estable de dues dones. Els menors, concebut amb esperma de donant anònim i òvuls de la dona no gestant, només van poder ser inscrits al Registre Civil com a fills de la gestant, atès que les dues dones només van aportar un certificat del centre de reproducció assistida que assegurava que la gestant havia accedit al tractament, el qual consentia, amb qui afirmava ser la seva parella. El TSJC confirma les sentències prèvies, en considerar que el consentiment de la no gestant a la realització de la tècnica i a l'assumpció de la maternitat va quedar acreditat per actes tàcits i per l'existència de vida familiar (FJ 6).



només excepcionalment ho és amb caràcter constitutiu i condiona la validesa de l'acte (criteri espiritualista), està pensada per a la filiació derivada del recurs a reproducció assistida, que compta amb regulació pròpia en el dret civil català. Si bé l'aplicació del principi de bona fe i la doctrina dels actes propis a casos desproveïts de regulació com els analitzats en aquest apartat requeriria una justificació addicional, en tant que s'enfronta al caràcter imperatiu de les regles de la filiació, el recurs a la «voluntat procreacional» de qui accedeix a la inseminació domèstica per fer de pare o mare d'un menor amb el qual no té vincle biològic pot resultar útil quan l'acció exercitada només pretén impugnar la filiació de qui legalment i social ha fet de pare o mare des del moment del naixement i va participar del projecte parental. En absència de regulació específica la qüestió és més difícil de respondre, en canvi, quan l'acció exercitada persegueix únicament reclamar la paternitat a l'home que aportà l'esperma (pensem, per exemple, en la dona que accedí a inseminació domèstica en solitari, a partir del recurs a un «donant» conegut), en tant que aquí no es pretén eliminar una filiació, sinó sumar-ne una de nova. Encara planteja més dubtes l'exercici d'aquesta acció de forma acumulada a la d'impugnació de la filiació contradictòria, com succeïa en el cas resolt per la sentència analitzada de l'AP de València, en què la paternitat reclamada pretenia desplaçar una maternitat ja establerta. Des del meu punt de vista, en aquest darrer cas els tribunals haurien de començar a tenir en compte que l'acció exercitada no només pretén cohesionar paternitat biològica i paternitat legal, sinó també deixar sense efecte una filiació prèviament determinada, socialment rellevant i que el menor ja identifica com a tal.

### 3. PERSPECTIVES DE FUTUR: CAP A FORMES COL·LABORATIVES DE PATERNITAT I MATERNITAT?

Fins ara el dret català només permet atribuir certes responsabilitats parentals a persones que no són qualificades legalment com a «pare» o «mare» en circumstàncies excepcionals, com succeeix respecte de determinats parents o persones pròximes als menors quan cap dels progenitors és apte per exercir-ne la guarda, o respecte de la persona que esdevé cònjuge o convivent en parella estable del progenitor després d'un procés de reconstitució familiar.<sup>53</sup> També excepcionalment, en el

---

<sup>53</sup> Vid., al respecte, les referències en n. 47.

context de l'adopció l'art. 235-47.4 CCCat preveu que l'autoritat judicial pugui, a proposta de l'entitat pública o del ministeri fiscal, disposar que la persona adoptada mantingui relacions personals amb la família d'origen en els supòsits d'adopció de menors de països en els quals no existeix l'adopció ni cap altra institució equivalent (art. 235-44.4) o «si hi ha vincles afectius el trencament dels quals sigui greument perjudicial per a l'interès del menor».<sup>54</sup> Amb el mateix caràcter, el dret català també preveu el manteniment de vincles amb la família d'origen en els supòsits d'adopció del fill/a del cònjuge o parella estable (art. 235-32.1, lletra *a*) o en cas d'adopció intrafamiliar (art. 235-32.1, lletra *b*), en què s'atribueixen certs drets successoris respecte dels ascendents del progenitor d'origen substituït (art. 443-2 i 443-5 CCCat).<sup>55</sup> Ara bé, les descrites constitueixen, en últim terme, situacions que s'aproximen al que es coneix com a «adopció oberta», que en cap cas comporten l'establiment de la filiació respecte de més de dues persones. A l'estat espanyol la institució que històricament ha defugit més la regla binària en l'establiment de relacions materno- i paterno-filials ha estat l'anomenada «adopció simple» o «menys plena» que, a diferència dels supòsits descrits, es caracteritzava per la subsistència, per a determinats efectes, del vincle jurídic de filiació amb els progenitors biològics.<sup>56</sup> Aquesta modalitat d'adopció, suprimida l'any 1987<sup>57</sup> i amb

---

54 Al respecte, vid. GARRIGA GORINA, 2014, pp. 758-761. En el Codi civil espanyol aquesta possibilitat s'admet, amb caràcter més general, a partir de la reforma operada en l'art. 178.4 CCesp per la Llei 26/2015, de 28 de juliol, de modificació del sistema de protecció a la infància i l'adolescència (BOE núm. 180, de 29 de juliol); vid. SABATER BAYLE, 2016, pp. 71-73.

55 És precisament en atenció a aquests supòsits que l'art. 235-2.1 CCCat estableix que «Tota filiació produeix els mateixos efectes civils, *sens perjudici dels efectes específics de la filiació adoptiva*», i que l'art. 235-47.2 exclou dels efectes extintius del parentiu entre l'adoptat i la seva família d'origen «els casos a què fa referència l'article 235-32.1.a i b, en què es manté el parentiu respecte a la branca familiar del progenitor o els progenitors substituïts». Sobre la regulació de la successió en cas d'adopció en el Llibre quart, vid. GARRIGA GORINA, 2009, pp. 983-1000.

56 Així, el pare biològic no perdia la *pàtria potestat* i l'adoptiu no l'adquiria. Quant als drets successoris, la persona adoptada conservava els de la seva família d'origen i els adquiria en la intestada de la persona adoptant però no en la dels parents d'aquesta. Pel que fa a l'obligació d'aliments, la diferència d'efectes no es donava en funció de si l'adopció era plena o simple, sinó en funció de si la filiació era natural o adoptiva: així, si bé els pares adoptius en devien als fills adoptats en els mateixos casos i amb la mateixa extensió que als fills naturals i *legítims*, si també n'havia de prestar a fills naturals reconeguts o a ascendents i no els podien atendre a tots, el dret dels adoptats era menys preferent: vid. BORRELL Y SOLER, 1944, pp. 43-44.

57 Per un repàs històric de la figura, amb especial atenció als efectes successoris que comporta, vid. AGUILERA RULL / LAMARCA MARQUÈS, 2014, pp. 43-73.

particularitats poc remarcables en el dret civil català respecte de la seva regulació en el Codi civil espanyol,<sup>58</sup> es reivindica avui per alguns autors com a figura a mig camí entre l'adopció plena i altres institucions menys estables, com l'acolliment familiar, i es considera que pot tenir un interès especial en els casos d'adopció per parelles del mateix sexe.<sup>59</sup>

L'oportunitat d'atorgar validesa als acords procreatius privats que poden assolir les parts en matèria de filiació, com els de gestació per substitució o inseminació domèstica, planteja, més enllà de la possibilitat de renúncia a la filiació per part d'un progenitor biològic, la d'atribució de certes responsabilitats parentals, o fins i tot l'establiment de la filiació, a més de dues persones.<sup>60</sup> La pluriparentalitat desafia una de les principals presumpcions socials i culturals gravades a la llei: l'exclusivitat de la relació materno- o paterno-filial per la qual una persona només pot tenir, a efectes jurídics, una mare i un pare, o dues mares i dos pares, la qual cosa comporta l'exclusió del reconeixement de la qualitat de «pare» i «mare» a altres persones la contribució de les quals ha pogut fer possible el naixement. És aquesta visió excloent i exclusiva la que converteix les relacions familiars en un camp de batalla entre actors amb interessos suposadament contraposats.<sup>61</sup> Malgrat aquestes limitacions, fins la data almenys tres ordenaments ja han legislat per tal d'atorgar validesa a acords privats que fan possible que una persona tingui més de dos progenitors.

---

58 Segons PUIG FERRIOL / ROCA TRÍAS, 1979, pp. 449-456, la particularitat més notable es trobava en l'àmbit successori, atès que segons el Codi civil espanyol només els adoptats en forma plena ocupaven en la successió de la persona adoptant la mateixa posició que els fills *legítims* d'aquesta, si bé no de forma absoluta, ja que l'art. 179 CCesp mitigava aquest principi d'equiparació. La norma destacava per la manca de coherència interna, ja que si bé atorgava a l'adoptat simple, d'una banda, els mateixos drets que als fills per naturalesa i fins i tot els concedia un *status familiae*, integrant-los a la família de la persona adoptant, els privava al mateix temps, del dret a llegítima en la successió dels pares adoptius: vid. AGUILERA RULL / LAMARCA MARQUÈS, 2014, p. 59.

En canvi, en dret català l'equiparació entre fills legítims i adoptius era molt més clara i operava amb independència del tipus d'adopció, per la qual cosa tant els fills adoptats en forma plena com els adoptats en forma simple tenien el mateix dret a la llegítima que els fills legítims.

59 SÁNCHEZ CANO, 2018, pp. 643, 650, 660 i 674.

60 Sobre la necessitat del reconeixement d'aquest darrer supòsit, en especial en el context de famílies homoparentals, vid. DIMSEY, 2008, pp. 110-111.

61 Des de l'antropologia, vid. RIVAS, 2015, p. 47.

En un cas, a més, fins i tot es legitima la renúncia a la filiació per part de l'home que aporta l'esperma.<sup>62</sup>

Un primer exemple el trobem a l'estat canadenc de la Colúmbia britànica, que des del 2013 atorga validesa als acords previs a la concepció derivada del recurs a «reproducció assistida» pels quals els comitents i la potencial gestant, o bé la potencial gestant, el seu cònjuge o parella i una tercera persona que actua com a donant de gàmetes, subscriuen un acord pel qual tots tres seran considerats progenitors legals del nadó que pugui néixer (sec. 30 *Family Law Act*).<sup>63</sup> En cap dels dos casos la potencial gestant pot quedar exclosa de l'acord, ja que el cas de renúncia a la maternitat derivat d'un acord de gestació per substitució només està comprès en la regulació específica d'aquests acords que fa la sec. 29, a la qual s'han de sotmetre les parts si volen que la filiació no quedi determinada respecte de la gestant. En canvi, la sec. 30 sí que exclou de l'acord la parella de la persona que ha aportat les gàmetes, llevat del cas en què aquesta també tingui un vincle biològic amb la persona nascuda. Aquest seria l'únic supòsit en què, d'acord amb la legislació, una persona podria tenir la filiació determinada respecte de fins a quatre progenitors.<sup>64</sup> En últim terme, les parts de l'acord seran considerades progenitores des del mateix moment del naixement.

---

62 Alguns ordenaments llatinoamericans, com és el cas d'Argentina i Brasil, van reconeixent aquestes realitats familiars a partir de resolucions administratives i judicials, sense l'empara d'un marc legal, amb els riscos que això representa per a la seguretat jurídica: per a més informació, vid. LAMM, *en premsa*. Sobre Brasil en particular, vid. VARI ROSPIGLIOSI / CHAVES, 2018, pp. 133-157.

63 D'acord amb la definició que ofereix la sec. 20(1) de la mateixa llei, només s'exclou del terme «reproducció assistida» la reproducció derivada de relacions sexuals: "*assisted reproduction*" means a method of conceiving a child other than by sexual intercourse. La definició comprèn, per tant, la reproducció que té origen en la inseminació domèstica. Accessible des de: [http://www.bclaws.ca/civix/document/id/complete/statreg/11025\\_01](http://www.bclaws.ca/civix/document/id/complete/statreg/11025_01) (últim accés 13.9.2018).

64 Vid. KELLY, 2013, pp. 7-8. L'excepció a què al·ludeix l'autora permetria considerar progenitors la gestant i la seva parella masculina o femenina, com també les dues persones que van aportar les gàmetes masculines i femenines si aquestes formen una parella. Més dubtes plantegen, en canvi, els casos en què la dona que va aportar els òvuls no és la parella de l'home que va aportar l'esperma. Pensem en el supòsit pel qual una parella de dos homes i una dona coneguda que aporta els òvuls però no pot gestar recorren a una segona dona per tal que aquesta sigui fecundada en un centre amb l'embrió creat amb esperma d'un dels dos homes i òvuls de la primera. La maternitat només es podrà determinar a favor de la parella comitent de dos homes i la gestant, que d'acord amb la sec. 30 ha de ser part de l'acord privat. La possibilitat d'accedir a un acord de gestació subrogada convencional, regulat en la sec. 29, tampoc

L'ordenament californià dona un pas més, en tant que és l'únic que fins la data ha atorgat validesa a la renúncia a la paternitat realitzada en un acord privat. Des de l'any 2016 aquest ordenament reconeix efectes vinculants als acords de «reproducció assistida», verbals o escrits, subscrits entre la potencial gestant i l'home que aporta l'esperma amb caràcter previ a la concepció, pels quals s'exclou la paternitat del segon (sec. 7613 *Family Code*).<sup>65</sup> Amb caràcter general, el Codi de família californià [sec. 7612.c)] també permet que un menor tingui més de dos progenitors legals si un tribunal, en atenció a tots els factors rellevants, considera que el reconeixement de només dos progenitors podria causar-li un perjudici. Aquest precepte, posat en relació amb l'esmentada sec. 7613 interpretada en sentit contrari, permet reconèixer efectes als acords privats —ja siguin d'inseminació domèstica o gestacionals— pels quals amb caràcter previ a la concepció les parts d'un projecte parental convenen en què totes elles assumiran funcions parentals respecte del nen o nena que pugui néixer.

Un tercer model el trobem a l'estat canadenc d'Ontàrio, que el 2016 modificà la *Children's Law Reform Act* de 1990 per atorgar efectes als acords reproductius privats.<sup>66</sup> La novetat que incorpora aquest model respecte dels anteriors és que també comprèn els acords que tenen origen en un acte de reproducció sexual. Així, d'acord amb la sec. 7(4) la presumpció de paternitat de l'home que ha aportat l'esperma per a la concepció d'un fill derivada de relacions sexuals no resulta d'aplicació si abans de la concepció aquest home i la progenitora intencional acorden per escrit que el primer no serà considerat pare. Per la seva banda, la sec. 9, sota el títol «Parents under pre-conception parentage agreements», atorga validesa als acords procreatius subscrits per un màxim de quatre

---

permetria fer realitat el desig procreatiu dels dos homes i la primera dona, en tant que la filiació en aquests casos només es pot determinar respecte dels comitents, que han de ser una o dues persones i que, en el cas de ser dues, han d'estar casades entre elles o en una relació anàloga a la matrimonial [sec. 20(1)].

65 De nou, com en el cas de la Colúmbia britànica, la referència a la «reproducció assistida» exclou la que té origen en la reproducció sexual, a partir de la definició que dona la sec. 7606(a) del Codi, però comprèn els casos d'inseminació domèstica: “Assisted reproduction” means conception by any means other than sexual intercourse. Accessible des de: <https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/codesTOCSelected.xhtml?tocCode=FAM&tocTitle=+Family+Code+-+FAM> (últim accés 24.8.2018).

66 Accessible des de: <https://www.ontario.ca/laws/statute/90c12> (últim accés: 10.8.2018).

persones, ja derivin de reproducció sexual o assistida,<sup>67</sup> sempre que la mare gestant, com en el cas de la Colúmbia britànica, també sigui part de l'acord.<sup>68</sup> Si és el cas, el o la cònjuge de la gestant també serà part de l'acord, llevat que per escrit hagi expressat el contrari. En el supòsit de concepció per reproducció sexual també cal que l'home amb el qual es s'han de mantenir les relacions en sigui part. En tots els casos les parts de l'acord seran considerades progenitores legals des del mateix moment del naixement.

El reconeixement d'efectes legals a acords privats que poden tenir origen en la reproducció sexual, la inseminació domèstica o les tècniques de reproducció assistida practicades en un centre porta a pensar en formes col·laboratives de paternitat i/o maternitat com les que poden resultar de la celebració simultània d'acords com els dos que han estat objecte d'aquest treball.<sup>69</sup> Aquests acords privats es distancien de les pràctiques dels centres de reproducció assistida que, a l'empara de la legislació vigent, s'encaminen a crear les condicions necessàries per assegurar l'anonimat/desconnexió entre donants, receptores i descendència concebuda per donació, al que també poden contribuir factors com la compensació econòmica.<sup>70</sup>

Una forma col·laborativa de paternitat i/o maternitat resultant dels dos acords analitzats podria ser la d'una parella formada per un home i una dona que no pot gestar (parella comitent), que recorre a una altra dona que té parella masculina o femenina, per tal que sigui inseminada a casa amb esperma de l'home de la parella comitent. Un altre cas relacionat seria el de la parella comitent de dos homes que recorre a una dona que té parella masculina o femenina, per tal que sigui inseminada a casa amb esperma d'un dels dos homes de la parella comitent. En cada cas podria existir un acord privat entre els quatre adults implicats, pel qual el nen o nena que pugui néixer hagi de ser tractat legalment i social

---

67 Com en els casos de la Colúmbia britànica (n. 63) i Califòrnia (n. 65), d'acord amb la definició de «reproducció assistida» que dona la sec. 1(1) de la llei, aquesta comprèn els supòsits d'inseminació domèstica: *“assisted reproduction” means a method of conceiving other than by sexual intercourse; (“procréation assistée”).*

68 En conseqüència, i a diferència del supòsit plantejat en la n. 64 respecte de la Colúmbia britànica, en el cas d'Ontàrio es podria determinar la filiació respecte dels dos homes, la dona que ha aportat els òvuls i la gestant.

69 Sobre les implicacions d'aquests acords quan comporten donació d'òvuls, vid. LAFUENTE FUNES, 2019, en *premsa*, apt. 5.1., pp. 359-385.

70 Al respecte, des de l'antropologia, vid. JOCILES RUBIO / RIVAS RIVAS, 2016, pp. 74-76, i RIVAS / ÁLVAREZ / JOCILES, 2018, p. 226, i els estudis allí citats.

com a fill o filla de tots quatre. Aquests acords no poden ser considerats acords de gestació per substitució perquè la dona gestant no renuncia a la seva maternitat, sinó tot el contrari. El potencial d'aquests acords per visibilitzar els rols de les parts implicades en la procreació, en especial el de la dona gestant, com també per no mercantilitzar el que s'ha anomenat la «transferència de capacitat reproductiva», és molt gran.<sup>71</sup> Per molt que en l'actualitat la majoria d'ordenaments que permeten la gestació per substitució són reticents a atorgar efectes legals a la gestació tradicional o plena, com s'ha posat en relleu a l'inici de l'apartat 2.2 d'aquest treball, això no impediria regular aquestes formes col·laboratives de paternitat i maternitat, en tant que si bé la gestació es produeix via inseminació domèstica o reproducció sexual i, per tant, amb material genètic de la pròpia gestant, és rellevant que aquesta no renuncia a la pròpia maternitat, a diferència del que succeeix en el cas dels acords convencionals de gestació per substitució. Aquests acords reproductius podrien arribar a implicar fins i tot a més de quatre adults que pretenguessin assumir funcions parentals a partir del moment del naixement: pensem, per exemple, en la parella comitent d'home i dona en què l'home no pot aportar l'esperma i la dona no pot gestar, que recorre a una dona gestant que forma una parella amb una altra dona (o amb un home que tampoc pot aportar l'esperma), i a un altre home que aporta l'esperma amb què la gestant serà inseminada a casa.

Determinar si el reconeixement legal d'acords com els que s'acaben de descriure és positiu per als menors és una qüestió complexa, en especial perquè a mesura que augmenta el nombre de progenitors legals i socials pot augmentar el marge per al conflicte.<sup>72</sup> La gestió dels conflictes pot esdevenir especialment insostenible en cas de crisi familiar. Així mateix, i atès que la filiació també crea obligacions vers la descendència, podem pensar en fills i filles que, assolida l'edat adulta, hauran de fer front a responsabilitats respecte de més de dues persones.<sup>73</sup> És per això que les parts haurien de determinar *ex ante* les condicions en què es portarà a terme la convivència vigents les relacions i en cas de ruptura, com també el rol que assumirà cada adult respecte de la persona o persones menors, el que alhora permetria graduar les potencials obligacions d'aquestes vers els adults. Aquesta planificació esdevé especialment

---

71 Així, a Espanya, LAFUENTE FUNES, *en premsa*, apt. 5.1., 2019, pp. 359-385.

72 BUDZIKIEWICK, 2014, p. 165.

73 BUDZIKIEWICK, 2014, p. 165.

rellevant quan no totes les figures implicades demanen el mateix, en tant que unes sol·liciten l'estatus legal de pare o mare, i d'altres només un reconeixement de funcions parentals.<sup>74</sup> Més enllà dels acords concrets a què puguin arribar les parts en aquests casos, els tribunals haurien de vetllar perquè aquests respectin l'interès superior del menor i per acomodar les diferents modalitats de parentalitat en termes diferents a com ho fan avui dia.<sup>75</sup> Si bé el nombre de «participants» en el procés no té per què incrementar el nombre de conflictes en relació als fills i filles, en tant que moltes de les respostes als eventuais conflictes acostumen a ser binàries,<sup>76</sup> sembla excessivament optimista pensar que en casos com els descrits no existirà marge per al desacord, en especial perquè ni les parts ho poden preveure tot *ex ante*, ni perquè quan ho intenten assoleixen els acords més favorables per a totes les parts implicades.

Legitimar la pluriparentalitat que pot resultar d'acords com els descrits en aquest treball podria ser la porta d'entrada, en el nostre ordenament, a models familiars més coherents amb la realitat viscuda. En un sistema on les regles de filiació encara estan molt basades en la veritat biològica, la pluriparentalitat presenta un interès especial quan l'exercici d'una acció d'impugnació de la filiació s'acompanya de la corresponent reclamació d'una persona biològica respecte la filiació que només reconeix com a progenitor o progenitora la persona que consta legalment com a tal. En aquest context, les solucions basades en la pluriparentalitat s'haurien de considerar.<sup>77</sup>

## 4. BIBLIOGRAFIA

AGUILERA RULL, A. / LAMARCA MARQUÈS, A., «Adopción simple y derechos sucesorios», a Domínguez Luelmo, A. / García Rubio, M.P. (Dir.) /

HERRERO OVIEDO, M. (Coord.), *Estudios de Derecho de Sucesiones (Liber Amicorum T.F. Torres García)*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2014, pp. 43-73.

---

74 CADORET, 2004, pp. 279-281.

75 Vid., al respecte, FERRER RIBA, 2018b, pp. 165-166 i 177.

76 SCHERPE, 2016, pp. 110 i 117-118.

77 En aquest sentit, recentment, FERRER RIBA, 2018a, pp. 320-323.



- ALLUEVA AZNAR, L., *Prestación compensatoria y autonomía privada familiar*, Tirant lo Blanch, València, 2016.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Gestación por sustitución y orden público», a AA.VV., *El orden público interno, europeo e internacional civil Acto en homenaje a la Dra. Núria Bouza Vidal, catedrática de Derecho internacional privado*, *InDret* 2/2017, pp. 166-200.
- ANDREU MARTÍNEZ, M.B., «La doble maternidad tras la reforma del artículo 73 LTRHA y la resolución de la DGRN de 8 febrero de 2017: ¿Realmente avanzamos o hemos retrocedido?», *InDret* 2/2018, pp. 1-35.
- BARBER CÁRCAMO, R., «La incidencia de la voluntad en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre acciones de filiación», *Revista de Derecho Privado* 6/2017, pp. 3-22.
- BENAVENTE MOREDA, P., «Los Errores de Legislar en Paralelo: La Problemática Aplicación de las Reglas sobre Filiación (Determinación, Acciones de Reclamación e Impugnación) en la Filiación Derivada del Uso de Técnicas de Reproducción Humana Asistida», *Oñati Socio-Legal Series*, Vol. 7(1), 2017, pp. 1-36: <https://ssrn.com/abstract=2768263> (últim accés: 7.9.2018).
- BORRELL Y SOLER, A.M., *Derecho civil vigente en Cataluña (T-IV. Derecho de familia)*, 2a ed., Bosch, Barcelona, 1944.
- BRUNET, L. / CARRUTHERS, J. / DAVAKI, K. / KING, D. / MARZO, C. / Maccandless, J., *A comparative study on the regime of surrogacy in EU Member States*, European Union: Directorate General for Internal Policies, 2013, pp. 351-367: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2013/474403/IPOL-JURI\\_ET\(2013\)474403\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2013/474403/IPOL-JURI_ET(2013)474403_EN.pdf) (últim accés: 7.9.2018).
- BUDZIKIEWICK, C., «Contracting on parentage», a BOELE-WOELKI, K. / DETHLOFF, N. / GEPHART, W. (Ed.), *Family Law and Culture in Europe*, Intersentia, Cambridge - Antwerp — Portland, 2014, pp. 151-168.
- CADORET, A., «Pluri-parentesco y familia de referencia», a Marre, D. / Bestard, J., *La adopción y el acogimiento. Presente y perspectivas*, Universitat de Barcelona, 2004, pp. 273-282.

- CASADO, M. / NAVARRO-MICHEL, M. (Coord.), *Document sobre gestació per substitució*, Observatori de Bioètica i Dret — Universitat de Barcelona, febrer de 2019, pp. 9-23: [http://www.bioeticayderecho.ub.edu/sites/default/files/documents/doc\\_gestacion-sustitucion.pdf](http://www.bioeticayderecho.ub.edu/sites/default/files/documents/doc_gestacion-sustitucion.pdf) (últim accés: 14.3.2019).
- DIMSEY, M., «Multi-parent families in the 21<sup>st</sup> century», a Boele-Woelki, K. / Sverdrup, T. (Ed.), *European Challenges in Contemporary Family Law*, Intersentia, Cambridge - Antwerp — Portland, 2008, pp. 101-111.
- DURÁN AYAGO, A., «El acceso al Registro Civil de certificaciones registrales extranjeras a la luz de la Ley 20/2011: relevancia para los casos de filiación habida a través de gestación por sustitución», *AEDIPr*, XII, 2012, pp. 265-308.
- / BLANCO-MORALES LIMONES, P., «Los vientres de alquiler», *Actualidad Jurídica Aranzadi* 881/2014, pp. 1-2.
- EGEA FERNÁNDEZ, J., «Bona fe i honradesa en els tractes en el dret civil de Catalunya», Discurs d'ingrés a l'*Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya*, Barcelona, 27.10.2011, pp. 5-71.
- FARNÓS AMORÓS, E., «Más allá del reconocimiento: propuestas para regular la gestación por sustitución», a Carrio Sampedro, A. (Ed.), *Gestación subrogada. Análisis crítico y propuestas de regulación*, Marcial Pons, Barcelona (*en premsa*).
- , «¿Debe permitirse la gestación por sustitución en España? Estado de la cuestión y algunas reflexiones», a Casado, M. (Coord.), *De la solidaridad al mercado. El cuerpo humano y el comercio biotecnológico*, Fontamara, México, 2016, pp. 193-233.
- , «Comentari a l'art. 235-27 CCCat», a Egea Fernández, J. / Ferrer Riba, J. (Dir.) / Farnós Amorós, E. (Coord.), *Comentari al llibre segon del Codi civil de Catalunya. Família i relacions convivencials d'ajuda mútua*, Atelier, Barcelona, 2014, pp. 660-668.
- FERRER RIBA, J., «Los efectos de la filiación y su restricción o exclusión», a Barber Cárcamo, R. / Quicios Molina, S. / Verdera Server, R. (Coord.), *Retos actuales de la filiación*, Asociación de Profesores de Derecho Civil - Tecnos, Madrid, 2018a, pp. 297-327.

- , «Familias y pluriparentalidad en derecho español», *Derecho de Familia* 8/2018b, pp. 163-177.
- GALLOWAY, K., «Theoretical Approaches to Human Dignity, Human Rights and Surrogacy», a Gerber P. / O'Byrne, K. (Ed.), *Surrogacy, Law and Human Rights*, Routledge, London — New York, 2016, pp. 13-29.
- GARCÍA RUBIO, M.P. / HERRERO OVIEDO, M., «Maternidad subrogada: dilemas éticos y aproximación a sus respuestas jurídicas», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* 52/2018, pp. 67-89.
- GARRIGA GORINA, M., «Les relacions paterno-filials de fet», *Revista Jurídica de Catalunya* 1/2005, pp. 9-40.
- , «La successió en el cas d'adopció en el Llibre IV del Codi civil de Catalunya», *Revista Jurídica de Catalunya* 4/2009, pp. 983-1000.
- , «Comentari a l'art. 235-47 CCCat», a Egea Fernández, J. / Ferrer Riba, J. (Dir.) / Farnós Amorós, E. (Coord.), *Comentari al llibre segon del Codi civil de Catalunya. Família i relacions convivencials d'ajuda mútua*, Atelier, Barcelona, 2014, pp. 754-761.
- GETE-ALONSO Y CALERA, M.C., «La inscripción de nacimiento en la Ley 20/2011. Entre el derecho a la identidad de la persona y la reserva de la maternidad», *Revista de Derecho Civil* 1(V)/2018, pp. 1-54.
- HEREDIA CERVANTES, I., «La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución», *Anuario de Derecho Civil*, LXVI, II, 2013, pp. 688-715.
- IGAREDA, N., «La gestación por sustitución y género: una oportunidad para repensar la filiación y la reproducción humana», *Revista de Bioética y Derecho y Perspectivas Bioéticas* 44/2018, pp. 57-72.
- JOCILES RUBIO, M.I. / RIVAS RIVAS, A.M., «Cambios en la concepción y representación del parentesco a raíz del uso de las técnicas de reproducción asistida con donante», *Ankulegi. Revista de Antropología Social* 20/2016, pp. 63-78.
- KELLY, F., «One of These Families is Not Like the Others: The Legal Response to Non-Normative Queer Parenting in Canada», *Alberta Law Review* 51:1, 2013, pp. 1-21.

- LAFUENTE FUNES, S., «Bioeconomías reproductivas: claves para pensar la participación de terceras partes en la reproducción», a Rodríguez Ruiz, B. (Ed.), *Autonomía, Género y Derecho. Debates en torno al Cuerpo de las Mujeres*, Tirant lo blanch, València, 2019, pp. 359-385.
- LAMM, E., «Gestación por sustitución y género: repensando el feminismo», a García Manrique, R. (Coord.), *El cuerpo diseminado. Estatuto, uso y disposición de los biomateriales humanos*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2018, pp. 191-220.
- , «Identidad de género, autonomía reproductiva y acceso a tecnologías. Hacia una deconstrucción del sexo, del género y de los roles», a *Autonomía y derecho de las familias*, Rubinzal, Argentina (en prensa).
- DE LORA, P., «Gestar para otros: una ecografía de las falacias», *Dilemata (Revista Internacional de Éticas Aplicadas)* 28(10)/2018, pp. 75-86.
- , «Reproducción, paternidad e igualdad: ¿de qué son responsables los inseminadores?», a García Amado, J.A. (Dir.) / Gutiérrez Santiago, P. / Ordás Alonso, M. (Coord.), *La responsabilidad civil por daños en las relaciones familiares*, Wolters Kluwer, Barcelona, 2017, pp. 215-231.
- MARTÍN-CASALS, M. / RIBOT, J. (Ed.), *The role of self-determination in the modernisation of family law in Europe*, Documenta Universitaria, Girona, 2006.
- R. PALOP, M.E., «Argumentos contra la gestación por sustitución», a García Manrique, R. (Coord.), *El cuerpo diseminado. Estatuto, uso y disposición de los biomateriales humanos*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2018, pp. 259-280.
- PARRA LUCÁN, M.A., «Autonomía de la voluntad y derecho de familia», *La Ley* 7675/2011, pp. 1-5.
- PARRÓN CAMBERO, M. J., «Ventre de alquiler: *mater semper certa est, pater semper incertus est*», *La Ley* 8269/2014, pp. 1-5.
- PUIG FERRIOL, L. / ROCA TRÍAS, E., *Fundamentos del Derecho Civil de Cataluña (T-II. Derecho familiar catalán)*, Bosch, Barcelona, 1979.

QUICIOS MOLINA, M.S., «Inseminaciones artificiales domésticas: cuestiones contractuales y de filiación», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid* 35/2017-1, pp. 363-383.

--, «Determinación de una segunda maternidad no adoptiva: estado de la cuestión», a Barber Cárcamo, R. / Quicios Molina, S. / Verdera Server, R. (Coord.), *Retos actuales de la filiación*, Asociación de Profesores de Derecho Civil - Tecnos, Madrid, 2018, pp. 185-227.

QUIÑONES ESCÁMEZ, A., «El contrato de gestación por sustitución no determina la filiación sino la intervención de una autoridad pública conforme a ley (Método del reconocimiento para los actos públicos extranjeros y método conflictual para los hechos y los actos jurídicos privados)», a AA.VV., *El orden público interno, europeo e internacional civil Acto en homenaje a la Dra. Núria Bouza Vidal, catedrática de Derecho internacional privado*, *InDret* 2/2017, pp. 201-251.

RIVAS, A.M., «Revisitando el parentesco: ¿sigue siendo la sangre más espesa que el agua? Nuevas formas de parentesco y familia», a González Torralbo, H. (Ed.), *Diversidades familiares, cuidados y migración. Nuevos enfoques y viejos dilemas*, Ediciones Universidad Alberto Hurtado, Santiago de Chile, 2015, pp.39-67.

-- / ÁLVAREZ, C. / JOCILES, M.I., «La intervención de “terceros” en la producción de parentesco: perspectiva de los/as donantes, las familias y la descendencia. Un estado de la cuestión», *Revista de Antropología Social* 27(2)/2018, pp. 221-245.

SABATER BAYLE, E., «La adopción abierta en el Derecho español», *Actualidad Jurídica Iberoamericana* 4 ter/2016, pp. 66-93.

SÁNCHEZ CANO, M.J., «Hacia la recuperación de la adopción simple en el derecho español», *Cuadernos de Derecho Transnacional* 10(2)/2018, pp. 642-675.

SCHERPE, J.M., *The present and future of European Family Law*, Vol. IV, Elgar, Cheltenham — Northampton, 2016.

SCOTT, E.S. / SCOTT, R.E., «From Contract to Status: Collaboration and the Evolution of Novel Family Relationships», *Columbia Law School*

(*Public Law & Legal Theory Working Paper Group*), Paper Number 14-409, 2014, pp. 1-76.

SOLÉ FELIU, J., «Comentari a l'art. 231-20 CCCat», a Egea Fernández, J. / Ferrer Riba, J. (Dir.) / Farnós Amorós, E. (Coord.), *Comentari al llibre segon del Codi civil de Catalunya. Família i relacions convivencials d'ajuda mútua*, Atelier, Barcelona, 2014, pp. 146-161.

VARSÍ ROSPIGLIOSI, E. / CHAVES, M., «La multiparentalidad. La pluralidad de padres sustentados en el afecto y no en lo biológico», *Revista de Derecho y Genoma Humano* 48/2018, pp. 133-157.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., «La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida en España», *Actualidad Jurídica Iberoamericana* 8/2018a, pp. 11-31.

--, «La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida (un análisis crítico de la experiencia jurídica española, treinta años después de la aprobación de la primera regulación legal sobre la materia», *Diritto delle Successioni e della Famiglia* IV(1)/2018b, pp. 301-340.

# Acotacions en el món pràctic

## (II). Perspectiva notarial dels reglaments europeus

VÍCTOR J. ASENSIO BORRELLAS

*Notari*

### INTRODUCCIÓ

Els recents Reglaments Europeus sobre Règim econòmic matrimonial i les unions registrades han estat regulats en els Reglaments 1103 i 1104 de 2016 i (primer apunt pràctic) entraran en vigor, en la seva totalitat el proper 29 de gener de 2019.

Aquests reglaments tracten diverses qüestions, jo, des del punt de vista pràctic com a Notari, em centraré en qüestions derivades del capítol 3r «*CAPÍTULO III LEY APLICABLE*».

Però abans també pel seu contingut pràctic vull fer una referència al capítol 5è i 6è, «*CAPÍTULO V DOCUMENTOS PÚBLICOS Y TRANSACCIONES JUDICIALES*»; «*CAPÍTULO VI DISPOSICIONES GENERALES Y FINALES*».

### SITUACIÓ PRÀCTICA 1

Se'ns presenten unes capitulacions estrangeres d'un casat francès, belga o de qualsevol país que té règim de comunitat i de les capitulacions resulta que està casat en règim de separació de béns i que pot disposar tot sol.

El podem acceptar i així que pugui vendre o hipotecar tot sol?

#### *Acceptació de documents*

En principi conforme a l'art. 58 cal acceptar el document si és un document «públic» d'un Estat membre.

«Artículo 58. *Aceptación de documentos públicos.*

*1. Los documentos públicos expedidos en un Estado miembro tendrán en otro Estado miembro el mismo valor probatorio que en el Estado miembro de origen, o el efecto más parecido posible, siempre que ello no sea manifiestamente contrario al orden público (ordre public) del Estado miembro de que se trate.»*

Però això té unes importants matitzacions:

*En quant a la forma*

Cal tenir en compte sempre que en relació als requisits de forma caldrà complir els requisits que diuen els articles 23 i 25, és a dir:

- 1) Els requisits de forma de la llei de la residència habitual dels atorgants o de la residència de qualsevol d'ells (però amb residència a Europa).
- 2) Els requisits de forma que imposi la llei que hagin escollit els atorgants.

Així si:

- a. el règim aplicable que han pactat és el de separació  *català*, o
- b. els atorgants tenen tots residència a Catalunya o
- c. si l'únic resident europeu es troba a Catalunya:

Sempre caldrà escriptura pública i com a requisit AD SOLEMNITATEM, i d'un notari equivalent al espanyol (tipus germànic-llatí, no anglosaxó).

Davant un document tipus privat, anglosaxó o que no sigui igual al públic espanyol tenim 2 solucions:

1. elevar-lo a públic (si tenim a tots dos o si no que s'hagin donat poders a l'efecte)
2. si és impossible només ens queda la solució que ens va donar la DGRN sobre equivalència de documents en el tema dels poders anglosaxons. Caldrà una declaració responsable del Notari sobre l'equivalència de la documentació.
- 3) També sobre la forma destaca el capítol 6è, *CAPÍTULO VI DISPOSICIONES GENERALES Y FINALES*. L'art. 61 exclou la



legalització i la postil·la dels documents expedits per un Estat membre en el marc del Reglament:

*Artículo 61. Legalización y demás formalidades análogas. No se exigirá legalización ni formalidad análoga alguna para los documentos expedidos en un Estado miembro en el marco del presente Reglamento.*

Aquests documents són uns certificats tipus que preveu l'art. 59.2 i el «considerando 68». Són uns formularis on s'han de posar unes creus on toca i en algun punt afegir alguna explicació. Són complexes i poc agradables d'omplir, però al legislador europeu sembla que li encanten.

*En quant al fons*

**Ordre públic.** Per poder no acceptar un document estranger *només* ens queda l'*excepció d'ordre públic* que a dia d'avui s'equipara amb els principis constitucionals bàsics, i així, no pot ser que el contingut del document sigui discriminatori. Això no vol dir que l'administració no la pugui tenir un dels dos, caldrà estar al cas concret. En la teoria crec que podríem dir que, donada la llibertat de pacte que ja existeix al dret civil català i tot l'espanyol, els límits serien els mateixos que a unes capitulacions espanyoles.

**Llei escollida.** El Reglament, però, no dona llibertat absoluta d'escollir la llei que es vulgui (com també passa al Reglament de Successions). L'art. 22 del RUE permet escollir entre:

- llei de la residència, o
- llei de la nacionalitat.

*Artículo 22. Elección de la ley aplicable.*

*1. Los cónyuges o futuros cónyuges podrán designar o cambiar de común acuerdo la ley aplicable a su régimen económico matrimonial, siempre que se trate de una de las siguientes leyes:*

- a) la ley del Estado en el que los cónyuges o futuros cónyuges, o uno de ellos, tengan su residencia habitual en el momento de la celebración del acuerdo, o*
- b) la ley del Estado de la nacionalidad de cualquiera de los cónyuges o futuros cónyuges en el momento en que se celebre el acuerdo.*

Ara bé, com casa l'art. 22 amb el 58 que hem dit que *només* permet no acceptar un document estranger si és contrari a l'ordre públic?

Doncs acceptant el document estranger com si fos un d'espanyol, és a dir, l'haurem d'acceptar però això no impedeix que es pugui impugnar davant l'autoritat judicial i que aquesta l'anul·li per incomplir l'art. 22. El que ens diu el 58 és que el document ha de tenir el mateix valor que un document públic espanyol, però això no significa que aquest no es pugui anul·lar. Tindrà les presumpcions d'integritat, exactitud o veracitat i de legalitat, però aquestes es poden revocar en un procediment judicial.

## SITUACIÓ PRÀCTICA 2

En aquest cas no hi ha capitulacions i una persona casada vol fer un acte de disposició d'un immoble comú o que consta només al seu nom però és l'habitatge habitual pel qual la norma catalana demana el consentiment.

### *Llei aplicable. Fons*

Abans d'entrar en quina és, i com estem davant un enfoc pràctic, vull destacar les següents fonts per poder conèixer el dret material aplicable una vegada determinat aquest:

- Web de la UE [www.coupleseurope.eu](http://www.coupleseurope.eu). També [www.coupleseurope.com](http://www.coupleseurope.com). Senzilla però pràctica per les lleis dels Estats Membres de la UE.
- Pàgines web dels diferents Estats.
- Google: millor buscar en anglès.
- Llibres especialitzats.

Per acreditar aquest dret legalment:

- Certificat del consolat o embaixada corresponents.
- El testimoni de vigència de lleis d'un notari (serà la manera més pràctica).
- Art. 33 de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil. Es preveu la possibilitat d'un dictamen per a provar el dret

extranger aplicable al cas, tot i que no és vinculant pels òrgans jurisdiccional, el poden acceptar (o no).

### ***Llei aplicable. Determinació***

La determinació de la llei aplicable la fan unes normes de conflicte que no són autonòmiques conforme a l'article 149.1.9 de la Constitució. Així, les noves normes de conflicte dels Reglaments Europeus no haurien de tenir efecte al dret català. La norma civil catalana més similar és la territorialitat del dret civil català continguda a l'article 111-3.1

*El dret civil de Catalunya té eficàcia territorial, sens perjudici de les excepcions que es puguin establir en cada matèria i de les situacions que s'hagin de regir per l'estatut personal o altres normes d'extraterritorialitat.*

Veiem diferents casos de diferents matrimonis i quina serà la llei aplicable i si la llei catalana a més a més pot tenir incidència per la seva territorialitat.

## **1. Matrimoni de 2 persones espanyoles de diferent veïnatge civil. Un català i un altra d'un altre veïnatge**

La determinació de la llei aplicable no ha canviat. S'aplica el 9.2 CC, per la remissió que fa l'art. 16 del Codi Civil.

Recordem que l'art. 16 remet a les normes de dret internacional per a resoldre les qüestions de dret interregional.

*Artículo 16.*

*1. Los conflictos de leyes que puedan surgir por la coexistencia de distintas legislaciones civiles en el territorio nacional se resolverán según las normas contenidas en el capítulo IV con las siguientes particularidades:*

*1.a. Será ley personal la determinada por la vecindad civil.*

*2.a. No será aplicable lo dispuesto en los apartados 1, 2 y 3 del artículo 12 sobre calificación, remisión y orden público.*

*2. El derecho de viudedad (...)*

3. Los efectos del matrimonio entre españoles se regularán por la ley española que resulte aplicable según los criterios del artículo 9 y, en su defecto, por el Código Civil.

*En este último caso se aplicará el régimen de separación de bienes del Código Civil si conforme a una y otra ley personal de los contrayentes hubiera de regir un sistema de separación.*

Per la seva banda el 9.2 diu que els efectes del matrimoni es regeixen per (en ordre subsidiari):

- llei personal comú,
- llei de la residència o de la nacionalitat pactada,
- llei de la residència habitual comú posterior,
- llei del lloc de celebració del matrimoni.

*9.2 Los efectos del matrimonio se regirán por la ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo; en defecto de esta ley, por la ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de ellos, elegida por ambos en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio; a falta de esta elección, por la ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración, y, a falta de dicha residencia, por la del lugar de celebración del matrimonio.*

**Interpretació estàtica, literal i pràctica.** A dia d'avui cal aplicar l'art. 9.2 perquè així resulta tan de la literalitat de les normes, com el propi Reglament Europeu que al seu article 35 exclou expressament la seva aplicació dels conflictes de normes interns.

Així doncs la llei personal comú serà l'aplicable i no existirà la possibilitat de la «professió iuris» (o pacte d'elecció de llei aplicable) tractant-se de nacionals espanyols, sens perjudici de la possibilitat de pacte que permeti aquesta llei aplicable.

**Cap a una Interpretació «dinàmica»?** Els Reglaments Europeus només entren en joc quan hi ha un element d'estrangeria i aquí no n'hi ha. No obstant, vull fer un petit incís perquè ja s'ha escoltat alguna veu que parla d'una interpretació que s'ha anomenat «dinàmica» de l'art. 16 del Codi Civil Comú.

Sembla que la intenció del legislador és la d'aplicar als conflictes interregionals les mateixes solucions que als conflictes de llei

internacionals i en base a aquesta suposada «intenció» s'ha parlat d'aquesta possible interpretació «dinàmica» de manera que, tot i la literalitat de la norma (el remet a «*las normas contenidas en el capítulo IV*»), com que a l'àmbit internacional privat l'art. 9.2 ha esdevingut inaplicable, no té sentit que s'apliqui al dret interregional.

No obstant, i davant d'aquesta interpretació «dinàmica», tenim també l'art. 35 del Reglament Europeu abans esmentat i que ens diu:

*Artículo 35. No aplicación del presente Reglamento a los conflictos internos de leyes.*

*Los Estados miembros que comprendan varias unidades territoriales con sus propias normas en materia de regímenes económicos matrimoniales no estarán obligados a aplicar el presente Reglamento a los conflictos de leyes que se planteen entre dichas unidades territoriales exclusivamente.*

És ben curiós que el títol del l'article sigui «No aplicación» i després el que digui és que els Estats «no estarán obligados a aplicar el presente Reglamento».

La diferència en aplicar el CC o el RUE és important perquè la norma europea dona prioritat a la llei escollida entre les parts, mentre que el 9.2 imposa, abans de pacte, la llei del veïnatge civil comú. Evidentment la majoria de les legislacions civils espanyoles donen al pacte una preeminència i en virtut de la llei aplicable es podrà pactar un règim matrimonial o un altre, però sempre hi ha determinades normes imperatives (el que alguns han denominat «règim primari»), que no podran ser modificades en cap cas per aquests pactes si apliquem el 9.2 i sí podem optar per un règim primari d'una legislació o una altre si apliquem el Reglament 2016/1103. Això sí, si aquestes normes imperatives es consideren essencials, podríem estar davant de les denominades «lleis de policia» que el propi Reglament Europeu salvaguarda a l'art. 30 com a sempre aplicables.

*Artículo 30. Leyes de policía.*

*1.Las disposiciones del presente Reglamento no restringirán la aplicación de las leyes de policía de la ley del foro.*

*2.Las leyes de policía son disposiciones cuya observancia considera esencial un Estado miembro para salvaguardar sus intereses públicos, tales como su*

*organización política, social o económica, hasta el punto de ser aplicables a toda situación que entre dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que sea la ley aplicable al régimen económico matrimonial en virtud del presente Reglamento.*

**Solució pràctica:** En el cas entre dos nacionals espanyols, i sabent que als operadors jurídics els hi agrada aplicar el que més coneixen, a dia d'avui cal aplicar l'article 16 CC i el 35 del Reglament i, per tant, els criteris de l'article 9 del CC.

De totes maneres potser que en un futur l'art 16 CC es canviï o (donada la dificultat de canviar el CC per raons de majories polítiques) que la jurisprudència accepti aquesta interpretació «dinàmica» i doni doncs la mateixa solució als cassos de dret internacional i interregional. Però un canvi tant important i contrari a la literalitat de la norma, no dic que no pugui ser (fins i tot seria interessant) però a la pràctica, avui, no es donarà.

## **2. Matrimoni de 2 persones, una catalana i una estrangera**

Aquí sí entra de ple el Reglament 2016/1103. Les normes són diferents de les del 9.2. Es deixa més espai a l'autonomia de la voluntat, a diferència del 9.2. Ja ho hem vist abans.

L'art. 22 del RUE permet escollir entre:

- llei de la residència, o
- llei de la nacionalitat.

Ara estem veient el cas en defecte de pacte i aquí, tenim l'art. 26 que estableix el següent ordre de llei aplicable:

- llei de la primera residència comuna
- llei de la nacionalitat comuna
- llei de l'Estat amb la connexió més estreta amb ells.

*Artículo 26. Ley aplicable en defecto de elección por las partes.*

*1. En defecto de un acuerdo de elección con arreglo a lo dispuesto en el artículo 22, la ley aplicable al régimen económico matrimonial será la ley del Estado:*

- a) de la primera residencia habitual común de los cónyuges tras la celebración del matrimonio, o, en su defecto,
- b) de la nacionalidad común de los cónyuges en el momento de la celebración del matrimonio, o, en su defecto,
- c) con la que ambos cónyuges tengan la conexión más estrecha en el momento de la celebración del matrimonio, teniendo en cuenta todas las circunstancias.

I hi ha els casos especials dels apartats 2 i 3 en els que no entrarem per raons de temps i per donar-se menys a la pràctica.

### **A) Pacte exprés**

Respecte de la primera possibilitat, el pacte exprés, l'hem vist al principi de l'exposició amb els requisits de forma i fons que cal complir.

Però vull reprendre un tema pràctic important: el de les normes imperatives de policia (l'anomenat per alguns com a «règim primari») i sobretot la protecció de la disposició de l'habitatge habitual que requereix el consentiment del cònjuge no titular. A Catalunya tenim l'art. 231-9 que requereix d'aquest consentiment i diu que el mateix no es pot excloure per pacte: és per tant, imperatiu.

*Artículo 231-9. Disposición de la vivienda familiar.*

*1. Con independencia del régimen económico matrimonial aplicable, el cónyuge titular, sin el consentimiento del otro, no puede hacer acto alguno de enajenación, gravamen o, en general, disposición de su derecho sobre la vivienda familiar o sobre los muebles de uso ordinario que comprometa su uso, aunque se refiera a cuotas indivisas. Este consentimiento no puede excluirse por pacto ni otorgar con carácter general.(...)»*

Amb l'eficàcia territorial de Dret català, aquesta norma tan imperativa semblaria que cal aplicar-la. Però això és discutible doncs, aquesta norma s'enquadra dins de la secció del matrimoni i els efectes del mateix, i si la llei aplicable al matrimoni no és la catalana, tampoc ho hauria de ser aquesta, per molt que el Codi estableixi aquesta territorialitat que, en cap cas, pot substituir les normes de conflicte que no són de competència autonòmica sinó estatal.

Però des del punt de vista pràctic, tots els notaris i operadors jurídics preferim demanar el consentiment de la cònjuge corresponent, encara

que el seu règim no ho demani. I la fonamentació jurídica la trobaríem a l'art. 30 del Reglament, que ja em vist, que disposa l'aplicabilitat de les normes de policia que cada ordenament considera essencial des del punt de vista polític, social o econòmic.

## **B) Sense pacte**

Haurem d'estar a la llei determinada per l'art 26. El primer criteri en defecte de pacte no és la nacionalitat comuna dels cònjuges (com el 9.2), sinó la llei de la residència habitual comuna. El pes recau, de nou i com es fa al Reglament Europeu de Successions, en la residència habitual.

Ara bé, si la llei que resulta aplicable és l'espanyola, com sabem que cal aplicar la normativa catalana? O quina haurem d'aplicar?

Per resoldre aquesta qüestió, la norma continguda en l'art. 26 del Reglament s'ha de complementar amb els arts. 33 i 34 del mateix, sobre Estats plurilegislatius com el nostre.

*Artículo 33. Estados con diversos regímenes jurídicos — Conflictos territoriales de leyes*

*1. En el caso de que la ley determinada por el presente Reglamento sea la de un Estado que comprenda varias unidades territoriales con sus propias normas jurídicas en materia de régimen económico matrimonial, las normas internas en materia de conflicto de leyes de dicho Estado determinarán la unidad territorial pertinente cuyas normas jurídicas serán de aplicación.*

L'art. 33.1 ens remet a les normes internes de l'Estat. Per tant, la referència a la llei de la residència, encara que aquesta residència sigui a Catalunya, no serà la llei catalana sinó la llei espanyola en general. I per aplicar la llei concreta dins de l'Estat plurilegislatiu, és aquest Estat el que ha de dir la norma aplicable.

Per tant aplicarem l'art. 9.2. Però i si no és una llei espanyola la que indica aquesta norma? Això es podrà donar, per exemple en el següent cas: una persona catalana i una francesa que es coneixen i viuen junts a Catalunya, tenen tres fills a Catalunya i després un dels dos, el francès per exemple, se'n va a l'estranger, a Brussel·les o més lluny, al Japó, a treballar. Es casen allà Brussel·les o el Japó o a un altre lloc de fora d'Espanya i segueixen vivint separats per raons laborals mantenint tot el patrimoni i el domicili dels nens i l'altre cònjuge a Catalunya. El cas crec que és clar d'aplicar el Dret de



l'Estat espanyol, doncs a moment de casar-se no tenen residència habitual comuna i tampoc nacionalitat comuna, i la llei espanyola és la llei amb la que tenen més connexió, clarament (art. 26.3 del Reglament Europeu). Ara bé, el Reglament diu que s'apliqui la llei espanyola i la llei espanyola no ens dona solució: el 9.2 en defecte de llei personal comú i residència habitual comuna ens remet a la llei del lloc de celebració del matrimoni que en aquest cas és l'estranger i això ens remetria a una legislació diferent de l'Espanyola, cosa que no pot ser, doncs el Reglament Europeu ja ens ha remés a la llei espanyola i només ens cal determinar la llei espanyola aplicable. Sembla clar que ha de ser la catalana, però ens falta un suport legal. Podem concloure, en aquest cas, que hi ha una llacuna en el dret interregional espanyol i això ens dona peu a poder aplicar les solucions que aporta el propi Reglament a falta de normativa interna.

Això ho trobem l'apartat 2 de l'art. 33 que dona els criteris següents:

Criteris del 26 RUE, canviant:

residència comuna → territori de la residència.

nacionalitat comuna → territori de connexió més estreta del cònjuges.

la connexió més estreta → territori on es trobi aquesta connexió.

Art. 33.2

*2. En defecto de tales normas internas en materia de conflicto de leyes:*

*a) toda referencia a la ley del Estado mencionada en el apartado 1 se entenderá, a efectos de determinar la ley aplicable con arreglo a las disposiciones relativas a la residencia habitual de los cónyuges, como una referencia a la ley de la unidad territorial en la que los cónyuges tengan su residencia habitual;*

*b) toda referencia a la ley del Estado mencionada en el apartado 1 se entenderá, a efectos de determinar la ley aplicable con arreglo a las disposiciones relativas a la nacionalidad de los cónyuges, como una referencia a la ley de la unidad territorial con la que los cónyuges tengan una conexión más estrecha;*

*c) toda referencia a la ley del Estado mencionada en el apartado 1 se entenderá, a efectos de determinar la ley aplicable con arreglo a cualesquiera otras disposiciones relativas a otros elementos que sean puntos de conexión, como una referencia a la ley de la unidad territorial en la que esté ubicado el elemento pertinente.*

En el cas exposat, no tenim residència ni nacionalitat comuna així que serà la llei de la connexió més estreta en el moment de la celebració del matrimoni, i de conformitat amb l'apartat 3r, els elements relatius a aquesta connexió més estreta es troben clarament a la unitat territorial que és Catalunya i, per tant, s'aplicarà la llei catalana.

A la pràctica la casuística és infinita. L'última paraula, en cas de conflicte, la tindrà el jutge o tribunal corresponent. A falta d'aquest conflicte, serà l'operador jurídic de cada cas el que, d'acord amb el seu criteri i sota la seva responsabilitat haurà de justificar aquesta connexió estreta i per tant la llei aplicable.

I per últim, si la llei aplicable és una estrangera (primera residència a Regne Unit, per exemple) i ara la residència habitual és a Catalunya, ¿s'aplica el règim primari per la territorialitat del Dret Català? De nou i com en el cas d'existència de pacte, des del punt de vista teòric crec que és discutible, però a la pràctica millor demanar el consentiment del cònjuge.

### **3. Matrimoni de 2 estrangers amb residència a Catalunya**

Aquí ens trobem amb un tema pròpiament de dret internacional i no interregional. S'aplicarà doncs el Reglament Europeu 2016/1103 i les seves solucions que ja em vist: acord, sinó residència, sinó nacionalitat, sinó la connexió més estreta.

Les solucions són, idèntiques al cas anterior, així doncs, la nacionalitat d'un o dels dos és indiferent a la resolució del cas.

Ara bé, podem recalcar:

1r.- Que cal prescindir del primer criteri de la nacionalitat comuna del 9.2, perquè la llei de l'Estat determinada pel Reglament Europeu no la podem canviar.

2n.- Que queda exclòs el reenviament a la llei material d'un altre Estat, conforme a l'art. 32 del Reglament.

La llei de l'Estat ja ha quedat determinada, ara cal veure quina llei d'aquest Estat correspon. Així, ens saltem la nacionalitat comuna i anem a la residència habitual comuna, que és la catalana, i a falta de residència habitual comuna, el lloc de celebració i en el seu defecte, conforme a la solució anterior, davant la llacuna del dret interregional espanyol anem a la unitat territorial amb la connexió més estreta.

3r.- Un punt més, vàlid tant per aquest cas com de fet, l'anterior: si el lloc de celebració del matrimoni es troba dins l'Estat espanyol no hi ha cap llacuna i no veig que s'hagi d'aplicar el criteri de la unitat territorial amb la connexió més estreta, encara que existeixi aquesta connexió més estreta amb un altre territori espanyol. Saltar-nos el criteri del lloc de celebració suposaria saltar-nos la norma del 9.2 i fer aquella interpretació que en dèiem «dinàmica», és a dir, entendre que el propi dret espanyol interregional ha quedat modificat pel Reglament, cosa que a dia d'avui veig massa agosarat i no aplicable a la pràctica.

#### **4. Parelles estables**

Problemàtica de la seva delimitació. Aquest tema sí que és enrevessat. La seva pròpia delimitació és complexa. I és que no és el mateix una parella estable als efectes de la llei catalana i als efectes del Reglament. I la delimitació de la parella estable catalana després de la sentència del TC 93/2013 és molt complexa.

Així farem un esquema i després veurem casos, si tenim temps.

Esquema:

***Parella «registrada» europea: art. 1.a rue 2016/1104.***

CUMULATIVAMENT:

- Relació *more uxorio*
- 2 persones
- Regulada per llei
- Registre obligatori segons la llei
- Que compleix els requisits de la llei. Remissió als requisits estatals

***Parella estable llei catalana: art. 234-1 cccat.***

CUMULATIVAMENT:

- Relació *more uxorio*
- 2 persones.

## ALTERNATIVAMENT:

- Relació + Residència de 2 anys
- Relació + Residencia + un fill comú
- Relació + escriptura pública.

### *Parella estable stc 93/2013.*

## CUMULATIVAMENT:

- Relació *more uxorio*
- Voluntat expressa d'acollir-se al règim legal de parelles estables

STC 93/2013: Los dos primeros supuestos —un año de convivencia o hijos en común— conducen a la atribución ex lege de la condición de pareja estable por la mera concurrencia de alguna de tales circunstancias, dando lugar a una calificación jurídica de determinadas situaciones de hecho, a la que se asociará la aplicación del contenido de derechos y obligaciones incluido en la regulación legal, prescindiendo de la voluntad conjunta de los integrantes de la unión de hecho de someterse a las previsiones de la Ley Foral. Lo cual es claro que no resulta respetuoso del derecho fundamental consagrado en el art. 10.1 CE

La STC anul·laria doncs els 2 primers casos de la llei catalana i ho limitaria al 3r.

Però tot i limitat al 3r cas i que es formalitzi davant de notari, veiem que a la parella estable catalana sempre li falta el requisit de registre obligatori que demana el Reglament.

Aquest requisit sembla tan important que la pròpia denominació de la parella al Reglament és de «unions registrades». LA D.A. 10 (desena) crea el Registre, però aquest com diem és voluntari i així expressament ho reconeix també el Reglament que el regula (a l'ORDRE JUS/44/2017) en el seu art. 4.1:

*4.1 La inscripció de la parella estable en el Registre és voluntària, no té caràcter constitutiu i requereix el consentiment dels dos convivents en parella estable.*

LA UE ja parlava de unions registrades a la «Directiva 2004/38/CE sobre los derechos de los ciudadanos y de sus familias a circular y residir en la Unión». I defineix com a membre de la família a «*la pareja con la que el ciudadano de la unión ha celebrado una **unión registrada***».

Per a salvar aquesta situació hi ha autors que donen interpretacions dient que l'obligatori no és que la parella s'hagi de registrar, sinó que l'obligatori és que les parelles estiguin registrades, encara que el Registre no sigui obligatori.

Jo, sincerament, tot i que això salvaria les parelles catalanes, no ho comparteixo.

El meu company, el Dr. Ángel Serrano, ha donat una altra solució que veig molt interessant: com que per a la plenitud d'efectes de la parella estable catalana li cal estar registrada, li podem aplicar el Reglament. Aquesta «plenitud d'efectes» a què es refereix el Dr. Serrano, és a la necessitat de Registre que demana l'Estat per a poder atorgar a la persona de la parella sobrevivent un dret a pensió de viudetat per part de la Seguretat Social. Tot i que és una solució molt enginyosa i que ens dona una solució a aquest atzucac, no la comparteixo. Bàsicament per dos raons: *una*, que la parella estable a efectes civils és plenament existent i desplega els seus efectes a Catalunya amb independència d'aquest Registre; i *dos*, que, de fet, aquest requisit de Registre per a l'Estat es compliria amb la sola protocol·lització notarial. I tot i que el protocol no deixa de ser és un tipus especial de «Registre públic» (tot i que secret), sembla que no és el tipus de Registre a que es refereix el Reglament Europeu.

Davant d'aquesta situació, anem, de nou, a la pràctica, que és el que ens ocupa. Què fem quan venen els casos que ja em vist com a cònjuges si són parelles estables?

A la pràctica crec que hem d'aplicar la normativa catalana, la qual quedarà com a llei determinada per la norma de conflicte. Per això tenim inclús 3 vies.

- 1) Aplicar les normes de conflicte del Codi Civil Comú. Fonament:
  - a. Per analogia, a falta de normes de conflicte sobre parelles estables, aplicant les normes en matèria de matrimoni.  
→ Compte, el Codi Civil només **en cas de nacionalitat diferent** ens portarà a la mateixa solució: residència habitual comuna: a **Catalunya, la catalana**.(Compte: la primera residència)

- 2) Aplicar les normes de conflicte del RUE. Fonament:
- a. Per analogia. Directament no, doncs com ja hem dit el Reglament Europeu no és aplicable per resoldre conflictes interregionals, però a falta de normes de conflicte sobre de parelles al Codi Civil i essent el RUE normativa espanyola, el podríem aplicar per analogia al regular un supòsit de fet similar a la parella estable: la parella estable «registrada», que diem que no és el mateix però si s'assembla i inclús més que el matrimoni. I també aplicar analògicament els criteris de dret internacional a conflictes interregionals. No crec que sigui el major fonament, però reforçaria l'aplicació de la llei catalana amb l'argument anterior.
    - ➔ Pacte i en el seu defecte, la llei de la residència habitual, que tractant-se de parelles a Catalunya, serà la llei catalana.
- 3) Aplicar la territorialitat del Codi Civil Català. Fonament:
- a. No tenim normes de conflicte sobre parelles estables al CC.
  - b. Sí tenim la norma de territorialitat de l'art. 111-3 CCCat.
    - ➔ És a dir, si tenen residència a Catalunya, aplico la normativa catalana.
- La veritat és que és el fonament menys fort, doncs aquesta territorialitat no es pot considerar mai una norma de conflicte, però bé, reforça l'aplicabilitat de la norma catalana.

Casos pràctics que es poden plantejar:

Els mateixos que els anteriors: Davant d'aquests donaríem les mateixes solucions, i tenint en compte que es donarà més el cas de voler pactar la unió per altres raons no estrictament civils (com el reagrupament familiar, sobre tot derivat del dret a la lliure circulació a Europa).

En tot cas, l'aplicació del dret català amb els fonaments vistos ens permetrà constituir parelles estables d'acord amb la normativa catalana inclús a 2 estrangers.

No entrarem en els diferents casos perquè ens donarà idèntiques solucions a les estudiades als casos en cas de matrimoni.

# Acotacions al món pràctic (II).

## Menors i relacions socials

DOLORS VIÑAS MAESTRE

*Magistrada Audiència Provincial de Barcelona, sec. 18.*

### SUMARI

1. INTRODUCCIÓ. 2. XARXA SOCIAL. 3. RÈGIM LEGAL. 4. CONSENTIMENT PER A LA CESSIÓ DE DADES A LES XARXES SOCIALS. 5. SHARENTING. 6. CONCLUSIÓ. 7. BIBLIOGRAFIA.

## 1. INTRODUCCIÓ

La generalitzada utilització de les xarxes socials per part de les persones per activitats professionals i per fer públiques o compartir activitats privades ha provocat la modificació de preceptes del Codi Civil Català (CCCat) per Llei 10/2017 de 27 de juny de les voluntats digitals i de modificació dels llibres segon i quart del Codi civil de Catalunya. La modificació ha posat l'accent en el tractament o destinació dels arxius digitals generats d'una persona després de la mort, introduint la regulació del document de voluntats digitals, però també fa referència a l'afectació que pels menors pot tenir una inadequada gestió de les xarxes socials. Tal i com expressa el preàmbul de la Llei «Respecte a les dades digitals dels menors d'edat, la Llei faculta els qui tenen la potestat parental i els tutors per tal que vetllin perquè la presència dels menors i els tutelats en els entorns digitals sigui adequada i no els generi riscos. A aquest efecte, han de poder promoure les mesures adequades davant dels prestadors de serveis digitals i sol·licitar també, amb caràcter excepcional, l'assistència dels poders públics».

Es modifica l'article 236-17 CCCat, s'hi afegeix un nou apartat 5 i l'anterior apartat 5 esdevé l'apartat 6. L'apartat 5 queda redactat de la següent manera: «5. Els progenitors han de vetllar perquè la presència del fill en potestat en entorns digitals sigui apropiada a la seva edat i personalitat, a fi de protegir-lo dels riscos que en puguin derivar. Els

progenitors també poden promoure les mesures adequades i oportunes davant dels prestadors de serveis digitals i, entre d'altres, instar-los a suspendre provisionalment l'accés dels fills a llurs comptes actius, sempre que hi hagi un risc clar, immediat i greu per a llur salut física o mental, havent-los escoltat prèviament. L'escrit adreçat als prestadors de serveis digitals ha d'anar acompanyat de l'informe del facultatiu en què es constati l'existència d'aquest risc. La suspensió de l'accés resta sense efectes en el termini de tres mesos a comptar del moment en què s'hagi adoptat, llevat que sigui ratificada per l'autoritat judicial.»

Es fa una referència explícita de les obligacions que tenen els progenitors de vetllar per la seguretat digital dels menors i les mesures que poden prendre davant dels prestadors de serveis digitals, per tal de protegir els menors de les seves pròpies actuacions o comportaments digitals, però a la pràctica el que s'està plantejant són controvèrsies en l'exercici de la potestat per la publicació d'imatges o d'altres dades dels menors per part d'un progenitor sense el consentiment de l'altre. És necessari sempre el consentiment dels dos progenitors per publicar imatges o altres dades dels fills menors d'edat? . Quina incidència té la voluntat expressada pels menors en aquestes publicacions?

Els canvis en la tecnologia i en el món de la comunicació són molt ràpids i estan provocant un canvi important en les formes de comunicació familiar, social i professional o laboral, que afecta concepcions jurídiques clàssiques, com la de intimitat, privacitat i protecció de drets fonamentals. Internet ha entrat en les nostres vides i s'ha instal·lat multiplicant la capacitat de comunicació o de relació i superant els límits que abans imposaven les distàncies geogràfiques. Els límits entre públic o privat són difusos i els coneixements dels usuaris d'internet sovint són insuficients o limitats de manera que difícilment es pot garantir que una publicació compartida que es pensa privada no pugui arribar a persones a les quals no estava destinada.

## 2. XARXA SOCIAL

La Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) defineix les xarxes socials com serveis prestats mitjançant Internet que permeten als usuaris generar un perfil, des del qual puguin fer públiques dades i informació personal i que proporcionin eines que permetin interactuar amb altres



usuaris i localitzar-los en funció de les característiques publicades en els seus perfils.

Les xarxes socials actuen com a plataformes des de les quals els usuaris es relacionen i donen informació. Ofereixen un espai virtual en el que floten dades ( dades d'identitat, fotografies, preferències.....). Totes aquestes dades formen el que s'anomena perfil digital o identitat digital. Són dades que es cedeixen de forma voluntària pels usuaris de les xarxes, moltes vegades dades d'altres persones que no han donat el seu consentiment, afectant drets fonamentals.

El concepte personal d' intimitat està canviant des de la generalització de les xarxes socials. Ha aparegut un altre concepte, el de extimitat.<sup>1</sup>

El menors accedeixen cada vegada més aviat a les xarxes. Han nascut en el món d'internet i de comunicació virtual i per tant són definits com a nadius digitals. Les generacions anteriors han rebut el qualificatiu d'immigrants digitals o adoptius digitals. Els menors no sembla que siguin conscients dels riscos de la utilització inadequada de les xarxes, viuen el moment i tenen una concepció diferent de la intimitat i les persones que els han de protegir, els progenitors, sovint no dominen les xarxes. No es poden menysprear els indubtables avantatges de les xarxes que faciliten nous sistemes o formes de comunicació i de socialització i que poden servir d'instruments de desenvolupament de la personalitat i de formació i coneixement però es necessari assolir una cultura de seguretat digital. Els riscos són importants (cyberbulling, assetjament sexual o grooming, sexting, sextorsió, suplantació de personalitat, addicció). La AEPD ha elaborat unes Recomanacions com Drets de nens i nenes y deures de pares i mares.

### 3. RÈGIM LEGAL

3.1.- Declaració de Drets Humans de les Nacions Unides adoptada i proclamada per l'Assemblea General. Resolució 217 A (III), de 10 de desembre de 1948. Article 12: Ningú no serà objecte d'intromissions arbitràries en la seva vida privada, la seva família, el seu domicili o la

---

1 Concepte utilitzat per Jacques Lacan el 1958 que fa referencia a la tendència de fer públics.

seva correspondència, ni d'atacs al seu honor i reputació. Tothom té dret a la protecció de la llei contra tals intromissions o atacs.<sup>2</sup>

3.2.- Conveni per a la salvaguarda del Drets Humans i de les llibertats Fonamentals fet a Roma el 4 de novembre de 1950. Art. 8 «Tota persona té dret al respecte de la seva vida privada i familiar, del seu domicili i de la seva correspondència».<sup>3</sup>

3.3.- Carta dels Drets Fonamentals de la Unió Europea de 2010. Art. 7: «Qualsevol persona té dret que es respectin la seva vida privada i familiar, el seu domicili i les seves comunicacions»; art. 8: «1. Qualsevol persona té dret a la protecció de les dades de caràcter personal que la concerneixin. 2. Aquestes dades s'han de tractar lleialment, per a fins concrets i sobre la base del consentiment de la persona afectada o en virtut d'un altre fonament legítim establert per llei. Qualsevol persona té dret a accedir a les dades recollides que la concerneixin i a obtenir-ne la rectificació. 3. L'observança d'aquestes normes està subjecta al control d'una autoritat independent».<sup>4</sup>

3.4.- Constitució Espanyola. Art. 39,4 «Els infants gaudiran de la protecció prevista en els acords internacionals que vetllen pels seus drets»; art. 18, 1 «Es garanteix el dret a l'honor, a la intimitat personal i familiar i a la pròpia imatge »; art. 18,4 «La llei limitarà l'ús de la informàtica per tal de garantir l'honor i la intimitat personal i familiar dels ciutadans i el ple exercici dels seus drets»; art. 105 b) «L'accés dels ciutadans als arxius i als registres administratius, salvant el que afecti la seguretat i la defensa de l'Estat, la indagació dels delictes i la intimitat de intimitat de les persones».<sup>5</sup>

3.5.- Directiva 95/46/CE del Parlament Europeu i del Consell de 24 d'octubre de 1995 relativa a la protecció de las persones físiques pel que fa al tractament de les dades personals i a la lliure circulació d'aquestes dades. Recull els principis generals de protecció de la privacitat i de les dades personals.<sup>6</sup>

3.6.- Reglament 2016/679/UE, de 27 d'abril de Protecció de les persones físiques pel que fa al tractament de les dades personals i a la lliure

---

2 <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR.../cln.pdf>

3 [https://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_CAT.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_CAT.pdf)

4 <https://www.parlament.cat/document/activitat/150220.pdf>. pàg 331.

5 <https://www.parlament.cat/document/nom/ConstitucioConsolidat.pdf>.

6 [apdcat.gencat.cat/web/.content/01-autoritat/normativa/.../676.pdf](http://apdcat.gencat.cat/web/.content/01-autoritat/normativa/.../676.pdf).

circulació d'aquestes dades i pel qual es deroga la Directiva 95/46/CE. En vigor des del 25-5-2016, però aplicable des del 25 de maig de 2018. El Reglament Europeu de Protecció de dades és obligatori i vinculant per tots els Estats membres. El Reglament crea el Comitè Europeu de Protecció de Dades que substitueix al grup de treball del art. 29 de la Directiva, òrgan consultiu independent de la UE sobre protecció de les dades i la vida privada. L'article 2 exclou del seu àmbit d'aplicació el tractament de dades personals de una persona en l'exercici d'activitats exclusivament personals o domèstiques. En el considerando (18) s'especifica que s'entén per activitat personal o domèstica: aquella que no té connexió amb activitat professional o comercial, entre les quals inclou la correspondència i repertori de direccions, o l'activitat en xarxes socials o en línia realitzada en el context d'aquestes activitats, però el Reglament s'aplica als responsables o encarregats del tractament que proporcionen els mitjans pel tractament de dades personals relacionades amb les activitats personals o domèstiques.<sup>7</sup>

3.7.- Llei Orgànica 1/1996, de 15 de gener, de Protecció Jurídica del Menor. Art. 3. «Els menors gaudeixen dels drets que els reconeixen la Constitució i els tractats internacionals dels quals Espanya és part, i els altres drets que els garanteix l'ordenament jurídic»; art. 4 reconeix als menors el dret a l'honor, a la intimitat personal i familiar i a la pròpia imatge. Diu que «La difusió d'informació o la utilització d'imatges o nom dels menors en els mitjans de comunicació que puguin implicar una intromissió il·legítima en la seva intimitat, honra o reputació, o que sigui contrària als seus interessos, determina la intervenció del Ministeri Fiscal, que ha d'instar immediatament les mesures cautelars i de protecció que preveu la llei i sol·licitar les indemnitzacions que corresponguin pels perjudicis causats. Considera «intromissió il·legítima en el dret a l'honor, a la intimitat personal i familiar i a la pròpia imatge del menor, qualsevol utilització de la seva imatge o el seu nom en els mitjans de comunicació que pugui implicar menyscabament de la seva honra o reputació, o que sigui contrària als seus interessos fins i tot si consta el consentiment del menor o dels seus representants legals». I imposa els pares o tutors i els poders públics el respecte a aquests drets i la seva protecció davant possibles atacs de tercers.

3.8.- Llei Orgànica 1/1982, de 5 de maig, de Protecció Civil del Dret a l'honor, a la intimitat personal i familiar i a la pròpia imatge. Art. 2 diu que «No s'ha d'apreciar l'existència d'intromissió il·legítima en l'àmbit protegit quan estigui expressament autoritzada per llei o quan el titular

---

7 [apdcat.gencat.cat/.../Reglament...de\\_proteccio...dades/3132.pdf](http://apdcat.gencat.cat/.../Reglament...de_proteccio...dades/3132.pdf).

del dret hagi atorgat a aquest efecte el seu consentiment exprés». L'art. 3 estableix que «El consentiment dels menors i incapaços l'han de prestar ells mateixos si les seves condicions de maduresa ho permeten, d'acord amb la legislació civil. En la resta de casos, el consentiment l'ha d'atorgar mitjançant un escrit el seu representant legal, que està obligat a posar en coneixement previ del Ministeri Fiscal el consentiment projectat. Si en el termini de vuit dies el Ministeri Fiscal s'hi oposa, ha de resoldre el jutge».

3.9.- Llei Orgànica 15/1999, de 13 de desembre, de protecció de dades de caràcter personal i Reglament que desenvolupa la llei, aprovat per Real Decret 1720/2007, de 21 de desembre.

- Àmbit d'aplicació: l'art. 2,2 de la Llei exclou del seu àmbit de protecció els fitxers mantinguts per persones físiques en l'exercici d'activitats exclusivament personals o domèstiques; l'art. 4 del Reglament exclou del seu àmbit de protecció els fitxers de persones físiques realitzats en l'exercici d'activitats exclusivament personals o domèstiques i considera com a tals els relatius a les activitats que s'inscriuen en el marc de la vida privada o familiar dels particulars.
- Definició de dada personal: l'art. 3 a) de la Llei la defineix com «qualsevol informació referent a persones físiques identificades o identificables»; l'art. 5.1 del Reglament la precisa com qualsevol informació numèrica, alfabètica, gràfica, fotogràfica, acústica o de qualsevol altre tipus referent a persones físiques identificades o identificables.
- Consentiment: l'art. 13 del Reglament fixa l'edat per donar el consentiment a la cessió de les dades personals als 14 anys.

3.10.- Código Civil, art. 161 «Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados. Se exceptúan: 1.º Los actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo. No obstante, los responsables parentales intervendrán en estos casos en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia».

3.11.- Codi Civil de Catalunya: art. 236-17, 5 (segons redacció donada per Llei 10/2017 de 27 de juny) abans transcrita.

3.12.- Compilació de Dret Foral d'Aragó: art. 20 «1. Siempre que con arreglo a las leyes la voluntad del sujeto decida sobre la intromisión en

sus derechos de la personalidad, la intromisión en los del menor de catorce años se regirá por las siguientes reglas: a) Si tiene suficiente juicio, requerirá su consentimiento y la autorización conjunta de los titulares de la autoridad familiar o del tutor; en caso de negativa de alguno de ellos, su autorización podrá ser suplida por el Juez. b) Contra su voluntad solo será posible la intromisión con autorización judicial en interés del menor. c) Si no tiene suficiente juicio, solo será posible la intromisión cuando lo exija el interés del menor, apreciado conjuntamente por los titulares de la autoridad familiar o el tutor y, subsidiariamente, por el Juez». I l'art. 23 que permet al menor, major de 14 anys celebrar contractes amb assistència d'un dels seus pares.

#### 4. CONSENTIMENT PER A LA CESSIÓ DE DADES A LES XARXES SOCIALS

La utilització inadequada de les xarxes socials, aplicacions de megafonia o d'altres tecnologies poden produir vulneracions de drets fonamentals (intimitat, imatge). El Dret contempla mecanismes de protecció quan els drets fonamentals són els de les persones menors d'edat. La utilització de les xarxes requereix una primera actuació voluntària per part de la persona que en fa ús, la de cessió de les dades personals i la de tractament d'aquestes dades.

Definicions:

**Dada personal:** segons l'art. 4,1 del Reglament Europeu «qualsevol informació sobre una persona física identificada o identificable (l'interessat); segons l'art. 3 a) de la LOPD i 5 del Reglament que desenvolupa aquesta llei, dada personal és aquella que permet identificar a una persona.

**Fitxer:** segons l'art. 4, del Reglament Europeu «qualsevol conjunt estructurat de dades personals accessibles d'acord amb criteris determinats, ja sigui centralitzat, descentralitzat o repartit de forma funcional o geogràfica»; l'art. 3 b) LOPD el defineix com conjunt organitzat de dades personals, sigui quina sigui la seva forma o modalitat de creació, emmagatzematge, organització o accés.

**Elaboració de perfils:** segons l'art. 4,4 del Reglament Europeu «qualsevol forma de tractament automatitzat de dades personals

consistent a utilitzar aquestes dades per avaluar determinats aspectes personals d'una persona física; en especial, per analitzar o predir aspectes relatius al rendiment professional, la situació econòmica, la salut, les preferències personals, els interessos, la fiabilitat, el comportament, la ubicació o els moviments d'aquesta persona».

El registre d'una persona a una xarxa social implica cessió de dades personals que permeten la seva identificació ja sigui de forma directa o indirecta. Tota la informació facilitada s'organitza en fitxers a partir del quals es crea un perfil. Per tant, aquest registre comporta cessió de dades personals i aquesta cessió requereix un consentiment.

Les persones menors de edat són usuàries habituals de xarxes socials. L'accés a aquestes xarxes es produeix cada vegada més aviat. Per tant la primera qüestió és: poden les persones menors d'edat donar el seu consentiment a la cessió de dades?, poden realitzar aquesta cessió?

El Reglament Europeu fixa l'edat mínima per donar el consentiment a la cessió i tractament de dades als 16 anys i permet als Estats membres fixar un altra edat sempre que no sigui inferior als 13 anys. L'art. 8 del Reglament Europeu amb la rúbrica «Condicions aplicables al consentiment del nen en relació amb els serveis de la societat de la informació» disposa que: «1. Si s'aplica l'article 6, apartat 1, lletra a) en relació amb l'oferta directa de serveis de la societat de la informació a nens, el tractament de les dades personals d'un nen es considera lícit si té com a mínim 16 anys. Si és menor de 16 anys, aquest tractament només es considera lícit si el consentiment l'ha donat o l'ha autoritzat el titular de la pàtria potestat o de la tutela del nen, i únicament en la mesura en què s'ha donat o autoritzat. Els estats membres poden establir per llei una edat inferior per a aquestes finalitats, sempre que no sigui inferior als 13 anys».

La LOPD no ho regula. El Reglament (intern) en l'article 13 fixa l'edat per donar el consentiment al tractament de dades als 14 anys i exigeix en el cas de ser menor de 14 anys el consentiment dels pares o tutors. La responsabilitat del fitxer i tractament correspon al responsable de la xarxa que és el que ha d'articular el procediment per comprovar l'edat del menor i l'autenticitat del consentiment prestat, si és el cas, pels pares o tutors.

Un menor major de 14 anys pot registrar-se a una xarxa social i pot transferir dades personals, com fotografies, vídeos... i pot autoritzar

a un tercer (centre educatiu, sanitari) la cessió de dades. Si és menor serà necessari el consentiment dels pares o tutors.

Les plataformes digitals són les que en un principi han de verificar l'edat de la persona que fa la cessió de les dades, però no hi ha sistemes que permetin garantir l'eficàcia en la verificació de les dades facilitades per la persona que se'n registra. L' art. 8,2 del Reglament Europeu disposa que «el responsable del tractament ha de fer esforços raonables per verificar que el consentiment el va donar o autoritzar el titular de la pàtria potestat o de la tutela sobre el nen, tenint en compte la tecnologia disponible». S'exigeix un esforç raonable per verificar l'edat. Precisar en aquest àmbit que és raonable i que no, planteja dificultats i estarà en funció dels mitjans que ofereixi la pròpia tecnologia.

El consentiment donat per una persona menor però major de 14 anys és vàlid però no eximeix els progenitors, tutors o poders públics de la seva responsabilitat. Si l'ús és inadequat i col·loca al menor en situació de risc s'han d'adoptar mesures de protecció dins de l'àmbit de la protecció de menors, en aquest sentit l'art. 4 de la LOPJM i a Catalunya l'article 236-17,5 CCCat.<sup>8</sup>

## 5. SHARENTING

Els menors també apareixen a xarxes socials per decisions de tercers (fotografies, vídeos, vivències, llocs.....). Una imatge d'un menor penjada en una xarxa social que permeti la seva identificació constitueix una dada personal i està protegida per la normativa de protecció de dades.

Cada vegada més els progenitors utilitzen les xarxes socials per compartir vivències, experiències i activitats personals publicant dades

---

8 STS, de 10-12-2015 ( ROJ: STS 5809/2015 - ECLI:ES:TS:2015:5809 ) fa referència a la funció tuitiva de la potestat d'una mare que va accedir a les converses de la seva filla amb un tercer per tal de protegir-la «Es titular de la patria potestad concebida no como poder sino como función tuitiva respecto de la menor. Es ella quien accede a esa cuenta ante signos claros de que se estaba desarrollando una actividad presuntamente criminal en la que no cabía excluir la victimización de su hija. No puede el ordenamiento hacer descansar en los padres unas obligaciones de velar por sus hijos menores y al mismo tiempo desposeerles de toda capacidad de controlar en casos como el presente en que las evidencias apuntaban inequívocamente en esa dirección. La inhibición de la madre ante hechos de esa naturaleza, contrariaría los deberes que le asigna por la legislación civil»

dels fills menors. Un ús inadequat d'aquestes xarxes pot comportar vulneració de drets dels menors d'edat i també poden afectar a drets de tercers. La publicació de fotografies o d'activitats en xarxes socials per compartir-les amb els amics de les xarxes sense un control o limitació de privacitat implica una cessió d'informació sobre la vida privada dels menors (les seves preferències, el lloc on estudien, o estiuegen.....) i demés informació que va creant el que s'anomena la seva identitat digital sense consciència de que pot repercutir en el futur del menor.

Aquesta pràctica generalitzada ha rebut el nom de «sharenting», combinació de les paraules «share» (compartir) y «parenting» (criança) o «oversharing». També es parla del fenomen dels «pares shareng».

Poden els pares difondre dades dels seus fills menors?. La decisió constitueix contingut essencial de la potestat parental?. Pot fer-ho un progenitor sense el consentiment de l'altre?. Com es resolt si hi ha controvèrsia o desacord?. Poden derivar-se responsabilitats futures?

Són qüestions que ja se estan plantejant als Tribunals i les respostes no són sempre coincidents. En aquesta ponència s'intentarà facilitar pautes per plantejar i resoldre aquestes qüestions.

La cessió i tractament de les dades personals d'un fill o filla menor d'edat constitueix una funció o facultat de la potestat. Requerirà el consentiment de tots dos progenitors (expres o tàcit) si es considera una qüestió essencial de la potestat, és a dir, una activitat pròpia de l'exercici extraordinari de la potestat o només el consentiment d'un dels progenitors si es considera una qüestió d'exercici ordinari que pot decidir un dels progenitors d'acord amb els usos socials o familiars, és a dir, una activitat pròpia de l'exercici ordinari de la potestat.

L'art. 236-8 CCCat disposa que

*1. Els progenitors exerceixen la potestat parental respecte als fills conjuntament, llevat que acordin una altra modalitat d'exercici o que les lleis o l'autoritat judicial disposin una altra cosa.*

*2. En l'exercici conjunt de la potestat parental s'apliquen les regles següents:*

*a) En els actes d'administració ordinària i respecte a tercers de bona fe, es presumeix que cada progenitor actua amb el consentiment de l'altre.*

*b) En els actes d'administració extraordinària, els progenitors han d'actuar conjuntament o bé, si ho fan individualment, amb el consentiment expres*



*de l'altre. Són actes d'administració extraordinària els que requereixen l'autorització judicial.*

*c) En els actes de necessitat urgent i en els que, d'acord amb l'ús social o les circumstàncies familiars, normalment fa una persona sola, qualsevol dels progenitors pot actuar indistintament.<sup>9</sup>*

L'art. 236-9 contempla els pactes entre els dos progenitors d'exercici de la potestat per un progenitor o distribució de funcions mitjançant poders que poden ser generals o especials. L'art. 236-11 disposa que

*1. Si els progenitors viuen separats, poden acordar mantenir l'exercici conjunt de la potestat parental, delegar-ne l'exercici a un d'ells o distribuir-se'n les funcions d'acord amb el que estableix l'article 236-9.1. 2. Els progenitors poden sotmetre els acords a què fa referència l'apartat 1, i també el pla de parentalitat que hagin convingut, a aprovació judicial. Els acords han d'ésser aprovats sempre que no siguin perjudicials pels fills, atesos, en la mesura que escaiguin, els criteris per a l'atribució de la guarda que fixa l'article 233-11. Els acords són executius des del moment en què s'aproven.....*

---

9 Art. 156 CC «la patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. Serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad. En caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrán acudir al Juez, quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente juicio y en todo caso si fuera mayor de doce años, atribuirá sin ulterior recurso, la facultad de decidir al padre o a la madre.»

Compilación Foral de Aragón art. 63 «1. El deber de crianza y educación de los hijos menores no emancipados, así como la adecuada autoridad familiar para cumplirlo, corresponde a ambos padres. 2. Puede corresponder a uno solo de ellos o a otras personas en los casos legalmente previstos». Art. 71 «1. Los padres, en el ejercicio de la autoridad familiar, actuarán según lo que lícitamente hayan pactado en documento publico. En defecto de previsión legal o pacto actuarán, conjunta o separadamente, según los usos sociales o familiares. 2. Respecto de tercero de buena fe se presumirá que cada padre actúa en correcto ejercicio de sus facultades». Art. 72 «El ejercicio de la autoridad familiar corresponde a uno solo de los padres en los casos de exclusión, privación, suspensión o extinción de la autoridad familiar del otro, y también cuando así se haya resuelto judicialmente». Art. 74 «1. En caso de divergencia en el ejercicio de la autoridad familiar, cualquiera de los padres puede acudir al Juez para que resuelva de plano lo mas favorable al interés del hijo, si no prefieren ambos acudir a la Junta de Parientes con el mismo fin. 2. Cuando la divergencia sea reiterada o concurra cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la autoridad familiar, el Juez podrá atribuirlo total o parcialmente a uno solo de los padres o distribuir entre ellos sus funciones. Esta medida tendrá vigencia durante el plazo que se fije».

4. En cas de desacord sobre l'exercici de la potestat parental, qualsevol dels progenitors pot recórrer a l'autoritat judicial, que ha de decidir havent escoltat l'altre progenitor i els fills que hagin complert dotze anys o que, tenint-ne menys, tinguin prou coneixement.

5. Les obligacions de guarda corresponen al progenitor que en cada moment tingui els fills amb ell, sia perquè de fet o de dret hi resideixin habitualment, sia perquè estiguin en companyia seva a conseqüència del règim de relacions personals que s'hagi establert. 6. El progenitor que exerceix la potestat parental, llevat que l'autoritat judicial disposi una altra cosa, necessita el consentiment exprés o tàcit de l'altre per a decidir el tipus d'ensenyament dels fills, per a variar-ne el domicili si això els aparta de llur entorn habitual i per a fer actes d'administració extraordinària de llurs béns. S'entén que el consentiment s'ha conferit tàcitament si ha vençut el termini de trenta dies des de la notificació, degudament acreditada, que s'hagi fet per a obtenir-lo i el progenitor que no exerceix la potestat no ha plantejat el desacord segons el que estableix l'article 236-13.

La Agencia de Protección de Datos en una resolució de (R/03162/2016) 19 de desembre de 2016, d'una reclamació contra Facebook per part d'un progenitor per la publicació de l'altre progenitor de fotografies del fill menor sense el seu consentiment denega l'admissió a tràmit de la reclamació per entendre que l'agència és incompetent per a interpretar el Código Civil.

Les resolucions judicials que s'han pronunciat sobre aquest tema han considerat la qüestió dins de la potestat parental, però les solucions són diferents. En algunes es considera que sempre és necessari el consentiment dels dos progenitors i en d'altres s'ha fet una distinció segons l'àmbit de la publicació sigui limitat (privat) o públic.

La sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona, sec. 18 de 22-4-2015<sup>10</sup> confirma la sentència de primera instància que denega la petició d'un pare de prohibició a la mare de publicar fotografies del nen en xarxes socials. Entén la sentència que no s'ha provat que les fotografies publicades vulnerin del dret a la imatge. Es dona credibilitat a la mare que al·lega que la publicitat de les fotos s'ha limitat a amics i familiars i que no s'ha provat el contrari.

---

10 ROJ: SAP B 4797/2015 - ECLI:ES:APB:2015:4797.

La sentència de l'Audiència Provincial de Pontevedra, sec. 1, de 4-6-2015<sup>11</sup> que atribueix la guarda del fill a la mare i fixa un règim de relació amb el pare, exigeix al pare que demani consentiment a la mare si vol publicar fotografies del fill menor a les xarxes socials i si la mare s'oposa pot demanar autorització judicial. La sentència no fa referència a l'àmbit públic o privat de la publicació.

La sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona, sec. 18 de 25-4-2017<sup>12</sup> resol una petició sobre prohibició de publicació de fotografies del menor en xarxes socials sense el consentiment dels dos progenitors. La sentència ubica la decisió de publicar una fotografia del fill en una xarxa social en la responsabilitat parental no en la guarda, afirma que els pares tenen la responsabilitat de protegir la imatge dels fills menors i que és necessari l'acord dels dos progenitors, així com que cal evitar una sobreexposició del fill en aquests àmbits i prohibeix la publicació d'imatges del menor en xarxes socials sense el consentiment dels dos progenitors tot i considerant que l'àmbit de difusió es redueix inicialment a un grup familiar i d'amics.

La sentència de l'Audiència Provincial de Lugo, sec. 1<sup>a</sup> de 15-2-2017<sup>13</sup> resol la reclamació de la mare de dos menors contra l'àvia que té la guarda de fet per l'ús d'imatges i notícies dels seus nets en xarxes socials amb el consentiment del pare. La sentència entén que no hi ha vulneració del dret a la intimitat dels menors, que no s'ha provat que l'àmbit en el qual s'han publicat les fotografies hagi estat públic, i que l'actuació de l'àvia s'ajusta als usos socials, diu que la resposta seria diferent si s'hagués provat l'àmbit públic de les publicacions i fa referència a diferents escenaris segons l'accés sigui restringit o il·limitat.

La sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona, sec. 12 de SAP, Civil sec. 12 del 15-5-2018<sup>14</sup> resol sobre una petició del pare de que es prohibeixi a la mare la publicació de fotografies del fill en xarxes socials sense el consentiment de tots dos. La mare té atorgada la guarda. No diferencia l'àmbit de publicació de les fotografies, entén que hi ha dificultats importants per controlar la limitació de la publicació i la possible utilització de dades per part de tercers i exigeix el consentiment dels dos

---

11 ROJ: SAP PO 1123/2015 - ECLI:ES:APPO:2015:1123.

12 ROJ: SAP B 3677/2017 - ECLI:ES:APB:2017:3677.

13 ROJ: SAP LU 98/2017 - ECLI:ES:APLU:2017:98.

14 ROJ: SAP B 4328/2018 - ECLI:ES:APB:2018:4328.

progenitors encara que permet flexibilitzar l'exigència del consentiment si era pràctica habitual en la família la publicació de dades dels fills abans de produir-se la ruptura o si és pràctica habitual de tots dos.

Algunes sentències de Jutjats de Primera Instància quan defineixen el contingut de la potestat inclouen aquest aspecte i exigeixen el consentiment dels dos progenitors.

## 6. CONCLUSIÓ

La publicació de dades personals dels fills menors de 14 anys constitueix una qüestió de potestat parental que precisa en principi el consentiment dels dos progenitors si tots dos tenen la titularitat i l'exercici de la potestat i a més tenen l'obligació de protegir els menors de l'ús inadequat que puguin fer els majors de 14 anys o d'altre edat que en un futur es pugi fixar per Llei. També dels menors de 14 anys si accedeixen a internet.

Per tal de determinar si sempre és necessari el consentiment dels dos progenitors per fer tot tipus de publicacions en xarxes socials (cessió de dades), hem de tenir en consideració el context o realitat social i el marc normatiu.

L'evolució social i els canvis que l'ús generalitzat d'internet està produint en conceptes clàssics com el d'intimitat (versus extimitat) i en les estructures relacionals condiciona la decisió que ha de ser ajustada a la nova realitat tecnològica en la que està immersa la societat actual (art. 2 CC).

La protecció de les dades personals està vinculada a la protecció del dret a la intimitat i la pròpia imatge. El marc normatiu de la protecció de dades constitueix un important referent normatiu per resoldre la qüestió, sense oblidar les normes de protecció de drets fonamentals com el dret a la intimitat, l'honor i la imatge. El Reglament Europeu en l'art. 2 exclou del seu àmbit d'aplicació el tractament de dades personals d'una persona en l'exercici d'activitats exclusivament personals o domèstiques, segons el considerando (18) aquella activitat que no te connexió amb activitat professional o comercial: la correspondència i repertori de direccions, o l'activitat en xarxes socials o en línia realitzada en el context d'aquestes activitats. L'art. 2,2 de la LOPD exclou de la seva protecció els fitxers de persones físiques en l'exercici d'activitats exclusivament personals o

domèstics. L'art. 4 del Reglament intern especifica més detalladament els fitxers que queden fora de l'àmbit de protecció de dades quan diu que es consideraran relacionats amb activitats personals o domèstiques els tractaments relatius a activitats que s'inscriuen en el marc de la vida privada o familiar dels particulars. Per tant, les dades personals publicades en àmbits personals o domèstics queden fora de la protecció de la normativa sobre protecció de dades. La Agencia de Protección de Datos en l'Informe 0615/2008 va definir què s'entenia per activitats exclusivament personals o domèstiques. Es va plantejar una consulta d'uns particulars que compartien en pàgines web fotografies dels seus fills fetes en la realització d'activitats extraescolars. L'informe entén que les fotografies són dades personals <sup>15</sup> i que la publicació de les imatges no queda reduïda a l'àmbit personal quan no existeix una limitació d'accés a aquestes imatges. Es remet o fa referència a una sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea, la sentència de 6-11-2003 (cas Bodil Lindqvist), relativa a la publicació en diferents pàgines web d'Internet de dades personals de tercers.<sup>16</sup> I conclou dient que «En

---

15 Recull el contingut de la sentència de l' Audiencia Nacional de 15-6-2006 «Lo relevante para la sujeción al régimen de protección de datos no será por tanto que haya existido tratamiento, sino si dicho tratamiento se ha desarrollado en un ámbito o finalidad que no sea exclusivamente personal o domestico. Qué ha de entenderse por «personal» o «doméstico» no resulta tarea fácil. En algunos casos porque lo personal y lo profesional aparece entremezclado. En este sentido el adverbio «exclusivamente» utilizado en el art. 2.2.a) apunta a que los ficheros mixtos, en los que se comparten datos personales y profesionales, quedarían incluidos en el ámbito de aplicación de la ley al no tener como finalidad exclusiva el uso personal. Tampoco hay que entender que el tratamiento se desarrolla en un ámbito exclusivamente personal cuando es realizado por un único individuo. Por ejercicio de una actividad personal no debe entenderse ejercicio de una actividad individual. No deja de ser personal aquella actividad de tratamiento de datos que aun siendo desarrollada por varias personas físicas su finalidad no trasciende de su esfera más íntima o familiar, como la elaboración de un fichero por varios miembros de una familia a los efectos de poder cursar invitaciones de boda. Y un tratamiento de datos personales realizado por un solo individuo con finalidad profesional, mercantil o industrial estará claramente incluido en el ámbito de aplicación de la ley 15/1999. Será personal cuando los datos tratados afecten a la esfera más íntima de la persona, a sus relaciones familiares y de amistad y que la finalidad del tratamiento no sea otra que surtir efectos en esos ámbitos.»

16 «47. En consecuencia, esta excepción debe interpretarse en el sentido de que contempla únicamente las actividades que se inscriben en el marco de la vida privada o familiar de los particulares»; evidentemente, no es éste el caso de un tratamiento de datos personales consistente en la difusión de dichos datos por Internet de modo que resulten accesibles a un grupo indeterminado de personas.»..... «Tampoco la limitación en el acceso a las imágenes debe entenderse como el único indicador de que estamos ante un uso familiar o doméstico, así el Grupo de trabajo del artículo 29, órgano consultivo

definitiva, para que nos hallemos ante la exclusión prevista en el artículo 2 LOPD, lo relevante es que se trate de una actividad propia de una relación personal o familiar, equiparable a la que podría realizarse sin la utilización de Internet, por lo que no lo serán aquellos supuestos en que la publicación se efectúe en una página de libre acceso para cualquier persona o cuando el alto número de personas invitadas a contactar con dicha página resulte indicativo de que dicha actividad se extiende más allá de lo que es propio de dicho ámbito. Por consiguiente, la aplicación de lo hasta aquí dicho al presente caso supone que, cuando la actividad del consultante quede limitada, en los términos vistos, al ámbito personal o familiar no será de aplicación la LOPD. Por el contrario, cuando no opere la exclusión prevista en el artículo 2 de dicha Ley, esto es, cuando la actividad supere dicho ámbito, dicha norma será aplicable, debiendo solicitarse el consentimiento de los padres o de los propios menores cuando estos tengan capacidad para prestarlo, tanto para la obtención de la imagen como para su publicación en la página web, en tanto que ésta última constituye una cesión o comunicación de datos de carácter personal tal y como viene definida por el artículo 3 j) de la LOPD, esto es, como «Toda revelación de datos realizada a una persona distinta del interesado». También diu «que, si bien el derecho a la protección de datos puede no resultar de aplicación, si puede serlo la protección otorgada por otras normas frente a las intromisiones que supongan una vulneración de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen, que se regirá por lo dispuesto en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. «

Segons la postura assumida per la APD les dades personals d'un menor publicades en xarxes socials limitades a la família o grup d'amics

---

independiente de la UE sobre protección de los datos y la vida privada, creado en virtud de lo previsto en el citado artículo de la Directiva 95/46/CE relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, en su Dictamen 5/2009 relativo a las redes sociales en línea, adoptada el 12 de junio de 2009, destaca que habitualmente, el acceso a los datos (datos de perfil, archivos subidos a la red, textos) aportados por un usuario viene limitado a los contactos por él mismo elegidos. Sin embargo, en algunos casos los usuarios pueden llegar a tener un gran número de personas de contacto, y de hecho puede darse el caso de que no conozca a algunos de ellos. Señala el Dictamen que un alto número de contactos puede ser una indicación para que no se aplique la exclusión a la normativa de protección de datos a que se viene haciendo referencia y se considere al usuario responsable de un fichero».

reduïts estan exclosos de la protecció de la LOPD perquè entrarien en l'àmbit de l'exclusió domèstica.

La protecció de dades és un dret autònom que protegeix un bé jurídic determinat però també és un instrument important per protegir altres drets com el dret a la intimitat i el dret a l'honor. Si relacionem l'àmbit de protecció de dades (exenció domèstica) amb el contingut de la potestat i el seu exercici (art. 236-8 CCCat), podem entendre que una imatge o qualsevol dada personal d'un fill o filla menor de 14 anys (o edat que s'estableixi per llei en un futur) publicada per un progenitor sense el consentiment de l'altre en una xarxa social de publicitat limitada (àmbit restringit de persones que poden veure o conèixer la dada i impossibilitat de difusió per part de tercers) és una actuació realitzada d'acord amb l'ús social o les circumstàncies com diu l'art. 236-8,2 c) del CCCat<sup>17</sup> i podem arribar a la conclusió que no requereix consentiment de l'altre progenitor. També podem considerar com una actuació realitzada d'acord amb l'ús social (o familiar) quan aquest tipus d'actuacions hagi estat la general i ordinària abans de produir-se la ruptura o es tracti d'una actuació dels dos progenitors. Cas contrari, quan l'àmbit de publicació no és limitat o la publicació no era una pràctica habitual o dels dos progenitors, podem entendre que és necessari el consentiment d'ambdós i això sense perjudici d'altres accions de protecció de la intimitat del menor. El problema també es planteja en la sol·licitud de cessió de dades de menors per part d'un centre escolar o d'un esplai o lloc en el qual es realitzi alguna activitat extraescolar o lúdica. Si la publicitat no està limitada necessita el consentiment dels dos progenitors i si un s'oposa es pot plantejar la controvèrsia en l'exercici de la potestat per part de l'altre davant dels tribunals i en aquest cas l'autoritat judicial hauria de valorar el conflicte d'interessos: les raons de la negativa, el dret a la intimitat del menor, el d'integració en el nucli social en el qual es planteja la cessió de dades i la voluntat del menor segons l'edat.

Un altre debat és el que planteja la possible vulneració de drets de les persones menors per la cessió de les seves dades encara que concorri el consentiment d'ambdós progenitors i les demandes que en un futur es poden plantejar pels fills o filles. Els reptes jurídics que estan plantejant les noves tecnologies són inabordables i plens de ramificacions i queden molts dubtes oberts sobre cap a on anem en la concepció i protecció dels drets fonamentals.

---

<sup>17</sup> També art. 156 del CC i art. 71 de la CDFa.

*S'ha fet terriblement obvi que la nostra tecnologia ha superat la nostra humanitat.*

*Albert Einstein.*

## 7. BIBLIOGRAFIA

ABA CATOIRA Ana. Libertades de expresión e información en internet y las redes sociales: ejercicio, amenazas y garantías. «La protección de los derechos de los menores ante las nuevas tecnologías. Internet y redes sociales»

ÁLVAREZ HERNANDO Javier. Grandes Tratados. Practicum Protección de Datos 2015. Editorial Aranzadi, S.A.U., Enero de 2014. «Internet, redes sociales y protección de datos. «

CAMPUZANO TOMÉ Herminia. Actualidad Civil, No 6, Sección A Fondo, Quincena del 16 al 31 Mar. 2011, pág. 623, tomo 1, Editorial LA LEY 2861/2011 «Marco regulador de la protección de datos de carácter personal en las redes sociales digitales».

CAZURRO VARAHONA Victor. Derecho digital. Perspectiva interdisciplinar. Ed. Bosch 2017. Cap. 8 «Menores de edad. La protección de su derecho a la intimidad en la era digital».

DAVARA FERNÁNDEZ DE MARCOS Laura. «Menores en Internet y Redes Sociales: Derecho Aplicable y Deberes de los Padres y Centros Educativos Breve referencia al fenómeno Pokémon Go»

DE LA IGLESIA MONJE María Isabel. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, N. 752, págs. 3619 a 3631. «El consentimiento de ambos progenitores, la publicación de fotos en las redes sociales y el supremo interés del menor».

GIL ANTÓN Ana. Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías num.36/2014 Editorial Aranzadi, S.A.U. «Redes sociales y privacidad del menor: un debate abierto.»



- GIL MEMBRADO Cristina. LA LEY Derecho de familia, No 13, Primer trimestre de 2017. «Límites a la autonomía de la voluntad en la disposición de la imagen del menor a través de las Redes Sociales (1)».
- GUARDIOLA Miriam. LA LEY Derecho de familia no 14, abril-junio 2017, Menores y Redes Sociales, Editorial Wolters Kluwer . «Monográfico: Menores y Redes Sociales».
- LORENTE LÓPEZ M. Cristina. Revista Aranzadi Doctrinal num.2/2015 Editorial Aranzadi, S.A.U. «La vulneración de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen de los menores a través de las Nuevas Tecnologías».
- MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS Jesús A. LA LEY Derecho de familia no 14, abril-junio 2017, Menores y Redes Sociales, Editorial Wolters Kluwer. «La protección del honor de los menores en las redes sociales».
- MORILLAS FERNÁNDEZ Marta R.E.D.S. núm. 1, enero-abril 2013. Págs.162 – 176. «El menor y su derecho a la intimidad ante los riesgos en la utilización de redes sociales».
- PÉREZ CONCHILLO Eloísa. Diario La Ley, No 9009, Sección Tribuna, 27 de Junio de 2017, Editorial Wolters Kluwer. LALEY 7041/2017. «Los derechos de la personalidad de los menores en internet».
- SUÁREZ RUBIO Soledad M. Parlamento y Constitución. Anuario. Año 2014. No16. «Los menores como usuarios de redes sociales y su privacidad».
- TINTORÉ GARRIGA M. del Pilar. LA LEY Derecho de familia no 14, abril-junio 2017, Menores y Redes Sociales, Editorial Wolters Kluwer. «Sharenting y la responsabilidad parental (1)»

est

ord

es

es

## TERCERA PONÈNCIA

### Aspectes del dret de successions



esult

nord

es

es

# El Reglament europeu de successions: presentació d'un joc de pesos i contrapesos

ALBERT FONT I SEGURA<sup>1</sup>

*Professor titular de Dret internacional privat  
Universitat Pompeu Fabra*

## SUMARI

1. INTRODUCCIÓ. 1.1. *La divergència normativa*. 1.2. *El RS com a solució de compromís*. 2. FINALITAT I ÀMBIT DEL RS: UNA LòGICA CONCATENADA DE PESOS I CONTRAPESOS. 2.1. *Finalitat*. 2.2. *Matèria successòria: Dret de família o Dret patrimonial?*. 2.3. *Una lògica concatenada de pesos i contrapesos*. 3. COMPETÈNCIA INTERNACIONAL D'AUTORITATS. 3.1. *Consideracions prèvies*. 3.2. *Regla general: residència habitual en un Estat membre subjecte al RS*. 3.3. *L'elecció de fòrum*. 3.4. *El lloc de situació dels béns*. 3.5. *Forum necessitatis*. 4. DETERMINACIÓ DE LA LLEI APLICABLE. 4.1. *Consideracions prèvies i plantejament normatiu*. 4.2. *Residència habitual*. 4.3. *La clàusula d'escapatòria*. 4.4. *L'elecció de llei*. 5. UNA APROXIMACIÓ CONCLUSIVA.

## 1. INTRODUCCIÓ

### 1.1. La divergència normativa

El Reglament (UE) N° 650/2012 del Parlament Europeu i del Consell, de 4 de juliol de 2012, relatiu a la competència, la llei aplicable, el reconeixement i l'execució de les resolucions, a l'acceptació i l'execució dels documents públics en matèria de successions *mortis causa* i a la creació d'un certificat

---

1 El present treball s'emmarca en l'execució del projecte de recerca «Balance de 38 años de plulilegislación civil postconstitucional: situación actual y propuestas de futuro», finançat pel Ministerio de Economía y Competitividad i el FEDER [Ref. DER2016-77190-R].

successori europeu<sup>2</sup> (RS, d'ara en endavant)<sup>3</sup> aborda una matèria tan complexa com plural. En efecte, des del punt de vista legal, el fenomen successori comprèn qüestions que abasten tant el Dret privat com el Dret internacional privat, tant el Dret processal com el Dret fiscal. La regulació de les successions per causa de mort constitueix per sí mateixa una peça essencial de l'engranatge existent en qualsevol ordenament jurídic ja que es situa en un punt de confluència en el qual es troben àmbits jurídics que determinen l'estructura d'un concret ordenament jurídic. Òbviament, la complexitat augmenta en la mesura en que la pretensió normativa tingui per objecte la successió transfronterera.

El Dret de successions és una branca de l'ordenament jurídic en la qual es projecten aspectes fonamentals per a l'organització social i econòmica d'una determinada comunitat atès que s'adopta una regulació que pren importants opcions respecte de temes com la posició de l'individu en qualitat de subjecte en les relacions familiars, l'abast del principi de disposició o autonomia de la voluntat, l'abast i la noció de la família, el règim econòmic matrimonial o de la parella, el sistema de drets reals,

- 
- 2 Cal tenir present que vincula a tots els Estats membres, llevat de Dinamarca, el Regne Unit i la República d'Irlanda. Igualment cal recordar que el RS s'aplica en principi a les successions de les persones que hagin traspassat el 17 d'agost de 2015 o amb posterioritat a aquesta data, per bé que l'article 83 RS estableix diferents disposicions transitòries a tenir en compte respecte a les eleccions de llei efectuades amb anterioritat al 17 d'agost de 2015 i a les disposicions per causa de mort atorgades amb anterioritat a aquesta mateixa data, al respecte vegeu M. Requejo Isidro, "El tiempo en el Reglamento 650/2012: Ilustraciones de la práctica española", *REDI*, 2018, 70, 2, pp. 127-154.
  - 3 Per a disposar d'una anàlisi detallada i al mateix temps global del RS es pot consultar els següents tractats: A. Bonomi, P. Wautelet, *El Derecho Europeo de Sucesiones. Comentario al Reglamento N° 650/2012, de 14 de julio de 2012*, Aranzadi, 2015; F.J. Carrascosa González, *El Reglamento sucesorio europeo 650-2012, de 4 de julio. Análisis crítico*, Granada, 2014; Dirs. J.L. Iglesias Buhigues, G. Palao Moreno, *Sucesiones Internacionales. Comentarios al Reglamento (UE) 650/2012*, València, 2015; (Eds. A.L. Calvo Caravaca, A. Davi, H.P. Mansel), *The EU Succession Regulation A Commentary*, Cambridge University Press, 2016. Per a una introducció sintètica en llengua catalana vegeu R. Arenas García, "El Reglament 650/2012, relatiu a la competència, la llei aplicable, el reconeixement i l'execució de les resolucions, a l'acceptació i l'execució dels documents públics en matèria de successions *mortis causa* i a la creació d'un certificat successori europeu", *Revista Catalana de Dret Privat*, vol. 15-2 (2015), pp. 11-65. L'autor treu profit de publicacions anteriors (A. Font i Segura, "El fraude de ley en el Reglamento (UE) 650/2012 en materia sucesoria", *Cursos de Derecho Internacional y de Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 2015, pp. 175-254; "Valoración de las respuestas al Libro Verde sobre sucesiones y testamentos relativas a la competencia judicial", *Perspectivas del Derecho sucesorio en Europa*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2009, pp.59-81).

els mecanismes de transmissió del patrimoni, el sistema impositiu per a incentivar o limitar determinats comportaments, l'organització de l'estabilitat patrimonial i social (el sistema notarial, la forma d'acreditar que els actes són fefaents, l'eficàcia atorgada als documents públics, el registre de la propietat, el registre d'actes d'última voluntat) o l'organització jurisdiccional en tant que instrument d'intervenció en l'execució i liquidació de la successió, amb un impacte sobre l'abast de la jurisdicció contenciosa o voluntària, o sobre els procediments d'obertura d'una successió, o en relació a l'eventual intervenció notarial o a l'eficàcia dels documents públics, entre molts d'altres.<sup>4</sup>

Les consideracions anteriors posen en relleu les remarcables diferències existents entre els ordenaments dels Estats membres, en qüestions com ara la concepció personalista o real de la successió, la regulació de la delació —admissió o no de la vocació paccionada—, l'acceptació i la renúncia —adquisició automàtica o no de l'herència per part dels hereus—, existència o no d'un sistema legitimari, qualitat de la legítima —quota *pars valoris* o *pars bonoris*, col·lectiva o individual—, porció de la mateixa, successió de l'actiu i del passiu o liquidació de l'herència, la determinació de la massa hereditària —reducció de las donacions inoficioses, actiu/passiu—, la fixació de l'ordre dels hereus cridats a la successió intestada, la intervenció o no de l'administrador, l'existència o no d'un Registre d'Actes d'última voluntat, la necessitat inexcusable o no de la intervenció judicial, la funció atribuïda als notaris, l'existència o no de títols per acreditar fefaentment la condició d'hereu, la prohibició o admissió dels pactes successoris i el contingut del seu règim substantiu, la prohibició o admissió dels testaments mancomunats, l'existència i abast del fideïcomís, la determinació de la posició del cònjuge vidu —o del membre de la parella de fet—, etc.<sup>5</sup>

---

4 Per copsar el pes de la tradició i els tabús que se'n deriven, vegeu entre d'altres J. Basedow, *The Law of Open Societies Private Ordering and Public Regulation in the Conflict of Laws*, The Hague Academy of International Law Monographs, Vol. 9, pp. 262-264; M. Zalucki, "Attempts to Harmonize the Inheritance Law in Europe: Past, Present and Future", Iowa LR, 2018, vol. 103, 5, pp. 2317-2338, en particular p. 2321 i ss.

5 Vegeu l'obra col·lectiva Anderson, M. i Arroyo Amayuelas, E. (eds), *The Law of Succession: Testamentary Freedom. European Perspectives*, European Law Publishing, 2011.

Hem de tenir present que les divergències materials i estructurals es projectaven així mateix en els sistemes de Dret internacional privat<sup>6</sup> dels Estats membres. L'aspecte més paradigmàtic és el referent a la determinació de la llei aplicable en funció de si se segueix un plantejament unitari —la successió internacional queda regida per una sola llei vinculada a la persona del causant— o escissionista —la llei que regeix successió internacional queda determinada en funció de la naturalesa dels béns que componen l'herència, distingint entre béns immobles en que s'aplica la llei del lloc de situació i béns mobles en que s'aplica la llei del darrer domicili del causant—. No obstant aquesta diferència, hi havia altres qüestions que exacerbaven la disparitat. Així, en aquells sistemes que seguien un plantejament unitari, la connexió emprada per a determinar la llei aplicable no sempre era la mateixa, tant podia ser la nacionalitat del causant en el moment de la defunció, com el darrer domicili del causant o la seva darrera residència habitual. D'altra banda, en alguns sistemes hi tenia entrada una limitada autonomia conflictual, permetent al causant escollir la llei aplicable a la successió, mentre que en la major part de sistemes no es contemplava l'elecció de llei.

En la regulació de la competència judicial internacional es constatava igualment aquesta divergència.<sup>7</sup> Els criteris emprats per atribuir la competència judicial internacional eren realment dispers, anant des de l'últim domicili del difunt, al domicili del demandat o del demandant, passant pel lloc de situació de determinats béns o la nacionalitat del difunt o de qualsevol de les parts litigants. A més, en determinats sistemes nacionals de competència judicial el fòrum era diferent en funció de si el procediment era contenciós o de jurisdicció voluntària. Igualment la naturalesa dels béns relictes incidia en l'aplicació de criteris d'atribució diferents. Per finalitzar aquesta mostra es pot afegir que en alguns sistemes nacionals s'admetia l'elecció de fòrum, mentre que en altres sistemes vinculaven la competència a la llei aplicable (*forum legis*). Gairebé no caldria ni dir que la disparitat existent en la regulació

---

6 Vegeu Deutsches Notarinstitut, H. Dörner, P. Lagarde, Étude de droit comparé sur les règles de conflits de juridictions et de conflits de lois relatives aux testaments et successions dans les Etats membres de l'Union Européenne, 2002, (accessible a [ec.europa.eu/civiljustice/.../testaments\\_successions\\_fr.pdf](http://ec.europa.eu/civiljustice/.../testaments_successions_fr.pdf)).

7 Vegeu Deutsches Notarinstitut, H. Dörner, P. Lagarde, Étude de droit comparé sur les règles de conflits de juridictions et de conflits de lois relatives aux testaments et successions dans les Etats membres de l'Union Européenne, 2002, (accessible a [ec.europa.eu/civiljustice/.../testaments\\_successions\\_fr.pdf](http://ec.europa.eu/civiljustice/.../testaments_successions_fr.pdf)).



conflictual i en la regulació de la competència judicial internacional tenia un efecte directe en l'àmbit del reconeixement de resolucions judicials i de documents públics, dificultant-ne la seva circulació i posant obstacles als drets adquirits en una jurisdicció front a les altres.

Decantar-se per unes o altres solucions generava un viu debat perquè afectava directament la regulació de cada un dels Estats membres. Per això, el RS proporciona una harmonització que no abasta directament els règims substantius. El RS no regula materialment la successió per causa de mort, sinó que regula la competència judicial, la determinació de la llei aplicable, el reconeixement i execució de resolucions judicials, l'acceptació i execució de documents públics en matèria de successions per causa de mort, així com la creació d'un certificat successori europeu.

## 1.2. El RS com a solució de compromís

La diversitat apuntada posa de manifest l'enorme dificultat per a la unificació material,<sup>8</sup> però també posa en evidència la inseguretats jurídica generada en les successions transfrontereres. La disparitat normativa propiciava un *forum shopping* indesitjable, així com situacions claudicants. En efecte, la disparitat descrita obligava a acudir davant de diferents autoritats per a que els drets invocats fossin atesos, sense tenir la seguretats que després fossin reconeguts en una altra jurisdicció. Naturalment, aquesta situació dificultava una planificació ordenada i estable de la pròpia successió.

Així doncs, una aproximació des del Dret internacional privat es presenta com una solució de compromís davant la voluntat harmonitzadora

---

8 Vegeu Verbeke, Alain Laurent P. G. and Leleu, Yves-Henri, "Harmonization of the Law of Succession in Europe", *Towards a European Civil Code*, A.S. Hartkamp, Martijn W. Hesselink, E.H. Hondius, Chantal Mak & C. Edgar du Perron, eds., 4rth revised and expanded edition, 2011, pp. 459-479, accessible a SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1763147>, posant en relleu la riquesa de la diversitat i apuntant la manca de transparència en el procés de decisions per a abordar una unificació material d'aquest calat; M. Zalucki, "Uniform European Inheritance Law. Myth, Dream or Reality of the Future", AMF Publishing, 2015, accessible a SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2895913>, explorant les possibilitats que ofereix una eventual harmonització. Tot i així, i després de l'aprovació del RS, s'ha defensat que aquest instrument hauria de venir acompanyat d'una harmonització substantiva, vegeu W. Pintens, "Need and Opportunity of Convergence in European Succession Laws", a VVAA, M. Anderson; E. Arroyo i Amayuelas (eds.), *The Law of Succession. Testamentary Freedom. European Perspectives*, Groningen: Europa Law Publishing, 2011, pp. 5-22.

que de forma latent, i mai explícitament admesa, es respirava en la Comissió.<sup>9</sup> Podríem dir, per tant, que una primera solució de compromís prové d'una renúncia. En efecte, s'abandona l'aspiració a una unificació material, que va travessar part de la doctrina durant els 90,<sup>10</sup> i s'opta per una unificació de les normes nacionals de Dret internacional privat. Tot i així, un factor decisiu en la renúncia prové de la manca d'un fonament jurídic clar en el TUE, més tard el TFUE, que atribuís competència normativa a la UE per a aconseguir la unificació material del dret de successions.<sup>11</sup> Per tant, i seguint el principi de subsidiarietat, la unificació es va dur a terme només en l'àmbit del Dret internacional privat, per no desbordar els límits competencials atribuïts a la UE per a la consecució d'un espai de llibertat, seguretat i justícia.

Per tot això, l'any 1998 es va incloure les successions com a una de les matèries respecte les quals s'havien de superar els problemes derivats de la coexistència de diferents lleis i jurisdiccions.<sup>12</sup> Aquest objectiu es va mantenir en el Pla de La Haia de 2005<sup>13</sup> que va donar peu a l'elaboració d'un Llibre verd<sup>14</sup> per a fer una consulta sobre successions transfrontereres que va tenir un ampli ressò.<sup>15</sup> El material obtingut en la consulta efectuada

- 
- 9 Vegeu. M. Zalucki, "Attempts to Harmonize the Inheritance Law in Europe: Past, Present, and Future", *IowaLR*, 2018, vol. 103, 5, pp. 2317-2338, en particular p. 2325; també P. Tierner, "Perspectives of a European Law of Succession", *op. cit.* La Comissió recolzava
  - 10 Tot i que no es pot obviar la crítica demolidora als afanys per la unificació material, vegeu per tots P. Legrand "Against a European Civil Code", *Mod. L. Rev.*, 1997, 60, p. 44 y ss.; "European Legal Systems are Not Converging", *ICLQ*, 1996, 45, p. 52 y ss.; "Sens et Non-sens d'un Code Civil Européen", *RIDC*, 1996,4, p. 779 y ss.
  - 11 Vegeu Libro Verde: Sucesiones y testamentos [COM (2005) 65].
  - 12 Vegeu el Plan de Acción del Consejo y de la Comisión de 3 de diciembre de 1998 (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:133080&from=ES>), que determina posteriorment l'adopció per part del Consell i la Comissió del Proyecto de medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DO C 12, de 15 de gener de 2001).
  - 13 Vegeu la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo - Programa de La Haya COM 2005(184)final, (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52005DC0184>). L'objectiu es manté en el Programa de Estocolmo de 2009, DO, núm. C 115 (4 maig 2010),
  - 14 Vegeu Libro verde - Sucesiones y testamentos {SEC(2005) 270} /\* COM/2005/0065 final \*/
  - 15 Vegeu P. Tierner, "Perspectives of a European Law of Succession", *MJECL*, 2007, 14, núm. 2, pp. 147-178; R. Miquel Sala, "El Libro Verde sobre sucesiones y testamentos: primeros pasos hacia el Reglamento "Bruselas IV", *AEDIPr*, t. VII, 2007, pp. 695-718; R.S. Paz Lamela, "Nuevas perspectivas en la armonización jurídica comunitaria: el Libro verde

va permetre presentar la proposta de RS<sup>16</sup> que va donar lloc a l'aprovació del text definitiu, solució de compromís que conjuga diferents posicions, interessos i tradicions.<sup>17</sup> En realitat, i malgrat que no es pretén una unificació material, es constata en el RS una pugna conceptual de gran abast que d'alguna manera esclata ja en la seva finalitat i en el seu àmbit, com es posarà de manifest en el següent epígraf.

## 2. FINALITAT I ÀMBIT DEL RS: UNA LÒGICA CONCATENADA DE PESOS I CONTRAPESOS

### 2.1. Finalitat

El Reglament successori s'adopta per mantenir i desenvolupar un espai de llibertat, de seguretat i de justícia, comprès com un objectiu programàtic de la UE que permet assegurar la lliure circulació de persones.<sup>18</sup> La referència a la llibertat de circulació de persones està present en altres considerants que justifiquen l'adopció del Reglament<sup>19</sup> i

---

de la Comisión sobre sucesiones y testamentos”, *AFDUDC*, 2009, 13, pp. 1063-1070. Val la pena destacar que la resposta més completa, estructurada i influent va ser la del Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, “Comments on the European Commission’s Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in matters of succession and the creation of a European Certificate of Succession”, posteriorment publicat a la *Rabels Zeitschrift* 74, 2010, vol. 74, núm. 3, pp. 522-720.

16 Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y los actos auténticos en materia de sucesiones y a la creación de un certificado sucesorio europeo (COM(2009)154 final). Sobre la proposta, entre molts d'altres, vegeu A. Dutta, “Succession and Wills in the Conflict of Laws on the Eve of Europeanisation”, *RabelsZ*, 2009, 73, 3, pp. 547-606 o E. Lein, “A Further Step towards a European Code of Private International Law. The Commission Proposal for a Regulation on Succession”, *YBPIL*, 2009, 11, pp. 107-141.

17 Els motius de la retirada del Regne Unit i de la República d'Irlanda es fonamenten precisament en la diferència de concepcions, vegeu *infra* la nota 29, així com A. Daví, “Introduction”, a l'obra col·lectiva *The EU Succession regulation. A Commentary*, op. cit., p. 12 i ss.

18 Tal com es reflecteix en l'atès 1 del RS.

19 Així, expressament en l'atès 7 i en el 80, implícitament en l'atès 23, fent referència a la mobilitat dels ciutadans.

pressuposa avantposar aquesta llibertat per sobre del contingut material dels Drets nacionals en matèria successòria. El Reglament successori és un instrument de coordinació que només és possible en un espai d'integració, però és al mateix temps un instrument que s'adopta per possibilitar aquesta integració, fins i tot per fomentar-la. Es tracta, en conseqüència, d'un instrument que està al servei d'un interès de la política legislativa europeu consistent a garantir la mobilitat de les persones en el si de l'espai judicial europeu. El Dret material, especialment sensible en un àmbit com aquest, passa en aquest sentit a un segon rang. La finalitat perseguida per l'instrument no està estrictament subjecta al contingut material del Dret successori, sinó a la política de llibertat de circulació i residència de la UE. Com és obvi, això no vol dir que s'ignori o que s'oblidi el Dret material, però comporta tenir consciència de l'objectiu *genuïnament europeu* present en el RS.<sup>20</sup> Així, la unificació és un mitjà més per a la consecució d'un objectiu programàtic que se situa en el marc de les llibertats fonamentals.<sup>21</sup> En realitat, el RS s'adopta *prima facie* per beneficiar el ciutadà que s'ha desplaçat des del seu país d'origen, sigui o no un Estat membre, proporcionant-li seguretat jurídica i dotant-lo d'una llibertat de la qual no gaudeix, per contra, el ciutadà que continua residint durant tota la seva vida al seu país d'origen. Igualment, la unificació està al servei del principi de seguretat jurídica permetent que les persones puguin organitzar la seva successió amb unes expectatives certes i que s'ofereixi un marc en el qual les persones pròximes al causant puguin preveure quines són les seves expectatives.

Conseqüentment, la unificació europea de les normes de Dret internacional privat en matèria successòria ve caracteritzada pel principi de integració, al servei de la lliure circulació de persones, de tal forma que es construeix un sistema unificat amb perspectiva i objectiu europeus. En aquest sentit, l'autoritat intervé en la seva doble condició d'autoritat nacional i europea, sotmesa per això mateix a les regles europees. Aquesta

---

20 No hem d'oblidar tampoc el context en el que s'adopta el RS, això és una estructura multi-jurisdiccional en el marc d'una societat oberta, que permet donar entrada a un instrument que incorpora una autonomia conflictual que, per més que limitada, es configura com a un dels seus principals eixos vertebradors; vegeu J. Basedow, *The Law of Open Societies Private Ordering and Public Regulation in the Conflict of Laws*, The Hague Academy of International Law Monographs, Vol. 9, pp. 262-274.

21 Vegeu l'atès 8 on s'exposa clarament que el RS es va adoptar com a mitjà per assolir els objectius desgranats en els atesos 1 a 7.

consideració determina que la regulació de l'organització jurisdiccional nacional pugui entrar en col·lisió amb les regles provinents del RS, amb tot allò que comporta i prové de la integració — això, és principi de confiança mútua, principi de reconeixement mutu, nocions autònomes i uniformes, interpretació única, autèntica i vinculant del TJUE -.

Tot i així, el RS també ve conformat per les tradicions pròpies de cada un dels països que, d'alguna forma, s'integren en la seva configuració. Així es posa de manifest en alguns dels atesos del RS, on es fa una referència explícita a les tradicions nacionals en l'àmbit successori i als sistemes judicials dels Estats membres, “inclòs l'ordre públic”, com a referència genèrica i més enllà de l'anomenat “ordre públic internacional”.<sup>22</sup> Aquesta és una faceta que es manifesta especialment en l'excepció d'ordre públic (art. 35),<sup>23</sup> en el frau de llei (atès 26)<sup>24</sup> i en l'aplicació d'aquelles disposicions especials que imposen restriccions a la successió de determinats béns (art. 30).<sup>25</sup> Possiblement en aquestes tres figures aflorarà també la tensió entre les dues ànimes del RS.

## 2.2. Matèria successòria: Dret de família o Dret patrimonial?

La delimitació de l'àmbit del RS no va estar exempta tampoc de desacords i tensions. En aquest sentit, va ser objecte de discussió l'adscripció de la

---

22 Vegeu atès 6 *in fine*. Aquesta dicotomia entre la faceta integradora i dinàmica i la faceta conservadora és inherent del projecte europeu i a la constitució de l'espai judicial europeu tal com es pot comprovar en l'art. 67.1 TFUE en la mesura en que s'estableix que l'espai de llibertat, seguretat i justícia es constitueix amb respecte de “los distintos sistemas y tradiciones jurídicas de los Estados miembros”. No hem d'oblidar que el RS té com a fonament habilitador l'art. 81 TFUE, integrat en el Capítol tercer del Títol V relatiu a l'espai de llibertat, seguretat i justícia.

23 Vegeu S. Álvarez González, “Sucesiones internacionales. ¿Que lo que el Reglamento 650/2012 ha unido no lo separe el orden público?”, T. F. Torres García, A. Domínguez Luelmo, M. P. García Rubio (Dirs.), *Estudios de Derecho de sucesiones. Liber Amicorum*, Madrid: La Ley, 2014, pp. 117-141, p. 130 observant que l'ordre públic constitueix “un espacio irreductible frente a la unificación”.

24 Sobre el frau de llei en el RS, vegeu P. Wautelet, “La fraude en droit patrimonial international: le cas des successions internationales” en P. De Page; A. Culot; I. De Stefani (Eds.), *Apparences, simulations, abus et fraude - Aspects civils et fiscaux*, Bruxelles: Anthemis, 2015, pp. 285-333.

25 Vegeu N. Chikoc Barreda, “Reflexiones sobre los regímenes particulares en Derecho internacional privado sucesorio según el Reglamento Europeo 650/2012 de 4 de julio”, *CDT*, 2014, vol. 6, núm. 1, pp. 121-146.

matèria al Dret de família —prenent en consideració els vincles presents en les qüestions successòries arrelades en el Dret de família<sup>26</sup> o en la concepció de la funció social de la família i de la preservació de la pau social—<sup>27</sup> o al Dret patrimonial, per les implicacions competencials que se'n derivaven. La consideració de les successions per causa de mort com a una qüestió que queia dins del Dret de família o com una qüestió de caràcter patrimonial tenia una repercussió directa en la presa de decisions d'acord amb el procediment legislatiu europeu previst en l'article 65 TCE,<sup>28</sup> ja que si es tractava d'una mesura per a obtenir la cooperació judicial en matèria civil relativa al Dret de família s'exigia la unanimitat,<sup>29</sup> mentre que si es tractava d'una mesura de naturalesa patrimonial la norma podia ser adoptada per majoria, seguint el procediment legislatiu ordinari. Explotant hàbilment les profundes diferències existents en el sí de la CE, el Regne Unit, amb una maniobra que no estava exempta d'oportunisme,<sup>30</sup> va advocar per situar aquesta matèria dins de la noció

---

26 La divisió entre institucions integrades en el Dret patrimonial, el Dret d'obligacions o els Drets reals front al Dret de família i successions, “áreas consideradas sensibles y especialmente vinculadas a la tradición y a la cultura legal de cada sociedad y de cada ordenamiento”, no estava delimitat vegeu J.J. Álvarez Rubio, “El Tratado de Lisboa y la plena comunitarización del espacio de libertad, seguridad y justicia”, *REEL*, 15, 2008, p. 21.

27 El sistema legitimari es presentava com a un clar exponent d'aquesta vinculació ja que la seva existència deriva de concepcions relatives a la posició de l'individu en la societat i de la relació que té amb els membres de la seva família.

28 Per bé que finalment el RS es va adoptar amb l'art. 81 TFUE com a fonament jurídic de la competència de la UE, quan es van iniciar els treballs per a la seva adopció el TFUE no estava encara vigent. En qualsevol cas l'art. 81 TFUE manté la mateixa distinció que l'art. 65 TCE en relació al Dret de família.

29 El caràcter particularment sensible d'aquesta matèria en la que hi havia importants divergències va aconsellar establir un procediment que obligués a generar consens, contràriament no es podria adoptar legislació europea en l'àmbit de la cooperació judicial en matèria civil, llevat que s'adoptés per la via de la cooperació reforçada que té uns costos evidents pel que fa als Estats membres que en queden vinculats, com es demostra amb el Reglament 1259/2010 sobre la llei aplicable al divorci i a la separació judicial, amb el Reglament 2016/1103 sobre competència, llei aplicable i reconeixement de resolucions en matèria de règims econòmics matrimonials o el Reglament 2016/1104 sobre competència, llei aplicable i reconeixement de resolucions en matèria d'efectes patrimonials de les unions registrades de parella.

30 Vegeu el informe elaborat per la House of Lords *European Union Committee, 10th Report of Session 2004-5*, paràgrafs 60-63. La posició era paradoxal perquè precisament al Regne Unit, llevat d'Escòcia, es desconeix el sistema legitimari com a tal i el Dret de successions es concep bàsicament com un mecanisme de lliure disposició del propi patrimoni, més que no pas com una matèria íntimament vinculada amb el Dret de

“Dret de família”. No obstant això, la posició britànica no va prosperar<sup>31</sup> i el Reglament es va adoptar seguint el procediment ordinari. Els Estats membres van renunciar així a mantenir una posició essencialista i van obrir la porta a abordar la matèria successòria amb un perfil patrimonial, sense deixar de banda les implicacions socials i familiars del Dret de successions.<sup>32</sup>

La concepció patrimonial de la successió per causa de mort queda clarament reflectida en la definició continguda en l'article 3.1.a) RS on es defineix per successió per causa de mort tot allò que inclou “cualquier forma de transmisión *mortis causa* de bienes, derechos y obligaciones, ya derive de un acto voluntario en virtud de una disposición *mortis causa* o de una sucesión abintestato”. La definició s'ha de completar amb la delimitació de l'abast material cobert per la llei designada pel RS d'acord amb l'article 23 RS i, en una interpretació *a contrario*, amb les exclusions establertes en l'article 1.2 RS.<sup>33</sup> Ara bé, en realitat aquesta delimitació material posa de manifest que paradoxalment hi ha vincles essencials amb el Dret de família que n'han condicionat el seu abast. Aquesta consideració es pot il·lustrar perfectament amb un tema com la reintegració o computació de les liberalitats o els avenços de l'herència per a determinar les quotes successòries dels diferents beneficiaris. Es constata com s'imposa la concepció continental de la successió i la reticència de la major part d'Estats membres a admetre una concepció

---

família. Vegeu J. Harris, “The proposed EU regulation on succession and wills: prospects and challenges”, *Tru. L.I.*, 2008, pp. 186-187 apuntant que sota aquest argument jurídic s'hi amagava una estratègia per canalitzar l'aprovació del futur Reglament mitjançant un procediment regit per la regla de la unanimitat perquè això suposaria augmentar el seu poder de influència. Sobre la posició britànica, vegeu J. Harris, “Understanding the English Response to the Europeanisation of Private International Law”, *Journal of Private International Law*, 2008, pp. 347-361.

31 La Comissió conscient dels problemes que podia representar des del primer moment va situar la matèria regulada fora del Dret de família, vegeu M. T. Benedito Cañizares, “Comienza la apuesta europea por la armonización en las sucesiones transfronterizas”, *Rev. Crit. Der. Inm.*, n° 750, pp. 2017-2089, en especial pp. 2020-2021.

32 Vegeu B. Bourdelois, “Relations familiales internationales et *professio iuris*”, a l'obra col·lectiva (eds. L. D'Avout, D. Bureau i H. Muir-Watt *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit. Les relations privées internationales*, Paris, 2014, pp. 136-154.

33 Vegeu A. Bonomi, *op. cit.*, pp. 117-118.

més lliberal i individualista de la successió,<sup>34</sup> en d'altres paraules, més allunyada de la incidència que té la concepció continental de la família.

Una altra qüestió que val la pena remarcar per l'impacte que té sobre el sistema espanyol de Dret internacional privat és que, si bé el règim matrimonial i les conseqüències patrimonials de relacions comparables al matrimoni queden exclosos de l'àmbit material d'aplicació, els drets successoris del cònjuge i la parella sobrevivent resten compresos dins l'abast de la llei designada aplicable pel RS.<sup>35</sup> Aquest punt és rellevant ja que la remissió que efectua l'article 9.8 CC *in fine* a la llei designada aplicable als efectes del matrimoni en relació als drets que per ministeri de la llei s'atribueixin al cònjuge sobrevivent només perviu en supòsits interregionals,<sup>36</sup> no en successions transfrontereres.

### 2.3. Una lògica concatenada de pesos i contrapesos

La finalitat i l'àmbit del RS mostren que ens trobem davant d'una solució de compromís que es plasma en un joc de pesos i contrapesos per a procurar equilibrar una balança en la que s'hi aboquen múltiples

---

34 Aquest va ser un dels temes que va precipitar l'opting out de la delegació britànica, vegeu *supra* nota 29 i P. Matthews, en el memoràndum presentat a la House of Lords el desembre de 2009, que es pot consultar a <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200910/ldselect/ld/eucom/75/9112501.htm>; del mateix autor, «The Problem of Clawback and the EU draft Regulation on Succession», working paper no publicat. En qualsevol cas, tal com apunta J. Holliday, *Determining the law applicable to the claim for the clawback of inter vivos gifts from third parties*, (tèsi doctoral, University of Aberdeen 2018, pendent de publicació) caldria distingir entre les donacions efectuades en vida a tercers i les donacions efectuades en vida als que posteriorment seran hereus legítimaris (col·lació).

35 Les dificultats per a delimitar l'abast d'aquesta qüestió es posen de manifest en la STJUE d'1 de març de 2018, as. C-558/16, Mahnkopf, en relació al contingut del CSE. Vegeu el comentari de J.M. Fontanellas Morell, “Los derechos legales del cónyuge supérstite en los instrumentos europeos de Derecho internacional privado (1)”, *La Ley Unión Europea*, 2018, n° 61, 31/7/2018.

36 Vegeu, entre d'altres, P. Rodríguez Mateos, “La sucesión por causa de muerte en el Derecho de la Unión Europea”, *REEI*, p. 23; J. Carrascosa González, *El Reglamento Sucesorio Europeo El Reglamento Sucesorio Europeo...*, *op. cit.*, p. 176; I. Rodríguez-Uría Suárez, “La ley aplicable a las sucesiones *mortis causa* en el Reglamento (UE) 650/2012”, *InDret*, 2013, 2, p. 19. Igualment vegeu, Ginebra Molins, M. E., “Los derechos sucesorios que corresponden a la viuda: Derecho internacional privado e interregional”, *El reto del envejecimiento de la mujer. Propuestas jurídicas de futuro*, A. Cañizares Laso (Dir.), L. López de la Cruz y P. Saborido Sánchez (Coord.), Valencia: Tirant Lo Blanch, 2018, pp. 105-116.



interessos,<sup>37</sup> però no hem d'oblidar que la finalitat del RS en determina el contingut. La creació d'un sistema conflictual europeu en matèria de successions comporta optar per determinats principis estructurals, en detriment d'altres, i sobretot aportar una nova perspectiva, com ho és construir el RS amb la lliure circulació de persones en l'espai de llibertat, seguretat i justícia com a fonament de l'edifici. La tensió i els consegüents equilibris es manifesten en diferents àmbits. Així, per exemple:

La consideració patrimonial de la successió, adoptada per la seva vinculació amb el fonament jurídic per a l'habilitació competencial, no ha impedit tenir una concepció personalista de la successió per causa de mort en la que s'aposta per la unitat de la successió, tant des de la perspectiva de l'atribució de la competència judicial com des del punt de vista de la determinació de la llei aplicable, tal com es manifesta de forma expressa en l'article 4 RS o en l'article 10.1 RS, pel que fa a la competència judicial, o bé, pel que fa a la determinació de la llei aplicable, en l'article 21 RS.

En una lògica de construcció i consolidació europees s'imposa el principi d'unitat i d'universalitat front al principi escissionista, mantingut fins aleshores en alguns Estats membres, però aquesta lògica té una projecció que no es limita al conflicte de lleis, sinó que s'estén sobre el conflicte de jurisdiccions, de manera que s'obté una tendència a la correlació *forum/ius*,<sup>38</sup> objectiu que és benvingut per tots els Estats subjectes al RS. Així, en la conjugació de regles d'atribució de competència i de normes de conflicte per a determinar la llei aplicable, el RS pretén establir el principi d'una autoritat, un dret i aspira especialment a aconseguir el principi d'una autoritat, el seu *dret*. En aquest sentit, es busca, en tant que sigui possible, evitar que el RS comporti que les autoritats dels Estats membres vinculats pel mateix hagin d'aplicar un Dret estranger.

La incidència de la lliure circulació de persones es projecta sobre el criteri de la residència habitual, emprat amb caràcter general per a atribuir

---

37 Així, els interessos del causant, els interessos dels beneficiaris expectants, els interessos dels beneficiats, els diferents interessos i concepcions estatals o els interessos de la integració europea. L.F. Carrillo Pozo, "El Reglamento europeo 650/2012 ante el cambio de paradigma del Derecho de sucesiones", *BMDC*, 2018, núm. 151, en particular pp. 55-60, parla de la llibertat individual en contraposició als interessos públics.

38 La vinculació de la competència a la llei elegida aplicable es posa de manifest en l'atès 27.

competència i per a determinar la llei aplicable.<sup>39</sup> Així és, observi's que l'elecció de la llei de la nacionalitat tindrà sentit sobretot respecte d'aquells que tinguin la seva residència habitual en un Estat diferent al de la seva nacionalitat. Es podria dir així que, seguint una lògica estrictament intracomunitària, d'alguna manera es premia a aquells que han exercit la lliure circulació. No oblidem que aquesta elecció tindrà també, com veurem, un impacte sobre les regles d'atribució de competència. En aquest sentit, la residència habitual i la nacionalitat entren en una fructífera tensió per les oportunitats que poden desplegar en l'ordenació i planificació la successió.

La noció europea de tribunal i d'autoritat competent resta també exposada a la diversitat normativa. La intervenció de notaris, exercint o no funcions jurisdiccionals, suposa un repte que ha obligat a establir una noció pròpia i autònoma del que s'ha d'entendre per tribunal a la llum del RS.<sup>40</sup> Els Estats membres s'han hagut de pronunciar respecte a les autoritats i professionals del Dret que exerceixen funcions jurisdiccionals.<sup>41</sup> Cal tenir present que els notaris intervenen també com a autoritats davant

---

39 Vegeu A.L. Daví, "Introduction", (Eds. A.L. Calvo Caravaca, A. Daví, H.P. Mansel), *The EU Succession Regulation A Commentary*, Cambridge University Press, 2016, p. 51.

40 Vegeu l'art. 3.2 RS.

41 Vegeu art. 79 RS i la Información referente al Reglamento (UE) n° 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo on consta que Espanya notificava que entre les autoritats i professionals del Dret amb competència en matèria de successions, diferents de les autoritats judicials, definides en l'art. 3.2 hi figuren els notaris (informació accessible a <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=2ahUKewj9p4Tv6e3gAhVUuHEKHbwrBt8QFjABegQICRAC&url=http%3A%2F%2Ffe-justice.europa.eu%2FfileDownload.do%3Fid%3D6ea7e169-c456-45a0-a418-a5b41bbd4f88&usq=AOvVaw3D5bikQEDkle0bjwAI31Qv>). Vegeu les Conclusions de l'Advocat General de 28 de febrer de 2019, As. C-658/17, WB amb intervenció de Notariusz Przemysława Bac, on es planteja si els notaris autoritzants d'una escriptura de declaració d'hereus que té els efectes d'un acte judicial definitiu sobre l'adquisició de l'herència exerceixen una funció jurisdiccional. El cas és interessant perquè Polònia no havia notificat que els notaris despleguessin una funció jurisdiccional. L'AG proposa al TJUE que es pronunciï declarant que la falta de notificació efectuada per algun Estat membre no té caràcter definitiu, motiu pel qual analitza si l'autorització d'una escriptura d'herència pot ser qualificat com a resolució i si el notari exerceix funcions jurisdiccionals. Havent efectuat l'anàlisi, l'AG proposa al TJUE que no es consideri al notari polonès com a "tribunal", en el sentit de l'art. 3.2 RS, ja que la seva actuació deriva d'una base consensual cimentada en l'existència prèvia del consentiment de les parts interessades o d'un acord de voluntats entre les parts i que, a falta de consens, se mantenen intactes les prerrogatives del jutge. Caldrà comprovar quin serà el pronunciament del TJUE.

les quals se substancien successions per causa de mort i que, com a tals, poden quedar vinculats pel RS. Així per exemple estan subjectes a les regles de competència del RS en la mesura en que hagin d'expedir un CSE.

La introducció del CSE com a instrument que posseeix eficàcia extraterritorial automàtica —sense necessitat de que s'hagi d'iniciar cap procediment en els Estats membres subjectes al RS— constitueix el que podríem anomenar com la cirereta del pastís del Reglament. La virtut del CSE rau en que és un mitjà de prova, pel qual es presumeixen *iuris tantum* les dades que hi consten d'acord amb la llei aplicable a la successió. No es tracta, en conseqüència, d'un títol executiu, però sí d'un títol successori que té entrada en els Registres públics. El CSE facilita una tramitació ràpida, àgil i eficient de les successions amb repercussió transfronterera a la UE, ja que permet que els hereus, legataris, executors testamentaris o administradors de l'herència puguin provar fàcilment la seva qualitat com a tals o els seus drets o facultats en un altre Estat membre, particularment aquell en què estiguin situats els béns successoris. El legislador europeu, conscient de que estava regulant un document públic que gaudia de la condició de títol susceptible de ser inscrit<sup>42</sup> i que alteraria la legislació notarial i especialment registral

---

42 Seguint a V. Domínguez Calatayud, “Efectos del certificado sucesorio europeo; examen particular del certificado como título inscribible”, *Bitácora Millenium DIPr*, nº 2, (es pot consultar a <http://www.millenniumdipr.com/ba-32-efectos-del-certificado-sucesorio-europeo-examen-particular-del-certificado-como-titulo-inscribible>) la inscripció podrà ser directa quan d'acord amb la llei aplicable a la successió s'adquireixin quotes pels hereus en relació amb tots i cadascun dels béns hereditaris; en els supòsits d'hereu únic; en el supòsit de llegats de cosa que s'adquireixin automàticament pel legatari des de la mort del causant segons la llei successòria (vegeu la STJUE de 12 d'octubre de 2017, C-218/16, Aleksandra Kubicka, i el comentari de S. Álvarez González, “Legatum per vindicationem y Reglamento (UE) 650/2012”, *La Ley Unión Europea*, Nº 55, 31 de gener de 2018, pp. 1-20; E. Castellanos Ruiz, “Ámbito de aplicación de la lex successiois y su coordinación con la lex rei sitae-lex registrationis: a propósito de los legados vindicatorios”, *CDT*, 2018, 1, pp. 70-93; F.J. Carrascosa González, “Transmisión de la propiedad de los bienes hereditarios y reglamento sucesorio europeo”, *Revista Aranzadi de Derecho patrimonial*, nº 48, 2019); en el supòsit de pactes successoris en què constin incorporats al certificat totes les dades necessàries per a la pràctica de la inscripció o en els casos d'un testament directament particional vàlid segons la llei successòria. Per contra, la inscripció serà indirecta quan el CSE s'haurà d'acompanyar del document d'adjudicació dels béns hereditaris, com ara una partició judicial o una partició notarial que adjudiqui als hereus o legataris la propietat de béns concrets de l'herència o de parts indivises dels mateixos segons la llei successòria.

dels Estats subjectes al RS,<sup>43</sup> va preveure que el CSE no fos obligatori i va establir que no substituís als documents interns adoptats als Estats membres per a finalitats similars. No obstant això, com estableix l'article 62.3, un cop expedit per ser utilitzat en un altre Estat membre, el certificat produirà igualment els efectes que preveu el mateix Reglament en l'Estat membre de l'autoritat que l'hagi expedit. D'aquesta manera, s'adopta un instrument que redueix l'ús de l'acceptació i execució de documents públics nacionals en les successions transfrontereres.

### 3. COMPETÈNCIA INTERNACIONAL D'AUTORITATS

#### 3.1. Consideracions prèvies

La unificació que comporta el RS ha determinat que les regles de competència siguin exhaustives<sup>44</sup> i desplacin les normes internes de competència judicial internacional (LOPJ). En conseqüència, tota autoritat que intervé en una successió transfronterera en exercici de funcions jurisdiccionals queda sotmesa a les regles de competència del RS.<sup>45</sup> No obstant això, hem de tenir present que en matèria successòria sovint hi intervenen autoritats sense exercir funcions jurisdiccionals. Aquest és el cas dels notaris —com ara en l'atorgament d'un testament, quan duen a terme un assessorament o en la substanciació de la successió—,<sup>46</sup> cas en el qual haurem d'estar a les regles internes de competència,

---

43 En la legislació espanyola cal mencionar l'art. 14 LH, que incorpora al CSE com a un dels títols de la successió hereditària als efectes de la inscripció en el Registre de la Propietat. Cal tenir present però que la naturalesa dels drets objecte d'inscripció, el procediment registral, els requisits legals i els efectes dels assentaments registrals quedaran establerts per les legislacions nacionals ja que, d'acord amb l'art. 1.2.f) RS, es tracta de qüestions que estan excloses de l'àmbit d'aplicació del RS. En la legislació espanyola així queda establert en l'art. 58 de la Llei 29/2015 de Cooperació Jurídica internacional.

44 Així es desprèn de la pròpia sistemàtica del Capítol II del RS i s'explicita en l'atès 30 RS.

45 Per a una valoració de les regles de competència contingudes en el RS en termes d'eficiència, vegeu I. Lorente Martínez, "Competencia judicial internacional y sucesiones Internacionales. Costes de litigación y eficiencia económica", *CDT*, 2016, 1, pp. 334-342.

46 Vegeu A. Fernández-Tresguerres García, "La jurisdicción voluntaria notarial en el contexto del Reglamento (UE) n° 650/2012", *La jurisdicción voluntaria: Una apuesta por la eficacia*, coord. por A. Fernández de Buján Árbol, F.J. García Más, 2016, pp. 103-122.

en el cas espanyol a les regles establertes en la Ley del Notariado i el Reglamento Notarial.<sup>47</sup> Ara bé, si l'actuació del notari suposa l'exercici de funcions jurisdiccionals<sup>48</sup> o té com a propòsit l'expedició del CSE aleshores la seva intervenció estarà sotmesa a la competència prevista en el RS —respectivament, a totes les regles del Capítol II i als articles 4, 7, 10 o 11 RS per remissió de l'article 64.b RS.<sup>49</sup> Un punt controvertit que se suscita respecte a l'article 64 RS és si els criteris de competència als que es remet són d'atribució única i jeràrquica<sup>50</sup> o concurrent i

---

47 Presidits pel principi de lliure elecció. Vegeu l'atès 29 RS.

48 Espanya va comunicar, d'acord amb l'art. 79 RS, a la Comissió que els notaris espanyols, quan actuen investits de competència jurisdiccional, han de ser inclosos en el concepte de Tribunal previst en l'art. 3.2 RS (vegeu *supra* nota 38), però no ha determinat en quins expedients desplega aquesta funció jurisdiccional. No obstant això, la doctrina es pràcticament unànime respecte a la declaració d'hereus abintestat, entre altres vegeu A. Fernández-Tresguerres García, "Aplicación notarial del reglamento comunitario sobre sucesiones *mortis causa*", *Escritura Pública*, 2012, 77, pp. 40-41; P. Blanco-Morales Limones, "La competencia internacional en el Reglamento sucesorio europeo", *La Ley*, 4913, 2015, III.1 i 2; I. Espiñeira Soto, "Competencia internacional del Notariado Español en expedientes de jurisdicción voluntaria al hilo de una STJUE", 9-7-2018 (consultado en <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/otros-temas/competencia-internacional-del-notariado-espanol-en-expedientes-de-jurisdiccion-voluntaria-al-hilo-de-una-stjue/>). o J. Fugardo Estivill, *La declaración de herederos abintestato en la jurisdicción voluntaria, Sucesiones internas y transfronterizas*, Bosch Editor, Barcelona 2016, pp. 202-206. En aquest cas doncs no correspon determinar la competència internacional dels notaris espanyols d'acord amb les normes de competència territorial interna previstes en l'art. 55.1 LN ja que s'han d'aplicar els arts. 4 i ss. del RS, en aquest sentit M<sup>3</sup>A. Fernández Egea, *La jurisdicción voluntaria notarial en el ámbito sucesorio*, Madrid, 2016, pp. 73-74.

49 Vegeu la STJUE de 21 de juny de 2018, as. C-20/17, *Oberle* (ECLI:EU:C:2018:485), sense que pugui jugar el principi de lliure elecció, fins i tot malgrat que el notari no exerceixi una funció jurisdiccional (amb anterioritat a la data de la STJUE, contraris a aquesta posició J. Carrascosa González, "Reglamento sucesorio europeo y actividad notarial", *CDT*, 2014, 1, p. 42; A. Fernández-Tresguerres García, "La jurisdicción voluntaria notarial en el contexto del Reglamento (UE) ° 650/2012", en *La jurisdicción voluntaria. Una apuesta por la eficacia*, coord. A. Fernández de Buján y Fernández y F.J. García Más, Dykinson, Madrid, 2016, p. 114 y ss.; J. Gómez-Riesco Taberero de Paz, "Disposición final segunda en cuanto incorpora la Disposición final vigésima sexta de la LEC. Implementación del reglamento (UE) 650/2012: apartado 14", en *Comentario a la Ley 29/2015 de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil*, coord. A. Fernández-Tresguerres García, Wolters Kluwer, Barcelona, 2017, p. 759 y ss.).

50 Vegeu I. Calvo Vidal, *El certificado sucesorio europeo*, La Ley, 2015, p. 110; C. Jiménez Gallego, *Un comentario notarial. El Reglamento Sucesorio Europeo*, CGN, Madrid, 2016, pp. 102-104 o A. Font i Segura, "Competencia para expedir el certificado sucesorio europeo en el auto de la AP de Barcelona de 5 de julio de 2018", *Crónica de Derecho internacional privado*, coord. V. Cuartero Rubio, *REEL*, 2018, 36, pp. 24-30.

alternativa.<sup>51</sup> El TJUE no s'hi ha pronunciat, però es podria inferir del cas *Oberle* que l'article 64 RS preveu una prelación jeràrquica en els criteris de competència als que es remet.<sup>52</sup>

Una altra consideració que cal tenir en compte és que els criteris de competència internacional establerts en el RS són aplicables per a tots els actes que s'hagin d'adoptar per a regular la successió en el marc d'un procediment contenciós o de jurisdicció voluntària.<sup>53</sup>

L'ordenació de la competència judicial internacional ve presidida pel principi d'unitat i universalitat. Per aquest motiu, com a regla general, l'abast de la competència atribuïda és per a pronunciar-se sobre la totalitat de la successió, tant si es tracta de béns situats en el territori del RS com si no. Aquesta afirmació es pot mantenir de forma contundent en relació al criteri general de la residència habitual (art. 4 RS) i, de forma més limitada, en relació al criteri del lloc de situació dels béns de l'herència (art. 10.1 RS). El principi d'universalitat té aquí una traducció immediata en l'atribució de competència. Ara bé, cal apuntar que, de conformitat amb l'article 12 RS, l'atribució per a la totalitat de la successió es pot veure temperada en aquells casos en que el patrimoni del causant estigüés situat també en tercers Estats, facultant, a instància d'una de les parts, al jutge competent en virtut del RS a no pronunciar-se sobre la successió d'un o més béns situats en un tercer Estat. Aquesta previsió aporta un component pragmàtic al principi d'universalitat en rebaixar l'aspiració a comprendre la totalitat de la successió dins la competència atribuïda. En efecte, amb caràcter general, el coneixement de la totalitat de la successió es pot veure reduït a fi de garantir l'eficàcia en un tercer Estat de la resolució adoptada

---

51 Vegeu J. Carrasosa González, "Reglamento sucesorio europeo y actividad notarial", *CDT*, 2014, 1, pp. 41-42 que s'inclina per la tesis de la competència concurrent, igualment P. Blanco-Morales Limones, "La competencia internacional en el Reglamento sucesorio europeo", *La Ley*, 4913, 2015, III.3.B.

52 Vegeu els arguments d'A. Font i Segura, "Competencia para expedir el certificado sucesorio europeo en el auto de la AP de Barcelona de 5 de julio de 2018", *Crónica de Derecho internacional privado*, coord. V. Cuartero Rubio, *REEI*, 2018, 36, pp. 26-27.

53 Vegeu P. de Miguel Asensio, "Ley de la Jurisdicción voluntaria y Derecho internacional privado", *Nuevos modelos de gestión del Derecho privado: Jurisdicción voluntaria*, Pamplona, 2016, p. 168, amb caràcter general, pp. 180-181, en relació al RS. L'ampli abast del RS, comprenent tant l'atribució de competència per a la jurisdicció voluntària com per a la contenciós, ha estat confirmat pel TJUE de 21 de juny de 2018, as. C-20/17, *Oberle*.

en un Estat subjecte al RS.<sup>54</sup> El principi d'universalitat pot desplegar tot el seu vigor en successions intracomunitàries, però es veu amputat en successions extracomunitàries, on es mostren els límits del seu abast.<sup>55</sup> D'altra banda, el RS no explicita l'abast universal de la competència en els supòsits en que hi ha hagut elecció de fòrum, el motiu rau possiblement en el fet que l'acord pot tenir per objecte una qüestió particular de la successió sense abastar la totalitat de la successió.<sup>56</sup>

### **3.2. Regla general: residència habitual en un Estat membre subjecte al RS**

La competència general es determina en funció de la residència habitual del causant en el moment de morir, cercant una clara correspondència entre l'article 4 i l'article 21 RS on s'estableix el criteri general per a determinar la llei aplicable. Es considera que aquesta jurisdicció és la que està més qualificada territorialment en ser el lloc on el causant desplegava de forma preponderant la seva activitat vital amb anterioritat a la defunció. El criteri de la residència habitual no és nou en el sistema espanyol de competència judicial internacional,<sup>57</sup> però el que comporta un gir en el sistema espanyol de Dret internacional privat és que la residència habitual és al mateix temps la connexió prevista per a determinar la llei aplicable a la successió d'acord amb l'article 21 RS, en defecte d'elecció. El impacte de la residència habitual és, en conseqüència doble, ja que determina l'autoritat competent i alhora estableix la llei rectora de la successió. La noció de residència habitual no varia en funció de l'àmbit en el qual desplega la seva funció, ja sigui com a criteri de competència, ja sigui

---

54 Especialment quan es tracta de béns immobles situats en tercers Estats que contemplen una competència exclusiva als seus tribunals respecte dels béns immobles situats en el seu territori, la qual cosa impediria el reconeixement i execució d'una resolució adoptada en una altra jurisdicció, la d'un Estat membre subjecte al RS als efectes que ens interessa. Vegeu A. Bonomi, *op. cit.*, p. 199.

55 Vegeu L.F. Carrillo Pozo, "El Reglamento europeo 650/2012 ante el cambio de paradigma del Derecho de sucesiones", BMD, 2018, núm. 151, pp. 51-83, explorant aquestes limitacions.

56 Com s'ha apuntat, vegeu A. Bonomi, *op. cit.*, p. 169, l'atès 28 conté l'expressió "en funció de la cuestión objeto del acuerdo" que permetria limitar l'abast de l'acord per la voluntat de les parts. En aquest sentit, caldria considerar l'opció de que l'acord es limités al pronunciament que hagués d'efectuar el tribunal en relació a determinats béns de l'herència i no al conjunt dels béns de la mateixa.

57 Com recorda R. Arenas García, *op. cit.*, p. 20.

com a punt de connexió per a establir la llei aplicable.<sup>58</sup> Es tracta d'un criteri raonable que expressa la vinculació entre el finat i l'ordenament jurídic en el que es presumeix que es troba el seu centre de vida, tant des d'un punt de vista personal, com professional i patrimonial. En principi no hauria de resultar complicat determinar on té la residència habitual una persona. Això no obstant, la dificultat de la residència habitual deriva de la manca d'estabilitat que té aquest criteri front a la nacionalitat.<sup>59</sup> Òbviament el principal problema rau en els criteris per portar a terme la seva determinació, malgrat que el TJUE ja ha donat algunes pautes en pronunciar-se en la interpretació del Reglament 2201/2003, Brussel·les II bis).<sup>60</sup> Conscient del caràcter conflictiu d'aquesta qüestió, el legislador europeu dedica dos importants atesos en el RS destinats a proporcionar pautes homogènies per a un criteri que ha de ser uniformement aplicat.<sup>61</sup>

---

58 Per aquest motiu les consideracions efectuades aquí en relació al contingut de la noció i als criteris de determinació són extensibles a l'apartat relatiu a la residència habitual com a connexió per a determinar la llei aplicable que es considera posteriorment, vegeu *infra* epígraf 4.2, on s'apunten consideracions que també són aplicables a aquest apartat.

59 Vegeu J. Carrascosa González, "Reglamento sucesorio europeo y residencia habitual del causante", CDT, 2016, Vol. 8, 1, pp. 47-75.

60 Tot i que els criteris emprats en la jurisprudència del TJUE (així per exemple, STJUE de 17 d'octubre de 2018, as. C-393/18 PPU, UD contra XB; Interlocutòria del TJUE, de 10 d'abril de 2018, as. C-85/18 PPU, CV contra DU; STJUE de 28 de juny de 2018, as. C-512/17, Procediment incoat per HR; STJUE de 8 de juny de 2017, as. C-111/17 PPU, OL contra PQ; STJUE de 22 de desembre de 2010, as. C-497/10 PPU, Mercedi i la STJ de 2 d'abril de 2009, as. C-523/07, A) no poden ser directament projectats a l'aplicació del RS ja que els elements per configurar la residència habitual d'un menor no sempre són adients per a la concreció de la residència habitual del causant.

61 "(23) Habida cuenta de la creciente movilidad de los ciudadanos y con el fin de asegurar la correcta administración de justicia en la Unión y de garantizar que exista un nexo real entre la sucesión y el Estado miembro en que se ejerce la competencia, el presente Reglamento debe establecer como nexo general, a efectos de la determinación tanto de la competencia como de la ley aplicable, la residencia habitual del causante en el momento del fallecimiento. Con el fin de determinar la residencia habitual, la autoridad que sustancie la sucesión debe proceder a una evaluación general de las circunstancias de la vida del causante durante los años precedentes a su fallecimiento y en el momento del mismo, tomando en consideración todos los hechos pertinentes, en particular la duración y la regularidad de la presencia del causante en el Estado de que se trate, así como las condiciones y los motivos de dicha presencia. La residencia habitual así determinada debería revelar un vínculo estrecho y estable con el Estado de que se trate teniendo en cuenta los objetivos específicos del presente Reglamento". Vegeu també l'atès 24 preveient que "En algunos casos, determinar la residencia habitual del causante puede revelarse complejo. Tal sería el caso, en particular, cuando por motivos profesionales o económicos el causante hubiese trasladado su domicilio a otro país para trabajar en él, a veces por un período prolongado, pero hubiera mantenido



Ara bé, cal afegir que aquest escull s'accentua encara més si tenim present que es tracta de determinar la residència habitual d'una persona ja finada. En efecte, en aquestes circumstàncies resulta més difícil establir la residència habitual, però el que potser és més preocupant és que aquesta determinació pugui provenir de dades que proporcionin de forma interessada alguna de les parts que compareguin davant l'autoritat eventualment competent. D'aquesta manera, el risc que hi hagi una determinació que no sigui prou acurada —o, fins i tot, un error— pot ser menor, però no completament ineludible. Per consegüent, en concretar l'autoritat competent, la determinació de la residència habitual pot ser objecte de manipulació o alteració maliciosa, portant a un frau de llei donada la vinculació amb el dret aplicable.

La concreció de la residència habitual del causant en el moment de la seva mort és indefugible per a establir la competència judicial, malgrat que cal admetre que no té tanta transcendència si la competència deriva d'un acord entre les parts. Si no hi ha un acord d'elecció de for,<sup>62</sup> la determinació de la residència habitual és crucial ja que si el causant residia habitualment en un Estat subjecte al RS no podrà conèixer cap altre tribunal d'un Estat subjecte al RS. La mera residència habitual del causant en el moment de la defunció en un Estat subjecte al RS és suficient, sense consideració del temps que hi porti residint, de la nacionalitat posseïda pel causant, del lloc de situació dels béns o de qualsevol altre element o circumstància que expressi una major proximitat amb una altra jurisdicció d'un altre Estat subjecte al RS. Així, cal apuntar que aquest criteri de competència no sempre s'adiu amb el principi de proximitat i immediatesa que ha de presidir l'atribució de la competència judicial

---

un vínculo estrecho y estable con su Estado de origen. En tal caso, dependiendo de las circunstancias, podría considerarse que el causante tenía su residencia habitual en su Estado de origen, en el que estaba situado el centro de interés de su familia y su vida social. También podrían suscitarse otras situaciones complejas cuando el causante haya residido en diversos Estados alternativamente o viajado de un Estado a otro sin residir permanentemente en ninguno de ellos. Si el causante fuera nacional de uno de dichos Estados o tuviera sus principales bienes en uno de ellos, la nacionalidad de aquel o la localización de dichos bienes podrían constituir un factor especial en la evaluación general de todas las circunstancias objetivas”.

62 Com veurem, l'elecció de for només és possible si el causant ha escollit la llei nacional com a llei rectora de la successió i només si aquesta nacionalitat és la d'un Estat subjecte al RS.

internacional<sup>63</sup> ja que és possible que es tracti d'un Estat membre en el que s'hi hagi tingut una residència habitual molt breu, però suficient per adjudicar la competència, o bé una residència habitual "incompleta", en la mesura en que també es resideix en un altre país en el transcurs de l'any, o bé que hi hagin elements rellevants que vinculin aquella successió i aquell causant amb una altra jurisdicció, per bé que siguin insuficients per considerar que el causant hi tenia la residència habitual. No hi ha una clàusula d'escapament, com en l'àmbit del dret aplicable, que permeti exceptuar la competència atribuïda en virtut de l'article 4. Aquest és un dels supòsits en que hi pot haver una dissociació entre l'autoritat competent i el dret rector de la successió.

Ara bé, si el causant havia elegit la llei d'un Estat subjecte al RS, per posseir-ne la nacionalitat, sigui en el moment de l'elecció, sigui en morir, el tribunal de l'Estat subjecte al RS de la residència habitual del causant es pot abstenir a instància d'una de les parts en el procediment, si considera que els tribunals de l'Estat membre subjecte al RS la llei del qual va ser escollida pel causant estan en millor situació per a pronunciar-se sobre la successió. En aquest cas, el tribunal haurà de tenir en compte circumstàncies pràctiques de la successió, com ara la residència habitual de les parts i la ubicació dels béns, per a prendre aquesta decisió.<sup>64</sup> L'article 6.a) concedeix així un marge d'apreciació i discrecionalitat, molt pròxim a la figura del *forum non conveniens* que d'alguna manera ja havia estat incorporat en l'article 15 del Reglament 2201/2003,<sup>65</sup> que pot actuar com a contrapès a la residència habitual per aquells supòsits en que aquest criteri no expressi una proximitat suficient. No hem d'oblidar però, que la remissió prevista en l'article 6.a) només podrà jugar si concorren dues circumstàncies. Primer, s'ha d'haver efectuat una elecció de llei per part del causant i, segon, aquesta llei ha de ser la d'un Estat subjecte al RS.

---

63 El propi atès 23 *in fine* afirma que "La residencia habitual así determinada debería revelar un vínculo estrecho y estable con el Estado de que se trate teniendo en cuenta los objetivos específicos del presente Reglamento".

64 S'ha apuntat que la dificultat en l'aplicació de la llei estrangera així com la complexitat que deriva de la íntima connexió entre les regles processals i les regles substantives prevista en la llei estrangera elegida pel causant, justificarien també l'abstenció en favor de la jurisdicció de l'Estat membre subjecte al RS la llei del qual va ser elegida pel causant, vegeu A. Bonomi, *op. cit.*, pp. 173-174.

65 Vegeu SJUE de 4 d'octubre de 2018, as. C-478/17, IQ contra JP, en la que el TJUE conclou que no procedia l'aplicació d'aquest criteri de competència.

### 3.3. L'elecció de fòrum

L'elecció de fòrum s'adopta en benefici de la correlació fòrum / *ius* (autoritat competent / llei aplicable) present en el RS,<sup>66</sup> altrament dit en benefici de les autoritats competents, però cal observar que s'adopta també en interès dels beneficiats. Oberta la successió, els interessos que prevalen, després del compliment de la voluntat del causant, són els dels successors i parts directament interessades. Són ells qui escullen el tribunal competent, no el causant. En aquest sentit, l'article 5 RS determina que “les parts interessades”, si el causant va elegir la llei de la seva nacionalitat com a llei rectora de la seva successió i sempre que aquesta sigui la nacionalitat d'un Estat membre subjecte al RS,<sup>67</sup> puguin sotmetre's als tribunals de l'Estat membre la llei del qual ha estat elegida. S'obre la porta a que les parts interessades puguin considerar més convenient que els tribunals que hagin de conèixer no siguin els de la residència habitual del causant en el moment de morir, sinó els de l'Estat membre la llei del qual va ser elegida pel causant. La coincidència del fòrum elegit per les parts interessades amb la llei de la nacionalitat elegida pel causant permet parlar del fòrum de la nacionalitat.<sup>68</sup>

L'elecció es pot donar amb independència de que el causant hagués tingut la seva residència habitual en un Estat membre subjecte al RS en el moment de la defunció. El que resulta determinant és que el causant hagués elegit la llei de la seva nacionalitat, sigui en el moment de l'elecció, sigui en el moment de la defunció, i que aquesta fos la d'un Estat subjecte al RS. Si es donen aquestes circumstàncies les parts interessades podran elegir un tribunal de la jurisdicció, o els tribunals de la jurisdicció, del país corresponent a llei elegida. El conveni atributiu de competència està limitat, per tant, no només perquè la submissió ha de ser a la jurisdicció d'un Estat membre la llei del qual va ser elegida

---

66 Vegeu els atesos 27 i 28.

67 Si s'hagués escollit una llei d'un Estat membre no subjecte al RS o d'un Estat no membre s'ha apuntat la possibilitat d'efectuar una interpretació que permetés acceptar acords de competència en favor d'aquella jurisdicció, vegeu F. Marongiu Buonaiuti, “The EU Successions Regulation and Third Country Courts”, JPIL, 2016, 12, n° 3, pp. 545-565; contemplant també aquesta opció, per bé que refusant la possibilitat que desplegui efectes en el marc normatiu del RS, vegeu R. Arenas García, *op. cit.*, p. 25.

68 En aquest sentit, P. Blanco-Morales Limones, “La competencia internacional en el Reglamento sucesorio europeo”, *La Ley*, 4913, 2015, I.2.

pel causant, sinó perquè només les “parts interessades” poden efectuar l’elecció.<sup>69</sup>

La determinació de “les parts interessades” és un punt que pot generar dubtes. Si ho comparem amb les persones que poden sol·licitar l’expedició del CSE,<sup>70</sup> es pot comprovar la vaguetat de l’article 5 RS. En qualsevol cas, semblaria que s’ha de tractar de parts directament interessades en la successió en qualitat de beneficiaris o presumptes beneficiaris de la mateixa.<sup>71</sup> La referència genèrica es deu bàsicament a dues consideracions de caràcter processal. En primer lloc, l’objecte de l’acord hi té una incidència evident, ja que si es tracta d’una qüestió específica de la successió podria no afectar als drets de les altres parts interessades en la successió —una controvèrsia relativa al lliurament d’un llegat, per exemple—. En segon lloc, la diversitat de tractament en els drets processals nacionals pel que fa a la condició de part processal dels afectats per la successió pot tenir-hi un impacte manifest. Així es pot constatar en aquells Drets processals nacionals que estableixin l’existència de litisconsorci<sup>72</sup> necessari en funció de si es té la qualitat d’hereu o no.<sup>73</sup>

L’acord relatiu a l’elecció del fòrum haurà de constar per escrit, amb expressió de la data, i haurà de ser signat per les parts interessades. Els

---

69 Malgrat que en l’art. 22 RS es prevegi una *professio iuri*, no es preveu en canvi una *professio fori*. L’elecció de llei efectuada pel causant no determina automàticament una elecció de fòrum, només la possibilitat, sempre que les parts interessades així ho escullen o que, a instància de part, el tribunal competent consideri que els tribunals de l’Estat membre subjecte al RS la llei del qual va ser escollida estan més ben emplaçats per a pronunciar-se de la successió.

70 En l’article 65 es precisa que serà a instància de les persones esmentades en l’article 63 RSE, això és, a instància dels hereus, legataris que tinguin drets directes sobre l’herència i executors testamentaris o administradors de l’herència.

71 Per bé que això mateix genera dubtes ja que hi ha controvèrsia respecte a si els creditors de la successió poden considerar-se “parts interessades” per a fonamentar-se en els acords d’elecció de fòrum per fer valer els seus drets de crèdit. Vegeu contraris a aquesta posició, A. Bonomi, *op. cit.*, p. 148 i pp. 166-167, basant-se en que la naturalesa de la relació entre el creditor i els hereus, en la mesura en que per aquesta condició siguin responsables dels deutes, no és de tipus successòria.

72 Vegeu A. Bonomi, *op. cit.*, p. 166.

73 Aquesta és una qüestió vinculada a la legitimació i, per tant determinada, per la llei designada aplicable per a regir la successió. Es tracta doncs d’una qualificació substantiva, ja que és en la regulació material de les situacions o relacions jurídiques que es preveu la necessària concurrència de determinades persones al procés. És la natura de la relació la que determina la participació de les persones en el procés.

requisits exigits expressen una rigidesa formal força pronunciada que és present també en d'altres Reglaments europeus.<sup>74</sup> Es considerarà feta per escrit tota comunicació efectuada per mitjans electrònics que proporcioni un registre durador de l'acord. Tenint present la rigidesa apuntada hi hauria de constar la firma electrònica per garantir que hi ha un consentiment. L'acord es podrà fer valer per a determinar la competència d'un tribunal o jurisdicció davant del qual s'ha de iniciar el procediment, per a impugnar la competència d'un tribunal davant del qual s'ha iniciat el procediment o bé per atribuir la competència una vegada s'ha iniciat el procediment,<sup>75</sup> tal com es desprèn de l'article 7 RS.

El caràcter de l'atribució prevista en l'acord és exclusiu, impeding que qualsevol altra jurisdicció d'un altre Estat membre subjecte al RS sigui competent, en la mesura en que concorrin tots els requisits per a la seva validesa. En efecte, l'article 5 RS estableix la previsió d'un acord d'atribució de "competència exclusiva". La naturalesa exclusiva de l'acord es preserva igualment mitjançant l'article 6.b que imposa l'abstenció del tribunal que hauria de conèixer en virtut de l'article 4 (residència habitual) o de l'article 10 (lloc de situació dels béns) quan les parts en el procediment hagin acordat, de conformitat amb l'article 5 RS, la competència d'un tribunal o dels tribunals de l'Estat membre la llei del qual va ser elegida pel causant.

L'eficàcia de l'acord es limita a aquells que l'han subscrit i es desplega, per tant, només en aquells procediments en que les parts processals siguin també part en l'acord. Si alguna part en el procediment no ha acordat la pròrroga i compareix sense oposar-s'hi s'obre la porta a la submissió tàcita de conformitat amb l'article 9. Per tant, sense acord atributiu de competència no pot jugar la submissió tàcita. Si, per contra, durant el procediment iniciat davant del tribunal o jurisdicció elegit per les parts interessades, les parts en el procediment que no han

---

74 Vegeu art. 23.1 Reglament (UE) 2016/1103 en matèria de règims econòmics matrimonials i art. 7.2 Reglament (UE) 2016/1104 en matèria d'efectes patrimonials de les unions registrades; en menor mesura, vegeu l'art. 4.2 del Reglament (CE) 4/2009 en matèria d'aliments. Observi's que es tracta en tots tres casos de Reglaments vinculats a matèries del Dret de família.

75 Aquest darrer supòsit, previst en l'art. 7.c, no és un cas de submissió tàcita, no n'hi ha prou amb la mera compareixença sense impugnar la competència. Resulta necessari una admissió expressa de totes les parts de la competència del tribunal, per bé que cal puntualitzar que no es tracta pròpiament d'un acord d'elecció de fòrum al que se li imposin els requisits i formalitats establerts el l'art. 5.2 RS.

estat parts en l'acord d'elecció del tribunal, compareixen i impugnen la competència en el moment oportú fixat pel Dret processal del fòrum, el tribunal s'abstindrà de conèixer en favor dels tribunals de la residència habitual del causant en el moment de morir, d'acord amb l'article 4 RS, o, en el seu defecte, en favor dels tribunals del lloc de situació dels béns de l'herència, en virtut de l'article 10 RS. En qualsevol cas, tal com es desprèn de la interpretació conjunta dels articles 9 i 15 RS, només hi haurà un control d'ofici de la competència si alguna de les parts, que no era part en l'acord d'elecció de fòrum, no compareix perquè aleshores no hi ha ni submissió tàcita ni impugnació i el tribunal ha de controlar d'ofici la seva competència.<sup>76</sup>

### 3.4. El lloc de situació dels béns

El lloc de situació dels béns de l'herència, o una part dels béns de l'herència,<sup>77</sup> és el criteri que subsidiàriament permet atribuir competència a la jurisdicció d'un Estat membre subjecte al RS. L'article 10 RS preveu una atribució residual de competència a la jurisdicció d'un Estat membre subjecte al RS quan el causant no tenia la seva residència habitual en un Estat membre en el moment de la defunció i no hi ha hagut submissió expressa o tàcita, en cas que el causant hagués escollit com a llei aplicable la llei de la nacionalitat corresponent a un Estat membre.

La referència a béns de l'herència com a criteri d'atribució obliga a considerar què s'ha d'entendre per bé de l'herència. En aquest sentit, s'hauria d'entendre com a bé de l'herència tot allò que forma part de l'actiu de l'herència, comprnent-hi béns mobles i immobles, així com béns immaterials, com la titularitat de crèdits o comptes bancaris o de drets de propietat intel·lectual.<sup>78</sup>

---

<sup>76</sup> Vegeu A. Bonomi, *op. cit.*, p. 214-215; igualment R. Arenas García, *op. cit.*, pp. 34-35.

<sup>77</sup> Com ha apuntat M. Álvarez Torné, *La autoridad competente en materia de sucesiones internacionales*, Barcelona, 2013, p. 178, la versió en llengua castellana del RS parla de "los bienes de la herencia", però altres versions lingüístiques com l'alemanya, l'anglesa, la francesa o la italiana de la presència de béns de l'herència, expressió general que indicaria que n'hi ha prou que hi hagi part dels béns de l'herència en una jurisdicció d'un Estat subjecte al RS com perquè se li atribueixi subsidiàriament la competència.

<sup>78</sup> Per tots vegeu A. Bonomi, *op. cit.*, p. 189, seguint una interpretació àmplia del que s'ha d'entendre per bé de l'herència. Per contra, R. Arenas García, *op. cit.*, p. 23, segueix una interpretació restrictiva de la noció de béns i exclou els comptes bancaris.

La disposició conté una sola regla d'atribució de competència basada en el lloc de situació de béns de l'herència. Això no obstant, l'atribució es veu modulada en funció de dues situacions que expressen una diferent intensitat en la vinculació que tenia el causant amb l'Estat membre en el que estiguin situats béns de l'herència. El grau de vinculació determina l'abast de la competència atribuïda. Així, si hi ha una vinculació suficient l'abast de la competència s'estén sobre la totalitat de la successió. En cas contrari, si la vinculació és menor, l'abast de la competència queda reduïda als béns situats el territori de la jurisdicció competent. El legislador europeu és conscient de que l'abast i eficàcia de les resolucions adoptades pot quedar esquarterada. Constatant els límits front a tercers Estats del principi d'unitat i universalitat de la successió, en atenció als límits que tindria l'eficàcia a un tercer Estat de la resolució adoptada en un Estat membre, el legislador europeu estipula una regla que restringeix la competència als béns situats en el territori de la jurisdicció competent d'acord amb el RS.

Així, en la situació contemplada en el 1er apartat de l'article 10 RS, es considera que hi ha una vinculació suficient com per atribuir competència sobre la totalitat de la successió als tribunals de l'Estat membre subjecte al RS en que es trobin béns de l'herència si el causant posseïa la nacionalitat d'aquell Estat membre en el moment de morir<sup>79</sup> o, en el seu defecte, si el causant hagués tingut, prèviament a la seva defunció, la seva residència habitual en aquell Estat membre sempre que no hagin transcorregut més de 5 anys des del canvi de residència a comptar des del moment en que se sotmet l'assumpte davant del tribunal. D'aquesta manera, el criteri del lloc de situació dels béns es reforça amb un factor personal, la nacionalitat o la residència habitual, que permet atribuir la competència sobre la totalitat de la successió sense que el fòrum es pugui titllar d'exorbitant, cosa que dificultaria el reconeixement de les resolucions en un tercer Estat.

El problema que pot generar aquest criteri deriva de la potencial multiplicitat de tribunals competents. En efecte, com que es confereix competència en funció del lloc de situació dels béns de l'herència o de part dels béns de l'herència i a més a més no es determina si el valor dels béns té entitat alhora d'atribuir la competència, pot passar que

---

<sup>79</sup> Tinguem present però que no hi va haver *professio iuris* i, per tant, l'elecció de fòrum és impossible que es pugui donar.

es donin conflictes de competència positius en el sí de la UE quan el causant tenia béns repartits en Estats membres amb els que tenia alguna de les vinculacions previstes en l'article 10. Així es pot donar el cas d'un causant que mori ostentant la nacionalitat de dos Estats membres diferents, A i B, posseint béns en aquests dos Estats i residint de manera habitual en un tercer Estat. Es pot donar també el cas d'un causant que mori havent residit en dos Estats membres diferents, A i B, dins del termini de 5 anys previst en la disposició, abans d'establir la seva darrera residència habitual en un tercer Estat. La situació suscitaria la competència d'ambdues jurisdiccions, A i B, sobre la base de l'article 10.1 RS, que tindrien competència sobre la totalitat de la successió. Aquesta situació podria generar una cursa entre les parts interessades per iniciar el procediment en aquell Estat membre que donés millor satisfacció a les pretensions d'una o altra part. Ara bé, una eventual duplicitat de procediments s'evitaria amb l'excepció de litispèndència, article 17 RS, o l'excepció de connexitat, article 18 RS, que resoldríen la multiplicació de fòrums de competència amb la regla de la prioritat temporal. Val a dir també que, en principi, ambdues jurisdiccions aplicarien el mateix Dret en estar subjectes a les normes de conflicte per a determinar la llei aplicable contingudes en el RS de manera que tant si coneix una com l'altra, en principi, el resultat de la resolució seria el mateix. Això no obstant, un recurs més o menys ampli de l'ordre públic, si escau, podria fer variar el resultat de la resolució.<sup>80</sup> Aquesta seria però, una situació més aviat excepcional o aïllada. Per contra, podria tenir més entitat que el resultat de la resolució variés en funció del tracte processal del Dret estranger, determinant, per exemple, que en la jurisdicció A s'apliqués el Dret designat pel RS i, en canvi, en la jurisdicció B s'acabés aplicant la llei del fòrum en lloc de la llei que corresponia aplicar d'acord amb el RS.

Si no es donen els requisits de vinculació establerts en el 1er apartat de l'article 10 RS, en virtut de l'apartat 2on s'atribueix competència a la jurisdicció de l'Estat membre subjecte al RS per la sola presència de béns de l'herència en el seu territori i sempre que cap altra jurisdicció d'un Estat membre subjecte al RS sigui competent conforme a l'apartat 1er. En aquest segon supòsit, com ja s'ha dit, la jurisdicció de l'Estat membre subjecte al RS en el que es trobin béns de l'herència només podrà conèixer respecte la successió dels béns situats en el seu territori.

---

80 Com indica A. Bonomi, *op. cit.*, p. 191.



En aquest cas no es creen conflictes de competència positius en el sí de la UE, ja que, si bé és veritat que poden conèixer diferents jurisdiccions de diferents Estats membres, cadascuna de les jurisdiccions eventualment competents només podrà pronunciar-se respecte dels béns que estiguin situats en el si del seu territori i, d'altra banda, la llei aplicable hauria de ser la mateixa donat que la subjecció al RS comporta que la llei rectora de la successió s'establirà en totes les jurisdiccions en aplicació del RS. Certament, el tractament processal del Dret estranger també pot condicionar la solució adoptada, però en aquest cas només té un impacte limitat ja que la resolució adoptada se circumscriu als béns situats en el territori de la jurisdicció competent, de manera que en cap cas no es pot suscitar una cursa de procediments. Ara bé, el principal inconvenient d'aquest criteri és que pot estimular comportaments fraudulents mitjançant el trasllat de béns mobles per evitar que conegui una jurisdicció d'un Estat no membre i apliqui una llei no desitjada.

No està de més observar que l'aplicació d'aquest criteri de competència, tant en la formulació del 1er apartat com en el del 2on, gairebé sempre es procedirà a l'aplicació d'un Dret estranger, llevat que pugui aplicar-se la clàusula d'escapatori, de manera que és difícil que hi hagi una correlació *forum i ius*.

### **3.5. *Forum necessitatis***

Finalment, l'article 11 preveu un fòrum de tancament establint que subsidiàriament podran tenir competència els tribunals d'un Estat membre quan no es pogués iniciar o desenvolupar el procés en un tercer Estat i no s'hagi atribuït competència a la jurisdicció de cap altre Estat membre. Aquesta atribució serà excepcional i només s'obtindrà si l'assumpte presenta una vinculació suficient amb el tribunal de l'Estat membre que es considera competent.

## 4. DETERMINACIÓ DE LA LLEI APLICABLE

### 4.1. Consideracions prèvies i plantejament normatiu

El RS s'aplica exclusivament a les successions transfrontereres<sup>81</sup> desplaçant les normes de conflicte nacionals —en el nostre cas, l'article 9.8 CC—, com a conseqüència del caràcter universal del RS en relació a la determinació de la llei aplicable.<sup>82</sup> Totes les autoritats dels Estats membres subjectes al RS determinaran per igual la llei aplicable a la totalitat de la successió per causa de mort. Tant se val si es tracta d'una successió intracomunitària o extracomunitària, tant li fa si la llei designada és la d'un Estat membre o la d'un Estat no membre, no importa tampoc ni el domicili ni la residència habitual ni la nacionalitat del causant —tampoc dels hereus—, i és irrellevant així mateix el lloc de situació dels béns. N'hi ha prou que la successió sigui transfronterera com perquè el RS sigui d'aplicació.

Conseqüentment, el RS no s'aplica a les successions interregionals,<sup>83</sup> àmbit en el qual continua vigent l'article 9.8 CC, conjugat amb l'article 16 CC. En aquest sentit, s'ha de tenir present que hi ha dos legisladors —l'europeu i l'estatal— que estableixen al seu torn dos sistemes —l'europeu i l'estatal— cadascun amb el seu propi abast, els seus principis i els seus criteris, la qual cosa no vol dir que en ocasions no s'hagin d'aplicar tots dos sistemes a un mateix supòsit. En efecte, en les successions internacionals regides per l'ordenament plurilegislatiu

---

81 Així es desprèn del fonament sobre el qual reposa la competència de la UE, art. 81.1 TFUE (“La Unió desenvoluparà una cooperació judicial en assumptes civils con repercusión *transfronteriza*, ...”, el destacat és de l'autor) i en l'atès 7 del RS “Conviene facilitar el buen funcionamiento del mercado interior suprimiendo los obstáculos a la libre circulación de aquellas personas que actualmente encuentran dificultades a la hora de ejercer sus derechos en situaciones de sucesión *mortis causa* con repercusiones *transfronterizas*.”, el destacat és de l'autor). A *contrario* vegeu també l'art. 38 RS.

82 Vegeu art. 20 RS: “La ley designada por el presente Reglamento se aplicará aun cuando no sea la de un Estado miembro”.

83 Vegeu l'art. 38 RS, el títol del qual és *Inaplicación del presente Reglamento a los conflictos internos de leyes*. Val a dir que la distinció entre supòsits interregionals i supòsits internacionals no sempre és fàcil. La distinció entre supòsits internacionals i interregionals no sempre és fàcil, vegeu al respecte J. Fugardo Estivill, *op. cit.*, p. 121-124 i doctrina citada a la nota 19.

espanyol, hi haurà una aplicació successiva de tots dos sistemes. En aquests casos es posa en relleu la difícil articulació entre un i altre sistema.<sup>84</sup>

Com a darrera consideració prèvia, resulta essencial tenir en compte que el RS unifica les normes de conflicte per determinar la llei aplicable a la successió per causa de mort, però no unifica el règim per a la introducció del Dret estranger en el procediment. Aquesta és una qüestió que pot torçar la uniformitat en el resultat de l'aplicació del RS, ja que seran les regles internes del Dret processal de l'autoritat que coneix les que establiran el règim d'al·legació i prova del Dret estranger.

Una succinta presentació de les normes adoptades per a establir la llei successòria ens permetrà constatar la *ratio* normativa<sup>85</sup> i el joc d'equilibris present en el RS.<sup>86</sup> La llei aplicable a les successions per causa de mort es determina en virtut de tres criteris. Com a regla general, es designa la llei aplicable sobre la base de la residència habitual del causant en el moment de la defunció, d'acord amb l'article 21.1. No obstant això, la llei de la residència habitual no és aplicable si, de forma excepcional, resultés clarament de totes les circumstàncies del cas que, en el moment de la mort, el causant mantenia un vincle manifestament més estret amb un Estat diferent del de la residència habitual. En aquest cas, la llei aplicable a la successió serà la d'aquest altre Estat, tal com preveu l'article 21.2. El precepte conté la coneguda com a «clàusula d'escapament» o «clàusula d'excepció». Ara bé, d'acord amb l'article 22, el disposant pot designar la llei de l'Estat la nacionalitat posseeixi en el moment de realitzar l'elecció o en el moment de la mort. Si hi ha hagut elecció —expressa o tàcita— no és aplicable la llei de la residència habitual en el moment de la mort i tampoc pot tenir lloc l'aplicació de la llei amb la qual el causant mantenia un vincle manifestament més estret, tenint en consideració totes les circumstàncies del cas.

---

84 Sobre tot això, vegeu E. Ginebra Molins, "El Dret civil català i el Reglament europeu de successions" en aquesta Jornada.

85 El RS estableix també regles especials per a establir la llei aplicable a la validesa formal i substantiva dels testaments i pactes successoris que no seran però, objecte de l'exposició.

86 Vegeu també J.M. Fontanellas Morell, "Libertad de testar y libertad de elegir la ley aplicable a la sucesión", *CDT*, 2018, vol. 10, 2, pp. 384-385 que exposa els dilemes presents per a determinar la llei aplicable i com van ser resolts, posant en relleu com el RS és el fruit d'un "joc d'equilibris" entre la residència habitual, com a connexió objectiva, la clàusula d'escapatori i al caràcter limitat de l'autonomia conflictual.

Així doncs, es pot advertir que hi ha una disposició jeràrquica entre els punts de connexió previstos al RS. Per sobre de qualsevol consideració, si el disposant ha exercit la *professio iuris*,<sup>87</sup> s'aplica la llei escollida per a regir la seva successió, per més que tingués la residència habitual en el moment de la mort en un Estat diferent del de la llei escollida, per més que mantingués un vincle manifestament més estret amb un Estat diferent del de la llei escollida, sigui el de la residència habitual o el de la nacionalitat ostentada en qualsevol moment de la seva vida. Si, per contra, no hi ha hagut elecció, s'aplica la llei de la residència habitual en el moment de la defunció, llevat que sigui possible «escapar» cap a una altra llei estatal per mantenir un vincle manifestament més estret.

Per consegüent, un element que caracteritza aquesta regulació és la capacitat d'opció que té el disposant per exercir la *professio iuris*. El caràcter internacional de la situació permet al disposant gaudir d'una situació privilegiada en la qual pot escollir la llei aplicable a la seva successió. El fet que el RS fos un compromís entre les diferents tradicions existents en els Estats membres determina que es limiti l'abast de l'autonomia conflictual amb una sola connexió, la de la nacionalitat.

En qualsevol cas, val la pena destacar la introducció de l'autonomia conflictual perquè el disposant pot planificar i organitzar la seva successió oferint garanties perquè la seva voluntat quedi assegurada en el marc d'un ordenament prèviament determinat. Tot això sense que hi hagi nous elements que puguin alterar el marc normatiu en el qual s'adscriu la seva successió. Així, un canvi de nacionalitat que comporti la pèrdua de la nacionalitat que es posseïa amb anterioritat, l'adquisició d'una nova nacionalitat sense perdre la posseïda, un canvi de residència habitual o l'adquisició de béns mobles o immobles en qualsevol país, no suposaran una modificació de la llei que ha de regir la successió del disposant. En definitiva, el RS proporciona seguretat jurídica en permetre anticipar la llei aplicable a la successió. La filosofia subjacent és doncs la de prioritzar els interessos i la voluntat del disposant, sense que les normes simplement imperatives<sup>88</sup> de la llei que hagués estat objectivament aplicable —la de la

---

87 Sobre la *professio iuris* vegeu amb caràcter general J.M. Fontanellas Morell, *La professio iuris sucesoria*, Madrid, 2010; vegeu també A. Ripoll Soler, “Hacia un nuevo modelo de planificación sucesoria notarial: la *professio iuris*”, *RDC*, 2016, 2, pp. 23-64.

88 Assenyaladament els sistemes legítimis, vegeu S. Álvarez González, “Las legítimas en el Reglamento sobre sucesiones y testamentos”, *AEDIPr*, 2011, pp. 369-406.

residència habitual i, en el seu defecte, la més estretament vinculada—puguin impedir-ho.

Un altre punt que val la pena subratllar és el contingut i càrrega material que es desprèn dels punts de connexió emprats en el RS. Així, la residència habitual i el vincle manifestament més estret contemplats en l'article 21 són l'expressió d'una preocupació per determinar la llei més pròxima al causant, no només des d'un punt de vista conflictual, sinó també des de la perspectiva material. Es tracta d'una determinació centrada en l'individu com a ens social. D'aquesta manera, la connexió és subjectiva —llei vinculada al subjecte causant de la successió— i es vincula al lloc on desenvolupa la seva vida, on estableix el seu «centre de vida». La *professio iuris*, per la seva banda, s'ha de veure com una opció que s'omple de contingut material en encarnar, d'una banda, una política legislativa que aposta per la llibertat individual i en estar concebuda, d'altra banda, com un mecanisme que afavoreix la planificació successòria. La llei així designada s'aplicarà per la sola voluntat del disponent.

## 4.2. Residència habitual

Resulta indispensable precisar que la noció de la residència habitual no varia en funció de si s'usa per a determinar l'autoritat competent o per a determinar la llei aplicable. Això no obstant, cal apuntar que en seu de competència judicial l'única residència habitual a considerar és la de la residència habitual en un Estat membre subjecte al RS. Per contra, alhora de determinar la llei aplicable, la residència habitual desplega el seu caràcter localitzador amb independència del lloc on estigui ubicada, tant si ho està en un Estat membre com si no, donat el caràcter universal del RS en determinar la llei aplicable, tal com preveu l'article 20 RS.

L'adopció de la residència habitual com a punt de connexió general s'explica per l'aposta per la unitat present en el RS. En efecte, com que es rebutja una regulació fragmentada de la successió basada en la naturalesa i el lloc de situació dels béns, la determinació de la llei successòria s'efectua amb un enfocament centrat en la persona del causant. En aquest sentit, s'havia d'adoptar un punt de connexió subjectiu per determinar la llei aplicable. Els criteris personals que es podia considerar com a punt de connexió subjectiu pràcticament es reduïen a la nacionalitat, el domicili

o la residència habitual.<sup>89</sup> El legislador europeu va optar per la residència habitual en el moment de la mort<sup>90</sup> com a connexió general, sense relegar però la nacionalitat.<sup>91</sup> La mera residència habitual és suficient per a determinar la llei aplicable, sense que sigui necessari un període temporal a partir del qual s'entendrà adquirida la residència habitual, a diferència del que estableix el Conveni de La Haia sobre la llei aplicable a les successions per causa de mort.<sup>92</sup>

L'aposta per la residència habitual com a connexió per a determinar la llei aplicable no deixa de ser traumàtica, especialment per aquells Estats que utilitzen el criteri de la nacionalitat, que es continua apreciament per l'estabilitat que proporciona, valorant-ne també com l'expressió d'un

---

89 Sobre els avantatges i inconvenients d'aquests criteris com a punts de connexió i els debats que tradicionalment ha generat el seu ús pot consultar-se, per tots, L. d'Avout, "La lex personalis entre nationalité, domicile et résidence habituelle", a l'obra col·lectiva, *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit. Les relations privées internationales*, Paris, 2014, pàg. 15 i ss.

90 De fet, l'opció per la residència habitual ha estat precisament una tendència general que es pot veure reflectida tant en els convenis adoptats en el si de la Conferència de Dret internacional privat de l'Haia com en els reglaments aprovats en la UE. Vegeu en aquest sentit, J. Basedow, "Le rattachement à la nationalité et els conflits de nationalité en droit de l'Union européenne", *Rev. Crit DIPr*, 2010, 3, pp. 427-456.

91 La nacionalitat és la connexió a través de la qual es vehicula la *professio iuris*, adquirint així una funció arbitral que permet desempallegar-se de la dicotomia domicili/nacionalitat, vegeu A. Von Overbeck, "La *professio iuris* comme moyen de rapprocher les principes du domicile et de la nationalité en droit International privé", *Liber amicorum Baron Louis Fredericq*, Vol. 2, Gent, 1965, pp. 1085-1112.

92 El Conveni de La Haia sobre la llei aplicable a les successions per causa de mort, d'1 d'agost de 1989 ha estat font d'inspiració pel legislador europeu, però fou un conveni no reeixit (només va ser ratificat pels Països Baixos) que actualment no està en vigor en cap Estat. Vegeu F. Boulanger, "Codifications nationales et Convention de La Haye du 1er août 1989: l'improbable unification du droit International des successions", a l'obra col·lectiva *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde. le droit international privé: esprit et méthodes*, Paris, 2005, pp. 169-205. Per a contrastar amb la solució del RS, vegeu l'art. 3.2 del Conveni de La Haya de 1989 sobre la llei aplicable a les successions per causa de mort que estableix que «La sucesión también se regirá por la ley del Estado en que el difunto tuviera su residencia habitual en el momento de su fallecimiento si hubiera residido en dicho Estado durante un periodo no inferior a cinco años inmediatamente anterior a su fallecimiento». D.W.M. Waters en el seu informe al Conveni posa en relleu que l'aposta pel criteri de la residència va ser fruit d'un compromís entre aquells Estats que utilitzaven la nacionalitat com a punto de connexió i aquells altres que seguien el criteri del domicili, Waters Report, p. 535, igualment a la p. 547.

vinclle durador i estret amb una determinada comunitat social.<sup>93</sup> Ara bé, la possibilitat de poder fer ús d'aquest criteri per a elegir la llei aplicable desactiva, en bona mesura, les crítiques que es puguin fer a la residència habitual. Es pot observar que el joc introduït entre la residència habitual, com a connexió general, i la nacionalitat, com a criteri que obre la porta a la *professio iuris*, reporta més beneficis que una disposició que adoptés la nacionalitat com a única connexió per a determinar la llei aplicable.

La residència habitual és una connexió fàctica de perfils indefinits en no estar subjecta a regles que determinin la seva adquisició o la seva pèrdua, com passa amb la nacionalitat que, d'altra banda, té una naturalesa jurídica. Per contra, la residència habitual s'ha d'apreciar en base a la realitat fàctica, el que permet una determinació de la llei aplicable més vinculada a l'entorn social del causant<sup>94</sup> en la mesura que és el lloc on hi ha el centre de vida i interessos del causant. Tot això no vol dir que no es puguin tenir en compte les intencions del causant, però amb la sola intenció no n'hi ha prou per concretar la residència habitual.<sup>95</sup>

En efecte, cal destacar que la llei aplicable depèn d'una vinculació personal amb un ordenament. Així s'exigeix un «vinclle estret i estable», com expressa l'atès 23. La residència habitual no deriva, en principi, del

---

93 Igualment, el criteri de la residència habitual, en detriment del *domicile*, també va ser un inconvenient pel Regne Unit, tal com posa de manifest en l'informe de la House of Lords European Union Committee, 2010, «The EU's Regulation on Succession», disponible a <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200910/ldselect/ldeucom/75/75.pdf>; també a J. Harris, «The proposed EU regulation on succession and wills: prospects and challenges», op. cit., p. 210 y ss. Per bé que el factor determinant per l'opting out britànic i irlandès, va ser la qüestió de la lesió de les legítimes por efecte de les donacions realitzades pel causant, l'anomenat *clawback*, inassolible des d'una òptica anglosaxona, vegeu P. Matthews, en el memoràndum presentat a la House of Lords el desembre de 2009, que es pot consultar a <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200910/ldselect/ldeucom/75/9112501.htm>; del mateix autor, «The Problem of Clawback and the EU draft Regulation on Succession», working paper no publicat.

94 Segons R. Hausmann, «Le questioni generali nel diritto internazionale privato europeo», op. cit., pp. el criteri de la residència habitual, en el context del RS, s'ha de veure més aviat com un mecanisme per garantir l'aplicació de la *lex fori* donada la coincidència *forum/ius*.

95 D.W.M. Waters en el seu informe al Conveni apunta precisament que una de les diferències més rellevants entre el domicili i la residència habitual és que mentre que en el primer la intenció té una incidència remarcable, en la residència habitual s'intenta establir quin és el lloc al que pertany (*the place of belonging*) del causant atenent a una valoració completa de tota una varietat d'elements, d'entre els que es troba també la intenció del causant, però no només aquesta, Waters Report, p. 549. Vegeu també J. Fugardo Estivill, op. cit., pp. 246-255.

lloc en que es trobi el patrimoni del causant, ni del lloc en què s'hagin generat deutes, ni del lloc en el qual estan localitzats els seus creditors. Es desprèn, per contra, una vinculació personal que fins i tot es pot dir que a voltes és subjectivament més intensa que la nacionalitat atès que la residència habitual implica una connexió que es focalitza en el lloc on s'han desenvolupat els últims anys de la vida del causant amb tot el que això implica, atenent en conseqüència a les seves relacions familiars, socials, laborals. És a dir, aquells aspectes que d'una manera o altra tindran transcendència en la successió. No s'ha d'ignorar que el «vinçle estret i estable» es trava amb un determinat Estat «tenint en compte els objectius específics del present Reglament». És a dir, els objectius desgranats en l'atès 7: bon funcionament del mercat interior, facilitar la lliure circulació de persones, proporcionar un àmbit normatiu que propiciï la planificació de la successió i garantir els drets dels hereus, dels legataris, de les persones pròximes al causant i dels creditors de l'herència. Així, com dèiem, l'ús de la connexió residència habitual permet el joc amb l'autonomia conflictual en obrir la porta a poder escollir la llei de la nacionalitat. El RS no només facilita la lliure circulació, sinó que fins i tot la premia, ja que aquells que tenen la residència habitual en un Estat diferent al de la seva nacionalitat podran considerar els avantatges i els inconvenients de que la successió quedi regida per una o altra llei.

El RS no proporciona una definició de la residència habitual, malgrat les orientacions subministrades en el preàmbul. Es tracta d'un concepte que s'haurà d'anar concretant cas per cas, de manera que hauran de ser els òrgans jurisdiccionals nacionals i el TJUE els que la vagin perfilant. Els elements definitoris per a la creació d'una noció autònoma s'aniran precipitant mitjançant la pràctica jurisprudencial, on factors com ara la duració i regularitat de la residència, el lloc en el que es desenvolupen les relacions familiars, personals i, si escau, professionals, el lloc en el que estiguin situats la major part dels béns del causant, el significat i funció dels mateixos (no serà el mateix uns títols valors que l'habitatge habitual, per exemple), els motius de la residència (no serà el mateix motius mèdics o assistencials que motius afectius, per exemple), tindran un impacte determinant per a apreciar el lloc en el que el causant tenia la residència habitual en el moment de morir.



D'altra banda, i malgrat el caràcter mudable de la residència habitual,<sup>96</sup> resulta difícil deduir una voluntat fraudulenta ja que la llei de la residència habitual no pot ser elegida i l'aplicació d'aquella llei dependrà de que efectivament sigui la de la seva residència habitual en el moment de la defunció,<sup>97</sup> per això s'han d'examinar amb deteniment les circumstàncies i conseqüències del trasllat.<sup>98</sup> El canvi de la residència habitual comporta el canvi del centre de vida i, per tant, es tracta d'una decisió rellevant que difícilment es pot vincular a un únic propòsit i encara menys a un propòsit fraudulent.<sup>99</sup>

Els contrapesos a la residència habitual són, d'una part, l'elecció de llei i, de l'altra, la clàusula d'escapatòria prevista en el paràgraf 2 de l'article 21 que permet aplicar una llei diferent a la de l'Estat en el que el causant tenia la seva residència habitual en el moment de la defunció, en la mesura en que el causant hi tenia un vincle manifestament més estret. D'aquesta manera, la regla general està sotmesa a una important restricció, que ve de la mà de l'autonomia conflictual, i a una correcció excepcional per aquests casos en que es donen les circumstàncies per aplicar la clàusula d'escapatòria.

---

96 Vegeu I. Rodríguez-Uría Suárez, "La ley aplicable a las sucesiones internacionales en el Reglamento 650/2012", *op. cit.*, p. 14 y ss..

97 Vegeu E. Fongaro, "L'anticipation successorale à l'épreuve du règlement successions", *JDI*, 2014, pp. 531-532.

98 Vegeu P. Wautelet, *op. cit.*, pp. 320-322.

99 Vegeu A. Daví, A. Zanobetti, *op. cit.*, pp. 36-37, apuntant que hi ha d'altres mecanismes molt més eficaços per a aconseguir determinats objectius successoris, com la venda de béns per la seva transformació dinerària, amb la finalitat de manejar-los amb major facilitat per a sostroure'ls dels canals successoris que correspongués aplicar. Per això aquests autors consideren, p. 44, que el trasllat de residència habitual amb un propòsit fraudulent es difícil de que es produeixi. D'altra banda, M. Bogdan, "Private International Law as a Component of the Law of the Forum: General Course on Private International Law", *Rec. des C.*, 2010, t 348, p. 204, afirma que si s'admet que la gent canviï la residència habitual per motius fiscals, s'hauria d'admetre també que ho fes per motius successoris.

### 4.3. La clàusula d'escapàtoria

La clàusula d'escapàtoria és un mecanisme discrecional emprat en altres Reglaments europeus<sup>100</sup> que permet escapar de la llei de la residència habitual en tant que llei poc vinculada al causant en el moment de la defunció.<sup>101</sup> Les crítiques plantejades a la residència habitual i el seu caràcter voluble i mudadís van determinar la introducció d'aquesta clàusula que ha de ser d'excepcional aplicació. Quina sigui la llei designada aplicable és una qüestió absolutament oberta<sup>102</sup> que, de nou, depèn de la casuística, tant pot ser la llei de la nacionalitat posseïda en morir, com la de la nacionalitat anterior, la de la residència habitual anterior, la de la residència habitual prevista *ad futurum*, la del lloc de situació de la major part del seu patrimoni, la de la nacionalitat dels seus hereus o la de la residència habitual dels seus hereus, per exemple. Cap de les lleis que s'acaba d'esmentar presenta per si sola una vinculació tan rellevant com per determinar la seva aplicació. Tot això dependrà de múltiples factors, el pes i la incidència dels quals variarà cas per cas. No obstant això, no es tracta d'una clàusula materialment orientada, el resultat material de l'aplicació d'una o altra llei és indiferent, simplement s'aplica la que tingüés un contacte manifestament més estret amb el causant en el moment de la defunció. El legislador europeu, amb aquesta disposició, el que persegueix és la justícia conflictual, no la justícia material. Es vol aplicar la llei més propera al causant.

L'aplicació de la clàusula d'escapàtoria obliga a determinar prèviament la residència habitual en el moment de la defunció a fi de poder contrastar si hi havia una llei que, del conjunt de les circumstàncies, mantenia una

---

100 Vegeu els arts. 4.3 o 8.4 del Reglamento (CE) núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), i l'art. 4.3 del Reglamento (CE) núm. 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II).

101 Per això mateix, i malgrat la discrecionalitat, s'ha apuntat que la clàusula d'escapàtoria atorga seguretat perquè s'acaba aplicant la llei que presenta una vinculació manifestament més estreta que la de la residència habitual, descrivint-la com "un elemento garante, precisamente, de esa seguridad jurídica", vegeu I. Rodríguez-Uría Suárez, "La ley aplicable a las sucesiones internacionales en el Reglamento 650/2012", *op. cit.*, p. 18.

102 Vegeu I. Rodríguez-Uría Suárez, "La ley aplicable a las sucesiones internacionales en el Reglamento 650/2012", *op. cit.*, p. 17, assenyalant però que possiblement la llei més vinculada sigui la de la nacionalitat del causant en el moment de la defunció.

vinculació manifestament més estreta amb el causant en el moment de la defunció.<sup>103</sup> Per tant, l'aplicació d'aquesta altra llei es donarà per comparació. En la balança es posaran qüestions com les expressades anteriorment (nacionalitat, nacionalitat anterior, residència habitual anterior, etc.), però també altres com la durada temporal de la residència habitual transcorreguda fins el moment de la defunció,<sup>104</sup> els vincles afectius i socials del causant, el lloc de l'acompliment laboral, la freqüència dels desplaçaments a l'Estat la llei del qual presenta una vinculació manifestament més estreta, la integració social al país de la residència habitual, les intencions del causant, etc. Només quan el pes de la balança es decanta clarament per aquesta altra llei, queda desplaçada la llei de la residència habitual. Es tracta doncs d'una clàusula que ve caracteritzada per la nota d'excepcionalitat.

Val la pena recordar igualment que si el causant va triar la llei de la seva nacionalitat com a llei rectora de la successió, la clàusula d'escapament no podrà desvirtuar en cap cas l'elecció efectuada pel disposant, per més que en el moment de la mort el causant mantingués un vincle manifestament més estret amb una llei diferent de la llei prèviament triada que, com veurem a continuació, és la de la nacionalitat en el moment de l'elecció o la de la nacionalitat en el moment de la mort.

La clàusula d'escapatòria desplega doncs una funció correctiva respecte de la designació efectuada en virtut de la residència habitual en el moment de la mort i, per això mateix, pot desenvolupar-se com un mecanisme preventiu de l'excepció de frau de llei,<sup>105</sup> que actuaria al marge de l'operació localitzadora i, en conseqüència, amb els seus propis principis i condicions.<sup>106</sup>

#### 4.4. L'elecció de llei

L'elecció de llei constitueix una autèntica novetat en el nostre ordenament. L'autonomia conflictual, tradicionalment confinada a l'àmbit del Dret patrimonial, ha anat conquerint terreny en l'àmbit del Dret de família i

---

103 No és possible acudir a la vinculació manifestament més estreta com a nexa subsidiari per evitar la determinació de la residència habitual, tal com disposa l'atès 25.

104 Aquest és precisament l'exemple presentat per l'atès 25.

105 Vegeu M. Bodgan, *op. cit.*, p. 203; E. Fongaro, *op. cit.*, p. 507 o p. 531; P. Wautelet, *op. cit.*, pp. 322-323.

106 Vegeu l'atès 26 del RS.

successions<sup>107</sup> i aquesta tendència s'ha reflectit en el RS. D'altra banda, es pot senyalar que l'elecció de llei és ja un element que gairebé podria qualificar-se com estructural del sistema europeu de Dret internacional privat.

L'elecció de llei que preveu el RS és a la totalitat de la successió,<sup>108</sup> preservant la unitat de la llei rectora de la successió com a principi de capçalera. Val a dir emperò, que l'elecció està limitada a la llei de l'Estat la nacionalitat del qual tingui el causant en el moment de realitzar l'elecció o en el moment de la mort. La introducció de la llibertat d'elecció del disponent, per més que limitada,<sup>109</sup> subratlla una aposta decidida per la voluntat del causant, que pren més rellevància que no pas els interessos de política legislativa establerts en els Drets en presència. La llibertat

---

107 Per tots vegeu J.Y. Carlier, *Autonomie de la volonté et statut personnel. Etude prospective de droit international privé*, Brussel·les, 1992.

108 És important destacar que la versió lingüística castellana no recull aquesta apreciació, malgrat que està present en altres versions com ara la portuguesa, la francesa, l'anglesa o la italiana. Aquesta és una consideració important si tenim present la pràctica d'atorgar testaments parcials, limitats als béns situats en un determinat país (pràctica que sovint s'ha dut a terme a Espanya respecte de testadors estrangers). La conjugació de testaments parcials amb clàusules d'elecció de llei no ha d'oblidar que aquesta s'estén a la totalitat de la successió, i no només als béns referits en el testament parcial. Sobre aquest punt vegeu A. Ripoll Soler, op. cit., pp. 44-46.

109 Ja en el Llibre verd sobre successions i testaments es va constatar que s'havien d'adoptar connexions de caràcter subjectiu vinculades al causant. El resum de les respostes es pot consultar a [http://ec.europa.eu/justice/news/consulting\\_public/successions/contributions/summary\\_contributions\\_successions\\_fr.pdf](http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/successions/contributions/summary_contributions_successions_fr.pdf). Es va descartar acudir a connexions de caràcter real, com el lloc de situació dels béns immobles, ja que això hagués provocat una fragmentació de la regulació de la successió. La possibilitat que el disponent triés la llei del lloc de situació del bé immoble per a regir la successió del mateix suposaria que la successió de la resta de la massa hereditària quedaria regulada per una altra llei i, per tant, hauria suposat acollir un plantejament escisionista, tal com es posa de manifest en el Llibre verd on ja es destaca que l'elecció de la llei ha de ser a la totalitat de la successió. Vegeu les qüestions 6 i 7 del Llibre verd sobre successions i testaments com / 2005/0065 final. En el resum a les respostes que es van donar al Llibre verd, op. cit., la Comissió destaca que la major part de respostes s'inclina per acceptar la *professio iuris* tot i que es planteja ja que l'elecció es dugui a terme dins d'uns límits estrictes i que només el disponent podria exercir (sense participació dels hereus). Es poden consultar totes les respostes a [http://ec.europa.eu/justice/news/consulting\\_public/successions/news\\_contributions\\_successions\\_en.htm](http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/successions/news_contributions_successions_en.htm). Per a un repàs en profunditat de les diferents respostes en relació a la *professio iuris* vegeu S. Álvarez González, "La *professio iuris* y la sucesión internacional en una futura reglamentación comunitaria", en M.P. García Rubio (coord.), *Estudios Jurídicos en memoria del profesor José Manuel Lete del Río*, Civitas Thomson Reuters, Pamplona, 2009, p. 33 y ss..

d'elecció permet a l'estranger amb residència habitual en un Estat diferent del de la seva nacionalitat avaluar quina llei li convé més, la de la seva nacionalitat o la de la residència habitual, en previsió de la residència habitual que tindrà en morir. La *professio iuris* integra únicament l'elecció de la llei de la nacionalitat, però una planificació ordenada de la successió hauria de contemplar també les conseqüències de no triar aquesta llei.<sup>110</sup> Per tant, quan no coincideixen la residència habitual i la nacionalitat, no triar la llei de la nacionalitat comporta així mateix una elecció, per bé que indirecta.<sup>111</sup> D'altra banda, res no impedeix òbviament que s'esculli la llei de la nacionalitat ostentada en el moment de l'elecció quan es té la residència habitual en el país del qual se n'ostenta la nacionalitat. Novament, per a garantir una planificació ordenada amb anticipació i per a proporcionar seguretat, el causant que tingui béns a l'estranger o que pugui preveure canvis en la seva residència habitual pot escollir la llei del país en el que hi té la residència habitual.

La introducció de l'autonomia conflictual al RS torna a posar de manifest que l'instrument comprèn un sistema de pesos i contrapesos. Aquest ventall de lleis il·lustra a la perfecció com es pretenen conjugar els interessos individuals, els interessos estatals i els interessos europeus. L'autonomia conflictual consagra una perspectiva liberal en la qual es prioritzen els interessos individuals per sobre dels interessos estatals en preservar una determinada concepció de la successió. El joc de la residència habitual, que condueix a la llei objectivament aplicable, i de la nacionalitat, la llei que pot ser escollida, ofereix al causant un ventall de sistemes que potencia la rellevància dels interessos individuals. No obstant això, l'elecció queda limitada<sup>112</sup> a la llei de la nacionalitat posseïda sigui en el moment de l'elecció sigui en el moment de la defunció,<sup>113</sup>

---

110 Vegeu A. Ripoll Soler, op. cit., pp. 49-51, especialment p. 51, on proposa la redacció d'una clàusula de no elecció de llei, en benefici de l'aplicació de la llei de la residència habitual.

111 Però vegeu J.M. Fontanellas, "Libertad de testar y libertad de elegir la ley aplicable a la sucesión", *CDT*, 2018, vol. 10, 2, pp. 386-387 que posa en qüestió l'abast d'aquesta elecció indirecta.

112 Aquest límit prevé també el frau de llei, vegeu l'informe del Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, op. cit., p. 52.

113 Precisament, com a conseqüència del recl que pogués causar la *professio iuris*, no es van acollir altres opcions que la doctrina havia suggerit, com l'elecció de la llei de la residència habitual o l'elecció de la llei del lloc de situació dels béns immobles o de la llei aplicable al règim econòmic matrimonial, vegeu l'informe del Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, op. cit., p. 67 i ss.. Òbviament,

vinculant aquesta possibilitat als interessos estatals i a les expectatives dels beneficiaris.<sup>114</sup> Per fi, la *professio iuris* constitueix un senyal d'identitat en el RS, així com una característica general compartida en tots els Reglaments europeus adoptats en matèria de determinació de la llei aplicable.<sup>115</sup> La lliure circulació de persones s'erigeix en un interès europeu que es veu reconegut especialment en la lliure elecció que posseeix aquell que s'ha desplaçat per establir la seva residència habitual en un Estat diferent del de la seva nacionalitat.

El factor temps és determinant en l'elecció de llei de tal manera que es permet l'elecció de la llei del país la nacionalitat es posseeix en el

---

la prevenció davant d'una *professio iuris* excessivament àmplia prové de les reticències i resistències front a una llibertat d'elecció que podria conduir a eludir la llei successòria objectivament aplicable en la mesura que establís uns drets legítims o reserves hereditàries que no s'adaptin a la voluntat del disposant.

114 Es rebutja devaluar l'autonomia conflictual per a preservar l'aplicació del sistema legítimari establert en la llei objectivament aplicable o en la llei del fòrum, com es preveu a l'art. 3099.1 del Codi civil del Quebec, a l'art. 46.2.3 de la Llei italiana de Dret internacional privat, a l'art. 79.1.3 del Codi belga de Dret internacional privat o a l'art. 89.5 del Codi búlgar de Dret internacional privat, entre d'altres. Fins i tot, malgrat que no s'acull l'autonomia conflictual, en l'art. 35 de la Llei veneçolana de Dret internacional privat es preveu de fer efectiva la legítima establerta en la llei del fòrum (veneçolana) sobre els béns situats a Venèçuela front a la llei designada per la norma de conflicte. Aquest objectiu de garantir l'aplicació del sistema legítimari del fòrum va determinar que es pogués efectuar una reserva en la ratificació del Convenio de La Haya de 1989 amb l'objectiu de no reconèixer l'elecció de llei si, en determinades condicions, el cònjuge o descendents es veiessin privats totalment o en una proporció molt important dels drets que els atribueixin les normes imperatives de l'Estat que hagués efectuat la reserva, vegeu l'art 24. El resultat de totes aquestes normes és que es provoca un fraccionament de la successió; vegeu J.M. Fontanellas Morell, *La professio iuris sucesoria*, op. cit., p. 300.

115 Vegeu l'art. 3 del Reglamento (CE) núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), l'art. 14 del Reglamento (CE) núm. 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II), l'art. 22 del Reglamento (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, l'art. 22 del Reglamento (UE) 2016/1104 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 efectos patrimoniales de las uniones registradas o l'art. 5 del Reglamento (UE) núm. 1259/2010 del Consejo de 20 de diciembre de 2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial.

moment de l'elecció o en el moment de la mort, concedint una certa amplitud dins la limitació subjectiva imposada. Aquesta possibilitat ha de ser valorada positivament perquè permet al disposant triar la llei posseïda en el moment de l'elecció sense que ulteriors modificacions en la nacionalitat posseïda alterin l'elecció efectuada. No s'exigeix que aquesta nacionalitat sigui posseïda en el moment de la defunció.<sup>116</sup> Tant si es perd aquella nacionalitat com si se n'adquireix una altra, l'elecció continua sent eficaç.<sup>117</sup> L'elecció no pot ser qualificada com fraudulenta, especialment si tenim present que l'adquisició de la nacionalitat d'un país tot sovint és fruit de la integració. No obstant això, la inexistència d'un vincle efectiu planteja problemes en la doctrina.<sup>118</sup> Així mateix, es podria plantejar si l'adquisició de la nacionalitat d'un país realitzada amb antelació a l'elecció de llei no pot suposar un frau quan per la seva obtenció no cal un cert grau d'integració ni vinculació,<sup>119</sup> especialment si la *professio iuris* s'exerceix en un curt període de temps posterior a l'adquisició de la nacionalitat. D'altra banda, mereix una valoració positiva el fet que pugui triar-se la llei de la nacionalitat posseïda en el moment de la mort. Certament crea un major incertesa perquè es tractaria d'una nacionalitat no posseïda en el moment de l'elecció però que s'espera posseir més endavant i naturalment també en el moment de la mort. No obstant això, obre la possibilitat al fet que el disposant pugui preveure l'adquisició de la nacionalitat d'un país amb el qual manté una relació tan estreta com per preveure la possibilitat de que es posseirà al moment de morir. Potser el que resulta més interessant és que la introducció d'aquest moment desvela la rellevància que s'atribueix als interessos del causant, ja que només el causant pot albirar si preveu posseir una determinada nacionalitat en el moment de la seva defunció, fins al punt d'escollir-la com a llei rectora de la seva successió.

---

116 A diferència del que establia, per exemple, l' art. 25 de la Llei de Dret internacional privat d'Estònia, superada pel RS.

117 Vegeu A. Bonomi, "Artículo 22", op. cit., p. 264.

118 Segons alguns autors l'elecció seria vàlida, vegeu A. Bonomi, "Artículo 22", p. 262; igualment A. Daví, A. Zanobetti, op. cit., p. 40, també p. 42. Per contra, C. Kohler, op. cit., p. 465 considera que el RS busca que hi hagi un vincle autèntic («genuine link») entre el causant i la llei elegida i, si no és així, els interessos dels legitimaris serien intocables. Seguint la mateixa òptica, P. Wautelet, analitzant críticament una sentència suïssa, Hirsch c. Cohen, Sentència del Tribunal federal de 17 d'agost de 1976, Arrêts du Tribunal fédéral, vol. 102, II, p. 136 ss.

119 Vegeu Bogdan, op. cit., pp. 204-205. Igualment, P. Wautelet, op. cit., p. 329.

Un altre aspecte on es constata la relativa amplitud de l'elecció rau en el fet que el disposant podrà escollir d'entre les lleis de les diferents nacionalitats posseïdes simultàniament, sigui en el moment de realitzar l'elecció, sigui en el moment de morir.<sup>120</sup> El Reglament no exigeix cap condició perquè s'efectuï aquesta elecció, només cal posseir aquella nacionalitat en qualsevol dels moments previstos, sense que s'estableixi un criteri d'efectivitat. La possessió de diferents nacionalitats reporta un avantatge addicional.

Per fi, cal assenyalar que l'art. 22.2 preveu la possibilitat que l'elecció sigui expressa, en forma de disposició *mortis causa*, o tàcita, "ha de resultar dels termes d'una disposició d'aquest tipus", expressió que generarà de ben segur molts dubtes. L'atès 39 dedica poques línies a aquesta qüestió,<sup>121</sup> però comportarà molts problemes interpretatius establir que dels termes d'una disposició *mortis causa* s'ha efectuat una elecció implícita.<sup>122</sup>

## 5. UNA APROXIMACIÓ CONCLUSIVA

En aquesta contribució merament introductòria al RS s'ha volgut presentar l'equilibri d'interessos, principis i concepcions que indefectiblement havia de tenir un instrument unificador en matèria de successions. Malgrat que la unificació s'emmarca en l'àmbit del Dret internacional privat, resulta evident que la divergència normativa ha fet efecte en el RS. L'impacte es produeix en la mesura en que les normes de Dret internacional privat no són innòcues ni merament formals en comportar una càrrega material

---

120 Possibilitat introduïda en la versió definitiva del RS, ja que la Proposta no ho preveia.

121 La elección de la ley debe hacerse explícitamente en una declaración en forma de disposición *mortis causa* o ha de resultar de los términos de una disposición de ese tipo. Puede considerarse que la elección de la ley resulta de una disposición *mortis causa* en caso de que, por ejemplo, el causante haya hecho referencia en ella a determinadas disposiciones específicas de la ley del Estado de su nacionalidad o haya mencionado explícitamente de otro modo esa ley.

122 Vegeu J.M. Fontanellas Morell, "Libertad de testar y libertad de elegir la ley aplicable a la sucesión", CDT, 2018, vol. 10, 2, pp. 400-403 on apunta les friccions interpretatives que poden suscitar-se davant dels tribunals. Particularment important és l'abast de la prova ja que dels termes del precepte la voluntat implícita s'ha de deduir literalment i exclusivament dels termes d'una disposició *mortis causa* el que genera dues posicions doctrinals contraposades en funció de la possibilitat o no de provar aquesta voluntat a partir d'elements externs a la disposició per causa de mort, vegeu en particular pp. 402-403.



que transcendeix la tasca localitzadora. No obstant això, i potser, per damunt d'això, la unificació internacionalprivatista adoptada ve presidida, orientada i marcada pel principi de lliure circulació de persones, a part del principi de seguretat jurídica. Aquest principi determina aspectes tan importants del RS com ara la incidència de la residència habitual, l'entrada de la *professio iuris*, el principi d'unitat i universalitat, la integració de les autoritats subjectes, la introducció del CSE o la construcció de nocions autònomes. D'alguna forma podria apuntar-se que l'orientació liberal, que deriva de la introducció de la *professio iuris*, és un mecanisme de dissolució dels interessos estatals en benefici de la lliure circulació de persones. En aquest sentit, els interessos individuals no serien més que una palanca en suport de la integració. Tant és així que la consagració de la llibertat individual es fa en detriment d'una plena seguretat jurídica. En efecte, la virtut de la *professio iuris* pren cos com a alternativa a la residència habitual, una connexió que presenta certes mancances alhora de ser concretada.

Tot això no suposa menystenir la càrrega material del Dret designat. És evident que la llei aplicable hi juga un paper destacadíssim, però en una successió transfronterera el ressort que determina l'autoritat competent i la llei aplicable en condicionarà tot l'entramat normatiu i regulador. La qüestió decisiva rau en el fet que aquest ressort s'adopta en clau europea. En efecte, si bé l'articulat del RS presenta un joc d'equilibris a base de pesos i contrapesos que és força reeixit —en tensió virtuosa—, suscitarà controvèrsies interpretatives que poden malbaratar l'aplicació del RS. El TJUE com a garant d'una interpretació uniforme, autònoma i vinculant permetrà, en bona mesura, superar alguns dels obstacles interpretatius que genera el RS. Ara bé, la perspectiva aportada pel TJUE es decantarà possiblement per allò que és el motiu o *ratio* principal que va determinar l'adopció del RS, això és, el principi d'integració europea.



esult

bord

es

es

# El Dret civil català i el Reglament europeu de successions

M. ESPERANÇA GINEBRA MOLINS<sup>1</sup>

*Professora Titular de Dret civil  
Departament de Dret privat  
Universitat de Barcelona*

## SUMARI

1. LA LLEI APLICABLE A LA SUCCESSION: «CONFLICTES INTERNACIONALS» VS. «CONFLICTES INTERREGIONALS» 1.1. *L'art. 38 RS: la inaplicació del RS als conflictes interns. La possibilitat d'aplicar les mateixes regles es deixa a la decisió dels Estats* 1.2. *L'art. 16.1 CCE: remissió estàtica o dinàmica?* 1.3. *La dualitat de sistemes conflictuals* 2. LA LLEI APLICABLE A LES SUCCESSIONS AMB REPERCUSSION TRANSFRONTERERA 2.1. *Criteris que determinen la llei aplicable* 2.2. *Llei aplicable a la successió i Estats plurilegislatius de base territorial: la «lleï espanyola»* 2.3. *Successió amb repercussió transfronterera i aplicació del Dret català.*

## 1. LA LLEI APLICABLE A LA SUCCESSION: «CONFLICTES INTERNACIONALS» VS. «CONFLICTES INTERREGIONALS»

### 1.1. **L'art. 38 RS: la inaplicació del RS als conflictes interns. La possibilitat d'aplicar les mateixes regles es deixa a la decisió dels Estats**

I. El Reglament (UE) 650/2012, de 4 de juliol de 2012, de successions<sup>2</sup> (en endavant RS) ha unificat, des de 17 d'agost de 2015,<sup>3</sup> les regles de determinació de la llei aplicable a les successions amb repercussió

---

1 Aquest treball s'emmarca en el Projecte DER2017-82129-P. L'autora pertany al «Grup de Dret civil català» 2017 SGR 151.

2 Reglament (UE) núm. 650/2012 del Parlament Europeu i del Consell, de 4 de juliol de 2012, relatiu a la competència, la llei aplicable, el reconeixement i l'execució de les resolucions, a l'acceptació i l'execució dels documents públics en matèria de successions *mortis causa* i a la creació d'un certificat successori europeu (DOUE L 201, 27.7.2012; correcció d'errades: DOUE L 344, 14.12.2012).

3 *Vid.* Art. 83.1 i 84.II RS.

transfronterera —conflictes internacionals en matèria successòria— en l'àmbit dels Estats membres de la UE, exceptuant Dinamarca, Irlanda i el Regne Unit.<sup>4</sup> Així, quant al Dret espanyol, el RS ha desplaçat l'aplicació a les successions amb repercussió transfronterera de les normes de determinació de la llei aplicable contingudes al Codi civil espanyol [en endavant CCE] —en concret, els paràgrafs 1, al final, i 8 de l'art. 9 CCE—. <sup>5</sup> En aquest sentit, cal tenir en compte que les regles sobre determinació de la llei aplicable que conté el RS són d'aplicació universal —«erga omnes» —(art. 20 RS), encara que la llei que declari aplicable sigui la d'un Estat no membre de la UE —o membre de la UE però no vinculat pel RS, como és el cas de Dinamarca, Irlanda o el Regne Unit—. <sup>6</sup>

II. En canvi, segons el RS, les normes sobre determinació de la llei aplicable que conté no són d'aplicació, en principi, als conflictes purament interns (mal anomenats, generalment, «interregionals»), si no és que l'Estat opta perquè així sigui.

En aquest sentit, l'art. 38 RS (titulat «Inaplicación del presente Reglamento a los conflictos internos de leyes») utilitza la fórmula habitual (que apareix en altres Reglaments europeus)<sup>7</sup> de declarar que «los Estados miembros que comprendan varias unidades territoriales con sus propias normas jurídicas en materia de sucesiones» «no estarán obligados a aplicar el presente Reglamento a los conflictos de leyes que se planteen exclusivamente entre dichas unidades territoriales». <sup>8</sup> Es deixa, per tant,

---

4 El RS vincula als Estats membres de la UE, exceptuant Dinamarca, Irlanda i el Regne Unit, d'acord amb allò previst en els Protocols núm. 21 i 22 del Tractat de Funcionament de la Unió Europea (en endavant TFUE). Sobre això, *vid.* atesos 82 i 83 RS.

5  *Vid.*, per exemple, RDGRN 13-octubre-2015 FD 1 (*BOE* núm. 265, 05.11.2015), RDGRN 10-abril-2017 [FD 2] (*BOE* núm. 99, 26.04.2017) i STS 15-gener-2019 *Westlaw*, R]/2019/60).

6  *Vid.*, per exemple, la RDGRN 28-juliol-2016 —FD 3— (*BOE* núm. 228, 21.09.2016).

7 En concret, *vid.*, per exemple, l'art. 22.2 del Reglament (CE) núm. 593/2008 del Parlament Europeu i del Consell, de 17 de juny de 2008, sobre la llei aplicable a les obligacions contractuals (Roma I), l'art. 25.2 del Reglament (CE) núm. 864/2007 del Parlament Europeu i del Consell, d'11 de juliol de 2007, relatiu a la llei aplicable a les obligacions extracontractuals (Roma II), o l'art. 16 del Reglament (UE) núm. 1259/2010, del Consell, de 20 de desembre de 2010, pel que s'estableix una cooperació reforçada en l'àmbit de la llei aplicable al divorci i a la separació judicial.  *Vid.*, també, l'art. 21 del Conveni de La Haya sobre llei aplicable a les successions per causa de mort de 1989.

8 Això mateix resultava de l'art. 28.2 de la Proposta de Reglament de successions de 2009 [Brussel·les, 14.10.2009, COM (2009) 154 final] —en endavant Proposta 2009— («Un Estado miembro en el que las distintas unidades territoriales tengan sus propias normas jurídicas en materia de sucesiones no estará obligado a aplicar el presente Reglamento

a la decisió dels Estats la possibilitat d'estendre les mateixes regles als conflictes merament interns.<sup>9</sup>

## 1.2. L'art. 16.1 CCE: remissió estàtica o dinàmica?

I. Pressuposat això, quant al Dret espanyol, la qüestió que es planteja és si l'art. 16.1 CCE, quan remet a «las normas contenidas en el capítulo IV» [del Títol Preliminar del CCE] per a resoldre els «conflictes de lleis que puguin sorgir per la coexistència de diverses legislacions civils al territori espanyol», conté una remissió estàtica o bé dinàmica.<sup>10</sup> Si

---

a los conflictos de leyes que se refieran únicamente a dichas unidades territoriales»).

9 De fet, la competència comunitària no abasta, en principi, els conflictes merament interns; l'art. 81 TFUE (*vid.* atès 2 RS) es refereix a «asuntos civiles con repercusión transfronteriza». Sobre això, *vid.* FONT SEGURA, A., «Incidència del Dret Internacional Privat de la UE en l'aplicació del Dret català», a *La aplicación del Derecho civil catalán en el marco plurilegislativo español y europeo*, FONT SEGURA, A. (ed.), Barcelona: Atelier, Libros Jurídicos, 2011, pàg. 115, 116, 121-123 i 133; QUINZÁ REDONDO, P., i CHRISTANDL, G., «Ordenamientos plurilegislativos en el Reglamento (UE) de Sucesiones con especial referencia al ordenamiento jurídico español», juliol 2013, *InDret* 3/2013, pàg. 17; FONT SEGURA, A., «La remisión intracomunitaria a sistemas plurilegislativos en el Reglamento 650/2012 en materia de sucesiones», a *El nuevo marco de las sucesiones internacionales en la Unión Europea*, CALVO VIDAL, I. A. (coord.), Madrid: Consejo General del Notariado, 2014, pàg. 96-99 i 101-102; GALICIA AIZPURUA, G., «El Reglamento europeo de sucesiones y el carácter plurilegislativo del ordenamiento civil español», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3, agost 2015, pàg. 537; ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «El Reglamento 650/2012, sobre sucesiones, y la remisión a un sistema plurilegislativo: algunos casos difíciles o, simplemente, llamativos», *Revista de Derecho civil*, vol. II, núm. 4, octubre-desembre 2015, pàg. 11-12; SILLERO CROVETTO, B., «Las sucesiones de extranjeros fallecidos en España a partir del Reglamento (UE) 650/2012», *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 36, 2015, pàg. 365; ZABALO ESCUDERO, M. E., «Conflictos de leyes internos e internacionales: conexiones y divergencias», *Millennium. DIPr*, Tirant lo Blanch, 2016, pàg. 60-61. Sobre l'art. 38 RS, *vid.* KHAIRALLAH, G., «La détermination de la loi applicable à la succession», en *Droit européen des successions internationales. Le règlement du 4 juillet 2012*, KHAIRALLAH, G., i REVILLARD (Dir.), M., París: Defrénois, Lextenso éditions, 2013, pàg. 65; BONOMI a BONOMI, A., i WAUTELET, P., *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, Brussel·les: Éditions Bruylant, 2013, pàg. 562.

10 En general, sobre la qüestió de si la remissió que conté l'art. 16.1 CCE s'ha d'entendre estàtica o bé dinàmica, *vid.* ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Derecho interregional. Claves para una reforma», a *Estudios de derecho interregional*, Santiago de Compostela: Universidade de Santiago de Compostela, 2007, pàg. 102-104; ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Derecho internacional privado europeo, plurilegislación civil española y Derecho interregional», a *Estudios de derecho interregional*, Santiago de Compostela: Universidade de Santiago de Compostela, 2007, pàg. 151-156; ZABALO ESCUDERO, M. E., «El sistema español de derecho interregional», a FONT SEGURA, A. (ed.), *La aplicación del Derecho civil catalán en*

s'entén això últim, amb relació als conflictes «interregionals» en matèria successòria, cal considerar que avui l'art. 16.1 CCE remet a les normes que han desplaçat l'aplicació de l'art. 9.1 i 8 CCE en l'àmbit dels «conflictes internacionals», és a dir, a les regles de determinació de la llei aplicable previstes al RS (art. 20 i seg. RS). En canvi, si es parteix del fet que l'art. 16.1 CCE conté una remissió estàtica caldrà concloure que els «conflictes interregionals» en matèria successòria continuaran regint-se per les normes del Capítol IV del Títol preliminar del CCE —en concret, pels paràgrafs 1 i 8 de l'art. 9 CCE—.

II. En l'àmbit dels «conflictes interregionals» en matèria successòria, almenys de moment, la jurisprudència es decanta majoritàriament —si no de manera unànime— per la tesi de la remissió estàtica,<sup>11</sup> i aplica l'art. 9.8 CCE a través de la remissió que resulta de l'art. 16 CCE; aquesta és

---

*el marco plurilegislativo español y europeo*, Barcelona: Atelier, Libros Jurídicos, 2011, pàg. 27-29; ÁLVAREZ TORNÉ, M., «El tratamiento de los sistemas legislativos no unificados en los textos internacionales y de la UE: el caso del Reglamento en materia sucesoria», a PARRA, C. (Dir.), *Nuevos Reglamentos comunitarios y su impacto en el Derecho catalán*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2012, pàg. 313-314, 318-319 i 323; ZABALO ESCUDERO, M. E., «El Derecho aplicable a las situaciones privadas internacionales en los ordenamientos plurales», a FORNER DELAYGUA, J., GONZÁLEZ BEILFUSS, C., i VIÑAS FARRÉ, R., (coords.), *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegría Borrás*, Barcelona: Marcial Pons, 2013, pàg. 900; RODRÍGUEZ MATEOS, P., «La sucesión por causa de muerte en el Derecho de la Unión Europea», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 27, 2014, pàg. 5-6; FONT SEGURA, A., «La remisión intracomunitaria...», *op. loc. cit.*, 2014, pàg. 99-100; GALICIA AIZPURUA, G., «El Reglamento...», *op. loc. cit.*, 2015, pàg. 536-537; QUINZÁ REDONDO, P., comentari als articles 36 i 38 del Reglament (UE) 650/2012, a *Sucesiones internacionales. Comentarios al Reglamento (UE) 650/2012*, IGLESIAS BUIGUES, J. L., i PALAO MORENO, G. (Dirs.), València: Tirant lo Blanch, 2015, pàg. 295-297 i 307.

- 11 En aquest sentit, la RDGRN 15-juny-2016 —FD 4— (BOE núm. 175, 21.07.2016) afirma que des que resulta aplicable el RS, l'art. 9.8 CCE ha quedat circumscrit a les successions *mortis causa* sense element internacional. En la mateixa línia, la RDGRN 29-juliol-2015 —FD 6— (BOE núm. 234, 30.09.2015; *Westlaw* RJ\2015\4446), per exemple, tot i tractar del cas d'una successió oberta abans de 17 d'agost de 2015, avança que a partir d'aquesta data l'aplicació de l'art. 9.8 CCE es circumscriurà «a las herencias en que exista exclusivamente un conflicto interno», ja que «las herencias internacionales causadas el día 17 de agosto de 2014 y en adelante» passaran a regir-se pel RS. Tractant-se de successions obertes després de 17 d'agost de 2015, parteixen de la remissió de l'art. 16.1 CCE a l'art. 9.8 CCE i de l'aplicació de la llei personal determinada pel veïnatge civil, per exemple: RDGRN 12-juny-2017 (BOE núm. 159, 5.7.2017; *Westlaw*, RJ\2017\3257), RDGRN 12-juliol-2017 (BOE núm. 178, 27.7.2017; *Westlaw*, RJ\2017\3789); en el mateix sentit, *vid.*, per exemple, la SAP Àlava 360/2018, de 20 de juliol (*Westlaw*, JUR/2018/306945).

també l'opció seguida la majoria de la doctrina.<sup>12</sup> De fet, des d'un punt de vista pràctic, l'opció de la remissió dinàmica planteja problemes, atès que suposaria haver de donar entrada en l'àmbit «interregional» a la *professio iuris* (la qual, s'hauria d'entendre referida a la llei personal determinada pel veïnatge civil que es té en el moment de fer l'elecció o en el moment de la mort?), a la regla general, en defecte d'elecció, de la residència habitual (en comptes de a la llei personal determinada pel veïnatge civil?), així com a la clàusula d'excepció a favor de la llei espanyola amb la que el causant mantingués vincles manifestament més estrets... Canvis d'aquesta entitat —que implicarien un canvi de paradigma respecte de les regles que han regit fins ara els «conflictes interregionals» en matèria successòria— requeririen un pronunciament explícit del legislador que té competència per a implementar-los. En definitiva, certament, aplicar als «conflictes interregionals» en matèria successòria les mateixes regles que als «conflictes internacionals» és una possibilitat que no ens resulta pas precisament estranya ni llunyana, que posa sobre la taula el propi RS (en el seu art. 38), i per la que el legislador estatal podria optar, tot recuperant, així, la identitat entre les regles per resoldre els conflictes «internacionals» i els «interregionals» de la que partien, essencialment, tant la redacció originària del CCe (art. 14 CCe 1889) com també la reforma del Títol preliminar CCe de 1974 (art. 16 CCe 1974) i que s'ha anat perdent;<sup>13</sup> ara bé, això requeriria, en qualsevol cas, una reflexió

---

12 *Vid.*, per exemple, RODRÍGUEZ MATEOS, P., «La sucesión...», *op. loc. cit.*, 2014, pàg. 5-6; GALICIA AIZPURUA, G., «El Reglamento...», *op. loc. cit.*, 2015, pàg. 536-537; així, com, recentment, REQUEJO ISIDRO, M., *Incidencia del Reglamento 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, de Sucesiones*, Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2018, pàg. 66 —segons aquesta autora l'aplicabilitat de l'art. 9.8 CCe «se mantiene para los conflictos internos, a menos que España decida aplicar el Reglamento igualmente para estos casos, a lo que no está obligado a tenor del art. 38 del mismo»—.

13 Tradicionalment el CCe partia d'aplicar als «conflictes interregionals» les mateixes regles que servien per resoldre els «conflictes internacionals». D'acord amb la Base 2a de la Llei de Base d'11 de maig de 1888, l'art. 14 CCe 1889 establia: «Conforme a lo dispuesto en el artículo 12, lo establecido en los artículos 9.º, 10 y 11, respecto a las personas, los actos y los bienes de los españoles en el extranjero, y de los extranjeros en España, es aplicable a las personas, actos y bienes de los españoles en territorios o provincias de diferente legislación civil». La reforma del Títol Preliminar del CCe de 1974 (Decret 1836/1974, de 31 de maig) ja va donar a l'art. 16.1 CCe la redacció actual. En el text que precedeix l'articulat del Decret 1836/1974 s'afirmava: «El artículo dieciséis versa sobre los conflictos de leyes originables por la coexistencia en España de distintas legislaciones civiles. Técnicamente no es sino el replanteamiento a escala intranacional de los mismos problemas derivados de la concurrencia internacional de diversos

profunda, tant de conjunt com en relació amb cadascun dels criteris que s'acabessin adoptant, i una manifestació explícita del legislador estatal. D'altra banda, des de la perspectiva del «Dret interregional» tampoc es revela adequada la via de modificar articles del Capítol IV del Títol Preliminar CCE en clau transfronterera, incorporant remissions directes a normes internacionals, sense valorar les conseqüències que això té des de la perspectiva de la remissió als mateixos que preveu l'art. 16 CCE per a resoldre els «conflictes interregionals».<sup>14</sup>

### 1.3. La dualitat de sistemes conflictuals

I. Així doncs, si es parteix de la tesi que l'art. 16.1 CCE conté una remissió estàtica, cal concloure que els «conflictes merament interns» («interregionals») en matèria successòria continuaran regint-se per la remissió que aquest precepte fa a las normes del Capítol IV del Títol preliminar del CCE —en concret, pels paràgrafs 1 i 8 de l'art. 9 CCE—.

II. Això implica que des de 17 d'agost de 2015, a l'Estat espanyol hi coexisteixen dos sistemes conflictuals, procedents, a més, de legisladors distints: el comunitari —que resulta del RS—, per a regular els «conflictes internacionals» en matèria successòria (successions amb repercussió transfronterera); i l'estatal (art. 16.1 i 9.1 i 8 CCE), per a regular els «conflictes interns» —«interregionals»—. <sup>15</sup>

---

ordenamientos. Por tanto, en gran medida las normas de derecho internacional privado son susceptibles de resolver también esta otra clase de conflictos...». La Base 7a.3 de la Llei 3/1973, de 17 de març, de Bases per a la modificació del Títol Preliminar del CCE partia del fet que: «Respetando el sistema vigente en materia de normas de conflicto, se aplicarán criterios análogos a los establecidos para el ámbito internacional, con las salvedades que su especial naturaleza impone y sin perjuicio de las especificaciones que algunas instituciones requieran». Al respecte, *vid.* ZABALO ESCUDERO, M. E., «Conflictos de leyes internos...», *op. loc. cit.*, 2016, pàg. 64-65.

14 *Vid.*, en aquest sentit, per exemple, la nova redacció donada als paràgrafs 4, 6 i 7 de l'art. 9 CCE per la Llei 26/2015, de 28 de juliol, de modificació del sistema de protecció a la infància i a l'adolescència, o bé la modificació de l'art. 107.2 CCE per la Llei 15/2015, de 2 de juliol —precepte al que també s'arriba en l'àmbit dels «conflictes interregionals» arran de la remissió que es desprèn de l'art. 16.1 CCE vers l'art. 9.2.II CCE—.

15 Quant a la Proposta 2009, *vid.* FONT SEGURA, A., «Incidència...», *op. loc. cit.*, 2011, pàg. 114, 115, 117, 120 i 124. Pel que fa al RS, *vid.* ÁLVAREZ TORNÉ, M., «El tratamiento...», *op. loc. cit.*, 2012, pàg. 317-318; ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «La ley aplicable a la sucesión por causa de muerte en el Reglamento 650/2012: algunos temas seleccionados», a *El nuevo marco de las sucesiones internacionales en la Unión Europea*, CALVO VIDAL, I. A. (coord.), Madrid: Consejo General del Notariado, 2014, pàg. 49; CALATAYUD SIERRA,



En aquest sentit, convé tenir present que, tot i que cada sistema tingui un objecte diferent («conflictes internacionals» o merament «interregionals»), la línia entre un i altre tipus de conflicte pot resultar molt prima..., ja que la simple aparició d'un element —que pot considerar-se menor, però que resulti «rellevant»— connectat amb un ordenament no espanyol («element d'estrangeria» o «d'internacionalitat») convertirà un supòsit merament intern en un supòsit internacional i, per tant, subjecte a les regles del RS.

I les diferències entre ambdós sistemes («internacional» i «interregional») són importants.<sup>16</sup> Així, per exemple: possibilitat d'elecció, ni que sigui limitada, de la llei aplicable a la successió, en els «conflictes internacionals», i impossibilitat en els «interregionals»; única connexió veïnatge civil en els «interregionals», i connexió general, en defecte d'elecció, «residència habitual» en els «internacionals»; clàusula d'excepció (o d'escapament) a favor de la llei amb la que el causant presenti vincles manifestament més estrets en els «conflictes internacionals» (previsió que no té equivalent en els «conflictes interregionals»); fins i tot l'àmbit d'aplicació de la llei successòria és diferent...<sup>17</sup>

---

A., «Dos sistemas de solución de conflictos: sus diferencias y su encaje», a *El nuevo marco de las sucesiones internacionales en la Unión Europea*, CALVO VIDAL, I. A. (coord.), Madrid: Consejo General del Notariado, 2014, pàg. 124-125; MAGALLÓN ELÓSEGUI, N., «El Reglamento de sucesiones y los sistemas plurilegislativos: el caso español» [disponible a: [http://www.forulege.com/dokumentuak/Comunicacion\\_Nerea\\_Magallon\\_Elosegui.pdf](http://www.forulege.com/dokumentuak/Comunicacion_Nerea_Magallon_Elosegui.pdf) (data de la consulta: 03.09.2018)].

16 Sobre aquestes diferències, *vid.*, per exemple, CALATAYUD SIERRA, A., «Dos sistemas...», *op. loc. cit.*, 2014, pàg. 125-137.

17 Destaca, per exemple, en aquest sentit, el fet que, quant als «conflictes interregionals», el darrer incís de l'art. 9.8 CCE continua desviant els drets que per ministeri de la llei s'atribueixen al cònjuge sobrevivent cap a la llei que regeix els efectes del matrimoni, mentre que, en canvi, quant a les successions transfrontereres, l'art. 23.2 RS situa expressament en l'àmbit de la llei successòria «los derechos del cónyuge o la pareja supérstites». Sobre això, *vid.* STS 16-març-2016 (*Westlaw*, RJ\2016\844), referida a un supòsit «interregional». *Vid.*, també, la STS 24-abril-2014 (*Westlaw*, RJ\2014\2795) i la RDGRN 29-juliol-2015 (*BOE* núm. 234, 30.09.2015; *Westlaw* RJ\2015\4446), les quals, tot i referir-se a successions transfrontereres, apliquen l'art. 9.8 CCE pel fet que la mort del causant havia tingut lloc abans de 17 d'agost de 2015. Sobre aquest tema, *vid.* GINEBRA MOLINS, M. E., «Los derechos sucesorios que corresponden a la viuda: Derecho internacional privado e interregional», *El reto del envejecimiento de la mujer. Propuestas jurídicas de futuro*, A. CAÑIZARES LASO (Dir.), L. LÓPEZ DE LA CRUZ i P. SABORIDO SÁNCHEZ (Coord.), Valencia: Tirant Lo Blanch, 2018, pàg. 105-116.

III. Aquesta dualitat de sistemes ens podria portar a pensar que el RS no incideix en l'àmbit d'aplicabilitat del Dret català de successions, però això no és cert.

## 2. LA LLEI APLICABLE A LES SUCCESSIONS AMB REPERCUSSIÓ TRANSFRONTERERA

Per tal de veure quines són les repercussions de l'aplicació del RS en l'aplicabilitat del Dret català de successions ens hem de situar en l'àmbit dels «conflictes internacionals», de les successions amb repercussió transfronterera, a les quals resulta aplicable, des de 17 d'agost de 2015, el RS.

### 2.1. Criteris que determinen la llei aplicable

Partint del principi d'unitat de la successió, segons el RS, la llei aplicable a la successió és, simplificadament:<sup>18</sup>

- La llei *de l'Estat* de la nacionalitat del causant, si aquest ha utilitzat la possibilitat d'elecció —*professio iuris*— que permet el RS (art. 22),<sup>19</sup> en el benentès que pot elegir la llei de la nacionalitat que tingui o bé en

---

18 En extens, *vid.* GINEBRA MOLINS, M. E., «El Reglamento (UE) 650/2012 y la determinación de la ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte», *Cuestiones de derecho sucesorio catalán. Principios, legítima y pactos sucesorios*, Barcelona: Marcial Pons, 2015, pàg. 150-165; GINEBRA MOLINS, M. E., «Sucesiones transfronterizas y Estados plurilegislativos. La «ley española» aplicable a la sucesión y a la validez formal de las disposiciones *mortis causa*», *El Reglamento (UE) 650/2012: su impacto en las sucesiones transfronterizas*, Barcelona: Marcial Pons, 2016, pàg. 237-262 —especialment pàg. 243-245—.

19 Seguint FONTANELLAS MORELL, en l'àmbit conflictual successori, la *professio iuris* es pot definir com aquella facultat conferida al causant per tal que, en una determinada disposició per causa de mort, designi, dins de certs límits, la llei que ha de regir, en tot o en part, la seva successió (FONTANELLAS MORELL, J. M., «Libertad de testar y libertad de elegir la ley aplicable a la sucesión», *Cuadernos de Derecho transnacional*, octubre 2018, vol. 10, núm. 2, pàg. 381, § 7).

Quant a la primacia de la *professio iuris* per a determinar la llei aplicable a la successió, el RS segueix el rastre del Conveni de La Haya sobre llei aplicable a las successions per causa de mort de 1989 (*vid.* art. 5 d'aquest Conveni). *Vid.* BORRÁS RODRÍGUEZ, A., «La Convention de La Haye de 1989 sur la loi applicable aux successions à cause de

el moment de realitzar l'elecció o bé en el moment de la mort<sup>20</sup> (*vid. atesos 27, 38, 39, 40 i 41 RS*). Si una persona té diverses nacionalitats, pot elegir la llei de qualsevol dels Estats dels que sigui nacional (art. 22.1.II RS).<sup>21</sup> L'elecció de la llei de aplicable en aquests termes impedeix que el canvi de residència habitual del causant pugui afectar-la i, en principi,<sup>22</sup> afavoreix la seguretat jurídica i la planificació successòria.

- Si no s'ha fet elecció, el RS fixa com a «regla general» la llei *de l'Estat* en el que el causant tingués la seva residència habitual en el moment de la mort (art. 21.1 RS).<sup>23</sup> El RS no defineix, però, què s'entén per residència habitual; es limita a fixar, en els atesos 23 i 24, algunes dades que suposadament poden servir per a identificar-la. En qualsevol cas, cal tendir a un concepte autònom de «residència habitual» a efectes del RS.
- La «regla general» de la residència habitual es troba exceptuada per la «clàusula d'excepció» o «clàusula d'escapament» a favor de la llei *de l'Estat* amb el que el causant mantingués, en el moment de la mort, un vincle «manifestament més estret» (art. 21.2 i atesos 24 i 25 RS).

Aquesta clàusula d'excepció opera únicament respecte de la connexió objectiva «residència habitual»; no entrarà mai en joc en aquells casos en què el causant hagi fet ús de la possibilitat d'elecció que preveu l'art. 22 RS.

A més, l'aplicació de la llei més estretament vinculada és excepcional (art. 21.2 RS: «Si, *de forma excepcional*, resultase claramente de todas las circunstancias del caso...» —*vid.*, també, atès 25 RS—). Tal com destaca l'atès 25 RS: «la vinculación manifiestamente más estrecha

---

mort et l'Espagne», *E Pluribus Unum. Liber Amicorum Georges A.L. Droz*, BORRÁS, A., BUCHER, A., STRUYCKEN, A. V. M., i VERWILGHEN, M. (Eds.), La Haya: Martinus Nijhoff Publishers, 1996, pàg. 16; ÁLVAREZ TORNÉ, M., «El tratamiento...», *op. loc. cit.*, 2012, pàg. 308.

20 La Proposta 2009 no concretava la referència temporal de la nacionalitat elegida; segons l'art. 17.1 Proposta 2009: «Cualquier persona podrá designar la ley del Estado cuya nacionalidad posee para que rija la totalidad de la sucesión». L'atès 18 de la Proposta 2009 establia: «El presente Reglamento debe propiciar que los ciudadanos puedan organizar por anticipado su sucesión, permitiéndoles elegir la ley aplicable. Esta posibilidad debería delimitarse estrictamente para respetar las expectativas legítimas de herederos y legatarios.»

21 La Proposta 2009 no contemplava el cas de les persones amb més d'una nacionalitat.

22 Certament, proporciona més seguretat jurídica l'elecció de la llei de l'Estat del que s'és nacional en el moment de fer l'elecció que no pas la de la nacionalitat que es tindrà en el moment de la mort. Sobre això, *vid.* GINEBRA MOLINS, M. E., «Sucesiones transfronterizas...», *op. loc. cit.*, 2016, pàg. 248; FONTANELLAS MORELL, J. M., «Libertad de testar...», *op. loc. cit.*, 2018, pàg. 398, § 22.

23 *Vid.* RDGRN 5-octubre-2018 —FD 7 i 8— [§ 1] (BOE núm. 256, 23.10.2018).

no debe emplearse como nexo subsidiario cuando la determinación de la residencia habitual del causante en el momento de su fallecimiento resulte compleja».

Tots aquests criteris remetent a la «lleï de l'Estat» (de la nacionalitat / de la residència habitual / amb el que el causant mantingues un vincle manifestament més estret). La qüestió que es planteja és, llavors, quina «lleï espanyola» cal aplicar quan qualsevol d'aquests criteris menin a la «lleï espanyola / de l'Estat espanyol»; quan hem d'entendre, per exemple, que la «lleï espanyola» aplicable és la catalana...

## 2.2. Llei aplicable a la successió i Estats plurilegislatius de base territorial: la «lleï espanyola»

I. En el cas de que la lleï designada pel RS sigui la d'un Estat —com l'espanyol— que comprèn diverses unitats territorials amb les seves pròpies normes jurídiques en matèria successòria, «les normes internes sobre conflicte de lleïs d'aquell Estat» determinaran la lleï de quina unitat territorial regirà la successió (art. 36.1 RS). El RS parteix, així, d'una regla de remissió indirecta, que es completa, però, amb criteris subsidiaris —de remissió directa— per al cas que «no existeixin» normes internes sobre conflictes de lleïs en aquell Estat (art. 36.2 RS: «A falta de tales normas internas sobre conflictos de leyes...»). Aquestes regles subsidiàries distingeixen en funció del punt de connexió que hagi portat a la «lleï espanyola» (*vid.* art. 36.2 RS).<sup>24</sup>

---

24 L'art. 36 RS estableix: «Estados con más de un sistema jurídico - conflictos territoriales de leyes

1. En el caso de que la ley designada por el presente Reglamento fuera la de un Estado que comprenda varias unidades territoriales con sus propias normas jurídicas en materia de sucesiones, las normas internas sobre conflicto de leyes de dicho Estado determinarán la unidad territorial correspondiente cuyas normas jurídicas regularán la sucesión.
2. A falta de tales normas internas sobre conflicto de leyes:
  - a) toda referencia a la ley del Estado a que hace referencia el apartado 1 se entenderá, a efectos de determinar la ley aplicable con arreglo a las disposiciones relativas a la residencia habitual del causante, como una referencia a la ley de la unidad territorial en la que este hubiera tenido su residencia habitual en el momento del fallecimiento;
  - b) toda referencia a la ley del Estado a que hace referencia el apartado 1 se entenderá, a efectos de determinar la ley aplicable con arreglo a las disposiciones relativas a la nacionalidad del causante, como una referencia a la ley de la unidad territorial con la que el causante hubiera tenido una vinculación más estrecha;

II. El RS podria haver optat per un criteri diferent. De fet, altres Reglaments europeus opten per establir regles de remissió directa,<sup>25</sup> com també ho feia la Proposta de Reglament de successions de 2009 (art. 28.1).<sup>26</sup> En aquest punt, la diferència entre la Proposta 2009 i el text definitivament aprovat del RS, l'any 2012, és, per tant, significativa.

III. Una evolució similar han experimentat les regles de remissió previstes als Reglaments Europeus sobre règim econòmic matrimonial (en endavant RREM)<sup>27</sup> i sobre efectes patrimonials de les unions registrades (en endavant RUR).<sup>28</sup> Mentre que les Propostes de 2011<sup>29</sup> partien bàsicament

- 
- c) toda referencia a la ley del Estado a que hace referencia el apartado 1 se entenderá, a efectos de determinar la ley aplicable con arreglo a cualesquiera otras disposiciones relativas a otros elementos que sean factores de vinculación, como una referencia a la ley de la unidad territorial en la que esté ubicado el elemento pertinente.
3. No obstante lo dispuesto en el apartado 2, toda referencia a la ley del Estado a que hace referencia el apartado 1 se entenderá, a efectos de determinar la ley pertinente con arreglo al artículo 27 y a falta de normas sobre conflicto de leyes en ese Estado, como una referencia a la ley de la unidad territorial con la que el testador o las personas cuya sucesión sea objeto de un pacto sucesorio hubieran tenido una vinculación más estrecha.»
- 25 *Vid.*, per exemple, l'art. 22.1 Reglament Roma I (Reglament [CE] núm. 593/2008 del Parlament Europeu i del Consell, de 17 de juny de 2008, sobre la llei aplicable a les obligacions contractuals [Roma I]), i l'art. 25.1 Reglament Roma II (Reglament [CE] núm. 864/2007 del Parlament Europeu i del Consell, d'11 de juliol de 2007, relatiu a la llei aplicable a les obligacions extracontractuals [«Roma II»]).
- 26 L'art. 28.1 Proposta 2009 es limitava a establir una regla de remissió directa. Segons l'art. 28.1 Proposta 2009: «En el caso de que un Estado comprenda varias unidades territoriales con sus propias normas jurídicas en materia de sucesión por causa de muerte, cada unidad territorial se considerará un Estado a efectos de la determinación de la ley aplicable en virtud del presente Reglamento».
- 27 Reglament (UE) 2016/1103, del Consell, de 24 de juny de 2016, pel que s'estableix una cooperació reforçada en l'àmbit de la competència, la llei aplicable, el reconeixement i l'execució de resolucions en matèria de règims econòmics matrimonials (*DOUE* L 183, 8.7.2016; correccions d'errades: *DOUE* L 113, 29.4.2017; *DOUE* L 167, 4.7.2018).
- 28 Reglament (UE) 2016/1104, del Consell, de 24 de juny de 2016, pel que 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 (*DOUE* L 183, 8.7.2016; correccions d'errades: *DOUE* L 113, 29.4.2017).
- 29 *Vid.* art. 25.a i b Proposta de Reglament relatiu a la competència, la llei aplicable, el reconeixement i l'execució de resolucions en matèria de règims econòmics matrimonials [Brussel·les, 16.3.2011, COM(2011) 126 final (text disponible a: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011PC0126&rid=1>)]; i art. 20.a i b Proposta de Reglament relatiu a la competència, la llei aplicable, el reconeixement i l'execució de resolucions en matèria d'efectes patrimonials de les unions registrades [Brussel·les, 16.3.2011, COM(2011) 127 final (text disponible a: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011PC0127&rid=1>)].

de regles de remissió directa, combinats amb regles de remissió indirecta únicament per a la connexió «nacionalitat» —respecte de la qual, a més, es preveïen criteris subsidiaris— (*vid.* art. 25 Proposta 2011 RREM i art. 20 Proposta 2011 RUR),<sup>30</sup> els textos definitivament aprovats es decanten, en general, per regles de remissió indirecta amb criteris subsidiaris — de remissió directa— per al cas de «manca de normes internes sobre conflictes de lleis» (*vid.* art. 33 RREM i 33 RUR).<sup>31</sup>

---

30 L'art. 25 Proposta RREM 2011 i l'art. 20 Proposta RUR 2011 estableixen, així, un sistema «mixt». *Vid.* QUINZÁ REDONDO, J. P., *Régimen económico matrimonial. Aspectos sustantivos y conflictuales*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, pàg. 384.

Art. 25 Proposta RREM 2011: «Estados con dos o más ordenamientos jurídicos - conflictos de leyes territoriales.- Cuando un Estado comprenda varias unidades territoriales y cada una de ellas disponga de su propio ordenamiento jurídico o de un conjunto de normas propias sobre las materias reguladas por el presente Reglamento:

- a) toda referencia a la ley de dicho Estado se interpretará, a efectos de determinar la ley aplicable en virtud del presente Reglamento, como la ley vigente en la unidad territorial de que se trate;
- b) toda referencia a la residencia habitual en dicho Estado se interpretará como la residencia habitual en una unidad territorial;
- c) toda referencia a la nacionalidad se referirá a la unidad territorial determinada por la ley de dicho Estado o, en ausencia de normas aplicables, a la unidad territorial elegida por las partes o, en ausencia de elección, a la unidad territorial con la que el cónyuge o los cónyuges tenga o tengan vínculos más estrechos.»

Art. 20 Proposta RUR 2011: «Estados con dos o más ordenamientos jurídicos - Conflictos de leyes territoriales.- Cuando un Estado comprenda varias unidades territoriales y cada una de ellas disponga de su propio ordenamiento jurídico o de un conjunto de normas propias sobre las materias reguladas por el presente Reglamento:

- a) toda referencia a la ley de dicho Estado se interpretará, a efectos de determinar la ley aplicable en virtud del presente Reglamento, como la ley vigente en la unidad territorial de que se trate;
- b) toda referencia a la residencia habitual en dicho Estado se interpretará como la residencia habitual en una unidad territorial;
- c) toda referencia a la nacionalidad se referirá a la unidad territorial determinada por la ley de dicho Estado o, en ausencia de normas aplicables, a la unidad territorial elegida por las partes o, en ausencia de elección, a la unidad territorial con la que uno o los dos miembros de la unión registrada tengan vínculos más estrechos.»

31 Segons l'art. 33 RREM: «Estados con diversos regímenes jurídicos - Conflictos territoriales de leyes.- 1. En el caso de que la ley determinada por el presente Reglamento sea la de un Estado que comprenda varias unidades territoriales con sus propias normas jurídicas en materia de régimen económico matrimonial, las normas internas en materia de conflicto de leyes de dicho Estado determinarán la unidad territorial pertinente cuyas normas jurídicas serán de aplicación.

2. En defecto de tales normas internas en materia de conflicto de leyes:

## 2.3. Successió amb repercussió transfronterera i aplicació del Dret català

Quant a l'aplicació del Dret català a les successions transfrontereres, em proposo tractar dues qüestions: d'una banda si la *professio iuris* que regula el RS (art. 22 i 83.2 RS) permet elegir la «lleï catalana», així com en quins casos cal considerar-la elegida d'acord amb l'art. 83.4 RS; i, d'altra banda, en quins supòsits, no existint elecció de la lleï aplicable, resultarà aplicable el Dret català.

- 
- a) toda referencia a la ley del Estado mencionada en el apartado 1 se entenderá, a efectos de determinar la ley aplicable con arreglo a las disposiciones relativas a la residencia habitual de los cónyuges, como una referencia a la ley de la unidad territorial en la que los cónyuges tengan su residencia habitual;
  - b) toda referencia a la ley del Estado mencionada en el apartado 1 se entenderá, a efectos de determinar la ley aplicable con arreglo a las disposiciones relativas a la nacionalidad de los cónyuges, como una referencia a la ley de la unidad territorial con la que los cónyuges tengan una conexión más estrecha;
  - c) toda referencia a la ley del Estado mencionada en el apartado 1 se entenderá, a efectos de determinar la ley aplicable con arreglo a cualesquiera otras disposiciones relativas a otros elementos que sean puntos de conexión, como una referencia a la ley de la unidad territorial en la que esté ubicado el elemento pertinente.»

L'art. 33 RUR estableix: «Estados con diversos regímenes jurídicos - Conflictos territoriales de leyes.- 1. En el caso de que la ley determinada por el presente Reglamento sea la de un Estado que comprenda varias unidades territoriales con sus propias normas jurídicas en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas, las normas internas en materia de conflicto de leyes de dicho Estado determinarán la unidad territorial pertinente cuyas normas jurídicas serán de aplicación.

2. En defecto de tales normas internas en materia de conflicto de leyes:

- a) toda referencia a la ley del Estado mencionada en el apartado 1 se entenderá, a efectos de determinar la ley aplicable con arreglo a las disposiciones relativas a la residencia habitual de los miembros de la unión registrada, como una referencia a la ley de la unidad territorial en la que los miembros de la unión registrada tengan su residencia habitual;
- b) toda referencia a la ley del Estado mencionada en el apartado 1 se entenderá, a efectos de determinar la ley aplicable con arreglo a las disposiciones relativas a la nacionalidad de los miembros de la unión registrada, como una referencia a la ley de la unidad territorial con la que los miembros de la unión registrada tengan una conexión más estrecha;
- c) toda referencia a la ley del Estado mencionada en el apartado 1 se entenderá, a efectos de determinar la ley aplicable con arreglo a cualesquiera otras disposiciones relativas a otros elementos que sean puntos de conexión, como una referencia a la ley de la unidad territorial en la que esté ubicado el elemento pertinente.»

### 2.3.1. L'elecció de la «lleï catalana»

Quant a la possibilitat d'elecció de la llei aplicable, convé analitzar, no només el règim que estableix el RS a partir de 17 d'agost de 2015 (*vid.* art. 22 RS), sinó també la possibilitat que, a l'empara de l'art. 83.2 RS, pugui resultar eficaç una elecció feta abans d'aquesta data. Ambdós casos pressuposen que quedi reflectida d'alguna manera la voluntat d'elecció o almenys de que s'apliqui una determinada llei, cosa que no requereix, en canvi, la regla prevista en l'art. 83.4 RS, a la que em referiré més endavant.

A) *La professio iuris: els art. 22 i 83.2 RS. L'elecció expressa o bé implícita de la «lleï catalana»*

#### a) L'elecció es pot haver fet des del 17 d'agost de 2015 o abans d'aquesta data

(a) *Elecció feta després de 17 d'agost de 2015: l'art. 22 RS*

I. D'acord amb l'art. 22 RS, a partir de 17 d'agost de 2015 qualsevol persona pot designar com a aplicable a la seva successió la llei de l'Estat del qual és nacional en el moment de fer l'elecció o en el moment de la mort (*vid.* atesos 27, 38, 39, 40 i 41 RS). El RS admet, per tant, elegir la llei aplicable (*professio iuris*), però de manera molt limitada —únicament a favor de la llei de la nacionalitat que es té (o d'una de les nacionalitats que es tenen) en elegir o en morir— (vegeu atès 38 RS); no permet elegir, en canvi, la llei de la residència habitual.

II. L'elecció l'ha de fer el causant<sup>32</sup> en una «disposició *mortis causa*» —expressió que, d'acord amb l'art. 3.1.d RS, inclou tant el testament com el pacte successori— (art. 22.2 RS i atès 39). No pot fer l'elecció qui pacta la successió amb el causant (art. 3.1.b i 25.3, al final, RS; *vid.*, quant al Dret català, els art. 431-1.1 i 431-2 del Codi civil de Catalunya [en endavant CCCat]).<sup>33</sup>

32 Quant a qui pot fer l'elecció, l'art. 22.1 RS s'hi refereix com a «qualsevol persona»; l'art. 83.2 i 4 RS al·ludeix al «causant»; i l'art. 25.3 RS a «la persona de la successió de la qual es tracta».

33 Conceptualment, en el Dret català els pactes successoris són negocis entre vius, i no *mortis causa*. Ara bé, «en pacte» es poden formalitzar tant la institució contractual d'hereu —heretament— com atribucions particulars (*vid.* art. 431-1.1, 431-3.1, 431-5.1, 431-8.2 i 3, 431-18 i 431-29 CCCat), i els títols successoris d'hereu i d'atribució particular



III. D'acord amb l'art. 22 RS («La elección deberá hacerse *expresamente* en forma de disposición *mortis causa*, o *habrá de resultar de los términos* de una disposición de ese tipo»), s'admet tant l'elecció expressa, com la implícita o deduïda (anomenada a vegades «tácita» o «concloent» per la doctrina).<sup>34</sup> La qüestió que es planteja és quan cal entendre que existeix elecció implícita o deduïda.<sup>35</sup>

Segons l'atès 39 RS: «Puede considerarse que la elección de la ley *resulta de una disposición mortis causa* en caso de que, por ejemplo, el causante haya hecho referencia en ella a determinadas disposiciones específicas de la ley del Estado de su nacionalidad o haya mencionado explícitamente de otro modo esa ley». En aquest atès l'elecció implícita es vincula a la referència o menció explícita en la disposició *mortis causa*, ja sigui genèricament a «una llei», o bé a determinades disposicions específiques, sense que hi hagi una elecció expressa de la llei aplicable.

Encara que l'art. 22 RS no exigeix que l'elecció implícita resulti de manera «inequívoca» (tal i com exigeixen expressament, en canvi, altres Reglaments europeus),<sup>36</sup> cal que l'«elecció de la llei aplicable» —ja sigui com a autèntica voluntat d'elecció o almenys de que s'apliqui una determinada llei— resulti de manera clara de la disposició *mortis causa*; s'ha de deduir dels termes emprats («...habrá de resultar de los términos

---

són per causa de mort; la institució d'hereu està «formalitzada en pacte» com podria estar-ho «en testament». A més, els negocis successoris d'institució d'hereu o d'atribució particular formalitzats a través de pactes successoris continuen essent negocis de disposició de béns propis i, per tant, unilaterals.

34 La Proposta 2009 (art. 17) no es referia expressament a la possibilitat d'elecció implícita o deduïda.

35 Sobre això, *vid.* FONTANELLAS MORELL, J. M., «Libertad de testar...», *op. loc. cit.*, 2018, pàg. 400-403, § 26.

36 El fet que el RS no utilitzi l'adverbi «inequívocament» s'ha llegit a vegades com una voluntat de ser més flexible quant a l'elecció implícita de la llei successòria. Segons l'art. 3.1 del Reglament Roma I (Reglament [CE] núm. 593/2008 del Parlament Europeu i del Consell, de 17 de juny de 2008, sobre la llei aplicable a les obligacions contractuals [«Roma I»]): «El contrato se regirá por la ley elegida por las partes. Esta elección deberá manifestarse expresamente o resultar *de manera inequívoca* de los términos del contrato o de las circunstancias del caso...». L'art. 14.1, al final, Reglament Roma II (Reglament [CE] núm. 864/2007 del Parlament Europeu i del Consell, d'11 de juliol de 2007, relatiu a la llei aplicable a les obligacions extracontractuals [«Roma II»]) estableix: «La elección deberá manifestarse expresamente o resultar *de manera inequívoca* de las circunstancias del caso y no perjudicará los derechos de terceros».

de una disposició de ese tipo» —art. 22.2 RS—);<sup>37</sup> no n'hi hauria prou amb elements extrínsecs, si bé aquests poden ser tinguts en compte a l'hora d'interpretar l'autèntica voluntat del causant.<sup>38</sup>

Així, al marge d'allò previst a l'art. 83.4 RS —al que després em referiré—,<sup>39</sup> el sol fet d'atorgar una disposició *mortis causa* conforme a la llei nacional/personal del causant no hauria de permetre, per si sol, arribar a la conclusió que hi ha hagut una elecció implícita o deduïda d'acord amb l'art. 22 RS.<sup>40</sup> En aquest sentit, la doctrina discuteix si cal consciència d'elegir,<sup>41</sup> qüestió a la qual l'atès 40 RS sembla donar resposta afirmativa («...Debe corresponder... a la ley elegida determinar la validez material del acto de la elección, es decir, si cabe considerar que la persona que llevó a cabo la elección *comprendió lo que estaba haciendo y consintió en ello...*»)<sup>42</sup> Cal que quedi reflectida d'alguna manera la voluntat d'elecció o si més no la voluntat de que s'apliqui una determinada llei.<sup>43</sup> Tot plegat mena, en definitiva, a la interpretació de la voluntat del causant.

---

37 Segons la RDGRN 10-abril-2017 —FD 4— (BOE núm. 99, 26.04.2017), la *professio iuris* ha de ser «expresa o indubitada en sus términos».

38 *Vid.* FONTANELLAS MORELL, J. M., «Libertad de testar...», *op. loc. cit.*, 2018, pàg. 402-403, § 26. *Cfr.*, en canvi, REQUEJO ISIDRO, M., «El tiempo en el Reglamento 650/2012. Ilustraciones de la práctica española», *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 70/2, juliol-desembre 2018, pàg. 132-133, § 11; REQUEJO ISIDRO, M., *Incidencia del Reglamento 650/2012...*, *op. cit.*, 2018, pàg. 82.

39 *Vid.* epígraf 2.3.1, B.

40 *Vid.* BONOMI a BONOMI, A., i WAUTELET, P., *Le droit européen...*, *op. cit.*, 2013, pàg. 323, § 59.

41 Al respecte, *vid.* BONOMI a BONOMI, A., i WAUTELET, P., *Le droit européen...*, *op. cit.*, 2013, pàg. 324-325, §§ 62-63.

42 *Vid.* REQUEJO ISIDRO, M., «El tiempo en el Reglamento 650/2012...», *op. loc. cit.*, 2018, pàg. 133, § 12; REQUEJO ISIDRO, M., *Incidencia del Reglamento 650/2012...*, *op. cit.*, 2018, pàg. 85-86. Segons l'atès 40 RS: «La elección de la ley realizada en virtud del presente Reglamento debe ser válida aun cuando la ley elegida no prevea la elección de la ley en materia de sucesiones. Debe corresponder, no obstante, a la ley elegida determinar la validez material del acto de la elección, es decir, *si cabe considerar que la persona que llevó a cabo la elección comprendió lo que estaba haciendo y consintió en ello*. Esto mismo debe aplicarse al acto de modificar o revocar la elección de la ley.»

43 En el propi art. 22 RS la rúbrica i els paràgrafs 1.II, 2, 3 i 4 utilitzen el verb «elegir», mentre que, en canvi, el paràgraf 1.I, al principi, parla de «designar». Segons BONOMI, «la conscience de choisir entre plusieurs lois ne doit pas être exigée; la volonté réelle et prouvée du disposant de soumettre sa succession à son droit national suffit pour admettre l'existence d'un choix, même si elle n'est pas accompagnée de la conscience de l'existence d'un conflit de lois» (BONOMI a BONOMI, A., i WAUTELET, P., *Le droit européen...*, *op. cit.*, 2013, pàg. 325, § 62). *Vid.*, també, REQUEJO ISIDRO, M., «El tiempo en el Reglamento 650/2012...», *op. loc. cit.*, 2018, pàg. 133-134, § 12.

(b) *Elecció feta abans de 17 d'agost de 2015: l'art. 83.2 RS*

I. Entre les mal anomenades «Disposicions transitòries»,<sup>44</sup> l'art. 83.2 RS admet que l'elecció s'hagi pogut fer «abans de 17 d'agost de 2015» —fins i tot abans de l'entrada en vigor del RS, que va tenir lloc als vint dies de la publicació al DOUE (art. 84.I RS)—.<sup>45</sup> Aquesta elecció serà vàlida: si compleix les condicions establertes al Cap. III RS —admetent-se, per tant, tant l'elecció expressa com la implícita o deduïda (art. 22 RS)—; o bé si compleix les condicions de validesa previstes a les normes de Dret internacional privat vigents, en el moment en què es va fer l'elecció, a l'Estat en el que el causant tingués la seva residència habitual o en qualsevol dels Estats dels quals fos nacional.<sup>46</sup>

II. Aquesta regla implica reconèixer eficàcia a l'elecció/designació —sia expressa, sia implícita o deduïda— de la «lleï espanyola» —o de la «lleï catalana»<sup>47</sup>— feta abans de 17 d'agost de 2015, si el causant mor a partir d'aquesta data.<sup>48</sup>

---

44 Malgrat la rúbrica del precepte, l'art. 83 RS no conté normes «de Dret transitori», ja que no prorroguen l'aplicabilitat d'una norma derogada; es tracta més aviat de normes de «retroactivitat», en la mesura que estenen l'aplicabilitat del RS a situacions creades abans que estigués vigent i fos aplicable.

45 *Vid.* REQUEJO ISIDRO, M., «El tiempo en el Reglamento 650/2012...», *op. loc. cit.*, 2018, pàg. 136-138 i 140, §§ 20, 21, 22 i 28; REQUEJO ISIDRO, M., *Incidencia del Reglamento 650/2012...*, *op. cit.*, 2018, pàg. 100-102 i 109-110. *Vid.*, també, RDGRN 14-febrer-2019 (BOE núm. 61, 12.03.2019).

46 *Vid.* RDGRN 2-març-2018 —FD 3-8— (BOE núm. 69, 20.03.2018).

L'art. 50.2 Proposta 2009 es limitava a establir: «Cuando el difunto hubiera designado, antes de la fecha de aplicación del presente Reglamento, la ley aplicable a su sucesión, esta designación se dará por válida siempre que cumpla las condiciones contempladas en el artículo 17». Com a precedent, *vid.* l'art. 22.2 Conveni de La Haya sobre Llei Aplicable a les Successions per causa de Mort de 1989 («Cuando el difunto hubiera designado la ley aplicable a su sucesión en cualquier momento anterior a la entrada en vigor del Convenio en dicho Estado, la citada designación se considerará válida en el mismo si cumple los requisitos previstos en el artículo 5»).

47 Vegeu l'epígraf següent.

48 *Vid.* RDGRN 13-agost-2014 —FD 3— (BOE núm. 242, 06.10.2014), RDGRN 15-juny-2016 —FD 3-8— (BOE núm. 175, 21.07.2016), RDGRN 2-març-2018 —FD 2 i 3— (BOE núm. 69, 20.03.2018), STS 15-gener-2019 (*Westlaw*, RJ/2019/60) i RDGRN 14-febrer-2019 (BOE núm. 61, 12.03.2019).

## b) És possible elegir directament la llei catalana?

I. D'acord amb l'art. 22 RS, l'espanyol amb veïnatge civil català pot elegir la «lleï espanyola» («Cualquier persona podrá designar *la ley del Estado cuya nacionalidad posea...*»). En aquest cas, caldrà recórrer a la regla de remissió indirecta de l'art. 36.1 RS, que, a través de l'art. 16.1 CCE, ens menarà a la «lleï catalana» —corresponent al veïnatge civil—. <sup>49</sup> En aquest sentit, cal entendre que l'elecció a favor de la lleï de la nacionalitat —espanyola— porta implícita la de la lleï espanyola a la que està subjecte la persona, a través del veïnatge civil (art. 14 i 16.1 CCE), *en el moment de l'elecció o de la mort* —en funció de quin hagi estat el moment pres com a referència quant a la nacionalitat a l'hora de fer l'elecció—; <sup>50</sup> convé considerar que la remissió indirecta de l'art. 36.1 RS ens mena en aquest cas a l'art. 16.1.1a CCE (segons el qual en els anomenats «conflictes interregionals» és lleï personal la determinada pel veïnatge civil); si féssim un pas més, vers l'art. 9.8 CCE, la descoordinació de soluciones es faria evident, atès que aquest precepte declara aplicable en tot cas la lleï nacional/personal del causant en el *moment de la mort*. <sup>51</sup>

---

49 En aquest sentit, segons FONT SEGURA, en la traducció de l'obra de BONOMI i WAUTELET, l'elecció de la lleï espanyola per part d'un nacional espanyol implica, per aplicació de l'art. 16.1 CCE, la del veïnatge civil que es posseeix (FONT SEGURA, A., traducció i adaptació de l'obra BONOMI, A. i WAUTELET, P., *El Derecho europeo de sucesiones*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters. Aranzadi, 2015, pàg. 261, § 18). També per a ESPÍÑEIRA SOTO, «cuando un español residente en el extranjero opta por la Ley de su nacionalidad opta por la Ley de su vecindad civil» (ESPÍÑEIRA SOTO, I., «La ley rectora de la admisibilidad y validez de las disposiciones *mortis causa*. incidencia de la *professio iuris*» (text disponible a: <https://www.notariosyregistradores.com/LEYSEXTRANJERAS/ARTICULOS/2012-validez-disposiciones-mortis-cause.htm> [data de la consulta: 3.09.2018])).

50 Així, si la persona elegix la lleï de la nacionalitat —espanyola— que té en el moment de fer l'elecció, tenint llavors veïnatge civil català, encara que mori sent navarrès, la seva successió es regirà pel Dret català. De la mateixa manera, si la persona elegix la lleï de la nacionalitat espanyola que té en el moment de fer l'elecció, tenint llavors veïnatge civil català, encara que mori sense tenir aquella nacionalitat, la seva successió es regirà pel Dret català. I si elegix la lleï espanyola que compta tenir en el moment de la mort i mor amb veïnatge civil català, la lleï successòria serà la catalana.

51 Imaginem, per exemple, que la persona elegix la lleï de la nacionalitat —espanyola— que té en el moment de realitzar l'elecció, tenint llavors un determinat veïnatge civil, però que mor tenint un altre veïnatge civil o, fins i tot, sense tenir la nacionalitat espanyola... En el primer cas, si mor amb un altre veïnatge civil, i a través de la regla de remissió indirecta de l'art. 36.1 RS acudíssim als art. 16.1 i 9.8 CCE hauríem de concloure que resulta aplicable la lleï del veïnatge civil del causant en el moment de la mort, encara que en el moment d'elegir la lleï espanyola tingués un altre veïnatge civil...; no està clar que aquesta sigui la solució més adequada, ni tampoc que s'ajusti a allò que volia

II. Ara bé, una elecció genèrica a favor de la «lleï espanyola» se'm fa certament estranya... La qüestió que es planteja llavors és si és possible, a l'empara de l'art. 22 RS —o de l'art. 83.2 RS—, elegir directament la «lleï catalana». Hi ha autors que ho neguen.<sup>52</sup> Amb tot, contra aquestes opinions, entenem que ha de ser possible elegir directament la «lleï catalana» a la que s'està subjecte pel veïnatge civil. De fet, cal tenir en

---

el causant quan va realitzar l'elecció. La descoordinació encara es fa més evident en el cas que la persona hagi elegit la lleï de la nacionalitat en el moment de fer l'elecció, essent llavors espanyol, però mor havent perdut aquesta nacionalitat... D'acord amb el RS, la successió es regiria per la «lleï espanyola», però si, a través de l'art. 36.1 RS, acudíssim als art. 16.1 i 9.8 CCE no aconseguiríem identificar cap «lleï espanyola» com a aplicable, atès que, no essent el causant espanyol en el moment de la mort, no pot tenir veïnatge civil. No creiem que resulti adequat acudir analògicament, en aquests casos, a l'art. 9.10 CCE i, per tant, a la lleï de la residència habitual —via que, d'altra banda, tampoc resoldria tots els supòsits—. Quant a la problemàtica que genera el fet que el RS permeti elegir la lleï de la nacionalitat que es té en el *moment de fer l'elecció* o bé en el *moment de la mort* i que les normes internes per a resoldre els «conflictes interregionals» declarin aplicable la lleï personal del causant —determinada pel veïnatge civil— en el *moment de la mort*, així com a la solució que es proposa, *vid.*, en extens: GINEBRA MOLINS, M. E., «Sucesiones transfronterizas...», *op. loc. cit.*, 2016, pàg. 248-251.

- 52 Certament, una primera aproximació pot portar a concloure que la combinació dels art. 22 i 36 RS implica vetar la possibilitat que els nacionals espanyols elegeixin directament la lleï espanyola a la que estan subjectes en base al veïnatge civil. En aquest sentit, BONOMI afirma categòricament que el RS no permet al causant designar directament les regles internes a les que desitja sotmetre la seva successió (BONOMI, A., i WAUTELET, P., *Le droit européen...*, *op. cit.*, 2013, pàg. 306, § 18). Segons REQUEJO ISIDRO, «[L]a elección de ley debe recaer sobre una ley estatal, y no sobre la de una unidad territorial, en caso de haberla —como ocurriría en España—, de manera que si el causante realiza una elección en esos términos habrá que interpretar que se refiere al ordenamiento estatal, pasando luego a concretar la que corresponda conforme al art. 36 Reglamento» (REQUEJO ISIDRO, M., *Incidencia del Reglamento 650/2012...*, *op. cit.*, 2018, pàg. 91). Per a RENTERÍA AROCENA, «[E]l requisito respeto mostrado por el Reglamento 650/2012 hacia las normas de los Estados miembros en materia de conflictos internos de leyes convierte en ineficaz —a los solos efectos interregionales y sin perjuicio de la validez de la «*professio iuris*» en cuanto a la designación genérica de la ley española como ley rectora de la sucesión— la elección directa por el causante de una determinada ley civil foral o especial de nuestro país, ya que el régimen del Código Civil —al que se remite íntegramente el artículo 36.1 del Reglamento 650/2012— no reconoce eficacia alguna, en el ámbito interno, a tal elección de ley (RENERÍA AROCENA, A., «Las sucesiones mortis-causa transfronterizas en derecho español: los convenios internacionales, el Reglamento 650/2012 y las reformas legislativas de 2015», 2015, pàg. 39-40 [text disponible a: <http://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/doctrina/articulos-doctrina/las-sucesiones-mortis-causa-transfronterizas-en-derecho-espanol-los-convenios-internacionales-el-reglamento-6502012-y-las-reformas-legislativas-de-2015/> (data de la consulta: 31.08.2018))].

compte que tant els supòsits d'elecció implícita o deduïda —que admet l'art. 22.2 RS i també, retroactivament i per remissió, l'art. 83.2 RS—, com la regla prevista a l'art. 83.4 RS, remetran necessàriament a un Dret concret (el català, el navarrès, l'impròpiament anomenat «comú», l'aragonès...); resulta força artificiosos entendre que, en aquests casos, per a identificar el concret Dret espanyol aplicable, calgui passar sempre el filtre de la regla de remissió indirecta de l'art. 36.1 RS. A més, no semblaria lògic considerar nul·la l'elecció de la «lleï catalana» —o, genèricament, de la «lleï espanyola corresponent al veïnatge civil»— si les normes del RS ens portarien precisament a aquesta lleï a través de l'art. 36.1 RS.<sup>53</sup>

III. De fet, a aquests efectes, quan es tracti d'Estats plurilegislatius com l'espanyol, la possibilitat de designar la «lleï de l'Estat de la nacionalitat» (art. 22 RS), s'ha d'entendre referida a la «lleï de la unitat territorial» que identifiquin les normes internes espanyoles sobre conflicte de lleis (d'acord amb l'art. 36.1 RS), la qual cosa ens mena, conforme a l'art. 16.1.1a CCE,

---

53 Des del punt de vista notarial, RIPOLL SOLER indica la conveniència de concretar la lleï aplicable en aquells casos en els que la *professio iuris* es realitzi a favor de la lleï nacional d'un Estat plurilegislatiu, com és el cas d'Espanya, «descendiendo, por consiguiente, al concreto sistema aplicable de ley material». D'acord amb això, aquest autor proposa una clàusula amb la següent redacció: ««*Professio iuris*. A los efectos de lo dispuesto en el artículo 22 R(UE) 650/2012, el testador elige como ley aplicable a su sucesión la correspondiente a su nacionalidad española y, dentro del ámbito de aplicación del artículo 36 del citado Reglamento, hace constar que, actualmente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 14 del Código civil español, su vecindad civil es la aragonesa, por lo que elegida su ley nacional como rectora de su sucesión realiza la concreción de la misma a favor de la legislación civil aragonesa, con arreglo a la cual ordena y planifica su sucesión en este testamento»». L'autor justifica aquesta redacció dient: «Se toma como punto de partida la cláusula que se considera más correcta, pues en ella se es respetuoso con el sistema de remisión indirecta del Reglamento, se hace llamada en primer lugar a la ley nacional (arg. art. 22) y, en cascada, se procede a hacer la aplicación del sistema conflictual interno, como manda el artículo 36 del Reglamento. Desde un punto de vista de práctica jurídica, la redacción de la cláusula de elección de ley en tal sentido evita cualquier margen de duda sobre la voluntad del optante y disponente de la sucesión. Es lo que se considera debería ser una buena práctica notarial, en la cual, lo tácito es enemigo de lo expreso». Com una variant de l'anterior redacció, el mateix RIPOLL SOLER proposa el següent text, més directe: ««*Professio iuris*. A los efectos de lo dispuesto en el artículo 22 R(UE) 650/2012, el testador elige como ley aplicable a su sucesión la aragonesa, con arreglo a la cual ordena y planifica su sucesión en este testamento»». El mateix autor destaca que en aquest cas es prescindeix de l'*iter* seqüencial que marca l'art. 36 RS, però atès que es tracta d'una clàusula d'elecció de lleï que condueix al mateix resultat que l'anterior, encara que no expliqui el procés pel qual s'apunta a una determinada lleï successòria, no per això deixaria de ser vàlida (RIPOLL SOLER, A., «Hacia un nuevo modelo de planificación sucesoria notarial: la *professio iuris*», *Revista de Derecho Civil*, vol. III, núm. 2 [abril-juny, 2016], pàg. 39).

a la llei personal determinada pel veïnatge civil. De la combinació dels art. 22 i 36.1 RS en resulta, en definitiva, la possibilitat d'elegir, com a llei aplicable a les successions transfrontereres, la llei de la unitat territorial corresponent al veïnatge civil.

En el cas d'Estats que no tinguin normes sobre conflictes de lleis interns, d'acord amb l'art. 36.2 RS, la referència a la «llei de l'Estat de la nacionalitat» s'ha d'entendre feta (norma interpretativa) a la «llei de la unitat territorial amb la que el causant hagués tingut una vinculació més estreta» (art. 36.2.b RS).

En definitiva, en l'art. 36.1 i 2.b RS, el propi RS «tradueix» la referència a la «llei de l'Estat de la nacionalitat» en termes d'«unitat territorial» dins de l'Estat —ja sigui identificada de manera indirecta (art. 36.1 RS) o bé directa (art. 36.2.b RS)—.

IV. En qualsevol cas, l'espanyol només pot elegir la llei corresponent al seu veïnatge civil; no pot elegir cap altra llei espanyola.

### **c) Possibles indicadors d'una elecció implícita o deduïda de la «llei catalana»**

I. Per poder parlar d'elecció, ni que sigui implícita, caldria que quedés clara la voluntat d'elegir o almenys de que s'apliqui una determinada llei —en aquest cas, la «llei catalana»—. La qüestió és quins indicadors es poden considerar representatius d'una elecció implícita de la llei catalana; quines referències «a la llei catalana» o a «determinades disposicions específiques» —en els termes en què s'expressa l'atès 39 RS— es consideren suficients per entendre que existeix una elecció implícita d'aquesta llei.

II. El sol fet de constar en la disposició *mortis causa* la nacionalitat espanyola o el veïnatge civil català —a mode de mera constatació— no s'ha d'entendre com una elecció/designació de la llei aplicable. En aquest sentit, la RDGRN 13-agost-2014<sup>54</sup> afirma que el simple reconeixement de la nacionalitat que es té, «sin expresa declaración de sometimiento a su ley nacional», no és suficient per entendre que existeix *professio iuris* ex art. 83.2 RS (en aquell cas, a més, el causant havia mort l'any 2013 i, per tant, no resultava aplicable el RS).

---

<sup>54</sup> BOE núm. 241, 6.10.2014.

III. Per altra banda, i a reserva del que després es dirà a propòsit de l'art. 83.4 RS,<sup>55</sup> el sol fet de realitzar una disposició *mortis causa* d'acord amb el Dret català no seria suficient per entendre elegida/designada de forma implícita o deduïda la llei catalana ex art. 22 i 83.2 RS. Això hauria d'anar acompanyat d'altres circumstàncies. Cal que en els termes de la disposició *mortis causa* hi quedi reflectida d'alguna manera la voluntat del causant en el sentit d'elegir o almenys de que la seva successió es regeixi per la llei catalana. Això, ens mena novament, en definitiva, en cada cas, a la interpretació de la voluntat del causant.

Així, per exemple, el sol fet d'al·ludir al sistema legitimari català simplement per considerar que és el que s'aplica legalment, pot no resultar suficient per entendre elegida la «llei catalana». Aquesta referència pot estar motivada únicament, per exemple, pel convenciment que s'està obligat a respectar-lo..., que no hi ha més remei que fer-ho... Dependrà, per tant, de les circumstàncies del cas i caldrà estar a allò que resulti de la interpretació de la voluntat del causant.

IV. Tampoc n'hi hauria prou amb el sol fet que el testament estigués redactat en català. Caldrien altres elements.

V. Amb caràcter general, es podrien tenir en compte, com a indicis a favor de l'elecció de la llei aplicable, per exemple, la referència a disposicions de la llei nacional/personal, o bé el fet que el causant utilitzi expressions, o es refereixi a nocions o institucions pròpies de la llei nacional/personal, a voltes fins i tot desconegudes en altres lleis, i en especial en la llei de l'Estat de la residència habitual. Així, com a exemple d'indici d'elecció implícita o deduïda es sol posar el del causant anglosaxó que constitueix un trust testamentari d'acord amb la llei de la seva nacionalitat, o bé l'atorgament d'un pacte successori o d'un testament mancomunat d'acord amb la llei nacional/personal, especialment quan la llei de l'Estat de la residència habitual no l'admet.<sup>56</sup> Amb tot, caldrà estar en tot cas a la interpretació de l'autèntica voluntat del causant.

---

55 *Vid.* epígraf 2.3.1, B.

56 *Vid.* BONOMI a BONOMI, A., i WAUTELET, P., *Le droit européen...*, *op. cit.*, 2013, pàg. 323-324, § 60; REQUEJO ISIDRO, M., «El tiempo en el Reglamento 650/2012...», *op. loc. cit.*, 2018, pàg. 131-132, § 10; REQUEJO ISIDRO, M., *Incidencia del Reglamento 650/2012...*, *op. cit.*, 2018, pàg. 82. *Vid.*, també, FONTANELLAS MORELL, J. M., «Libertad de testar...», *op. loc. cit.*, 2018, pàg. 405-406, § 28.



VI. Quant al Dret català, podrien ser indicis dels que es podria deduir una voluntat d'elecció d'aquest Dret (a reserva del que resulti, en cada cas, de la interpretació de la voluntat del causant), per exemple, el fet que el causant català faci ús de la designació d'hereu pel cònjuge o convivent o pels parents d'acord amb allò previst als art. 424-1 i seg. del Codi civil de Catalunya [en endavant CCCat], o bé si institueix un hereu de confiança conforme als art. 424-11 i seg. CCCat, especialment si el testador resideix en aquell moment a l'estranger; o bé si atorga un heretament fent servir aquest terme (*vid.* art. 431-18 i seg. CCCat)... Si s'esmenten fins i tot els preceptes corresponents del CCCat la voluntat d'elecció pot resultar encara més evident, però malgrat que no s'esmentin, poden ser indicis que revelin la voluntat d'elecció o d'aplicació de la llei catalana, a reserva, en tot cas, del que acabi resultant una vegada interpretada la voluntat del causant.

Encara que es tracti d'un supòsit residual i destinat a desaparèixer, també es podria entendre que hi ha voluntat que s'apliqui el Dret català en el cas que el causant mori després de 17 d'agost de 2015 havent atorgat testament davant rector d'acord amb el règim del Codi de Successions [en endavant CS] (vegeu art. 117 i seg. CS);<sup>57</sup> en aquest sentit, cal tenir en compte que, d'acord amb la DT 3a Llei 10/2008, del 10 de juliol, si el causant mor després de l'entrada en vigor del Llibre quart CCCat aquest tipus de testament no caduca fins que hagin transcorregut sis anys comptats des de la mort.

VII. La dificultat d'acreditar l'autèntica voluntat d'elecció de la llei aplicable —o almenys de que s'apliqui una determinada llei— en l'elecció implícita, així com la inseguretat que genera, fa aconsellable optar per l'elecció expressa, si és el que realment es vol. D'altra banda, en el cas contrari, si no es vol elegir la llei aplicable, en alguns casos pot resultar convenient deixar-ho clar.<sup>58</sup>

---

57 Tal com destaca el Preàmbul (III.a, § 2) de la Llei 10/2008, del 10 de juliol, «Respecte a les formes testamentàries, la novetat més rellevant, encara que amb una transcendència pràctica molt limitada, és la decisió de suprimir el testament ordinari davant rector».

58 *Vid.* FONTANELLAS MORELL, J. M., «Libertad de testar...», *op. loc. cit.*, 2018, pàg. 401-402, § 26.

B) *Les disposicions mortis causa anteriors a 17 d'agost de 2015 i la regla prevista a l'art. 83.4 RS*

I. Al marge dels supòsits d'elecció de la llei aplicable —ja sigui expressa o bé implícita o deduïda— a l'empara dels art. 22 i 83.2 RS, en cas de disposicions *mortis causa* atorgades abans de 17 d'agost de 2015 —i fins i tot abans de l'entrada en vigor del RS— l'art. 83.4 RS dóna peu a considerar que contenen una elecció malgrat no reflectir una voluntat d'elegir la llei aplicable; aquesta és la principal diferència entre allò previst a l'art. 83.2 i la regla de l'art. 83.4 RS.<sup>59</sup> D'acord amb l'art. 83.4 RS, si una disposició *mortis causa* s'ha realitzat «abans de 17 d'agost de 2015» «d'acord amb» [«con arreglo a»] «la llei que podria haver elegit» de conformitat amb el RS (vegeu art. 22.1 RS), «es considerarà» que aquesta llei ha estat elegida com a aplicable a la successió. En aquest cas, per tant, el fet de realitzar la disposició *mortis causa* «d'acord amb» una determinada llei s'identifica amb l'elecció d'aquesta llei per a regular la successió; s'ha dit que es tracta d'una «ficció».<sup>60</sup>

II. Els termes en què s'expressa l'art. 83.4 RS («con arreglo a la ley...») permeten incloure tant aspectes formals com de contingut de la «disposició *mortis causa*». Es tracta de la llei efectivament aplicada, des d'un punt de vista formal i de contingut. L'aplicació d'una llei elegible «es considera» elecció.

III. Així, la regla prevista a l'art. 83.4 RS pot afavorir que resulti aplicable el Dret català a successions en què les disposicions *mortis causa* hagin estat atorgades abans de l'aplicabilitat del RS —fins i tot molts anys abans— d'acord amb el Dret català, malgrat que no reflecteixin cap mena

---

59 Aquesta regla no tenia equivalent a la Proposta 2009. Es va introduir com a conseqüència d'una esmena (núm. 120) del Parlament a la Proposta de la Comissió. L'esmena proposava afegir un paràgraf a l'art. 50 de la Proposta 2009 amb el text següent: «La disposición testamentaria realizada antes de la fecha de aplicación del presente Reglamento, incluido el período anterior a su entrada en vigor, con arreglo a la legislación de un Estado que el causante habría podido elegir de conformidad con el artículo 17 del presente Reglamento, se considerará ley de elección» (*Proyecto de informe sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y los actos auténticos en materia de sucesiones y a la creación de un certificado sucesorio europeo* (COM(2009)0154 - C7-0236/2009 - 2009/0157(COD)), Comisión de Asuntos Jurídicos, Ponente: Kurt Lechner, pàg. 60).

60 *Vid.* REQUEJO ISIDRO, M., «El tiempo en el Reglamento 650/2012...», *op. loc. cit.*, 2018, pàg. 134, 146, 147 i 152, §§ 13, 38, 43 i 57; REQUEJO ISIDRO, M., *Incidencia del Reglamento 650/2012...*, *op. cit.*, 2018, pàg. 87 i 122-123, 125.

de voluntat d'elecció. L'art. 83.4 RS —a diferència dels art. 22 i 83.2 RS— eximeix d'haver d'investigar si hi ha voluntat d'elecció;<sup>61</sup> de fet, pressuposa que no n'hi ha (atès que per als casos que n'hi ha ja tenim la regla de l'art. 83.2 RS).<sup>62</sup> A la pràctica, aquesta regla absorbeix i elimina, per tant, la necessitat de provar l'autèntica voluntat d'elecció/designació —que exigiria, en canvi, l'art. 83.2 RS— en cas de disposicions *mortis causa* atorgades abans de 17 d'agost de 2015.<sup>63</sup> N'hi ha prou amb què el testador català hagi atorgat, abans de 17 d'agost de 2015, el seu testament d'acord amb la «lleï catalana» per considerar elegida aquesta lleï. Per aquesta via es pot considerar aplicable el Dret català a moltes successions obertes amb posterioritat a 17 d'agost de 2015 en què la disposició *mortis causa* s'hagi atorgat abans d'aquesta data i fins i tot abans de la publicació del RS.

IV. Per tal que es plantegi l'aplicació d'aquesta norma s'ha de tractar de successions transfrontereres obertes a partir de 17 d'agost de 2015 conforme a disposicions *mortis causa* atorgades amb anterioritat a aquesta data.

### 2.3.2. L'aplicació del Dret català en els casos en què no ha existit *professio iuris*

En els casos en què no ha existit *professio iuris*, d'acord amb el RS, la «lleï catalana» pot resultar aplicable a les successions transfrontereres en cas de causants espanyols amb veïnatge civil català o bé estrangers.

---

61 Vid. WAUTELET a BONOMI, A., i WAUTELET, P., *Le droit européen...*, op. cit., 2013, pàg. 868, § 32.

62 Tal com indica REQUEJO ISIDRO, «si el punto de partida en el art. 83.2 es una elección de ley, en el apdo. 4, justamente, no la hay» (REQUEJO ISIDRO, M., «El tiempo en el Reglamento 650/2012...», op. loc. cit., 2018, pàg. 148-149, § 47; vid., també, pàg. 150, § 52). Vid., també, REQUEJO ISIDRO, M., *Incidencia del Reglamento 650/2012...*, op. cit., 2018, pàg. 106 i 128.

63 Vid. RDGRN 15-juny-2016 —FD 6, al final— (BOE núm. 175, 21.07.2016) i RDGRN 4-juliol-2016 —FD 3— (BOE núm. 194, 12.08.2016). En la RDGRN 2-març-2018 (BOE núm. 69, 20.03.2018), referida a la successió d'un causant britànic oberta després de 17 d'agost de 2015, malgrat que la DGRN ho enfoca des del punt de vista de l'existència d'una *professio iuris* tàcita transitòria (a favor de la lleï britànica [Anglaterra i Gales]), i a reserva del que pugui resultar del testament (atorgat l'any 2004), allò que indica la Resolució semblaria donar peu a entendre que no hi ha ni tan sols *professio iuris*, sinó que simplement el causant havia testat conforme a la seva lleï personal...

A) *L'aplicació del Dret català —com a «lleï espanyola»— en els casos en què el causant tingué la residència habitual a Espanya o hi mantingués els vincles manifestament més estrets*

**a) Aplicació de la «lleï espanyola» a la successió d'un espanyol en els casos en què no ha existit *professio iuris***

I. D'acord amb el RS, tractant-se de la successió d'un espanyol que no hagi fet ús de la *professio iuris*, resultarà aplicable el Dret català quan el causant, en el moment de la mort, tingué la residència habitual o bé mantingués un vincle manifestament més estret amb l'Estat espanyol —cosa que ens mena a la «lleï espanyola» ex art. 21 RS— i, a més, tingué veïnatge civil català (art. 36.1 RS i 16 i 9.1 i 8 CCe); i això malgrat que el causant català residís o mantingués vincles manifestament més estrets en un territori espanyol corresponent a un altre veïnatge (com per exemple Navarra, o Aragó...). Així, per exemple, la successió transfronterera d'una persona amb veïnatge civil català i residència habitual a Pamplona es regirà per la lleï catalana.

II. En canvi, si el causant té qualsevol altre veïnatge civil, malgrat tenir la residència habitual a Catalunya o mantenir vincles manifestament més estrets amb aquest territori, no resultarà aplicable el Dret català, sinó el corresponent al veïnatge civil del causant;<sup>64</sup> així, per exemple, la successió transfronterera d'un causant navarrès amb residència habitual a Catalunya es regirà pel Dret navarrès. En definitiva, el Dret català no resultarà aplicable si es tracta de la successió d'un espanyol no català.

III. La solució hauria estat molt diferent si hagués prosperat la regla de remissió directa que establia l'art. 28.1 de la Proposta 2009, que hauria comportat que al navarrès resident (o amb vincles manifestament més estrets) a Catalunya se li apliqués el Dret català, i al català resident (o amb vincles manifestament més estrets) a Navarra el Dret navarrès. De fet, amb la Proposta 2009 el veïnatge civil s'hauria vist desplaçat dels «conflictes internacionals» en matèria successòria; hauria resultat irrellevant.

IV. El fet que la regla de remissió indirecta de l'art. 36.1 RS meni als art. 16.1 i 9.8 CCe planteja el dubte sobre si en les successions transfrontereres, quan resulti aplicable la «lleï espanyola», s'acabarà aplicant la regla d'adaptació conflictual rígida prevista en el darrer incís de l'art. 9.8

---

64 *Vid.*, per exemple, RDGRN 10-abril-2017 —FD 3— (BOE núm. 99, 26.04.2017).

CCe, segons la qual els drets que per ministeri de la llei s'atribueixin al cònjuge sobrevivent es regeixen per la mateixa llei que reguli els efectes del matrimoni. El cas és que, d'acord amb l'art. 23 RS, «los derechos sucesorios del cónyuge o la pareja supervivientes» (art. 23.2.b RS) es regeixen per la llei successòria, i en les successions transfrontereres sembla que aquest precepte hauria de prevaldre.<sup>65</sup> Amb tot, no deixa de cridar l'atenció que l'incís final de l'art. 9.8 CCE continuï regint en les successions «interregionals», i no ho faci, en canvi, en les «internacionals». Així, si el causant té veïnatge civil català i la successió és internacional es pot interpretar que els drets que per ministeri de la llei correspondran al cònjuge sobrevivent es regiran per la llei catalana; en canvi, si la successió és «interregional» l'incís final de l'art. 9.8 CCE desvia aquests drets cap a l'àmbit de la llei que regeix els efectes del matrimoni (art. 9.2 CCE), que pot no ser la catalana.

## **b) Aplicació de la «lleï catalana» a la successió d'un estranger**

I. Tractant-se de la successió d'un estranger, però essent la llei aplicable a la successió, d'acord amb el RS, «l'espanyola» (ja sigui per raó de la residència habitual —art. 21.1 RS— o bé del vincle manifestament més estret —art. 21.2 RS—), l'aplicació de la regla de remissió indirecta de l'art. 36.1 RS per identificar la concreta «lleï espanyola» aplicable planteja problemes, ja que ens mena a la llei personal del causant —determinada pel veïnatge civil— en el moment de la mort (art. 16.1 i 9.8 CCE), i l'estranger no té veïnatge civil.

II. Imaginem un estranger amb residència habitual a Espanya, o que hi manté un vincle manifestament més estret, i que mor el 17 d'agost de 2015 o amb posterioritat.

En aquests casos, davant la inoperància de les «normes internes sobre conflicte de lleis» a les que remet l'art. 36.1 RS, la doctrina majoritària es decanta per acudir als criteris subsidiaris —de remissió directa— de l'art. 36.2 RS, previstos, en principi, per al cas en què no hi hagin normes internes sobre conflicte de lleis («A falta de tales normas internes sobre

---

<sup>65</sup> Vid. RODRÍGUEZ MATEOS, P., «La sucesión...», *op. loc. cit.*, 2014, pàg. 23-24; GALICIA AIZPURUA, G., «El Reglamento...», *op. loc. cit.*, 2015, pàg. 539.

conflicto de leyes...»).<sup>66</sup> Segons aquesta tesi, caldrà distingir, per tant, en funció del punt de connexió que hagi determinat que resulti aplicable la «lleï espanyola»: si es tracta de la residència habitual del causant, caldrà estar a la llei de la unitat territorial en la qual tingués la seva residència habitual en el moment de la mort (art. 36.2.a RS);<sup>67</sup> si l'estranger mantenia un vincle manifestament més estret amb l'Estat espanyol, caldrà estar a la llei de la unitat territorial amb la que presentés factors de vinculació (art. 36.2.c RS). Així, a la successió d'un alemany resident a Catalunya li aplicarem el Dret català.

A aquesta mateixa solució s'arribaria, quant a l'estranger resident a Catalunya, si, partint de l'art. 36.1 RS, davant la manca de veïnatge civil de l'estranger, en comptes d'acudir a l'art. 36.2 RS, es busqués la solució en el propi sistema i s'acudís a l'art. 9.10 CCE i al paper subsidiari que compleix la residència habitual en la determinació de la «lleï personal».<sup>68</sup>

---

66 Plantegen aquesta possibilitat, per exemple, CHRISTANDL, G., «Multi-Unit States in European Union Private International Law», *Journal of Private International Law*, Vol. 9, nº 2, 2013, pàg. 232 i notes 72 i 73 —i, també, pàg. 224, 225 i 237—; RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, I., «La ley aplicable a las sucesiones *mortis causa* en el Reglamento (UE) 650/2012», *InDret* 2/2013, pàg. 45-46; QUINZÁ REDONDO, P., i CHRISTANDL, G., «Ordenamientos plurilegislativos...», *op. loc. cit.*, 2013, pàg. 19-20; BONOMI, en BONOMI, A., i WAUTELET, P., *Le droit européen...*, *op. cit.*, 2013, pàg. 558; GALICIA AIZPURUA, G., «El Reglamento...», *op. loc. cit.*, 2015, pàg. 540-542; ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., traducció i adaptació de l'obra BONOMI, A. i WAUTELET, P., *El Derecho europeo...*, *op. cit.*, 2015, pàg. 480 i 482, §§ 14 i 15; ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «El Reglamento 650/2012...», *op. loc. cit.*, 2015, pàg. 17; RENTERÍA AROCENA, A., «Las sucesiones *mortis-causa*...», *op. loc. cit.*, 2015, pàg. 84. En general, quant a les diverses possibilitats que es poden plantejar a l'hora de determinar quina «lleï espanyola» s'aplica a la successió dels estrangers, *vid.* CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio 2012. Análisis crítico*, Ed. Comares, Granada, 2014, pàg. 267-268, § 151; GINEBRA MOLINS, M. E., «Sucesiones transfronterizas...», *op. loc. cit.*, 2016, pàg. 254-256.

67 *Vid.*, en aquest sentit, les resolucions de la DGRN de 29-juliol-2015 (BOE núm. 234, 30.09.2015; *Westlaw* RJ\2015\4446) i 10-abril-2017 —FD 3 i 6— (BOE núm. 99, 26.04.2017).

68 *Vid.* CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *El Reglamento Sucesorio...*, *op. cit.*, 2014, pàg. 268, § 151; FONT SEGURA, A., «La remisión...», *op. loc. cit.*, 2014, pàg. 113-118; CALATAYUD SIERRA, A., «Dos sistemas...», *op. loc. cit.*, 2014, pàg. 139; ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., traducció i adaptació de l'obra BONOMI, A. i WAUTELET, P., *El Derecho europeo...*, *op. cit.*, 2015, pàg. 480-481, § 15; ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «El Reglamento 650/2012, sobre sucesiones, y la remisión a un sistema plurilegislativo: algunos casos difíciles o, simplemente, llamativos», *Revista de Derecho Civil*, vol. II, núm. 4 (octubre-desembre 2015), pàg. 23; GALICIA AIZPURUA, G., «El Reglamento...», *op. loc. cit.*, 2015, pàg. 540; GINEBRA MOLINS, M. E., «Sucesiones transfronterizas...», *op. loc. cit.*, 2016, pàg. 255; REQUEJO ISIDRO, M., *Incidencia del Reglamento 650/2012...*, *op. cit.*, 2018, pàg. 92.

Ara bé, aquesta via generaria problemes a l'hora d'identificar un concret Dret espanyol com a aplicable quan es tractés d'un causant estranger amb un vincle manifestament més estret amb l'Estat espanyol (art. 21.2 RS) però que residís fora del territori espanyol.<sup>69</sup>

Descartem que, per salvar els inconvenients que genera l'art. 36.1 RS, calgui entendre aplicable en aquests casos el mal anomenat «Derecho común».<sup>70</sup>

III. Així, en contrast, mentre que a la successió amb repercussió transfronterera d'un causant navarrès resident a Catalunya li aplicarem el Dret navarrès, en canvi, a la successió d'un alemany resident a Catalunya li aplicarem el Dret català.

*B) Aplicació del Dret català —com a «lleï espanyola»— en els casos en què el causant tingué la residència habitual en un «tercer Estat» o hi mantingué els vincles manifestament més estrets*

I. Les regles de determinació de la llei aplicable que conté el RS poden comportar que la successió «transfronterera» d'un ciutadà espanyol es regeixi per una llei estrangera —ja sigui per la connexió objectiva «residència habitual» (art. 21.1 RS) o bé per la clàusula d'excepció dels vincles manifestament més estrets (art. 21.2 RS)—. Així, per exemple, d'acord amb el RS, la successió d'un català que no hagi fet ús de la *professio iuris* i que tingui la residència habitual a França (o vincles manifestament més estrets amb aquest Estat) es regirà per la «lleï francesa», prescindint del seu veïnatge civil; en casos com aquest, el veïnatge civil del causant resulta irrellevant. Això contrasta amb el que passa si, coneixent una autoritat espanyola, el causant ha mort abans de 17 d'agost de 2015 (i, per tant, apliquem l'art. 9.8 CCE, en comptes del RS —que no resulta aplicable—).

II. Ara bé, d'acord amb el RS, pot resultar aplicable la «lleï catalana» a la successió d'un català que no ha fet ús de la *professio iuris* malgrat

---

69 Vid. GINEBRA MOLINS, M. E., «Sucesiones transfronterizas...», *op. loc. cit.*, 2016, pàg. 255.

70 Plantegen aquesta possibilitat: QUINZÁ REDONDO, P., i CHRISTANDL, G., «Ordenamientos plurilegislativos...», *op. loc. cit.*, 2013, pàg. 17; KHAIRALLAH, G., «La détermination...», *op. loc. cit.*, 2013, pàg. 64; SILLERO CROVETTO, B., «Las sucesiones...», *op. loc. cit.*, 2015, pàg. 368; i, descartant-la clarament, CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *El Reglamento Sucesorio...*, *op. cit.*, 2014, pàg. 267; i GALICIA AIZPURUA, G., «El Reglamento...», *op. loc. cit.*, 2015, pàg. 540 i 541.

tenir la residència habitual o mantenir vincles manifestament més estrets fora de l'Estat espanyol. Això es pot donar en els casos en què el causant té la residència habitual en un «tercer Estat»<sup>71</sup> o hi manté vincles manifestament més estrets. D'acord amb el RS, si bé en principi resultaria aplicable la llei de la residència habitual o de l'Estat amb el que el causant mantenia vincles manifestament més estrets, tractant-se de la llei d'un «tercer Estat» des de la perspectiva del RS, podria operar, si escau —hauria d'operar, si es donen les circumstàncies—, el reenviament a la «llei espanyola» (art. 34 RS i atès 57 RS).<sup>72</sup>

Imaginem, per exemple, un causant català que no hagués fet *professio iuris* i que, en comptes de residir a França, residís a Andorra (o hi mantingués els vincles manifestament més estrets); d'acord amb el RS, en principi resultaria aplicable la llei de l'Estat de la residència

---

71 Es consideren «tercers Estats» tant aquells Estats que no són membres de la Unió Europea, com també Dinamarca, Irlanda o el Regne Unit (Estats no vinculats pel RS d'acord amb els Protocols núm. 21 i 22 TFUE —*vid.* atesos 82 i 83 RS—). *Vid.* RDGRN 4-juliol-2016 —FD 2— (BOE núm. 194, 12.08.2016) i RDGRN 28-juliol-2016 —FD 3— (BOE núm. 228, 21.09.2016).

72 *Vid.* RDGRN 4-juliol-2016 —FD 5-6— (BOE núm. 194, 12.08.2016). La Proposta 2009 exclouïa el reenviament; segons l'art. 26 Proposta 2009: «Cuando el presente Reglamento establezca la aplicación de la ley de un Estado, se entenderá por tal las normas jurídicas vigentes en ese Estado con exclusión de las normas de Derecho internacional privado». En canvi, el RS s'ha decantat per l'admissió limitada del reenviament en determinats casos (*vid.* atès 57 RS). D'acord amb l'art. 34 RS: «*Reenvío.*- 1. La aplicación de la ley de un tercer Estado designada por el presente Reglamento se entenderá como la aplicación de las normas jurídicas vigentes en ese Estado, incluidas sus disposiciones de Derecho internacional privado en la medida en que dichas disposiciones prevean un reenvío a: a) la ley de un Estado miembro, o.- b) la ley de otro tercer Estado que aplicaría su propia ley.- 2. En ningún caso se aplicará el reenvío respecto de las leyes a que se refieren los artículos 21, apartado 2, 22, 27, 28, letra b), y 30». Segons l'atès 57 RS: «Las normas en materia de conflicto de leyes establecidas en el presente Reglamento pueden llevar a la aplicación de la ley de un tercer Estado. En tales casos, se han de tomar en consideración las normas de Derecho internacional privado de ese Estado. Si esas normas disponen el reenvío a la ley de un Estado miembro o a la ley de un tercer Estado que aplicaría su propia ley a la sucesión, ese reenvío se debe aceptar a fin de garantizar la coherencia internacional. No obstante, se ha de excluir el reenvío en aquellos casos en que el causante haya hecho la elección de la ley en favor de la ley de un tercer Estado». Sobre el canvi de criteri en matèria de reenviament entre la Proposta 2009 i el RS, *vid.* ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «El Reglamento 650/2012: disposiciones referentes a la sucesión de determinados bienes, reenvío y orden público», *El Reglamento (UE) 650/2012: su impacto en las sucesiones transfronterizas*, Barcelona: Marcial Pons, 2016, pàg. 146-153; GINEBRA MOLINS, M. E., «El Reglamento (UE) 650/2012...», *op. loc. cit.*, 2015, pàg. 148-149 i nota 27; així como, també, RDGRN 2-març-2018 —FD 4— (BOE núm. 69, 20.03.2018).



habitual (o en el qual mantenia els vincles manifestament més estrets) i, per tant, la «lleï andorrana», però, tractant-se de la lleï d'un «tercer Estat», operaria el reenviament a la «lleï espanyola» d'acord amb l'art. 34.1.a RS, atès que la norma andorrana de conflicte adopta com a punt de connexió la nacionalitat (Disposició Addicional 1a.2, paràgraf 1, de la Llei andorrana 46/2014, del 18 de desembre, de la successió per causa de mort);<sup>73</sup> a partir d'aquí caldrà acudir a la regla de remissió indirecta de l'art. 36.1 RS que, a través dels art. 16 i 9.8 CCe, ens menarà a la «lleï catalana», pel fet de ser la corresponent al veïnatge civil del causant.

III. Així, en definitiva, mentre que en el cas d'un causant català resident a França la seva successió es regirà pel Dret francès, prescindint del seu veïnatge civil, en canvi, si resideix a Andorra li aplicarem el Dret català per raó del seu veïnatge civil.

---

73 La Disposició Addicional 1a.2 de la Llei andorrana 46/2014, del 18 de desembre, de la successió per causa de mort estableix: «Normes de dret internacional privat...- 2. Llei aplicable.- 1. La lleï aplicable a la totalitat de la successió és la lleï personal del causant, determinada per la nacionalitat, en el moment de la mort.- 2. En cas que, excepcionalment, resulti clarament de totes les circumstàncies del cas que, en el moment de la mort, el causant tenia un vincle manifestament més estret amb un Estat diferent d'aquell la lleï del qual sigui aplicable segons l'apartat anterior, la lleï aplicable a la successió serà la d'aquest altre Estat.»



jest

word

jest

jest

# Perspectives de futur en l'àmbit del dret català de successions<sup>1</sup>

ANTONI VAQUER ALOY

*Catedràtic de dret civil de la Universitat de Lleida*

## SUMARI

1. INTRODUCCIÓ. 2. CAP A UN TRACTAMENT UNITARI DEL TESTAMENT I ELS INSTRUMENTS EXTRATESTAMENTARIS DE TRANSMISSIÓ DE RIQUESA. 2.1. *L'art. 421-23 CCCat.* 2.2. *La designació de les persones beneficiàries.* 2.3. *Les formes testamentàries on fer la designació.* 2.4. *L'abast de la designació en un negoci per causa de mort.* 2.5. *Vicis de la voluntat.* 2.6. *Aplicació de les causes d'indignitat a la designació de beneficiaris.* 2.7. *En defecte de designació efectiva, els beneficiaris es decideixen d'acord amb el testament o, si no n'hi ha, amb els ordres de la successió intestada.* 2.8. *Recordatoris periòdics de les designacions de beneficiaris.* 2.9. *Els productes amb designació de beneficiaris i la llegítima.* 2.10. *Els productes amb designació de beneficiaris i la col·lació.* 2.11. *Aplicació de l'art. 211-2.2 CCCat.* 2.12. *Disposició transitòria.* 3. LES FAMÍLIES RECONSTITUÏDES EN LA SUCCESSIÓ. 3.1. *Introducció.* 3.2. *Famílies reconstituïdes i successió intestada.* 3.3. *Famílies reconstituïdes i llegítima.* 4. REFORMES DERIVADES DE DESENVOLUPAMENTS JUDICIALS. 4.1. *La indicació del lloc de l'atorgament en els testaments hològrafs.* 4.2. *La unitat d'acte en els testaments hològrafs.* 4.3. *L'elecció pels dos parents i les famílies monoparentals.* 4.4. *La presa de possessió dels prelligats.* 4.5. *El desheratament per manca de relació familiar manifesta i continuada imputable adequadament al legitimari.* 5. ALTRES MODIFICACIONS MIRANT AL FUTUR. 5.1. *L'edat per a testar.* 5.2. *La supressió del testament tancat en suport electrònic.* 5.3. *La concurrència d'hereu universal i marmessor universal.* 5.4. *Condicions testamentàries i drets i llibertats fonamentals.* 6. ANNEX.

## 1. INTRODUCCIÓ

Proposar modificacions legislatives en el llibre 4 del Codi civil de Catalunya no és una tasca en absolut senzilla. És, amb tota probabilitat, el llibre més reeixit del nostre Codi civil, la qual cosa s'explica per tot el substrat ubèrrim que ha representat l'avantprojecte de Compilació de 1955 amb la saviesa de Rosa Sastre i la resta de compiladors. I és el fruit d'un amplíssim consens en el si de la Comissió Mixta d'experts entre el Parlament i l'Observatori de Dret Privat, en què es va formular per unanimitat una proposta de revisió de l'avantprojecte del llibre 4 que va ser adoptada,

---

1 Aquest treball s'emmarca en el projecte de recerca DER2015-70636-C2-1 i les activitats del grup de recerca consolidat 2017 SGR 997. Agraïeix a Rocío Sánchez Martínez, becària de col·laboració MEC, l'ajuda en l'edició del text.

gairebé en la seva integritat, pel Parlament de Catalunya. El propòsit de les pàgines que segueixen no pretén, doncs, qüestionar aquell consens, i, per consegüent, no es presentarà cap iniciativa adreçada a discutir el vells principis successoris o a remoure institucions centrals com la llegítima o els ordres de la successió intestada. Ben al contrari, les propostes que es formularan assumeixen la substància de la regulació vigent, i la pretensió és completar aspectes que considero que no estan prou desenvolupats o introduir petites modificacions tenint en compte els pronunciaments judicials o possibles desajustos que s'han detectat.

Els suggeriments de reforma que es detallen a continuació s'articulen en tres eixos:

- a) El primer és la necessitat de tenir en compte els canvis en els mecanismes de transmissió de la riquesa dins de la família i les transformacions que ha experimentat la família, en la mesura que el dret de successions català segueix massa centrat en la família nuclear, mentre que en la realitat social proliferen altres models de família. Cal que el dret de successions s'emmotlli a les noves realitats familiars, no que les famílies s'hagin d'emmotllar al tipus familiar en què se centra el dret de successions.
- b) El segon és l'oportunitat de reflexionar sobre determinades modificacions puntuals de l'articulat vigent a la vista de determinades decisions judicials.
- c) El tercer és l'escaiença de reformes llevíssimes en el text del llibre 4 a fi d'anticipar-se a l'esdeveniment de situacions potencialment conflictives.

Cap d'aquests tres eixos constitueix una innovació que sigui mèrit de qui escriu aquesta ponència. La Comissió Mixta encarregada de revisar l'avantprojecte de llibre 4 ja va actuar amb aquests criteris. Així, quant a l'eix a), es va introduir l'art. 421-23, que ja té present formes extratestamentàries de transmetre la riquesa; es tracta, ara, de completar aquesta regulació a fi que la successió tingui un tractament més unitari, aprofitant l'experiència comparada derivada de l'expansió d'aquests mecanismes. De manera similar, el llibre 4 equipara les parelles matrimonials amb les parelles estables a efectes successoris, però no té en compte altres realitats familiars en expansió com les famílies reconstituïdes. De l'eix b) n'és una manifestació l'art. 411-9.4, relatiu a

l'extinció de l'herència ja cent en cas d'acceptació d'un dels cohereus cridats, que va ser una reacció a la solució poc satisfactòria que a aquesta qüestió havia donat la STSJC de 9.10.2000.<sup>2</sup> Finalment, es pot encabir dins de l'eix c) l'art. 412-5.2, relatiu a la prohibició que les persones jurídiques i els cuidadors professionals que presten serveis assistencials puguin ser instituïdes hereves en testaments hològrafs, el qual evita que a Catalunya es pugui atènyer una decisió tan discutible com la de la SAP Burgos de 22.5.2017,<sup>3</sup> en què es declara vàlid el testament hològraf on s'instituïa hereva universal la residència geriàtrica «Conde de Haro», trobat per atzar entre els papers del difunt a la seva habitació en dita residència.

## 2. CAP A UN TRACTAMENT UNITARI DEL TESTAMENT I ELS INSTRUMENTS EXTRATESTAMENTARIS DE TRANSMISSIÓ DE RIQUESA

### 2.1. L'art. 421-23 CCCat

L'art. 421-23 CCCat, sota el títol «Designació de beneficiaris d'assegurances de vida», fa una previsió embrionària dels instruments extratestamentaris per mitjà dels quals el causant pot transmetre, malgrat que no és aquesta la seva funció immediata, la seva riquesa. En concret, el precepte disposa el següent:

*«La designació i la modificació de beneficiaris d'assegurances de vida, de plans de pensions i d'instruments d'estalvi i previsió anàlegs es poden fer en testament o en codicil, a més de pels mitjans que estableixen el contracte corresponent o la legislació específica. La designació es pot modificar o revocar amb un altre testament o codicil o per qualsevol altre mitjà admès pel contracte o la llei».*

---

2 Es pot consultar a Lluís Puig Ferriol, *Jurisprudència civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya*, Volum IX, Barcelona, 2004, pàg. 336-341.

3 Roj: SAP BU 524/2017. Silvia Díaz Alabart, *El testamento ológrafo de las personas mayores dependientes: problemas y posibles soluciones*, Madrid, 2018, pàg. 53 i seg., planteja de *lege ferenda* una norma inspirada en l'art. 412-5.2 CCCat, del qual, tanmateix, no fa la lectura més àmplia que permet la seva redacció.

Com és notori, l'encapçalament de l'article queda molt lluny del seu contingut veritable. Es limita a la designació de beneficiaris en assegurances de vida, malgrat que el text parla no només d'assegurances de vida, sinó també de plans de pensions i instruments anàlegs, com ara les assegurances de rendes vitalícies o els plans individuals d'estalvi sistemàtic (PIAS). Així doncs, l'article comprèn tots aquells productes bancaris en els quals el prenedor, que els contracta i en disposa lliurement en vida —dins dels marges legals i contractuals—, designa uns beneficiaris als quals farà trànsit en l'eventualitat de la seva mort el capital aportat o el capital al qual doni lloc el producte durant la seva vigència. Es tracta del que els anglosaxons anomenen *will-substitutes* o *Nonprobate*,<sup>4</sup> que ja fa anys es va presentar com un canvi revolucionari en la manera com es transmetia la riquesa acumulada en vida,<sup>5</sup> tenint en compte els costos i el temps del procediment judicial de *probate* o testamentaria als Estats Units. Aquests productes es contraposen als «dineros dipositats a la vista o a termini en entitats financeres» i als «actius financers immediatament liquidables» de què parla l'art. 427-27, en els quals manca la designació de beneficiari per a després de la mort de qui els contracta.

A fi de constatar la importància d'aquests instruments extratestamentaris és suficient apuntar-ne les magnituds. Així, segons dades d'ICEA<sup>6</sup> per al conjunt d'Espanya, estaven contractats a 18 de març de 2018 87.618,54 milions d'euros en assegurances de renda vitalícia i rendes temporals, 12.575,80 milions d'euros en PIAS i 42.541 milions d'euros gestionats en plans de pensions.<sup>7</sup> Com es pot fàcilment deduir, es tracta de productes comercialitzats per entitats asseguradores o bancàries com a productes de previsió o d'estalvi, directe o fiscal. D'aquí que la doctrina assenyali un

---

4 Sobre les dificultats terminològiques per trobar una denominació en les llengües romàniques d'aquests mecanismes, Alexandra Braun, «Exploring the Boundaries of Succession Law», a Andrew J. Steven, Ross G. Anderson, John MacLeod (ed.), *Nothing so Practical as a Good Theory. Festschrift for George L. Gretton*, Edinburgh, 2017, pàg. 300-302.

5 John H Langbein, «The NonProbate Revolution and the Future of the Law of Succession», *Harvard Law Review*, 1984, pàg. 1108 i seg.

6 <https://www.icea.es>.

7 Als Estats Units es considera que es transmet més riquesa per mitjans extratestamentaris que per successió: Robert H. Sitkoff, Jesse Dukeminier, *Wills, Trusts, & Estates*, 10a ed., New York, 2017, pàg. 439; Mary Louise Fellows, E. Gary Spitko, Charles Q. Strohm, «An Empirical Assessment of the Potential for Will Substitutes to Improve State Intestacy Statutes», *Indiana Law Journal*, 2010, pàg. 412.

seguit de febleses en la seva utilització com a mecanismes de transmissió *post portem* de la riquesa:

- a) La primera és que qui subscriu un producte com els que s'han assenyalat usualment no està pensant en la planificació de la seva successió, sinó en l'estalvi immediat, ja sigui en forma de, per exemple, la renda vitalícia que percebrà mentre visqui, o la desgravació que experimentarà en la base imposable de l'IRPF i la pensió que percebrà a la jubilació.<sup>8</sup>
- b) La segona és que, en conseqüència, aquests productes se subscriuen sense l'assessorament legal específic d'un expert en successions.<sup>9</sup> Sovint, l'assessor del banc o entitat asseguradora que tracta amb el client no és un jurista. Les majors solemnitats associades al testament, entre les quals destaca la intervenció notarial —llevat que es recorri a la forma hològrafa—, li atorguen una major consciència de la transcendència successòria en comparació als productes amb designació de beneficiaris.<sup>10</sup>
- c) La tercera és que en aquests productes pot transcórrer força temps entre la subscripció i la mort de qui els subscriu. Això pot comportar que aquest s'oblidi dels beneficiaris que va designar, i que al llarg de la vida variïn les circumstàncies i el subscriptor es casi o es divorciï, tingui filles o filles que tenia premorin, etc., amb el resultat que aquests fets no es vegin reflectits en la designació de beneficiaris, la qual pot acabar afavorint unes persones distintes de les que hauria estat la seva voluntat afavorir i, en definitiva, no respondre a la seva veritable voluntat. El perill latent és que un testament i uns productes d'estalvi de dates

---

8 Stewart E. Stark, Melanie B. Leslie, «Accidental Inheritance: Retirement Accounts and the Hidden Law of Succession», *New York University Law Review*, 2014, pàg. 167 i 209; Braun, «Exploring the Boundaries of Succession Law», pàg. 288-289.

9 Stark/Leslie, «Accidental», pàg. 211; John H. Langbein, «Major Reforms of the Property Restatement and the Uniform Probate Code: Reformation, Harmless Error, and Nonprobate Transfers», *ACTEC Law Journal*, 2012, pàg. 16.

10 Fellows/Spitko/Strohm, «An Empirical Assessment», pàg. 412. Com expliquem a Pedro del Pozo Carrascosa, Antoni Vaquer Aloy, Esteve Bosch Capdevila, *Derecho civil de Cataluña. Derecho de sucesiones*, 3<sup>a</sup> ed., Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, 2017, pàg. 67, les solemnitats testamentàries ressalten la transcendència de l'acte d'última voluntat, mentre que l'absència de formalitats en aquests contractes bancaris fixen el centre d'atenció en l'estalvi i la rendibilitat i la desplacen de les conseqüències successòries.

separades en el temps derivin en la incoherència i la disgregació de la planificació successòria.<sup>11</sup>

- d) La quarta és que la designació de beneficiaris s'efectua mitjançant uns formularis que només admeten un contingut prefixat i que, per consegüent, no permeten sinó fer una designació molt limitada.<sup>12</sup> Com s'ha dit, els formularis de designació de beneficiaris estan enfocats a la seguretat que l'entitat que els comercialitza i no a recollir la veritable voluntat *mortis causa* de qui subscriu el producte.<sup>13</sup>

D'aquí que una de les preocupacions que ha desvetllat la doctrina estatunidenca<sup>14</sup> i ara també l'europea<sup>15</sup> sigui la de dotar d'unitat a aquest conjunt d'instruments mitjançant els quals el difunt pot distribuir el seu

---

11 Melanie B. Leslie, Stewart E. Stark, «Revisiting the Revolution: Reintegrating the Wealth Transmission System», *Boston College Law Review*, 2015, pàg. 81.

12 Per exemple, he pogut comprovar com una determinada entitat bancària denegava la inclusió d'una substitució vulgar en el formulari, amb l'argument que el subscriptor sempre podria fer una nova designació. La realitat és que una clàusula així no cabia en la casella del formulari. El resultat és sagnant: si la subscriptora del producte designa les seves dues filles com a beneficiàries i una la premor, la supervivent adquireix tot el capital i les nétes, filles de la premorta, res. Per l'aplicació informàtica d'una altra entitat es poden designar els beneficiaris de plans de pensions triant una de les següents opcions (data de consulta 18.6.2018): a) exclusivament el cònjuge; b) exclusivament els fills a parts iguals; c) exclusivament els pares; d) cònjuge i fills a parts iguals; e) designació nominativa (màxim 9)». Novament, les substitucions no estan contemplades, ni és possible el repartiment desigual, ni s'adverteix de les conseqüències de la designació nominal en comparació amb les designacions genèriques. Aquest resultat no és exclusiu d'una concreta entitat bancària, sinó que ha estat també denunciat en el dret estatunidenc: Leslie/Stark, «Revisiting», p. 76.

13 Leslie/Stark, «Revisiting», pàg. 64.

14 Kent D. Schenkel, «Testamentary Fragmentation and the Diminishing Role of the Will: An Argument for Revival», *Creighton Law Review*, 2008, pàg. 155 i seg.; Thomas P. Gallanis, The U.S. Supreme Court and the Law of Trusts and Estates: A Law Reformer's Perspective», *ACTEC Law Journal*, 2016, pàg. 12; Langbein, «Major Reforms», pàg. 12; Albert Feuer, «Life Insurance and Retirement Plan Benefits: Are Your Clients Achieving Their Intended Goals?», *New York State Bar Association Journal*, March/April 2016, pàg. 28; Sitkoff/Dukeminier, *Wills*, pàg. 482.

15 Alexandra Braun, Anne Röthel (ed.), *Passing Wealth on Death: Will-substitutes in Comparative Perspective*, Oxford, 2016; Braun, «Exploring the Boundaries of Succession Law», pàg. 303-305. Així s'ha fet a Bèlgica en la reforma del dret de successions introduïda amb la Llei de 31 de juliol de 2017; vegeu Philippe de Page, «L'assurance-vie individuelle et le droit successoral», a Jean-Christophe André-Dumont et al, *L'assurance-vie et le patrimoine familial: les opportunités nouvelles*, Limal, 2018, pàg. 101.



patrimoni *mortis causa*, de manera que es guanyi harmonia en la successió i tots ells siguin un reflex de la seva veritable darrera voluntat. L'art. 421-23 CCCat ofereix un punt de partida excel·lent que cal desenvolupar. En aquest sentit, aquest article hauria de constituir una secció pròpia i regular aspectes que dels quals ara s'absté.

## 2.2. La designació de les persones beneficiàries

### 2.2.1. La designació de les persones beneficiàries, en general

La regulació de la designació de les persones beneficiàries en la majoria d'aquests productes és inexistent, raó per la qual s'acaba aplicant a tots el que preveuen els arts. 84 a 87 de la Llei 50/1980, de 8 d'octubre, del contracte d'assegurança (LCS), relatiu a la designació dels beneficiaris de les assegurances de vida. La designació dels beneficiaris en el mateix contracte amb l'entitat comercialitzadora ve condicionada per la major o menor amplitud del formulari en què s'acostuma a realitzar. Habitualment, com ja s'ha notat, és un formulari molt limitat, destinat a facilitar les coses a l'entitat i no a reflectir la veritable voluntat del prenedor. Seria molt recomanable una revisió dels seus formularis, de manera que la designació al contracte pogués tenir la mateixa extensió que en un testament. A la vista de la interpretació restrictiva que ha fet el Tribunal Constitucional de les competències autonòmiques compartides sobre l'estructura, l'organització i el funcionament de les entitats de crèdit i les gestores de plans de pensions (art. 126.2 EAC),<sup>16</sup> és força dubtós que la Generalitat estigui legitimada per a imposar modificacions o continguts dels formularis habituals.

La designació del beneficiari constitueix una facultat exclusiva del prenedor de l'assegurança o el partícip en el pla de pensions, i aquests preceptes li reconeixen una amplíssima llibertat tant per a designar el beneficiari com per a revocar la designació ja realitzada, sense que li calgui el consentiment ni de l'entitat comercialitzadora ni del beneficiari designat (art. 84.1 LCS). Alhora, s'estableixen normes supletòries per als supòsits de designacions merament genèriques. Així, l'art. 85 LCS disposa el següent:

---

<sup>16</sup> STC 31/2010, de 28 de juny, FD 72.

*«En caso de designación genérica de los hijos de una persona como beneficiarios, se entenderán como hijos todos sus descendientes con derecho a herencia. Si la designación se hace en favor de los herederos del tomador, del asegurado o de otra persona, se considerarán como tales los que tengan dicha condición en el momento del fallecimiento del asegurado. Si la designación se hace en favor de los herederos sin mayor especificación, se considerarán como tales los del tomador del seguro que tengan dicha condición en el momento del fallecimiento del asegurado. La designación del cónyuge como beneficiario atribuirá tal condición igualmente al que lo sea en el momento del fallecimiento del asegurado. Los beneficiarios que sean herederos conservarán dicha condición aunque renuncien a la herencia».*

En un altre lloc he tractat bastament els problemes que genera la designació dels beneficiaris i la seva interpretació.<sup>17</sup> Tots ells tenen solució aplicant el llibre 4 del Codi Civil de Catalunya, incloent la designació negativa,<sup>18</sup> de manera que és suficient fer una remissió en una hipotètica nova regulació a les diverses normes adreçades a la mateixa finalitat relatives a la institució d'hereu (arts. 423-6 a 423-9), als quals hauria de cridar l'art. 421-23 a fi de desplaçar l'aplicació d'aquest art. 85 LCS. Amb aquesta solució tan senzilla, els problemes de premoriència que he apuntat a la nota 12 quedarien resolts per l'art. 423-8, que en el cas de la institució a favor dels fills sense designació de noms inclou tots els descendents, amb aplicació de l'ordre legal de crides de la successió intestada.<sup>19</sup> Per la

---

17 Antoni Vaquer Aloy, Raquel Domingo Martínez, *El seguro de renta vitalicia i la herencia*, Barcelona, 2015, pàg. 43 i seg.

18 Per exemple, designació com a beneficiaris dels fills, llevat dels que siguin desheretats en el testament.

19 La designació nominativa dels beneficiaris («Designo beneficiaris els meus fills ABC i XYZ) en el mateix contracte planteja un problema greu, quan premor un d'ells deixant una estirp de successors.. S'ha de recordar que el beneficiari no adquireix el dret al capital que ha de lliurar l'entitat gestora sinó amb la mort de qui l'ha subscrit. La premoriència, per tant, impedeix que el designat consolidi cap dret, per la qual cosa queda exclòs de la condició ell i també el seu beneficiari; cal insistir en què usualment les entitats no admeten la substitució vulgar en la designació. El resultat és que els designats nominativament que sobrevisquin el causant acreixeran la part del designat premort encara que hi hagi estirp del designat premort. Aquest és un resultat que contradiu els principis de la successió intestada, en què regeix la representació, i que evitaria la substitució vulgar. Per consegüent, el legislador català hauria d'introduir una norma preveient que, en cas de premoriència del designat nominativament, esdevinguin beneficiaris en el seu lloc els seus descendents. Així ho fa, també, la secció 2-706(2)(b) de l'Uniform Probate Code. Vegeu Sterk/Leslie, «Accidental», pàg. 205.

mateixa raó, caldria incorporar els dos darrers incisos, ja que no hi ha norma equivalent en el dret successori català.

A més, l'art. 86 LCS afegeix unes normes interpretatives de l'abast de la designació realitzada pel prenedor. En concret, aquest article estipula que

*«Si la designación se hace en favor de varios beneficiarios, la prestación convenida se distribuirá, salvo estipulación en contrario, por partes iguales. Cuando se haga en favor de los herederos, la distribución tendrá lugar en proporción a la cuota hereditaria, salvo pacto en contrario. La parte no adquirida por un beneficiario acrecerá a los demás».*

La primera de les normes d'aquest precepte té equivalent en dret català (arts. 423-6.1 i 441-8.1). La segona norma ha de ser incorporada al Codi civil de Catalunya, puix no hi ha equivalent. La tercera és una norma certament discutible i que el dret civil català ha d'esmenar, ja que d'entrada tanca la porta a la substitució vulgar i a la representació successòria. Totes són normes, en realitat, pròpies de la successió i adaptades al contracte d'assegurança, per la qual cosa tenen la seva millor raó d'ésser en el llibre 4 sobre les successions. I la designació és cabdal, ja que indica a l'entitat comercialitzadora o gestora la persona a qui s'ha de lliurar el capital assegurat i legitima aquesta per reclamar-lo amb preferència als hereus del subscriptor. Com va advertir la STS 14.3.2003, el «crédito del beneficiario se manifiesta prevalente y excluyente respecto a los herederos legítimos del tomador, ya que el referido artículo 88 establece que la prestación ha de serle satisfecha aún contra las reclamaciones de aquellos, a los que sólo les asiste el derecho al reembolso de las primas abonadas por el contratante “en fraude de sus derechos”». <sup>20</sup>

Una altra innovació a considerar, dins d'aquest tractament més unitari de la successió i de la designació de beneficiaris, consisteix a especificar que, igual com no és possible testar mitjançant un representant, la designació de beneficiaris no pot ser realitzada o modificada per un representant. Això té especial repercussió en la gent gran que, per a les gestions amb els bancs o per la seva esfera jurídica en general, té atorgat un poder, usualment a favor d'algun dels seus fills. En principi, atès que es tracta de contractes bancaris entre vius, la designació de beneficiaris restaria dins de l'abast d'un poder general; tanmateix, la seva evident repercussió successòria aconsella impedir la intervenció del representant,

---

20 Roj: STS 1735/2003.

de manera que la designació esdevingui un acte tan personalíssim com ho és l'atorgament del testament.

A l'últim, i fora de l'àmbit legislatiu, l'Observatori de Dret Privat hauria d'assessorar les entitats bancàries i asseguradores a fi de millorar els seus formularis, tot adequant-los al nostre dret civil, encara més en un mercat en què la presència d'entitats amb el domicili social a Catalunya és molt minoritari.

### **2.2.2. Especial referència al cònjuge o convivent i els seus parents**

Si es designa beneficiari el cònjuge, indica l'art. 85 LCS que «atribuirá tal condició igualmente al que lo sea en el momento del fallecimiento del asegurado». El precepte aclareix que, en el cas de matrimonis successius del subscriptor, és beneficiari qui tingui la condició de cònjuge en el moment de la defunció, no qui era cònjuge al temps de la subscripció. La norma és raonable i s'ha d'incorporar al dret civil català. Ara bé, com és palès, la LCS només contempla el cònjuge i omet el convivent en parella estable. Cal, doncs, també explicitar que el que es diu per al cònjuge val igualment per a la parella estable. No obstant això, el que no és possible és considerar beneficiari el convivent quan la designació està feta a favor del cònjuge.<sup>21</sup>

La LCS tampoc no preveu si té cap impacte en la designació del cònjuge la separació dels cònjuges subscriptor i beneficiari. A més, en la jurisprudència es troben decisions contraposades.<sup>22</sup> Hi ha prou arguments en el dret vigent per excloure el cònjuge separat, tant si és designat directament com si ho és en tant que hereu: l'art. 442-6 priva de la condició d'hereu abintestat el cònjuge separat legalment o de fet,

---

21 Esther Muñoz Espada, «Tratamiento en la herencia de seguro de vida para caso de fallecimiento», *Anuario de Derecho Civil*, 1995, pàg. 1663; Fernando Reglero Campos, «Beneficiario y heredero en el seguro de vida», *Revista de Derecho Patrimonial*, 1997, pàg. 221; en la jurisprudència menor, SAP Màlaga 13.4.2010, Roj: SAP MA 767/2010, SAP Madrid, sec. 21, 17.1.2012, Roj: SAP M 549/2012, o SAP Càceres 9.1.2013, Roj: SAP CC 8/2013.

22 La SAP Madrid, sec. 20, 21.10.2013, Roj: SAP M 14813/2013 o La Rioja 4.5.2010, Roj: SAP LO 397/2010, i les que aquestes citen, entenen que la separació exclou l'eficàcia de la designació, però la SAP Àlaba 27.1.2005, JUR 2005\77199, té per beneficiari el cònjuge separat perquè segueix essent cònjuge com deia la designació. La SAP Madrid 29.11.2016, Roj: SAP M 16724/2016, decideix que l'esposa divorciada és la beneficiària del pla de pensions, sense que la designació resti afectada per la institució d'hereus testamentaris; però el cas té la peculiaritat que la designació es va efectuar abans que partícip i beneficiària es casessin.

i l'art. 422-13 considera ineficaces, llevat que una altra cosa es pugui desprendre del context, en cas de separació legal, les disposicions a favor del cònjuge. La STS 531/2018, de 26.9.2018,<sup>23</sup> que, tot i no haver norma expressa al *Código civil*, entén que és ineficaç el llegat a favor de qui era convivent *more uxorio* però es va trencar la convivència abans de la defunció del causant, després recolza poderosament l'aplicació que proposo de l'art. 422-13. Per tant, una norma que prevegi la ineficàcia de la designació en aquests productes d'estalvi o de previsió no seria en absolut incoherent amb els principis successoris que resulten del dret vigent.<sup>24</sup> Els mateix s'ha de concloure si haguessin estat designats els fills del cònjuge o convivent o altres parents propers seus, a la vista de l'apartat 4 de l'art. 422-13.

### 2.3. Les formes testamentàries on fer la designació

Mentre que l'art. 84 LCS estableix que la designació de beneficiaris «podrá hacerse en la póliza, en una posterior declaración escrita comunicada al asegurador o en testamento», l'art. 421-23 CCCat assenyala que es pot fer en testament o en codicil, a més de pels mitjans que estableixen el contracte corresponent o la legislació específica, i que, un cop efectuada, la designació es pot modificar o revocar amb un altre testament o codicil «o per qualsevol altre mitjà admès pel contracte o la llei». Per consegüent, d'entrada el nostre dret successori reconeix el

---

23 Roj: STS 3378/2018.

24 També ho preveu així la secció 2-804 de l'Uniform Probate Code. Quant a la gestació d'aquest precepte i la seva incorporació als ordenaments estatals i els problemes de l'aplicació directa del dret federal, Suzanne Soliman, «A Fair Presumption: Why Florida Needs a Divorce Revocation Statute for Beneficiary-Designated Nonprobate Assets», *Stetson Law Review*, 2007, pàg. 400 i seg.; Lawrence W. Waggoner, «The Creeping Federalization of Wealth-Transfer Law» (2013), *Law & Economics Working Papers. Paper 92*, pàg. 3 i seg. (disponible a [http://repository.law.umich.edu/law\\_econ\\_current/92](http://repository.law.umich.edu/law_econ_current/92)); Kristen P. Raymond, «Double Trouble — An Ex-Spouse's Life Insurance Beneficiary Status & State Automatic Revocation upon Divorce Statutes: Who Gets What?», *Connecticut Insurance Law Journal*, 2013, pàg. 411 i seg.; John H. Langbein, «Destructive Federal Preemption of State Wealth Transfer Law in Beneficiary Designation Cases: Hillman Doubles Down on Egelhoff», *Vanderbilt Law Review*, 2014, pàg. 1668 i seg.; David Pratt, «Marriage, Divorce, Death, and ERISA», *Quinnipiac Probate Law Journal*, 2018, pàg. 101 i seg. Cal tenir en compte que es tracta d'una norma d'integració de la voluntat i no d'una norma sancionadora del cònjuge o convivent que s'ha separat, com expliquem a Del Pozo Carrascosa/Vaquero Aloy/Bosch Capdevila, *Derecho de sucesiones*, pàg. 102-104, per la qual cosa res impedeix la seva aplicació analògica a casos en què concorri identitat de raó.

testament i el codicil com les formes testamentàries adients per realitzar o revocar la designació. Resta exclosa la memòria testamentària, exclusió que s'explica per la limitació quant al contingut, que l'art. 421-21.2 redueix al 10% del cabal relicte; tanmateix, cal pensar que la renda vitalícia disminueix el cabal relicte, com s'explicarà més endavant, i que aquesta forma testamentària està mancada de requisits formals, per la qual cosa pot suscitar dubtes d'autenticitat a l'entitat gestora del producte que es tracti, raons de prou pes com per a que sigui preferible l'exclusió de la memòria testamentària.

L'art. 421-23 CCCat no especifica el tipus de testament o codicil, per la qual cosa s'admeten tant els notariais, siguin oberts o tancats, com els hològrafs.<sup>25</sup> No veig cap motiu de pes perquè la designació de beneficiaris no es pugui realitzar, a més, en un pacte successori d'atribució particular.<sup>26</sup>

Ara bé, cadascuna d'aquestes formes determina un tipus de successor (en el cas del testament, es pot tant instituir hereu com ordenar llegats), mentre que el codicil només admet el llegat. La qual cosa ens emmena a l'abast de la designació que es duu a terme en testament o codicil.

## 2.4. L'abast de la designació en un negoci per causa de mort

Els productes sota consideració, com els plans de pensions, les assegurances de rendes vitalícies o els PIAS, són contractes entre vius. El joc dels negocis *mortis causa* es limita, en vida del subscriptor, a una via alternativa per fer la designació o per a revocar la designació feta en el mateix contracte. La possibilitat de la designació del beneficiari en testament, codicil o pacte successori d'atribució particular, no altera en absolut la naturalesa jurídica del contracte amb l'entitat comercialitzadora ni tampoc el dret del beneficiari. La designació en un negoci per causa de mort no dona lloc a successió, sinó que és una mera designació de qui resulta beneficiari en un contracte entre vius.<sup>27</sup> Cal recordar que el testament admet un ampli contingut que

---

25 De la mateixa opinió Marian Gili Saldaña, art. 421-23, a Joan Egea Fernández, Josep Ferrer Riba (dir.), *Comentari al Llibre quart del Codi civil de Catalunya*, Barcelona, 2011, pàg. 255.

26 Vegeu Vaquer Aloy/Domingo Martínez, *El seguro de renta vitalicia y la herencia*, pàg. 41.

27 Així s'expressa Carmen Boldó Roca, art. 85, a Josefina Boquera Matarredona, Juan Bataller Grau, Jesús Olavarría Iglesia (coords.), *Comentarios a la ley del contrato de seguro*, Valencia, 2002, pàg. 1004; igualment, Gili Saldaña, art. 421-23, pàg. 256.

no ha de tenir ni contingut successori ni, fins i tot, patrimonial,<sup>28</sup> n'hi ha prou amb esmentar, per exemple, el reconeixement de la filiació o el nomenament de tutors. La designació de beneficiaris forma part del contingut no successori del testament. Dos preceptes deixen prou clara la independència entre l'adquisició per via contractual del beneficiari del seu dret al capital assegurat i la successió del subscriptor del producte. Per un costat, l'esmentat art. 88 LCS, quan emfasitza que el beneficiari adquireix el capital fins i tot contra les reclamacions que puguin entaular els hereus.<sup>29</sup> Per l'altre, l'art. 85.1 LCS, que afirma que «[l]os beneficiarios que sean herederos conservarán dicha condición aunque renuncien a la herencia». Així ho ha reconegut també la STSJC 28.7.2014.<sup>30</sup> És convenient, doncs, introduir una norma que rebli aquesta idea en el nostre dret de successions.

Si la designació del beneficiari es realitza en testament, l'eficàcia de la designació va lligada a la del testament, de manera que si aquest esdevé ineficaç, aquella també. L'únic supòsit de clàusula testamentària exceptuada de l'arrossegament de la ineficàcia és el reconeixement de fills (art. 422-8.2 CCCat), atès que constitueix una mera declaració de ciència i l'interès en joc és superior. Per consegüent, si el testament és nul, la designació està privada d'efectes; i si resulta ineficaç perquè es revoca el testament, encara que al testament posterior no s'hagi inclòs una designació distinta de beneficiaris, tampoc desplegarà cap efecte.<sup>31</sup>

---

28 Natalia Álvarez Lata, «Algunas cuestiones sobre el contenido atípico del testamento», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº 6, 2002, pàg. 113 i seg.; Lacruz Berdejo, José Luis, et al, *Elementos de Derecho Civil V. Sucesiones*, 3ª ed. revisada y puesta al día por Joaquín Rams Albesa, Madrid, 2007, pàg. 167-169; Sergio Cámara Lapuente, a Miguel Ángel Pérez Álvarez (coord.), Carlos Martínez de Aldaz, Pedro de Pablo Contreras, Sergio Cámara Lapuente, *Curso de derecho civil (V). Derecho de sucesiones*, Madrid, 2013, pàg. 143 i seg.

29 Això és el que, al capdavant, ve a dir la SAP Girona 542/2018, de 21.11.2018, Roj: SAP GI 1409/2018: «la póliza de seguro de vida «Vida-Caixa» [prèviament es qualifica com a assegurança de renda vitalícia] contratada por Dª Manuela, como ya se dijo, participa de la consideración de un seguro de vida y, como tal, no se debe incluir en el caudal relicto».

30 Roj: STSJ CAT 9131/2014: «el cobro del seguro se produ[ce] al margen de la herencia».

31 De la mateixa opinió són Federico J. Cantero Núñez, Héctor R. Pardo García, «Acerca de la designación de beneficiario de un seguro de vida desde la óptica del derecho de sucesiones», *Revista de Derecho Privado*, 1996, pàg. 710; L. Fernando Reglero Campos, art. 84, a id. (coord.), *Ley de Contrato de Seguro*, Cizur Menor, 2007, pàg. 1261 (amb l'adverbi «obviament»); Muñiz Espada, «Tratamiento en la herencia de seguro de vida para caso de fallecimiento», pàg. 1660. En contra, Francisco Javier Tirado Suárez, art. 84, a Fernando Sánchez Calero (dir.), *Ley de contrato de seguro. Comentarios a la Ley*

La designació de beneficiari no el converteix ni en hereu ni en legatari. Això és obvi si la designació es produeix en el mateix contracte de subscripció del producte, ja que és un negoci entre vius no successori. I el mateix passa, com s'acaba de dir, amb la designació testamentària dels beneficiaris, que és contingut no successori del testament, codicil o pacte d'atribució particular; el designat és simplement beneficiari del producte contractat pel causant, i això no li atribueix cap títol successori.

A la inversa succeeix alguna cosa semblant. Atès que el testament i el contracte amb l'entitat comercialitzadora són negocis jurídics independents, un *mortis causa* i l'altre onerós entre vius, encara que en el primer es designi el beneficiari del segon, la institució genèrica d'hereu (institueixo X hereva universal) no és suficient per a designar el beneficiari del producte. Cal una atribució específica de la condició de beneficiari,<sup>32</sup> encara que sigui genèrica per a tots els productes que tingui adquirits a la seva mort el causant («Designo X beneficiària de totes les assegurances de renda vitalícia i plans de pensions que tingui contractats a la meua mort»; Designo X beneficiària del capital assegurat en tots els productes que tingui contractats en qualsevol entitat de crèdit o asseguradora»). L'art. 421-23 CCCat ofereix un argument substancial, en permetre la designació en codicil, que no admet la institució d'hereu, mentre que el llegat és contingut propi tant de testament com de codicil, alhora que el pacte d'atribució particular té correspondència amb el llegat (art. 431-30.5 CCCat). Tampoc no serveix el llegat de «tots els productes bancaris que tingui a la meua mort». Hereu i legatari són successors per causa de mort, adquireixen del causant, però el beneficiari rep en les assegurances de vida o de renda vitalícia directament el capital de l'entitat gestora, no pas d'aquell.

---

50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones, Cizur Menor, 2010<sup>4</sup>, art. 84, pàg. 2254-2255. Boldó Roca, art. 85, pàg. 1005, matisa, per la seva banda, que si la nul·litat del testament és per causes formals sí que la designació podria mantenir la seva eficàcia com a declaració de voluntat autònoma que no seguiria la sort del testament.

32 Així també la SAP Barcelona, sec. 14, 23.11.2017, Roj: SAP B 12179/2017: «No hay ninguna modificación expresa de los beneficiarios de las pólizas y en modo alguno puede calificarse de tal el hecho indiscutido de que se designe a los demandados como universales herederos del resto de bienes, derechos y acciones, pues, como indicamos ut supra, el capital integrante de las pólizas no formaba parte del patrimonio de la causante en cuanto expresamente designaba beneficiario». Vegeu també la SAP Múrcia 4.2.2014, Roj: SAP MU 240/2014, que decideix que els drets legals de viduïtat no confereixen cap dret sobre el capital assegurat en un contracte de «pensió vitalícia immediata».



En definitiva, doncs, la designació del beneficiari es pot realitzar en un negoci per causa de mort, sigui testament, codicil o pacte d'atribució particular, però tal condició s'ha d'atribuir expressament a títol de llegat o en pacte d'atribució particular, sense que valgui un llegat genèric de productes bancaris.

## 2.5. Vicis de la voluntat

La designació del beneficiari en el contracte constitueix una declaració de voluntat unilateral receptiva —perquè s'adreça a l'entitat comercialitzadora o gestora, que han de saber a qui s'ha de lliurar el capital a la mort del subscriptor del producte—, de caràcter negocial, la qual, en conseqüència, és susceptible d'estar afectada per vicis de la voluntat. En la mesura que estem davant d'un contracte entre vius, s'apliquen les regles generals sobre vicis de la voluntat. No obstant això, cal tenir en compte que algun dels productes que se subscriuen tenen la seva clientela més freqüent en l'ancianitat —les assegurances de renda vitalícia— i, sobretot a la vista d'algun cas en la jurisprudència,<sup>33</sup> poden consistir més en una captació de voluntat que en un dol tradicional. A més, la protecció de la llibertat per a testar és més intensa que en els contractes, perquè no hi ha contrapart l'interès de confiança de la qual calgui protegir, i, com s'acaba de dir, la designació és una declaració de voluntat unilateral. A l'últim, el dol hauria de provenir de l'altra part contractual (art. 1269 CC), i el beneficiari no és part en el contracte pel qual se subscriu el producte de previsió o estalvi. En aquest sentit, podria ser oportuna una norma que en matèria de vicis de la voluntat combinés l'aplicació de la regulació dels contractes i dels negocis testamentaris, a fi d'aconseguir una aproximació més flexible que protegeixi millor la voluntat lliure del subscriptor.<sup>34</sup>

---

33 STSJ Catalunya 74.2010, Roj: STSJ CAT 3188/2010. Es tractava d'una persona de 89 anys que poc abans de morir va aportar pràcticament tot el seu patrimoni a la constitució d'una assegurança de renda vitalícia i en va designar beneficiària una persona aliena a la família més propera.

34 Em remeto a Antoni Vaquer Aloy, «La protección del testador vulnerable», a id., *Libertad de testar y libertad para testar*, Santiago de Chile, 2018, pàg. 127 i seg.

## **2.6. Aplicació de les causes d'indignitat a la designació de beneficiaris**

El tractament unitari de la transmissió de riquesa testamentària i l'extratestamentària s'ha de reflectir, també, en l'aplicació de les causes d'indignitat a la designació de beneficiaris. Aquesta aplicació es fonamenta en dues idees. La primera, que les causes d'indignitat protegeixen el causant de les ofenses més greus contra ell i les persones que li són més properes i la seva llibertat de testar. És raonable, doncs, aplicar-les als mecanismes no successoris de transmissió de la riquesa, en què un valor a protegir és la llibertat a l'hora de designar el beneficiari, ja que és una sanció que pressuposa la voluntat del causant d'apartar aquella persona de qualsevol atribució en la successió.<sup>35</sup> La segona és que les causes d'indignitat són d'aplicació general en el dret de successions: regeixen en la successió intestada (art. 441-6.1 i 441-7), el pacte successori (art. 431-13), les donacions per causa de mort (art. 432-2) i la llegítima (art. 451-3.2, 451-4, 451-6 i 421-25.1), i la indignitat exclou de l'administració dels fills menors d'edat o amb la capacitat d'obrar modificada (art. 461-24.2). En conseqüència, la introducció d'una norma que prevegi l'aplicació de les causes d'indignitat al beneficiari, a fi d'evitar que adquireixi el capital, no suposa cap element estrany en el nostre dret civil i pot evitar resultats no desitjats.<sup>36</sup>

## **2.7. En defecte de designació eficaç, els beneficiaris es decideixen d'acord amb el testament o, si no n'hi ha, amb els ordres de la successió intestada**

L'art. 84.3 LCS preveu el supòsit de fet que «en el momento del fallecimiento del asegurado no hubiere beneficiario concretamente designado». És evident que la redacció del precepte es queda curta, ja que literalment no abasta tots aquells casos en què sí hi ha designació, però aquesta no produeix efectes, com ara la renúncia del beneficiari. Per això, cal regular què succeeix si en el moment de la mort del subscriptor

---

35 Del Pozo Carrascosa/Vaquero Aloy/Bosch Capdevila, *Derecho de sucesiones*, pàg. 463.

36 L'art. 92 LCS, aplicable a l'assegurança de vida, priva el beneficiari designat de la prestació prevista en el contracte en el cas que hagi causat la mort dolosa del prenedor de l'assegurança. La *ratio* de la norma és comuna amb la indignitat, però està limitada a un d'aquests productes, per bé que, com s'argumenta al text, la raó de ser és fàcilment extrapolable als altres productes en què la mort determina la percepció del capital.

del producte de què es tracti no hi ha designació eficaç de beneficiari. La solució que ofereix aquest art. 84.3 LCS és que «el capital formarà parte del patrimonio del tomador». Si ho generalitzem a qualsevol producte dels que estem considerant i corregim la literalitat del precepte, perquè el subscriptor del producte ha mort i ja no hi ha patrimoni, el que estipula la norma és que el capital s'integra com un element més en l'herència del causant i, naturalment, s'atribuirà igual com la resta de béns i drets que composin la massa hereditària.

Aquesta és una solució plausible, però que genera el problema de barrejar el capital que prové d'un contracte entre vius del causant que s'havia de transmetre extrasuccessòriament amb la successió pròpiament dita. Una solució alternativa, i al meu parer més escaient a fi de mantenir l'autonomia dels negocis entre vius i per causa de mort i de respectar al màxim la voluntat del subscriptor del producte, és considerar que els beneficiaris són els instituïts hereus, si hi ha testament —o les finalitats que puguin substituir l'hereu, si s'ha nomenat un marmessor universal—, o qui hagi de ser hereu d'acord amb els ordres de la successió intestada.<sup>37</sup>

Si concorren a la successió cònjuge o convivent i descendents, la remissió als ordres de la successió intestada o, si aquesta era la voluntat del testador, al testament, pot conduir a que els fills o descendents siguin hereus i el cònjuge o convivent usufructuari. Per bé que la convivència de nu propietari i usufructuari no sempre resulti desitjable, no suposa un problema al que el nostre dret no doni solució, ja que en tal cas es constitueix un usdefruit de diner al qual esdevé d'aplicació els art. 561-32 i 561-33 CCCat.<sup>38</sup>

## 2.8. Recordatoris periòdics de les designacions de beneficiaris

Si un dels problemes que plantegen aquests productes de previsió i estalvi és que pot transcórrer molt de temps entre la designació i la mort del subscriptor, sense que sigui modificada malgrat les circumstàncies

---

37 La remissió a la successió intestada és la solució de l'Uniform Probate Code (secció 2-708). D'aquesta manera, en integrar-se a l'herència, el capital queda a l'abast de possibles creditors hereditaris, la qual cosa no succeiria en la solució que proposo.

38 Vegeu sobre l'usdefruit de diners Pedro del Pozo Carrascosa, Antoni Vaquer Aloy, Esteve Bosch Capdevila, *Derecho civil de Cataluña. Derechos reales*, 6ª ed., Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, 2018, pàg. 404-405.

fàctiques canviants en la seva vida —ja perquè no recorda qui va designar o ja perquè no recorda que hagués efectuat la designació—, una solució senzilla i amb costos minsos és imposar legalment l'obligació a les entitats comercialitzadores de dur a terme periòdicament un recordatori al subscriptor dels seus productes i dels beneficiaris que en ells hi figuren. D'aquesta manera, el causant seria conscient que té aquells productes i que en ells hi ha designats uns beneficiaris, els quals té presents, de manera que pot decidir si la designació continua essent satisfactòria o si prefereix introduir-hi canvis.<sup>39</sup> Un període raonable en el qual enviar els recordatoris seria cada cinc anys.

## 2.9. Els productes amb designació de beneficiaris i la llegítima

La subscripció d'aquests productes i el pagament del capital als beneficiaris planteja un seguit de problemes als quals ni la LCS ni els codis civils donen cap solució. ¿El capital que s'aporta ha de ser computat per al càlcul de la llegítima, en la mesura que ha suposat una reducció del patrimoni del causant en el moment en què mor, atès que aquell capital pertany a l'entitat gestora? ¿El capital que percep el beneficiari ha de ser imputat a la seva llegítima, si el beneficiari té, a més, la condició de legitimari? La jurisprudència que ha hagut d'afrontar aquests problemes no ha estat, ni de bon tros, unànime, per la qual cosa és important donar una resposta legislativa. S'ha recordar, abans de passar a analitzar ambdues qüestions, que, en qualsevol de les seves modalitats, estem davant de contractes onerosos amb una entitat comercialitzadora; es paguen unes primes a canvi de la percepció d'un capital si el prenedor mor, s'efectua una aportació de capital —que, cal insistir, d'entrada disminueix no el patrimoni actual del subscriptor, sinó el patrimoni que a la seva mort es convertirà en herència—, a canvi de la percepció d'una renda vitalícia assegurada o d'una possible —plans de pensió que inverteixen en borsa— o segura revalorització del capital —plans de pensions assegurats, PIAS— més un tractament fiscal favorable;

---

39 Naomi R. Cahn, «'Making Things Fair': An Empirical Study of How People Approach the Wealth Transmission System», *Elder Law Journal*, 2015, pàg. 374; Langbein, «Major Reforms», pàg. 12; Feuer, «Life Insurance», pàg. 30. Leslie/Stark, «Revisiting», pàg. 118-119, per la seva banda, proposen per als Estats Units un registre voluntari de designacions accessible pels particulars; tanmateix, els costos serien més importants i probablement sorgirien problemes competencials.

i que, a la mort del subscriptor, el capital el lliura l'entitat gestora, de manera que no hi ha transmissió successòria del causant/subscriptor al beneficiari.<sup>40</sup> És sobre la base d'aquestes dues característiques essencials d'aquests productes que cal presentar una proposta normativa, tot tenint en compte la diferència existent entre productes de previsió i d'estalvi: en aquests les aportacions pertanyen al titular del pla de pensions o del PIAS, en aquells a l'asseguradora.

### 2.9.1. *Computació legitimària*

El fet que a la mort del causant el capital aportat a algun d'aquests productes no formi part de l'herència no és cap obstacle, inicialment, per a no tenir-ho en compte a l'hora de calcular la llegítima. L'art. 451-5 CCCat contempla la computació per al càlcul de la llegítima de patrimoni que no es troba a l'herència. Ràpidament es pot respondre que no ha estat un supòsit d'empobriment del causant, perquè no es tracta d'una transmissió a títol lucratiu, sinó que són contractes onerosos, aportacions de capital en virtut de contractes onerosos. No obstant això, és cert que el patrimoni relict ha minvat i que, ni que sigui per via indirecta com a conseqüència d'haver estat designada beneficiària, hi ha alguna persona que percebrà patrimoni que, sense aquell producte subscrit, s'hauria integrat a l'herència.

Pel que fa a les assegurances de vida, hi ha consens en el fet que «el seguro origina verdaderamente un capital nuevo y no la traslación de un capital preexistente. Pero las primas que han *alimentado* el seguro han sido extraídas del patrimonio del *de cuius*».<sup>41</sup> En virtut d'aquest raonament, i per al cas de l'assegurança de vida, no s'ha de computar el capital que paga a la mort l'entitat asseguradora, però sí les primes

---

40 Vaquer Aloy/Domingo Martínez, *El seguro de renta*, pàg. 79 i seg. Aquesta idea es troba també en la STS 14.3.2003, ROJ: STS 1735/2003: «[e]l beneficiario es distinto de los herederos, aunque puedan coincidir y las cantidades que como beneficiario del seguro ha de percibir son de su exclusiva propiedad, y así lo decía el artículo 428 derogado del Código de Comercio, por lo que no se integran en la herencia del causante y, consecuentemente, no responden de sus deudas».

41 Carmen Callejo Rodríguez, *El seguro de vida para caso de muerte: Cuestiones actuales de Derecho Civil*, Madrid, 2005, pàg. 7. Una opinió similar a Susana Navas Navarro, «Assegurança de vida en cas de mort de l'assegurat, composició del cabal hereditari i quantum legitimari (comentari de la sentència de 3 de febrer de 2003 de la secció tercera de l'Audiència Provincial de Tarragona)», *Revista Catalana de Dret Privat*, 2004, Vol. 4, pàg. 234.

pagades pel causant.<sup>42</sup> En efecte, aquest resultat mereix ser positivitzat, per la seva neutralitat, ja que recompon el patrimoni del difunt sense afectar el beneficiari de l'assegurança, és a dir, es calcula la llegítima com si no s'hagués contractat l'assegurança de vida —que, en vida, no ha incrementat de cap manera el patrimoni del difunt— i, alhora, es manté intacte el capital que percep el beneficiari.

El cas de les assegurances de renda vitalícia és distint. El capital que aporta el prenedor d'una assegurança de renda vitalícia en forma de prima única té una doble contraprestació per part de l'asseguradora, ja que aquesta s'obliga, per un costat, al pagament de la suma assegurada al beneficiari, i, per l'altre, al pagament d'unes rendes periòdiques al prenedor-assegurat amb caràcter vitalici. Per consegüent, en principi, no s'hauria de plantejar la computació de l'aportació de capital a l'assegurança de renda vitalícia en el *relictum* d'aquell.<sup>43</sup> Aquesta aportació, per tant, no és equiparable a una donació però tampoc no és una assegurança de vida. La raó és que l'entitat financera/asseguradora s'obliga a pagar aquesta renda —que en realitat són els interessos del capital, usualment superiors al tipus d'interès de les imposicions a termini—, més que sovint amb caràcter mensual, que suposen que cada mes el patrimoni del prenedor augmenta —després d'haver disminuït amb l'aportació del capital—. No es pot, doncs, aplicar mimèticament la solució de les assegurances de vida. D'altra banda, l'element aleatori de la vida del prenedor pot determinar que les rendes percebudes siguin insignificants respecte el patrimoni aportat, en cas que el prenedor mori al cap de poc temps, o que representin una entrada en el patrimoni de certa envergadura, si s'ha dilatat en el temps la percepció de les rendes. I no s'ha d'oblidar que, amb independència de les rendes percebudes, el beneficiari encara rebrà el capital assegurat —que és el capital aportat més una mínima revalorització—. Ateses les diferències assenyalades amb l'assegurança de vida, la solució que proposo s'hi emmotlla: s'ha de computar a efectes del càlcul de la llegítima la despatrimonialització efectiva que ha experimentat el patrimoni del prenedor en el moment del seu decés, és a dir, la diferència entre el capital aportat en contractar el producte i les rendes vitalícies efectivament percebudes en vida. Aquesta

---

42 SAP Girona 14.12.1998, Roj: SAP GI 1655/1998; SAP Tarragona 3.2.2003, JUR 192804.

43 Aquest constitueix l'argument clau per a Muñiz Espada, «Tratamiento en la herencia del seguro de vida para caso de fallecimiento», pàg. 1676.

és la solució que han adoptat també les SAP Madrid, sec. 25, 26.10.2012,<sup>44</sup> i Illes Balears 23.7.2014.<sup>45</sup> Novament la idea és aconseguir la neutralitat de la contractació del producte en el *relictum* a efectes del càlcul de la llegítima. De retruc, s'evita assumir el risc que no triomfi l'exercici de la pretensió de la impugnació del contracte d'assegurança de renda vitalícia per frau a les llegítimes quan el prenedor és una persona d'edat avançada que mor poc després, la prova del qual resulta prou complicada.<sup>46</sup>

Els plans de pensions són un producte d'estalvi a llarg termini, pensat per a obtenir un capital o una pensió al temps de la jubilació, i que té com a avantatge el seu bon tractament fiscal, ja que les aportacions que es realitzen desgraven de la base imposable de l'IRPF. L'entitat gestora realitza determinades inversions que determinen que, en el moment de la jubilació, les aportacions s'hagin convertit en un capital major o menor. Si el partícip del pla de pensions mor abans d'arribar a l'edat de jubilació, els drets consolidats del pla passen a correspondre a la persona que hagi designat. Existeix consens en la jurisprudència menor que el capital final no s'integra en l'herència, sinó que pertany al beneficiari designat, la qual cosa és correcta.<sup>47</sup> Ara bé, s'entén que s'han de computar a efectes de càlcul de la llegítima les aportacions íntegres,<sup>48</sup> la qual cosa és un error, ja que, a fi de mantenir la neutralitat, cal descomptar els beneficis fiscals —és a dir, les desgravacions fiscals, que representen un pagament que no s'ha realitzat— de les aportacions, ja que aleshores sí es computa la disminució patrimonial neta que ha experimentat amb les aportacions el patrimoni del partícip.

En conclusió, la solució més neutra i conforme amb la regulació vigent de la llegítima consisteix a computar per al càlcul d'aquesta la

---

44 JUR 376594.

45 SAP IB 1467/2014.

46 Vegeu, per exemple, SAP Valladolid 16.7.2012, Roj: SAP VA 1136/2012, Alacant 10.4.2013, Roj: SAP A 1559/2913. També s'eviten construccions tan artificioses com entendre que hi ha una donació (*mortis causa*) indirecta del prenedor al beneficiari per mitjà del contracte amb l'entitat comercialitzadora, com fan les SAP Coruña 5.7.2007, Roj: SAP C 1850/2007, o Salamanca 31.7.2017, Roj: SAP SA 479/2017; difícilment hi por haver contemplació de la mort, però tampoc donació, ja que el capital no és exactament el mateix que es va aportar en el moment de la subscripció.

47 SAP Madrid, sec. 9, 29.11.2016, Roj: SAP M 16724/2016; Tarragona 5.10.2012, Roj: SAP T 1611/2012; Alacant 8.3.2010, Roj: SAP A 1095/2010.

48 A més de les citades a la nota anterior, SAP Madrid, sec. 8, 19.5.2017, Roj: SAP M 6698/2017

disminució patrimonial neta que ha suposat la subscripció del producte de què es tracti: en una assegurança de renda vitalícia cal restar del capital aportat les rendes efectivament percebudes, de les aportacions a plans de pensions les desgravacions fiscals obtingudes, en les assegurances de vida les primes pagades. La introducció d'una norma que ho estipulés expressament aclariria, sens dubte, la situació actual.<sup>49</sup>

### **2.9.2. Imputació legitimària**

Amb relació a la llegítima, resta per respondre una altra qüestió: el capital que es rep de l'entitat gestora a la mort del subscriptor del producte, s'ha d'imputar a la llegítima del beneficiari que sigui, alhora, legitimari? Es podria asseverar que, un cop que s'ha decidit que computa per al càlcul de la llegítima el sacrifici patrimonial net efectuat amb la subscripció del producte, la conseqüència lògica seria que el capital s'ha d'imputar igualment a la llegítima del beneficiari, ja que es tractaria d'una bestreta ordenada, a la fi, pel causant.

La resposta, tanmateix, ha de ser negativa. No s'ha d'imputar a la llegítima individual el capital que el legitimari que sigui beneficiari rep en virtut del producte que va contractar el causant. Les raons són diverses. La primera és que, com s'ha raonat anteriorment, allò que es computa no és el capital que l'entitat gestora lliura al beneficiari, sinó les primes de l'assegurança de vida, les aportacions al pla de pensions deduïdes les desgravacions fiscals o el capital aportat menys les rendes vitalícies percebudes, és a dir, allò que he anomenat el sacrifici patrimonial net per a contractar el producte. Si el capital que es rep a la defunció no computa, tampoc s'ha d'imputar a les llegítimes individuals. A més, el capital el percep el beneficiari que és legitimari de l'entitat gestora, no es pot considerar una atribució realitzada pel causant. Finalment, la decisió de designar un o més dels legitimaris —si tots els beneficiaris designats són a l'ensens legitimaris ja no hi ha lloc al debat— implica la voluntat de desigualar els legitimaris, i aquesta voluntat és la clau per tal de decidir si una atribució ha de ser o no imputada. En efecte, quan contracta algun d'aquests productes, el subscriptor el primer que busca és un avantatge patrimonial per a ell mateix, i la designació del beneficiari és un aspecte

---

<sup>49</sup> Evitaria, d'altra banda, que s'acudeixi a mitjans d'impugnació d'èxit improbable, com ara instar la nul·litat d'un contracte d'assegurança de renda vitalícia atorgat per una anciana basant-se en la causa falsa o il·lícita i vicis de la voluntat, com es va intentar en la SAP Barcelona, sec. 14a, 20.1.2017, Roj: SAP B 12817/2017.



secundari; però en segregar una part del seu patrimoni quan subscriu el producte i designar un beneficiari que adquireixi el capital final, amb independència de la seva herència, manifesta una voluntat evident de desigualar els possibles interessats en la seva successió. La voluntat de desigualar és perfectament legal mentre no es perjudiquin les llegendimes. Cal recordar, d'altra banda, que la designació de beneficiaris es pot realitzar en el mateix testament, i que si el causant no ho fa o designa beneficiari només algun dels legitimaris, està expressant la seva voluntat contrària al tracte igualitari; i, a la inversa, la mera designació d'hereus no suposa designació de beneficiari, com ja s'ha justificat. En conclusió, el capital que lliura l'entitat gestora no s'imputa a la llegítima del beneficiari que és legitimari, com ja ha reconegut la STSJC 2.1.2014,<sup>50</sup> de manera que dit capital s'acumula a qualsevol altra atribució successòria sense cap mena d'interferència o minva.<sup>51</sup>

Aquesta seria, a més, la solució més coherent amb l'afebliment de la llegítima que assenyala el preàmbul de la Llei 10/2008, de 10 de juliol, del llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions, i que es va manifestar amb la computació de les donacions exclusivament dels deu anys darrers abans de la mort del causant, la reducció dels supòsits en què els ascendents són legitimaris o l'absència de representació en l'atribució legitimària, modificacions adreçades bé a disminuir la quantia de la llegítima, bé el nombre de legitimaris.

---

50 Roj: STSJ CAT 3/2014: «la Sala tampoc pot estimar l'al·legació exposada, en haver de partir d'un contracte atípic [l'assegurança de renda vitalícia] que no pot ésser considerat una donació mortis causa, i pel fet que la voluntat de la testadora revela de forma clara que no volia que la dita quantitat fos imputable a la llegítima de la seva filla». El mateix havia dit la SAP Barcelona, sec. 11, 3.12.12, Roj: SAP B 13769/2012, negant la imputació a la llegítima del capital provinent d'un pla de pensions: «tampoco puede considerarse a dicha suma como una donación hecha por el difunto en favor de los legitimarios, careciéndose de los requisitos precisos para que hubiera sido otorgada la misma, lo que a los efectos del art. 359 del C.S. determina que no pueda imputarse a su legítima».

51 Cosa ben diferent, com conclou la STSJC citada a la nota anterior, és que, si així ho expressa el causant, el capital que es rep serveixi per a pagar la llegítima del beneficiari, la qual cosa és correcta ja que la llegítima és un dret de crèdit que el causant pot pagar de la manera que estimi més convenient.

## 2.10. Els productes amb designació de beneficiaris i la col·lació

En darrer terme, caldria solucionar expressament si les primes o el capital aportat o el capital rebut a la mort del causant han de ser objecte de col·lació quan es dugui a terme la partició de l'herència. La doctrina ha tractat el tema essencialment amb relació a les assegurances de vida, tot mantenint posicions diverses. Tanmateix, cap autor defensa que s'hagi de col·lacionar el capital rebut a la defunció,<sup>52</sup> sinó que el debat se cenyeix a les primes. Contra la idea que les primes han estat pagades a l'asseguradora i no al beneficiari, la qual cosa impedeix que es pugui observar la concurrència d'*animus donandi*,<sup>53</sup> hi ha autors que entenen que amb la contractació d'una assegurança de vida es produeix l'empobriment que va lligat al pagament de les primes, amb el corresponent perjudici per la resta de cohereus legitimaris, per la qual cosa caldria col·lacionar l'import de les primes satisfetes en virtut del contracte.<sup>54</sup> De fet, l'art. 273.1 de la Compilació del Dret Civil de Catalunya així ho disposava, per bé que limitat a les primes de les assegurances de vida contractades a benefici del descendent que havia de col·lacionar.<sup>55</sup> La majoria, però, introdueix algun matís, centrat en què l'import de les primes a col·lacionar

---

52 Aquesta és ara la solució a Bèlgica arran de la reforma de 2017, que ha entrat en vigor l'1 de setembre de 2018. D'acord amb la nova redacció de l'art. 188 de la Llei de 4 de juliol de 2014, i llevat que el testador —que pot fer-ho— no hagi disposat altrament, els descendents han de col·lacionar el capital o les rendes que obtinguin a la mort del causant de la successió. El cònjuge i els altres parents, tanmateix —i el cònjuge és legitimari— no han de col·lacionar. Sobre aquesta reforma, De Page, «L'assurance-vie», pàg. 124 i seg., i Philippe de Page, Isabelle De Stefani, *La réforme du droit des successions et des libéralités*, Limal, 2018, pàg. 56; Séverine Bevernaegie, *La loi du 31 juillet 2017 réformant le droit des successions et des libéralités*, Waterloo, 2017, pàg. 334-337. Per entendre aquesta decisió cal tenir en compte el pes de la *réserve* en el dret de successions belga i francès, que és una commixió de la propietat col·lectiva de la família amb la llegítima romana; vegeu Marta Peguera Poch, *Aux origines de la réserve héréditaire du Code Civil: la légitime en pays de coutumes (XVI<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup> siècles)*, Aix-en-Provence, 2009.

53 Andrés Domínguez Luelmo, art. 1035, a Ana Cañizares, Pedro de Pablo, Francisco J. Orduña, Rosario Valpuesta (dir.), *Código Civil comentado*, III, Cizur Menor, 2011, pàg. 1652-1653.

54 Mariano Alonso Pérez, «La colación de las donaciones remuneratorias», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, julio-agosto, 1967, pàg. 1.017-1.073. En aquest sentit, la SAP Madrid, sec. 13, 312/2018, de 25.7.2018, Roj: SAP M 11626/2018.

55 «El descendent que com a hereu concorri amb un altre descendent també hereu (...) haurà de col·lacionar (...) per a (...) satisfer-li els deutes o les primes d'assegurança de vida en benefici seu (...)».

no sigui superior al capital que paga l'asseguradora en produir-se la mort de l'assegurat.<sup>56</sup>

El fonament de la col·lació és la igualació dels descendents que concorren a la partició, de manera que es tracta com si fos una bestreta allò que hagin rebut en vida del causant.<sup>57</sup> Per consegüent, si hi ha voluntat d'oferir un tracte desigual als descendents, caldrà concloure que no s'haurà de col·lacionar. En matèria de dispensa de la col·lació, fins i tot els autors que defensen una interpretació restrictiva de la dispensa de la col·lació admeten que «habrá que considerarse dispensa expresa cualquier disposición que, por su misma naturaleza, excluya el valor de lo donado del caudal partible entre los coherederos legitimarios. Por ejemplo, mejora, imputación al tercio libre; o inclusión de lo donado en el lote del donatario, en el caso de partición por el testador».<sup>58</sup> Doncs bé, la mateixa *ratio* concorre en les assegurances de renda vitalícia o els plans de pensions. El subscriptor d'algun d'aquests productes segrega una part del seu patrimoni amb una finalitat no immediatament successòria i pot decidir qui desitja que esdevingui el beneficiari del capital que ha de pagar l'entitat gestora. Quan decideix, podent fer una altra cosa, que els beneficiaris no siguin tots els cohereus descendents, o no ho siguin en proporcions iguals, és prou evident que exclou el tracte igualitari en la partició. A més, el capital no es rep per via successòria, per la qual cosa només d'una manera molt forçada, tenint en compte la complexitat d'aquests productes, es pot defensar una voluntat d'anticipar l'herència. A més, hi ha l'argument afegit que la previsió de l'art. 273.1 de la Compilació, que preveia la col·lació de les quantitats per a «satisfer-li les primes d'assegurança de vida en benefici seu», no es va incorporar ni al Codi de Successions ni després al llibre 4 del CCCat.

---

56 Juan Roca Juan, art. 1035, en Manuel Albaladejo (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XIV-2º, Madrid, 1989, pàg. 33; Callejo Rodríguez, «El pago de la suma asegurada», pàg. 14-15; José Sarmiento Ramos, art. 1035, en Ministerio de Justicia, *Comentario del Código Civil*, t. 1, Madrid, 1991, pàg. 2436; Isabel González Pacanowska, art. 1257, en Manuel Albaladejo, Silvia Díaz Alabart (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XVII-1º.A, Madrid, 1993, pp. 400-401. Vegeu també Martín García-Ripoll Montijano, «El fundamento de la colación hereditaria y su dispensa», *Anuario de Derecho Civil*, 1995, pàg. 1105 i seg., esp. pàg. 1129 i seg., i *La colación hereditaria*, Madrid, 2002, pàg. 74 i seg.

57 Per tots, Del Pozo Carrascosa/Vaquero Aloy/Bosch Capdevila, *Derecho de sucesiones*, pàg. 609.

58 García-Ripoll Montijano, «El fundamento de la colación», pàg. 1189.

Per això, seria escaient consolidar legislativament la solució que va donar la STSJC 2.1.2014, quan considera que la col·lació de la prima solament podia fonamentar-se en què la voluntat de la causant fos contrària a la desigualtat entre els cohereus legitimaris, perquè la prenedora d'una assegurança de renda vitalícia no va fer esment en el testament d'aquest producte, del qual va designar beneficiària una de les seves cinc filles: «La institució de la col·lació, com no podia ésser d'una altra manera, està inspirada en la llibertat de testar, per tant l'únic que cerca aquesta institució és que no es sostreguin del cabal del difunt aquells béns que el causant hauria volgut que es distribuïssin entre els hereus. Per aquesta circumstància el precepte legal esmentat només exigeix col·lacionar les atribucions fetes intervius a títol gratuït en concepte de legítima o imputable a la mateixa, o quan el causant hagi establert expressament que siguin col·lacionables exigència que no concorre en cap cas en el contracte bancari en discussió».

## **2.11. Aplicació de l'art. 211-2.2 CCCat**

L'art. 211-2.2 i l'impediment a la successió o la transmissió de drets quan el supervivent només sobreviu setanta-dues hores al causant és una norma controvertida, que es va intentar modificar de manera poc reeixida mitjançant la Llei 6/2015, de 13 de maig, d'harmonització del Codi Civil de Catalunya. En qualsevol cas, la norma està vigent i sembla aplicable als productes d'estalvi i assegurança, en la mesura que cobreix la «successió i la transmissió de drets» a favor d'una persona pel fet de sobreviure a una altra, supòsit de fet que encaixa amb les assegurances de vida i de renda vitalícia o els plans de pensions.<sup>59</sup> No obstant això, una remissió interna podria esvair qualsevol dubte quant a l'aplicació de l'art. 211-2.2 als negocis en qüestió.

## **2.12. Disposició transitòria**

Finalment, s'hauria d'incorporar una disposició transitòria en el sentit que les noves normes sobre els mecanismes extratestamentaris de transmissió de riquesa s'apliquen amb independència de la data de subscripció dels

---

<sup>59</sup> Així, Joan Egea Fernández, art. 211-1, a Joan Egea Fernández, Josep Ferrer Riba (dir.), *Comentari al llibre segon del Codi civil de Catalunya. La persona física i les institucions de protecció de la persona*, Barcelona, 2017, pàg. 62.

productes. La finalitat és que la clarificació que es fa del règim legal i el seu tractament més unitari amb l'herència s'apliquin a la munió de productes que ja han estat contractats, al volum en euros dels quals ja s'ha fet una referència aproximada a l'inici.

### 3. LES FAMÍLIES RECONSTITUÏDES EN LA SUCCESSION

#### 3.1. Introducció<sup>60</sup>

Segons dades de l'IDESCAT,<sup>61</sup> l'any 2011 hi havia a Catalunya gairebé 36.000 famílies amb fills comuns i no comuns i gairebé 60.000 amb fills no comuns. És un nombre prou important perquè el legislador hi presti atenció. Per això, les famílies reconstituïdes o enllaçades estan contemplades en el Llibre 2 del CCCat. L'art. 231-1 apel·la directament a l'heterogeneïtat del concepte família, que resulta de la mateixa Constitució espanyola<sup>62</sup> i que reconeix també l'art. 40.2 de l'Estatut. Al seu apartat 2, l'art. 231-1 explícitament considera com un tipus de família la reconstituïda: «Es reconeixen com a membres de la família, amb els efectes que es determinin legalment, els fills de cadascun dels progenitors que convisquin en el mateix nucli familiar, com a conseqüència de la formació de famílies reconstituïdes. Aquest reconeixement no altera els vincles amb l'altre progenitor.» Aquesta aproximació legal presenta directament un dels principals problemes jurídics que plantegen les famílies reconstituïdes: pot existir l'altre progenitor dels fills no comuns, i si ocorre això, el vincle de filiació amb ell es manté amb tots els seus efectes legals.<sup>63</sup> Alhora, apunta una idea clau: el reconeixement de les famílies reconstituïdes no implica que s'atorguin als seus integrants

---

60 La discussió més detallada, amb les aportacions del dret comparat, a Antoni Vaquer Aloy, Noelia Ibarz López, «Las familias reconstituídas y la sucesión a título legal», *Revista de Derecho Civil*, 2017/IV, pàg. 221 i seg.

61 <http://www.idescat.cat/pub/?id=censph&n=7907>.

62 Encarna Roca Trias, «Familia, familias y derecho de la familia», *Anuario de Derecho Civil*, 1990, pàg. 1055 i seg.

63 Explica M<sup>a</sup> Elena Lauroba Lacasa, art. 236-14, a Joan Egea Fernández, Josep Ferrer Riba (coord.), *Comentari al Llibre Segon del Codi Civil de Catalunya*, Atelier, Barcelona, 2014, pàg. 855, que es persegueix deixar clar que el padrastre o madrastra ni expulsa el progenitor biològic ni les seves facultats resten reduïdes.

els mateixos drets que als de les famílies nuclears, ja que s'especifica que aquest reconeixement ho és «amb els efectes que es determinin legalment» i no pas «amb tots els efectes». Això no ha d'estranyar, ja que no existeix un únic model de família reconstituïda, sinó que, ben al contrari, s'observa molta diversitat.<sup>64</sup>

En dret de família, la integració dels fills no comuns en la família es manifesta en els següents aspectes:

- a) Les despeses familiars. L'art. 231-5.2 disposa que les despeses de manutenció dels fills no comuns que conviuen amb els cònjuges són despeses familiars. Inversament, l'art. 231-6.2 estableix que els fills no comuns, mentre conviuen amb la família, han de contribuir-hi proporcionalment. Una idea fonamental sorgeix d'aquests dos preceptes: la integració dels fills no comuns almenys pel que fa a l'economia familiar va lligada a la convivència.
- b) Exercici de la potestat parental. El padrastre i la madrastra tenen dret a participar en la presa de decisions sobre els assumptes relatius a la vida diària del fill menor no comú (art. 236-14, primer apartat), encara que preval l'opinió del progenitor (segon apartat), si bé aquells tenen la facultat d'adoptar unilateralment les mesures necessàries per al benestar del menor en cas de risc imminent (tercer apartat). A més, si s'esdevé la defunció del cònjuge o convivent que tenia la guarda exclusiva, el jutge pot atribuir la potestat sobre el fillastre o la fillastra, si el seu interès ho requereix, si ha conviscut amb el menor i després d'escoltar l'altre progenitor i el propi menor hi estan d'acord (art. 236-15.2). En cas que no se li atribueixi la guarda, el cònjuge o convivent pot sol·licitar un règim de visites, si l'interès del fill ho justifica, sempre que hagi conviscut amb el menor durant els darrers dos anys (art. 236-15.3). D'aquests preceptes es desprenen dues idees: per a determinats efectes no només és necessari haver conviscut,

---

64 No és el mateix si existeix l'altre progenitor dels fills, si exerceix la guarda i, en especial, la guarda compartida, si a banda dels fills respectius de cada cònjuge o convivent n'hi ha o no de comuns, si els uns i els altres són majors o menors d'edat, l'edat dels fills no comuns quan es va iniciar la convivència, etc. Vegeu, al respecte, Ana María Rivas Rivas, «El ejercicio de la parentalidad en las familias reconstituidas», *Portularia*, 2012, vol. XII, pàg. 30 i seg.; Marc Ajenjo-Cosp, Núria García-Saladrigas, «Las parejas reconstituidas en España: un fenómeno emergente con perfiles heterogéneos», *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, 2016, núm. 155, pàg. 3 i seg.; Susana Navas Navarro, «Child's Life, Step-Family and Decision-Making Process —European Overview», *Beijing Law Review*, 2013, vol. 4, num, 2, pàg. 63.

sinó que cal estar convivint,<sup>65</sup> i que la convivència hagi tingut una duració mínima, en el cas de les visites dos anys.

- c) Delació de la tutela. Conforme a l'art. 222-10.d), el jutge pot cridar al càrrec de tutor al cònjuge o convivent del progenitor de la persona tutelada. Cal notar que en l'ordre de crides de la delació el padrastre o la madrastra només té per darrere els germans del menor o de la persona amb la capacitat d'obrar modificada, i que s'exigeix la convivència en el moment de la delació.

És sobre aquestes bases que formularé una proposta d'inclusió de les famílies reconstituïdes en la regulació de la llegítima i de la successió intestada vigents. Cal posar de relleu, abans que res, que l'àmplia llibertat testamentària que caracteritza el dret de successions català permet que el causant pugui afavorir extensament en la seva successió els seus fillastres. No obstant això, sembla necessari un reconeixement a les famílies reconstituïdes també en la successió legal i, de retruc, com veurem, en la successió contractual. Fins al moment, la llei no concedeix cap dret als fillastres ni als padrastrès i madrastrès. Poques normes contemplan les famílies reconstituïdes, unes directament i una altra indirectament:

- a) La primera és l'art. 422-13.4, introduït mitjançant la Llei 6/2015, de 13 de maig, d'harmonització del CCCat. D'acord amb aquest precepte, la ineficàcia automàtica de les clàusules testamentàries a favor del cònjuge o convivent a causa del trencament de la convivència s'estén als parents que només ho són del cònjuge o convivent, en la línia directa o col·lateral fins al quart grau, per consanguinitat o afinitat. Pel que aquí interessa, les disposicions testamentàries a favor dels fills no comuns esdevenen ineficaces quan el causant i el progenitor d'aquells cessen la convivència.
- b) La segona norma que esguarda les famílies reconstituïdes és l'art. 431-2, que enumera les persones que poden atorgar pactes successoris. La legitimació segueix estant vinculada al matrimoni, perquè se centra en el cònjuge o el convivent i en determinats parents, sense que estiguin oberts amb generalitat

---

65 La qual cosa no impedeix que el menor pugui haver residit ocasionalment en un lloc distint al padrastre o madrastra per raons d'estudi, oci o similars, com diu Francisco Rivero Hernández, «El *status* jurídico del padrastro/madrastra en el Código civil de Cataluña», en *Estudios Jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, Valencia, 2011, pàg. 2203.

a qualsevol persona, de manera que el pacte atorgat per persones no legitimades és nul (art, 431-9.1).<sup>66</sup> Doncs bé, entre els legitimats per a atorgar pactes successoris figuren els parents per consanguinitat en línia directa o en línia col·lateral, dins del segon grau, de l'altre cònjuge o convivent. Amb independència de l'abast interpretatiu que calgui donar a les lletres c) i d) de l'art. 431-2, en la mesura que la lletra c) inclou els parents fins al quart grau i la lletra d) només fins al segon grau,<sup>67</sup> resta clar que padrastres, madrastres i fillastres poden atorgar pactes successoris per a ordenar la seva successió. La qual cosa, si bé és lògica, ja que no tindria sentit excloure'ls de la possibilitat de succeir-se vountàriament, constitueix un dels escassos supòsits en què les famílies reconstituïdes són considerades en el pla de la legitimació.

- c) L'art. 424-6.2 exclou l'elecció de l'hereu pels dos parents en un tipus de família reconstituïda, aquella en què hi ha fills que no són comuns que tenen tots els seus progenitors vius: «2. La facultat d'elecció o de distribució només es pot exercir si, ateses les circumstàncies de la família, no hi ha més de dues línies de parents».<sup>68</sup>
- d) Indirectament, l'art. 442-2.2 contempla les famílies reconstituïdes quan preveu que si en la successió intestada tots els fills repudien l'herència, aquesta no es defereix als descendents de grau ulterior —nèts, besnèts, etc.—, sinó al cònjuge o convivent, però sempre que aquest sigui el progenitor comú d'aquells. És a dir, si la família és reconstituïda, la renúncia de tots els fills del causant no té com a efecte que l'hereu sigui el cònjuge o convivent. La presència de fills no comuns en la successió evita aquest efecte automàtic, que en tot cas haurà de ser acordat pels interessats.

La proposta va necessàriament lligada al reconeixement de les famílies reconstituïdes que es fa al Llibre 2, per tal de dotar de coherència a la regulació familiar i successòria, i en la mesura en què es produeix aquest reconeixement.

---

66 Del Pozo Carrascosa/Vaquero Aloy/Bosch Capdevila, *Derecho de sucesiones*, pàg. 314-315.

67 Josep Ferrer Riba, art. 431-2, a Egea Fernández/Ferrer Riba (dir.), *Comentari*, pàg. 1058.

68 Sobre els motius de l'exclusió, María Luisa Zahino Ruiz, art. 424-5/6, a Egea Fernández/Ferrer Riba, *Comentari*, pàg. 402.



### 3.2. Famílies reconstituïdes i successió intestada

Només si es donen les circumstàncies de l'art. 236-15.2, és a dir, si l'autoritat judicial, existint l'altre progenitor per naturalesa, concedeix la guarda al padrastre o madrastra sobre el fillastre o fillastra, o, si més no, el padastre o madastra exerceix funcions de guarda i, en aquestes circumstàncies, han conviscut almenys dos anys —o sigui, dos anys de convivència amb exercici de la guarda—, i seguien convivint en el moment de la mort o han conviscut fins a la majoria d'edat i han mantingut el tracte familiar, la família reconstituïda s'hauria d'equiparar a la família per naturalesa i adoptiva. En conseqüència, haurien de col·locar-se en el lloc dels fills o dels progenitors en els ordres de la successió per naturalesa, fins i tot en concurrència amb fills per naturalesa o adoptius. Es tracta de donar resposta legal als supòsits en què s'ha criat com a fill propi el fill del cònjuge o convivent, sempre que hi hagi hagut atribució judicial de la guarda. És evident que, d'aquesta manera, no es cobreixen tots els supòsits possibles, però davant la diversitat de tipologies de famílies reconstituïdes, és el cas que pot recollir un major consens perquè s'adiu amb el que ja està previst en el dret de família.

Per a la resta de supòsits de famílies reconstituïdes, davant la varietat de supòsits, l'únic que és raonable és que succeeixin abans que la Generalitat de Catalunya, atès que si els ordres de la successió intestada es decideixen en atenció a la voluntat hipotètica d'un testador mitjà, el més probable és que el difunt preferís que els seus successors fossin els fillastres i fillastres o el padrastre o madastra i no la Generalitat. Aquesta és una opció que ja ha adoptat l'Uniform Probate Code als Estats Units.<sup>69</sup> L'únic requisit que s'hauria d'imposar és que la convivència s'hagués iniciat durant la minoria d'edat del fillastre o fillastra.<sup>70</sup>

---

69 Secció 2-103 (Share of heirs other than surviving spouse): «(b) If there is no taker under subsection (a), but the decedent has: (1) one deceased spouse who has one or more descendants who survive the decedent, the estate or part thereof passes to that spouse's descendants by representation; or (2) more than one deceased spouse who has one or more descendants who survive the decedent, an equal share of the estate or part thereof passes to each set of descendants by representation».

70 Així ho fa el § 6454(a) California Probate Code. En el requisit de l'inici de la convivència durant la minoria d'edat han insistit autores estatunidenques que han formulat propostes a favor del reconeixement de drets successoris a les famílies reconstituïdes, com ara Margaret M. Mahoney, «Stepfamilies in the Law of Intestate Succession and Wills», *University of California at Davis Law Review*, 1989, pàg. 930, o Terin Barbas Cremer, «Reforming Intestate Inheritance for Stepchildren and Stepparents», *Cardozo Journal*

### 3.3. Famílies reconstituïdes i llegítima

El reconeixement del dret a la llegítima en el si de les famílies reconstituïdes hauria de requerir els mateixos requisits, és a dir, atribució judicial de la guarda o almenys exercici de les funcions de guarda i convivència des de la minoria d'edat fins al moment de la defunció del causant o la majoria d'edat seguida de manteniment del tracte familiar fins al moment de la mort del causant. Si la llegítima ha de trobar el seu fonament en la solidaritat familiar,<sup>71</sup> aquesta solidaritat pot trobar la seva expressió en el si de les famílies reconstituïdes, i, si és així, no hi ha motiu per a tractar de manera dispar els fills per naturalesa o adoptius i els fills del cònjuge o convivent criats com a propis. Aquest seria l'únic supòsit en què es podria fer reconeixement d'aquest dret legal sense perdre's en el laberint dels tipus de famílies reconstituïdes.

El reconeixement del dret a la llegítima respecte el padrastre o madrastra no ha d'excloure, si es manté la relació familiar, que es mantingui el dret a la llegítima en la successió del progenitor per naturalesa.

## 4. REFORMES DERIVADES DE DESENVOLUPAMENTS JUDICIALS

### 4.1. La indicació del lloc de l'atorgament en els testaments hològrafs

El Codi de Successions va introduir com a requisit formal del testament hològraf la indicació del lloc de l'atorgament (art. 120.1r). És un requisit de difícil verificació, que no aporta res sobre la voluntat o la capacitat del causant ni sobre l'espontaneïtat amb què es redacta o els possibles vicis de la voluntat, per la qual cosa es podria dir que, com a mínim, és un formalisme prescindible.<sup>72</sup> El primer embat que va sofrir aquest requisit

---

*of Law & Gender*, 2011, pàg. 98

71 Com ha dit la STSJC 13.6.2016, Roj: STSJ CAT 4535/2016.

72 Sergio Cámara Lapuente, «Las formalidades del testamento ológrafo en derecho catalán: apunte sobre un desacierto legislativo», *La Notaria*, IV/2000, pàg. 132 i seg.; més matisadament, Joan Marsal Guillaumet, *El testament*, Barcelona, 2000, pàg. 359-360.

va ser la STSJC 23.4.1998, que concernia un testament hològraf atorgat per una persona ingressada en un conegut hospital de la ciutat de Barcelona que havia de ser sotmès a una intervenció a vida o mort. El testador no va autografiar el lloc d'atorgament. Tanmateix, el text estava redactat en un paper amb l'anagrama imprès de l'hospital. Al·legada aquesta infracció formal com a causa de nul·litat del testament, la sentència va considerar que s'havia complert la solemnitat amb la impressió del nom de l'hospital al full de paper i la constància indubtable que en la data escrita en el testament el testador hi estava ingressat. El TSJ va degradar la indicació del lloc de l'atorgament a «formalisme més que requisit essencial de forma».

Conscient d'aquesta sentència, la comissió mixta Parlament/Observatori, després d'un debat intens, va optar per una solució intermèdia: mantenir el requisit de la indicació del lloc (art. 421-17.2.a), però, en cas d'omissió, salvar la validesa del testament si, malgrat tot, el lloc es pot conèixer d'alguna altra manera (art. 422-1.2 CCCat).<sup>73</sup> Aquesta previsió salta per l'aire amb la STSJC 9.9.2013,<sup>74</sup> que declara vàlid un testament hològraf sense cap esment, ni tan sols indirecte, del lloc, tot prescindint de l'art. 421-17.2.a) CCCat, sobre la base que la indicació del lloc és una mera *formalitat* i no un requisit de forma: «partiendo de todo lo hasta aquí explicitado y de que en el caso enjuiciado no existe duda alguna en cuanto a la fecha de otorgamiento del documento de referencia, ni respecto a la capacidad de la otorgante, puede concluirse, al igual que hace la sentencia de la Audiencia Provincial objeto del presente recurso de casación, que estamos ante una mera formalidad y no ante un requisito esencial de forma que justifique una reordenación en otro sentido de la voluntad claramente expresada de la causante para después de su muerte. Esta Sala del TSJC, constituida en Pleno, también comparte la tesis de sentencia recurrida en cuanto a la no razonabilidad que implicaría el que una persona que falleció en la convicción de haber realizado testamento y de haber dispuesto de sus bienes para después de su muerte en favor de la pareja de hecho de tantos años, —«la única persona que creo que

---

73 La solució és la mateixa que el Codi civil alemany, que igualment exigeix la indicació del lloc en el § 2247 BGB, per bé que el seu apartat (5) valida el testament si el lloc es pot escatir per altres mitjans. Sobre l'evolució en la aplicació d'aquesta formalitat, Walter Hagen, §2247, a *Münchener Kommentar zum BGB*, 7a ed., München, 2017, Rn 45-47.

74 Roj: STSJ CAT 6527/2013: «Yo María Dolores en perfecto uso de mis facultades, escribo mi siguiente voluntad; es mi voluntad que todos mis bienes en caso de mi fallecimiento pasen a Gumersindo por lo que firmo a 29 de marzo de 1997».

me ha querido más allá de los límites establecidos», según expresa en documento manuscrito a f. 282—, ahora resultara que, gracias a tal formalismo —del todo punto irrelevante en el supuesto de autos—, hubiere muerto intestada».

Cita ambdues sentències a fi d'arribar a la mateixa solució la SAP Tarragona 20.10.2015,<sup>75</sup> en el cas d'un codicil hològraf sense indicació del lloc, amb l'únic argument que la testadora estava ingressada en un centre hospitalari.

A la vista de la jurisprudència, mantenir el requisit formal de la indicació del lloc en els testaments hològrafs és una lluita perduda i, per tant, sembla raonable suprimir-lo.

## 4.2. La unitat d'acte en els testaments hològrafs

Quan l'article 421-17.2 enumera els requisits de validesa del testament hològraf, no esmenta la unitat d'acte, a diferència del que succeeix amb els testaments notarials d'acord amb l'art. 421-5. Així ho ha defensat Roca Trias<sup>76</sup> i és acceptat en general per la doctrina que circumscriu aquesta formalitat als testaments notarials.<sup>77</sup> Tanmateix, prescindir en termes absoluts de la unitat d'acte pot plantejar problemes en connexió amb un veritable requisit de forma essencial —ho ha emfasitzat la jurisprudència<sup>78</sup>— del testament hològraf com és la data (art. 421-17.2.a).

---

75 Roj: SAP T 1070/2015.

76 Encarna Roca i Trias, a Lluís Puig i Ferriol, Encarna Roca i Trias, Institucions del dret civil de Catalunya III, p. 171: «[é]s evident que no cal unitat d'acte».

77 Així, per exemple, Sonia Ramos González, a Egea Fernández/Ferrer Riba (dir.), *Comentari*, pàg. 155. En la doctrina espanyola, amb contundència, Carlos Espino Borrell, *El testamento ológrafo. Su adverbación y protocolización*, Madrid, 2017, pàg. 70: «carece de sentido esta exigencia toda vez que en el testamento ológrafo el único interviniente en la praxis es el propio testador (...). De lo anterior se desprende que el testamento ológrafo puede otorgarse en varios días, máxime cuando en nuestro derecho civil común no se exige expresamente el lugar en que se otorga». Tanmateix, què són «varios días»? Una setmana, un mes, un any?

78 Així, destacadament, la STSJ Catalunya 8.6.1998, RJ 10056, amb relació a la determinació de la capacitat del testador, la qual s'ha de referenciar a algun moment de la seva vida. Un altre argument és que el testament pot tenir eficàcia revocatória d'un testament anterior, i cal situar el moment del seu atorgament a fi de contrastar aquesta eficàcia (art. 422-9.2), o, a la inversa, un testament pot ser revocat per un testament posterior, i igualment és necessari identificar la seva data d'atorgament.

La qüestió ve a tomb de dues sentències. La primera és la SAP Barcelona, sec. 14<sup>a</sup>, de 2.1.2013,<sup>79</sup> que ha estimat que la solemnitat de la unitat d'acte no s'aplica al testament hològraf, en un cas en què algun paràgraf del testament hauria estat interliniat amb bolígraf distint en data i lloc també distints. Diu així la sentència: «Consegüentment cap incidència hauria de tenir, doncs, que aquests afegits no s'haguessin efectuat a Castelldefels sinó quan estava ingressat a un hospital de Barcelona. Major incidència hauria de tenir la no menció de la data, si no s'hagués fet constar. Però no és això el que ha succeït. El document està datat, el que ha succeït és que tot ell no ha estat redactat en unitat d'acte, que és una qüestió distinta a l'omissió de la data». Encara que sigui cert que la unitat d'acte no sigui un requisit formal del testament hològraf, admetre sense matisos aquesta decisió de l'Audiència de Barcelona pot emmenar a tenir per vàlid un testament hològraf de redacció successiva per temps indeterminat, de manera que la data que constés podria no correspondre's amb la data en què hauria conclòs la redacció. Dit en altres termes, admetre que la unitat d'acte no és cap solemnitat no pot suposar prescindir del veritable requisit formal de la constància d'una data certa.

La segona sentència és de l'Audiència Provincial de Tarragona de 20.10.2015, que si bé parteix del fet que la unitat d'acte no constitueix cap solemnitat, tanmateix presenta una diferència substancial, que és que s'estima provat que de les dues cares que tenia el testament, l'anvers fou redactat abans de la intervenció a què es va sotmetre la testadora, intervenció que es va efectuar en dia de la data escrita en el testament —9 de febrer (en un altre passatge la sentència diu, però, 9 de març)—, i el revers després de sortir de l'UVI, a finals de febrer o primers de març (segons la sentència, va sortir de l'UVI el 7 de març); amb independència que la sentència no és massa precisa en la fixació de les dates, l'interval temporal és, en qualsevol cas, breu, a diferència de la sentència de l'Audiència de Barcelona, en què és indeterminat.

No es tracta, doncs, d'introduir com a solemnitat la unitat d'acte, però sí d'evitar que, a l'empara que aquest requisit no és exigible, es difumini la data certa que necessàriament ha de contenir el testament hològraf, atesa la voluntat de mantenir aquest requisit. Cal tenir en compte que la detecció que el testament hològraf no s'ha escrit en unitat d'acte usualment es produeix perquè s'han utilitzat bolígrafs o plumes diferents o la lletra varia, la qual cosa, a més, pot generar dubtes quant a l'autenticitat o a

---

79 Roj: SAP B 422/2013.

*l'animus testandi*.<sup>80</sup> Per això, es podria introduir una norma de caire similar a l'art. 2478 del *Código Civil y Comercial* argentí: «No es indispensable redactar el testamento ológrafo de una sola vez ni en la misma fecha. El testador puede consignar sus disposiciones en épocas diferentes, sea fechándolas y firmándolas por separado, o poniendo a todas ellas la fecha y la firma el día en que termine el testamento». D'aquesta manera es fa compatible el requisit de la data sense imposar la unitat d'acte.

### 4.3. L'elecció pels dos parents i les famílies monoparentals

Abans ja he indicat que, malgrat el cada cop menys tímid reconeixement de la pluralitat de models familiars en el Llibre 2 del CCCat, el Llibre 4 segueix encara molt vinculat a la família nuclear tradicional. Així es palesa, en particular, en l'encàrrec fiduciari als dos parents. L'art. 424-5 contempla la possibilitat que el causant institueixi hereu aquell dels seus fills o descendents que escullin dos parents. La facultat electiva es confereix als dos parents més propers dels fills o descendents, un de cada línia de progenitors. El causant, per consegüent, no individualitza els parents

---

80 Cal recordar, en aquest sentit, la STSJ 7.1.1993, que es pot consultar a <http://civil.udg.es/normacivil/Tsjc/93/STsjc19930107.htm>, que raona, entre d'altres circumstàncies determinants de la nul·litat del pretès testament hològraf, el fet que «por su carácter fragmentario, por el cúmulo de tachaduras y enmiendas que presenta a pesar de su brevedad y por otras circunstancias extrínsecas que analizan las sentencias de instancia más parece un simple borrador o esbozo que una verdadera y definitiva disposición de última voluntad; a pesar de que aparezca firmado y con una fecha «estampada en diferente momento escritural que el resto del texto», según palabras textuales de los peritos. (...) Así, en el párrafo primero, aparece tachado el nombre de la persona a la que se deja la propiedad de la casa de la calle C. y en el párrafo sexto la misma finca se deja a la Casa de la Caridad de Reus mediante un añadido de diferente momento escritural, según dictamina el Gabinete central de identificación». A la SAP Barcelona, sec. 17, 28.2.2006, Roj: SAP B 3147/2006, «s'observen altres coses com dues tonalitats de bolígrafs diferents (en això coincideixen tant el perit de la demandada com el de l'actora). D'altra banda, i especialment significatiu resulta el fet que una frase es comenci a redactar en primera persona i s'acabi en tercera [nombre heredero de todos mis bienes a su aijado (sic)]». O a la SAP Barcelona, sec. 1, 31.10.2000, Roj: SAP B 12977/2000, es té en compte que «mientras todo el documento, que no hay que olvidar es una mera fotocopia, consta redactado con un mismo instrumento y con una impresión o tinta más oscura, curiosamente la fecha que se indica en él está escrita con otro diferente, siendo la tinta muchísimo más clara, lo que no tiene sentido, a no ser que esa fecha no se hubiese puesto en unidad de acto, es decir, que se hubiese puesto en un momento diferente».

electors, no decideix nominalment quins dos específics parents triaran, sinó que concedeix la facultat electiva de manera indeterminada als dos parents més propers, sense identificar-los ni designar-los nominativament (art. 424-6.1.a). L'arrelament a la família nuclear tradicional es manifesta en tres aspectes:

- a) Els dos parents han de ser un de cada línia de progenitors; és a dir, es pressuposa que els descendents elegibles tenen dos progenitors;
- b) A més, si existeixen més de dues línies —fills de distints progenitors—, no s'admet l'encàrrec fiduciari (art. 424-6.2: «La facultat d'elecció o distribució només es pot exercir si, ateses les circumstàncies de la família, no hi ha més de dues línies de parents»).
- c) El parentiu ha de ser per consanguinitat (art. 424-6.1.a), amb preferència pel parent de més edat en cas d'igualtat en la proximitat de parentiu.

Aquests tres aspectes exclouen distints models de família. El supòsit a) exclou les famílies monoparentals. El supòsit b) les famílies reconstituïdes. El supòsit c) les famílies adoptives. Tres models familiars que tenen aixopluc al Codi civil de Catalunya.

No entraré en la família reconstituïda. La seva diversitat tipològica fa que no sigui irraonable excloure-la de l'encàrrec familiar, perquè podria ser difícil que les diverses línies familiars implicades assolissin cap acord, la qual cosa podria afectar encara més negativament les relacions familiars. En particular si s'hagués d'escollir un únic hereu; probablement no seria tan potencialment conflictiu l'encàrrec merament de distribuir l'herència, però no és aconsellable limitar l'encàrrec únicament a la distribució, tot exclouent la institució.

Quant a les famílies monoparentals, la qüestió ja ha estat resolta per la STSJC 7.7.2014. D'acord amb ella, el recurs als dos parents no està vedat en el cas de famílies monoparentals, en les quals només hi ha un progenitor i, en conseqüència, una línia de parents d'aquell progenitor. Aleshores, quan no concorren dues línies de parents, i també quan no hi ha parents en una línia —perquè han mort tots, per exemple—, els dos parents ho seran de l'única línia existent o de l'única línia amb parents vius. Cal, doncs, positivitzar aquest desenvolupament judicial, que resol un problema pràctic.

La filiació adoptiva està, en general, assimilada amb relació als seus efectes amb la filiació per naturalesa (art. 235-47.1), per bé que en l'àmbit successori no és infreqüent afegir el requisit del tracte familiar al fet de l'adopció, com succeeix en la successió intestada conforme a l'art. 443-5, en què els drets successoris se supediten a l'existència de tracte familiar. Atesa la funció que compleix l'exercici de l'encàrrec fiduciari, que com el seu nom indica, implica una base de confiança entre el causant i els parents,<sup>81</sup> no és irraonable incloure el vincle adoptiu, si bé condicionat a la presència de tracte familiar entre els electors i els elegibles.

#### 4.4. La presa de possessió dels prelegats

L'art. 427-22.4 estableix un seguit d'excepcions a la necessitat que els llegats siguin lliurats per la persona que està facultada per a fer-ho. Entre aquestes excepcions figura la següent: «si es tracta d'un prellegat». El dubte que planteja aquest precepte és si està pensant en un únic prelegatari o bé resulta igualment d'aplicació quan són diversos els prelegataris. Aquesta qüestió la va resoldre en aquest segon sentit la RDGDEJ JUS/803/2011, de 15 de març: «Aquesta excepció s'aplica tant si l'hereu afavorit pel prellegat és l'hereu únic o comparteix aquesta qualitat amb altres hereus. És un tractament similar al de la partició feta pel mateix causant, regulada a l'article 464-4, que permet als hereus inscriure al seu favor els béns adjudicats sense la participació dels altres hereus, ja que són propietaris d'aquest béns, amb exclusió dels altres (article 464-10)».

Aquesta interpretació cap dins de la lletra de l'article 427-22.4, però suscita diversos interrogants, en particular si els prelegats ho són de diners (per exemple, llegat dels comptes bancaris). Per un costat, l'art. 427-20.1, que contempla els fruits en els llegats d'eficàcia real —com succeeix en els diners que generen fruits civils—, estableix que el legatari té dret als fruits pendents des de la data de la mort del causant. Succeeix sovint que els comptes bancaris estan en situació de cotitularitat del causant amb algú altre, la qual cosa no significa necessàriament que tots els fons no pertanyin al causant. L'actuació individual d'un dels prelegataris de presa de possessió del bé objecte de llegat, pensada per tal que sigui major l'agilitat en la successió, pot donar lloc a conflictes diversos quant als interessos o quant a la quantitat de la que es vulgui prendre possessió, i no només entre els mateixos prelegataris, sinó fins i tot amb l'entitat

---

81 Del Pozo Carrascosa/Vaquier Aloy/Bosch Capdevila, *Derecho de sucesiones*, pàg. 133.



dipositària dels comptes. Finalment, la presa de possessió unilateral i en dates distintes pot originar, també, problemes si s'ha de procedir a la reducció dels prelegats conforme a l'art. 427-45 quan el causant no ha establert l'ordre de reducció i, en conseqüència, s'ha de procedir en atenció a l'import de cada prellegat.<sup>82</sup>

Doncs bé, amb tota probabilitat genera menys dificultats limitar la presa de possessió en el prellegat al supòsit que sigui un únic hereu o bé que tots els prelegataris actuïn conjuntament, per la qual cosa seria convenient modificar el tenor de l'art. 427-22.4 en el sentit de concretar que el prelegatari únic pot prendre possessió per si mateix del bé prellegat.

#### **4.5. El desheretament per manca de relació familiar manifesta i continuada imputable adequadament al legitimari**

Una de les novetats del Llibre 4 que més joc ha donat en la pràctica ha estat la introducció d'un nou motiu de desheretament, la de la lletra e) de l'art. 451-17.1, consistent en la manca de relació familiar continuada i manifesta entre causant i legitimari per una causa que sigui exclusivament imputable a aquest. Malgrat que el legislador admetia una certa recança, que s'expressava en el Preàmbul de la Llei 10/2008,<sup>83</sup> el cert és que hi ha un nombre de causants que l'han invocada, que diverses sentències han validat raonablement aquesta causa de desheretament, i que, fins i tot, el Tribunal Suprem (sentències de 3.6.2014<sup>84</sup> i 30.1.2015<sup>85</sup>) hi ha trobat

---

82 Com va notar Joan Marsal Guillaumet, «Recursos governatius. Doctrina de la Direcció General de Dret i d'Entitats Jurídiques (novembre 2010 — març 2011)», *In Dret*, 2/2011, pàg. 18: «cal reconèixer que si se suma la possibilitat que el legatari pugui prendre possessió dels béns llegats per ell mateix a l'adquisició del dret al llegat des de la delació, el resultat és que en un sistema successori d'origen romà en què l'hereu hauria de ser el personatge central de la successió (art. 411-1 CCCat), aquest pot esdevenir una figura residual, amb tot els inconvenients (subrogació en els deutes) i pocs avantatges. (...) La regulació actual permet que durant el període de temps en què l'instituït hereu decideix si repudia o accepta a benefici d'inventari la delació al seu favor la major part de l'actiu hereditari hagi estat adquirit pels legataris, inscrit en el Registre de la propietat i àdhuc transmès a tercers adquirents a títol oneros de bona fe».

83 «Tot i que, certament, el precepte pot ser font de litigis per la dificultat probatòria del seu supòsit de fet», es llegeix a l'apartat VI, paràgraf 5è.

84 Roj: STS 2484/2014.

85 Roj: STS 565/2015. També s'ha estès al dret gallec, d'acord amb les SAP Corunya 4.12.2014 (Roj: SAP C 3208/2014) i Lugo 22.10.2015 (Roj: SAP LU 743/2015).

inspiració a l'hora d'ampliar el supòsit de fet de la causa de desheretament de l'art. 853.2n del *Código civil* a fi i efecte d'encabir-hi el que s'anomena maltractament psicològic del legitimari al causant.<sup>86</sup>

La doctrina que ha estudiat aquesta nova causa de desheretament assenyala unànimement que obliga el jutge a indagar en les intimitats de la família, la qual cosa implica dificultats probatòries i un marge d'arbitri judicial que pot conduir a un increment en la litigiositat.<sup>87</sup> En els primers anys d'aplicació es va poder observar que el desheretament només prosperava en els supòsits més greus d'abandonament o d'exercici d'algun tipus de violència sobre el causant. Així, la SAP Barcelona, Secc. 17a, 4.2.2013,<sup>88</sup> va estimar acreditat que el fill desheretat i la seva esposa van fer fora el pare causant del seu habitatge en pijama, a banda d'insultar-lo i maltractar-lo; la SAP Barcelona, Secc. 14a, 30.4.2014,<sup>89</sup> va constatar una manca de relació de més de deu anys i que ell no va acudir al funeral del seu pare causant; o en la SAP Lleida 7.5.2015,<sup>90</sup> a més dels anys sense contacte personal, hi havia acusacions d'enverinament i la inassistència del legitimari al funeral del marit de la mare.

La jurisprudència més recent ha adoptat una posició més flexible. És il·lustrativa la STSJC Catalunya 2.2.2017<sup>91</sup> i l'estimació de dos recursos

---

86 Sembla detectar-se una tendència a vincular el desheretament i el capteniment de l'hereu o el legatari envers el causant amb la introducció de noves causes similars a la de l'art. 451-17.1.e) CCCat. El darrer exemple que conec és la Llei 1893 de 2018, de 24 de maig, que reforma l'art. 1025 del Codi Civil de Colòmbia, i que introdueix les següents causes: «6. El que abandonó sin justa causa a la persona de cuya sucesión se trata, estando obligado por ley a suministrarle alimentos. Para los efectos de este artículo; entiéndase por abandono: la falta absoluta o temporal a las personas que requieran de cuidado personal en su crianza, o que, conforme a la ley, demandan la obligación de proporcionar a su favor habitación. sustento o asistencia médica. (...) 8. Quien abandonó sin justa causa y no prestó las atenciones necesarias al causante, teniendo las condiciones para hacerlo, si este en vida se hubiese encontrado en situación de discapacidad». A més, es manté la causa 3a («El consanguineo dentro del sexto grado inclusive que en el estado de demencia o destitución de la persona de cuya sucesión se trata no la socorrió pudiendo»).

87 Lamarca Marquès, pàg. 294; Ribot Igualada, art. 451-17, pàg. 1401; Ferrer Riba, pàg. 356; Esther Farnós Amorós, «Desheredación por falta de relación familiar: ¿hacia la debilitación de la legítima?», en Domínguez Luelmo/García Rubio (dirs.), *Liber amicorum Teodora F. Torres García*, pàg. 467 i seg.

88 AC 2013/1031.

89 Roj: SAP B 3359/2014.

90 Roj: SAP L 397/2015.

91 Roj: STSJ CAT 494/2017.

contra sentències dictades per l'Audiència Provincial de Lleida. La primera va ser la SAP Lleida 24.7.2014.<sup>92</sup> Aquesta sentència va donar per acreditat que el net legitimari no va visitar el seu avi durant la seva llarga malaltia, ni tampoc l'àvia, ja vídua, quan va ingressar en una residència geriàtrica, a banda de ressenyar diversos fets que la sentència va entendre que afectaven la moral però que estaven mancats de transcendència jurídica. El TSJ (sentència de 28.5.2015<sup>93</sup>) va estimar el recurs extraordinari per infracció processal contra aquella sentència i la va anul·lar, tot ordenant la pràctica de la prova sol·licitada que pretenia acreditar la manca de relació familiar. Una nova SAP Lleida de 22.4.2016<sup>94</sup> va equiparar l'absència de relació familiar amb el maltractament psicològic —cal tenir en compte que el testament s'havia atorgat abans de l'entrada en vigor del Llibre 4— i va considerar que no s'havia produït un tal capteniment: «No estamos ante un abandono de la abuela por parte de su nieto ni tampoco ante un supuesto de falta absoluta de relación entre ambos, sino que lo que se desprende de la testifical practicada es la existencia de una relación escasa y tensa derivada muy probablemente del carácter fuerte de ambos», tot accentuant el mal caràcter de la difunta. El TSJ cassa la sentència i entén just el desheretament: «La incuria asistencial y emocional a los abuelos, en sus últimos años de vida, en los que precisamente más se necesita la comprensión, auxilio y ayuda de los familiares directos, en el entorno de un pueblo pequeño y rural en el que los abuelos y el nieto vivían, es susceptible de causar el menoscabo psicológico que el heredero relaciona en sus escritos y que motivaron la desheredación al amparo del Código de Sucesiones y no se justifica por la diferencia de caracteres entre el nieto y la abuela al no constar intento de acercamiento alguno por parte del nieto».

En aquest sentit, l'existència de separació o divorci entre els progenitors ha estat esgrimit com a argument a fi d'estimar injust el desheretament en no poder ésser imputat exclusivament al legitimari.<sup>95</sup> En aquesta concepció, la manca de relació familiar seria, si més no, parcialment imputable al causant, amb el resultat sorprenent que mentre que el divorci no requereix causa imputable a cap dels cònjuges, sí que operaria com a motiu d'imputabilitat de la manca de relació familiar no

---

92 JUR 2014/235982.

93 JUR 2015/183361.

94 Roj: SAP L 330/2016.

95 Per exemple, SAP Barcelona, sec. 16a, 13.4.2016, Roj: SAP B 3559/2016.

amb el cònjuge, sinó amb els fills. Aquest resultat no es pot compartir i esvairia qualsevol intent d'introduir la solidaritat familiar com a fonament de la llegítima.<sup>96</sup>

En efecte, la majoria de les sentències més recents exclouen que el divorci entre els progenitors pugui justificar la manca de relació familiar. Per exemple, la SAP Tarragona 10.3.2016<sup>97</sup> raona el següent: «el padre (causante) se preocupó de dar sustento a sus hijos, realizó visitas a su residencia en Cornellá, mantuvo algunas conversaciones con el demandante para informarle de su intención de divorcio con la madre, que le ofreció a su hijo Pedro que fuera a vivir con él, opción que este rechazó, en definitiva, se acredita que el causante llevó a cabo varios actos para mantener algún tipo de relación sus hijos, hasta el extremo de adquirir una vivienda y atribuirles a cada uno y a su esposa una parte por igual de la misma, sin que por estos existiera respuesta de ninguna clase manifestada en forma de acercamiento físico o afectivo con el padre por lo que procede confirmar la sentencia recurrida». El mateix succeeix ara quan els arguments pivoten sobre el caràcter poc amable del causant.<sup>98</sup> I es manifesta en els retrets als legitimaris per romandre passius i no aportar cap prova del seu intent de mantenir les relacions familiars quan impugnen el desheretament,<sup>99</sup> la qual cosa s'aparta del que preveu l'art. 451-20.1, segons el qual quan s'impugna el desheretament correspon a l'hereu la prova de la causa en què recolza.

La STSJ 8.1.2018,<sup>100</sup> malgrat que no estima just el desheretament per raó d'un intent d'apropament entre el causant i les seves filles, introdueix un matís ben interessant, com és substituir el criteri de la causalitat exclusiva pel de la causalitat adequada. Argumenta així: «No

---

96 Vegeu les consideracions crítiques que he realitzat a «Acerca del fundamento de la llegítima», *InDret*, 4/2017.

97 Roj: SAP T 223/2016.

98 SAP Barcelona, sec. 11, 9.5.2018, Roj: SAP B 3388/2018.

99 SAP Barcelona 28.12.2017, sec. 13<sup>a</sup>, Roj: SAP B 12879/2017: «Frente a la prueba propuesta por la parte demandada, no ha sido propuesta por la parte demandante ninguna prueba relevante que permita apreciar la existencia de relación familiar con la causante, o de cualquier iniciativa para mantenerla o restablecerla, a pesar de la mayor facilidad probatoria para la parte demandante del hecho positivo de la existencia de relación familiar, o de cualquier intento para conservarla o restablecerla, adoptando las demandantes una actitud procesal cercana a la pasividad, haciendo soportar a la demandada la carga de la prueba del hecho negativo de la ausencia de relación familiar». Igualment, de la mateixa Sala, sentència 9.3.2018, Roj: SAP B 1479/2018.

100 Roj: STSJ CAT 9/2018.

concorrerà per tant la causa de desheretament si, aplicant criteris de causalitat adequada vinculats a les circumstàncies del cas, la desaparició del vincle afectiu és només imputable al causant ni tampoc si ho és en parts significatives al propi causant i al desheretat. És oportú indicar que el primitiu projecte de llei del llibre 4 ampliava considerablement l'abast d'aquesta causa de desheretament, puix que tan sols exigia que la situació de «trencament manifest i continuat en el temps de la relació familiar» no fos per causa exclusivament imputable al causant.» La introducció d'un element de causalitat adequada, és a dir, que el decisiu no és si el causant no ha tingut cap mena de contribució en la manca de relació familiar, sinó si es pot considerar que, encara que hagi contribuït, l'element decisiu ha estat la conducta del legitimari, podria tenir un efecte positiu doble: per un costat, advertir el jutge que no només ha de tenir en compte el capteniment del causant, sinó també el del legitimari, i, com a conseqüència, per l'altre costat, atorgar més rellevància a l'element de la solidaritat familiar com a fonament de la llegítima, tot plegat sense necessitat de cap altra modificació de la regulació de la llegítima.<sup>101</sup>

## 5. ALTRES MODIFICACIONS MIRANT AL FUTUR

### 5.1. L'edat per a testar

L'art. 421-4 CCCat estableix l'edat mínima per a testar notarialment en els catorze anys. Certament, no es coneix cap cas en la jurisprudència en què s'hagi plantejat la validesa d'un testament atorgat per un testador d'aquesta edat. L'edat dels catorze anys es va fixar en la Compilació de Dret Civil, tot abandonant la idea de l'avantprojecte de lligar-la a la pubertat, amb la qual cosa era distinta per a homes i dones.<sup>102</sup> Aquesta idea apareix en la tradició jurídica catalana, però els mateixos autors veien bé que, per evitar les complicacions que suposava l'aplicació supletòria

---

<sup>101</sup> Es tractaria, per tant, d'un canvi aparentment més moderat del que va propugnar l'Associació Catalana d'Especialistes en Dret de Successions (vegeu Jaume Tarabal Bosch, «Reflexions sobre el llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions: encerts, interrogants i propostes de reforma», *InDret*, 3/2015, pàg. 18-19), que es decantava simplement per suprimir l'adverbi «exclusivament» del art. 451-17.1.e), per bé que els resultats serien probablement els mateixos.

<sup>102</sup> Marsal Guillaumet, *El testament*, pàg. 156.

de primer grau del dret romà, s'acudís al *Código civil* i els catorze anys.<sup>103</sup> En definitiva, si l'edat per atorgar testament és els catorze anys, és per raó que aquesta és la que es va fixar al *Código civil*, sense que respongui a cap peculiaritat del nostre dret civil. I, d'acord amb l'INE, quan es va promulgar el *Código civil* l'esperança de vida era inferior als trenta-cinc anys i l'edat legal per a treballar estava en els deu anys,<sup>104</sup> per la qual cosa tenia sentit que a partir dels catorze anys es pogués testar. Aquestes raons són inexistents avui. A més, cal tenir en compte que catorze anys és l'edat més baixa per a testar en els ordenaments europeus, que solen prendre en consideració la major edat o com a mínim els setze anys.<sup>105</sup> A més, per als testaments hològrafs s'exigeix l'emancipació o la majoria d'edat (art. 421-17.1 CCCat). Finalment, cal notar que el mateix legislador exigeix per a ser testimoni en el testament que atorga un altre la majoria d'edat (art. 422-11.2). És a dir, es requereix més capacitat per a intervenir com a testimoni en el testament d'altri que per a atorgar el testament propi. Crec que seria oportú unificar l'edat per a testar amb independència de la forma testamentària i exigir la majoria d'edat o, si es vol fer una reforma mínima del dret vigent, l'emancipació.

## 5.2. La supressió del testament tancat en suport electrònic

L'art. 421-14.2 va incorporar una novetat que no va sortir de la comissió mixta del Parlament i l'Observatori: el testament tancat redactat en un suport electrònic i amb signatura electrònica. En realitat, la comissió mixta va desaconsellar aquesta forma testamentària. Lluís Jou ha qüestionat si en realitat no s'hauria de suprimir el testament tancat, atesa la seva raresa en la pràctica, però encara ha estat molt més contundent amb la

---

103 Arturo Corbella, *Manual de derecho catalán*, pàg. 752 i 266-268. En canvi, José Pella y Forgas, *Código Civil de Catalunya*, t. III, Barcelona, 1918, remet a la pubertat per als fills emancipats, plantejant el dubte de si la jurisprudència havia abrogat la facultat de disposar en testament del peculi castrense.

104 Rafael Sastre Ibarreche, «Ordenación jurídica del trabajo de los menores: la perspectiva del derecho español», consultable en <http://ocw.usal.es/ciencias-sociales-1/novela-y-cuestion-social-en-los-origenes-del-derecho-del-trabajo-espanol-curso-de-doctorado/materiales-de-clase/materiales-de-clase/ORDENACION%20JURIDICA%20DEL%20TRABAJO%20DE%20LOS%20MENORES.pdf> (darrera consulta 28/8/2018).

105 Vegeu les referències a Antoni Vaquer, «The Law of Successions», a Mauro Bussani, Franz Werro (ed.), *European Private Law: A Handbook*, Berne et al, 2010, pàg. 559, nota 17. Només Txèquia manté al Codi civil de 2012 l'edat tradicional de quinze anys (art. 1526).

forma electrònica. En concret, ha dit: «La signatura electrònica en un testament tancat pot plantejar la dificultat pràctica de la perdurabilitat del suport i del programari i de la caducitat del certificat electrònic, problemes que poden ser greus si entre la redacció del document i l'obertura del testament transcorre un període llarg de temps. Em sembla prudent desaconsellar l'ús d'aquesta modalitat de signatura en un document tan estrany com el testament tancat».<sup>106</sup>

No puc sinó subscriure l'opinió de Lluís Jou. Tinc la impressió que la introducció d'aquesta modalitat es deu a una confusió entre els testaments i els contractes; els contractes despleguen efectes immediatament un cop conclusos, mentre que els testaments només en despleguen després de la mort del causant, que pot ser molt temps després del seu atorgament, encara més, essent com és el testament un instrument de planificació successòria, l'ideal és que no s'atorgui en vigílies de la defunció. Els problemes que pot plantejar un testament atorgat en suport electrònic són infinits: l'obsolescència del *software* utilitzat i del mateix suport electrònic (qui fa servir avui cd-roms per emmagatzemar dades?), l'oblit de les claus d'accés, el hackeig del núvol on està arxivat el testament o de la signatura electrònica, etc.

Per consegüent, i malgrat que tot sembla indicar que aquesta modalitat no ha tingut cap transcendència pràctica rellevant, el més prudent seria suprimir-la.

### **5.3. La concurrència d'hereu universal i marmessor universal**

Els art. 423-1.3 i 429-7.2 estableixen que la designació d'un marmessor universal substitueix la manca d'institució d'hereu en el testament, de manera que s'excepciona de la nul·litat el testament quan, tot i l'absència inicial d'hereu o la ineficàcia sobrevinguda de la institució realitzada, s'ha nomenat un marmessor universal. La substitució amb la corresponent validesa del testament s'explica per l'amplitud de les funcions del marmessor universal: el marmessor té les facultats de lliurar l'herència en la seva universalitat o de destinar-la a les finalitats volgudes pel testador (art. 429-7.1), prendre possessió de l'herència i administrar-la igual que tot hereu (art. 429-8.1) i, en qualsevol de les dues modalitats tipificades

---

<sup>106</sup> Lluís Jou i Mirabent, art. 421-14, a Egea Fernández/Ferrer Riba (dir.), *Comentari al llibre quart*, pàg. 210 i 214 (la cita en aquesta darrera).

de marmessoria universal, pagar els deutes hereditaris i les llegítimes (art. 429-9.1.d) i g) i 429-10.a i d). Dit en altres termes, el marmessor universal pot prendre possessió de l'herència i administrar-la i liquidar-la, exactament el mateix que l'hereu.

En conseqüència, les facultats de marmessor i hereu se superposen, i per això la doctrina ha discutit si és possible la concurrència en una successió, perquè així ho ha desitjat el testador en atorgar el testament, d'hereu universal amb marmessor universal.<sup>107</sup> Les postures són diverses, la qual cosa evidencia que existeix una dificultat d'interpretació del dret vigent; en qualsevol cas, implícitament va assumir aquesta possibilitat la STSJC 23.4.1998,<sup>108</sup> quan, per un costat, va salvar el testament hològraf perquè va interpretar que els marmessors eren universals i, per l'altre, que tácitament, mitjançant l'exclusió de la successió dels seus parents, el testador instituïa l'única successora intestada que no era familiar, la Generalitat de Catalunya. L'explicació d'aquesta dificultat es troba en l'ampliació dels supòsits en què té lloc la designació de marmessors universals en la Compilació de 1960,<sup>109</sup> probablement per l'influx del pandectisme alemany en Roca Sastre, que allora que elaborava el projecte de 1955 en la part de successions estava anotant una edició de Kipp.<sup>110</sup>

---

107 Els arguments que palesen que poden concórrer hereu i marmessor universals es troben a Del Pozo Carrascosa/Vaquero Aloy/Bosch Capdevila, *Derecho de sucesiones*, pàg. 300-301. Vegeu les distintes posicions, amb resum d'altres, a Puig Ferriol/Roca Trias, *Instituciones*, pàg. 224 (on diuen que quan nomena un marmessor universal el causant vol privar l'hereu de les facultats que altrament li correspondrien) i 231; Nicolás Nogueroles Peiró, Núria Raga Sastre, art. 429-7, i Mariló Gramunt Fombuena, art. 423-1, ambdós a Egea Fernández/Ferrer Riba (dir.), *Comentari*, pàg. 945-946 i 320-321, respectivament.

108 ROJ: STSJ CAT 3779/1998.

109 Amb detalls, Marsal Guillaumet, *El testament*, pàg. 137 i seg. («la suplència ja no es predica per justificar les facultats del marmessor, sinó per acomplir un requisit per a la validesa del testament», explica a les pàg. 141-142).

110 Roca Sastre, conscient que la regulació catalana del marmessor no era coincident amb l'alemanya, considerava, en relació a les facultats de disposició, però amb una idea extrapolable a qualsevol altra facultat concurrent entre marmessor i hereu, que «mientras subsistan las facultades de disposición concedidas a los albaceas, los herederos no pueden disponer con eficacia de los bienes de la herencia. (...) De no sostenerse este extremo habría que reconocer dos personas con facultades dispositivas, el albacea y el heredero, pero supeditando la eficacia de las disposiciones del heredero a las que otorgare el albacea» (Theodor Kipp, *Derecho de sucesiones. Estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas por Ramon Maria Roca Sastre*, vol. 1º, 2ª ed., al cuidado de Luis Puig Ferriol y Fernando Badosa Coll, Barcelona, 1976, pàg.



Certament, fins ara no s'han produït problemes que hagin arribat als tribunals,<sup>111</sup> en bona mesura perquè s'ha tractat de marmessors universals sense institució d'hereu<sup>112</sup> o en què la institució d'hereu era merament formal sense que cap hereu hagués intervingut realment en la successió, com en l'esmentada STSJC 23.4.1998. Però no és gens impensable que això succeeixi si alhora es nomena un o més marmessors universals i s'institueix un o més hereus universals, i tots volen desenvolupar les funcions que els reconeix l'ordenament jurídic. I és fàcilment evitable. N'hi hauria prou amb excloure la concurrència, de manera que si hi ha nomenament de marmessor universal, no seria admissible la institució d'hereu, i els successors ho serien a títol de legataris (marmessoria universal de lliurament del romanent dels béns) o bé hi hauria liquidació de l'herència (marmessoria universal de realització dinerària). Aquest canvi es podria aconseguir simplement amb la supressió de «la manca» als arts. 423-1.3 i 429-7.2, de manera que es limitessin a dir que «el nomenament de marmessor universal substitueix la institució d'hereu».<sup>113</sup>

## 5.4. Condicions testamentàries i drets i llibertats fonamentals

El dret civil català concedeix una àmplia llibertat al testador a fi d'imposar condicions als hereus i legataris, fins i tot quant a la condició de contraure matrimoni (art. 423-15.1), amb l'únic límit que no es tracti de condicions

---

649). És a dir, la concurrència, per a Rosa Sastre, no es traduïa en una duplicitat de funcions, sinó que era preeminent el marmessor. Aquesta idea és certament possible sustentar-la en el Codi Civil de Catalunya, però casa malament amb el manteniment del rol primordial del principi de necessitat d'hereu.

111 O han arribat però no s'ha arribat a discutir el fons, a causa d'aplanament i reducció del debat a les costes. És el cas de la SAP Barcelona, sec. 16ª, 22.3.2018, Roj: SAP B 2223/2018, en la qual, malgrat tot, la sentència no es pot estar de manifestar —en tot cas, es va produir aplanament en aquest punt— que «el heredero no respetó que, conforme a la normativa citada, la albacea universal designada ejecutara en exclusiva el proceso sucesorio —confección del inventario, satisfacción de deudas y cargas hereditarias, pago de impuestos, entrega de legados—, ya que aceptó y se adjudicó bienes de la herencia con anterioridad a la entrega de los legados por parte de la albacea».

112 Per exemple, STSJC 29.12.2008, Roj: STSJ CAT 14520/2008.

113 De retruc, caldria modificar l'art. 423-6.5 tot suprimint l'incís «sense institució d'hereu» perquè el nomenament de marmessor universal implicaria necessàriament la manca d'institució d'hereu,

il·lícites.<sup>114</sup> L'art. 423-17 no especifica quan una condició és il·lícita ni quins són els motius d'il·licitud. Al meu parer, la llibertat del testador per a imposar condicions ha de tenir com a límit els drets i llibertats fonamentals de l'hereu o el legatari, i és convenient que així s'expliciti, a fi d'impedir que el causant pugui tenir qualsevol temptació d'incidir en les creences i opcions personals dels successors. Certament, fins ara no hi ha constància de casos a Catalunya com els que no són infreqüents en d'altres jurisdiccions (condició de casar-se amb persona jueva, o amb persona que professi la religió catòlica o que sigui protestant, condició de casar-se amb una persona de sexe distint a qui és homosexual, etc.), però seria prudent, en una societat que tendeix cap a la multiculturalitat, eliminar de soca-rel qualsevol possibilitat.

Als Estats Units, el *Restatement (Third) of Trusts* considera nuls els *trusts* que són contraris to *public policy*. En el comentari i) es diu que, a fi de valorar si vulnera o no l'ordre públic s'ha de contraposar la llibertat testamentària amb «other social values and the effects of deadhand control on the subsequent conduct or personal freedoms of others». El *Restatement* intenta ser persuasiu, ja que no és dret formalment vigent; tanmateix fins ara als Estats Units no ha evitat que condicions com les exposades hagin estat oposades pels testadors i validades pels tribunals.<sup>115</sup> Altres ordenaments tenen per no posades les condicions contraries a la «moral i ordre públics», com l'art. 4:45 del Codi Civil neerlandès, però amb el desavantatge que la moral suposa una noció subjectiva i susceptible de ser interpretada en contra de minories. Un altre dret de successions modern com el maltès prohibeix qualsevol condició que restringeixi el dret a contreure matrimoni, llevat de les que s'imposin als cònjuges (art. 710).

En el cas de la condició de contreure matrimoni, cal tenir en compte que amb el llibre 4 es va suprimir el caràcter vidual de l'usdefruit universal intestat, que va adoptar caràcter vitalici (art. 442-4.3), la qual cosa constitueix un signe de la diferent percepció que amb relació a aquesta condició ha pres el legislador català. Si, a més, les estadístiques demostren que predominen les vídues sobre els vidus, atès que l'esperança de vida és de cinc anys més en les dones,<sup>116</sup> i que, per tant, la condició de

---

114 Vegeu l'argumentari a Antoni Vaquer Aloy, «Libertad de testar y condiciones testamentarias», *InDret*, 3/2015.

115 Sitkoff/Dukeminier, *Wills, Trusts, and Estates*, pàg. 14-15.

116 <https://www.idescat.cat/indicadors/?id=anuals&n=10380>.

no contreure ulterior matrimoni afecta sobretot dones, s'introdueix una millora des de la perspectiva de gènere en el Codi Civil de Catalunya.

Per consegüent, la proposta consisteix a especificar que són condicions il·lícites aquelles que afecten els drets i llibertats fonamentals dels hereus i legataris, i també aquelles que restringeixen el dret a contreure matrimoni, sense cap exclusió.

## 6. ANNEX

### Article 421-4

#### *Incapacitat per a testar*

Són incapaços per a testar els menors **no emancipats** i els qui no tenen capacitat natural en el moment de l'atorgament

### Article 421-14

#### *Redacció del testament tancat*

1. (...)
2. El testador ha de signar en tots els fulls i al final del testament, després d'haver salvat les paraules esmenades, ratllades, afegides o entre línies. **Si el testament s'ha redactat en suport electrònic, s'ha de signar amb una signatura electrònica reconeguda.**

### Article 421-17

#### *Requisits de validesa*

1. (...)
2. Perquè el testament hològraf sigui vàlid cal:
  - a) Que estigui escrit i signat de manera autògrafa pel testador amb la indicació de la data de l'atorgament. Si conté paraules ratllades, esmenades, afegides o entre línies, l'atorgant les ha de salvar amb la seva signatura.

3. La unitat d'acte no s'ha d'observar en el testament hològraf. Conseqüentment, el testador pot consignar les seves disposicions en èpoques diferents, ja sigui datant-les i signant-les totes elles per separat, ja sigui posant a cada una la data i la signatura del dia en què finalitzi el testament, ja sigui fent constar que el testament es finalitza en la data que s'estampa i en què se signa.

**Secció cinquena. Designació de beneficiaris d'assegurances de vida, de plans de pensions i d'instruments d'estalvi i previsió anàlegs**

### **Article 421-23**

*Designació de beneficiaris d'assegurances de vida, de plans de pensions i d'instruments d'estalvi i previsió anàlegs*

1. La designació i la modificació de beneficiaris d'assegurances de vida, de plans de pensions i d'instruments d'estalvi i previsió anàlegs, **que han de ser expresses**, es poden fer en testament, en codicil i en **pacte successori d'atribució particular**, a més de pels mitjans que estableixen el contracte corresponent o la legislació específica. La designació feta **en testament o codicil** es pot modificar o revocar amb un altre testament o codicil o per qualsevol altre mitjà admès pel contracte o la llei. La designació feta en **pacte successori d'atribució particular** es pot modificar i revocar d'acord amb els articles 431-12 a 431-15. En cap cas es podrà efectuar la designació per mitjà de representant.

2. S'apliquen a la designació de beneficiaris els articles 423-6 a 423-9. Es poden també excloure beneficiaris en els termes de l'article 423-10.

3. Si la designació es fa a favor dels hereus, són beneficiaris en la proporció en què són cridats a l'herència. Els beneficiaris que són cridats en tant que hereus o legataris mantenen aquella condició encara que renunciïn a l'herència o al llegat.

4. La designació del cònjuge o del convivent en parella estable com a beneficiari atribueix aquesta condició a qui ho sigui en el moment de la mort de qui va contractar l'assegurança de vida o l'instrument de previsió o estalvi. S'aplica a la designació del cònjuge o del convivent i dels seus parents l'article 422-13.

5. S'apliquen a la designació de beneficiaris les causes d'indignitat que estableix l'article 412-3 i les de nul·litat de l'article 422-2.

6. En defecte de designació eficaç, els beneficiaris es decideixen d'acord amb la institució d'hereu feta en testament o, en el seu defecte, amb els ordres de la successió intestada.

7. S'aplica a la designació de beneficiaris l'article 211-2.2.

8. Les entitats asseguradores i gestores dels instruments de previsió i estalvi que contempla aquest article hauran de comunicar cada cinc anys als titulars dels contractes qui són els beneficiaris designats per a cada producte.

#### Article 422-1

*Nul·litat del testament*

(...)

2. La manca d'indicació o la indicació errònia de la data d'atorgament del testament que en **pugui** afectar la validesa se salva si es pot acreditar d'alguna altra manera. La manca d'indicació de l'hora no anul·la el testament si el testador no n'ha atorgat cap altre el mateix dia.

#### Article 423-1

*Necessitat d'institució d'hereu*

(...)

3. El nomenament de marmessor universal substitueix ~~la manca~~ d'institució d'hereu en el testament.

#### Article 423-6

5. Si es nomena marmessor universal ~~sense institució d'hereu~~ o si una persona subjecta al dret de Tortosa distribueix l'herència en llegats, els béns no disposats corresponen als legataris per parts iguals.

#### Article 423-15

*Compliment de la condició*

1. Únicament es considera complerta la condició si el compliment es produeix una vegada mort el testador, llevat que es tracti ~~de la condició de contreure matrimoni~~ o d'una condició que no es pugui tornar a complir o el compliment de la qual no es pugui reiterar, encara que en el moment de testar el causant n'ignorés el compliment.]

## Article 423-17

### *Condicions il·lícites*

**1. Són condicions il·lícites les que afecten els drets i llibertats fonamentals dels hereus i legataris i les que restringeixen el dret a contreure matrimoni.**

2. Les condicions il·lícites es tenen per no formulades, però, si resulta clarament que el compliment de la condició il·lícita és motiu determinant de la institució d'hereu, aquesta és nul·la.

## Article 424-6

### *Requisits de l'elecció o la distribució*

1. En la designació d'hereu pels parents, a manca de previsió pel testador o de regulació pel costum, regeixen les normes següents:

a) La facultat d'elecció o de distribució correspon als dos parents consanguinis **o per adopció**, un de cada línia de progenitors, amb el vincle de parentiu més pròxim amb els fills o els descendents, **i en el cas de l'adopció sempre que s'hagi mantingut el tracte familiar**. Dins de cada línia té preferència el de més edat. **Si només hi ha una línia de parents, els dos parents pertanyen a aquesta línia.**

## Article 427-22

(...)

4. No obstant el que estableix l'apartat 3, el legatari pot prendre per si mateix la possessió del llegat si el causant ho ha autoritzat, si es tracta **de l'únic prelegatari, si tots els hereus són prelegataris i actuen conjuntament** o si el llegat és d'usdefruit universal, i també a Tortosa si tota l'herència està distribuïda en llegats.

## Article 429-7

### *Marmessor universal*

1. (...)
2. El nomenament de marmessor universal substitueix la manca d'institució d'hereu en el testament, sigui quina sigui la destinació de l'herència.

## Article 441-2

### *Crides legals*

1. En la successió intestada, la llei crida com a hereus del causant els parents per consanguinitat i per adopció i el cònjuge vidu o el convivent en parella estable supervivent **i els seus fills no comuns** en els termes, amb els límits i en els ordres que estableix aquest codi, sens perjudici, si escau, de les llegítimes.

## CAPÍTOL V. La successió de les famílies reconstituïdes

### Article 445-1

#### *La successió intestada de les famílies reconstituïdes*

1. Si manquen les persones que assenyala el capítol 2, i abans que la Generalitat de Catalunya, succeeixen els fills no comuns del cònjuge o del convivent en parella no estable del causant, i a la inversa, sempre que es compleixi la previsió de l'article 443-5.

### Article 451-3

#### *Llegítima dels descendents i dret de representació*

- (...)
5. Són legitimaris també els fills del progenitor mort quan el causant n'era el cònjuge o convivent en parella estable i el jutge, d'acord amb l'article 236-15.2, li va atribuir la guarda i les altres responsabilitats parentals, sempre que hagin conviscut dos anys des de l'atribució i conservin el tracte familiar al temps de l'obertura de la successió.

## Article 451-5

### *Quantia i còmput de la llegítima*

La quantia de la llegítima és la quarta part de la quantitat base que resulta d'aplicar les regles següents:

(...)

- e) En el cas de l'article 421-23, es computen les primes de les assegurances de vida contractades pel causant o la disminució patrimonial neta que suposi la contractació dels instruments d'estalvi i previsió.

## Article 451-8

### *Imputació de donacions i atribucions particulars*

(...)

- 6. No s'ha d'imputar a la llegítima individual el capital que rep el legitimari en virtut dels instruments d'estalvi i previsió de l'article 421-23.

## Article 451-17

### *Causas de desheretament*

1. (...).

2. Són causes de desheretament: (...).

- e) L'absència manifesta i continuada de relació familiar entre el causant i el legitimari, si és imputable **per una causa adequada** al legitimari.

## Article 464-17

### *Béns col·lacionables*

(...)

- 4. No s'ha de col·lacionar el capital que rep el legitimari en virtut dels instruments d'estalvi i previsió de l'article 421-23.



## Disposicions Transitòries

1. L'article 421-23 s'aplica qualsevol que sigui la data de subscripció de l'assegurança de vida, el pla de pensions o l'instrument d'estalvi i previsió anàleg.
2. Els articles 451-5.e), 451-8.6 i 464-17.4 s'apliquen a les successions obertes després de l'entrada en vigor d'aquesta llei qualsevol que sigui la data de subscripció de l'assegurança de vida, el pla de pensions o l'instrument d'estalvi i previsió anàleg.
3. L'article 421-4, 421-17.4, 422-1, 427-22.4, 423-1, 423-6, 429-7.2, 445-1.1 i 451-3 s'apliquen a les successions obertes després de l'entrada en vigor d'aquesta llei.
4. Els articles 423-15, 423-17 i 424-6.1 s'apliquen a les condicions imposades i als parents designats en els testaments, els codicils i les memòries testamentàries atorgats d'acord amb la legislació anterior.



jest

word

jest

jest

# Acotacions pràctiques al reglament successori Europeu des del punt de vista notarial

VÍCTOR ESQUIROL JIMÉNEZ

*Notari del Masnou*

## SUMARI

1. DISPOSICIONS MORTIS CAUSA. 1.1. *Competència.* 1.2. *Admissibilitat del tipus de disposició mortis causa.* 1.3. *Requisits de validesa material.* 1.4. *Requisits de validesa formal.* 1.5. *La professio iuris.* 2. DECLARACIÓ D'HEREUS ABINTESTATO. 2.1. *Competència.* 2.2. *La qüestió de l'absència d'un registre europeu de darreres voluntats.* 2.3. *La determinació de la llei aplicable a la successió.* 3. L'ESCRITURA D'ACCEPTACIÓ D'HERÈNCIA. 3.1. *Competència.* 3.2. *Requisits per a l'admissibilitat d'un títol successori estranger.* 3.3. *La determinació del títol successori eficaç.* 3.4. *La determinació de la llei aplicable a la successió.* 3.5. *La qüestió del reenviament.* 3.6. *L'acreditació del dret estranger.* 3.7. *La forma de la declaració.*

Desenvoluparem aquestes notes sobre la regulació establerta en el Reglament Successori Europeu<sup>1</sup> a través dels tres documents notarials més freqüents en relació amb la successió hereditària: a) el testament o altres disposicions mortis causa; b) l'acta de declaració d'hereus abintestato; c) l'escriptura d'acceptació d'herència. Examinaré doncs les principals qüestions que planteja la regulació successòria europea a través dels actes o documents esmentats.

---

1 Abreujat, RSE. El Reglament (UE) N° 650/2012 del Parlament Europeu i del Consell de 4 de juliol de 2012, relatiu a la competència, la llei aplicable, el reconeixement i l'execució de les resolucions, a la acceptació i l'execució dels documents públics en matèria de successions mortis causa i a la creació d'un certificat successori europeu. Va entrar en vigor en la part que afecta a aquest treball el dia 17 d'agost de 2015 i s'aplica a les defuncions produïdes a partir d'aquesta data: (arts. 83.1 i 84).

## 1. DISPOSICIONS MORTIS CAUSA

El notari ha de plantejar-se la seva competència per a autoritzar tals actes així com quins tipus de disposicions mortis causa<sup>2</sup> són admissibles i els requisits de validesa material i formal. També ha de plantejar a l'atorgant la possibilitat de fer ús del dret a l'elecció de la llei aplicable a la seva successió.

### 1.1. Competència

Podem afirmar que els notaris espanyols són competents per a autoritzar actes de disposició mortis causa atorgats por qualsevol persona, amb independència de la seva nacionalitat, residència habitual i Estat de situació dels béns.<sup>3</sup> Així

---

2 Respectant la terminologia del Reglament, utilitzem l'expressió «disposició mortis causa» per referir-nos a l'acte jurídic o document que conté una disposició d'última voluntat [testament, testament mancomunat o pacte successori segons l'art. 3.1 d) RSE; però també codicil i donació mortis causa, institucions que en el Dret català gaudeixen de la mateixa naturalesa ja que s'atorguen en consideració a la mort de l'atorgant]. En canvi, per referir-nos al contingut d'aquests actes o documents i a las seves clàusules direm «disposició successòria».

3 Nacionalitat, residència habitual i Estat de situació dels béns són els tres elements que poden determinar que una successió sigui transfronterera, de manera que si tots ells coincideixen en un mateix Estat, la successió és merament nacional o interna i no es regeix pel RSE, sinó exclusivament per la llei nacional. Hauríem de dir, més pròpiament, que no és necessària l'aplicació de les normes de conflicte del RSE, ja que aquest, donat el seu caràcter universal, com veurem a l'epígraf 1.3., és aplicable a qualsevol successió mortis causa substanciada o tramitada davant qualsevol tribunal o autoritat dels països europeus que admeten l'aplicació del RSE.

Coincidim amb el nostre company Adolfo CALATAYUD SIERRA (*Derecho interregional, Código civil y Reglamento europeo de sucesiones*, Revista Jurídica del Notariado, núm. 86-87, abril-juny i juny-setembre 2013, p. 502), en que el lloc de l'atorgament de la disposició mortis causa no és suficient, per se, per a qualificar la successió com a transnacional, ja que no té cap influència en la determinació de la llei successòria aplicable; l'única qüestió que es plantejarà serà la de la validesa o no de l'esmentada disposició, que normalment serà salvaguardada per la llei aplicable a la successió o pels tractats internacionals com el CH61. Aquest autor, en canvi, considera que l'Estat de situació dels béns no determina el caràcter transfronterer de la successió i per tant l'aplicació del RSE si els béns que es troben fora de l'Estat on el causant té la residència i del que és nacional tenen escàs valor en relació al cabal relicte; considera que no sembla lògic que, per exemple, canviïn completament els drets del cònjuge vidu sobre tot el cabal hereditari pel sol fet que hi hagi un bé fora del seu Estat (p. 504). Per la meua part, insisteixo en que el caràcter universal que la doctrina atribueix l'art. 20 al RSE, comporta l'exclusió de qualsevol altra norma de conflicte internacional, entre elles, la de l'art. 9.8 CC; i que fa innecessari distingir entre successió transfronterera i no transfronterera.

resulta d'una banda de que la legislació espanyola no conté cap limitació al respecte i, de l'altra, de que el RSE no és aplicable a aquesta qüestió ja que el notari no exerceix, en relació amb aquests actes, una funció jurisdiccional, com resulta de l'art. 2, en disposar que el present Reglament no afectarà la competència de les autoritats dels Estats membres en matèria de successions; i a *sensu contrario* dels arts. 3.2 i 4, que regulen la competència dels tribunals i que defineixen a aquests com les autoritats que exerceixen una funció jurisdiccional.<sup>4</sup>

Pel que fa a la competència dels notaris de la resta d'Estats als que s'aplica el RSE, dependrà també de les seves respectives normes nacionals.

## 1.2. Admissibilitat del tipus de disposició *mortis causa*

Els arts. 24 i 25 RSE distingeixen entre els pactes successoris i els altres tipus de disposicions *mortis causa*. En tots dos casos, s'admeten les disposicions permeses per la llei que seria aplicable a la successió del causant si aquest hagués mort en la data de l'atorgament de la disposició o si l'admet la llei que els disponents han triat com a llei aplicable a la disposició *mortis causa*, sempre que aquesta sigui una de les que hagués pogut triar per a regular la seva successió.

Hem d'advertir que aquesta *professio iuris* (si es pot dir així) reguladora de les disposicions *mortis causa* del arts. 24.2 i 25.3 no és la mateixa (i veritable) *professio iuris* reguladora de la successió de l'art. 22.1. En cas d'elecció és aconsellable determinar clarament a quin dels dos tipus es fa referència, encara que entenc que, si es tria la llei de la nacionalitat per a regir la successió, aquesta elecció hauria d'incloure la de la llei que regeixi l'admissibilitat del tipus del testament, tot i que l'art. 22.3 omet l'admissibilitat en dir que la validesa material de l'acte pel qual s'hagi fet l'elecció es regirà per la llei elegida. En canvi, considero més difícil acceptar que s'esculli una llei per a la successió i una de diferent per a l'admissibilitat i la validesa material de la disposició, ja que aniria en contra del principi d'unitat de llei successòria, tot i que el Reglament no ho prohibeix. D'altra banda, es podria considerar implícita l'elecció de la llei que regula l'admissibilitat d'una disposició *mortis causa* pel sol

---

4 El Considerant 21 diu que el Reglament no afecta les competències que els Estats membres atribueixin als notaris en matèria de successions i que la vinculació dels notaris d'un Estat membre a les normes de competència establertes en el RSE depèn de si estan inclosos en la definició de «tribunal» en ell continguda.

fet d'atorgar aquesta disposició. En tot cas, considero prudent explicitar aquesta elecció quan s'atorga un tipus de disposició que no està admès en algunes legislacions, com el pacte successori o el testament mancomunat (allí on s'admeti).

La doctrina<sup>5</sup> es planteja què s'entén per *admissibilitat*, terme que el RSE no defineix. En la meua opinió, en aquest context,<sup>6</sup> atès que el reglament contraposa *admissibilitat* a requisits de *validesa material* i a *requisits de validesa formal*, per exclusió, amb aquell terme es refereix als tipus de disposicions mortis causa que algunes legislacions prohibeixen, que no admeten ni tant sols condicionades al compliment de certs requisits, com seria els casos del testament mancomunat, el testament oral o el pacte successori. Així, per exemple, el CC espanyol no admet els pactes successoris, mentre que el CCCat només els permet entre determinades persones; en cas de contravenció, en el primer cas estaríem en un supòsit de no admissibilitat i en el segon, de falta de validesa material. Però sí es veritat que el concepte d'admissibilitat és estrany en aquest àmbit i que, pròpiament, els actes són o no vàlids i que hi ha casos dubtosos com el testament hològraf (que podria considerar-se com un tipus de testament no admès o com un testament nul per defecte de forma). En tot cas, la diferenciació entre un i altre concepte no és significativa, ja que tots dos tenen el mateix règim de conformitat amb l'art. 24; la distinció rellevant és entre aquests conceptes i el de validesa formal, atès el diferent règim que a aquest li confereix l'art. 27.

Els pactes successoris relatius a la successió de vàries persones només seran admissibles si són conformes «*a la ley que, de conformidad con este Reglamento, hubiera sido aplicable a la sucesión de cada una de ellas*». No queda clar si l'han de permetre totes les lleis o si cada successió es regeix per la seva pròpia llei. Curiosament, la versió francesa del Reglament no coincideix amb l'espanyola (lamentablement, no és l'únic cas) i ho deixa més clar. La versió francesa diu: «*chacune des lois qui ... aurait régi la succession de chacune des personnes concernées*». Com es pot veure, on la versió en espanyol diu «la llei», la versió en francès diu «cada una de

---

5 Lúdia ARNAU RAVENTÓS, «La forma en el Reglamento 650/2012», a M.E. GINEBRA MOLINS i J. TABARAL BOSCH (dir.), *El Reglamento (UE) 650/2012: su impacto en las sucesiones transfronterizas*, Marcial Pons, 2016, p. 200.

6 Diferent és el terme «admissibilitat» en l'àmbit de l'art. 16, relatiu a la competència judicial.

les lleis». Per tant, aplicant aquest criteri, l'haurien de permetre totes i cadascuna de les lleis dels disponents.

Hem de fer esment al cas particular del testament mancomunat a Catalunya, ja que el CCCat no l'admet. En base als preceptes esmentats i amb independència de si estem davant un pacte successori o no (al nostre parer no ho és en la mesura en què es pot revocar unilateralment i com ho prova que l'art. 3.1 el defineix separatament del pacte successori), deduïm que només es poden atorgar a Catalunya testaments mancomunats si la llei de la residència habitual dels atorgants en el moment de l'atorgament els admet o si els atorgants pacten que el testament es regirà per la llei de la seva nacionalitat i aquesta els admet. En qualsevol altre cas considero que el notari haurà de denegar la seva autorització. També haurà de denegar la de les disposicions mortis causa que adoptin algun tipus permès a Catalunya però prohibit per la llei de l'art. 24 (com podria ser un pacte successori).

Tanmateix, considero que el RSE hauria d'admetre la validesa dels tipus de disposicions mortis causa que siguin admissibles conforme a la llei aplicable a la successió. No em sembla lògic, per exemple, que una persona atorgui un testament hològraf mentre està residint en un Estat que no l'admet, que després la successió es regeixi per la llei d'un Estat que sí l'admet i que aquell no sigui vàlid. O el cas d'uns catalans que, mentre resideixen a l'estranger, atorguen a Catalunya un pacte successori i acaben morint tenint la residència habitual a Catalunya (tot i que, en aquest cas, el notari els hauria d'aconsellar que fessin ús de la *professio iuris* de l'art. 24.2). No sembla lògic que aquest pacte successori sigui nul, però l'art. 24 deixa pocs dubtes al respecte. En opinió del nostre company JIMÉNEZ GALLEGO,<sup>7</sup> la finalitat de l'art. 24 no és salvar la validesa de l'acte mortis causa, sinó mantenir l'organització *post mortem* pensada pel testador, però diria que sempre és millor un testament que cap, especialment quan la falta d'atorgament d'un altre testament posterior pot indicar que el testador no ha canviat la seva planificació successòria (el més probable és que el testador ignori que aquell testament no és vàlid). Possiblement, el cas del testament hològraf es podria salvar si es considera que existeix un defecte de forma (per exemple, el CC el regula dintre de les formes dels testaments), per als quals el RSE és més permissiu (art. 27).

---

7 Carlos JIMÉNEZ GALLEGO, *El Reglamento sucesorio europeo. Un comentario notarial*. Consejo General del Notariado, Madrid, 2016, p. 222 i 223.

En el dret interregional espanyol, l'art. 9.8 CC (aplicable per l'art. 16.1) estableix la validesa de les disposicions fetes en testament i els pactes successoris ordenats segons la llei del veïnatge civil del testador o disponent en el moment del seu atorgament, la qual cosa podria salvar també el testament mancomunat; i no exclou l'aplicació de la llei reguladora de la successió a la validesa material de la disposició.

D'altra banda, es planteja si l'admissibilitat a que es refereixen els arts. 24 i 25 RSE inclou la validesa o no de les disposicions successòries contingudes en la disposició mortis causa. Com és sabut, hi ha disposicions successòries prohibides per algunes legislacions que són admeses per altres. Per exemple, en el cas de Catalunya, no estan permeses les substitucions fideïcomissàries que ultrapassin els límits de crides o el termini o la condició resolutorià sobre la institució d'hereu o la renúncia a una herència futura continguda en un pacte successori. Considerem que la validesa d'aquestes disposicions està exclosa dels arts. 24 i 25 i que queda subjecta a la llei aplicable a la successió (art. 23), en la mesura que la seva nul·litat no comporti la de la disposició mortis causa que la conté. El fonament d'aquesta opinió és que els arts. 24 i 25 parlen de l'admissibilitat de la disposició mortis causa i que l'art. 3.1 limita aquesta denominació a l'acte de darrera voluntat, en definir com a tals el testament, el testament mancomunat i el pacte successori; i en que els arts. 24 i 25 són una excepció a l'art. 23 i, per tant, els seus termes han de ser objecte d'una interpretació restrictiva.

### **1.3. Requisits de validesa material**

També els regulen els arts. 24, 25 i 26 RSE i també es subjecten a la mateixa llei establerta per a l'admissibilitat de la disposició mortis causa (resumidament, la llei aplicable en el moment de l'atorgament o la escollida pels atorgants).

Hem d'entendre com a requisits de validesa material: la capacitat dels atorgants, les causes d'inhabilitat per a succeir, l'admissibilitat de l'atorgament per representant, la interpretació de la disposició i els vicis del consentiment. També es pot considerar com a requisit de validesa material, encara que el RSE no ho digui, la necessitat que el testament contingui o no institució d'hereu que, com es sabut, el CCCat exigeix com a norma general, ja que la seva manca original o sobrevinguda produeix la nul·litat del testament.



## 1.4. Requisits de validesa formal

Tampoc presenta gaires problemes la determinació dels requisits de validesa formal dels actes d'última voluntat autoritzats per notaris espanyols, ja que serà suficient l'observança dels requisits exigits per la llei espanyola aplicable, atès que són formalment vàlides les disposicions que responguin a la llei de l'Estat en què es va realitzar la disposició o es va celebrar el pacte successori (art. 27 1 a). Fins i tot, les lletres b, c i d de l'art. 27 RSE, pensant en els testaments mancomunats i en els pactes successoris, admeten la validesa de les disposicions mortis causa que responguin a la llei de la nacionalitat d'almenys un dels atorgants en el moment de fer la disposició o en el moment de la seva defunció o a la llei del seu domicili o de la seva residència habitual en els mateixos moments o, respecte dels béns immobles, a la llei de l'Estat de la seva situació. Tinguis en compte, però, que el RSE no és aplicable a Espanya en la qüestió de la forma de les disposicions mortis causa que no siguin pactes successoris, ja que l'Estat espanyol va signar i ratificar el Conveni de la Haia de 1961<sup>8</sup> l'aplicació del qual és preferent a la del RSE segons l'art. 75 d'aquest. No obstant, no s'aprecien diferències significatives entre una normativa i l'altra.

La qüestió és què s'entén per requisit de forma. Els arts. 27.3 RSE i 5 CH61 consideren com a *qüestions de forma* les disposicions jurídiques que limitin les formes admeses de disposicions mortis causa per raó d'edat, nacionalitat o qualsevol altra condició personal dels atorgants, així com a la qualificació que han de tenir els testimonis que siguin requerits. Malauradament, els preceptes empen la paraula *forma* en dues accepcions diferents (en el sentit de *tipus de disposició* i en el de *formalitats* de la disposició), la qual cosa crea confusió.<sup>9</sup> L'art. 26 RSE, com hem dit, regula el que considera com a requisits de validesa material i, per tant, no formal. No cal dir que sota el termini *disposicions mortis causa* hem d'incloure no només els testaments, sinó també els pactes successoris, codicils i memòries testamentàries (òbviament, queden fora d'aquestes notes les memòries testamentàries i els testaments hològrafs i orals, ja

---

8 Abreujat CH61, Conveni sobre els conflictes de lleis en matèria de forma de les disposicions testamentàries, fet a la Haia el 5 d'octubre de 1961, ratificat per Espanya el 16 de març de 1988 (BOE n° 197, de 17 d'agost de 1988). No confondre amb el Conveni de la Haia de 5 d'octubre de 1961 que va suprimir l'exigència de legalització del documents públics i la seva substitució per la «Apostilla», ratificat per Espanya el 10 d'abril de 1978.

9 I no es tracta d'un defecte de la versió espanyola. Les versions en les demés llengües també empen el mateix terme amb les dues accepcions.

que no s'atorguen davant de notari). Queda el dubte de si el testament mancomunat incompliria, en aquelles legislacions on no s'admet, els requisits de forma o els d'admissibilitat o validesa material. En la meua opinió, la solució vindrà determinada per cada legislació interna;<sup>10</sup> a Catalunya no està prevista la unipersonalitat com a requisit formal, més aviat el testament mancomunat és un tipus de testament que no s'admet, per la qual cosa estaríem davant un requisit d'admissibilitat o de validesa material, s'aplicaria l'art. 24.1 RSE i no seria vàlid, llevat de *professio iuris*, si la llei de la residència habitual dels testadors en el moment de l'atorgament no el permet.

### 1.5. La *professio iuris*

Una qüestió important a tenir en compte en l'atorgament de l'acte d'última voluntat és la de la *professio iuris*, és a dir, la possibilitat que l'atorgant esculli com a llei successòria la de la seva nacionalitat (actual o futura en el moment de la defunció), en lloc de la que seria aplicable en defecte d'elecció (en principi, la de la seva residència habitual en el moment de la seva defunció), en base a l'art. 22 RSE. Per a això és imprescindible indagar la voluntat de l'atorgant, que normalment preferirà l'aplicació de la llei que li confereixi major llibertat dispositiva, és a dir, en la majoria dels casos, la que estableixi una llegítima menor. Es tracta d'una clàusula que a Catalunya s'utilitza poc per la concurrència de dues circumstàncies: 1) la llegítima catalana és de les més suaus o benignes; 2) la gran majoria de les persones que atorguen testament a Catalunya resideixen aquí. Això fa innecessària la *professio iuris* en la majoria dels casos. Tanmateix, sí que pot resultar d'utilitat per als testadors la llei nacional dels quals no conté llegítima o és més reduïda, com seria el cas dels testadors de nacionalitat britànica que resideixin a Catalunya; o en relació amb els testadors catalans que resideixen en un Estat estranger que té una llegítima més extensa (per exemple, Itàlia o França). En aquests casos, als testadors, segons el contingut de les seves disposicions d'última voluntat, els pot convenir triar la seva llei nacional enfront de la llei de la seva residència.

També pot ser útil fer ús de la facultat d'opció per evitar una possible fragmentació de la successió, en els casos en què per la situació personal i patrimonial del testador sigui previsible.

---

10 En contra, JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012, de 4 de julio de 2012. Análisis crítico*. Ed. Comares, 2014, p. 238 i s. L'autor entén que el CH61 considera que aquesta és una qüestió de forma.

I sobre tot la *professio iuris* té la utilitat d'evitar la incertesa a l'hora de determinar la residència habitual del causant a efectes de conèixer la llei aplicable a la successió. Com a notari considero que el testament hauria de resoldre la qüestió de la llei aplicable a la successió. No sembla lògic que una persona acudeixi al notari per a ordenar la seva successió hereditària i que en el moment de la seva mort puguin haver dubtes sobre la llei aplicable a la seva successió. Considero que tots els testaments haurien de determinar aquesta llei conforme a la voluntat del testador. I si el testador no té clara l'elecció, convindria que fes alguna manifestació sobre la seva residència habitual o sobre si té algun vincle manifestament més estret amb un altre Estat que pugui servir de principi de prova de la llei aplicable en el moment de la seva defunció.

D'una altra banda, és convenient recordar que els espanyols que tinguin el veïnatge civil català però que no resideixin a Espanya poden atorgar pactes successoris encara que la llei de la seva residència habitual al moment de l'atorgament o al moment de la seva mort no els admetin, sempre que escullin la llei de la seva nacionalitat com a reguladora de la seva admissibilitat, validesa material i efectes vinculants, conforme a l'art. 25.3. En el mateix sentit, per als testaments, l'art. 24.2 permet als testadors escollir la llei de la seva nacionalitat com a llei reguladora de l'admissibilitat i validesa material del seu testament. Sembla segons la doctrina<sup>11</sup> que aquestes eleccions limitades a l'admissibilitat i validesa material de les disposicions mortis causa poden ser independents de l'elecció de llei aplicable a la successió; de tota manera, si l'atorgant opta per la llei de la seva nacionalitat per regir la seva successió, s'hauria d'entendre que també opta per aquesta llei per regular l'admissibilitat i la validesa material de la disposició mortis causa (i, en el cas dels pactes successoris, els efectes vinculants entre les parts, incloses les condicions per a la seva resolució). Més dubtosa seria la possibilitat que escollís una llei per a regular l'admissibilitat i validesa material de la disposició mortis causa i una altra, la de la seva nacionalitat, que regís la resta de la seva successió, ja que això implicaria una fragmentació legal que aniria en contra dels objectius del RSE. No obstant, el propi Reglament preveu aquesta fragmentació en aquest punt possiblement per donar primacia als principis de l'autonomia de la voluntat per regular la successió i de conservació de la validesa de les disposicions mortis causa (*favor testamenti*).

---

11 Veure, per tots, Carlos JIMÉNEZ GALLEGO, *op. cit.*, p. 231.

La doctrina ha plantejat també la qüestió de si l'elecció de la llei aplicable pot fer-se no només en relació amb la llei estatal, sinó també a favor d'una llei interna. Seria el cas d'un espanyol que escull com a llei aplicable a la seva successió la llei espanyola; podria precisar que s'apliqui la llei catalana? La qüestió no s'ha resolt de forma unànime. CARRASCOSA<sup>12</sup> considera que no, ja que l'art. 22.1 parla només de la llei de l'Estat i l'art. 36.1 es remet a les normes internes que regulen els conflictes de lleis sense excepció. JIMÉNEZ GALLEGO<sup>13</sup> hi està a favor, en base a que una de les raons principals de permetre's la llei successòria és l'organització segura de la destinació *post mortem* dels béns. Personalment, en el cas d'Espanya, considero que amb la normativa espanyola actual difícilment seria eficaç l'elecció d'un veïnatge civil que no sigui el que tingui el testador en el moment de la seva defunció; per tant, no ho seria fins i tot l'elecció de la llei espanyola corresponent al seu veïnatge civil en el moment d'atorgar la disposició mortis causa si no coincideix amb la que tingui en el moment de la seva defunció. Entenc que és desitjable i necessària una reforma de les normes de conflicte internes espanyoles per acomodar-les als principis del RSE. D'altra banda, si el testador es limita a escollir la llei de la seva nacionalitat i es tracta d'un Estat plurilegislatiu, sembla clar, i així ho expressa GINEBRA MOLINS,<sup>14</sup> que aquesta elecció porta implícita la de la llei a la que està subjecte via veïnatge civil. En tot cas, mentre no es modifiqui el títol preliminar del CC, considero que no és convenient escollir directament la llei de l'estat civil, sinó que s'haurien d'elegir totes dues, el de la nacionalitat i la del veïnatge civil, per assegurar al menys l'eficàcia de la primera.

Una fórmula que es podria incloure gairebé com a clàusula d'estil en els testaments i en els pactes successoris seria semblant a aquesta: *El testador/a fa constar la seva voluntat que la seva successió es regeixi per la llei de la seva nacionalitat i del seu veïnatge civil actuals, és a dir, pel Codi civil de Catalunya (si escau)*. Per la seva transcendència, no crec que es pugui incorporar en els codicils ni en les memòries testamentàries, que tenen un àmbit més limitat.

Finalment, recordar que la *professio iuris* es pot fer de forma tàcita. Fins i tot la RDGRN de 2 de març de 2018 (BOE 20 de març de 2018),

---

12 *Op. cit.*, p. 253.

13 *Op. cit.*, p. 153.

14 M. Esperança GINEBRA MOLINS, «Sucesiones transfronterizas y Estados plurilegislativos», en *El Reglamento (UE) 650/2012...*, *op. cit.*, p. 250.

admet la *professio iuris* tàcita transitòria, és a dir, la que resulta tàcitament d'un document mortis causa anterior al 27 d'agost de 2015 atorgat en l'Estat espanyol, que no permet l'elecció de la llei aplicable. Les R. de 15 de juny de 2016 (BOE de 21 de juny de 2016) i de 4 de juliol de 2016 (BOE de 12 d'agost de 2016) van declarar que existia *professio iuris* tàcita, exclouent el reenviament, en un testament atorgat a Espanya per un nacional britànic, gairebé pel sol fet d'haver-se atorgat abans de l'entrada en vigor del RSE i d'haver designat hereva dels béns situats a Espanya la seva esposa «conforme al tipo de frecuencia de los testamentos británicos», amb la conseqüència que els fills no tindrien dret a la llegítima i no havien d'intervenir en l'escriptura d'acceptació d'herència (el causant no residia a Catalunya, era un cas de possible aplicació del dret estatal).

## 2. DECLARACIÓ D'HEREUS ABINTESTATO

Les principals qüestions que es poden plantejar al notari que hagi sigut requerit per a autoritzar un acta de declaració d'hereus abintestato són la de la seva competència, la de la prova de la falta d'atorgament d'una disposició mortis causa i la determinació de la llei aplicable.

### 2.1. Competència

Ha estat qüestió molt debatuda la de la competència notarial, és dir, determinar si el notari pot emetre la declaració d'hereus abintestato de qualsevol persona amb independència de la seva nacionalitat i de la seva residència habitual. El RSE només conté limitacions a la competència de les autoritats que tinguin la consideració de *tribunal* (arts. 4 i seg.) i, per tenir aquesta consideració, requereix que l'autoritat o professional del dret exerceixi funcions jurisdiccionals o que actuïn per delegació de poders d'un òrgan judicial o que actuïn sota el seu control. Els notaris espanyols no actuem per delegació de poders d'un òrgan judicial ni sota el seu control, segons la LJV, que atribueix als notaris aquesta funció. En canvi, sembla que sí exercim en aquest àmbit una funció jurisdiccional (tot i els dubtes de CARRASCOSA GONZÁLEZ,<sup>15</sup> que s'inclina per la no aplicació del RSE<sup>16</sup>). Al llistat 1 del RSE consta que Espanya va notificar a la Comissió de la UE que els notaris són autoritats no judicial

<sup>15</sup> *Op. cit.*, 2016, p. 438.

<sup>16</sup> *Op. cit.*, 2014, p. 61.

però que desenvolupen funcions jurisdiccionals en el sector successori (CARRASCOSA GONZÁLEZ<sup>17</sup>), la més clara de les quals es òbviament la declaració d'hereus abintestat. Per contra, l'art. 2 RSE disposa que el reglament no afectarà les competències de les autoritats dels Estats membres; no obstant, hem de considerar que l'art. 2 s'entén sense perjudici del que disposa l'art. 4, ja que d'altra manera aquest no podria aplicar-se. JIMENEZ GALLEGO<sup>18</sup> considera que és més correcte aplicar una mateixa regla de competència per a tramitar la successió d'una mateixa persona, com resultaria d'aplicar l'art. 4 RSE, que admetre regles diferents, com succeiria en cas d'aplicar la normativa de cada Estat.

La recent sentència del TJUE de 21 de juny de 2018 (cas Oberle) pot servir d'argument addicional a la limitació de la competència en els expedients de declaració d'hereus abintestat, en negar competència a les autoritats alemanyes per a expedir un certificat successori (*Erbschein*) relatiu als béns situats a Alemanya d'un causant amb residència habitual a França, en base principalment al principi d'unitat successòria. La primacia donada a aquest principi pel RSE pot servir de pedra angular per a resoldre la qüestió de la competència per a tramitar expedients de declaració d'hereus abintestato i altres qüestions, com la del reenviament a la què farem referència posteriorment.

La limitació de la competència notarial en aquest àmbit, tanmateix, contrasta amb la competència universal que, com veurem, té el notari per l'atorgament de l'escriptura d'acceptació d'herència. En aquesta escriptura la potestat notarial és també gran, ja que en compliment de la seva funció de control de legalitat, té que resoldre qüestions com la validesa del títol que serveixi de base a la successió, la determinació de la residència habitual del causant i la de la llei aplicable; i, en base a aquestes decisions autoritza una escriptura que té que complir la llei material estrangera i a la que la llei li atorga una àmplia eficàcia jurídica, si més no igual a la de l'acta de declaració d'hereus abintestato. La diferència rau en el fet que en una escriptura d'acceptació d'herència el notari no emet un judici sobre qui són els hereus; però en aquesta el notari no es limita a recollir les declaracions dels suposats hereus, sinó que expedeix un títol legitimador de drets i, en l'exercici d'aquesta funció, te que exercir un control de legalitat pràcticament idèntic al d'una declaració d'hereus abintestato.

---

17 *Op. cit.*, 2016, p. 342.

18 *Op. cit.*, p. 218.

Amb tot, sembla haver cert consens en la doctrina en què els notaris espanyols som competents per autoritzar actes de declaració d'hereus abintestato només de les persones que tinguessin la seva residència habitual a Espanya en el moment de la seva defunció. Excepcionalment, també ho som encara que no es compleixi aquest requisit, en els casos dels arts. 5.1, 10.1 i 10.2. En base al primer, podem autoritzar la de les persones que tinguessin la nacionalitat espanyola i haguessin optat per la llei espanyola com a aplicable a la seva successió, sempre que així ho pactin les parts interessades. En base a l'art. 10 som competents per autoritzar la declaració d'hereus del causant que, encara que no tingués la residència habitual a cap Estat membre de la UE, tingués béns a Espanya i ostentés la nacionalitat espanyola o la seva residència habitual a Espanya cinc anys abans del moment en què s'hagi fet el requeriment al notari. I en base a l'art. 10.2, som competents si cap autoritat d'un Estat membre ho és i hi ha béns situats a Espanya. Alguns notaris han criticat que no tingui competència el notari de l'Estat amb el qual el causant tenia vincles més estrets quan la llei d'aquest Estat sigui la llei reguladora de la successió en base a l'art. 1.2 i consideren que la literalitat de l'art. 4 admet una interpretació forçada en aquest punt i potser també el plantejament d'una qüestió prejudicial.<sup>19</sup>

## **2.2. La qüestió de l'absència d'un registre europeu de darreres voluntats**

Atès que l'atorgament de l'acta de declaració d'hereus abintestato requereix prèviament la prova que el causant no ha atorgat cap disposició mortis causa, es planteja als notaris espanyols si en tot cas és suficient amb l'acreditació de tal circumstància amb un certificat expedit pel Registre d'Actes de Darrera Voluntat espanyol o si, per contra, quan intervé algun element transfronterer cal alguna prova complementària. Tinguis en compte que, segons les regles de competència indicades a l'apartat anterior, la qüestió se'ns plantejarà quan el causant tingui residència a Espanya i nacionalitat estrangera. Davant la inexistència d'un certificat europeu de darreres voluntats, el més prudent, com a diligència ordinària, fóra demanar també el certificat equivalent a l'Estat de la nacionalitat del

---

19 Ana FERNÁNDEZ-TRESGUERRAS, *Aplicación del Reglamento (UE) 650/2012 de Sucesiones*, El Notario del Siglo XXI, número 70, nov.-dic. 2016, p. 146.

causant,<sup>20</sup> llevat que aquest portés molt de temps residint a Espanya, però hi ha Estats que no disposen d'un organisme que pugui certificar aquest extrem. L'any 2005 es va crear l'ARERT (Association de Résort Européen des Registres Testamentaires), gestionada pels notaris de diversos països europeus que comuniquen a un registre informatitzat les disposicions mortis causa que atorguen. Actualment estan interconnectats 14 països: Alemanya, Àustria, Bèlgica, Bulgària, Estònia, França, Grècia, Hongria, Letònia, Luxemburg, Països Baixos, Polònia, Romania i Eslovàquia (amb les absències més significatives per nosaltres d'Espanya, Itàlia i Regne Unit). En el cas d'Espanya, tot i ser membre observador de l'ARERT, els notaris espanyols no tenim accés a aquest Registre. Seria molt convenient per la seguretat jurídica la creació d'un registre europeu d'actes de disposicions mortis causa, però tot i que tenim constància que s'està treballant en aquest sentit, hi ha greus dificultats degut a les diferències dels sistemes jurídics europeus (especialment, els dels països anglosaxons).

### **2.3. La determinació de la llei aplicable a la successió**

El notari haurà d'aplicar en la declaració d'hereus la llei que regeixi la successió, en funció del que estableixen el arts. 20 i següents.

L'art. 20 estableix el principi general de que la llei designada pel RSE s'aplicarà encara que no sigui la d'un Estat membre. La generalitat de la doctrina interpreta aquest precepte en el sentit que les autoritats dels Estats membres aplicaran les disposicions del RSE amb independència de la nacionalitat del causant, encara que aquesta sigui la d'un Estat que no hagi acceptat l'aplicació del RSE. La qüestió té una gran transcendència, en particular a l'Estat espanyol, davant la freqüència en que hem d'autoritzar escriptures d'acceptació d'herència de nacionals d'altres Estats (principalment, de països sud-americans i africans). Al meu modest parer, però, de la interpretació literal d'aquest precepte no es pot extreure l'esmentada conclusió. L'art. 20 es limita a dir que si les normes de conflicte que estableix el RSE determinen l'aplicació una llei successòria d'un Estat no membre, les autoritats europees l'hauran d'aplicar. No diu que les normes de conflicte del RSE aplicaran sempre fins i tot a

---

<sup>20</sup> La RDGRN de 1 de juliol de 2015 (BOE 25 d'agost de 2015) arriba fins i tot a exigir el certificat de darreres voluntats de l'Estat de la nacionalitat del causant o l'acreditació de que en aquell Estat no existeix un Registre similar o que per les circumstàncies concurrents al cas concret no és possible aportat l'esmentat certificat.



nacionals que no siguin membres dels països signants. Comparant el text de l'art. 20 amb altres normes similars es pot veure la diferència. Així, per exemple, l'art. 6 CH61 diu que el Conveni s'aplicarà encara que la nacionalitat dels interessats no sigui la d'un Estat contractant. No hi ha cap declaració similar al RSE, la qual cosa no implica que no s'apliqui amb caràcter universal, però s'hagués hagut de precisar de forma més clara. En tot cas la doctrina és unànime en considerar que el Reglament s'aplicarà sempre per les autoritats europees amb independència de la nacionalitat del causant. Només JIMÉNEZ GALLEGO<sup>21</sup> dona arguments que no es basen en l'art. 20, principalment: el fet que el RSE no disposi el contrari; el que l'art. 4 digui que la competència per a entendre la successió per causa de mort s'atribueix als tribunals de la residència habitual del causant; el fet que l'art. 75 salva únicament de l'aplicació del RSE els convenis internacionals subscrits per algun dels Estats membres; i de forma implícita de la totalitat de la regulació. La DGRN ha recolzat aquesta interpretació, també en base a l'art. 20, en la R. de 15 de juny de 2016 (BOE d'1 de juliol de 2016) en la que ha considerat aplicable el RSE a un britànic amb residència a Espanya i ha declarat limitada l'aplicació de l'art. 9.8 CC als conflictes de lleis interregionals.

Aquesta consideració que el RSE s'aplica pels tribunals i autoritats dels Estats que hi han participat a tots els casos de que coneguin, amb independència de la nacionalitat del causant, comporta una conseqüència important: el RSE regeix totes les successions mortis causa encara que no hi hagi cap element transfronterer; només cal que el tribunal o autoritat sigui d'algun dels Estats als que els hi és aplicable.

Una altra qüestió que pot plantejar problemes al notari en aquest àmbit és l'acreditació de la residència habitual del causant en el moment de la seva defunció, que és el vincle principal per a determinar la llei aplicable a la successió, conforme a l'art. 21.1 RSE. El Reglament, deliberadament, no ofereix un mitjà de prova determinat, la qual cosa és un greu inconvenient pels notaris que, a diferència dels jutges, poden incórrer en responsabilitat en cas de seguir un criteri erroni. Segons el Considerant 23, el notari ha de fer una avaluació general de les circumstàncies de vida del causant durant els anys precedents a la seva defunció i en el moment de la mateixa, prenent en consideració tots els fets pertinents, en particularitat la durada i la regularitat de la presència del causant a l'Estat de que es tracti, així com les condicions i els motius de dita presència, de manera que la

---

21 *Op. cit.*, p. 134 i s.

residència habitual així determinada reveli un vincle estret i estable amb l'Estat de que es tracti tenint en compte els objectius específics del RSE.

El Considerant 24 preveu alguns casos d'especial dificultat per determinar la residència habitual, com el cas del causant que s'hagués traslladat a un altre Estat per raons de treball però hagués mantingut un vincle estret i estable en el seu Estat d'origen, com la seva vida familiar i social, en què es podria prendre aquest com l'Estat de la seva residència habitual. També esmenta el cas del causant que ha residit en diversos Estats alternativament o viatjat d'un Estat a un altre sense residir permanentment en cap d'ells; en aquest cas la residència habitual podria venir determinada per la seva nacionalitat o pel lloc de situació dels seus béns.

Per tant, són elements que s'han de tenir en compte per a determinar la residència habitual del causant: l'Estat on va residir els últims anys de la seva vida, l'Estat on treballava, l'Estat on vivia la seva família i l'Estat on tenia els seus béns. Fins i tot, es pot arribar a considerar que el causant tenia la residència habitual en un Estat però que mantenia un vincle manifestament més estret amb un altre; en aquest cas, entraria en joc l'apartat 2 de l'art. 21 i la llei aplicable ja no seria la de la residència habitual sinó la d'aquell Estat.

A la pràctica pot haver confusió sobre quan ens trobem en un cas de residència habitual determinada pel vincle més estret i en un cas de llei aplicable diferent de la corresponent a la residència habitual per *vinculació manifestament més estreta*. El Considerant 25 diu que la vinculació manifestament més estreta no s'ha d'emprar com a nexa subsidiari quan la determinació de la residència habitual del causant en el moment de la seva defunció resulti complexa. La diferència sembla venir donada pel grau d'intensitat de la vinculació, però les qüestions de grau són difícils de determinar i potser s'hagués pogut prescindir de l'apartat 2 de l'art. 21: si el causant tenia un vincle *manifestament més estret* amb un Estat diferent d'aquell on hi va residir els últims anys, es podria considerar aquell com el de la seva residència habitual a efectes de la llei aplicable a la seva successió.

A la pràctica notarial és aconsellable obtenir d'entrada un certificat d'empadronament del causant sempre, és a dir, fins i tot quan els interessats no manifestin l'existència d'un element transfronterer, ja que també pot ser un element de prova del veïnatge civil. Si el temps transcorregut des de la última residència fins a la defunció és curt, s'haurà

d'ampliar la informació amb un altre certificat d'empadronament relatiu a la residència anterior. En cas que pugui haver qualsevol controvèrsia sobre la determinació de l'última residència habitual, és recomanable que el requeriment per a tramitar l'acta de declaració d'hereus sigui fet pel major nombre possible d'interessats (legalment no es requereix que l'instin tots els hereus) i reculli les seves manifestacions al respecte (que incloguin els motius que van portar al causant a fixar la seva última residència i el grau de vinculació que hi mantenia). Tanmateix, per evitar que els interessats es posin d'acord per escollir una llei diferent per ser més favorable per als seus interessos el notari no hauria de confiar només en les seves declaracions i hauria de demanar l'aportació de proves documentals (a més dels certificats d'empadronament: certificats bancaris, permisos de residència, rebuts, etc.).

Si la llei aplicable és la d'un Estat on coexisteixen diverses legislacions successòries, s'haurà de determinar quina d'elles s'ha d'aplicar. La qüestió està prevista i regulada per l'art. 36 RSE, que remet a les normes de conflicte del propi Estat. En el cas espanyol, la legislació interna aplicable està determinada únicament pel veïnatge civil (arts. 16 i 9.8 CC). Això comporta que la solució de l'art. 36.1 RSE només sigui aplicable als causants de nacionalitat espanyola, ja que els estrangers no gaudeixen de veïnatge civil. Atès que el sistema previst pel dret interregional espanyol és inoperant en el cas dels estrangers per aquest motiu, la doctrina considera aplicable a aquests l'art. 36.2 RSE, que preveu les normes supletòries de determinació de la llei aplicable que, en la majoria dels casos, serà la de la seva residència habitual en el moment de la seva defunció. Aquesta solució ha estat confirmada per la RDGRN de 29 de juliol de 2015 (BOE 30 de setembre de 2015), que estableix l'aplicació directa del dret de la unitat territorial quan es tracti de successió de no espanyols, la residència habitual dels quals, en els termes establerts a la norma europea, condueixi a l'esmentada unitat territorial. Per tant, a l'estranger que estableixi la seva residència habitual a Espanya li serà d'aplicació la legislació de la unitat territorial on resideixi sense necessitat de cap temps mínim de residència, a diferència dels espanyols que canvien de residència d'una unitat territorial a una altra, que hauran de residir un mínim de dos anys (art. 14.5 1r CC).

### 3. L'ESCRITURA D'ACCEPTACIÓ D'HERÈNCIA

Incloem en aquest apartat no només l'escriptura d'acceptació d'herència (amb o sense partició), sinó també la d'acceptació d'un llegat amb el seu lliurament, la de carta de pagament de llegítima i la de renúncia d'una atribució mortis causa, així com qualsevol altre negoci jurídic que confereixi al seu atorgant o a un tercer drets sobre una herència ja deferida.

#### 3.1. Competència

En l'autorització d'aquestes escriptures no hi ha dubte que el notari no actua en l'exercici d'una funció jurisdiccional, sinó que formalitza un negoci jurídic atorgat pels interessats i exerceix un control de legalitat aliè a l'esfera judicial. Per tant, com en el cas de les disposicions mortis causa, la doctrina considera aplicable l'art. 2 RSE, i la seva competència no te cap limitació especial per raó del caràcter transfronterer de la successió hereditària. Tanmateix, hem de portar a col·lació en aquest punt la reflexió que hem fet a propòsit de la competència per a atorgar les actes de declaració d'hereus abintestato: l'escassa diferència en quant a potestat notarial i efectes del document públic entre una i l'altra, especialment quan es tracta d'acceptació d'herència amb partició, no sembla justificar un tracte diferenciat en relació amb la competència notarial.

#### 3.2. Requisits per a l'admissibilitat d'un títol successori estranger

L'escriptura d'acceptació d'herència ha de basar-se en un títol successori vàlid, que consistirà en una disposició mortis causa o en una declaració d'hereus abintestat. També pot tenir com a base un certificat successori europeu o una acceptació d'herència autoritzada per un altre notari o autoritat equivalent estrangera. Si el títol és una disposició mortis causa, el notari haurà de valorar si és admissible i si reuneix els requisits de validesa material i formal dels arts. 24, 25, 26 i 27 RSE i, si escau, de l'art. 1 CH61. És aconsellable que el notari emeti en l'escriptura un judici al respecte i que faci constar en què es fonamenta, en previsió de possibles demandes de responsabilitat.

Els documents públics estrangers expedits en un Estat membre tenen en un altre Estat membre el mateix valor probatori que en aquell, conforme l'art. 59.1 RSE. Hem de considerar a aquests efectes com a Estats

membres únicament a aquells que han acceptat l'aplicació del RSE, amb exclusió per tant del Regne Unit, Irlanda i Dinamarca, que precisament són països on les disposicions mortis causa no solen tenir el caràcter de document públic amb equivalència als dels països de notariat tipus llatí-germànic.<sup>22</sup> Per la seva banda, els certificats successoris també tenen plena eficàcia probatòria en els Estats membres i fins i tot són títols vàlids per a la inscripció de l'adquisició hereditària en el registre competent d'un Estat membre, segons l'art. 69.1 i 5. Les actes de declaració d'hereus abintestato, si es considera que són expedides en l'exercici d'una funció jurisdiccional, també tenen eficàcia en els altres Estats membres, però com a resolucions i el seu reconeixement es regeix pels arts. 39 i s. R; per tant, el notari només haurà de comprovar si concorre algun dels motius de denegació del reconeixement de l'art. 40.

Com a requisits formals, per ser reconegut el document públic en un Estat diferent al d'origen serà suficient un formulari oficial complimentat per l'autoritat que va expedir el document en l'Estat membre d'origen on es consigni el valor probatori en aquest Estat (art. 59), tenint en consideració que els efectes en l'Estat de destinació no podran ser diferents (ni superiors, ni inferiors); per tant, no s'haurà de complir el requisit de la legalització ni el de l'apostilla. Pel reconeixement d'una sentència judicial, com a resolució que té força executiva, s'haurà de seguir el procediment (exequàtur) dels arts. 45 a 58 (art. 43).

### 3.3. La determinació del títol successori eficaç

En aquest punt ens trobem novament amb el problema de l'absència d'un registre europeu de disposicions mortis causa, que permeti determinar si el títol successori aportat pels interessats té eficàcia per a atorgar l'escriptura d'acceptació d'herència, atès que pot haver estat revocat per una disposició

---

22 La RDGRN de 14 de setembre de 2016 (BOE de 5 d'octubre de 2016) va declarar que un poder atorgat per un *notary public* anglès (en un document en què només es legitimava la signatura) no era equivalent en quant als seus efectes a un poder atorgat per un notari espanyol, especialment per no comportar un judici de capacitat. Aquesta resolució ha estat molt contestada per part del notaris espanyols. La RDGRN de 29 de juliol de 2015 (BOE de 30 de setembre de 2015) ja havia exigut al notari un judici d'adequació derivat de l'anàlisi de idoneïtat o d'equivalència d'un poder belga en relació als documents públics espanyols. Recentment, la R. de 7 de setembre de 2018 (BOE de 26 de setembre de 2018) ha declarat que el judici de suficiència del poder estranger fet pel notari espanyol implica el judici d'equivalència, sense que el registrador s'hi pugui oposar.

mortis causa posterior o fins i tot haver nascut sense eficàcia per contravenir una disposició irrevocable anterior. Com en el cas de la declaració d'hereus abintestat, els notaris espanyols hem d'extremar les precaucions en els casos de causants residents a Espanya que tinguin la nacionalitat d'un altre Estat o que hagin viscut durant molt de temps a l'estranger malgrat tenir la seva última residència habitual a Espanya. És aplicable el que hem dit a propòsit de la declaració d'hereus abintestato, amb l'especialitat que si no és possible o resulta molt difícil obtenir un certificat de darreres voluntats de l'Estat estranger i els interessats aporten un testament o un pacte successori pot ser suficient que manifestin que no tenen constància de l'existència d'una altra disposició mortis causa que pugui privar d'eficàcia al títol aportat.<sup>23</sup>

### 3.4. La determinació de la llei aplicable a la successió

La funció de control de legalitat comporta que el notari que hagi d'autoritzar una escriptura d'acceptació i partició d'herència en la que intervenen elements transfronterers hagi de conèixer la llei aplicable a la successió, ja que haurà de considerar qüestions com, per exemple, la validesa de determinades clàusules testamentàries o si es requereix la intervenció dels legitimaris. Per a determinar la llei aplicable haurà de seguir les normes dels arts. 20 i següents, ja comentades.

Tanmateix, voldria destacar la novetat que ha suposat el RSE per als notaris espanyols. Fins a la seva entrada en vigor els notaris, en autoritzar una escriptura d'acceptació d'herència amb partició basada en una disposició mortis causa, ens limitaven a recollir les manifestacions dels atorgants en relació amb la residència del causant, tot i que ja era recomanable la incorporació d'un certificat d'empadronament que contribuís a acreditar el veïnatge civil del causant. Després del RSE, i donada la importància que té la residència habitual en defecte de *professio iuris*, l'escriptura hauria de recollir un judici motivat per part del notari sobre la llei que considera aplicable a la successió en base a l'avaluació feta sobre la residència habitual del causant. Aquest deure del notari ha estat

---

23 Opinió, que compartim, de Carlos JIMÉNEZ GALLEGO, *op. cit.*, p. 21. El notari Vicente CARBONELL fins i tot proposa incloure en les disposicions mortis causa una clàusula que exoneri de l'aportació del certificat estranger, a l'hora que proposa l'assumpció pel Notariat del Registre d'Actes de Darrera Voluntat i possibilitar d'aquesta manera la inclusió del notarial espanyol a l'ARERT (El Notario del Siglo XXI, número 68, juliol-agost 2016, p. 160).

recordat reiteradament per la DGRN (R. de 15 de juny de 2016 -BOE de 21 de juny de 2016- i de 3 de març de 2018 -BOE de 20 de març de 2018).

### 3.5. La qüestió del reenviament

L'art. 34 RSE admet el reenviament amb més amplitud que la que admetia fins ara l'art. 12.2 CC, la qual cosa obliga al notari a tenir en compte no només la llei material estrangera aplicable sinó també les seves normes de conflicte. També es planteja en aquest punt la qüestió de si és admissible el reenviament quan pugui comportar un fraccionament de la llei aplicable a la successió, qüestió sobre la qual la doctrina està dividida. ESPÍÑEIRA SOTO<sup>24</sup> cita el cas d'un britànic amb residència habitual a Anglaterra, que té accions en una empresa britànica, un immoble a Catalunya i un altre a les Illes Canàries. Si apliquem el RSE l'herència s'hauria de regir en principi per la llei anglesa, però com que aquesta reenvia a l'espanyola per ser la llei de situació dels béns immobles, resultaria que d'admetre's el reenviament, la seva successió es regiria per la llei anglesa pel que fa a les accions, per la catalana en relació a l'immoble situat a Catalunya i pel CC espanyol pel que fa a l'immoble situat a les Canàries. Tant ella com JIMÉNEZ GALLEGU<sup>25</sup> hi estan en contra del reenviament; a favor, malgrat el fraccionament legal, es pronuncia CARRASCOSA GONZÁLEZ<sup>26</sup> en base a que aquest supòsit no està previst com a excepció per l'art. 34.2 RSE. ESPÍÑEIRA SOTO considera que són més grans els perjudicis que els beneficis de permetre el reenviament, ja que enten que el reenviament no es regula en el RSE com a instrument de reajustament de la localització de la situació privada internacional sinó com a mitjà per garantir la coherència internacional o harmonia internacional de solucions en sentit conflictual, alhora que complica la previsió de la norma successòria. El TS ha seguit el criteri d'excloure el reenviament per a salvaguardar el principi d'unitat de la successió en diverses resolucions anteriors a l'aplicació del RSE (STS de 15 de novembre de 1996, 21 de maig de 1999, 23 de setembre de 2002 i 12 de gener de 2015). El mateix criteri va seguir la DGRN abans de l'entrada en vigor del RSE i ja ha indicat que el continuarà aplicant, "amb matisacions" (RDGRN de 2 de març de 2018 –BOE de 20 de març de 2018– i de 1 de juny de 2018 –BOE de 21 de juny de 2018–). I com hem dit abans, creiem que serà

---

24 <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/doctrina/articulos-doctrina/el-reenvio-en-el-reglamento-europeo-de-sucesiones/>

25 *Op. cit.*, p. 207.

26 El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio de 2012. Análisis Crítico. Editorial Comares. Granada 2014, p. 286.

el criteri del TJUE a la vista de la importància que ha donat al principi de la unitat successòria al cas Oberle (STJUE de 21 de juny de 2018).

### 3.6. L'acreditació del dret estranger

Si, en funció del que s'ha dit fins ara, la llei material aplicable a la successió és una llei estrangera, el notari que hagi estat requerit per a autoritzar una escriptura d'acceptació d'herència amb partició haurà de tenir un coneixement adequat de la llei estrangera i, en alguns casos, haurà d'acreditar el seu contingut. La DGRN he reiterat la necessitat de provar el contingut i la vigència del dret estranger (i, segons la R. de 26 de juny de 2012 –BOE de 18 de setembre de 2012–), la seva comú interpretació jurisprudencial en el país de provenença), per alguna autoritat pública que desenvolupi funcions no jurisdiccionals fent un judici de suficiència perquè posseeix coneixement de la llei (R. de 5 de febrer de 2005 –BOE de 6 d'abril de 2005– i de 22 d'octubre de 2007 – BOE de 22 de novembre de 2007–). L'art. 36 RH parla, a propòsit de l'acreditació de l'observança de les formes i solemnitats estrangeres i de l'aptitud i capacitat legal necessària per l'acte, de l'asseveració o informe d'un Diplomàtic, d'un Cònsol o d'un funcionari competent. Les R. d'1 de març de 2005 (BOE de 21 d'abril de 2005), 20 de juliol de 2015 (BOE 24 de setembre de 2015) i 3 de maig de 2016 (BOE de 6 de juny de 2016), entre altres, consideren aplicable l'art. 36 RH a l'acreditació de la validesa de l'acte. També s'admet l'asseveració o informe del propi notari autoritzant sota la seva responsabilitat (R. 1 de març de 2005, 7 de juliol de 2011, 20 de juliol de 2015). Amb tot, ni el notari ni el registrador de la propietat estan obligats a conèixer directament el dret estranger (R. 20 de juliol de 2015 i 23 de març de 2018 – BOE de 6 d'abril de 2018–), però han de suplir la falta de coneixement directe pels mitjans de l'art. 36 RH, i en resolucions més recents la DGRN assenyala la conveniència de notaris i registradors d'anar avançant en el coneixement del dret estranger, especialment el dels Estats de la UE (R. 11 de maig de 2016 – BOE de 6 de juny de 2016–) i fins i tot la més recent R. de 19 de juny de 2018 (BOE de 4 de juliol de 2018) no requereix la prova del dret alemany quan s'aporta un *Erbschein*. Les R. de 26 de juliol de 2016 (BOE de 20 de setembre de 2016) i de 3 d'agost de 2016 (BOE de 23 de setembre de 2016), han declarat que les disposicions de la Llei de 29/2015, de 30 de juliol, sobre Cooperació Jurídica Internacional en matèria civil són d'aplicació subsidiària a l'art. 36 RH ja que aquesta és especial front al caràcter general de la primera.



### **3.7. La forma de la declaració**

La regula l'art. 28 RSE, que disposa que ha de complir els requisits de forma exigits per la llei aplicable a la successió o per la llei de l'Estat en què el declarant tingui la seva residència habitual. Per tant, a diferència de la disposició mortis causa, l'acceptació d'herència i altres declaracions assimilades no són vàlides si es limiten a complir els requisits de forma de la llei del lloc de l'atorgament, la qual cosa té la seva importància, per exemple, en les acceptacions d'herència a benefici d'inventari. Personalment, no acabo de comprendre el motiu d'aquesta limitació. Comprendria que s'admetés només l'aplicació de la llei reguladora de la successió, però si s'admet l'aplicació de la llei on el declarant té la seva residència, no veig perquè no és aplicable la llei del lloc de celebració de l'acte.



jest

word

es

es

# Impressions i necessitats del Reglament europeu de successions 650/2012

## Anàlisi des de l'exercici de l'advocacia

MERITXELL GABARRÓ I SANS

*Advocada*<sup>1</sup>

SUMARI

1. INTRODUCCIÓ. 2. LES INCERTESES DE L'APLICACIÓ EN EL MOMENT ACTUAL. 2.1. *La determinació de la llei aplicable com a la discussió més habitual. a) Professió iuris. b) Residència habitual* 2.2. *Tribunals: acords i jurisprudència.* 2.3. *La utilitat del Certificat successori europeu.* 2.4. *Acceptació del títol de la successió pels operadors d'un Estat diferent a l'Estat on s'ha tramitat* 2.5. *La fiscalitat.* 3. ALTRES REFLEXIONS.

## 1. INTRODUCCIÓ

L'objecte d'aquest treball és posar de relleu les qüestions més rellevants que des de la perspectiva de l'exercici de l'advocacia hem detectat al llarg dels tres anys d'aplicació del Reglament (UE) número 650/2012 del Parlament Europeu i del Consell, de 4 de juliol de 2012, *relatiu a la competència, la llei aplicable, el reconeixement i l'execució de les resolucions, a l'acceptació i l'execució dels documents públics en matèria de successions mortis causa i a la creació d'un certificat successori europeu* (en endavant RSE).

La realitat social i empresarial ens proporciona unes xifres prou significatives com per a que des de la Unió Europea s'hagi legislat amb la intenció d'uniformitzar les successions amb elements transfronterers, de persones i de béns, reflexió que recull el Considerant Setè del RSE.<sup>2</sup>

---

1 mgabarro@gabarroadvocats.com

2 «Considerant Setè. Convé facilitar el bon funcionament del mercat interior suprimint els obstacles a la lliure circulació d'aquelles persones que actualment troben dificultats a l'hora d'exercir el seus drets en situacions de successió *mortis causa* amb repercussions transfrontereres. A l'espai europeu de justícia, és imperatiu que els ciutadans puguin organitzar la seva successió. És precís garantir de manera eficaç els drets dels hereus i legataris i de les persones properes al causant, així com dels creditors de l'herència».

D'entrada, hem de puntualitzar que durant aquests tres anys de vigència de la part substancial del RSE no hem tingut l'oportunitat d'intervenir en una gran quantitat d'assumptes on el Reglament fos la norma a aplicar, si bé si exercíssim a Ses Illes, molt probablement la pràctica hauria estat superior. Així i tot, estem en disposició d'extreure conclusions respecte de la seva efectivitat pràctica, les mancances que ha evidenciat i les solucions que apunta.

Malgrat la qualitat i quantitat de jornades, conferències, ponències, publicacions, etc. vers el RSE, hi ha determinades qüestions cabdals que comparteixen un denominador comú: LA INCERTESA. Justament, és la constatació de la incertesa el que presideix les observacions i reflexions següents.

## 2. LES INCERTESSES DE L'APLICACIÓ EN EL MOMENT ACTUAL

A continuació analitzem les incerteses que hem ordenat, per una millor sistemàtica, en cinc blocs.

### 2.1. La determinació de la llei aplicable com a la discussió més habitual

#### 2.1.1. *Professio iuris*

L'article 83 del RSE, que contempla les disposicions transitòries, preveu la possibilitat que el causant hagués elegit la llei aplicable a la seva successió abans de l'entrada en vigor del RSE, això és, en testament o disposició *mortis causa* atorgada amb anterioritat al 17 d'agost de 2015, i sempre que complís els requisits i condicions regulades al propi Reglament.

Des de l'any 2012 al despatx vam estandarditzar una clàusula tipus per tots els testaments i disposicions *mortis causa* que assessorem, que inclou la *professio iuris*, en previsió i prevenció pel cas que els testadors modifiquin l'Estat de la seva residència, atesa la realitat social actual de mobilitat de les persones per raons, sobretot, professionals, tot i que amb el temps també seran personals, si els fills establerts a l'estranger acullen o s'apropen els seus pares d'avançada edat.

El tenor literal de la clàusula, adaptable a les circumstàncies personals de cada testador (veïnatge civil; nacionalitat i llei aplicable) és el que segueix:

Ser de condició civil catalana\*, i que la seva successió s'ha de regir per les normes del vigent Llibre IV del Codi civil de Catalunya\*, especificant que fa ús de la facultat d'elecció que preveu el Reglament Europeu 650/2012, i manifesta que és la seva voluntat que la llei aplicable de la seva successió sigui la catalana\*.

Malgrat les partides pressupostàries de la Unió Europea per publicitar i divulgar l'existència i les conseqüències jurídiques del RSE, la realitat és que la gran majoria de la ciutadania europea desconeix la necessitat d'elegir la llei que regirà la seva successió.

L'anterior afirmació és fruit de l'experiència recollida aquests darrers anys quan, testadors catalans manifesten, sense cap ànim de rebre assessorament, que els seus fills, habitualment joves, resideixen a l'estranger. O quan aquests joves residents a l'estranger adquireixen algun bé al país de residència i consulten per qüestions vinculades a la fiscalitat, ignorant per complet la vessant civil de la seva futura successió. I, finalment, quan joves i no tan joves, de nacionalitat estrangera i residents a Catalunya, es qüestionen si han de tenir en compte alguna prevenció, fet que evidencia una presa de consciència de la importància d'assessorar-se.

Resulta important el col·lectiu d'estrangers residents a Catalunya, d'entre cinquanta i setanta anys, que volen regular la seva successió i, aquí sí, la *professio iuris* assoleix el seu màxim esplendor.

Els criteris escollits pels testadors a l'hora de prendre partit per la llei de la seva nacionalitat o bé la llei catalana són diversos.

La qüestió de la llegítima acostuma a fer decantar la balança, ateses les seves importants diferències en cada ordenament jurídic. I la pràctica ens ha constatat el que podia ser d'esperar, que s'està realitzant molta *professio iuris* a favor del Llibre IV del Codi civil de Catalunya, per la condició de dret de crèdit de la llegítima i per ser molt més curta que en la majoria d'ordenaments jurídics.

En aquest sentit, resulta de molta utilitat el web [www.e-justice.europa.eu](http://www.e-justice.europa.eu), traduït a tots els idiomes dels Estats membres del RSE, i on es detallen les característiques i qüestions bàsiques successòries de cada

Estat membre. Per tenir una primera aproximació per a comparar els drets legitimaris en cada ordenament jurídic resulta suficient.

A més de la llegítima, també es tenen en compte l'Estat de residència dels futurs hereus, així com l'Estat on estan ubicats la majoria dels béns, en ambdós casos per facilitar-ne i simplificar-ne la futura transmissió hereditària.

Inequívocament som els juristes els qui hem de facilitar-los la informació continguda al RSE i contribuir activament per a evitar situacions complexes que amb l'elecció de la llei aplicable tindran una solució simple, senzilla i més econòmica.

En aquest sentit, ja avancem que l'elecció de la llei aplicable que preveu el RSE està resultant de gran utilitat a la pràctica, si bé és llarg encara el camí per recórrer per assolir un estadi de seguretat jurídica òptim pels operadors jurídic i que, en última i principal instància, beneficiarà els ciutadans.

Inclús en el cas de disposicions *mortis causa* atorgades amb anterioritat al 17 d'agost de 2015, en les que no existeix elecció expressa de la llei aplicable, s'estan interpretant de forma flexible a favor de l'apreciació de concurrència de *professio iuris*, emprant un argument de màxima coherència, quin és que del propi acte se'n dedueixi la voluntarietat que sigui aplicable la llei de l'Estat de la seva residència o bé de la seva nacionalitat, a través de la incorporació de figures successòries a la disposició *mortis causa*, pròpies i/o característiques d'un o de l'altre ordenament jurídic.

I, insistim que la planificació de la realització de la *professio iuris* és de primordial importància per evitar conflictivitat en la successió, al quedar perfectament determinada —per voluntat del propi causant— quina llei serà l'aplicable a la successió, atès que la introducció del RSE de la residència habitual del causant com a punt de connexió per a determinar la llei aplicable a la successió no està ni estarà lliure de conflictivitat, d'acord amb el que s'analitza a continuació.

### **2.1.2. Residència habitual**

L'article 21.1 RSE estableix que «*Excepte disposició contrària del present Reglament, la Llei aplicable a la totalitat de la successió serà la de l'Estat en el que el causant tingués la seva residència habitual en el moment de la seva defunció*».

El concepte de «residència habitual» no està exempt de confusió, en gran part perquè no ha quedat definit pel propi Reglament, i la residència habitual del causant no té per què coincidir amb el seu domicili,<sup>3</sup> si bé no hi ha dubte que cal estar a la situació civil del causant i no a l'administrativa.

Per tant, quan el notari o autoritat competent determina una llei aplicable a la successió en base a la residència habitual del causant, és necessari que ho acrediti i justifiqui amb prova suficient<sup>4</sup> que, des de l'òptica civil és molt flexible i uniforme en tots els Estats. Tenen cabuda com a prova les cartes rebudes i enviades, les postals rebudes, les subscripcions de revistes o premsa, els comptes bancaris, la ubicació del caixer electrònic on es fan reintegraments d'efectiu, els centres mèdics, les factures de farmàcia, les compres *on line* i enviament a domicili, les factures de compres a botiga o revisió de la localitat dels establiments on s'ha pagat amb targeta de crèdit, la designació als comptes de *facebook* i altres prestadors de serveis, les factures de tota índole, les targetes de visita, etc. Resulta prova necessària, també, la compareixença de testimonis idonis que corroborin que el causant tenia establerta la seva residència en aquell territori.

En canvi, si s'hagués optat pel concepte «domicili», el no gaudir d'una regulació uniforme en tots els Estats, hauria provocat més confusió i, inevitablement, més conflicte.

Això comporta que, malgrat que administrativament hi hagi una aparença de residència habitual en un Estat, com a clàusula excepcional, operarà el previst a l'article 21.2 del RSE i si el causant tenia un vincle manifestament més estret amb un Estat diferent, la llei aplicable a la successió serà la d'aquest altre Estat, en consonància amb l'especificat al Considerant 23.<sup>5</sup>

---

3 Resolució de 2 de març de 2018, de la DGRN (BOE de 20 de març de 2018).

4 Resolució de 15 de juny de 2016, de la DGRN, Fonament de dret 10 (BOE 21 de juliol de 2016); Resolució de 10 d'abril de 2017, de la DGRN (BOE 26 d'abril de 2017).

5 «Atès que de la creixent mobilitat dels ciutadans i amb la finalitat d'assegurar la correcta administració de justícia a la Unió i de garantir que existeixi un nexa real entre la successió i l'Estat membre en que s'exerceix la competència, el present Reglament ha d'establir coma nexa general, a efectes de la determinació tant de la competència com de la llei aplicable, la residència habitual del causant en el moment de la defunció. Amb la finalitat de determinar la residència habitual, l'autoritat que substanciï la successió ha de procedir a una avaluació general de les circumstàncies de la vida del causant durant els anys precedents a la seva defunció i en el moment de la mateixa, prenent en consideració tots els fets pertinents,

Com ja s'ha apuntat, a la pràctica ens trobem que les diferències en la norma substantiva successòria de cada Estat impliquen que cada part defensi que la residència habitual del causant és una o altra, en funció del que més li interessa, el que exemplifiquem amb un cas real.

Defunció posterior al 17 d'agost de 2015, de causant de nacionalitat britànica, amb residència habitual a Catalunya acreditada, malgrat no haver-se donat de baixa a Anglaterra, viatjant-hi una setmana al mes per controlar la companyia de la seva titularitat i seguir-hi pagant els impostos.

El causant va morir intestat, sense descendents, la seva mare premorta i el pare viu i convivint amb la seva parella des de l'any 2012, sense haver formalitzat escriptura pública ni inscripció a cap registre i sense haver contret matrimoni.

- La postura jurídico-legal de la parella era que el causant tenia la seva residència habitual a Catalunya, no només en base a la documental existent (contracte d'arrendament de l'habitatge on residien, targeta de resident comunitari des de l'any 2009, dos vehicles domiciliats aquí, adquisició de dos immobles a Barcelona, comptes corrents, etc.), sinó també per la seva voluntat de residir a Catalunya, amb la seva parella, els seus amics, etc. És a dir, per tenir la vinculació més estreta amb Catalunya, ja que per ell Anglaterra era el mitjà per obtenir, de moment, la seva principal font d'ingressos, atès que estava realitzant inversions en altres Estats.

En virtut de les proves exposades es va atorgar Acta de notorietat declarant que havien conformat una unió estable de parella i, conseqüentment, en aplicació del Llibre IV del Codi civil de Catalunya, declarant-la única hereva, sens perjudici del dret de llegítima a favor del pare del causant. Havent transcorregut els vint dies hàbils preceptius, va atorgar escriptura d'acceptació d'herència dels béns mobles i immobles ubicats a Catalunya, autoliquidant els corresponents impostos de successions, passant a ser-ne la titular.

- La postura jurídico-legal del pare, nacional i resident britànic, era que el causant no va perdre mai el «domicile» anglès, al·legant que hi mantenia la seva empresa i que hi viatjava, allotjant-se a un pis qui

---

en particular la duració i la regularitat de la presència del causant a l'Estat del que es tracta, així com les condicions i els motius de dita presència. La residència habitual així determinada hauria de revelar un vincle estret i estable amb l'Estat que es tracta tenint en compte els objectius específics del present Reglament.»



hi tenia arrendat i, primordialment, perquè el causant mai va tenir la intenció de deixar de ser britànic (concepte estàtic del «domicile»).

Per tant, va instar dels Tribunals anglesos que el declarassin executor de l'herència i, previs els tràmits legals pertinents —que són més lents que aquí— va ser declarat únic hereu del seu fill, adjudicant-se i prenent possessió de la companyia i dels altres béns situats a Anglaterra.

Aquest cas és paradigmàtic perquè trenca clarament la universalitat de la successió que propugna amb força el RSE, amb l'agreujant que hi ha dos hereus diferents, dues lleis aplicades a la successió diferents i amb conseqüències jurídiques absolutament antagòniques.

Si bé és cert que l'hereva «catalana» té plena legitimitat per judicialitzar el cas amb moltes garanties d'èxit des del punt de vista del RSE i de la realitat material, també ho és que l'Estat que hauria d'acceptar-ho és Gran Bretanya, que no reconeixerà mai que el seu súbdit hagués perdut el «domicile».

A dia d'avui encara estem en fase de negociació, per la prudència davant la incertesa exposada, l'elevat cost de judicialització i el transcurs del temps, fent honor a la consolidada premissa que *val més un mal acord que un bon plet*.

## 2.2. Tribunals: acords i jurisprudència

Seguint en la línia argumental de l'apartat anterior, la llei aplicable a la successió és el punt de conflicte més habitual i, davant de dues postures marcadament distants respecte la determinació de la llei a aplicar, l'habitual fóra traslladar als Tribunals la decisió. Però la pràcticament nul·la jurisprudència al respecte o la incertesa sobre el sentit de la decisió judicial ens aboca a la negociació i l'assumpció d'acords.

Els plantejaments principals que ens formulem, quan intervenen en la matèria tribunals, són:

- 1) Si les sentències de tribunals d'Estats membres i no membres del RSE són material de referència privilegiat pels tribunals espanyols —no gosem denominar-los *font del dret*, perquè tècnicament les resolucions judicials no ho són—.

- 2) Si, a la inversa, les sentències de tribunals espanyols poden ser material de referència (o especialment qualificat) pels tribunals dels Estats membres i no membres del RSE.
- 3) No tenim a dia d'avui una sistematització de la jurisprudència dels tribunals dels Estats membres del RSE, que en el seu cas —per garantir la confiança dels operadors— hauria d'estar traduït a tots els idiomes de la UE.

Com a criteri instrumental, hauria de ser obligatòria la traducció de les sentències per al·legar-les als fonaments de dret?

És palès que, en termes processals, l'idioma és un obstacle a superar.

En canvi, el certificat successori europeu el que ha pretès és, precisament, facilitar el seu enteniment en qualsevol idioma dels Estats membres del RSE mitjançant un formulari de creuetes i plantilla.

No obstant l'anterior, a dia d'avui, el certificat successori europeu no ha assolit ni de bon tros l'èxit que se li augurava.

### **2.3. La utilitat del Certificat successori europeu.**

En general, la comunitat jurídica —pensem aquí en els advocats i els notaris— considerem el certificat successori europeu com un avenç, perquè elimina la necessitat de legalització, postil·la i exequatur dels títols successoris i, sobretot, perquè pretén uniformitzar la tramitació en la transmissió dels béns hereditaris ubicats als Estats membres.

Ara bé, a la pràctica, el certificat successori europeu no s'està acabant d'utilitzar per les reticències fundades i reals i pel desconeixement dels receptors: cal esmentar les pràctiques de determinades entitats bancàries que no l'han admès, val a dir que sense fonament.

És obvi que si algunes entitats bancàries no donen validesa al certificat successori europeu —bàsicament pel seu desconeixement-, els operadors jurídics de tots els Estats membres haurem d'actuar al respecte i treballar per a que el normalitzin. Cal fer accions pedagògiques per involucrar-los, o continuarem amb processos que s'eternitzen.

Altra qüestió són les entitats financeres de tercers Estats com Gran Bretanya, Suïssa o el Principat d'Andorra, per posar-los d'exemple. Certament, no estan obligades a acceptar el certificat successori europeu

per no ser Estats membres del Reglament, però és evident que per a que el certificat successori europeu assoleixi els objectius d'eficàcia, eficiència i practicitat, seran necessaris acords bilaterals que garanteixin la seva admissió i, alhora, mirar de superar l'entrebanc que suposa la por al desconegut. Atès que interessa a totes les parts (entitats financeres, operadors jurídics i, sobretot, als interessats en la successió), amb voluntat, hauria de ser un projecte factible.

Cal, però, fer autocrítica i reflexionar el per què existeix el desconeixement generalitzat del funcionament del certificat successori europeu, també al sector de l'advocacia i en part fins i tot del notariat, dit sigui amb el màxim respecte per totes dues institucions.

L'anterior afirmació és fruit del resultat de la consulta espontània en seu de la darrera Jornada sobre el RSE que van organitzar els professors Ginebra i Tarabal en el marc del Grup de Recerca del Dr. Badosa en col·laboració amb el Col·legi de Notaris de Catalunya i l'ACEDS, amb el professor Andrea Bonomi de ponent i interlocutor privilegiat, i on, amb la sala repleta de notaris i advocats, únicament dues persones vam aixecar la mà quan vam ser interpel·lats pel ponent sobre qui havia intervingut en l'atorgament de certificat successori europeu.

La conclusió és que caldrà que les institucions europees dediquin esforços i recursos per a «popularitzar» el certificat successori europeu i que realment esdevingui l'eina útil que pretenia ser quan es va crear.

Val a dir, però, que el cert és que des de l'estiu passat fins ara hem detectat un no molt significatiu, però sí un increment d'atorgaments de certificats successoris europeus, el que ens fa pensar que s'està anant per bon camí.

A mode orientatiu exemplificarem algunes situacions reals que ens hem trobat a la pràctica amb la utilització del certificat successori europeu com a títol successori, en substitució de l'antic sistema de traducció, legalització i postil·lar de les escriptures públiques.

L'article 74 del RSE estableix que *«No s'exigirà cap legalització ni formalitat anàloga pels documents expedits en un Estat membre en el marc del present Reglament»*.

Certament, els certificats successoris europeus que hem remès a altres Estats membres del RSE han estat admesos en la seva totalitat, sense necessitat de postil·lar-los ni dur a terme cap acte de legalització, el que implica una acceptació del previst pel propi Reglament.

Resulta interessant esmentar que darrerament estem adjuntant el formulari complimentat per duplicat, en idioma espanyol i en anglès, amb la doble finalitat d'evitar despeses als interessats i facilitar la comprensió per part de l'autoritat competent<sup>6</sup> o entitat bancària receptores.

Novament apareix l'idioma com a premissa imprescindible en el marc de la Unió, que exigeix que els notaris i registradors espanyols coneguin l'anglès, que es reafirma com a llengua vehicular, també de les successions transfrontereres.

Aquesta creativitat de la duplicitat del formulari del certificat successori europeu en els dos idiomes, com si d'un testament a doble columna es tractés, ha estat acceptat en tots els casos, si bé n'exemplificarem dos per les seves peculiaritats en la tramitació:

#### **Primer cas.** Dues entitats bancàries sueques.

Successió posterior al 17 d'agost de 2015, testada sense realitzar *professio iuris* ni poder-se deduir en base a l'article 83.4 del RSE, de causant de nacionalitat sueca i residència habitual a Catalunya, motiu pel qual la llei aplicable a la successió és la catalana.

Amb els béns mobles ubicats a Catalunya i a Suècia els hereus van subscriure instància privada d'acceptació d'herència (en idioma espanyol), inventariant els actius financers, que va ser autoliquidada davant l'Agència Tributària de Catalunya, és a dir, van pagar l'impost de successions per la totalitat dels béns hereditaris (obligació personal), amb independència de la ubicació dels béns.

Respecte dels actius financers a les entitats bancàries sueques, per evitar la traducció i postil·la del document privat, es va atorgar certificat successori europeu en els termes exposats (duplicitat del formulari en espanyol i anglès), el qual va ser remès, juntament amb la instància privada d'acceptació d'herència (amb signatura legitimada notarialment per donar una aparença de formalitat) i els impostos de successions.

---

6 La Consulta núm. 175: Alcance de la exención del requisito de legalización en el artículo 74 del Reglamento (UE) 650/2012 en materia de sucesiones. Eficacia de los documentos públicos sucesorios distintos al certificado sucesorio europeo en el marco del Reglamento (UE) 650/2012: « (...) el registrador está facultado para solicitar la traducción si lo estima pertinente, en cuyo caso deberá ser una traducción oficial».

Atès que a Suècia no requereixen liquidació d'impostos de successions, les entitats bancàries van sol·licitar la subscripció per part dels hereus d'un document intern molt senzill i van procedir a modificar la titularitat dels actius en favor dels hereus.

La rapidesa i simplificació dels suecs ens va sorprendre positivament, d'aquí que hem considerat oportú compartir-ho.

### **Segon cas.** Registre de la Propietat de Lituània.

Successió posterior al 17 d'agost de 2015, intestada, de causant de nacionalitat britànica i residència habitual a Catalunya, motiu pel qual la llei aplicable a la successió és la catalana.

Amb els béns mobles i immobles ubicats a Catalunya, els hereus van atorgar escriptura pública d'acceptació d'herència (en idioma espanyol), que va ser autoliquidada davant l'Agència Tributària de Catalunya.

Paral·lelament, amb els béns immobles situats a Lituània, van atorgar certificat successori europeu amb duplicitat de formulari en espanyol i anglès, però, en aquest cas, per a la seva inscripció, el Registrador lituà va requerir un títol hereditari diferent, que el vam materialitzar amb l'atorgament d'escriptura pública d'addició d'herència, degudament traduïda i postil·lada, al que vam accedir per qüestions pràctiques, òbviament, però que en aquest cas, la conclusió no és tan satisfactòria com l'anterior, atès que havent hagut de formalitzar escriptura pública d'addició d'herència i legalitzar-la, ens plantejem si el més pràctic i econòmic pels clients hauria estat estalviar-los el certificat successori europeu, servint-nos de reflexió el Considerant 18è del RSE, que disposa:

*«(...) Per evitar la duplicitat de documents, les autoritats del registre han d'acceptar els documents expedits per les autoritats competents d'un altre Estat membre que la seva circulació es contempla en el present Reglament. En particular, el certificat successori europeu expedit en virtut del present Reglament ha de constituir un document vàlid per a inscriure els béns successoris en el registre d'un Estat membre. Això no ha d'impedir que les autoritats que tramiten la inscripció puguin demanar a la persona que la sol·licita que presenti la informació o els documents addicionals requerits en virtut de la llei de l'Estat membre en el que estigui situat el registre, per exemple informació o documents relatius al pagament d'impostos. L'autoritat competent pot indicar a la persona que sol·licita la pràctica de l'assentament com pot proporcionar la informació o els documents que manquen.*

No obstant l'anterior, aquest exemple ens permetrà analitzar una altra qüestió. El Registrador no va requerir acreditació vers si el causant havia atorgat testament o acte de darrera voluntat a Gran Bretanya o el *Probate*, recordem, Estat de la seva nacionalitat, tenint en compte que no constava en cap document públic, limitant-se a validar l'Acta de notorietat de declaració d'hereus *ab intestato*, que el notari català va autoritzar en base al certificat d'últimes voluntats espanyol negatiu.

Interpretem que el Registrador potser va aplicar la presumpció de prova del certificat successori europeu, no rebatent-lo per no conèixer el dret català, constituint aquesta qüestió un gran avenç a favor del certificat successori europeu, atès que la regla general en matèria de dret estranger de sempre havia estat haver de provar dit dret, via un informe d'un notari o autoritat equivalent o un docent.

Finalment, podria tenir relació amb els arguments exposats per la DGRN en la seva Resolució de 2 de març de 2018,<sup>7</sup> que defensa l'aplicació de la *lex rei sitae* i exonera de l'aportació del *Probate*, que analitzarem més endavant, si bé cal remarcar que existeixen diferències rellevants entre ambdós supòsits de fet.

En definitiva, les nostres impressions són que haurem d'estar a la discrecionalitat de les autoritats de cada Estat fins que el RSE hagi tingut prou recorregut com per a establir criteris més uniformes a nivell de les entitats bancàries, registradors, notaris i, en general, qualsevol autoritat o ens receptor dels certificats successoris europeus.

Com a apunt final, comentar que existeix una Comissió de l'ACEDS<sup>8</sup> —de la que en formo part— que està treballant a nivell territorial per normalitzar un certificat successori «espanyol» (per la seva similitud amb el format del certificat successori europeu) amb les entitats bancàries espanyoles que, d'acabar essent un projecte exitós, contribuiria activament a l'acceptació del certificat successori europeu per part de dites entitats.

---

7 BOE de 20 de març de 2018.

8 Dita Comissió de l'Associació catalana d'especialistes en dret de successions està integrada per Antoni Bosch Carrera, Miquel Àngel Petit Segura i jo mateixa.

## 2.4. Acceptació del títol de la successió pels operadors d'un Estat diferent a l'Estat on s'ha tramitat

Mentre que processalment la casuística és escassa, notarialment i registralment tenim experiències suficients com per començar a extreure conclusions.

Una de les qüestions que comporta més problemes a la pràctica és l'exigència o no de determinada documentació i, en especial, del certificat d'últimes voluntats o equivalent, atès que no en tots els Estats existeix un Registre que faciliti una informació tan fonamental per a nosaltres com és si el causant ha testat i, en el seu cas, quin és el darrer i vàlid testament.

La DGRN ha dictat diverses resolucions on es determina la documentació necessària per a inscriure els immobles ubicats en territori espanyol de causants titulars no nacionals, i respecte l'extrem analitzat, en general la tendència a la pràctica és a optar per la inscripció quan a l'Estat d'on era nacional el causant no existeixen documents equivalents als documents que aquí són imprescindibles, qüestió que motiva mínimament el notari autoritzant de l'escriptura pública.

- **La Resolució de 2 de març de 2018<sup>9</sup> de la DGRN** defensa la innecessarietat de la designació d'un executor pel *Probate Service britànic*, en un supòsit d'un causant de nacionalitat i residència britàniques, mor just abans de l'entrada en vigor del RSE, entenent com a llei aplicable a la successió la d'Anglaterra i Gal·les, per interpretar que el causant havia realitzat *professio iuris* tàcita, en base al règim transitori regulat a l'article 83.2 del RSE, a l'afirmar al seu testament atorgat a Espanya que ho feia conforme la seva llei personal, acte d'última voluntat on nomenava hereva de tots els seus béns ubicats a Espanya a la seva esposa:

«La *lex rei sitae* conlleva que los procedimientos necesarios para la transmisión de los inmuebles, una vez establecida la sucesión *mortis causa* (artículo 1 del Reglamento Europeo de Sucesiones) se determine por la ley del lugar de situación de los inmuebles con las necesarias adaptaciones (artículos 1.2.k y.l, 10, 11 y 27 y Sentencia del TJUE de 12 de octubre de 2017, ASUNTO C-218/16 Kubicka).

---

9 BOE de 20 de març de 2018

- **La Resolució de 10 d'abril de 2017 de la DGRN** argumenta la innecessarietat de presentar el certificat expedit pel Registre testamentari alemany, en un supòsit d'un causant de nacionalitat alemanya i residència habitual al País Valencià, mor amb posterioritat a l'entrada en vigor del RSE, havent atorgat el seu darrer testament a Espanya, excepte que coincideixi, defensa, amb l'Estat de la residència habitual:

FD 10: «En este contexto, de superación de la ley de la nacionalidad —común al Derecho de la Unión europea— salvo elección indubitada, no resulta indispensable (vid., artículos 23, 24, 26 y 75.1) el recurso a la información del país de la nacionalidad, salvo que coincida con el de la residencia habitual ...»)»

I afegim que mentre no es completi la interconnexió dels Registres de disposicions successòries i de certificats successoris europeus dels Estats membres i sempre que no se suposi que la llei aplicable fos diferent a l'espanyola.

- Però dita darrera Resolució ha estat objecte d'anàlisi en virtut de la **Consulta/Informe núm. 236**: Llei aplicable a la validesa de les disposicions testamentàries atorgades abans de l'entrada en vigor del Reglament núm. 650/2012. Exigència de la certificació del registre testamentari de l'Estat de nacionalitat del causant. Resolució de la D.G.R.N. de 10 d'abril de 2017 (B.O.E. de 26 d'abril de 2017), i recrimina a la DGRN que vinculi la innecessarietat d'aportació del certificat negatiu del Registre testamentari alemany a la llei aplicable al fons de la successió (reiterem, testada, de causant de nacionalitat alemany i resident al País Valencià i defunció anterior al 17 d'agost de 2015):

«La ley española exige, para la inscripción, aportar el certificado del Registro de Actos de Última Voluntad español (art. 76 RH). La extensión de esta regla en supuestos transfronterizos debe realizarse sobre la base de una identidad de razón con la cautela registral, y no en razón de la ley aplicable al fondo de la sucesión». «Para garantizar este principio registral de seguridad jurídica, que es competencia de la ley española como lex fori, es conveniente requerir no solo la certificación negativa del registro testamentario correspondiente a la ley presuntamente aplicable a la sucesión, sino de cualquier Estado con el que el causante, por razón de su nacionalidad o de una residencia prolongada anterior a la que tenía al momento de fallecer, presente un vínculo estrecho que permita considerar como razonablemente posible que hubiese



podido otorgar un testamento en dicho país, que podría ser formalmente válido (...).

A la pràctica s'està protocol·litzant a les escriptures notariales els certificats d'últimes voluntats dels Estats de la nacionalitat del causant i espanyol, tant si és resident a Espanya com si resideix al país de la seva nacionalitat. És a dir, s'està intentant acreditar la realitat material de quin és el darrer i, per tant, el vàlid testament.

Aquesta pràctica és factible quan és relativament fàcil obtenir el certificat d'últimes voluntats o equivalent.

Però, què passa quan els altres Estats no disposen d'aquest certificat equivalent? Com indicàvem, el propi notari acredita a l'escriptura la inexistència de certificat equivalent, en quin cas en els nostres assumptes no hem denotat cap qualificació negativa d'inscripció registral.

Entre altres interessant qüestions, el web [www.arert.eu](http://www.arert.eu) (Xarxa europea de l'Associació de Registres Testamentaris) recull l'existència o inexistència del certificat d'últimes voluntats i, en cas afirmatiu, el funcionament en cada Estat membre del RSE que el preveu i, per tant, aquesta pot resultar una eina molt útil, objectiva, segura i pràctica per a realitzar els exercicis, d'una banda d'acreditació i de l'altra, de constatació de la inexistència de certificat d'últimes voluntats en un determinat Estat membre.

I és que no hauríem de perdre de vista que la seguretat jurídica és primordial, sí, però cal mirar de facilitar el tràfic jurídic amb una certa normalitat. Suposem que de l'anàlisi fàctic, amb l'objectiu d'acreditar la residència habitual del causant —que no ha realitzat *professio iuris*— per la conseqüent determinació de la llei aplicable a la successió, es fa palès que per motius professionals, durant els darrers anys ha tingut contacte mensual amb notaris i advocats de sis Estats diferents. Podem partir de la premissa que fóra factible que en qualsevol dels sis Estats hagués testat. Aleshores, hauríem d'exigir el certificat de les últimes voluntats a tots i cada un dels sis Estats? La nostra resposta és negativa, considerant que hauria de ser suficient l'aportació del certificat d'últimes voluntats de l'Estat de la seva nacionalitat i de l'Estat de la seva residència habitual, cas que no fossin coincidents.

Per tant, la problemàtica real pels operadors jurídics del nostre territori és la incertesa vers les exigències, sobretot, dels operadors jurídics o institucions dels altres Estats membres, però també les del propi Estat.

Pot un Registrador de la Propietat d'un altre Estat membre qualificar negativament una inscripció perquè no li dóna validesa al certificat successori europeu o a l'escriptura pública atorgada per un notari català? La resposta hauria de ser que, en principi, tot Registrador —o responsable equivalent— té discrecionalitat a l'hora de qualificar un document.

El propi Reglament destina alguns Considerants per tractar de la matèria, que analitzem a continuació:

*Considerant 15è: El present Reglament permet la creació o la transmissió mitjançant successió d'un dret sobre béns mobles i immobles tal i com prevegi la llei aplicable a la successió. No obstant, no ha d'afectar al número limitat (numerus clausus) de drets reals reconeguts a l'ordenament jurídic d'alguns Estats membres. No s'ha d'exigir a un Estat membre que reconegui un dret real relatiu a béns ubicats en aquest Estat membre si el seu ordenament jurídic desconeix aquest dret.*

*Considerant 18è: «Els requisits de la inscripció en un registre d'un dret sobre béns mobles o immobles s'han d'excloure de l'àmbit d'aplicació del present Reglament. Per tant, ha de ser el Dret de l'Estat membre on estigui situat el registre (pels béns immobles, la lex rei sitae el que determini en quines condicions legals i de quina manera es realitza la inscripció, així com quines autoritats, com registradors de la propietat o notaris, s'ocupen de verificar que es reuneixen tots els requisits i que la documentació presentada és suficient o conté la informació necessària. En particular, les autoritats podran comprovar que el dret del causant sobre els béns successoris esmentats en el documents presentat per a la seva inscripció és un dret inscrit com a tal en el registre o un dret que d'una altra manera s'hagi provat que és conforme amb l'ordenament jurídic de l'Estat membre en què està situat el registre. (...)»*

*Considerant 19è: S'han d'excloure també de l'àmbit d'aplicació del present Reglament els efectes de la inscripció dels drets al registre. En conseqüència, ha de correspondre al Dret de l'Estat membre on estigui situat el registre determinar si la inscripció té, per exemple, efecte declaratiu o constitutiu. Així doncs, en cas que, per exemple, l'adquisició d'un dret sobre un bé immoble hagi de ser inscrita d'acord al Dret de l'Estat membre on estigui situat el registre per a produir efectes erga omnes o per a la protecció legal del negoci jurídic, el moment de dita adquisició s'haurà de regir pel Dret d'aquest Estat membre.*

Per tant, en el cas espanyol, (i) preval la seva essència de caràcter declaratiu de la inscripció al registre; (ii) en relació a qualsevol document procedent d'un altre Estat es respectaran els principis de legitimació de l'article 38 i de fe pública registral de l'article 34; (iii) en base al sistema

de *numerus apertus* del sistema registral espanyol, malgrat que la figura jurídica a inscriure no estigui prevista en el nostre ordenament jurídic, s'inscriurà sempre i quan tingui efectes reals, buscant figures analògiques.<sup>10</sup>

Malgrat l'anterior, i davant l'evidència de la diversitat de figures jurídiques successòries i de sistemes normatius amb arrels i orígens diferents, el propi Reglament preveu en el seu Considerant 16è<sup>11</sup> la cooperació judicial, la petició i intercanvi d'informació amb les autoritats que hagin emès el document i, de fet, es constata una gran flexibilitat a l'hora d'admetre formes vàlides, tot ell encaminat a permetre i facilitar la inscripció.

Analitzada la normativa, hauríem d'afirmar que, essent conscient de la pluralitat i diversitat en matèria successòria, el Reglament ha dotat als Estats i autoritats de mesures i paràmetres necessaris per a practicar la inscripció.

Però a la pràctica no sempre s'apliquen aquestes bones intencions i ens plantejem, per exemple, el supòsit que un operador jurídic de l'Estat de recepció del document (estem pensant en un registrador) denegui la inscripció i, per tant, que tingui primacia respecte del notari de l'Estat de la residència habitual del causant, autoritzant del document, que ha aplicat la llei que coneix perfectament.

## 2.5. La fiscalitat

Si bé la fiscalitat no està inclosa dins l'àmbit d'aplicació del RSE (article 1) i el Considerant Desè del RSE estableix que «*correspon al Dret nacional*

---

10 Resolució DGRN de 7 d'octubre de 2002. Supòsit d'un gravamen fideicomissari sobre una quota legitimària inscrit per analogia amb la cautela socini.

11 Considerant 16è: No obstant, per a permetre que els beneficiaris gaudeixin en un altre Estat membre dels drets que hagin estat creats o els hagin estat transmesos mitjançant successió, el present Reglament ha de preveure l'adaptació d'un dret real desconegut al dret real equivalent més proper del Dret d'aquest altre Estat membre. En el context d'aquesta adaptació s'han de tenir en compte els objectius i els interessos que persegueixi el dret real del que es tracti i els seus efectes. Amb la finalitat de determinar el dret real equivalent més proper del Dret nacional, es podrà entrar en contacte amb les autoritats o persones competents de l'Estat que la seva llei s'hagi aplicat a la successió per obtenir més informació sobre la naturalesa i els efectes d'aquest dret. A aquestes efectes, es podria recórrer a les xarxes existents en l'àmbit de la cooperació judicial en matèria civil i mercantil, així com a qualsevol altres medis disponibles que facilitin la comprensió de la llei estrangera.

*determinar, per exemple, les modalitats de càlcul i pagament dels tributs i altres prestacions de Dret públic, ja es tracti de tributs que es deguin pel causant a data de la defunció, o de qualsevol altre tribut relacionat amb la successió que hagi de ser abonat amb càrrec a l'herència o pels beneficiaris. També correspon al Dret nacional determinar si l'entrega de béns successoris o els beneficiaris en virtut del present Reglament o la inscripció dels béns successoris en un registre poden estar subjectes a tributació», considerem necessari tractar aquesta matèria, per la seva transcendència real i pràctica en les successions nacionals i, encara amb més intensitat, en les transfrontereres.*

La determinació de la residència habitual del causant comportarà que l'impost de successions es liquidi per obligació personal en aquell territori, és a dir, que es paguin impostos per tots els béns i drets del causant ubicats en qualsevol Estat.

Els criteris fiscals respecte de la residència habitual, que insistim són establerts per cada Estat, no necessàriament han de coincidir amb els criteris civils, essent evident que els primers hauran d'adaptar-se als segons, el que comportarà un període d' «adaptació» que finalitzarà amb l'homogeneïtzació d'ambdós criteris.

Si bé no està permès modificar voluntàriament la residència habitual del ja causant, hi ha supòsits en què la determinació de la residència habitual resulta complexa des de l'òptica civil i, per tant, les administracions tributàries de l'Estat que els interessats en la successió no han considerat que el causant hi tingués fixada la seva residència habitual, podrien discutir-ho i pretendre traslladar l'obligació personal de tributar per tot el cabal relict a dit Estat.

Un exemple clar n'és la successió d'un ciutadà italià, amb defunció posterior al 17 d'agost de 2015, amb testament atorgat aquí nomenant hereus els seus dos únics fills, que vivia a cavall d'Itàlia i Catalunya, resultant molt difícil determinar en quin dels dos Estats tenia fixada la residència habitual.

Des d'una perspectiva civil no hi havia problema, perquè no existia conflicte entre ambdós hereus i únics fills del causant, de manera que es va optar per la residència habitual a Catalunya, primordialment, per motius fiscals, en atenció a l'obligació personal, atès que la reducció per parentesc de l'impost de successions català els garantia no haver de pagar per dit impost.

Ara bé, si l'Administració italiana considera que el causant tenia la residència habitual a Itàlia, reclamarà que els hereus tributin per obligació personal a Itàlia per tots els béns que tingués el causant en qualsevol Estat del món. Confiem que no la discuteixin, malgrat haver-la documentat i acreditat suficientment.

### 3. ALTRES REFLEXIONS

Una darrera observació que en certa manera ja ha aparegut: un cop assolim un nivell positiu del RSE dins l'àmbit territorial del mateix Reglament, caldria tenir la mirada posada en aconseguir l'acceptació del certificat successori europeu fora de les fronteres de la UE, sobretot en aquells Estats la tradició jurídica successòria dels quals és totalment processalista.

A nivell dels Estat membres del RSE, si bé encara queda molt per fer, amb el temps assolirem un nivell satisfactori del propi RSE.

I un cop consolidada l'aplicació del RSE en el territori dels Estats membres, considerem que caldria tenir la mirada posada en exportar-lo fora de fronteres de la Unió.

Als països de Sud Amèrica no admeten cap escriptura notarial, no tan sols el testament postil·lat. La seva tradició jurídica és eminentment processalista i tots els passos dels processos successoris es duen a terme als tribunals, la qual cosa dificulta moltíssim l'efectiva transmissió del patrimoni.

Per tant, la conclusió final és que el RSE és un gran avenç per les successions testades on s'ha realitzat *professio iuris*, perquè ens facilita la tramitació de les successions, però quan no hi ha *professio iuris* la indeterminació del concepte «residència habitual» pot provocar conflictivitat entre els interessats en la successió i, inclús, amb les administracions tributàries dels Estats de la nacionalitat i de la residència habitual del causant. I respecte el certificat successori europeu, cal seguir treballant en la seva «popularització», amb el benentès que comença a ser una eina molt útil que uniformitza les tramitacions hereditàries i les agilitza.



# Acotacions del món pràctic: aspectes registrals

ESTHER SAIS RE

*Registradora de la Propietat*

## SUMARI

1. ASPECTES SUBSTANTIUS. 1.1. *Determinació de la Llei aplicable.* 1.2. *Prova del dret estranger.* 1.3. *Reenviament i Unitat de la successió.* 1.4. *Qualificació, adaptació i inscripció de figures jurídiques regulades en ordenaments jurídics estrangers.* 1.5. *Ordre públic.* 2. ASPECTES FORMALS. 2.1. *Títol inscripció.* 2.2. *Certificat de defunció i Certificat del Registre d'Actes d'Última voluntat.* Articles 76 i 78 del Reglament Hipotecari. 2.3. *Esriptura de manifestació i partició d'herència.* 2.4. *Inscripció de títols estrangers.* 2.5. *Exigència del requisit de la concurrència dels legitimaris a la partició.* 3. BREU RELACIÓ D'ALTRES ASPECTES REGISTRALS. 4. BIBLIOGRAFIA.

Primerament, cal tenir en compte l'article 2 de la Llei Hipotecària, que disposa:

*“En els Registres expressats en l'article anterior s'hi inscriuran:*

- 1. Els títols translatius o declaratius del domini dels immobles o dels drets reals imposats sobre els mateixos.*
- 2. Els títols en què es constitueixin, reconeguin, transmetin, modifiquin o extingeixin drets d'usdefruit, ús, habitació, emfiteusi, hipoteca, censos, servituds i qualsevol altre reals”.*

Cal posar en directa relació aquest precepte legal amb l'article 18 apartat primer de la Llei Hipotecària que recull el principi de legalitat, fent-se efectiu el mateix mitjançant la qualificació registral. En aquest sentit, l'esmentat article estableix:

*“Els Registradors qualificaran, sota la seva responsabilitat, la legalitat de les formes extrínseques dels documents de tota mena, en virtut dels quals es sol·liciti la inscripció, així com la capacitat dels atorgants i la validesa dels actes dispositius continguts a les escriptures públiques, pel què resulti d'elles i dels assentaments del Registre”.*

Per tant, resulta evident que tant les transmissions com la constitució de determinats drets reals sobre béns immobles que tenen el seu origen en una successió mortis causa són inscriptibles al Registre de la Propietat, gaudint aquesta nova titularitat dels efectes substantius derivats de la inscripció registral.

I d'acord amb l'esmentat principi de legalitat, que fa efectiu el Registrador de la Propietat mitjançant la seva qualificació registral, correspon al mateix, a fi de constatar l'observança d'aquest principi en l'àmbit successori, l'anàlisi, respecte de la documentació aportada, de requisits o aspectes corresponents a esferes diferenciades. Així cal distingir:

- 1) Aspectes substantius.
- 2) Aspectes formals.
- 3) Aspectes registrals.

## 1. ASPECTES SUBSTANTIUS

### 1.1. Determinació de la Llei aplicable

En el marc de la qualificació registral, cal examinar, en primer lloc, quina és la Llei aplicable a la Successió i si la manifestació i partició de l'herència efectuada s'ajusta a la mateixa.

El primer element transcendental per la determinació de la llei aplicable és el moment de la mort del causant. Perquè en funció de quin sigui aquest moment canviarà la normativa reguladora d'aquesta matèria, i en conseqüència també, el punt de connexió.

En els termes que estableix l'article 83 del Reglament Europeu de Successions, Reglament 650/2012, cal distingir si el causant va morir abans o a partir del dia 17 d'agost de 2015. No obstant, el mateix precepte legal preveu la possibilitat de que el causant hagués escollit, abans del 17 d'agost de 2015, la llei aplicable a la seva successió. En aquest cas, es contempla la validesa d'aquesta elecció si s'ajusta a les condicions establertes en el capítol III o a les condicions de validesa per aplicació de les normes del Dret Internacional privat vigents, en el moment en el que



es va fer l'elecció, en l'Estat en el que el causant tenia la seva residència habitual o en qualsevol dels Estats la nacionalitat dels quals ostentava.

Resulta també d'especial rellevància l'apartat tercer de l'esmentat article 83 quan estableix que una disposició mortis causa feta abans del 17 d'agost de 2015 serà admissible i vàlida quant al fons i a la forma si compleix les condicions establertes en el capítol III o si compleix les condicions d'admissibilitat i validesa, quant al fons i la forma, en aplicació de les normes de Dret Internacional privat vigents, en el moment en el que es va fer l'elecció, en l'Estat en el que el causant tenia la seva residència habitual o en qualsevol dels Estats la nacionalitat del qual ostentava o en l'Estat membre de l'autoritat que substanciï la successió.

En relació amb l'anterior, cal tenir present l'apartat 4rt. de l'esmentat article que disposa que en el cas d'una disposició mortis causa realitzada abans del 17 d'agost de 2015 d'acord amb la llei que el causant podria haver escollit de conformitat amb el present Reglament, es considerarà que aquesta llei ha estat escollida com a llei aplicable a la successió.

#### **1.1.1. Llei aplicable a les successions obertes amb anterioritat a la data de 17 d'agost de 2015**

L'article 9.8 del Codi Civil estableix:

*“La successió per causa de mort es regirà per la llei nacional del causant en el moment de la seva mort, qualsevol quina sigui la naturalesa dels béns i el país on es trobin. No obstant, les disposicions fetes en testament i els pactes successoris ordenats d'acord amb la llei nacional del testador o del disponent en el moment del seu atorgament conservaran la seva validesa encara que sigui una altra la llei que regeixi la successió, si bé les legítimes s'ajustaran, en el seu cas, a aquesta última. Els drets que per ministeri de la llei s'atribueixin al cònjuge supervivent es regiran per la mateixa llei que reguli els efectes del matrimoni, amb excepció sempre de les legítimes dels descendents”.*

Per tant, respecte d'aquestes successions el punt de connexió per determinar la llei aplicable és la NACIONALITAT DEL CAUSANT.

L'article 9.8 del Codi Civil recull com a llei aplicable a la successió la corresponent a la nacionalitat del causant en el moment de la seva defunció.

No obstant, també preveu la hipòtesi de que el causant hagués testat o atorgat pactes successoris d'acord amb una llei nacional diferent a la que ostenti en el moment de la seva mort .

I per aquest supòsit, el citat precepte legal manté la validesa d'aquestes disposicions i pactes atorgats d'acord amb una llei nacional diferent a l'ostentada en el moment del decés .

Queden exclosos de l'àmbit de la llei aplicable els drets que per ministeri de la llei s'atribueixin al cònjuge supervivent, que en tot cas es regiran per la llei reguladora dels efectes del matrimoni, que pot ser una altra llei diferent de la reguladora de la llei de la successió, d'acord amb els punts de connexió de l'article 9.2 del Codi Civil.

Ara bé, l'esmentat precepte sí preveu expressament que les legítimes dels descendents es regeixin per la llei reguladora de la successió, essent aquesta la llei corresponent a la darrera nacionalitat del causant.

En el supòsit dels estats plurilegislatius, com és el cas de l'Estat Espanyol, cal tenir present el previst per l'article 16 del Codi Civil, apartat primer, que estableix:

*“1. Els conflictes de lleis que puguin sorgir per la coexistència de diferents legislacions civils en el territori nacional es resoldran d'acord amb les normes contingudes en el capítol IV amb les següents particularitats:*

- 1. Serà llei personal la determinada pel veïnatge civil.*
- 2. No serà aplicable el disposat en els apartats 1, 2 i 3 de l'article 12 sobre qualificació, remissió i ordre públic”.*

Per tant, a les successions de causants morts amb anterioritat a l'entrada en vigor del Reglament Europeu de Successions i de nacionalitat espanyola, la llei aplicable serà la corresponent al seu veïnatge civil.

#### ***1.1.2. En segon lloc, convé analitzar la llei aplicable a la successions obertes en data 17 d'agost de 2015 o amb posterioritat***

L' Article 20 del citat Reglament disposa:

*“La llei designada pel present Reglament s'aplicarà encara que no sigui la d'un Estat membre”.*

I l'article 21 del mateix text legal estableix:

*“1. Excepte disposició contrària del present Reglament, la llei aplicable a la totalitat de la successió serà la de l'Estat en el que el causant tingué la seva residència habitual en el moment de la mort”.*

*2. Si, de manera excepcional, resultés clarament de totes les circumstàncies del cas que, en el moment de la mort, el causant mantenia un vincle manifestament més estret amb un Estat diferent la llei del qual fos aplicable de conformitat amb l'apartat 1, la llei aplicable a la successió serà la d'aquest altre Estat”.*

D'altra banda, l'article 22 del Reglament, com a novetat respecte del règim previst per l'article 9.8 del Codi Civil, regula la possibilitat d'elecció de la Llei aplicable.

En aquest sentit, aquest precepte disposa que :

*“1. Qualsevol persona podrà designar la llei de l'Estat la nacionalitat del qual posseeixi en el moment de realitzar l'elecció o en el moment de la seva mort. Una persona que posseeixi diverses nacionalitats podrà escollir la llei de qualsevol dels Estats la nacionalitat dels quals posseeixi en el moment de realitzar l'elecció o en el moment de la mort.*

*2. L'elecció s'haurà de fer expressament en forma de disposició mortis causa, o haurà de resultar dels termes d'una disposició d'aquest tipus.*

*3. La validesa material de l'acte pel que s'hagi fet l'elecció de la llei es regirà per la llei escollida.*

*4. Qualsevol modificació o revocació de l'elecció de la llei haurà de complir els requisits formals aplicables a la modificació o la revocació de les disposicions mortis causa”.*

Per altra banda, l'article 24 també regula les disposicions mortis causa diferents dels pactes successoris establint que es regiran, pel què fa a la seva admissibilitat i validesa material i també modificació o revocació , per la llei que, en virtut del present Reglament, hauria estat aplicable a la successió del causant si aquest hagués mort a la data de la disposició. No obstant, es preveu que el disponent pugui triar com a llei que regeixi l'admissibilitat i validesa material de la seva disposició mortis causa aquella que l'article 22 li permeti escollir.

Altrament, l'article 36 del Reglament preveu el supòsit de remissió a un Estat plurilegislatiu d'acord amb les següents regles:

- 1) Les normes internes sobre conflictes de lleis d'aquest Estat determinaran la unitat territorial concreta les normes jurídiques de la qual regularan la successió.
- 2) En defecte d'aquestes normes, tota referència a la residència habitual, s'entendrà efectuada a la unitat territorial on el causant hagués tingut la residència habitual en el moment de la seva mort. I tota referència a la llei de l'Estat a que fa referència l'apartat primer, a efectes de determinar la llei aplicable d'acord amb les disposicions relatives a la nacionalitat del causant, s'entendran, en general, com una referència a la unitat territorial amb la que el causant hagués tingut una vinculació més estreta o a la llei de la unitat territorial on es trobi ubicat l'element pertinent.

Així mateix, l'article 12.5 del Codi Civil, en consonància amb l'article 36 apartat primer del Reglament, estableix que quan una norma de conflicte remeti a la legislació d'un Estat en el que coexisteixen diferents sistemes legislatius, la determinació del que sigui aplicable entre ells es farà conforme a la legislació d'aquest Estat.

Finalment, cal fer esment a la Resolució de la Direcció General dels Registres i del Notariat de 13 d'octubre de 2015, en la línia del que ja establia la prèvia resolució de data 13 d'agost de 2014, que de manera explícita estableix que en un supòsit de successió oberta amb anterioritat a 17 d'agost de 2015 -per haver mort el causant amb anterioritat a aquesta data - la successió s'ha de regular, per la llei de la seva nacionalitat, per ser aquesta la norma de conflicte aplicable d'acord amb el punt de connexió establert per l'article 9.8 del Codi Civil.

I, en aquest sentit, la citada resolució de la Direcció General dels Registres i del Notariat de 13 d'agost de 2014 estableix que només serà vàlida la professio iuris realitzada abans de 17 d'agost de 2015 (literalment l'article 83 diu "quan el causant hagués escollit abans del 17 d'agost de 2015...") , si la mort del causant té lloc després d'aquesta data; data d'entrada en vigor del Reglament, d'acord amb l'article 83 del mateix.

En conclusió, cal tenir en compte que respecte de les successions obertes en data 17 d'agost de 2015 o amb posterioritat, s'ha produït un canvi fonamental pel què fa al punt de connexió de determinació de la llei aplicable, deixant de ser-ho la nacionalitat, que és un criteri de caràcter més estàtic, per adoptar un criteri molt més flexible i mutable com la residència habitual.

Val a dir, no obstant, que aquesta flexibilitat té com a contrapartida una major mutabilitat i alhora dificultat per determinar la residència habitual del causant.

## 1.2. Prova del Dret estranger

Respecte d'aquesta qüestió resulta especialment rellevant l'article 36 del Reglament Hipotecari, que estableix:

*“Els documents atorgats en territori estranger podran ser inscrits si reuneixen els requisits exigits per les normes de Dret Internacional Privat, sempre que continguin la legalització i altres requisits necessaris per la seva autenticitat a Espanya.*

*L'observança de les formes i solemnitats estrangeres i l'aptitud i capacitat legal necessàries per l'acte podran acreditar-se, entre d'altres mitjans, mitjançant asseveració o informe d'un Notari o Cònsol espanyol o de Diplomàtic, Cònsol o funcionari competent del país de la legislació que li sigui aplicable. Pels mateixos mitjans podrà acreditar-se la capacitat civil dels estrangers que atorguin en territori espanyol documents inscripcions.*

*El Registrador podrà, sota la seva responsabilitat, prescindir d'aquests mitjans si conegués suficientment la legislació estrangera de que es tracti, fent-ho així constar a l'assentament corresponent”.*

Així mateix, l'article 33 de la Llei 29/2015 de 30 de juliol, de cooperació jurídica internacional en matèria civil sosté que :

*“1. La prova del contingut i vigència del dret estranger es sotmetrà a les normes de la Llei d'Enjudiciament Civil i altres disposicions aplicables a la matèria.*

*2. Els òrgans jurisdiccionals espanyols determinaran el valor provatori de la prova practicada per acreditar el contingut i vigència del dret estranger d'acord amb les regles de la sana crítica.*

*3. Amb caràcter excepcional, en aquells supòsits en els que no hagi pogut acreditar-se per les parts el contingut i vigència del dret estranger, podrà aplicar-se el dret espanyol.*

*4. Cap informe o dictamen, nacional o internacional, sobre Dret estranger, tindrà caràcter vinculant pels òrgans jurisdiccionals espanyols”.*

I l'article 34 de la mateixa llei recull que:

*“La informació del dret estranger podrà referir-se, al text, vigència i contingut de la legislació, al seu sentit i abast, a la jurisprudència, al marc procedimental i de l’organització judicial, i a qualsevol altra informació jurídica rellevant”.*

Cal recordar, així mateix l’article 281, apartat segon, de la Llei d’Enjudiciament Civil que afirma:

*“També seran objecte de prova la costum i el dret estranger. (...) El dret estranger haurà de ser provat pel que fa al seu contingut i vigència, podent-se valer el tribunal de tots els mitjans d’averiguació que estimi necessaris per la seva aplicació”.*<sup>1</sup>

La Direcció General dels Registres i del Notariat, ha determinat com a criteris fonamentals en aquesta matèria els següents:

1) La norma a considerar en primer lloc és l’article 36 del Reglament Hipotecari, que ostenta caràcter preferent d’acord amb la seva condició de *lex specialis*. (Resolució de la DGRN de 20 de juliol de 2015.)

També es pronuncia a favor del caràcter preferent de l’article 36 del Reglament Hipotecari per la seva naturalesa de *lex specialis*, la Resolució de la Direcció General dels Registres i del Notariat de 13 d’octubre de 2015, en relació amb l’article 33 de la Llei 29/2015 de 30 de juliol, de cooperació jurídica internacional.

2) El Registrador pot, sota la seva responsabilitat, prescindir dels mitjans de prova si conegués suficientment la legislació estrangera en qüestió, fent-ho constar així a l’assentament registral, que signa sota la seva exclusiva responsabilitat. També el notari pot asseverar el seu coneixement del dret estranger, d’acord amb l’article 168 del Reglament Notarial.

No obstant, reconeix la DGRN que la indagació del dret estranger no constitueix una obligació del registrador, ni tampoc de les altres autoritats no judicials davant de les quals s’insti l’aplicació del dret estranger, sinó una facultat; preveient-se per això la prova del mateix, d’acord amb l’article 36 del Reglament Hipotecari, en l’àmbit registral.

---

1 Iriarte Ángel, Francisco de Borja. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario N°754 pàgs 986 a 989.

Cal remarcar la responsabilitat del registrador en aquest marc, atès que si bé la declaració del registrador del seu coneixement personal del contingut i vigència del dret estranger és un element que afavoreix l'agilitat del tràfic jurídic, també ho és que una incorrecta o inexacta apreciació del mateix podria conduir a una responsabilitat en l'exercici de la seva funció, d'acord precisament amb el que sanciona l'article 18 de la Llei Hipotecària.

I en aquest punt, és especialment rellevant tenir present l'abast del dret estranger, atès que la regulació jurídica d'una situació concreta pot no ser regulada únicament per un precepte de dret positiu, sinó que l'adequat coneixement del dret estranger requereix necessàriament un coneixement global de l'ordenament, així com de la jurisprudència i preferentment també doctrina, especialment en els països subjectes al common law.

Aquest àmbit del contingut del dret estranger es troba regulat a l'article 34 de la llei 29/2015 de 30 de juliol, de cooperació jurídica internacional, anteriorment citat.

Precisament per això, la Direcció General dels Registres i del Notariat, en la Resolució de 13 d'octubre de 2015, reconeix a registradors i notaris la facultat d'acudir al règim comú de sol·licituds d'auxili internacional per la informació del dret estranger (articles 34 a 36 de la llei 29/2015 de 30 de juliol) per l'exercici de les seves funcions.

3) Per aplicació subsidiària de l'article 281.2 de la Llei d'Enjudiciament Civil, resulta obvi, que no és suficient acreditar el contingut del dret estranger aplicat, sino també la seva vigència, atès que no procedeix la subjecció d'una situació jurídica a una llei no vigent.

La prova del dret estranger revestirà especial rellevància no només en el supòsit de la successió intestada amb motiu de determinar els hereus legalment cridats a l'herència, sino també en el cas de la successió testada, a fi d'acreditar el contingut i vigència del dret aplicable en les vicissituds que es plantegin entorn a la successió. Així, entre d'altres extrems, respecte dels quals pot ser necessària la prova del contingut i vigència del dret aplicable, cal destacar, a tall d'exemple, els següents : Renúncies hereditàries, Ius transmissionis, Dret de representació, Dret d'acréixer, Drets legitimaris, Drets del cònjuge vidu, Substitucions, Partició testamentària, Desheretaments,

Commutació dels drets viduals, Llegats i prelligats, Pactes successoris, entre d'altres.

### 1.3. Reenviament i Unitat de la successió

L'article 34 del Reglament regula el reenviament en els següents termes:

*“1. L'aplicació de la llei d'un tercer Estat designada pel present Reglament s'entendrà com l'aplicació de les normes jurídiques vigents en aquest Estat, incloses les seves disposicions de Dret internacional privat en la mesura que aquestes disposicions prevegin un reenviament a:*

*a) la llei d'un Estat membre, o*

*b) la llei d'un tercer Estat que aplicaria la seva pròpia llei.*

*2. En cap cas s'aplicarà el reenviament respecte de les lleis a les que es refereixen els articles 21 apartat 2, 22, 27, 28 lletra b) i 30”.*

En relació amb l'anterior, l'article 12.2 del Codi Civil estableix que

*“La remissió al dret estranger s'entendrà feta a la seva llei material, sense tenir en compte el reenviament que les seves normes de conflicte puguin fer a una altra llei que no sigui l'espanyola”.*

No obstant, amb l'entrada en vigor del Reglament 650/2012, aquest precepte, queda relegat fora de l'àmbit de les successions de caràcter internacional.<sup>2</sup>

Cal destacar que la Resolució de la Direcció General dels Registres i del Notariat de 30 de setembre de 2015 es va ocupar expressament d'aquesta matèria. De la mateixa, se'n poden extreure les següents conclusions:

- a) L'escriptura qualificada presentava una certa confusió entre l'exercici del pacte conjugal per mort de l'esposa, l'adjudicació de l'herència mitjançant reenviament al Dret Espanyol i l'aplicació al cas concret del Dret català.

---

2 Iriarte Ángel, Francisco de Borja. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario. nº754, pàgs. 989 i 990.



En aquest cas, el dret belga (art. 78 de la Llei de 16 de juliol de 2004) preveu un reenviament pels immobles situats en altres Estats, a les normes del lloc de la seva situació (lex rei sitae).

- b) La remissió al dret espanyol ho és al conjunt de les regles estatals previstes per l'aplicació del dret estranger, entre les que destaca la qualificació de la institució i la prova del dret aplicable.

La discussió a Espanya entre el caràcter familiar dels drets del cònjuge vidu —que conduiria a l'aplicació dels articles 9.2 i 9.3 del Codi Civil— o el seu caràcter successori, fou resolta per la Sentència del Tribunal Suprem de 28 d'abril de 2014, lligant al règim econòmic matrimonial la posició successòria de la vídua espanyola de causant italià.

Aquesta interpretació és diferent de la seguida per la Direcció General dels Registres i del Notariat en nombroses resolucions, la qual afirmava la integració dels drets del cònjuge vidu en la successió del seu consort, a excepció de les mortis causa capiones.

- c) El Reglament Europeu 650/2012, aplicable a Espanya des del 17 d'agost de 2015, amb l'única excepció d'alguns drets familiars que poguessin estar integrats en el seu article 30 (disposicions especials sobre alguns béns immobles o empreses) inclou, amb claredat, els drets del cònjuge vidu, en el marc de les herències internacionals, entre els elements de la llei aplicable a les successions mortis causa (article 23.2.b).

En el mateix sentit es pronuncia la proposta de Reglament del Parlament Europeu i del Consell en matèria de règim econòmic matrimonial (competència, llei aplicable, reconeixement i execució de decisions) que exclou del seu àmbit tot element successori que es regirà pel Reglament 650/2012.

Per tant, per les herències internacionals causades del dia 17 d'agost de 2015 en endavant no hi ha dubte de l'aplicació de la llei successòria a la posició i drets del cònjuge vidu ni de l'aplicació directa del dret de la unitat territorial (art. 36.2 del Reglament) quan es tracti de successions de no espanyols la residència habitual del quals condueixi a aquesta unitat territorial.

- d) En el supòsit del recurs que va motivar la citada resolució, atès que la successió es va obrir amb anterioritat a l'aplicació del Reglament, cal estar al que resulta dels articles 12.1 i 98.3 del Codi Civil, en la interpretació de la Sentència del Tribunal Suprem citada; i en

conseqüència, la qualificació com a dret familiar lligat al règim econòmic matrimonial de la successió del cònjuge (malgrat el caràcter successori del mateix en l'Estat d'origen que causa el reenviament a la llei espanyola) i considerar que la successió del supervivent en la totalitat de l'immoble es produeix a causa del pacte conjugal i no de la successió.

Com també cal tenir en compte la Resolució de la Direcció General dels Registres i del Notariat de data 13 d'agost de 2014, que afirma:

- a) essent una successió oberta abans de l'entrada en vigor del Reglament, la llei aplicable és la determinada per l'article 9.8 del Codi Civil, que recull el principi d'universalitat de la successió. Per tant, la successió es regeix per la llei nacional del causant, excepte quan les normes de conflicte d'aquesta remetin a la llei espanyola, únic cas de reenviament admès en les nostres normes de dret internacional privat, d'acord amb l'article 12.2 del Codi Civil.

No obstant, aquest reenviament de primer grau (RDGRN 24 d'octubre de 2007) no s'ha d'acceptar en matèria de successió per causa de mort si això provoca un fraccionament legal de la successió, atès que l'article 9.8 del Codi Civil està presidit pels principis d'unitat i universalitat de la successió.

- b) en aquest cas, la llei aplicable a la successió era la llei anglesa que parteix d'una dualitat de lleis aplicables amb la previsió d'un règim diferent pels béns mobles i els béns immobles quant a la llei aplicable a la successió; establint, concretament pels béns immobles, que aquests es regeixin per "la lex rei sitae".

No s'admet, per tant, en aquest supòsit el reenviament de retorn a la llei espanyola per part de la llei anglesa perquè la seva aplicació derivaria en la ruptura del principi de la unitat de la successió.

Així mateix, la Resolució de la Direcció General dels Registres i del Notariat de 28 de juliol de 2016 reitera que:

- a) L'article 9.8 del Codi Civil recull el principi de la universalitat de la successió, com a regla general, de manera que la successió es regeix, en primer terme, per la llei nacional del causant, excepte en el cas de que les normes de conflicte d'aquesta remetin a la llei espanyola, únic supòsit de reenviament admès per les

nostres normes de dret internacional privat. No obstant, aquest reenviament de primer grau no pot ser admès si això provoca un fraccionament legal de la successió. En aquest sentit, la jurisprudència del Tribunal Suprem, destacant, entre d'altres, la sentència del Tribunal Suprem de 23 de setembre de 2002.

- b) Assenyala també la DGRN que d'acord amb el Reglament 650/2012, la successió és única i comprèn la totalitat dels béns mobles i immobles del causant (art. 23.1); la qual cosa implica la conveniència de la supressió de la pràctica d'atorgar disposicions testamentàries referents a béns concrets, amb motiu de l'entrada en vigor del Reglament i la seva aplicació a les successions obertes a partir de 17 d'agost de 2015.

Resulta d'especial rellevància la Resolució de la DGRN de 4 Juliol de 2016, respecte de la qual cal destacar:

- a) Es tracta d'un supòsit de la successió d'un ciutadà britànic oberta després del 17 d'agost de 2015.

Com element nou, la resolució analitza si és aplicable el reenviament des de la llei britànica, després de l'entrada en vigor del Reglament 650/2012.

- b) La introducció en el Reglament 650/2012 de l'article 34 i el seu contingut obliguen a relegar l'article 12.2 del Codi Civil a àmbits diferents del successori internacional.

A Espanya, fins l'aplicació de la norma europea era admès el reenviament amb la limitació de que només s'admetia el de primer grau, és a dir, el reenviament a la llei espanyola derivat directament de la llei de la successió, sense que es tingués en compte el reenviament de segon grau per aplicació de les seves normes de dret internacional privat.

- c) La Resolució analitza la delimitació positiva i negativa del reenviament que en la seva redacció presenta l'article 34 del Reglament.

La delimitació positiva l'estableix l'article 34 del Reglament, en el seu apartat primer, del que resulta que s'exigeix, per l'acceptació del reenviament, que aquest es produeixi per un tercer Estat quan disposa:

*“L’aplicació de la llei d’un tercer Estat designada pel present Reglament s’entendrà com l’aplicació de les normes jurídiques vigents en aquell Estat, incloses les seves disposicions de Dret Internacional privat en la mesura en què aquestes disposicions prevegin un reenviament a:*

*a) la llei d’un Estat membre*

*b) la llei d’un altre tercer Estat que aplicaria la seva pròpia llei.*

*S’exclou el reenviament quan la llei designada pel Reglament es derivi de la professio iuris del causant o sigui conseqüència de la utilització de la clàusula d’excepció dels vincles més estrets establerta a l’article 21.2 o de les normes especials previstes en el articles 27, 28 b) i 30 del Reglament de Successions.”*

- d) En conseqüència, en el supòsit en què sigui aplicable el Reglament de Successions, l’article 34 introdueix una nova regulació en matèria de reenviament amb diferent contingut i fonament dels recollits a l’article 12.2 del Codi Civil.

Així, mentre l’article 12.2 del Codi Civil admet només el reenviament de primer grau, reenviament no obligatori i vinculat a l’article 9.8 de Codi Civil, l’article 34 del Reglament, recull de manera imperativa determinats supòsits de reenviament des de la llei d’un tercer estat, de primer o segon grau, que busquen la uniformitat internacional de solucions i la proximitat amb la llei aplicable.

- e) En el supòsit de la resolució ens trobem en un cas d’elecció anticipada de la llei aplicable; per tant, en un supòsit exclòs , d’acord amb l’article 34.2 del Reglament, de la possible operativitat del reenviament previst a l’article 34.1 del mateix.

En el marc de la doctrina de la Direcció General dels Registres i del Notariat, en relació a la resolució de 2 de març 2018, cal fer esment als següents pronunciaments:

- a) En el supòsit plantejat, d’acord amb la resolució de 4 de juliol de 2016, cal entendre que el causant ha realitzat professio iuris, en el seu testament autoritzat a Espanya el 2004, a doble columna en llengua anglesa i castellana, en el que afirmava que s’atorgava d’acord amb la seva llei personal (art. 21 del Reglament) i això

tot i que manifestés, d'acord amb la costum i pràctica freqüent, que el testament es limitava als béns i drets existents a Espanya.

- b) Com a element destacat, s'admet l'aplicació de la *professio iuris* (tàcita) contemplada pel Reglament al període transitori segons disposa l'article 83. I per tant, en aquest cas queda exceptuat el reenviament, en els termes anteriorment exposats.

I finalment, de la Resolució de la DGRN de data 10 d'abril de 2017 es desprèn el següent:

- a) En el supòsit que motiva la present resolució, el testament que serveix de base a l'escriptura d'adjudicació d'herència es va autoritzar davant notari espanyol en data 22 de setembre de 2014, és a dir, estant en vigor el Reglament (art. 84) si bé encara no en aplicació (art. 82.1). En el testament no hi consta la *professio iuris* de manera expressa.
- b) La llei aplicable és la normativa de Dret comú, atès que la residència del causant, no espanyol, es situa a la Comunitat Valenciana.

L'article 36.1 del Reglament Europeu de Successions, literalment disposa que :

*“1. En el cas de que la llei designada pel present Reglament fos la d'un Estat que compregui diferents unitats territorials amb les seves pròpies normes jurídiques en matèria de successions, les normes internes sobre conflicte de lleis d'aquest Estat determinaran la unitat territorial corresponent les normes jurídiques de la qual regularan la successió”.*

I en el seu apartat segon sosté:

*“a falta d'aquestes normes internes sobre conflicte de lleis tota referència a la llei de l'estat (...) s'entendrà com una referència a la llei de la unitat territorial en la que hagués tingut la seva residència habitual en el moment de la mort”.*

- c) Per això, la filla del testador resulta legitimària amb dret a una porció de béns de l'herència, d'acord amb les regles generals del Codi Civil (articles 806 i 807).
- d) Sosté, així mateix, que

*“(…) mentre no es completi la interconnexió dels Registres de disposicions successòries i de certificats successoris europeus dels Estats membres, mesura complementària a l’aplicació del Reglament UE 650/2012, en el context e-justice, sembla només oportú mantenir l’exigència de l’acreditació de l’obtenció de certificació diferent a la del nostre Registre General d’Actes d’Última Voluntat, que acrediti l’existència o no de disposició d’última voluntat, quan de la valoració dels elements concurrents a la successió resulti que la llei aplicable fos diferent de l’espanyola, imposant-se la presentació de certificat o justificació de la seva inexistència a l’Estat la llei del qual resulti aplicable a la successió o a la disposició d’última voluntat (articles 21, 22, 24, 25 del Reglament), sigui o no la llei de l’Estat o Estats la nacionalitat del qual ostentés el causant (...)”.*

#### **1.4. Qualificació, adaptació i inscripció de figures jurídiques regulades en ordenaments jurídics estrangers**

L'article 31 del Reglament Europeu de Successions, amb motiu de l'adaptació dels drets reals, disposa:

*“Quan una persona invoqui un dret real que li correspongui en virtut de la llei aplicable a la successió i el Dret de l’Estat membre en el que l’invoqui no conegui aquest dret real en qüestió, aquest haurà, en cas necessari i en la mesura del possible, ser adaptat al dret real equivalent més proper del Dret d’aquest Estat, tinguent en compte els objectius i els interessos que aquell dret real persegueixi i els efectes inherents al mateix”.*

El mateix principi apareix recollit a l'article 57 de la Llei 29/2015 de 30 de juliol, de cooperació jurídica internacional en matèria civil quan estableix que “els notaris i funcionaris públics espanyols, quan sigui necessari per la correcta execució de documents públics expedits o autoritzats per autoritats estrangeres, podran adequar a l'ordenament espanyol les institucions jurídiques desconegudes a Espanya, substituint-les per una altra o altres que tinguin en la nostra legislació efectes equivalents i persegueixin finalitats i interessos similars. Qualsevol interessat podrà impugnar l'adequació efectuada directament davant un òrgan jurisdiccional”.

En el marc d'aquesta qüestió resulta d'especial rellevància l'article 60 de la mateixa llei que sosté:

*“ Els documents públics estrangers extrajudicials podran ser inscrits en els registres públics espanyols si compleixen els requisits establerts en la legislació específica aplicable i sempre que l'autoritat estrangera hagi intervingut en la confecció del document desenvolupant funcions equivalents a les que realitzen les autoritats espanyoles en la matèria de què es tracti i sorgeixi els mateixos o més propers efectes en el país d'origen”.*

I amb l'objectiu de l'adaptació, en el seu article 61 s'afirma:

*“1. Quan la resolució o el document públic estranger ordeni mesures o incorpori drets que resultin desconeguts en Dret Espanyol, el registrador procedirà a la seva adaptació, en el possible, a una mesura o dret previst o conegut en l'ordenament jurídic espanyol que tinguin efectes equivalents i persegueixin una finalitat i interessos similars, si bé aquesta adaptació no tindrà més efectes que els disposats en el Dret de l'Estat d'origen. Abans de la inscripció, el registrador comunicarà al titular del dret o mesura de que es tracti l'adaptació a realitzar.*

*2. Qualsevol interessat podrà impugnar l'adaptació directament davant un òrgan jurisdiccional”.*

Tal com ha sostingut Gabriel Alonso Landeta, aquesta adaptació que ha de portar a terme el Registrador de la Propietat, i entesa aquesta com una adequació material, presenta una especial prominència, atès que és un mecanisme fonamental per evitar la pèrdua de drets del beneficiat per determinades atribucions en l'esfera successòria.

El mateix posa tot seguit com a exemple la figura anglosaxona del “Life Interest”, molt propera i assimilable al dret real d'usdefruit.<sup>3</sup>

Per tant, dos són els requisits de l'adaptació:

- 1) que resulti possible (el que ha d'entendre's en el sentit de que l'adaptació pugui fer-se sense desvirtuar l'essència de la concreta tipologia i naturalesa del dret sotmès a adaptació); i
- 2) que existeixi en el Dret de l'Estat membre en el que s'invoqui el dret real desconegut un altre dret real que resulti “equivalent” (el que haurà d'entendre's en el sentit de que compleixi la mateixa funció jurídica i econòmica que el dret invocat, atenent als objectius i interessos perseguits i els efectes produïts pel mateix).

---

3 Díaz Fraile, Juan María. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario n°754 pàg. 770.

Com a mostra, cal fer també un breu esment a les figures del trust anglosaxó i de la donation-partage del dret francès, així com una al·lusió a les prohibicions de disposar i als pactes successoris.

Pel que fa al trust, l'article primer, apartat segon, del Reglament expressament exclou del seu àmbit d'aplicació, a l'apartat j), la creació, administració i dissolució de trusts.

Mitjançant la Resolució de 24 de gener de 2008 la DGRN va denegar la inscripció a favor d'una fundació d'interès privat constituïda conforme al dret de Panamà donat que l'article 34 de la Constitució només admet la fundació per fins d'interès general.

I el Tribunal Suprem, (STS de 30 d'abril de 2008) donada l'absència de regulació del trust a Espanya, i la seva incompatibilitat amb les normes del nostre dret successori, tampoc ha reconegut la seva validesa .

Cal tenir present el Conveni de la Haia d'1 de juliol de 1985, sobre la llei aplicable al trust i al seu reconeixement i els principis del dret Europeu del Trust (PETL) de 1999. Val a dir, que a fi d'anar facilitant la seva admissió la tendència és considerar-lo no com un supòsit de doble titularitat sinó com un patrimoni separat.

En l'àmbit del dret positiu espanyol, probablement la figura més propera al trust sigui el patrimoni protegit català, previst a l'article 227.2 del Llibre II del Codi Civil de Catalunya, atès que es concep i defineix com un patrimoni autònom, sense personalitat jurídica, sobre el qual el constituent, l'administrador i el beneficiari no tenen propietat ni cap altre dret real. Aquest patrimoni no respon ni de les obligacions del beneficiari, ni del constituent ni de qui va realitzar les aportacions.

Finalment, en l'àmbit estatal, trobem la figura del patrimoni protegit de les persones amb discapacitat regulat per la llei 41/2003 de 18 de novembre; si bé, en aquest cas, no es produeix una autèntica separació patrimonial respecte del patrimoni personal del discapacitat.

Juntament amb el trust anglosaxó, cal fer atenció a les figures de la donation-partage, la donació-partició trans-generacional (distribució i partició dels béns entre descendents de graus diferents siguin o no legitimaris) , així com també la donació o llegat gradual (en funció de si és inter vivos o mortis causa) o donació o llegat residual ( en funció també de si és inter vivos o mortis causa ) regulades pel dret civil francès, podent-se equiparar aquestes dues darreres figures a la substitució fideïcomissària i al fideïcomís de residu respectivament.



Respecte de les prohibicions de disposar, cal assenyalar que l'article 26 Llei Hipotecària estableix, en relació amb l'article 51.6 del Reglament Hipotecari i l'article 9 de la Llei Hipotecària, que:

*“Les prohibicions de disposar o alienar es faran constar en el Registre de la Propietat i produiran efecte d'acord amb les següents normes:*

[...]

*3. Les imposades pel testador o donant en actes o disposicions d'última voluntat, capitulacions matrimonials, donacions i altres actes a títol gratuït, seran inscripibles sempre que la legislació vigent reconegui la seva validesa”.*

En l'àmbit substantiu, el dret civil català regula les prohibicions de disposar establertes en disposicions mortis causa, a l'article 428.6 del llibre IV del Codi de Successions de Catalunya, precepte al què remet l'article 531 del llibre V del mateix Codi Civil de Catalunya.

El seu apartat segon en limita la durada a la vida d'una persona física determinada o, en altre cas, a trenta anys.

I en el seu apartat tercer estableix que si no s'ha fixat un termini per la prohibició de disposar, s'entén que dura tota la vida de la persona gravada i que afecta tant als actes onerosos com als actes gratuïts entre vius. (I això, sense perjudici de que l'afectat per la prohibició pugui sol·licitar l'autorització judicial).

De la mateixa manera, cal fer referència a que l'article 51.6 del Reglament Hipotecari, recollint el principi d'especialitat, exigeix la pràctica de la inscripció amb l'expressió circumstanciada de tot el què, segons el títol determini el mateix dret o limiti les facultats de l'adquirent, copiant literalment les condicions suspensives, resolutòries o d'un altre ordre establertes en aquell.

Pel què fa als pactes successoris, consten regulats a l'article 25 del Reglament 650/2012, fixant la regla general de que un pacte successori es registrarà quant a la seva admissibilitat, validesa material i efectes vinculants entre les parts, per la llei que fos aplicable a la successió en el cas de mort a la data de conclusió del pacte. Preveu així mateix la possibilitat de regir-se per la llei amb la que presenti vincles més estrets, i també que les parts puguin escollir com a llei aplicable al pacte successori la llei que la persona o una de les persones de la successió de les quals es tracti

hauria pogut escollir de conformitat amb l'article 22, en les condicions que aquest estableix.

En l'àmbit del dret civil català, els pactes successoris consten regulats a l'article 431 del llibre IV, preveient l'apartat 8è, la publicitat dels mateixos mitjançant la seva constància al Registre d'Actes d'Última Voluntat, al Registre de la Propietat respecte dels heretaments i atribucions particulars, per nota al marge, quan es tracti de béns immobles que siguin objecte d'una atribució particular i no hagin estat transmesos de present. També es regula la seva constància al Registre Mercantil si és un pacte referent al manteniment i continuïtat d'una empresa familiar o al llibre registre d'accions nominatives o llibre registre de socis en el cas d'accions nominatives o participacions socials, respectivament.

Finalment, cal tenir present la no inscripció al Registre de la Propietat, de pactes o estipulacions mancats de transcendència jurídico-real. (articles 7,8, 51 del Reglament Hipotecari i 98 de la Llei Hipotecària).

## 1.5. Ordre públic

En el marc del Reglament 650/2012, el seu article 35 estableix que:

*“Només podrà excloure's l'aplicació d'una disposició de la llei de qualsevol Estat designada pel present Reglament si aquesta aplicació és manifestament incompatible amb l'ordre públic de l'Estat membre del fòrum”.*

A més, l'article 12.3 del Codi Civil disposa que “en cap cas tindrà aplicació la llei estrangera quan resulti contrària a l'ordre públic”.

Cal recordar, en aquest punt, la doctrina de la DGRN expressada a la Resolució de 20 de juliol de 2016, que recull el següent:

*“(…) El recurs afronta la successió regida pel dret nacional del causant de nacionalitat iraniana. El supòsit de fet consisteix en una successió regida pel dret nacional del causant, iranià resident a Espanya. Va morir el dia 24 de maig de 2015, i divorciat, el succeeixen els seus dos fills, dona i home, la primera espanyola. S'aplica la llei iraniana, en concret l'article 907 del Codi Civil de 1928 conforme al qual a la successió intestada, en defecte de pare i existint fills, hereten els fills, corresponent a cada fill el doble de porció que a cada filla”.*

Presentada al Registre de la Propietat l'escriptura de manifestació i adjudicació d'herència el registrador va qualificar negativament per considerar que la normativa de la nacionalitat del causant vulnerava l'ordre públic internacional espanyol i no podia ser aplicada a Espanya, per la qual cosa faltava la causa de l'excés d'adjudicació al fill.

Afirma la citada resolució que l'ordre públic, que és de valoració restrictiva, s'introdueix en el Reglament en un múltiple context. Primer, en la seva formulació general a l'article 35, en el que s'estableix la seva relació amb la llei aplicable.

En segon lloc, quant al límit que preveu l'article 40 del Reglament (UE) 650/2012, suprimit el procediment d'exequàtur, al preveure que les resolucions no es reconeixeran a) si el reconeixement fos manifestament contrari a l'ordre públic de l'Estat membre requerit.

En aquest cas, cal recordar que l'article 14 de la Constitució recull el principi fonamental de la interdicció de discriminació per raó de naixement, sexe, raça o religió.

Per això, la jurisprudència a Espanya ha establert el principi de que la regulació de les legítimes en el nostre ordenament no integra el concepte d'ordre públic internacional (STS 27 abril 1978), excepte que resultés afectat el principi constitucional de no discriminació per raó de naixement, sexe, raça o religió.

Conforme a l'exposat, conclou la DGRN que d'acord amb l'aplicació de l'ordre públic internacional del fòrum, es troba mancada de causa l'adjudicació a un hereu a Espanya d'una quota diferent a la que resultaria de l'aplicació directa del principi de no discriminació.

I el fet de que la pròpia afectada sigui la recurrent, no exclou l'aplicació del principi d'ordre públic, sense perjudici de la possibilitat que té de cedir, donar o renunciar a favor del cohereu els seus drets.

La disposició addicional tercera, apartat 1 lletra d) de la Llei de Jurisdicció Voluntària estableix com a requisit que la inscripció del document estranger no resulti manifestament contrària a l'ordre públic espanyol.<sup>4</sup>

Finalment, la invocació de l'ordre públic també pot estar fonamentada en la impossible adaptació de drets o institucions estrangeres per no

---

4 Díaz Fraile, Juan María. Revista Crítica Derecho Inmobiliario n° 754. Pàg 769.

respondre a les exigències estructurals mínimes dels drets reals a Espanya (immediativitat, caràcter absolut o eficàcia erga omnes, no amortització de la propietat, causa justificativa suficient i lliure circulació dels béns, entre d'altres), en relació a l'exposat anteriorment respecte de la qualificació i adaptació.

## 2. ASPECTES FORMALS

### 2.1. Títol inscriptible

L'article 14 de la Llei Hipotecària disposa:

*“El títol de la successió hereditària, als efectes del Registre, és el testament, el contracte successori, l'acta de notorietat per a la declaració d'hereus abintestat i la declaració administrativa d'hereu abintestat a favor de l'Estat, així com, en el seu cas, el certificat successori europeu al que es refereix el capítol VI del Reglament número 650/2012.*

*Per inscriure béns i adjudicacions concretes hauran de determinar-se en escriptura pública o per sentència ferma els béns, o part indivisa dels mateixos que corresponguin o s'adjudiquin a cada titular o hereu, amb la única excepció d'allò ordenat en el paràgraf següent.*

*Quan es tracti d'hereu únic, i no existeixi cap interessat amb dret a legítima, ni tampoc Comissari o persona autoritzada per adjudicar l'herència, el títol de la successió, acompanyat dels documents a que es refereix l'article 16 d'aquesta Llei, serà suficient per inscriure directament a favor de l'hereu els béns i drets de que en el Registre era titular el causant”.*

El darrer apartat del citat article 14 s'ha de posar en relació amb l'article 16 de la Llei Hipotecària que disposa:

*“Els titulars de béns immobles o drets reals per testament o un altre títol universal o singular que no els assenyali i descrigui individualment, podran obtenir la seva inscripció, presentant aquest títol junt amb el document, en el seu cas, que provi haver-los estat aquest transmès i justificant amb qualsevol altre document fefaent que es troben compresos en ell els béns que tractin d'inscriure”*

En primer lloc, respecte del certificat successori europeu, en el marc del Reglament (UE) 650/2012 , el seu article 62 estableix:

*“1. El present Reglament crea el certificat successori europeu que s’expedirà per ser utilitzat en un altre Estat membre i que produirà els efectes enumerats a l’article 69.*

*2. La utilització del Certificat no serà obligatòria.*

*3. El certificat no substituirà als documents interns empleats en els Estats membres per fins similars.*

*No obstant, un cop expedit per ser utilitzat en un altre Estat membre, el certificat produirà igualment els efectes enumerats en l’article 69 en el Estat membre les autoritats del qual l’hagin expedit d’acord amb allò disposat en el present capítol”.*

La finalitat del certificat apareix regulada a l’article 63 que disposa:

*“1. El certificat s’expedirà per ser utilitzat pels hereus, legataris que tinguin drets directes en l’herència i executors testamentaris o administradors de l’herència que necessitin invocar, en un altre Estat membre, la seva qualitat de tals o exercir els seus drets com hereus o legataris, o bé les seves facultats com executors testamentaris o administradors de l’herència.*

*2. El certificat podrà utilitzar-se, en particular, com a prova d’un o varis dels següents elements:*

*a) la qualitat i/o els drets de cada hereu o, en el seu cas, de cada legatari mencionat en el certificat i les seves respectives quotes hereditàries.*

*b) l’atribució d’un o varis béns concrets que formin part de l’herència a l’hereu o hereus o, en el seu cas, al legatari o als legataris mencionats en el certificat.*

*c) les facultats de la persona mencionada en el certificat per executar el testament o administrar l’herència”.*

I respecte dels efectes del Certificat, l’article 69 del Reglament els regula en els següents termes:

*“1. El certificat produirà els seus efectes en tots els Estats membres sense necessitat de cap procediment especial.*

*2. Es presumirà que el certificat prova els extrems que han estat acreditats de conformitat amb la llei aplicable a la successió o amb qualsevol altra llei aplicable a extrems concrets de l’herència. Es presumirà que la persona que figuri en el certificat com hereu, legatari, executor testamentari o*

*administrador de l'herència té la qualitat indicada en ell o és titular dels drets o de les facultats que s'hi expressin sense més condicions o limitacions que les mencionades en el certificat.*

*3. Es considerarà que qualsevol persona que, en virtut de la informació continguda en un certificat, efectui pagaments o entregui béns a una persona que figuri facultada en el certificat per rebre aquests pagaments o béns ha tractat amb una persona autoritzada per això, a menys que tingui coneixement de que el contingut del certificat no respon a la realitat o no tingui coneixement d'això per negligència greu.*

*4. Quan una persona que figuri facultada en el certificat per disposar de béns de l'herència disposi dels mateixos en favor d'una altra persona, es considerarà que aquesta, si actua en virtut de la informació continguda en el certificat, ha tractat amb una persona facultada per disposar dels béns en qüestió, a menys que tingui coneixement de que el contingut del certificat no respon a la realitat o no tingui coneixement d'això per negligència greu.*

*5. El certificat serà un títol vàlid per a la inscripció de l'adquisició hereditària en el registre competent d'un estat membre, sense perjudici d'allò disposat en l'article 1, apartat 2, lletres K i L., que exclouen de l'àmbit d'aplicació del Reglament, la naturalesa dels drets reals i qualsevol inscripció de drets reals sobre béns mobles i immobles en un registre, inclosos els requisits legals per la pràctica dels assentaments, i els efectes de la inscripció o de l'omissió de la inscripció d'aquests drets en el mateix.”*

Per tant, del contingut del Reglament 650/2012 i de l'article 14.1 de la Llei Hipotecària, s'infereix que el Certificat Successori Europeu és un títol successori que accedirà al Registre de la Propietat sense necessitat de documents que el convalidin.

En relació al contingut del Certificat successori europeu, cal tenir present la Sentència del Tribunal de Justícia Europeu d'1 de març de 2018 en relació a la inclusió del drets corresponents al cònjuge vidu alemany atorgats pel BGB alemany en el Certificat Successori Europeu.

Resum del cas concret:

El sr. Mahnkopf va morir el 29 d'agost de 2005, casat amb la Sra. Mahnkopf. Ambdós cònjuges, de nacionalitat alemanya residien habitualment a Berlín. El causant va morir intestat deixant només com a hereus a la seva esposa i al fill únic del matrimoni. El règim econòmic

del seu matrimoni era el de participació en guanys (règim legal supletori alemany).

A petició de la vídua el Tribunal Civil i Penal de Schöneberg, Alemanya, que és l'òrgan jurisdiccional competent per substanciar la successió del Sr. Mahnkopf, en data 30 de maig de 2016, va expedir un certificat successori nacional, d'acord amb el qual el cònjuge supervivent i el fill heretaven per meitats. La meitat de la vídua li correspon d'acord amb els articles 1371 i 1931 del BGB, en virtut del qual la quota vidual, que és d'una quarta part, s'incrementa en una quarta part més en el supòsit de que el règim del cònjuges sigui el de participació en guanys.

El 16 de juny de 2016, la vídua va sol·licitar davant notari, d'acord amb el Reglament 650/2016, l'expedició d'un certificat successori europeu en els mateixos termes, a fi d'inscriure el seu dret de propietat sobre un immoble del matrimoni situat a Suècia. El notari va traslladar la sol·licitud al Tribunal Civil i Penal de Schöneberg. El Tribunal va denegar la sol·licitud del certificat successori europeu, motivant la resolució en què la part alíquota atribuïda a la vídua es fonamentava, quant a una quarta part de l'herència en un règim successori i quant a l'altra quarta part, en el règim econòmic matrimonial contemplat a l'article 1371 apartat 1 del BGB i per tant el precepte legal que li atribueix aquesta darrera quarta part es correspon amb la regulació del règim econòmic matrimonial i no a un règim successori, per la qual cosa no està comprès en l'àmbit d'aplicació del Reglament 650/2012.

El Tribunal Superior de Justícia Europeu declara que l'article 1.apartat 2, lletra d) del Reglament exclou de l'àmbit d'aplicació les qüestions relatives als règims econòmics matrimonials. Però l'article 3, apartat 1, lletra a) especifica que el concepte de successió inclou qualsevol forma de transmissió mortis causa de béns, drets i obligacions, ja derivi d'un acte voluntari de disposició mortis causa o d'una successió intestada. I de l'article 9 del citat Reglament es desprèn que l'àmbit d'aplicació ha d'incloure tots els aspectes de Dret Civil de la successió per causa de mort.

Afirma el Tribunal que l'objecte principal d'aquest article (1371 del BGB) no és repartir els béns patrimonials o liquidar el règim econòmic matrimonial, sinó més aviat determinar el quantum de la part alíquota de l'herència que ha d'atribuir-se al cònjuge supervivent.

Aquesta interpretació tampoc contradia l'àmbit d'aplicació del Reglament 2016/1103 de dret civil dels règims econòmics matrimonials, que regula entre d'altres aspectes la liquidació del règim com a

conseqüència, en particular, de la separació de la parella o de la mort d'un dels cònjuges i exclou expressament del seu àmbit d'aplicació (art. 1.2.d) la successió per causa de mort d'un dels cònjuges.

Per tant, conclou el Tribunal que és precís interpretar que està comprès en l'àmbit d'aplicació d'aquest Reglament un precepte de dret nacional, com l'article 1371 del BGB alemany, que estableix, pel cas de mort d'un dels cònjuges, el repartiment dels guanys mitjançant un increment de la part alíquota de l'herència del cònjuge supervivent.

Citant Gabriel Alonso Landeta, el certificat successori és *per se* títol inscriptible (articles 69.5 del Reglament i 14 de la Llei Hipotecària) i no requereix acompanyar al mateix el testament ni el certificat de defunció, afirmant que és dubtosa l'observança del requisit d'acompanyar el certificat del Registre d'Actes d'Última Voluntat, (article 78 Reglament Hipotecari), qüestió que serà objecte d'exposició posteriorment.

D'acord amb el mateix autor, en primer lloc, el Reglament exclou del seu àmbit la naturalesa dels drets reals així com la publicitat registral immobiliària, i per tant, els requisits necessaris per a la inscripció vindran determinats per la *lex registrationis*.

Així mateix, el certificat successori haurà de ser objecte de qualificació com qualsevol altre document inscriptible, atenent a la seva naturalesa de *tertium genus*, és a dir, no ostentant el caràcter de document judicial ni tampoc el d'escriptura notarial.

Afirma, doncs, que el Registrador haurà de qualificar, en relació a aquest títol successori, la congruència de les seves pròpies declaracions, i tots els elements exclosos de l'àmbit del Reglament, com és el cas del règim econòmic matrimonial o la capacitat personal de l'hereu, així com la naturalesa dels drets que s'adjudiquen, aplicant, en el seu cas l'adaptació de drets.

Respecte del títol successori inscriptible, i, en particular, als previstos per les legislacions internes, cal fer referència a la Resolució de la Direcció General dels Registres i del Notariat de 20 de juliol de 2015, que en relació amb l'erbschein alemany, afirma que aquest certificat successori és un document públic d'origen judicial del contingut del qual resulta la qualitat per succeir així com l'adequació del títol successori al dret material alemany, per la qual cosa, d'acord amb els articles 4 de la Llei Hipotecària i 38 del Reglament Hipotecari pot constituir títol inscriptible en el Registre de la Propietat.



Per tant, la DGRN conclou que l'*Erbschein* no és indispensable per a la inscripció en un registre espanyol de la successió d'un causant sotmès a aquesta llei, però, si existeix, té efectes automàtics a Espanya no essent necessari un altre títol successori.

De la mateixa manera, la Resolució de la DGRN d'11 de gener de 2017 estableix que (...) d'acord amb la doctrina d'aquest Centre Directiu resultant de la resolució de 21 de març de 2016, l'asseveració que realitza el notari belga de que emet el seu certificat en base a la documentació necessària, resulta suficient als efectes de justificar el fet de la premoriència del fill del causant i el reconeixement de drets a favor dels cridats i determinats nominativament.

I aquesta és, així mateix la tècnica acceptada pel Reglament UE 650/2012 de 4 de juliol, de successions, dels articles 65.3, 68 i 69 dels quals resulta amb tota claredat que, acreditats davant de l'autoritat expedidora del certificat els fets que fonamenten els drets certificats, no precisen ser reiterats als efectes de la inscripció de l'adquisició hereditària, d'acord amb l'objectiu d'evitar duplicitats.

En relació al seu caràcter de títol inscriptible sosté que en el supòsit de fet no ens trobem davant un certificat successori europeu si no davant un certificat successori realitzat d'acord amb la llei material belga però resulta clar que la identitat legitimadora que ambdós documents persegueixen justifica que als efectes de la inscripció en el Registre de la Propietat espanyol s'apliquin criteris uniformes tal i com afirma la citada resolució de 21 de març de 2016. (...).

Finalment, és rellevant recordar que respecte dels títols successoris regulats per les diferents legislacions materials regeix el principi d'acceptació previst a l'article 59 del Reglament Successori Europeu que recull que:

*“1. Els documents públics expedits en un Estat membre tindran en un altre Estat membre el mateix valor provatori que en l'Estat membre d'origen, o l'efecte més semblant possible, sempre que això no sigui manifestament contrari a l'ordre públic de l'Estat membre requerit.*

*2. Tot recurs relatiu a l'autenticitat d'un document públic s'interposarà davant els Tribunals de l'Estat membre d'origen i es resoldrà d'acord amb el Dret d'aquest. Els documents públics recorreguts no tindran valor provatori en un altre Estat membre mentre el recurs estigui pendent davant el Tribunal competent”.*

Des del punt de vista formal, cal tenir en compte els requisits de legalització i traducció previstos pels articles 36 i 37 del Reglament Hipotecari

En concret, l'article 37 del Reglament Hipotecari determina que :

*“Els documents no redactats en idioma espanyol podran ser traduïts, als efectes del Registre per l'oficina d'interpretació de Llengües o per funcionaris competents autoritzats en virtut de lleis o convenis internacionals i, en el seu cas, per un Notari, qui respondrà de la fidelitat de la traducció.*

*Els estesos en llatí i dialectes d'Espanya o en lletra antiga, o que siguin inintel·ligibles pel Registrador, es presentaran acompanyats de la seva traducció o còpia suficient feta per un titular del Cos d'Arxivers i Bibliotecaris o per funcionari competent, sense perjudici del disposat a l'article 35.*

*El Registrador podrà, sota la seva responsabilitat, prescindir del document oficial de traducció quan conegués l'idioma, el dialecte o la lletra antiga de què es tracti”.*

No és admissible la traducció parcial del títol successori al ser necessària la seva qualificació íntegra per la correcta qualificació registral. En aquest sentit, entre d'altres, la Resolució de la DGRN d'onze de gener de 2017. En aquest sentit, també la Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona de 7 de febrer de 2018, que confirma la qualificació registral negativa, afirmant que la qualificació registral efectuada pel Registrador de la Propietat del títol successori ha de ser íntegra, d'acord amb els articles 18 i 14 de la Llei Hipotecària

Quant als requisits de traducció i legalització, cal tenir en compte, que quan el títol successori aportat és el Certificat Successori Europeu no es requereix, no obstant, ni postil·la ni traducció del mateix, atesa la seva condició plurilingüe, recordant, tanmateix, que la seva còpia autèntica té una vigència de 6 mesos, prorrogable.

I a propòsit del títol successori, en relació amb la pràctica de la inscripció al Registre de la Propietat, l'article 76 del Reglament Hipotecari disposa:

*“En la inscripció de béns adquirits per herència testada es faran constar les disposicions testamentàries pertinents, la data de la mort del causant, presa de la certificació respectiva, i el contingut del certificat del Registre General d'Actes d'Última voluntat. En la inscripció de béns adquirits per herència intestada es consignaran els particulars de la declaració judicial d'hereus”.*

## **2.2. Certificat de defunció i Certificat del Registre d'Actes d'Última voluntat. Articles 76 i 78 del Reglament Hipotecari**

Per començar, el citat article 76 del Reglament Hipotecari recull que en la inscripció de béns adquirits per herència testada s'hi faran contar tant la data de mort del causant, presa de la certificació respectiva, com el contingut del certificat del Registre General d'Actes d'Última voluntat. En el supòsit de la successió intestada ambdós certificats consten incorporats a l'Acta de declaració d'hereus abintestat. Això sense perjudici del ja exposat pel supòsit de que el títol successori sigui el certificat successori europeu.

Pel què fa al certificat de defunció del causant, pot resultar d'interès citar la resolució de la Direcció General dels Registres i del Notariat de data 8 de març de 2011, en relació a un causant de nacionalitat francesa. La resolució confirma la qualificació registral i analitza els requisits per l'eficàcia extraterritorial del certificat de defunció expedit pel registre civil francès.

Afirma la resolució que d'acord amb l'article 4 de la Llei Hipotecària, cal que el títol, en aquest cas el certificat de defunció, tingui força a Espanya d'acord amb les lleis i les executòries pronunciades per Tribunals estrangers a les que s'hagi de donar compliment a Espanya, d'acord amb la Llei d'Enjudiciament Civil.

I en aquest sentit, l'article 36 del Reglament Hipotecari al·ludeix a la legalització i altres requisits necessaris per a la seva autenticitat a Espanya.

Cal tenir present el Conveni de la Haia de 5 d'octubre de 1961, mitjançant el qual es va suprimir la legalització dels documents públics estrangers i es va substituir pel tràmit de la postil·la, que serà l'única formalitat exigible per certificar l'autenticitat de la firma, la qualitat en què ha actuat el signant del document i, en el seu cas, la identitat dels segell o timbre amb el què el document està revestit.

Ara bé, l'article 8 del mateix Conveni de la Haia de 1961 admet la seva inaplicació quan en un mateix cas resulti aplicable un règim convencional internacional més favorable. I l'article 3 del mateix també exclou l'exigibilitat de la postil·la quan un Acord entre dos o més estats contractants la rebutgin, la simplifiquin o dispensin de legalització al propi document.

En aquest supòsit s'incardina el Conveni número 16 de la Comissió internacional de l'Estat Civil, fet a Viena el 8 de setembre de 1976, ratificat per Espanya mitjançant instrument de 30 de gener de 1980, i del que igualment és part França des del 16 de gener de 1987.

La DGRN no admet la invocació ni aplicació del Conveni número 17 de la Comissió Internacional de l'Estat civil sobre dispensa de legalització dels documents referents a l'estat civil, a la capacitat o a la situació familiar de les persones físiques, a la seva nacionalitat, domicili o residència, o documents emesos per la celebració del matrimoni o formalització d'un acte de l'estat civil.

I això , en el marc del supòsit de la resolució, atès que la defunció d'una persona no pot incloure's dins el concepte d'estat civil.

Per tant, no resulta d'aplicació a aquest cas el Conveni número 17 sinó el Conveni número 16, que eximeix únicament del requisit de la postil. la quan el certificat de defunció és un certificat plurilingüe, ajustat als models de certificacions en extracte que precisament estan dispensades de legalització i traducció d'acord amb l'article 8 del Conveni número 16.

L'article 78 del Reglament Hipotecari estableix:

*“En els casos dels dos articles anteriors es considerarà defecte que impedeixi la inscripció el no presentar els certificats que s'indiquen en els mateixos, o no relacionar-los en el títol o resultar contradictoris amb aquest. No es considerarà contradictori el certificat del Registre General d'Actes d'Última Voluntat quan fos negatiu o ometés el títol successori en que es basés el document presentat , si aquest títol fos de data posterior als consignats en el certificat”.*

L'exigència del certificat d'últimes voluntats constitueix potser una de les qüestions més controvertides i discutides a efectes pràctics.

En el supòsit de successions obertes amb anterioritat a 17 d'agost de 2015, la qüestió no plantejava cap problema en els supòsits de causants de nacionalitat espanyola , tant si la seva residència habitual era a Espanya com a l'estranger.

La llei aplicable a la successió era l'espanyola (9.8 del Codi Civil ) i qualsevol quina fos la llei interna d'aplicació determinada pel veïnatge civil, es podia obtenir el Certificat del Registre General d'Actes d'Última

Voluntat Espanyol i complir amb l'exigència de l'article 78 del Reglament Hipotecari.

Ara bé, el problema sorgia amb els causants estrangers, atenent a que el punt de connexió per determinar la llei aplicable a la successió era la nacionalitat del causant en el moment de la seva defunció, d'acord amb l'article 9.8 del Codi Civil.

Cal remarcar la pràctica freqüent de que causants de nacionalitat estrangera, titulars de béns immobles a Espanya, atorguessin testament en territori espanyol a fi de disposar dels mateixos; essent molt habitual que aquests testaments es limitessin a aquests béns, exceptuant els drets legitimaris i preveient que aquests es regirien per la llei de la seva nacionalitat.

Per tant, en el supòsit de causants la successió dels quals es regia per una llei estrangera, per ser aquesta la llei de la seva nacionalitat, era procedent l'aportació del Certificat del Registre d'Últimes Voluntats espanyol, d'acord amb l'article 78 del Reglament Hipotecari.

Tanmateix, la qüestió controvertida és l'exigència de l'aportació també del Certificat del Registre d'Últimes Voluntats de la llei de la seva nacionalitat, aplicable a la successió ex article 9.8 del Codi Civil.

Per posar un exemple, cal citar el supòsit d'un causant de nacionalitat francesa o alemanya amb béns immobles radicats a Espanya.<sup>5</sup>

Des del punt de vista registral si es presentés l'escriptura de manifestació i partició d'herència juntament amb l'*Acte de Notorieté* francesa o l'*Erbschein* alemany caldria aportar el certificat d'últimes voluntats espanyol del què resultés o bé que no ha testat a Espanya, o bé si resulta del mateix que el causant ha testat a Espanya, caldria exigir també el testament atorgat en territori espanyol i veure la seva compatibilitat amb el què resulta del títol successori, és a dir, l'*Acte de Notorieté* francesa o l'*Erbschein* alemany.

En aquest cas, no es consideraria exigible el certificat del Registre d'últimes voluntats o institució equivalent als estats francès o alemany, perquè de l'*Acte de Notorieté* ja resulten les disposicions atorgades i l'*Erbschein* és un document judicial del que també en resulten, atès que és equivalent a una declaració judicial d'hereus abintestat.

---

5 Iriarte Ángel, Francisco de Borja. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario nº754 pàgs. 990 a 994.

No obstant, en el supòsit d'aportar-se com a títol successori un testament estranger, tot i ser atorgat al país de la llei aplicable a la successió, queda la qüestió de determinar-ne la vigència; és a dir, de saber si és el darrer dels atorgats pel causant.

Partint d'una interpretació estricta es podria entendre que l'article 78 del Reglament Hipotecari es refereix només al Registre d'Últimes Voluntats Espanyol, precisament perquè no fa esment a cap tipus d'equivalència o previsió del supòsit en què no existeixi.

Amb tot, realitzant una interpretació teleològica, la finalitat del certificat és precisament constatar que la disposició mortis causa en virtut de la qual es realitza la manifestació i partició de l'herència és la vigent per ser la darrera atorgada pel causant. I aquesta finalitat conduiria necessàriament a l'exigència de constatar si el títol successori aportat és el darrer atorgat pel causant.

En aquest sentit, la Direcció General dels Registres i del Notariat es va pronunciar en la Resolució de data 1 de juliol de 2015 en la que conclou que "haurà d'aportar-se certificat del Registre General d'Actes d'Última Voluntat del país de la nacionalitat del causant o acreditar-se que en aquest país no existeix aquest Registre d'Actes d'Última Voluntat o que per les circumstàncies concurrents al cas concret no sigui possible aportar aquest certificat". El Centre Directiu considera prudent i oportú exigir el certificat emès per l'òrgan corresponent alemany, al ser aquesta la nacionalitat del causant, fonamentant-se implícitament en l'article 9.8 del Codi Civil.

A més, la Resolució de la Direcció General dels Registres i del Notariat, de 28 de juliol de 2016 estableix:

"(...) Tractant-se de causants estrangers, per la seva vinculació patrimonial o residencial espanyola, cal presentar igualment el certificat del Registre Espanyol d'Actes d'Última Voluntat (...)"

Caldria plantejar si, a més, complementàriament, s'hauria d'exigir o no el certificat d'algun registre equivalent al país d'on el causant és nacional.

No tots els països tenen instaurat un Registre d'Actes d'Última Voluntat similar al nostre, quant als efectes i organització, però que el notari espanyol també sol·liciti, com a prova complementària, la certificació, en el seu cas, del Registre similar corresponent al país d'on

el causant és nacional, sempre que estigués prevista alguna forma de publicitat dels títols successoris en aquest país estranger, (...) suposarà una major seguretat de la declaració notarial.

Per altra banda, cal analitzar aquest requisit des de la perspectiva del Reglament UE 650/2012, atès que el punt de connexió per determinar la llei aplicable a les successions obertes a partir de 17 d'agost de 2015, és la residència habitual.

La qüestió és determinar si l'article 78 del reglament Hipotecari es refereix únicament al Registre d'Últimes voluntats espanyol, o al de la llei aplicable a la successió.

Breument, cal esmentar els següents supòsits:

- a) resident habitual a Espanya, de nacionalitat espanyola o estrangera. Procedeix sol·licitar el certificat del Registre d'Últimes voluntats espanyol ex article 78 RH.

Si el causant però, és de nacionalitat estrangera, però resident a Espanya en el moment de la seva defunció i essent la llei espanyola la llei aplicable a la successió, es pot plantejar el dubte de si és procedent sol·licitar el certificat d'últimes voluntats o equivalent del país de la seva nacionalitat (respondria al típic supòsit de persona estrangera que s'instal·la a Espanya i que podria haver testat amb anterioritat en el seu país d'origen).

En aquest cas presenta menys solidesa aquesta exigència, atès que la llei de la nacionalitat ja no és la llei reguladora de la successió, havent estat desplaçat l'article 9.8 del Codi Civil pel Reglament 650/2012 quant al punt de connexió per determinar la llei aplicable.

- b) causants de nacionalitat espanyola residents a l'estranger i essent la llei estrangera la llei aplicable a la successió.

S'estima que procediria sol·licitar el certificat del Registre d'Últimes Voluntats equivalent del país de la seva residència habitual

Caldria plantejar-se, en aquest supòsit, si procediria sol·licitar també el del Registre d'Últimes Voluntats Espanyol,

### 2.3. Escriptura de manifestació i partició d'herència.

L'article 80 del Reglament Hipotecari preveu els títols formals per a la inscripció de l'adjudicació de béns hereditaris o quotes indivises dels mateixos.

A més de la necessitat d'aportar el títol successori en els termes previstos per l'article 14 de la Llei Hipotecària, en relació amb els articles 62 i ss del Reglament 650/2012, es precis aportar l'escriptura de partició o acta de protocol·lització d'operacions particionals o la resolució judicial ferma en la que es determinin les adjudicacions a cadascun dels interessats.

Com excepció, trobem el supòsit de l'article 16 de la Llei Hipotecària així com també quan la partició efectuada pel propi causant ja resulti del testament.

Resulta rellevant subratllar que l'article 28 del Reglament 650/2012 regula la validesa formal de les declaracions relatives a una acceptació o una renúncia, fent constar que

*“una declaració relativa a l'acceptació o a la renúncia de l'herència, d'un llegat o de la legítima, o una declaració destinada a limitar la responsabilitat de la persona que la realitzi, seran vàlides quant a la forma si reuneixen els requisits de:*

- a) *la llei aplicable a la successió en virtut dels articles 21 o 22 o*
- b) *la llei de l'Estat en que el declarant tingui la seva residència habitual”.*

### 2.4. Inscriptibilitat de títols estrangers<sup>6</sup>

L'exigència de titulació autèntica que imposa l'article 3 de la Llei Hipotecària i la remissió a les normes de Dret Internacional Privat de l'article 4 de la mateixa, obliga a verificar els següents requisits en la qualificació registral dels documents públics estrangers no judicials, sense perjudici d'altres exigències exigides d'acord amb el propi dret registral intern, com per exemple els obstacles que derivin del Registre, de conformitat amb l'article 18 de la Llei Hipotecària. En síntesi:

---

6 Díaz Fraile, Juan María. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario n° 754. Pàg. 749.



1) El seu caràcter de document públic feifaent, vinculat a la competència del notari o autoritat intervinent d'acord amb la legislació del seu Estat.

2) El principi d'equivalència formal, funcional i provatòria entre el document estranger i l'espanyol, d'acord amb els articles 43 i 60 de la Llei de Cooperació Jurídica Internacional, llei 29/2015, de 30 de juliol.

La Sentència del Tribunal Suprem de 19 de juny de 2012, que admet la inscripció de títols estrangers al Registre de la Propietat, amb els requisits legalment exigits. També la Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea de 9 de març de 2017.

El Tribunal Suprem parteix, en primer lloc del principi de la lliure prestació de serveis en l'àmbit de la Unió Europea (articles 56 a 60 del Tractat).

També de l'article 11 del Reglament 593/2008 del Parlament Europeu i del Consell, de 17 de juny (Roma I), que disposa que

*“un contracte celebrat entre persones o els seus representats, que es trobin el mateix país en el moment de la seva celebració serà vàlid quant a la forma si reuneix els requisits de forma de la llei que regeixi el fons segons el Reglament o de la llei del país on s'hagi celebrat.”*

Per altra banda, l'article 10.1 del Codi civil recull que la possessió, la propietat i els altres drets sobre béns immobles, així com la seva publicitat, es regiran per la llei del lloc on es trobin.

Afirma, finalment, que l'article 1462 del Codi Civil no limita els efectes de traditio ficta als supòsits en què l'escriptura pública de venda s'hagués atorgat davant de notari espanyol, essent necessari però que aquesta escriptura sigui formalment vàlida i compleixi el principi d'equivalència.

Cal dir que en l'àmbit de la Unió Europea, es tendeix a evitar la duplictat en l'exigència de requisits de caràcter predominantment formal quan ja s'han complert les formes o condicions necessàries en un altre Estat membre, com succeeix en aquest cas amb l'escriptura pública atorgada davant notari alemany.

Finalment, l'article 4 de la Llei Hipotecària, en relació amb l'article 36 del Reglament Hipotecari, disposa que:

*“També s’inscriuran en el Registre els títols expressats en l’article 2, atorgats en país estranger, que tinguin força a Espanya d’acord amb les lleis, i les executòries pronunciades en Tribunals estrangers a les que hagi de donar-se compliment a Espanya, d’acord amb la llei d’Enjudiciament Civil”.*

La Direcció General dels Registres i del Notariat (Resolució de 6 de novembre de 2017) afirma que:

“(…) d’acord amb el principi de legalitat s’estableix una rigorosa selecció dels títols inscriptibles que han de ser sotmesos a la qualificació del registrador, exigint que es tracti de documents públics o autèntics (articles 3 de la LH i 33 i 34 del seu Reglament). (...) Igualment té establerta una dilatada doctrina relativa a la idoneïtat dels documents atorgats a l’estranger per produir una modificació del contingut del Registre espanyol. Aquesta doctrina (...) posa de manifest com amb independència de la validesa formal del document d’acord a les normes de conflicte aplicables (article 11 del Codi Civil) i de la seva traducció i legalització (articles 36 i 37 del Reglament Hipotecari), és precís que el document superi un anàlisi d’idoneïtat o d’equivalència en relació amb els documents públics espanyols, requisit sense el qual no pot considerar-se apte per modificar el contingut del Registre. Aquesta doctrina es fonamenta en que, com exigeix l’article 4 de la Llei Hipotecària, (...) només és equivalent el document espanyol si concorren en el seu atorgament aquells elements estructurals que donen força al document públic espanyol, que sigui autoritzat per qui tingui atribuïda en el seu país la competència d’atorgar fe pública i que l’autoritzant de fe garanteixi la identificació de l’atorgant així com la seva capacitat i també la seva legitimació per l’acte o negoci que contingui (...)”.

## **2.5. Exigència del requisit de la concurrència dels legitimaris a la partició**

Cal partir, en primer lloc, i des del punt de vista substantiu, del fet que les legítimes es regiran per la llei que regeixi la successió, que serà la llei nacional del causant per a les successions obertes amb anterioritat a 17 d’agost de 2015 (article 9.8 Cc) i la llei de la residència habitual en el moment de la seva defunció respecte de les successions obertes en aquesta data o amb posterioritat (art. 21 i ss del Reglament).

La Resolució de la Direcció General dels Registres i del Notariat de 28 de juliol de 2011 confirma l'exigència de la prova i contingut del dret estranger -en els termes que preveu l'article 36 del Reglament Hipotecari- respecte de la naturalesa i règim, segons la llei aplicable a la successió, dels eventuals drets legitimaris que poguessin existir.

Es fa necessari distingir, doncs, en funció de quina sigui la naturalesa jurídica de la legítima segons la llei aplicable.

- Si la llei aplicable concep la legítima a manera de “pars hereditatis”, el legitimari ostentarà la condició d'hereu.
- Si la llei aplicable la concep com a “pars bonorum” això implica que la legítima consisteix en una part dels béns relictos que per qualsevol títol ha de rebre el legitimari, sense perjudici de que en certs i determinats casos rebi el seu valor econòmic. És la regulació del Codi Civil (articles 806 i ss.).
- Si la llei aplicable a la successió regula la legítima com a “pars valoris bonorum”, la legítima suposa una titularitat sobre part del valor econòmic dels béns de l'herència, com un dret real de realització de valor. (supòsit de la regulació de les legítimes a Eivissa i Formentera, article 81 del Decret Legislatiu 79/1990 de 6 de setembre, que regula la legítima com un dret de crèdit garantit amb un gravamen real que afecta a tots els béns hereditaris i que cal pagar amb béns del cabdal relict. A Mallorca i Menorca es configura com a pars bonorum d'acord amb l' article 48 Decret Legislatiu 79/1990 de 6 de setembre).
- I en darrer lloc, si la llei aplicable a la successió concep la legítima com a “pars valoris”, això implica que la legítima és un dret de crèdit de caràcter personal respecte de l'herència i el legitimari ostenta la condició de creditor. És el supòsit del dret civil català. (article 451 del llibre IV del Codi Civil de Catalunya, relatiu a les Successions).

En els tres primers supòsits, i prèvia acreditació del contingut i vigència del dret estranger d'acord amb l'article 36 del Reglament Hipotecari en els termes confirmats per la DGRN (Resolució de 28 de juliol de 2011, entre d'altres) , serà precisa la compareixença dels legitimaris a l'escriptura de manifestació, partició i adjudicació d'herència.

És rellevant citar la Resolució de la DGRN de 3 de març de 2015. Afirmar la DGRN que l'especial qualitat del legitimari en el Dret Comú, fa imprescindible la seva concurrència a l'adjudicació i partició de l'herència, a falta de persona designada pel testador per efectuar la liquidació i partició de l'herència de les que resulti que no es perjudica la legítima dels hereus forçosos. I això, atenent a la condició de la legítima com a pars bonorum en aquesta regulació, és a dir, com una part dels béns relictos que per qualsevol títol ha de rebre el legitimari, sense perjudici de que en certs casos en rebi el valor econòmic o pars valoris bonorum. D'aquí la necessària intervenció del legitimari a la partició, perquè el legitimari està interessat en l'inventari, valoració i càlcul de la legítima, essent necessària també la seva intervenció en l'entrega de llegats.

### 3. BREU RELACIÓ D'ALTRES ASPECTES REGISTRALS

És important subratllar que l'àmbit del Reglament de Successions no inclou la matèria registral; per tant, serà precís observar, a més, els requisits establerts per la legislació nacional específica en aquest àmbit.

1) En primer lloc, cal citar el requisit de la liquidació tributària per a la inscripció registral, de conformitat amb l'article 254 de la Llei Hipotecària.

2) En segon lloc, resulta fonamental el compliment del principi hipotecari de tracte successiu en els termes previstos per l'article 20 de la Llei Hipotecària, en relació amb el principi de legitimació registral regulat pels articles 38, 97 i 1.3 de la Llei Hipotecària.

— Article 20 apartat primer de la Llei Hipotecària.

— Supòsits de tracte abreviat. Article 20 de la Llei Hipotecària.

— Disposició de béns per la Comunitat Hereditària. Resolució de la Direcció General dels Registres i del Notariat de 22 de febrer de 2018:

“(…) 4. Així doncs, mentre no es realitzi la partició de l'herència i per tant s'adjudiquin béns concrets a hereus determinats, existeix una comunitat hereditària de la que no només formen part els hereus, sinó tots els cridats a la successió per quotes, el que inclou els legitimaris i als legataris de part alíquota. (...) no poden realitzar-se actes dispositius

sobre béns de l'herència sense el consentiment unànime de tots els partícpis, (...) essent nul·la la realitzada sense ella. La participació del cònjuge vidu (...) essent necessària la seva intervenció a la partició ho serà també en tots els actes dispositius anteriors com ho és la liquidació d'una societat de guanys prèvia no liquidada(...).”

- Herència jacent. Article 20 de la Llei Hipotecària i 798 de la Llei d'Enjudiciament Civil. Doctrina de la Direcció General dels Registres i del Notariat. Article 411.9 llibre IV, de Successions, del Codi Civil de Catalunya.

### 3) Article 28 de la Llei Hipotecària.

*“Les inscripcions de finques o drets reals adquirits per herència o llegat, no tindran efecte quant a tercer fins transcorreguts dos anys des de la data de la mort del causant. Exceptuant-se les inscripcions per títol d'herència testada o intestada, millora o llegat en favor dels hereus forçosos”.*

### 4) Anotació preventiva de dret hereditari i anotació preventiva de llegat. Articles 46 a 58 de la Llei Hipotecària i 166 del seu Reglament.

Apartat 6è de l'article 166 RH:

*“Si l'anotació fos de llegat, es determinarà: la classe d'aquest, el seu import, les seves condicions, la circumstància d'haver estat o no acceptada l'herència; la de no haver-se promogut judici de testamentaria; la de no haver-se fet partició de béns; la d'haver o no transcorregut fins la presentació de la sol·licitud d'anotació els 180 dies per a fer-ho que concedeix la llei, i la de practicar-se l'assentament, bé en virtut de resolució judicial o bé per acord entre el legatari i l'hereu”.*

### 5) Anotació preventiva d'embargament. Article 166 del Reglament Hipotecari.

Article 166.1 RH

*“si es demanés anotació preventiva d'embargament en procediments seguits contra hereus indeterminats del deutor, per responsabilitats del mateix, s'expressarà la data de la mort d'aquest. Quan el procediment s'hagués dirigit contra hereus certs i determinats del deutor, també per obligacions d'aquest, es consignaran, a més, les circumstàncies personals d'aquells.*

*Si les accions s'haguessin exercit contra persona en qui concorri el caràcter d'hereu o legatari del titular, segons el Registre, per deutes propis del demandat, es faran constar les circumstàncies del testament o declaració d'hereus i dels certificats del Registre General d'Actes d'Última Voluntat i de defunció del causant. L'anotació es practicarà sobre els immobles o drets que especifiqui el manament judicial en la part que correspongui al dret hereditari del deutor”.*

## 4. BIBLIOGRAFIA

IRIARTE ÀNGEL, Francisco de Borja. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, número 754.

DÍAZ FRAILE, Juan María. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, número 754.

Webgrafia: ALONSO LANDETA, Gabriel. UNED Radio, data 1 de març de 2015.

# COMUNICACIONES



esult

esult

esult

esult



# Els conceptes jurídics de Dret internacional privat europeu i els de Dret civil català: excloents o compatibles?<sup>1</sup>

MARIA FONT I MAS

*Professora agregada de Dret internacional privat  
Universitat Rovira i Virgili*

## SUMARI

1. PRESENTACIÓ. 2. DELS CONCEPTES AUTÒNOMS EUROPEUS A LA CORRELATIVA INTERPRETACIÓ AUTÒNOMA. 3. EXEMPLE D'INTERPRETACIÓ DISFUNCIONAL D'UN CONCEPTE DE DIPR EUROPEU: «OBLIGACIÓ D'ALIMENTS» VERSUS «PENSÍO COMPENSATÒRIA». 3.1. *Obligació d'aliments en DIPr europeu*. 3.2. *La prestació compensatòria entre excònjuges figura exclosa de l'obligació d'aliments en Dret civil català*. 3.3. *La pràctica jurisprudencial espanyola*. 4. CONSIDERACIONS FINALS

## 1. PRESENTACIÓ

El present estudi parteix de la coexistència de termes i conceptes de Dret internacional privat (DIPr) europeu amb termes i conceptes dels ordenaments jurídics d'Estats o de territoris subestats dels Estats membres de la Unió Europea, en concret, respecte el Dret civil català.

El DIPr europeu està esdevenint un corpus jurídic amb autonomia pròpia, que s'aplica de forma directa als Estats membres de la UE<sup>2</sup> i

---

1 Aquesta col·laboració s'emmarca en el projecte «Recíproco encaje y coherencia de los ámbitos de los reglamentos comunitarios de derecho internacional privado», finançat pel Ministeri d'Economia i Competitivitat, amb la referència DER2016-75318-P.

2 Es fonamenta l'aplicació del dret europeu (de forma uniforme, art. 2 TUE) per sobre el nacional. F. SALERNO, «La cooperazione giudiziaria in materia civile», G. STROZZI (dir.), *Diritto dell'Unione europea*, 2017, 534 ss.

que compta amb un gran nombre de Reglaments europeus específics d'aquesta àrea. El legislador europeu, sota la base de l'art. 81 TFUE (cooperació judicial en matèria civil) ha propiciat i accelerat l'aprovació de normes unificades de competència judicial internacional i de normes de conflicte, així com normes processals europees,<sup>3</sup> sense unificar, però, el dret substantiu dels Estats membres.

Aquestes normes de DIPr tenen 24 versions lingüístiques que responen a les llengües oficials dels 28 Estats membres. Superats els problemes propis de traducció de les normes i termes a les diferents versions lingüístiques, tot cercant la coherència vertical i horitzontal des del punt de vista lingüístic;<sup>4</sup> es palesa que existeixen conceptes propis de DIPr europeu que no necessàriament tenen coherència vertical i horitzontal en l'entramat de normes de DIPr i de Dret europeu.<sup>5</sup> Es genera un debat sobre la voluntat i/o la conveniència de la cerca o no d'aquesta coherència<sup>6</sup> i, també sobre la diferència entre els conceptes de termes propis de la disciplina de DIPr (residència habitual, litispèndia, ordre jurisdiccional, domicili) i conceptes de dret substantiu que es defineixen en els Reglaments (i convenis vinculats a aquests) i interpretats (i desenvolupats) per la doctrina del Tribunal de Justícia de la Unió Europea (TJUE). En el present estudi ens centrem en aquests darrers, els conceptes de dret substantiu.

Es poden fer crítiques als conceptes de DIPr que en els primers articles dels reglaments s'introdueixen a través de definicions per ser massa amplis (p.ex. «successió» en el Reglament 650/2012, «responsabilitat parental» en el Reglament 2201/2003). Una figura jurídica de DIPr europeu pot englobar en un sol concepte allò que en un ordenament jurídic nacional respondria a diverses figures amb puntualitzacions i excepcions. Una altra situació, que ara no estudiem, és la introducció

---

3 Vegeu el Portal europeu d'e-justicia: <https://e-justice.europa.eu/home.do>

4 Vegeu M. FONT I MAS, «Llenguatge jurídic europeu i els reglaments de dret internacional privat: problemes pràctics juridicolingüístics», *Revista de Llengua i Dret*, núm. 68, 2017, pp. 19-32.

5 Vegeu la contribució en aquest mateix llibre, en l'estudi de J.J. FORNER DELAYGUA exposa diferències entre el concepte de «contracte de consum» en el Reglament 1215/2012 (art. 17) i en el Reglament 593/2008 (art. 6). Així mateix, en l'estudi de D. MARÍN CONSARNAU, respecte el concepte de «matrimoni» en les normes de DIPr i les normes d'estrangeria europees.

6 Vegeu S. SÁNCHEZ LORENZO, «El principio de coherencia en el derecho internacional privado europeo», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 70/2, 2018, 17-47.

de termes (lingüístics) i de conceptes en normes de DIPr europeu, que existeixen en alguns ordenaments nacionals d'Estats membres i en d'altres no, fet que comporta una introducció de termes forans (ja siguin europeus o d'altres Estats membres) en el propi ordenament, però això, no vol dir que es regulin, sinó que es coneixen i introdueixen a través de les normes de DIPr europeus (p.ex: llegítima, *trust*).

Cal tenir en compte que aquest sistema de DIPr europeu i, els conceptes que hi contenen, està en formació i permanent evolució arrel de les interpretacions del TJUE. Així mateix es precis assenyalar que aquest corpus normatiu neix incomplet. Efectivament, està mancat d'un dret material europeu i d'uns fonaments històrics jurídics comuns, mentre es pretén conjuminar tradicions jurídiques diferents. Aquest context condiona la interpretació que realitza el TJUE dels conceptes introduïts en les normes europees, sense que pugui ésser una interpretació literal (pròpia del ordenaments jurídics consolidats-històrics) sinó que s'emptra una interpretació sistemàtica i teleològica pròpia europea.<sup>7</sup>

## 2. DELS CONCEPTES AUTÒNOMS EUROPEUS A LA CORRELATIVA INTERPRETACIÓ AUTÒNOMA

Malgrat les insuficiències, el que resulta inqüestionable és que les normes de DIPr que contenen conceptes, aquests serveixen per determinar el seu àmbit d'aplicació material, per tant, imprescindible per determinar un dels factors d'aplicabilitat d'aquestes normes de DIPr europeu.<sup>8</sup> Aquests conceptes continguts en aquestes normes de DIPr europeu han de ser interpretats de forma uniforme i autònoma, tal i com ha reiterat la jurisprudència del TJUE, per exemple, en aquests termes:

«de las exigencias tanto de la aplicación uniforme del Derecho de la Unión como del principio de igualdad se desprende que el tenor de una

---

7 Vegeu M. REQUEJO ISIDRO, «El DIPr y el Derecho procesal civil europeo en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia», *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, núm. 14-15, 2014-2015, 55-89.

8 Per determinar l'aplicabilitat d'un Reglament europeu també es precisa determinar la seva aplicació temporal i espacial (p.ex. la majoria no s'apliquen a Dinamarca); i en alguns Reglaments es requereix una vinculació territorial amb la UE (p.ex. per a què s'apliquin determinades normes de competència judicial del Reglament 1215/2012 cal que el domicili del demandat es trobi en un Estat membre de la Unió).

disposición del Derecho de la Unión que no contenga una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y su alcance normalmente debe ser objeto en toda la Unión de una interpretación autónoma y uniforme».<sup>9</sup>

És a dir, la interpretació ha de ser realitzada atenent el propi significat de DIPr europeu, i en cap cas, partint dels conceptes dels ordenaments dels Estats membres. Això ha de ser així, principalment per una raó ja esgrimida, que és la determinació de l'aplicabilitat de la norma de DIPr per acomplir la matèria objecte de la norma. Si no s'interpretés en el sentit europeu/autònom, i s'utilitzessin les nocions nacionals, podria resultar que la norma europea no fos d'aplicació.

Insistim que les definicions (conceptes) de DIPr europeu serveixen única i exclusivament per subsumir una situació jurídica nacional a una situació/concepte per determinar l'aplicabilitat de la norma de DIPr des del punt de vista material. Quan es volen aplicar les normes de DIPr, cal distingir davant de quina figura jurídica ens trobem, per tal de poder determinar quina norma de DIPr apliquem, la qual ens permetrà determinar la competència d'un tribunal (conflicte de jurisdiccions) o la determinació de la llei substantiva que s'aplicarà per a resoldre l'assumpte (conflicte de lleis). Això és l'acte de qualificar, com explica F. RIGAUX quan s'interposa una demanda, «s'introdueixen els fets en un concepte jurídic (...) aquests conceptes pertanyen a les hipòtesis de la disposició legislativa aplicada pel jutge». En els casos internacionals, les parts determinen l'objecte i la causa, i el jutge circumscriu els conceptes jurídic a les normes que seran condició d'aplicació d'una o altre disposició jurídica.<sup>10</sup> En les normes de conflicte, aquest acte s'anomena de qualificació: subsumir una figura jurídica en una altra continguda en una norma de DIPr que servirà per determinar quin dret material efectivament s'aplicarà per part del jutge.

Doncs bé, aquestes definicions de DIPr europeu, no tenen perquè coincidir amb les definicions nacionals, situació que no hauria de

---

9 Fonament jurídic 28 de la STJUE 18 octubre 2016, C135/15, *Nikiforidis*, (EU:C2016:774).

10 F. RIGAUX, *Derecho internacional privado*, Civitas 1985, pp. 94 i ss. Rigaux distingeix entre aplicar una norma i la determinació de la norma a aplicar: «Aplicar, en el sentido propio del término, una norma jurídica, consiste en tomar de esta norma los propios términos de la parte dispositiva de la decisión o del acto público. (...) no confundir las numerosas hipótesis en que la norma es la simple condición de aplicación de otra disposición jurídica».

comportar un problema, perquè les normes de DIPr actuen autònomament i no afecten, a priori, el contingut dels drets nacionals. Això no obstant, és cert que el legislador estatal o subestatal pot decidir incorporar o canviar un terme propi per un de Dret internacional en les seves normes (més difícil és que n'inclogui una regulació). Per exemple, el terme «responsabilitat parental» va ser introduït i adaptat a les normes civils catalanes;<sup>11</sup> també, en posterioritat, en el dret civil espanyol sense una adaptació curosa.<sup>12</sup>

En aquest context de dualitat de definicions de conceptes (el de la norma internacional i el de la norma estatal), que per nosaltres s'apliquen en moments diferents, pot comportar problemes, no només dogmàtics, sinó en la pràctica dels operadors jurídics. Certament, els reglaments es poden arribar a aplicar incorrectament, o bé, no ser aplicats; ja sigui perquè s'usen termes diferents i no es reconeixen, o bé, perquè essent el mateix terme, el contingut és diferent i en aquest supòsit l'error rauria en què es llegeix la norma amb un sentit distint segons l'Estat membre d'aplicació. Això serien vint-i-vuit aplicacions diferents, a les quals caldria afegir els conceptes subestatals, tenint en compte que hi ha Estats membres compostos plurilegislatius, com és el cas espanyol.

### 3. EXEMPLE D'INTERPRETACIÓ DISFUNCIONAL D'UN CONCEPTE DE DIPr EUROPEU: «OBLIGACIÓ D'ALIMENTS» VERSUS «PENSÍO COMPENSATÒRIA»

Per al dret o l'obligació d'aliments, l'alimentista o creditor, que es troba en una situació de necessitat, té dret a sol·licitar i a què se li assignin aliments per part d'una altra persona, el deutor o alimentant, que es troba obligat a prestar-los per llei sempre que posseeixi els mitjans suficients per satisfer-los. Cada ordenament jurídic regula les característiques

---

11 En concret al Llibre II CCCat (art. 233-8).

12 A l'art. 154 CCEsp, art. 9.4.II CCEsp i art. 22 quáter d). Vegeu A. DURÁN AYAGO, «Responsabilidad parental, relaciones paterno-filiales y protección de menores: ¿tres denominaciones para tres realidades diferentes?», M. GUZMÁN; C. ESPLUGUES (dirs.), *Persona y Familia. El nuevo modelo español de Derecho internacional privado*, Tirant lo Blanc, 2017, pp. 353- 363.

d'aquesta figura, en determina el contingut, les circumstàncies en què s'han de trobar les persones legitimades a sol·licitar-los, les persones obligades a prestar-los, la relació entre creditor i deutor, la temporalitat d'aquests o si són vitalicis, la fixació i modificació de les quanties, etc.<sup>13</sup>

Les diferències entre els ordenaments jurídics són notables, per això, un cop més, el legislador europeu ha optat per unificar les normes de DIPr i no harmonitzar o unificar el dret substantiu. En relació a la comparació i compatibilitat d'aquesta figura entre el Dret civil català i el DIPr europeu i convencional, trobem una primer diferència de caire lingüístic, mentre que la llei catalana es descriu com un «dret» del creditor, en la normativa de DIPr europeu ho fa com una «obligació» del deutor (*obligaciones de alimentos, maintenance obligations, obligations alimentaires, obbligazioni alimentari*). Passem a presentar el contingut del concepte d'aliments en DIPr europeu i en Dret català per, posteriorment, exposar com s'executa a la pràctica per part dels tribunals espanyols, i resoldre si són conceptes compatibles o excloents.

### 3.1. Obligació d'aliments en DIPr europeu

Les normes de DIPr europeu determinen el tribunal de l'Estat membre que és competent en un litigi sobre dret d'aliments, així com la determinació de la llei substantiva aplicable, el reconeixement i execució de resolucions i la cooperació d'autoritats, es troben previstes en el Reglament 4/2009.<sup>14</sup> Cal puntualitzar, però, que la norma sobre la determinació de la llei aplicable als aliments en supòsits transnacionals del Reglament 4/2009 (art. 15), fa una remissió al Protocol de La Haia de 2007 (PH2007).<sup>15</sup> És a dir, els tribunals espanyols quan resulten competents per resoldre un

---

13 Per una aproximació de la regulació interna en matèria d'aliments dels 28 Estats membres de la UE, vegeu el portal de <<http://e-justice.europa.eu>>, a «acudir a los tribunales», en la matèria de «pensiones alimenticias».

14 *Reglamento (CE) n° 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos*. En aplicació a partir del 18/06/2011.

15 *Protocolo de 23 de noviembre de 2007 sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias*. Aquest Conveni de la Conferència de La Haia, malgrat no ser una norma europea, s'aplica a tots els Estats membres de la UE que hi estiguin vinculats, que són tots els Estats membres de la UE amb les úniques excepcions de Dinamarca i el Regne Unit. La Unió europea va aprovar el Protocol com a ORIE (Organització Regional d'Integració Econòmica) el 8/4/2010, i va entrar en vigor per a tots els Estats vinculats l'1/8/2013.

litigi internacional en matèria d'aliments, utilitzaran per incorporació del Reglament europeu les normes de conflicte contingudes en aquest Protocol de La Haia de 2007 per determinar quina llei substantiva és l'aplicable, amb efecte *erga omnes*.<sup>16</sup>

El Reglament 4/2009, tot i no incloure una definició expressa d'aliments, sí determina el seu àmbit material d'aplicació en el seu article 1:

«El presente Reglamento se aplicará a las obligaciones de alimentos derivadas de una relación familiar, de parentesco, matrimonio o afinidad».

La finalitat, tal i com indica el preàmbul, és garantir la igualtat de tracte a tots els creditors d'aliments; així mateix, deixa clar que per a la finalitat del Reglament, el concepte d'obligació d'aliments «hauria d'interpretar-se de manera autònoma» (atès 11).

El TJUE s'ha posicionat en diverses sentències sobre el contingut d'obligació d'aliments en aquestes normes de DIPr europees que engloben, no només l'actualment vigent Reglament 4/2009, sinó també respecte les normes predecessores, el Reglament 44/2001 i el Conveni de Brussel·les de 1968. El Tribunal de Luxemburg inclou en el concepte autònom europeu d'obligació d'aliments, no només les prestacions legals que tenen per objectiu satisfer les necessitats socioeconòmiques de la persona a partir d'una relació de família, sinó també altres prestacions qualsevol que sigui la seva denominació: pensió, aliments, deure de socors, manutenció o càrregues del matrimoni (STJCE de 6 de març de 1980, C-120/79, *Cavel*; STJUE de 27 de febrer de 1997, C-220/95, *Laumen*; STJUE de 2 de març de 1997, C-295/95, *Farrell c. Long*).<sup>17</sup>

Conseqüència d'aquest concepte europeu ampli, s'inclouen les «prestacions compensatòries derivades d'una ruptura conjugal» (compensatory payments/provision of compensation, prestazione compensative, prestations compensatoires). Va ser la sentència *Cavel II* la que així ho va interpretar (FJ 5):

«las 'prestaciones compensatorias' previstas en el Code civil francés (...) atañen a las posibles obligaciones económicas entre los antiguos

<sup>16</sup> La norma de conflicte del Conveni pot designar la llei de qualsevol Estat, encara que no estigui vinculat al Conveni, i el tribunal l'aplicarà (art. 2 PH2007)

<sup>17</sup> *Cavel II* (EU:C:1980:70); *Laumen* (EU:C:1997:91); *Farrell/Long* (ECLI:EU:C:1997:168).

esposos después del divorcio, determinadas en función de los recursos y necesidades recíprocas, y tienen igualmente carácter alimenticio.»

Per tant, les «pretacions compensatòires» s'inclouen en l'àmbit d'aplicació material del Conveni de Brussel·les de 1968, actualment regulat en el Reglament 4/2009. S'introdueixen les pensions de «naturalesa híbrida», com anomena P. JIMÉNEZ BLANCO, sempre que la determinació de la quantia depengui de les necessitats d'un dels cònjuges i dels recursos de l'altre; en aquest punt, es quan pot generar-se el dubte de si estaríem davant d'una pensió d'aliments o bé en una liquidació del règim matrimonial, per això caldrà atendre a la llei substantiva que resulti aplicable, per tant, si es qualifica com aliments aplicariem el Protocol de La Haia, o, en l'altre cas, si es qualifiqués com a liquidació del règim econòmic matrimonial, aplicariem el Reglament 2016/1103.<sup>18</sup>

En relació al Protocol de La Haia de 2007, l'art. 1.1 que determina el seu àmbit material d'aplicació indica que s'aplica per determinar la llei «a las obligaciones alimenticias que derivan de una relación de familia, filiación, matrimonio o afinidad, incluyendo las obligaciones alimenticias a favor de un niño con independencia de la situación conyugal de sus padres». Comprovem que la norma incideix més en la protecció dels menors, tot preveient la seva aplicació sense possibilitat de discriminació respecte els fills nascuts dins o fora del matrimoni; la noció de «relació de família» no està definida, però es estensa, ja que inclou les relacions d'afinitat encara que aquestes no estiguin reconegudes en tots els Estats. Així mateix, l'art. 5 PH2007, inclou una norma especial relativa als cònjuges i ex-cònjuges, per això es pot concloure que s'aplica la norma a l'obligació d'aliments tant durant el matrimoni com després de la seva dissolució. Conseqüentment, s'inclouen les contribucions a les càrregues del matrimoni, la pensió compensatòria, la indemnització per raó de

---

18 P. JIMÉNEZ BLANCO, «Ley aplicable a los regímenes económicos matrimoniales en el Reglamento (UE) 2016/1103», *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales Vitoria-Gasteiz 2018*, p. 11 i ss; 30 (en premsa). L'autora exclou del concepte d'aliments les indemnitzacions per dedicació a la llar. L'ideal és coordinar la llei aplicable (és a dir, que sigui la mateixa llei, del mateix ordenament jurídic) al règim econòmic matrimonial i als aliments (pensió compensatòria), i això ho permet l'art. 8.c del Protocol de La Haia de 2007. Es planteja el dubte de si el pacte de renúncia de la pensió compensatòria entraria en l'àmbit d'aplicació dels acords de ruptura inclosos en el Reglament 2016/1103; però la qualificació autònoma d'aliments conduiria a determinar la validesa del pacte conforme el Protocol de La Haia de 2007.



treball a la llar, als aliments pactats entre els cònjuges, i es planteja la inclusió o no de l'assignació de l'habitatge familiar.<sup>19</sup>

### 3.2. La prestació compensatòria entre excònjuges figura exclosa de l'obligació d'aliments en Dret civil català

Els drets nacionals tenen regulats els aliments amb un abast diferent l'un de l'altre; i diferent respecte el DIPr europeu. Aquest és el cas del Dret civil català en el qual la «prestació compensatòria» per relació conjugal que es pot atorgar en un divorci no té caràcter alimentari, així tampoc, la «pensión compensatoria» del Codi civil espanyol.<sup>20</sup>

El Codi civil de Catalunya (CCCat) regula els «aliments d'origen familiar» al capítol VII (art. 237 CCCat) que inclou, entre les persones obligades, els cònjuges.<sup>21</sup> Per al cas de ruptura matrimonial, es preveu de forma específica com a mesura provisional la fixació «d'aliments a favor d'un cònjuge» (art. 233-1.d CCCat), són els aliments provisionals que es preveuen durant la tramitació del divorci. Ara bé, en relació a les mesures definitives, desapareix la possibilitat d'aliments per a cònjuges i s'introdueix la «prestació compensatòria» (art. 233-2.a CCCat).<sup>22</sup> Aquesta és regulada en l'art. 233-14 al -19 CCCat en què preveu que el cònjuge a qui

---

19 P. JIMÉNEZ BLANCO, «Ley aplicable a los regímenes económicos matrimoniales en el Reglamento (UE) 2016/1103», *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales Vitoria-Gasteiz 2018*, p. 10 (en premsa)

20 En el precedent Codi de família de Catalunya el terme emprat era «pensió», però amb la nova regulació en el CCCat s'introdueix la possibilitat d'efectuar el pagament en forma de capital (en béns o diners), opció que va originar l'ús del terme «prestació» (Preàmbul Llibre II, art. 233-17.1 CCCat). En el portal de justícia europea (e-justice) en la versió espanyola s'utilitza com a títol general «pensiones alimenticias», en francès «créances alimentaires» tot i que en l'explicació usa el terme «pension alimentaire», en italià «assegni alimentari», en anglès «maintenance claims».

21 En primer lloc, el CCCat preveu entre els deures dels cònjuges els d'ajuda mútua i dret de socors mutu. Aquest darrer es refereix a l'aspecte patrimonial, en concret inclou, les càrregues del matrimoni (art. 231-6 CCCat) i el deure d'aliments entre cònjuges (art. 237-2 CCC). P. DEL POZO, A. VAQUER, E. BOSCH, *Derecho civil de Cataluña. Derecho de familia*. 2016, (2<sup>a</sup> ed), Marcial Pons, p. 80.

22 Va ser objecte de debat doctrinal i jurisprudencial la possibilitat de fer compatible o no les dues prestacions (alimentària i compensatòria) a causa de la introducció de la Llei del divorci. El Codi de família de 1998 va aclarir la polèmica introduint la pensió alimentària i deixant els aliments entre cònjuges només en cas de separació matrimonial. La necessitat d'aliments, un cop decretada la pensió compensatòria, desapareix, «ambdues prestacions es fusionen en una de sola, que normalment és la

resulti perjudicada la seva situació econòmica com a conseqüència de la ruptura de la convivència pot sol·licitar-la, en determinades circumstàncies i quanties, perfectament regulades en els apartats següents del mateix article.<sup>23</sup> No es només un canvi de terme, donat que la naturalesa és diferent, ja que en la prestació no hi ha una necessitat com sí hi hauria en els aliments,<sup>24</sup> sinó que en la primera el que es pretén és compensar el desajust econòmic a un dels cònjuges després de la ruptura i té per objectiu garantir el nivell de vida de què gaudia durant el matrimoni. Així mateix, la prestació compensatòria és a instància de part, per tant, una pretensió de justícia sol·licitada i de caràcter disponible,<sup>25</sup> mentre que els aliments entre cònjuges és una mesura provisional.

Malgrat aquestes diferències, es presumeix un paral·lelisme en relació al contingut o quantia entre els aliments provisionals a favor d'un cònjuge i la prestació compensatòria, perquè la fixació de la quantia no es limita a l'indispensable per a la subsistència del cònjuge creditor, sinó que haurà d'ajustar-se al nivell de vida que aquest tenia durant la convivència matrimonial. La doctrina catalana entén que la prestació compensatòria no es limita a un mer dret d'aliments, atesa la jurisprudència segons la qual la finalitat és la readaptació del cònjuge creditor a la vida activa com a conseqüència de les desmillores econòmiques després de la ruptura i la seva pèrdua d'oportunitats.<sup>26</sup>

---

compensatòria». A. RUCOSA ESCUDÉ, «Pensió compensatòria i aliments entre cònjuges: propostes i criteris d'estandardització», *Nous reptes del Dret de família*, XIII Jornades de Tossa, 2005, p. 160. Diferent de la compensació econòmica per raó de treball (art. 233-2.c)

23 Amb termes similars a l'art. 97 del Codi civil espanyol: «El cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia. (...)»

24 art. 237-4 CCCat: «Té dret a reclamar aliments només la persona que els necessita (...)». Art. 237-1 CCCat: «S'entén per aliments tot el que és indispensable per al manteniment, l'habitatge, el vestit i l'assistència mèdica de la persona alimentada (...)».

25 A. CABELLO GUILERA, «Art. 233-14. Prestación compensatoria», E. ROCA TRÍAS; P. ORTUÑO MUÑOZ (coords.), *Persona y Familia. Libro Segundo del Código Civil de Cataluña*, Sepín, 2011, p. 889.

26 P. DEL POZO, A. VAQUER, E. BOSCH, *Derecho civil de Cataluña. Derecho de familia*. 2016, (2ª ed), Marcial Pons, p. 121; 147-148. Citen la STSJC 11/2/2016. E. ROCA TRÍAS; P. ORTUÑO MUÑOZ (coords.), *Persona y Familia. Libro Segundo del Código Civil de Cataluña*, Sepín, 2011, p. 812.

Amb aquesta breu descripció de la regulació de la prestació compensatòria catalana, es pretén indicar, per una banda, que està àmpliament regulada en el CCCat i, per altra banda, que és una figura que es preveu com a autònoma, vinculada a la ruptura de la convivència si bé hi ha certs paral·lelismes amb els aliments entre parents. En aquest punt ens podríem preguntar si hi ha una incompatibilitat entre el DIPr europeu que inclou la prestació compensatòria entre les obligacions d'aliments i el Dret català que ho té regulat de forma separada. La resposta la mostrem des de la perspectiva pràctica, és a dir, si són incompatibles en l'aplicació d'ambdues normes, i no pas des d'un punt de vista dogmàtic en quant a la naturalesa jurídica de la figura. La resposta que avancem és que són compatibles, sense que la concepció del DIPr europeu faci alterar la del Dret civil català. Això és així, perquè les normes de DIPr europeu tenen una funció diferent que les normes substantives regulades en els ordenaments dels Estats membres de la UE, i pel nostre estudi, en el Dret civil català.

### **3.3. La pràctica jurisprudencial espanyola**

Malgrat la resposta anterior, pràctica judicial ens demostra que no és fàcil conèixer i aplicar les dues concepcions alhora (l'europea i la catalana). És habitual que els tribunals de primera instància i l'advocacia davant d'un divorci internacional, en el qual apliquen els reglaments europeus corresponents segons el cas (R.2201/2003, R.1259/2010) per tal de determinar si el tribunal espanyol és competent i, en cas afirmatiu, quina llei s'aplica al divorci (la del fòrum, és a dir, l'espanyola; o una d'estrangera). En el cas que en aquest divorci internacional un dels cònjuges sol·liciti una prestació compensatòria, s'hauria d'utilitzar la norma de DIPr que determinarà si el tribunal espanyol és així mateix competent o no per conèixer sobre aquesta prestació i, en cas afirmatiu, quina llei substantiva aplicaria (la del fòrum, és a dir, l'espanyola; o una d'estrangera). En aquest segon pas és quan és possible que es cometi l'error per part de l'advocacia i la judicatura, quan: o bé obvien l'element d'internacionalitat del supòsit (entenen incorrectament que si ja s'ha determinat la competència i la llei aplicable pel divorci, no cal que es determini per les altres causes); o bé, no utilitzen el Reglament 4/2009 que determina el tribunal competent en obligació d'aliments per considerar que la prestació o pensió compensatòria no són aliments. L'acte de qualificació és incorrecte, doncs, perquè utilitzen la definició catalana

(o espanyola) del dret intern per determinar l'aplicabilitat d'una norma europea que, com s'ha reiterat, disposa de les seves pròpies normes d'aplicació amb conceptes autònoms. El correcte seria utilitzar les normes de DIPr europees (sempre que es complissin els àmbits d'aplicació, no només el material) i, per tant, el concepte ampli d'aliments que encabeix la prestació d'aliments. D'aquesta manera la norma europea de DIPr (R.4/2009) determinarà si el tribunal espanyol (o un altre d'europeu) és competent. I, en el cas que fossin competents els tribunals espanyols, haurien d'utilitzar la norma de conflicte internacional (Protocol de La Haia de 2007 per remissió del Reglament europeu) per determinar quina llei substantiva aplicarà el jutjat espanyol, que podrà ser l'espanyola o una d'estrangera. En el cas que la llei designada fos l'espanyola, caldrà elaborar un segon exercici per determinar quina de les lleis coexistents a l'Estat espanyol és l'aplicable.<sup>27</sup> Si el resultat fos la llei catalana com aplicable (p.ex. per la residència habitual del creditor a Catalunya),<sup>28</sup> aleshores aplicariem la regulació de la prestació compensatòria del CCCat i no les normes sobre aliments del CCCat, de manera que no s'alteraria el contingut del dret intern.

La pràctica davant dels tribunals espanyols, en concret, dels territorialment situats a Catalunya, no ha estat aquesta, malgrat la sentència 742/2000 del Tribunal Suprem espanyol, pronunciada el 21 de juliol de 2002,<sup>29</sup> que aclareix de forma taxativa la inclusió de la «pensión compensatoria» en el concepte d'aliments quan s'apliquen les normes europees (en el cas era l'execució parcial d'una sentència holandesa a través del Conveni de Brussel·les de 1968):

«(...) el Convenio de Bruselas es aplicable tanto a la ejecución de una medida provisional de pensión mensual de alimentos a favor de uno de los cónyuges litigantes en un juicio de divorcio como a una pensión

---

27 Vegeu la contribució en aquest mateix llibre d'E. GINEBRA MOLINS, malgrat que l'estudi és en relació a les successions, es pot fer un paral·lelisme parcial en relació a l'aplicació de la norma internacional per determinar la llei aplicable de les coexistents a Espanya.

28 En aplicació de l'art. 3 PH2007, en virtut de l'art. 16. c) PH2007, per remissió del 16.2 PH2007, a la vegada remès per l'art. 9.7 CC.

29 STS (Sala Civil) 742/2000, de 21 de juliol de 2000. (FJ3) (ECLI:ES:TS:2000:6152).

compensatoria provisional a pagar mensualmente y acordada en juicio de divorcio.»<sup>30</sup>

Encara actualment els tribunals de segona instància es posicionen al respecte. Per exemple, la Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona de 12 de maig de 2015,<sup>31</sup> en la qual no es dubtava de la competència del tribunal espanyol en aplicació del Reglament 4/2009. Sí hi havia oposició en relació a la norma de DIPr a utilitzar per determinar la llei substantiva aplicable a la prestació de l'ex-esposa. Per una banda, s'advocava l'ús del Protocol de La Haia de 2007 resultant aplicable el Dret català i, per altra banda, que fossin d'aplicació els arts. 9.2 i 107 CCEsp, essent aplicable el Dret alemany. El tribunal, primerament, justifica l'aplicabilitat del Reglament 4/2009 a la pensió en litigi, perquè el concepte d'obligació d'aliments hauria d'interpretar-se de manera autònoma i s'estén a la pensió compensatòria, tot fent referència a posicionaments del TJUE. Així mateix justifica l'aplicabilitat del Protocol de La Haia de 2007 per remissió del Reglament 4/2009 i essent aplicable a Espanya per estar-hi vinculat. El tribunal determina aplicable el Dret alemany en virtut de l'art. 5 PH2007, perquè presenta una vinculació més estreta al matrimoni i, en concret, subsumeix la «pensió per jubilació» figura germànica regulada en el BGB, com a pensió compensatòria (i així es justifica l'aplicació del PH2007). Ara bé, a continuació el tribunal planteja la possibilitat de considerar aquesta «pensió per jubilació» com un equilibri entre els cònjuges divorciats, i no per pal·liar les necessitats econòmiques interpretant que no seria cobert pel Reglament 4/2009 i aplicaria l'art. 9.2 CC com a efecte del matrimoni,<sup>32</sup> tot i que el resultat seria el mateix, l'aplicació del Dret

---

30 En aquesta sentència l'objecte era el reconeixement i execució parcial d'una obligació d'aliments (pensió a l'excònjuge) dictada en una sentència de divorci holandesa en què també es repartien els béns matrimonials. El recurs a l'execució espanyola es fonamentava en l'exclusió de l'aplicabilitat del règim econòmic matrimonial del Conveni de Brussel·les de 1968; el TS, fent ús de la jurisprudència del TJUE indica que sí és aplicable el Conveni per l'execució parcial de la sentència en quant als aliments (pensió compensatòria) perquè la prestació està destinada a la manutenció del cònjuge, per tant obligació d'aliments, i no és pas una prestació que tingui per objecte el repartiment de béns entre els esposos, efectivament matèria de règim matrimonial exclòs del Conveni de Brussel·les.(FJ3)

31 SAPB (Secc. 12) 5640/2015, de 12 de maig de 2015 (ECLI:ES:APB:2015:5640).

32 La qüestió no és pacífica tal i com s'ha exposat en l'apartat 3.1. Considerem que el tribunal es contradiu quan determina que el concepte d'aliments és autònom amb independència de la denominació («De ese concepto tan amplio, independientemente de la denominación que reciba en la legislación de los distintos Estados miembros,

alemany. Considerem més encertat la primera argumentació jurídica però, sigui com sigui, l'exemple també serveix per demostrar que les normes de DIPr, en concret les de determinació de la llei aplicable, són flexibles en l'acte de qualificació per tal de poder subsumir una figura jurídica (pensió per jubilació post-divorci) en una norma de conflicte que no té regulada la mateixa figura jurídica (ja sigui la norma europea com la norma de DIPr interna); així mateix, es constata que l'aplicació de la norma de DIPr no altera la figura jurídica del dret substantiu finalment aplicable (al cas, el Dret alemany).

En la Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona de 12 de setembre de 2018,<sup>33</sup> aclareix (FJ1):

«(...) El concepto de alimentos en Derecho Internacional es más amplio que el concepto de alimentos de nuestro Derecho interno en tanto engloba toda prestación reconocida en la ley entre cónyuges y por tanto comprende la pensión compensatoria. Nos encontramos ante un concepto propio del Derecho Internacional privado de producción comunitaria que engloba toda obligación de alimentos derivada de una relación de familia.(...)».<sup>34</sup>

En el supòsit no es dubta de l'aplicació de les normes de DIPr en matèria d'aliments (Reglament 4/2009 i Protocol de La Haia 2007) respecte una prestació compensatòria entre ex-cònjuges. El tribunal aplica la regulació del CCCat sobre prestacions compensatòries, tot havent fet ús del concepte d'aliments per determinar la competència del tribunal i determinar la llei substantiva aplicable. En aquest cas, es demostra que són compatibles la coexistència de normes internes i internacionals que

---

se ha derivado que incluso sea aplicable a algunas pensiones compensatorias entre excónyuges»(FJ2)) i inicialment accepta aplicar el PH2007; la prestació compensatòria entre excònjuges, interpretat pel TJUE, no cerca només la necessitat *strictu sensu* sinó que té en compte els recursos disponibles, motiu de recursos del demandant (tot i que no ho prova) en aquest cas.

33 SAPB 580/2018 (Secc. 18), de 12 de setembre de 2018 (ECLI:ES:APB:2018:7603).

34 Amb exacte aclariment la SAPB 618/2018 (Secc.18), de 25 de setembre de 2018 (ECLI:ES:APB:2018:8937) tot i que en el cas però, no es discuteix una prestació d'aliments entre excònjuges, sinó pensió d'aliments per als fills. S'aplica el Reglament 4/2009 i el Protocol de La Haia 2007, es determina la seva competència, i posteriorment s'indica aplicable el dret català (CCCat) en quant als aliments, per tenir el creditor la residència habitual a Catalunya en virtut del PH2007.

regulen amb abast diferent una figura jurídica perquè s'usen en moments diferents i els seus efectes no col·lisionen.

#### 4. CONSIDERACIONS FINALS

La resposta al dubte que plantejàvem en el nostre estudi seria que els conceptes de DIPr europeu i els del Dret civil català (i espanyol) són compatibles.

Ara bé, la complexitat de la seva convivència és enorme.

No seria honest, però, afirmar que les regulacions internacionals de DIPr, tant europees com convencionals no alteren les figures jurídiques internes dels ordenaments jurídics. Certament, la terminologia i el contingut de figures regulades en normes de DIPr s'acaben introduint en les normes internes, però això no té per què implicar modificar la seva regulació substantiva, tal com s'ha intentat demostrar en aquest estudi (p.ex. responsabilitat parental o aliments). En d'altres ocasions, s'introdueixen figures jurídiques i termes inexistents en un ordenament jurídic mitjançant les normes de DIPr. Per exemple, els «documents públics», per a nosaltres majoritàriament notariais i que compten amb una amplíssima regulació interna, però que en d'altres Estats de la Unió europea no existeixen o no serien equiparables.

Els termes jurídics tenen un significat i contingut que difereixen d'un ordenament a un altre. Aquestes diferències parteixen de les tradicions i de la història de determinats territoris i col·lectius, que en àmbit de les relacions personals s'accentuen, fet que condiona el seu immobilisme front a l'adaptabilitat a d'altres branques del dret com poden ser les normes de comerç internacional. En el context del DIPr europeu, àmpliament unificat, la dificultat per canviar i encabir els termes, per tant, els conceptes i figures jurídiques en dret de família i de successions de 28 Estats membres, és evident. El principal escull és la impossibilitat d'unificar el dret. Per tant, tenim normes de DIPr que són normes tècniques no substantives que necessiten òbviament utilitzar els termes jurídics però que manquen de contingut uniforme. Això ha provocat la inclusió de definicions en els textos legals i la interpretació del TJUE. Aquest esforç xoca inevitablement amb els conceptes i termes interns, nacionals o infranacionals, que sí tenen desenvolupat tot un dret substantiu carregat de història, valors i principis generals. El legislador

europèu coneix bé aquesta situació, per això quan va aprovar el Tractat de Funcionament de la UE, va incloure en el seu art. 81 que les matèries de família en normes de DIPr s'havien d'aprovar per unanimitat. Les conseqüències dels desacords jurídics s'evidencien en la impossibilitat d'aprovar els darrers reglaments per unanimitat recorrent a l'aprovació per cooperació reforçada. Per exemple, els Reglaments 1259/2010 i 2016/1103 en quant a la impossibilitat de definir matrimoni i la presumpció que s'inclouen els matrimonis homosexuals.

Conjuminar els conceptes autònoms de DIPr europeu amb els conceptes interns de dret substantiu és una realitat a la qual els operadors jurídics s'hi han d'avesar i, l'acadèmia, des de les diferents àrees de coneixement, hem de contribuir a facilitar el seu coneixement i correcta aplicació.



# El criteri de raonabilitat com a límit moderador en l'exigibilitat del compliment conforme al Llibre VI del CCCat

LAURA ARROYO SAN JOSÉ

*Advocada*

## SUMARI

1. INTRODUCCIÓ. 2. EL CONCEPTE DE RAONABILITAT I LA SEVA ESTANDARITZACIÓ COM A MODEL DE CONDUCTA. 2.1. *Orígens en dret anglosaxó: l'evolució del «reasonably man» aplicable al dret de danys a la «reasonable diligence» en seu contractual.* 2.2. *Els referents: la configuració del paràmetre de la raonabilitat en els instruments de dret uniforme i de dret contractual europeu.* 2.3. *Encaix i analogies del judici de raonabilitat amb el sistema de dret civil.* 3. LA POSSIBILITAT RAONABLE D'ADVERTIMENT DELS DEFECTES O INCORRECCIONS DEL BÉ VENUT. NECESSÀRIAMENT UNA QÜESTIÓ D'INCOMPLIMENT DELS DEURES PRECONTRACTUALS D'INFORMACIÓ? 3.1. *Supòsits de limitació aplicats a la manca de conformitat basats en la raonabilitat.* 3.2. *Les particularitats aplicables a la contractació de consum.* 4. A MODO DE CONCLUSIÓ: ABAST I FUNCIONS DEL CRITERI DE LA RAONABILITAT EN EL COMPLIMENT DEL CONTRACTE

## 1. INTRODUCCIÓ

La inclusió del principi de conformitat en la regulació dels contractes amb finalitat transmissora, especialment desenvolupada en seu de compravenda civil (arts. 621 i següents del Codi civil de Catalunya, d'ara endavant, CCCat), ha comportat l'actualització<sup>1</sup> dels paràmetres del compliment exigible a la part venedora, alhora que ha incorporat un criteri de delimitació de la seva responsabilitat amb recurs a la noció de la raonabilitat (art. 621-25 CCCat). Aquesta, fonamentalment, però no de

---

1 En aquest sentit, vegeu BARRAL VIÑALS, Immaculada: Las obligaciones del vendedor en el Libro VI del Código civil de Cataluña: la entrega de la cosa y la transmisión de la titularidad. SERRANO DE NICOLÁS, Ángel (coord.), *Estudios sobre el Libro sexto del Código civil de Cataluña*, Marcial Pons, Madrid, 2018, pàg. 167-168 i VAQUER ALOY, Antoni: La falta de conformidad de la prestación en la nueva regulación de la compraventa en Cataluña. SERRANO DE NICOLÁS, Ángel (coord.), *Estudios sobre el Libro sexto del Código civil de Cataluña*, Marcial Pons, Madrid, 2018, pàg. 215-216.

manera exclusiva, al seu torn, recau en seu de conformitat sobre la part compradora i centrarà el nostre objecte d'estudi com a límit moderador, des d'una doble vessant: en primer terme, com a mecanisme de concreció de la prestació deguda, determinant el contingut exacte que pot ser susceptible de compliment conforme al contracte i, en sentit contrari, com a càrrega imputable a la part adquirent, predicada del deure d'autoprotecció que, necessàriament, però amb diferent intensitat, hauran de suportar les parts contractants, depenent del grau de tuïció que els sigui aplicable.<sup>2</sup> Atesa aquesta dualitat amb la que s'integra l'expectativa raonable en dret contractual català, centrarem la nostra aproximació entorn el següent ordre de qüestions:

En primer lloc, la noció de raonabilitat s'erigeix com a model de conducta, informant l'actuació de les parts contractants, alhora que opera com a límit unitari inherent a la inclusió del principi de conformitat en dret uniforme. Aquesta tendència, originària del *common law*, es manlleua directament del dret contractual europeu afavorint una adaptació correctora d'abast més general, que també es troba present a la normativa de consum envers la desviació de la prestació ideal compromesa (art. 2.4 de la Directiva 1999/44/CE), per bé que tampoc esdevé una manifestació aliena al nostre sistema amb recurs a diversos instruments com, per exemple, altres models de conducta: així el bon pare de família<sup>3</sup> (arts. 1094 i 1104 del Codi civil espanyol, d'ara endavant, CC), l'empresari diligent<sup>4</sup>, l'equitat (art. 111-9 CCCat) o l'honradesa en els tractes (art. 111-7 CCCat).

En segon terme, no tota informació inexacta o bé incomplerta pot donar lloc a una manca de conformitat. El propi criteri de la raonabilitat alleugereix el deure d'informar (art. 621-7 CCCat) com a manifestació de la bona fe negocial i l'honradesa en els tractes, adaptant-lo a les característiques i la naturalesa dels

---

2 Així, per exemple, quan la compravenda es celebra en el marc d'una relació de consum, l'article 621-25.2 CCCat, coincidint amb l'opció continguda al 99.3 del *Common European Sales Law* (d'ara endavant, CESL), introdueix una relaxació del judici de la raonabilitat, possibilitant que el venedor respongui de tota manca de conformitat, encara que sigui coneguda pel comprador, mentre no hagi estat expressament acceptada per l'adquirent del bé.

3 En aquest sentit, per contraposició a un model de conducta no professional, vegeu BADOSA COLL, Ferran: *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1987, pàg. 79-80.

4 En relació amb el desenvolupament de l'estàndard aplicable en l'àmbit mercantil, on destaca l'existència d'un especial deure tècnic o especialitzat, vegeu RAMOS HERNÁNDEZ, Isabel: El estándar mercantil de diligencia: el ordenado empresario, ADC, vol.59, núm. 1, 2006, pàg. 199-205.

béns, el coneixement de les parts i el cost de la informació (621-24 c CCCat) que cal mobilitzar per obtenir la informació contractualment rellevant. La possibilitat raonable d'advertiment dels defectes o incorreccions del bé venut, segons la seva configuració al CCCat, ens planteja si necessàriament es configura com una qüestió situada exclusivament en l'àmbit de l'incompliment dels deures d'informació precontractual o és capaç d'abastir i modular altres circumstàncies que excedeixen les comunicacions intercanviades durant la fase negocial.

Finalment, a mode de conclusió, ens centrarem en l'estàndard de raonabilitat predicat de la manca de conformitat envers les manifestacions que se'n deriven de la seva doble funció: d'una banda, integradora del contracte davant l'error inexcusable, fins i tot, a efectes de lliurament (art. 624-14.2 CCCat) i, de l'altra, com a causa d'exoneració de la responsabilitat del venedor, llevat dels casos de negligència greu, ocultació dolosa i garantia expressa de conformitat, explícitament exceptuats per la norma.

## 2. EL CONCEPTE DE RAONABILITAT I LA SEVA ESTANDARITZACIÓ COM A MODEL DE CONDUCTA

El criteri de la raonabilitat, segons ha estat objecte d'incorporació pel legislador català al Llibre VI, de mode inherent a la integració del concepte de compliment conforme, ha vehiculat l'assumpció del procés de construcció del dret privat europeu de contractes, mitjançant la pressa en referència de diferents models de dret uniforme d'àmbit supranacional. En són clars exemples,<sup>5</sup> en aquest sentit, els expressament referenciats al Preàmbul de la Llei 3/2017, del 15 de febrer, del llibre sisè del Codi civil

---

5 Per bé que, com assenyala VAQUER ALOY, Antoni: La conformitat en la regulació projectada a la compravenda. Institut de Dret Privat Europeu i comparat de la UdG (coord.), *El Llibre sisè del Codi civil de Catalunya : anàlisi del Projecte de llei. (Material de les Divuitenes Jornades de Dret català a Tossa)*, Documenta Universitària, Girona, 2015, pàg. 91-92, el propi Codi de Consum de Catalunya (d'ara endavant, CCons), no era un institut aliè al dret vigent, doncs, ja es preveia, en la mateixa línia que el dret contractual europeu (arts. 123-6 i 123-7.2 CCons), l'exigència de conformitat referida de la prestació, alhora que en destaca la influència d'altres referents provinents del dret uniforme: «*En general i a grans trets, d'entre els models europeus possibles, la regulació que es proposa a l'avantprojecte de llei s'apropa més a la proposta de Reglament d'un dret comú europeu de la compravenda (CESL) que no a l'esborrany de Marc Comú de Referència (DCFR)*».

de Catalunya, relatiu a les obligacions i els contractes, i de modificació dels llibres primer, segon, tercer, quart i cinquè: el Conveni de Viena de 1980 sobre la venda de mercaderies (d'ara endavant, CISG) i la Directiva 1999/44/CE relativa a determinats aspectes de la venda i les garanties dels béns de consum.

La importació del límit aplicable al compliment conforme o raonabilitat, palesa l'apropament dels sistemes del *common law* i del *civil law*, donant lloc a un transvasament<sup>6</sup> de conceptes que vindria a harmonitzar els límits imposables en aquelles situacions on, eventualment, poden concórrer interessos enfrontats, contribuint a unificar les diferents normatives supranacionals, fins arribar a impregnar<sup>7</sup> la teoria del contracte als codis civils continentals.

## 2.1. Orígens en dret anglosaxó: l'evolució del «reasonably man» aplicable al dret de danys a la «reasonable diligence» en seu contractual

En dret anglosaxó el concepte sorgeix al voltant del segle XIX,<sup>8</sup> als tribunals de l'època victoriana, on destaca com a cas d'estudi paradigmàtic el plet que va enfrontar Vaughan i Menlove,<sup>9</sup> relatiu a la responsabilitat exigible en seu de danys, «torts law», ocasionats per un incendi<sup>10</sup> on es debatia la idoneïtat de les mesures adoptades pel demandat. Amb motiu de la

---

6 Vegeu TORRELLES TORREA, Esther: El criterio de la razonabilidad. Un elemento reequilibrador del contrato. GRAMUNT FOMBUENA, Mariló i FLORENSA I TOMÀS, Carles E. (dirs.), *Codificación y reequilibrio de la asimetría negocial*, Dikynson, Madrid, 2017, pàg. 175.

7 Explicant el procés i la perspectiva adoptada en dret alemany, vegeu ZIMMERMANN, Reinhard: *El nuevo derecho alemán de obligaciones. Un análisis desde la Historia y el Derecho comparado*, Editorial Bosch, Barcelona, 2008, pàg. 107 i s.

8 Vegeu, BEST, Arthur i BARNES, David: *Basic Tort Law: Cases, Statutes, and Problems*, Aspen Publishers, New York, 2007, pàg. 91-92.

9 Cfr. Vaughan v. Menlove 132 eng. rep. 490 (c.p. 1837).

10 El 1837 el paller del demandat, on havia apilat una quantitat considerable de fenc, tot i els advertiments reiterats dels veïns, es va incendiar degut a una ventilació deficitària. El paller es trobava als límits de la finca colindant, propietat del demandat, fins a on es va estendre el foc que, finalment, va cremar dues cases.

controvèrsia, es va procurar una descripció del «reasonable man»,<sup>11</sup> en la seva formulació més propera «reasonable persone»,<sup>12</sup> connexa amb l'ideal d'actuació<sup>13</sup> d'una persona que hagués emprat una prudència ordinària, en les mateixes circumstàncies i context, capaç de neutralitzar<sup>14</sup> el risc que donà lloc a la producció dels danys.

Progressivament,<sup>15</sup> el criteri de la raonabilitat seria emprat com a estàndard de conducta aplicable a una segona branca, la contractual, sota la denominació de «reasonable diligence» o diligència raonable davant els supòsits de «breach of contract» o responsabilitat per incompliment contractual. En aquest àmbit, l'estàndard s'eixamplaria permetent constatar dos vessants d'operativitat: d'una banda, a nivell jurisprudencial, els jutges i tribunals de Regne Unit recorren al denominat «test de raonabilitat»<sup>16</sup> per determinar la validesa d'una clàusula contractual i, conseqüentment, la seva eficàcia, en relació a les situacions de desequilibri o abusivitat.<sup>17</sup>

- 
- 11 Tanmateix, conforme a paràmetres objectius i sota aquesta denominació genèrica, la raonabilitat com a estàndard de conducta seria recollida al Restatement (Second) of Torts (1965) §283 de l'American Law Institute, amb la següent previsió: «*Unless the actor is a child, the standard of conduct to which he must conform to avoid being negligent is that of a reasonable man under like circumstances*».
  - 12 Destacant la seva utilitat com a barem configurador de la conducta ideal, vegeu POWELL, Raphael: The unreasonableness of the reasonable man, *Current Legal Problems*, vol. 10, núm. 1, 1957, pàg. 104 i s. En contra d'aquesta denominació, sovint emprada pels tribunals, i aprofundint sobre el debat que suscita respecte de la perspectiva de gènere, vegeu EHRENREICH, Nancy a Pluralist Myths and Powerless Men: The Ideology of reasonableness in Sexual Harassment Law, *The Yale Law Journal*, vol. 99, núm. 6, abril de 1990, pàg. 1177-1234.
  - 13 JOHNSON, Eric. E: *Torts: Cases and Context*, vol. 1, eLangdell Press, 2015, pàg. 151: «*The reasonable person is not merely a person who is reasonable. In the real world, reasonable people are occasionally careless. But the reasonable person of negligence law is always careful — 24 hours a day, every day of her or his hypothetical life*».
  - 14 En aquest sentit, CHRISCOE, Johnny i LUKASIK, Lisa: Re-examing reasonableness: negligence liability in adult defendants with cognitive disabilities, *Alabama civil rights & civil liberties Law Review*, vol. 6, 2015, pàg. 2-3: «*This standard establishes the tort obligation “owed by all people generally” to act as a “reasonable and prudent person under the same or similar circumstances to avoid or minimize risks of harm to others*».
  - 15 Aprofundint sobre aquest fenomen expansiu, vegeu GARDNER, John: The Many Faces of the Reasonable Person, *Law Quarterly Review*, núm. 131, octubre 2015, pàg. 563-584.
  - 16 Vegeu TOMÁS MARTÍNEZ, Gema: La sustitución del «buen padre de familia» por el estándar de la «persona razonable»: reforma en Francia y valoración de su alcance, *Revista de Derecho Civil*, vol. II, núm. 1, enero-marzo, 2015, pàg. 68-69.
  - 17 Així, el 1977 veuria la llum positivitzat en l' «Unfair Contract Terms Act» del Parlament britànic, actualment, reformat i consolidat al «Consumer Rights Act» de 2015.

Però també, de conformitat amb el barem de la raonabilitat, es mesura el grau d'expectatives susceptibles de protecció que emparen les parts contractants en relació amb les declaracions realitzades durant la fase negocial.<sup>18</sup> En aquest extrem, cal posar de relleu que el «*common law*», generalment,<sup>19</sup> no protegeix les expectatives subjectives d'una part, sinó només aquelles que tendeixen a satisfer, des d'un punt de vista objectiu, la intenció comuna dels contractants que pot ser destriada segons criteris de raonabilitat. De conformitat amb aquesta delimitació, la valoració de l'expectativa contractual s'ha de ponderar, prescindint de judicis morals i dependent del context, en atenció als estàndards contemporanis de correcció<sup>20</sup> que socialment s'assumeixen per la col·lectivitat o «*ordinary thinking people*».<sup>21</sup> D'aquí que assenyali STEYN,<sup>22</sup> com a funció principal del dret contractual, la promoció d'un marc just i efectiu que permeti desenvolupar les relacions contractuals amb certesa i previsibilitat, on el judici de raonabilitat, aplicable als interessos comuns que s'estableixen en virtut d'una relació contractual, no assoliria, en sentit estricte, la categoria de disposició normativa, sinó més aviat de model o límit objectiu<sup>23</sup> projectat sobre les diferents<sup>24</sup> fases del contracte, especialment rellevant davant els supòsits d'incompliment.

---

18 En dret nord americà, per exemple, trobem la seva cristallització, expressament recollida com a guia en seu interpretativa aplicable pels tribunals al Uniform Commercial Code (d'ara endavant, UCC) al Restatement (second) of Contracts, Sections § 203-204. Supplying an Omitted Essential Term.

19 Vegeu STEIN, Johan: Contract Law: Fulfilling the reasonable expectations of Honest Man, *The Quarterly Law Review*, vol. 113, 1997, pàg. 434-435.

20 En aquest sentit, DI MATTEO, Larry A: The Counterpoise of Contracts: The Reasonable Person Standard and the Subjectivity of Judgment, *South Carolina Law Review*, núm. 48, 1997, pàg. 298-299.

21 El que establint un cert paral·lelisme, en termes de dret contractual de consum i salvant les asimetries que diferencien la contractació entre iguals o C2C de les constatades entre empresari i consumidor, trobaria la seva correspondència en el concepte de consumidor mig o «average consumer».

22 Op. cit. STEIN, Johan: Contract Law..., pàg. 434.

23 Op. cit. TOMÁS MARTÍNEZ, Gema: La sustitución...pàg. 72-73.

24 En aquest sentit, descrivint la projecció de l'estàndard de la raonabilitat com a límit modulador de la bona fe, present als diferents estadis de la vida del contracte que es contenen al UCC, vegeu, FARNSWORTH, E. Allan: Good faith performance and commercial reasonableness under the Uniform Commercial Code, *The University of Chicago Law Review*, January, 1992, pàg. 667 i s.

## 2.2. Els referents: la configuració del paràmetre de la raonabilitat en els instruments de dret uniforme i de dret contractual europeu

Com hem exposat al primer apartat, la raonabilitat prevista en dret contractual català pren en consideració diferents instruments d'abast supranacional i fa seva la tendència de modernitzar i objectivar el compliment de conformitat amb els paràmetres presents al dret uniforme. El primer referent ineludible, com a paradigma de la cristallització del principi de conformitat a la compravenda i, en conseqüència, de la conducta raonable com a barem de modulació, el trobem al Conveni de Viena sobre compravenda internacional de mercaderies de 1980.

Encara que la Convenció no se n'ocupa de definir el judici de raonabilitat, el seu recurs a aquest paràmetre esdevé una constant de la norma adreçada a moderar diversos àmbits de la vida del contracte, significat allò que esdevé acceptable en el comerç<sup>25</sup> en diferents qüestions. Així, per exemple, la noció de raonabilitat s'aplica: en seu interpretativa (art. 8 CISG),<sup>26</sup> per manca de correspondència de la mercaderia lliurada amb les prestacions compromeses, quan aquesta circumstància fos coneguda pel comprador o no pogués ésser obviada en el moment de la celebració (arts. 35.3 CISG i 42.2 lletra a CISG), davant els canvis del trànsit a destí de les mercaderies per garantir-ne la seva possibilitat d'inspecció al comprador mitjançant un ajornament del termini (art. 38.3 CISG), en la valoració del temps que ha de transcórrer fins que es comunica la manca

---

25 Sobre la base que proporciona l'article 9, vegeu HONNOLD, John: *Uniform Law of International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 1980, 3<sup>a</sup> edició, Kluwer Law International, 1999, pàg. 101 i s.

26 Segons versió de 2011: «Para determinar la intención de una parte o el sentido que habría dado una persona razonable deberán tenerse debidamente en cuenta todas las circunstancias pertinentes del caso, en particular las negociaciones, cualesquiera prácticas que las partes hubieran establecido entre ellas, los usos y el comportamiento ulterior de las partes». De la mateixa manera que els Principis UNIDROIT (art. 4): «El contrato debe interpretarse conforme a la intención común de las partes. Si dicha intención no puede establecerse, el contrato se interpretará conforme al significado que le habrían dado en circunstancias similares personas razonables de la misma condición que las partes». El comentari a la versió de 2010, a diferència del CISG, distingeix dos tipus d'elements interpretatius: des d'un punt de vista subjectiu, donant preferència a les declaracions intercanviades i conegudes per les parts que posen de manifest la seva intencionalitat i, en la resta de supòsits, subsidiàriament i de forma objectiva, reconeixent el sentit que li pot atorgar a les declaracions una persona raonable en les mateixes circumstàncies.

de conformitat al venedor (art. 43 CISG), com a criteri de determinació del remei aplicable davant un compliment defectuós (art. 46. 3 CISG), en l'ampliació dels terminis d'esmena (47.1 o 48.2 CISG) per als supòsits de lliurament extemporani (art. 49.2 CISG). En sentint invers, també és present en la determinació de les obligacions imputables a la part compradora (art. 60, 63, 65 CISG) o bé, indistintament, per ambdós parts contractants, a l'hora de promoure la resolució del contracte (art. 72 CISG).

Amb posterioritat al CISG, el recurs a l'ideal de conducta raonable, com a límit moderador, no només de la correspondència de les prestacions amb el contracte, va experimentar una acollida creixent<sup>27</sup> en la redacció del diferents instruments de dret contractual uniforme. Alguns, fins i tot, s'ocupen de proporcionar una definició del paràmetre. En ocasions, directament vinculada al que s'espera d'algú que actua observant les regles de la bona fe, art. 1:302<sup>28</sup> dels Principis de Dret contractual europeu (d'ara endavant PECL), implícita la noció de prudència ordinària, anivellada segons elements definitoris del context i de la pròpia naturalesa de la relació contractual i, d'altres, com els Acquis Principles (d'ara endavant, ACQP), enllaçant la bona fe com a principi rector, seguidament, amb la raonabilitat a mode de concreció<sup>29</sup> de la primera, projectades, tant sobre la

---

27 Sobre l'expansió de la bona fe i la raonabilitat en el decurs del procés de construcció del dret contractual europeu com a conseqüència de les polítiques d'harmonització, vegeu NAVARRETTA, Emmanuela: Buena fe y razonabilidad en el derecho contractual europeo. A RUTGERS, Jacobien i SIRENA, Pietro (eds.), *Reglas y principios en derecho contractual europeo*, Intersentia, Cambridge, 2015, pàg. 135-150.

28 Així, sota el títol de Reasonableness: «*Under these Principles reasonableness is to be judged by what persons acting in good faith and in the same situation as the parties would consider to be reasonable. In particular, in assessing what is reasonable the nature and purpose of the contract, the circumstances of the case, and the usages and practices of the trades or professions involved should be taken into account*».

29 EBERS, Martin; PFEIFFER, Thomas: Commentary on Chapter 2: Pre-contractual duties. Section I: General duties, ACQUIS GROUP (Research Group on the Existing EC Private Law), *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles), Contract I, Pre-contractual Obligations, Conclusion of Contract. Unfair Terms*, Sellier European Law Publishers, München, 2009, pàg. 65-66: «*Article 2:101 ACQP contains a general duty for the parties to act in accordance with good faith in pre-contractual dealings. Its purpose is to enforce the standards of fairness and reasonableness in pre-contractual dealings. Article 2:101 ACQP is not a specific consumer provision; its scope, however, includes business to consumer transactions. Insofar, it seeks to promote procedural fairness allowing the consumer to an unforced and informed choice. Article 2:101 ACQP must not be construed as an argument against a good faith requirement outside its scope of application. Article 2:101 ACQP applies as a general duty to all pre-contractual dealings. Article 2:102 ACQP and Art. 2:103 ACQP give further lines as to the interpretation of this general duty*»



fase precontractual (arts. 2:101 i 2:202 ACQP) com en seu de compliment o «duty to perform» (art. 7:101 (1) i (2) ACQP).<sup>30</sup>

En aquesta línia, via esmena però, el CESL (art. 2 f) també unifica bona fe contractual i raonabilitat, adequant la primera a la condició de raonable per judicar la idoneïtat o conveniència de l'actuació dels contractants. No obstant això, la Proposta de reglament es decanta (art. 5 CESL), en sentit invers, a l'hora de definir el que entén com a raonable per prescindir de la bona fe en la seva descripció, més propera a la vessant anglosaxona del criteri, amb una doble finalitat: establir els factors que s'hauran de tenir en compte per a la seva aplicació (natura i propòsit del contracte, circumstàncies del cas, usos i pràctiques de les activitats comercials o professionals) i, a nivell interpretatiu, reconèixer el seu valor com a referent objectiu<sup>31</sup> quan la norma, en qualsevol punt del seu articulat, faci referència al que raonablement una persona en la mateixa situació podria esperar, com a mesura del que seria habitual o acceptable en atenció a un determinat context negocial.

Al seu torn, amb anterioritat al CESL i ampliant<sup>32</sup> l'abast dels PECL, el DCFR incorporà una configuració coincident de la raonabilitat defugint del recurs a la bona fe i vinculada a la seva determinació objectiva (art.

---

30 AUBERT DE VINCELLES, Carol; MCHNIKOWSKI, Piotr; PISULINSKI, Jerzy; ROCHFELD, Judith; SZPUNAR, Maciej i ZOLL, Fryderyk: Commentary on Chapter 7. Performance of Obligations. Section I: General Duties, ACQUIS GROUP (Research Group on the Existing EC Private Law), *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles), Contract I, Pre-contractual Obligations, Conclusion of Contract. Unfair Terms*, Sellier European Law Publishers, München, 2009, pàg. 259: «Paragraph (1) of the commented article expresses a general duty to perform the obligation and refers to the criterion of good faith as a flexible instrument shaping the content of the obligation. In paragraph (2) there is the first example of the concretion of the good faith requirement, which involves taking into account the legitimate expectations of the other party.»

31 Sobre el mateix, assenyala GIMÉNEZ COSTA, Ana: Principios Generales, criterios de interpretación y reglas de aplicación. VAQUER ALOY, Antoni; BOSCH CAPDEVILA, Esteve; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, María Paz: *El derecho común europeo de la compraventa y la modernización del derecho de contratos*, Atelier, Barcelona, 2015, pàg. 91: «Esto significa que no se deben tener en cuenta las circunstancias de la persona involucrada en cuestión, sino que debe valorarse la situación desde un prisma abstracto. Así, los jueces cuando deban juzgar qué se considera como razonable en un caso concreto, deben utilizar el parámetro general de cómo actuaría una persona de acuerdo con la buena fe en la misma situación, sin tener en cuenta las condiciones o consideraciones de la persona concreta en el caso que juzgan. En este punto el CESL sigue a sus antecesores de derecho contractual europeo, ya que tanto el Art. 1:302 PECL como el I.-1:104 DCFR dejaban claro este extremo».

32 Op. cit. TORRELLES TORREA, Esther: El criterio de..., pàg. 179.

I.-1:104 DCFR)<sup>33</sup> on: «*La razonabilidad se verificará objetivamente, teniendo en cuenta la naturaleza y el propósito de lo que se realiza, las circunstancias del caso, y los usos y prácticas relevantes*».

Afí a aquesta tendència, la raonabilitat trobaria acollida en les directives. El model s'insereix de la mà de la regulació adreçada a la contractació de consum (art. 2.4 de la Directiva 1999/44/CE) sense connectar la seva observança amb la bona fe contractual, prenent en consideració el seu recurs com a límit objectiu<sup>34</sup> al principi de conformitat en la compravenda i adaptant la seva exigibilitat, fent trànsit de la «reasonable person» o «average purchaser» al que per analogia podríem equiparar amb la noció de consumidor mig o estàndard.<sup>35</sup>

### 2.3. Encaix i analogies del judici de raonabilitat amb el sistema de dret civil

Seria del tot inexacte afirmar que la referència al model de conducta que integra el judici de raonabilitat ha estat un barem desconegut al sistema d'arrel romanista fins a l'eclosió del dret contractual europeu. Encara que la seva recepció plantegi diferents dificultats, d'una banda, pel seu

---

33 Segons versió publicada per JEREZ DELGADO, Carmen: *Principios, definiciones y reglas de un Derecho civil europeo: el Marco Común de Referencia* (DCFR), Agencia estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015, pàg. 68.

34 En aquesta mateixa línia, vegeu l'article 8 de la Directiva (UE) 2019/770 de 20 de maig de 2019, així com la Proposta de Directiva de 2015, relativa a determinats aspectes dels contractes de compravenda en línia i altres vendes, que mantenia el sentit objectiu del coneixement raonable per exonerar la manca de conformitat amb el contracte (art. 5 lletra i), aplicable també en seu de terminis (art. 8) i a efectes de reparació o substitució (art. 9).

35 Encara que la Directiva 1999/44/CE no incorpora explícitament aquesta noció, es parteix d'una construcció jurisprudencial del TJUE, com assenyalava el considerant 18 de la Directiva 2002/65/CE, relativa a la comercialització de productes financers adreçada a consumidors, on s'adverteix: «*Es importante que todos los consumidores estén protegidos de las prácticas comerciales desleales; sin embargo, el Tribunal de Justicia ha considerado necesario, al fallar sobre casos relacionados con la publicidad desde la entrada en vigor de la Directiva 84/450/CEE, estudiar los efectos de dichas prácticas en la figura teórica del consumidor típico. Atendiendo al principio de proporcionalidad, la presente Directiva, con objeto de permitir la aplicación efectiva de las disposiciones de protección que contiene, toma como referencia al consumidor medio que, según la interpretación que ha hecho de este concepto el Tribunal de Justicia, está normalmente informado y es razonablemente atento y perspicaz, teniendo en cuenta los factores sociales, culturales y lingüísticos, pero incluye además disposiciones encaminadas a impedir la explotación de consumidores cuyas características los hacen especialmente vulnerables a las prácticas comerciales desleales...*»

singular procés de construcció en el marc del dret anglosaxó i, de l'altre, pel seu ampli espectre d'aplicació,<sup>36</sup> en dret continental és possible establir un paral·lelisme amb el criteri que ens ocupa, mitjançant instruments que han vingut realitzant una funció similar, encara vigents, ja sigui en aplicació de principis com la bona fe en sentit objectiu i l'honradesa en els tractes (art. 111-7 CCCat), l'equitat (art. 111-9 CCCat) o idoneïtat de la solució adequant-la a les circumstàncies concretes, la proporcionalitat, la vinculació dels actes propis (art. 111-8 CCCat) i els models de conducta basats en el bon pare de família o l'empresari diligent.

Les qüestions que ens plantegem davant la incorporació de la noció de la raonabilitat enfront els paràmetres de conducta clàssics són, essencialment, d'encaix en concórrer amb patrons que persegueixen funcions similars i quines són les pautes de coordinació que en permeten la convivència, essent del parer que no és necessari —ni tampoc convenient— desplaçar els recursos que componen la tradició del dret civil propi, quan admeten una coordinació eficient amb el procés d'harmonització del dret contractual europeu com, al nostre entendre, permet constatar la inclusió duta a terme pel legislador català.

La raonabilitat com a concepte indeterminat i unitari és un criteri ampli i flexible que permet imputar un deure d'actuació ideal basat en el sentit comú, atenent al que socialment pugui considerar-se acceptable o proper a la prudència ordinària, sigui en observança d'un especial deure de cura, de respecte a les legítimes expectatives suscitées entre les parts o predicada dels usos i pràctiques referides d'un context negocial concret. Tanmateix, com hem vist a l'apartat segon, relatiu als referents normatius, la raonabilitat es pot definir i encabir de manera aïllada o bé, vinculada a les regles de la bona fe en la contractació. Entre els arguments en detriment de la seva associació, per bé que són abundants els supòsits en què l'actuació segons el principi de la bona fe és coincident amb la noció de la raonabilitat, es manté que no tota conducta raonable, necessàriament, implica una manifestació de conduir-se segons la bona fe contractual. Així, per exemple,<sup>37</sup> en els supòsits de *venire contra factum proprium*, on seria raonable exercitar una acció amb cobertura legal,

---

36 A aquests efectes, recordem, per exemple, els nombrosos supòsits que incorporen aquest paràmetre al CISG, no només com a referent de persona o model d'actuació, sinó també en consideració dels terminis de lliurament, notificació, esmena...

37 Exemplificant aquesta opció, novament, vegeu GIMÉNEZ COSTA, Ana: Principios Generales...pàg. 92, nota 67.

havent generat la confiança suficient en la contrapart per creure que no s'empraria aquesta via.

En sentit contrari, parlem de conceptes diferenciats, però connexes i dependents, on la raonabilitat no és un principi com ho són la bona fe i l'honradesa en els tractes, sinó una conseqüència de conduir-se segons aquestes regles durant la contractació. Atès aquest vincle, el criteri de la raonabilitat opera com a límit en l'exercici d'un dret, informant un model de conducta desitjable. El Codi civil de Catalunya ha optat per aquest sentit qualificat de la bona fe<sup>38</sup> on, en paraules del professor EGEA FERNÁNDEZ:<sup>39</sup> «no n'hi ha prou amb el desconeixement de la realitat, sinó que cal també que el subjecte en qüestió no hagués tingut possibilitat de conèixer-la emprant una diligència raonable o, el que és el mateix, un comportament honest, sincer, prudent i diligent que, al cap i a la fi, no deixa de ser un element que s'integra en el concepte mateix de bona fe».

L'abast de la raonabilitat dependrà, doncs, de la configuració de la norma que l'acull, les circumstàncies del cas, els coneixements de les parts i el perfil de la persona adquirent (consumidor o no), a qui esdevé imputable un grau més o menys intens de diligència.<sup>40</sup> Aquest matís enllaça amb el deure d'autoprotecció<sup>41</sup> que s'imposa, indistintament, a les parts contractants, però que en seu de manca de conformitat integra el principi d'honradesa en els tractes (art. 111-7 CCCat) i es manifesta amb recurs a la possibilitat raonable de coneixement sobre aquelles desviacions de la prestació ideal compromesa que no van ser explicitades pel venedor, però que, tanmateix, el comprador no podia obviar ni, en conseqüència, serà mereixedor de poder oposar (art. 621-25 CCCat).

---

38 Vegeu EGEA FERNÁNDEZ, Joan: Article 111-7. Bona fe. LAMARCA i MARQUÈS, Albert i VAQUER ALOY, Antoni (eds.): *Comentari al Llibre Primer del Codi civil de Catalunya. Disposicions Preliminars. Prescripció i caducitat*, Atelier, Barcelona, 2012, pàg. 236-237.

39 EGEA FERNÁNDEZ, Joan: Bona fe i honradesa en els tractes en el Dret civil de Catalunya. *Discurs d'ingrés a l'acadèmia de Jurisprudència i legislació de Catalunya*, Barcelona, 2011, pàg. 24.

40 Destacant aquest matís distintiu i el seu fonament reequilibrador, vegeu LLÁCER MATAÇAS, Maria Rosa: La garantía por falta de conformidad y el cumplimiento «no conforme»: el derecho español a la luz del Marco Común de Referencia, BOSCH CAPDEVILA, Esteve (dir.): *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Editorial Bosch, Barcelona, 2019, pàg. 466.

41 Vegeu GÓMEZ CALLE, Esther: *Los deberes precontractuales de información*, La Ley, Madrid, 1994, pàg. 87.

### 3. LA POSSIBILITAT RAONABLE D'ADVERTIMENT DELS DEFECTES O INCORRECCIONS DEL BÉ VENUT. NECESSÀRIAMENT UNA QÜESTIÓ D'INCOMPLIMENT DELS DEURES PRECONTRACTUALS D'INFORMACIÓ?

La conformitat dels béns amb el contracte es nodreix de diversos requisits per ponderar si s'ha produït una desviació entre la prestació ideal, dissenyada per les parts, i la real, distingint entre les característiques o funcionalitats que, habitualment, s'obtenen en relació a una categoria de béns determinada (expectatives habituals), llevat que s'hagi pactat altrament (art. 621-20.2 CCCat), i aquelles expressament convingudes o de naturalesa subjectiva, que responen a interessos específics manifestats pel comprador i confirmats pel venedor en el moment de la conclusió del contracte (art. 621-20.3 CCCat).

En relació amb aquesta segona qüestió, cal connectar l'article 621-24 CCCat, relatiu a les manifestacions prèvies a la perfecció, amb el deure d'informar contingut a l'article 621-7 CCCat, que obliga el venedor a facilitar al comprador la informació rellevant sobre les característiques del bé (materials, atès l'art. 621-20 i jurídiques, en virtut del 621-30 CCCat). De la lectura conjunta d'aquests preceptes, es desprèn que les manifestacions prèvies no sempre condicionen la manca de conformitat a una correspondència exhaustiva de les prestacions exterioritzades pel venedor o bé, per un tercer que estigui legitimat per actuar en compte seu, amb les que pot finalment presentar el bé lliurat.

El criteri de la raonabilitat, com veurem seguidament, limita el compliment dels requisits d'informació precontractual a la manca d'una evidència suficient<sup>42</sup> que posi en alerta el comprador. A aquests efectes, el legislador pren en consideració les circumstàncies on, generalment, la possibilitat d'advertiment de canvis o desviacions en les característiques

---

42 Recorrem a la noció de suficiència també a l'hora de ponderar el deure d'advertiment que vincula les parts contractants a la fase negociada, doncs, encara que cristal·litza a la regulació del contracte de serveis (arts. 1:103 PEL SC o IV.C.;2: 102 DCFR), la seva inserció com a deure precontractual ens suggereix un abast molt més ampli predicat de qualsevol contracte adscrit a l'esquema onerós, igualment, limitat pel criteri de la raonabilitat en la necessitat d'alerta.

i funcionalitat dels béns és o pot ser, sense marge d'error cognoscible, detectada i/o coneguda pel comprador.

### 3.1. Supòsits de limitació aplicats a la manca de conformitat basats en la raonabilitat

Així, en els casos següents no tota informació inexacta o bé incompleta pot donar lloc a una manca de conformitat:

- 621-20 lletra d CCCat: en relació a la doble funció<sup>43</sup> atributiva i excloent<sup>44</sup> de la mostra o del model, quan aquesta comporta una reproducció exacta de les prestacions i característiques del bé compromès, el seu valor com a referent<sup>45</sup> impediria oposar la falta de conformitat al contracte.
- 621-24.1 lletra a CCCat: quan el comprador conegui o pugui raonablement conèixer la incorrecció. Els supòsits que es poden encabir directament en aquesta previsió són considerablement nombrosos . A títol il·lustratiu, pensem en la compravenda d'un ordinador de segona mà que no disposa d'unitat reproductora de DVD i que aquesta mancança es visualitza a les fotografies on es conté l'oferta o bé, en sentit contrari, en un ordinador d'última generació amb un preu de venda irrisori<sup>46</sup> que, en

---

43 Vegeu MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús: La muestra o modelo como parámetro de conformidad del bien vendido. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 4, 2012, pàg. 215-216.

44 Ens remetem al que ja vàrem apuntar per als supòsits de correspondència parcial a l'estudi ARROYO SAN JOSE, Laura: *El règim de la conformitat en el Projecte de Llibre sisè del Codi civil de Catalunya com a causa d'incompliment a la compravenda civil*, Generalitat de Catalunya. Centre d'Estudis i Formació Especialitzada, 2018, pàg. 43-44. Disponible a: <http://cejfe.gencat.cat/es/recerca/catalog/crono/2018/llibre-sise-codi-civil/>.

45 Així, op. cit., MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús: La muestra o modelo..., pàg. 214: «*El bien entregado es conforme al contrato cuando es idéntico al de la muestra. Sin embargo, es posible que la presentación de la muestra o modelo vayan acompañadas de descripciones hechas por el vendedor respecto a determinadas cualidades o características del bien mostrado. Esta descripción del vendedor contribuye a fijar el valor de la muestra como referente más o menos exacto del bien que se entregará al comprador, y constituye un parámetro de referencia complementario para determinar el nivel de adecuación entre la muestra y el bien realmente entregado*».

46 Així, la Sentència del JPI, núm. 6 de Badalona, 106/2011, de 8 de juny, en el marc d'una compravenda d'ordinadors realitzada per internet per una empresa, va entendre que comportava un abús de dret pretendre adquirir dos ordinadors per 67 € la unitat, quan el seu preu de mercat es de 900 €, essent evident que hi havia un error humà en la

cap cas, una prudència mínima ens portaria a donar per vàlid (art. 621-5.3 CCCat).<sup>47</sup> En ambdós casos la noció de la raonabilitat esdevé expressament incorporada afectant les incorreccions que siguin evidents per les parts, però amb diferent abast. En el primer exemple, l'avertiment del defecte és un límit relatiu al compliment no conforme, assimilable a l'error inexcusable, que exclou l'exigibilitat d'aquelles mancances o desviacions que no podien ésser obviades pel comprador (art. 621-24.1 CCCat). Al seu torn, al segon cas, el judici de raonabilitat opera com a paràmetre de mesura o preu just de mercat (art. 621-5.3 CCCat), evitant l'abús del dret, indistintament, en favor de qualsevol dels dos contractants.

- 621-24.1 lletra b CCCat: enfront correccions o manifestacions fetes abans de concloure el contracte pel venedor de mode cognoscible pel comprador o destinatari de l'esmena, sobre les característiques, qualitats o prestacions del bé.

Amb ocasió d'aquesta previsió, se'ns presenta el dubte de quines serien les implicacions dels aclariments publicats pel venedor no professional a una pàgina web com a resposta a altres usuaris, diferents del comprador que vol fer valdre la manca de conformitat. De la lectura del primer paràgraf de l'article 621-24 CCCat, es dedueix amb claredat que les manifestacions fetes pel propi venedor, encara que s'emetin en resposta a altres persones interessades, precisament, pel fet de ser públiques el vinculen, llevat de la incorrecció raonablement manifesta i l'efecte de la modificació degudament notificada. Poden però vincular aquestes correccions el comprador a qui no va directament adreçada la resposta o aclariment?

El recurs al criteri de la raonabilitat, com a manifestació de la prudència ordinària que esdevé exigible als contractants en protecció dels seus respectius interessos, ens suggereix una resposta afirmativa, no exempta de matisos. Doncs, en primer lloc, cal fer notar que el 621-24.1 lletra b CCCat equipara comprador amb destinatari de les correccions, el que podria interpretar-se com una necessitat de correspondència entre comprador i receptor directe de les mateixes, que semblaria excloure a

---

introducció del preu al web.

47 Per remissió al 621-25.1 CCCat: «...s'entén que el preu és el generalment cobrat en circumstàncies comparables, en el moment de la conclusió del contracte i amb relació a béns de naturalesa similar».

tercers. En segon terme, no és equiparable l'esforç invertit en la lectura d'un nombre limitat o reduït de respostes que davant un volum de comunicacions amb multitud d'usuaris interessats, per tal de poder considerar que aquesta correcció, encara que pública, es presenta de mode cognoscible pel comprador.

- 621-24.1 lletra c CCCat: quan les manifestacions fetes no puguin haver influït sobre la decisió de comprar: bé, perquè siguin exageracions emprades com a reclam, tan evidents o inversemblants que cap persona amb una capacitat de comprensió estàndard les creuria o bé, quan siguin insuficients per apartar el comprador de la conclusió del contracte. La norma no dóna cobertura, per tant, si la motivació essencial es veu reflectida en les característiques i funcionalitats que presenta el bé lliurat, a manca d'altres accessòries que no haguessin fet variar el sentit de l'acceptació.
- 621-6 CCCat: amb fonament similar a la mostra, que permet la possibilitat efectiva de comprovació del bé objecte del contracte, quan la compravenda es fa a prova o assaig, l'aprovació del comprador, després de l'examen del bé venut sense haver manifestat la seva disconformitat, convalida la manca de compliment conforme al contracte que s'hagi pogut constatar durant el termini destinat a l'examen o prova del bé.

Com permeten constatar els exemples precedents, el propi criteri de la raonabilitat alleugereix el deure d'informar (art. 621-7 CCCat) adaptant-lo a les característiques i la naturalesa dels béns, al cost i a l'accessibilitat de la informació que cal mobilitzar per obtenir la informació rellevant (621-24 c CCCat), però també ens permet observar una modulació dels requisits d'informació precontractual, tenint en compte les circumstàncies i els coneixements de les parts, així com el context negocial en que es desenvolupa la contractació.

### **3.2. Les particularitats aplicables a la contractació de consum**

El Codi de consum de Catalunya integra el paràmetre de la raonabilitat tenint en compte la remissió al principi de conformitat al contracte prevista als articles 123-6 i 123-7.2 CCons i en atenció a la figura de la



persona consumidora mitjana (art. 111-2 lletra b del CCons),<sup>48</sup> que opera com a model de referència o estàndard<sup>49</sup> en el marc d'una contractació tendencialment asimètrica. Atesa aquesta perspectiva, el Llibre sisè, encara que es presenta com una regulació unificada del contracte, sense establir dos textos paral·lels per a la compravenda en general i la compravenda de consum, respectivament, introdueix un seguit d'excepcions en seu de conformitat que limiten el recurs a la noció de raonabilitat en benefici del consumidor. A vegades, imposant terminis de presumpció als quals el comprador ordinari no pot acollir-se (art. 621-23.2 CCCat a efectes de temps de compliment, art. 621-23.3 CCCat per a la instal·lació incorrecta del béns o bé, l'article 621-28.1 CCCat relatiu a la notificació de la manca de conformitat i en altres supòsits, requerint el consentiment exprés del consumidor (art. 621-25.2 CCCat), encara que la manca de conformitat fos coneguda o raonablement no la pogués ignorar.

En relació amb aquelles circumstàncies o informacions que esdevinguin manifestes<sup>50</sup> pel context, l'apartat segon del 621-25 CCCat incorpora la necessitat d'acceptació expressa, negant el valor positiu del silenci en la contractació celebrada amb consumidors.

Aquest últim incís entra en conflicte amb la regulació de la compravenda feta a prova o assaig, a manca de previsió sobre el termini en què haurà de tenir lloc l'aprovació del comprador (art. 621-6.3 CCCat), on el silenci s'interpreta amb valor afirmatiu, sense que s'exceptui expressament d'aquesta conseqüència, com sí es fa en altres previsions del Llibre sisè, la condició de consumidor. L'especialitat de la relació de consum fa pensar que la necessitat d'acceptació expressa (art. 621-25.2

---

48 Definida com aquella que es condueix: «... d'acord amb un criteri de diligència ordinària, hauria d'estar normalment informada i ésser raonablement curosa en les relacions de consum, en funció dels factors socials, culturals i lingüístics». En aquest sentit, destaca la rellevància que li reconeix al deure d'autoprotecció en la contractació, alhora que reforça el valor de la informació precontractual com a dret protegit bàsic de les persones consumidores (art. 121-2 lletra e CCons).

49 En aquest sentit, ho recull l'article 121-4 CCons, relatiu a la protecció general, segons el qual: «La protecció general de les persones consumidores ha de prendre com a referència el concepte de persona consumidora mitjana».

50 També coincidint amb les previsions contingudes a l'article 60.1 del TRLGDCU: «Antes de que el consumidor y usuario quede vinculado por un contrato u oferta correspondiente, el empresario deberá facilitarle de forma clara y comprensible, salvo que resulte manifiesta por el contexto, la información relevante, veraz y suficiente sobre las características principales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas».

CCCat) ha de tenir un efecte corrector<sup>51</sup> en la interpretació de l'article 621-6.3 CCCat.<sup>52</sup> També necessària quan es confronta amb les previsions relatives a la contractació a distància (arts. 222-2.1 lletra b<sup>53</sup> i 331-4 lletra q<sup>54</sup>), encara que es mantingui reconeguda la possibilitat de desistiment, que podria servir com a termini o mesura raonable de gràcia per confirmar la voluntat del comprador, un cop exhaurit o finalitzat el termini de prova.

#### 4. A MODO DE CONCLUSIÓ: ABAST I FUNCIONS DEL CRITERI DE LA RAONABILITAT EN EL COMPLIMENT DEL CONTRACTE

Amb la inclusió del paràmetre de la raonabilitat es supera la concepció tradicional de que el contracte es correspon només amb allò expressament exterioritzat o formalitzat per les parts. Aquesta perspectiva, com a límit moderador de la responsabilitat per manca de compliment conforme, ens permet l'aproximació, a mode de conclusió, a les següents funcions que desenvolupa la noció de raonabilitat al CCCat:

- Integradora del contracte, a manca d'informació que raonablement el comprador no podia haver ignorat, encara que no hagi estat comunicada pel venedor. No només a efectes de conformitat material o jurídica del bé, sinó també en altres circumstàncies com el lliurament i recepció (arts. 621-14.2 i 621-34.1 CCCat), quan s'hagi de produir en un lloc diferent del domicili del venedor, així com en la determinació del preu (art. 621-5 CCCat).
- Funció exoneradora de la responsabilitat que s'atribueix a la part venedora, davant la manca de conformitat que no es correspon amb desviacions o defectes que de manera inexcusable el comprador

---

51 Recordem la irrenunciabilitat dels drets de la persona consumidora recollida a l'article 112-3 CCons, que també apunta en aquest sentit ARNAU RAVENTÓS, Lúdia: La compraventa a prueba o ensayo. SERRANO DE NICOLÁS, Ángel (coord.), *Estudios sobre el Libro sexto del Código civil de Cataluña*, Marcial Pons, Madrid, 2018, pàg. 74.

52 Que, altrament, també s'allunya de la interdicció continguda a l'article 621-27.4 CCCat (no s'aplica a la compravenda de consum), en relació amb l'obligació d'examen del bé lliurat o posat a disposició del comprador en el termini pactat.

53 On s'explicita: «*La manca de resposta a la proposta no n'implica l'acceptació*».

54 Que sanciona: «*Considerar que la manca de resposta del destinatari o destinatària d'una oferta o de publicitat equival a l'acceptació del bé o servei oferts*».

no podia ignorar a la conclusió del contracte (art. 621-25.1 CCCat), llevat dels casos d'ocultació dolosa, negligència greu, o garantia expressa de conformitat.

- Finalment, contribueix a la preservació de l'equilibri contractual, permetent la moderació dels interessos en conflicte d'acord amb les regles de la bona fe i l'honradesa en els tractes, i afavorint el principi de conservació del contracte.



jest

word

jest

jest

# La resolució de conflictes amb els consumidors en els serveis financers

IMMACULADA BARRAL-VIÑALS

*Catedràtica de dret civil  
Universitat de Barcelona*

## SUMARI

1. LA PROTECCIÓ DEL CONSUMIDOR EN EL PROCÉS DE LIBERALITZACIÓ DELS SERVEIS PÚBLICS. 2. L'ESPECIAL INTENSITAT DE L'OBLIGACIÓ DE RESOLDRE CONFLICTES EN ELS SERVEIS FINANCERS: ELS SISTEMES SECTORIALS PARALLELS. 3. EL NOU SISTEMA DE RESOLUCIÓ DE CONFLICTES DE CONSUM QUE IMPULSA LA LADRC: VISIÓ GENERAL. 4. EL SISTEMA ARBITRAL DE CONSUM: LA RELATIVA INCIDÈNCIA EN LA RESOLUCIÓ DE CONFLICTES DE SERVEIS FINANCERS. 5. ELS SERVEIS D'ATENCIÓ AL CLIENT. 6. ELS DEFENSORS DEL CLIENT: ÉS L'ESQUEMA OMBUDSMAN LA SOLUCIÓ? 6.1. *L'esquema ombudsman*. 6.2. *Els defensors dels clients: una experiència millorable a casa nostra*. 7. LA TUTELA DELS CONSUMIDORS MITJANÇANT ÒRGANS ADMINISTRATIUS I LA FUTURA ENTITAT SECTORIAL ÚNICA. 7.1. *L'entitat sectorial única pels serveis financers*. 7.2. *El retorn de l'esquema ombudsman: com repensar els Comissionats*. 8. BIBLIOGRAFIA

## 1. LA PROTECCIÓ DEL CONSUMIDOR EN EL PROCÉS DE LIBERALITZACIÓ DELS SERVEIS PÚBLICS

L'anomenada relació de consum (art. 2 TRLGDCU<sup>1</sup> i art. 111.m Codi de Consum de Catalunya)<sup>2</sup> s'estableix entre qui és un empresari o un professional i un consumidor, precisament pel fet d'actuar en un àmbit aliè a la seva empresa o professió. Aquesta relació comprèn també els serveis —en el sentit d'una prestació de fer— i, en aquests casos se sol anomenar al consumidor «usuari», en tant que és el destinatari del servei. Certament, la categoria de serveis és residual, ja que es manifesta per

---

1 Reial Decret Legislatiu 1/2007, de 16 de novembre pel que s'aprova el text refòs de la Llei General per a la Defensa dels Consumidors i Usuaris i altres lleis complementàries, BOE núm. 287, de 30 de novembre de 2007.

2 Codi de consum de Catalunya, aprovat per llei 22/2010, de 20 de juliol. DOGC núm. 5677 de 23 de juliol de 2010.

oposició a la de bé o cosa i en el dret privat té uns contorns difusos per la manca de regulació general.<sup>3</sup> Tot i això, als nostres efectes, és especialment interessant l'art. 3 de la Llei estatal 17/2009 de 23 de novembre, sobre el lliure accés a les activitats de serveis i el seu exercici;<sup>4</sup> ja que defineix els serveis com activitats prestades per compte propi i normalment mitjançant una remuneració en els àmbits industrial, mercantil, professional o artesanal (ex art.57 TFUE —art. 50 TCEE—).<sup>5</sup> Aquesta disposició transposa la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeu y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (Directiva Bolkenstein) i pren el seu concepte de servei. Com indica Arroyo,<sup>6</sup> el dret comunitari té més en compte la ordenada regulació d'un sector econòmic en concret que el tractament homogeni del que es pot considerar jurídicament com a servei en termes de prestació de fer, i és especialment destacable, l'exclusió de l'anomenat treball dependent, que es deixa a la regulació general del dret laboral. Tot i això, als nostres efectes, partir d'aquesta aproximació és útil, precisament per què la Directiva i la llei interna deixen fora alguns dels sector econòmics que presten el que s'anomenen serveis d'interès general, precisament per aquesta consideració econòmica (art. 2 Llei 17/2008) entre ells, els

---

3 Ni el Codi Civil ni el TRLGDCU contenen una definició de servei i només per aproximació pot definir-se como obligació de fer, distingint després entre si és de mera activitat o no, i el tipus de qualificació del servei prestat, que ens porta a la noció de professional. En qualsevol cas, queda fora el treball per compte aliè, que és l'àmbit propi del dret laboral. Sobre aquestes qüestions, cfr. (Villanueva Lupión, 2009). Pel dret català, vegeu ARROYO AMAYUELAS, E., «Configuració i tipologia dels contractes de serveis : una proposta per a Catalunya des del marc europeu» a Institut de Dret Privat Europeu i comparat de la Universitat de Girona, (ed.), *Contractes, responsabilitat extracontractual i altres fonts d'obligacions al Codi Civil de Catalunya : materials de les Setzenes Jornades de Dret Català a Tossa*, Documenta Universitaria, 2012 pp. 183-246; i FERRER RIBA J., «Vicissituds en la prestació de serveis: deures de cooperació, instruccions i modificacions del contracte», a Institut de Dret Privat Europeu i comparat de la Universitat de Girona, (ed.), *Contractes, responsabilitat extracontractual i altres fonts d'obligacions al Codi Civil de Catalunya : materials de les Setzenes Jornades de Dret Català a Tossa*, Documenta Universitaria, 2012, pp. 227-238. L'autor destaca la voluntat de regular aquesta figura pel legislador català al llibre Viè, advertint de la importància de la informació precontractual.

4 BOE núm. 283, de 24 de novembre de 2009.

5 En aquesta qualitat regula diferents aspectes de la prestació de serveis als consumidors, però exclou del seu àmbit d'aplicació, entre altres, als anomenats serveis no econòmics d'interès general i els de telecomunicacions, els financers i els de transport, que ja tenen una regulació específica i que, finalment, es van deixar a marge de la liberalització total. Els exclosos són tots casos dels anomenats serveis d'interès general.

6 ARROYO AMAYUELAS, E., «Configuració...», op. loc. Cit., p. 188-189.

serveis financers. La citada Directiva representa la base jurídica de la liberalització de serveis a Europa i permet la iniciativa privada en bona part dels anomenats serveis públics;<sup>7</sup> però la prestació dels serveis d'interès general no es deixa totalment a l'actuació del mercat de forma que al costat de la normativa privada existeix el marc regulatori que imposa obligacions especial per a aquest tipus de serveis.

En efecte, el corrent liberalitzador dels serveis fa el pas des de l'administració pública com a prestadora del servei —en la noció francesa clàssica de servei públic— a l'administració reguladora que supervisa la prestació dels serveis pels privats amb una especial intensitat. Es materialitza en el concepte de servei d'interès general —econòmic o no—. <sup>8</sup> Malgrat deixar de ser serveis públics, aquests serveis no han perdut la seva naturalesa objectiva i es qualifiquen com serveis d'interès general prestats en règim de concurrència que convertien les relacions entre prestataris i usuaris en relacions de dret privat.<sup>9</sup> És difícil determinar quan cal o és adequada la presència d'un interès general que condiona la prestació de serveis en lliure mercat: la noció de servei d'interès general —possiblement com abans la de servei públic— és confusa. En conseqüència, és difícil fer un llistat en funció de les seves característiques intrínseques si no obeeix a una classificació legal.<sup>10</sup> Tot i això, sí que sembla possible identificar fins a tres fonaments que justifiquen aquesta intervenció pública: que es presten en lliure competència però provenen d'un règim de monopoli anterior que no s'ha normalitzat; que siguin serveis gairebé universals en termes d'ús per la societat; que la seva prestació té un caràcter essencial en la que és molt visible l'interès general.

En el context de la protecció del consumidor en els serveis d'interès general que hem dibuixat, el Codi de Consum acull aquest concepte sota

---

7 La transposició al nostre país es fa per la llei 17/2009, ja citada, i per l'anomenada Llei òmnibus: Llei 25/2009, de 22 de desembre, de modificació de diverses lleis per a la seva adaptació a la Llei sobre lliure accés a les activitats de serveis i al seu exercici. Aquesta disposició adapta 48 lleis estatals als principis de la liberalització produïda, entre ells, l'accés a la professió d'advocat i procurador.

8 Vegeu, BORRELL, J.R., RAMIÓ, C. I PONCE, J., *La prestació privada de serveis d'interès general i bones practiques corporatives*, Síndic de Greuges, febrer de 2014.

9 TORNOS MAS, J., «El concepto de servicio público a la luz del derecho comunitario», *Revista de administración pública*, mayo-agosto (2016) pp. 193-212.

10 Podeu veure un intent de llistat i classificació a BORRELL, J.R., RAMIÓ, C. I PONCE, J., *La prestació privada...*, op. Cit., p. 5.

la denominació de «servei bàsic» que dibuixa l'art. 251.2,c del Codi de Consum de Catalunya:

*«Serveis de caràcter essencial i necessaris per a la vida quotidiana o que tenen un ús generalitzat entre les persones consumidores. S'hi inclouen els subministraments, els transports, els mitjans audiovisuals de radiodifusió i de televisió, els de comunicacions, els assistencials i sanitaris, i els financers i d'assegurances».*

Tot i el canvi de denominació — de servei d'interès general a servei bàsic—, en aquest nou concepte es fa present també la necessitat d'una intervenció pública, malgrat el procediment de liberalització. La regulació d'aquest serveis té, doncs, una normativa sectorial especial que atorga un nivell superior de protecció als usuaris en atenció a la situació de supremacia en la que se situa el prestador de servei davant dels usuaris. Es mantenen una sèrie de controls de dret públic que es consideren imprescindibles per a garantir la posició del ciutadà davant d'aquets serveis. Substantivament, se centrarien en el necessari compliment de les obligacions de servei públic, especialment, la de servei universal, les de qualitat dels serveis i la de sistemes de reclamació eficients.<sup>11</sup>

## 2. L'ESPECIAL INTENSITAT DE L'OBLIGACIÓ DE RESOLDRE CONFLICTES EN ELS SERVEIS FINANCERS: ELS SISTEMES SECTORIALS PARAL·LELS

El Codi de consum regula una especial intervenció protectora davant dels consumidors quan crea normes pròpies pels anomenats serveis bàsics. Les eines de consum prenen, doncs, una *especial intensitat* en relació a aquest tipus de servei (EdM IV, par 5, art.123,2, f, art. 126.7, final; art. 254.2). Aquests articles n'augmenten les previsions que es dibuixen pels empresaris en general. Les normes del Codi ja no se centren en l'oposició intervenció pública— mercat liberalitzat; sinó que actuen des del dret de consum i i pretenen d'una banda, la creació de nous drets pels

---

11 CANALS AMETLLER, D., «Principios, reglas y garantías propias del derecho público en la prestación privada de servicios económicos de interés general», Revista Española de Derecho Administrativo, 158, abril-junio de 2013, pàgs. 129 a 157 i bibliografia referenciada.



consumidors —que es corresponen amb algunes de les obligacions de servei públic—;<sup>12</sup> d'una altra, una regulació més precisa dels mecanismes de resolució de conflictes que han de possibilitar l'eficàcia dels drets concedits, on l'*especial intensitat* és molt destacada .

Partint d'aquest marc conceptual, la nostra pretensió es limita a analitzar la darrera d'aquestes obligacions específiques —la gestió de les reclamacions i de la resolució de conflictes— en un concret servei bàsic: els productes financers, que, segurament, en són una mostra paradigmàtica.<sup>13</sup> En la lògica regulació homogènia d'un determinat sector econòmic, els serveis financers es defineixen en l'art. 4.2 de la llei 22/2007, de 11 de juliol, de comercialització a distància de productes financers<sup>14</sup> com a serveis bancaris de crèdit o pagament, inversió, assegurança —i mediació en l'assegurança— o plans d'inversió. El de serveis financers és, novament, un concepte que ve de l'àmbit comunitari<sup>15</sup> i que imposa un nou contingut a les relacions amb els consumidors tant pel que fa a la pròpia prestació del servei com a la resolució de conflictes. Aquesta *especial intensitat* de la protecció dels consumidors en els serveis financers pel que fa a resolució de conflictes es mostra en l'acumulació de vies per a la seva resolució. En efecte, coexisteixen d'una banda, el Sistema arbitral de consum que és un sistema general que també podria gestionar reclamacions en aquest àmbit. D'una altra, hi trobem l'òrgan paral·lel i

---

12 La intensitat en les eines de protecció als consumidors de serveis bàsics busca una «especial protecció» en relació als abusos contractuals (art. 123,2,f); o en relació a la informació sobre compensacions, reemborsament i indemnitzacions per manca de conformitat «especialment pel que fa als serveis bàsics» (art. 126.7, final). A més, es dedica l'art. 252.4 a detallar tot un seguit d'obligacions específiques per aquest tipus de serveis.

13 El concepte de serveis econòmics d'interès general, en concret, els bancaris, i el seu caràcter essencial en les societats actuals — al menys, dels serveis bancaris de pagament i crèdit— amb un interessant aproximació al paper del Síndic de Greuges en quant a ombudsman general està desenvolupat per Ponce Solé, J., «Bancos privados y servicios de interés general. La Directiva 2014/92UE del Parlamento europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, y el acceso a cuentas de pago básicas», en Baño León, J M, coord., *Memorial para la reforma del Estado: estudios en homenaje al Profesor Santiago Muñoz Machado*, T. 3, 2016, págs. 2381-2403.

14 BOE núm. 166, de 12 de juliol.

15 Art. 2,b Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de septiembre de 2002 relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, y por la que se modifican la Directiva 90/619/CEE del Consejo y las Directivas 97/7/CE y 98/27/CE, DOUE L 271 de 9 de octubre de 2002, p. 16.

especialitzats: Serveis d'atenció al client, Defensors dels client<sup>16</sup> i Servei de Reclamacions del Banc d'Espanya o assimilats. L'existència de sistemes paral·lels i especialitzats —sectorials— és inherent a la qualitat de servei bàsic que s'explica per la convergència de la normativa de protecció al consumidor i la pública de regulació dels serveis d'interès general. De fet, la desjudicialització d'aquets tipus de serveis ve provocada per la complexitat de la seva resolució, molt tècnica, i s'insereix en la via d'aconseguir resultats més eficaços pel consumidor ja previstos en els Principis d'Alt Nivell de protecció dels consumidors financers del G20.<sup>17</sup>

Certament aquest sistema variarà amb l'entrada en vigor de la LADRC que, tot i aplicar-se als serveis financers, determina per ells un règim especial que encara no ha pres la forma definitiva doncs una part d'aquest es deixa a un text posterior desenvolupament. Analitzarem, doncs, les novetats que la llei suposa per a la resolució de conflictes en el marc dels serveis financers.

### 3. EL NOU SISTEMA DE RESOLUCIÓ DE CONFLICTES DE CONSUM QUE IMPULSA LA LADRC: VISIÓ GENERAL

La UE ha apostat de forma decidida pels mecanismes de resolució alternativa de conflictes (alternative dispute Resolution, ADR) en matèria de consum. Les claus del desenvolupament d'aquesta política per a protegir els interessos dels consumidors és present a la UE, com a mínim, des de l'any 1993 i la publicació del *Libro Verde del acceso de los consumidores a la justicia en el mercado interior*.<sup>18</sup> Aquesta actuació es basa, de forma

---

16 Aquest esquema és copiat de vegades pel sector dels subministres, que també crea oficines pròpies d'atenció de reclamacions, vegeu el *Customer Counsel* d'AGBAR-Suez: <http://www.customercounsel.agbar.es/es>; i el *Servicio de defensa del cliente* de Movistar: [https://www.telefonica.es/es/acerca\\_de\\_telefonica/servicio-defensa-cliente](https://www.telefonica.es/es/acerca_de_telefonica/servicio-defensa-cliente); (darrera consulta març 2017).

17 Cfr. BLANCO GARCIA, A.I, «El ombudsman bancario: una protección especial y alternativa del consumidor financiero, pero una Utopía en países de América Latina», Revista CESCO de Derecho de Consumo, 18/2016, 128-134, p. 130.

18 Libro Verde de la Comisión de 16 de noviembre de 1993 sobre el acceso de los consumidores a la justicia y la solución de litigios relacionados con el consumo en el mercado único, COM(93) 576 final, p. 76.

primària, en l'accés dels consumidors a la justícia; però si llegim entre línies està clar que el propòsit últim és la creació d'un veritable mercat únic detallista que pugui obviar els problemes que presenta la concurrència de legislacions en el comerç transfronterer i, per tant, el faci créixer.<sup>19</sup> El darrer resultat d'aquestes polítiques ha estat la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013 relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento (CE) n o 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE (Directiva sobre resolución alternativa de litigios en materia de consumo) —DADR—. <sup>20</sup> Juntament amb la DADR s'ha aprovat el Reglament 524/2013 que crea una plataforma de resolució de conflictes tranfronterers.<sup>21</sup> Encara que els dos texts formen una unitat inescindible, en el context d'aquesta comunicació, no ens hi referirem de forma especial, pel fet que no analitzarem la resolució de conflictes online —ODR— que facilita la dita plataforma.<sup>22</sup>

La transposició de la DADR imposa un nou sistema que té tres grans objectius: el primer, crear un sistema d'entitats de resolució de conflictes en els estats membres que tinguin un nivell únic de qualitat; el segon, que aquestes entitats de qualitat accedeixin a la plataforma de resolució de conflictes online creada pel Reglament 524/2013; i, finalment, el tercer, que aquestes possibilitats siguin conegudes pels consumidors. La Directiva ha estat transposada per la Llei estatal 7/2017, de 2 de novembre, per la qual s'incorpora a l'ordenament jurídic espanyol la Directiva 2013/11/UE, del Parlament Europeu i del Consell, de 21 de

---

19 BARRAL VIÑALS, I., «Consumer complaints and alternative dispute resolution: harmonization of the European ADR system», KENNY, M.-DEVENNEY, J., *The transformation of european private law: Harmonisation, Consolidation, Codification or Chaos?*, Cambridge University Press / UK, 2013, p. 295 ss.

20 DOUE L 165/63, de 18 de juny de 2013.

21 Reglamento 524/2013, de 21 de mayo de 2013, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo y por el que se modifica el Reglamento (CE) no 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE.

22 Vam tenir ocasió de tractar aquest tema a BARRAL VIÑALS, I., «La plataforma de resolución de litigios en línea de la UE y las entidades de resolución/mediación acreditadas: ¿mucho ruido y pocas nueces?», en BARRAL VIÑALS, I., coord., *La resolución de conflictos con consumidores: De las ADR A LAS ODR*, Madrid, Reus, 2018, pp. 97-130.

maig de 2013, relativa a la resolució alternativa de litigis en matèria de consum —en endavant, LADRC—. <sup>23</sup>

El nou marc legal ocasiona un canvi important de paradigma en la resolució de conflictes de consum; i ho fa perquè possibilita un sistema obert d'entitats acreditades que utilitzen mecanismes d'ADRs diferents. La finalitat última és crear un sistema d'entitats amb el mateix nivell de qualitat —amb independència de quin sigui el mecanisme jurídic que utilitzin— sempre que intervingui un tercer imparcial. La llei articula, doncs, un sistema d'entitats de resolució alternativa —ERA— que resolen els conflictes utilitzant procediments d' arbitratge, de mediació, o bé avaluatius: el mecanisme jurídic utilitzat és indiferent. Per aquest motiu, el sistema arbitral de consum passa a ser una entitat més, que necessita adaptar-se al nou sistema.

Aquest objectiu revoluciona la forma de veure les ERA, ja que han de complir una sèrie de requisits de qualitat enunciats en forma de principis (arts. 7 ss DADR). No podem estendre'ns aquí en el tractament de totes les qüestions que planteja l'entrada en vigor d'aquesta nova llei que suposa una oportunitat per repensar la resolució efectiva i adequada dels conflictes amb els consumidors però, que, a la vegada, planteja molts interrogants de com es desenvoluparan els seus postulats en l'àmbit de l'actual sistema de resolució que no està pensat per a l'aparició de molts agents de resolució de conflictes ni per a que alguns sistemes siguin privats. <sup>24</sup>

La resolució alternativa de conflictes en relació als serveis financers també es veu afectada per la entrada en vigor de la LADRC, com la resta de serveis d'interès general excepte els no econòmics. <sup>25</sup> En relació als

---

23 BOE núm. 268, de 4 de novembre de 2017. Per a les qüestions relacionades amb la tramitació parlamentària del text i d'aquesta DA en concret cfr. AGÜERO ORTIZ, A., «La transposició de la Directiva 2013/11/UE al ordenamiento jurídico español a través de la Ley 7/2017 de 2 de noviembre», en BARRAL VIÑALS, I., coord., *La resolución de conflictos con consumidores: De las ADR A LAS ODR*, Madrid, Reus, 2018, 39-72, p. 69.

24 Vam tenir ocasió d'analitzar aquestes novetats fent-ne una aproximació crítica a BARRAL VIÑALS, I., «La mediación de consumo y las demás ADR ante la Ley 7/2017 de resolución de conflictos con consumidores: ¿más retos o más oportunidades?», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* num. 4/2018 parte Doctrina, pàg. 1-23 (BIB 2018/7481).

25 La llei exclou els anomenats serveis no econòmics d'interès general, com també ho feia la DADR (art. 3.2, f L7 / 2017 y art. 2,2 c i Pr. 13 y 14) i, en concret, els serveis de salut i els prestadors públics d'ensenyament complementari o superior (art. 2.2 h i i DADR y 3.2. g i l LADRC). La raó de fons sembla ser evitar costos als Estats membres, doncs,

servies financers, i no per evident cal deixar de dir-ho, és possible crear noves entitats de resolució de conflictes que es limitin a aquets tipus de serveis que seran acreditades si compleixen els requisits que la nova norma determina. A més, la DA 1 estableix que el sistema de juntes arbitrals de consum podran continuar atenent aquets tipus de reclamació si hi ha acord de les dues parts. També podran resoldre's pels mecanismes paral·lels i especialitzats que existeixen ara, encara que de forma només temporal, ja que, finalment, es preveu la creació d'una entitat única de resolució de conflictes d'abast sectorial, que es deixa a una llei posterior que encara no ha començat no tant sols a prendre forma com analitzarem a l'epígraf 7.

#### 4. EL SISTEMA ARBITRAL DE CONSUM: LA RELATIVA INCIDÈNCIA EN LA RESOLUCIÓ DE CONFLICTES DE SERVEIS FINANCERS

La DADR obliga a tenir el que anomena una «entitat complementària» —o residual— (art.5) que rebí les reclamacions que altres entitats sectorials no puguin tractar, doncs la voluntat de la directiva és que tota reclamació de consum pugui ser dirigida a una ERA. Aquesta previsió ha generat diferents solucions en el cas dels estats membres on existeixen només òrgans sectorials, cosa que passa en la majoria de països europeus que han desenvolupant sistemes especialitzats per sectors.<sup>26</sup> En ells, aquesta entitat complementària s'ha hagut de crear de nou o bé atribuir competències generals a alguna de les existents.<sup>27</sup> En el nostre cas, la previsió de la DADR ni tant sols aflora

---

en molt casos, es tracta de serveis de resolució públics. Ara bé, aquestes exclusions no eren obligatòries ja que la DADR és una directiva d'harmonització mínima: el legislador espanyol les hagués pogut incloure com ho ha fet el Regne Unit en matèria de serveis de salut. ESTEBAN DE LA ROSA, F.-CORTÉS, P., «Un nuevo derecho europeo para la resolución alternativa y en línea de litigios de consumo», *La protección del consumidor en dos espacios de integración: Europa y América*, Tirant Lo Blanc, Valencia 2015, pág. 520.

26 En relació als sistemes europeus abans de la DADR es bàsica la lectura de HODGES, C., BENOHR, I., CREUTZFELDT-BANDA, N., *Consumer ADR in Europe*, Hart, 2012.

27 Cortés, P., «Análisis de la implementación del régimen europeo sobre reclamaciones de consumo y recomendaciones para su transposición en España», en BARRAL VIÑALS, I., coord., *La resolución de conflictos con consumidores: De la mediación a las ODR*, Madrid, Reus, 2018, 15-40, p. 30.

la LADRC per què ja existeix un sistema general: el sistema arbitral de consum —en endavant, SAC— que compleix aquest paper.<sup>28</sup> El SAC, regulat pel RD 31/2008,<sup>29</sup> està obert a qualsevol reclamació entre els que ostenten legalment les categories de consumidor i empresari, sigui quin sigui el sector empresarial afectat. A ell es refereix la DA 1 quan indica que, en matèria de serveis financers, continuen essent competents les entitats que anomena l'art. 6.2: es a dir, entitats amb resultat vinculant pel consumidor —arbitratge—, creades per llei o disposició reglamentària i que, a més —afegeix— «doni cobertura a reclamacions de consum de tots els sectors econòmics». Així, les Juntes Arbitrals de consum — de qualsevol nivell— i les oficines municipals o comarcals que ofereixen serveis públics i institucionals de mediació podran continuar coneixent d'aquets tipus de conflictes. Ara bé, el SAC s'ha d'adaptar també als nous requisits; de fet, la DA 6 introdueix alguns canvis en el RD 231/2008, encara que hi ha moltes altres qüestions sobre aquest tema que no se solucionen en la nova llei. En qualsevol cas, les diferents juntes podran iniciar el procediment d'acreditació, si ho desitgen.<sup>30</sup>

Tot i que el SAC sigui un sistema general segons el disseny de la llei, en la pràctica funciona com un sistema de sectors especialitzats, és a dir, sectorial. I aquest sistema sectorial està, en bona mesura, dominat per reclamacions de serveis bàsics, però no pels serveis financers. En efecte, el Llibre Blanc de la Mediació a Catalunya conté un capítol dedicat a la mediació de consum que vaig dirigir i que analitza l'estat de la qüestió amb dades estadístiques de 2008.<sup>31</sup>

---

28 Una panoràmica del tot el sistema abans de la entrada en vigor de la DADR es troba a BUSTO LAGO, J M-ÁLVAREZ LATA; N., PEÑA LÓPEZ, F., *Reclamaciones De Consumo. Derecho Del Consumidor Desde La Perspectiva Del Consumidor*, Aranzadi, 3ª ed., 2010.

29 Real Decreto 231/2008, de 15 de febrer, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo, BOE núm. 48, de 25 de febrer.

30 Per una anàlisi dels canvis i les possibilitats del SAC en la nova normativa, cfr. Díez GARCIA, H., «Los principios de libertad y de legalidad de la Directiva 2013/11/UE, de 21 de mayo (Directiva de resolución de litigios en materia de consumo) y su impacto en el sistema arbitral de consumo» en Díaz Alabart, S., dir., *Resolución alternativa de litigios de consumo a través de las ADR y ODR (Directiva 2013/11 y Reglamento (UE) nº 524/2013)*, Madrid, Reus, 2017, pp. 153-207.

31 BARRAL VIÑALS, I.-SUQUET CAPDEVILA, J., «La mediación en el ámbito del consumo», CASANOVAS, MAGRE, LAUROBA, dirs., *Libro blanco de la mediación en Cataluña*, Barcelona, Barcelona, Generalitat de Catalunya-Huygens, 2011, p. 351 ss —50 pel resum—. També hi ha la versió en català (accessible a <http://justicia.gencat.cat/web/>).

Ja en aquell moment, les reclamacions sobre serveis financers van donar lloc a algunes conclusions: En primer lloc, que aquest tipus de reclamacions no estan gaire presents al SAC, excepte qüestions puntuals; en segon lloc, que l'existència d'una sèrie d'òrgans de resolució paral·lels i especialitzats en aquets tipus de productes, creen un circuit de reclamacions pel consumidor.

En efecte, el Llibre Blanc va demostrar que, en matèria de mediació i en l'any 2008, el 68% dels conflictes es donaven principalment en quatre sectors: telecomunicacions, compres, transport de passatgers (bitllets d'avió, retards i pèrdua d'equipatge), i els subministraments (gas, electricitat i aigua). De totes elles, el 48% es van centrar en el de les telecomunicacions.<sup>32</sup> Aquesta tendència no ha fet més que consolidar-se d'acord amb les dades ofertes per l'Agència Catalana del Consum en els seus balanços anuals, que confirmen que aquests sectors continuen essent les més reclamats. En concret, en el balanç anual de 2017,<sup>33</sup> la tendència torna a ser la mateixa ja que hi ha una forta representació de reclamacions contra serveis bàsics, exclosos els financers. En resum, un 76'5 % de les mediacions i un 93'18 % dels laudes es donen en servies bàsics; però els serveis financers només tenen un 5'1 % de les mediacions i un 0,25% dels laudes.

---

content/documentos/publicacions/llobres\_fora\_colleccio/llobre\_blanc\_mediacio.pdf, darrera consulta 23 de gener de 2019).

- 32 BARRAL VIÑALS, I.-SUQUET CAPDEVILA, J., «La mediació...», op. Cit.: A la taula 9 es determina el percentatge de mediacions en 2008 per sectors, i en el gràfic 1 es mostra la relació entre mediacions realitzades, arbitratges resolts i procediments sancionadors iniciats, també per cada sector.
- 33 Balanç anual de l'Agència catalana del consum, 2017, accessible a <https://www.idescat.cat/cat/idescat/biblioteca/docs//pec/paae2017/gi14012017.pdf> (darrera consulta, 11 de gener de 2019). Aquestes són les dades: La JACC va resoldre 7251 reclamacions, de les quals 5022 van resoldre's per mediació i 2039 per arbitratge (laudes emesos): En mediació, el 76,5 % de les reclamacions són en matèria de serveis generals. Per sectors, els dades són: 35'9 % en matèria de telefonia i internet; 25,9 % en matèria d'electricitat, gas i aigua; 9,6 en matèria de transport; 5,1 % en matèria de productes financers. Les mediacions de reclamacions que no siguin serveis d'interès general només són un 23,5 %. En arbitratge la qüestió és encara més evident: el 93,18 % dels laudes són en matèria de serveis generals. 63,07% de laude de telefonia i internet; 27,66 en electricitat, gas i aigua; 2,2 en transport ; 0,25 en productes financers. Les reclamacions que no són en matèria de serveis general són només el 6,82 %.

El major número de reclamacions continua essent en matèria de subministraments:<sup>34</sup> gas, electricitat, agua i telecomunicacions.<sup>35</sup>

Els productes financers, malgrat la seva alta conflictivitat social, no estan massa representats en el SAC. Cal indicar, que, en el període 2013-2014, es produeix una inflexió pels greus problemes en la gestió de certs productes d'inversió que es van derivar en bloc al SAC — participacions preferents— i que després d'aquest moment, tornen a ser residuals.<sup>36</sup> De fet, la gestió de part de la crisi d'aquest producte d'inversió pot haver ajudat a disminuir la reticència de les entitats financeres a

---

34 Els dos sectors indicats ho són de subministraments en mercats regulats de característiques molt similars, de manera que el biaix del sistema és encara més que evident. Aquesta tendència confirma clarament que el sistema és general—en principi pot conèixer de qualsevol conflicte en el qual hi hagi una relació de consum— però, a la pràctica, funciona com un sistema sectorial. L'alta conflictivitat en alguns sectors com els telecomunicacions, amb 25 milions de reclamacions a l'any de 60 milions d'usuaris, poden ser la causa per al que Espanya es va oposar a l'art. 13 DADR que imposava obligacions d'informació sobre entitats acreditades de resolució de conflictes en tots els empresaris, amb l'argument que constituïa una doble exigència en relació als empresaris adherits, que havien de donar publicitat amb caràcter general a la web o a la seva documentació per escrit, i, a la vegada, a cada consumidor la relació del qual no hagués atès (Consejo de la UE, «Declaración de España acerca de la Directiva y el Reglamento», Bruselas, 17 abril de 2013, que inclou la xifra indicada). Així ho creu Cortés que vincula aquesta postura al fet que les autoritats de consum no volien facilitar mecanismes que creessin una canalització massiva de reclamacions cap al SAC que el sistema no pogués atendre. (Cortés, P., «Análisis de la implementación...», op. Loc. Cit., p. 20).

35 Altres estudis confirmen aquestes dades: IBOLEÓN SALMERÓN B., *El proceso arbitral : una perspectiva procesal del arbitraje de consumo*, Madrid, Dykinson, 2012, p. 152 y 159 presenta dades similars. En efecte, inclou en el seu llibre un estudi estadístic del SAC on destaca que la majoria de reclamacions es tramiten davant les JAC autonòmiques. Com a explicació a aquests números és a dir, a perquè no són les municipals —les més properes al ciutadà— les que són les més utilitzades, aporta com a explicació en fet que les empreses de telefonia s'hagin sotmès totes a les JACC autonòmiques el que fa augmentar el nombre de reclamacions que aquestes atenen. En realitat, segons l'autora, les reclamacions de comunicacions electròniques (tel. Fix, mòbil i internet) són el 48,7% del sistema total.

36 Poden consultar-se els balanços anuals des de 2013 i les Memòries d'activitat de la Agència catalana del Consum fins el 2012 a : <http://consum.gencat.cat/ca/lagencia/estadistiques/balanc-dactivitats-i-memories/> (última visita, 15-01-2019). Per al procés similar en relació al mateix tipus d'expedients de Bankia, cfr TORRECILLAS LÓPEZ, S., «Las reclamaciones en el sector de los servicios financieros: su adaptación al nuevo marco europeo de resolución alternativa de litigios de consumo», en Esteban de la Rosa, dir, *La resolución de conflictos de consumo. La adaptación del derecho español al marco europeo de resolución alternativa (ADR) y en línea(ODR)*, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, (171-188) p. 182.



participar en el SAC, al menys per qüestions de poca quantitat.<sup>37</sup> Però ha estat una experiència que podem qualificar de puntual.

Per altra banda, l'existència de sistemes paral·lels especialitzats — serveis d'atenció al client, defensors i òrgans administratius— de vegades és complementària al SAC perquè tracten reclamacions específiques amb més rapidesa; però de vegades, com també a demostrar l'anàlisi del Llibre Blanc, interfereixen creant en el consumidor un circuit de reclamacions: molt sovint, el SAC es limita a canalitzar les reclamacions cap a aquests serveis i el mediador passa a fer un paper d'intermediació, canalitzant les respostes; o bé després de passar pel sistema especialitzat el consumidor disconforme intenta el SAC, que, aleshores, s'ha d'inhibir.<sup>38</sup> Per tot això, el circuit de reclamacions genera una paradoxal desprotecció que caldria corregir en l'àmbit de la nova llei.

## 5. ELS SERVEIS D'ATENCIÓ AL CLIENT

Com ja hem dit, a l'impuls de *l'especial intensitat* de la protecció als consumidors en els servis bàsics —i, per tant, en els financers— aquests tenen un sistema especialitzat i paral·lel que també es veu afectat per la LADRC. El sistema està format per tres nivells diferents: els serveis d'atenció al client, els defensors del client i els òrgans administratius que actuen entre ells amb una certa ordenació i jerarquia i prové de la Llei 44/2002, de 22 de Novembre, de reforma del sistema financer.<sup>39</sup>

El serveis d'atenció al client —SACL— són serveis d'atenció de queixes o reclamacions per part dels empresaris que la llei regula (art. 211-4 Codi de consum i art. 21 TRLGDCU) però no considera com a obligatoris.<sup>40</sup> L' art.

---

37 BLANCO GARCIA, A.I., «El Anteproyecto de ley de resolución alternativa de conflictos de consumo y su encaje en el sector Financiero», *Revista CESCO de derecho de consumo*, 15/2015, 94-100, p.98.

38 Barral-Suquet, op. Cit., p.70.

39 Existeixen altres previsions en àmbits concrets: art. 48 de la Ley 35/2003, de 4 de Novembre, de Instituciones de Inversión Colectiva; i art. 97.5 i 44 Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras.

40 Parra Lucán, A., comentario al art. 21 TRLGDCU, en Cámara Lapuente, S., Comentarios a las normas de protección de los consumidores. Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea, Madrid, Colex, 2011,(289-299), p. 291. ALVAREZ MORENO, MT, «Los servicios de atención al cliente como

21 de la llei estatal detalla més les obligacions que s'imposen als empresaris ja que estan obligats a facilitar aquesta atenció, amb independència que siguin o no empreses de serveis. Si l'empresari ofereix aquets serveis, ha de fer-ho complint els criteris d'accessibilitat universal y no es poden utilitzar com a canals de comunicació, la qual cosa obliga a tenir-los separats dels departament de màrqueting. No s'imposa, però, la necessitat que existeixin oficines obertes al públic: el consumidor es pot atendre a distància per telèfon o bé per mitjans electrònics<sup>41</sup> i, en aquest cas, no cal que al trucada sigui gratuïta però no pot comportar un guany per l'empresari, és a dir, no pot ser de valor afegit.<sup>42</sup> Les empreses estan obligades, però, a lliurar un comprovant de la reclamació efectuada que permet seguir endavant amb l'assumpte (art. 21.2.I, art. 211-4,c). En definitiva, es demana el que denominen un servei d'atenció al client informal, que es pot prestar a distància i la llei no exigeix ni una estructura concreta, ni controla la seva activitat ni imposa un termini per a respondre, elements que fan que l'obligació sigui més relativa.<sup>43</sup>

---

posible mecanismo de ADR en litigios de consumo» en Diaz Alabart, S., dir., Resolución alternativa de litigios de consumo a través de las ADR y ODR (Directiva 2013/11 y Reglamento (UE) n° 524/2013), Madrid, Reus, 2017, pp. 257-287. L'autora diferencia aquest serveis dels d'informació, els servei tècnic o de reparació —especialment en cas de béns mobles d'ús durador— ; o, més modernament, els d'assistència o de teleassistència —incardinats en els altres— on l'empresa ajuda a completar la compra o l'inici del servei o respon a dubtes en cas d'incidències. L'art. 21.1 TRLGDCU també preveu un règim de comprovació del producte.

- 41 L'art. 2.1.c de la Llei 57/2007 de 28 de desembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información (BOE núm. 312, de 29/ de desembre) imposa atenció telemàtica les empreses que prestin serveis al públic en general de gran transcendència econòmica i de determinades dimensions. Les empreses que compleixen aquests requisits, que detalla la disposició (art. 2.2.), són la majoria de les de serveis bàsics, entre ells, els serveis financers. Cfr. Parra, op. Loc. Cit, p. 291.
- 42 Cal, en definitiva, que el telèfon no comporti despeses especials: El TRLGDCU parla de «tarifa bàsica», però és més precís el Codi de Consum quan indica que aquest servei telefònic no podrà ser de tarifació addicional seguint la jurisprudència del TJUE ha fet equivalent a tarifa ordinària, és a dir, sense guany per l'empresari. Cfr. Sentència (Sala 7a) de 2 de març de 2017, C 568/15 Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewers Frankfurt am Main eV y Comtech GmbH.
- 43 A diferència d'aquest SACL genèrics trobem el cas d'alguns sectors de serveis bàsics en els que s'imposen certes obligacions específiques: Si es presta atenció telefònica, aquesta ha de ser directa —amb intervenció humana— i gratuïta: aquets sistema específic s'aplica, amb alguns matisos, a telecomunicacions, sector elèctric, gas i serveis ferroviaris. En aquests casos, la llei concreta més la forma com els SACL han d'actuar. Així, art. 47.2, Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones; art. 44 i 46 Ley 24/2013, del sector elèctric ; art. 58 Ley 38/2015, de 29 de septiembre, del sector ferroviario , i art. 81,n, Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos.

En canvi, per a les empreses de productes financers, els SACL són obligatoris en un intent de crear i/o augmentar la confiança dels usuaris dels serveis. L' Ordre ECO/734/2004, de 11 de març, sobre el Departamento o Servicio de Atención al Cliente y el Defensor del cliente de las entidades financieras<sup>44</sup> regula amb bastant detall l'estructura i funcionament d'aquests òrgans en desenvolupament dels arts. 29 i 30 de la Llei 44/2002. Segons l'Ordre citada, el SACL ha de tramitar «queixes» i «reclamacions» dels consumidors en relació als «interessos i drets legalment reconeguts», en concret, en relació a la interpretació del contracte o les seves clàusules, l'aplicació de la normativa de transparència i protecció de la clientela, i les bones practiques i el usos mercantils (art. 2.2 i 15.2). Les reclamacions són resoltes pel titular del servei que ha de tenir honorabilitat professional i una formació adequada. A més, pot ser un únic titular per a un grup d'empreses. Han de ser anomenats pel consell d'administració o bé per l'òrgan equivalent de l'entitat, o la direcció general de la sucursal (art. 5). En definitiva, podem afirmar que es tracta d'uns SACL formals, on es fa visible la especial intensitat en la gestió i resolució dels conflictes de la que parlàvem abans.

És especialment important, des del punt de vista estructural, la necessitat de separació orgànica d'aquets servei en relació a la resta dels de l'empresa. Aquesta independència es rebla amb l'obligació de la resta de departaments de subministrar-los tota la informació necessària per a gestionar la reclamació i aquesta obligació — s'entén de forma implícita que també el procés— ha de constar en el Reglament de funcionament dels SACL (art. 6.2 i 8.3,d). A més, han de tenir personal tècnic amb coneixements sobre aquests àmbit (art. 6.3). El Reglament de funcionament l'aprova el consell d'administració i ha d'especificar, entre altres, la duració dels càrrecs, les relacions entre el SACL i el defensor del client, si n'hi ha, el termini per a presentar la reclamació i el termini per a resoldre-la. Per altra banda, els SACL han de acceptar no només reclamacions presencials sinó també telemàtiques.<sup>45</sup> Tot i aquesta separació departamental rígida que genera una independència funcional; no estem davant d'un veritable òrgan independent del que es pugui predicar la qualitat de tercer.

---

44 BOE núm. 72, de 24 de març.

45 Cfr. MENDOZA LOSADA, A., «Servicios de atención al cliente en la ley 3/2014, otra oportunidad desaprovechada», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, No 9/2014. Accessible a: <http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco> (darrera consulta, desembre 2016).

Els SACL dels serveis financers no tenen però, excessiva bona premsa. Podem aportar dades de l'anàlisi d'aquest tipus de serveis en les companyies asseguradores de la mà del Grup d'Experts organitzat en ocasió d'un projecte de recerca sobre els ADR en el sector assegurador, finançat per l'empresa d'assegurances DAS. Els experts parlaven de forma insistent d'una «humanització» en el procés de reclamació a la vegada que es proposava una terminologia més neutra que informi al consumidor que està davant d'un departament de l'empresa que intenta resoldre la seva reclamació. Un canvi de denominació podria ressaltar la seva independència orgànica: si bé el SACL canalitza una resposta en nom de l'empresa, aquesta decisió està presa des d'un departament que no és aquell que ha pres la decisió que es discuteix. Molt possiblement, a més, el personal al servei d'aquestes unitats hauria d'estar format en tècniques de mediació.<sup>46</sup>

Els SACL, tant els que hem denominat formals com els informals, estan específicament exclosos de l'àmbit d'aplicació de la LADRC en l'art. 3.2.c. Aquesta menció expressa no caldria tota vegada que l'art. 2.1,a ja els exclou quan indica que la norma no s'aplica als mecanismes de negociació directa entre l'empresari i el consumidor, com ja preveia al DADR (art. 2,a). El titular del servei es limita a sol·licitar informació del servei que ha actuat i dona una nova versió de la resposta de l'empresa que pot confirmar o no l'actuació del departament actuant. En els SACL, cap de les parts no assumeix el paper de tercer en la resolució, per això els és aliè el propi concepte d'entitat acreditada i les garanties cara a l'actuació de qualitat d'aquets tercer. El mateix passa amb els mecanismes de negociació en cas de préstecs hipotecaris especialment previstos en el RD 1/2017, que són un mecanisme similar,<sup>47</sup> en parlarem a l'epígraf 7, al qual ens remetem.

Encara que estiguin exclosos, el paper dels SACL esdevé molt importat en el nou context ja que la llei imposa que existeixi una reclamació prèvia al comerciant abans que la reclamació pugui ser admesa per les ERA (art. 18.1,a). Per tant, un correcte funcionament dels SACL pot contribuir de forma important a evitar l'escalada del conflicte o d'intentar trobar una

---

46 LAUROBA, E.-BARRAL, I., VIOLA, I., TARABAL, J. I GINEBRA, M E, «Informe del grupo de expertos (GE) constituido en ejecución del proyecto de investigación UB-DAS sobre implementación de la mediación en el ámbito asegurador» en *Informe sobre la implementación de los ADR en el ámbito asegurador*, inèdit, 2017.

47 Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidoras en materia de cláusulas suelo. BOE núm. 18, de 21 de gener de 2017.

solució sense acudir a una ERA, que és l'objectiu d'aquesta previsió. Per tant, poden tenir un gran valor en termes de descongestió de les ERA que podrien ocupar-se de casos més complexos, deixant als SACL el que sigui correcció de males pràctiques dins les empreses o redefinició de processos. De fet, els SACL poden ser uns instruments molt útils en l'anomenada gestió reputacional de l'empresari.<sup>48</sup>

## 6. ELS DEFENSORS DEL CLIENT: ÉS L'ESQUEMA OMBUDSMAN LA SOLUCIÓ?

Els defensors del client són òrgans de resolució de conflictes en els que intervé un tercer que imposa el seu criteri mitjançant un dictamen o resolució. Aquestes figures s'emparenten en l'anomenat esquema ombudsman, però les experiències al nostre país han adoptat uns perfils diferents que s'articulen a vegades de forma problemàtica amb els altres òrgans de resolució de conflictes.

### 6.1. L'esquema ombudsman

L'ombudsman s'usa arreu del món com un mecanisme senzill i efectiu per a corregir errors burocràtics de l'administració pública sota la fórmula d'un tercer neutral que gestiona les queixes i que és la darrera possibilitat de poder solucionar un conflicte, abans dels tribunals (Defensor del pueblo, Síndic de Greuges). Dit això, la concreció exacta de com funciona cadascun d'ells depèn de cada país i és difícil fixar elements comuns. La concepció moderna neix a Suècia l'any 1809, quan la constitució sueca estableix la figura d'un representant del parlament que supervisa l'aplicació de la llei i l'actuació de l'administració pública per tal de protegir el ciutadà davant de pràctiques de mala administració.<sup>49</sup> En un moment posterior, a partir dels anys 70, es desenvolupen els «Consumer

---

48 Sobre aquesta qüestió, VILALTA NICUESA, E., «Los sistemas reputacionales como mecanismo de compulsión privada», en Esteban de la Rosa, dir, *La resolución de conflictos de consumo. La adaptación del derecho español al marco europeo de resolución alternativa (ADR) y en línea (ODR)*, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, (443-464).

49 СТУХМСКЕ, Anita, «The rise of the australian telecommunications industry ombudsman», *Telecommunications Policy* 26 (2002) 69-85.

*Complaint Boards*», amb una estructura similar: són òrgans independents que canalitzen les queixes, en aquest cas, cap al prestador de serveis en sectors d'estructura monopolística o bé oligopolística, garantint el dret a reclamar del consumidor. Jurídicament emeten decisions no vinculants per a cap de les parts sobre temes de consum, encara que amb un alt índex de compliment, i són finançats pel govern.<sup>50</sup>

A partir dels anys 60, els països del common law importen la institució dels països escandinaus amb aquets rol públic. Quan en els '90 es produeix el procés privatització de sectors públics, aquest esquema es transporta a l'àmbit de la protecció de la clientela, de manera encara més evident que en els països escandinaus. El fonament que inspira aquest nou ombudsman es que quan l'estat es retira parcialment de la prestació del servei, aquest esquema ofereix una eina molt interessant d'autoregulació en el sector i de protecció dels consumidors que passen de ser usuaris d'un servei públics a consumidors de serveis prestats en règim de competència pel sector privat.<sup>51</sup> Aquests nous ombudsman tenen una sèrie de característiques pròpies:<sup>52</sup> finançament a càrrec del sector industrial; independent del govern (sector públic); dins d'una organització sense ànim de lucre i estructura interna paritària entre associacions de consumidors, òrgans públics i representants del sector. El cas paradigmàtic és el del Financial Ombudsmen Service —FOS— anglès, creat per llei del Parlament en 1986, amb estructura independent —és una persona jurídica sense ànim de lucre— que les empreses del sector contribueixen a finançar i que, en 2015, va tramitar 450.000 reclamaciones sobre productes financers.<sup>53</sup>

Als efectes que a nosaltres més en interessin, destacarem que l'ombudsman pren el rol de «investigador imparcial de les queixes dels consumidors» davant de les decisions dels empresaris de sectors

---

50 Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil, de 19 de abril de 2002 (COM(2002) 196 final), p. 7.

51 The study centre for consumer law KU Leuven, An analysis and evaluation of alternative means of consumer redress other than redress through ordinary judicial proceedings. Final Report, 2007, p. 84-85.

52 Stuhmcke, A. (2002) p. 72 ss.

53 Cfr. Cortés, P., «Un análisis comparativo de los mecanismos de resolución alternativa de litigios de consumo», *Indret*, 4/2015 (1-30), p. 27. El xifres són sorprenents: és el defensor del client més gran de UK, i del món, amb 400 treballadors, dels quals 300 Defensors, que rep 1.800.000 consultes a l'any i resol 450.000 queixes sobre assegurances, targetes de crèdit i hipoteques, segons dades de l'informe anual de 2015.

liberalitzats, és a dir, els serveis bàsics i, sobre tot, en els serveis financers. L'esquema de l'ombudsman és adequat ja que la relació que s'estableix davant les empreses d'aquests sectors té els elements d'asimetria que tenen les relacions d'un ciutadà amb l'administració.

## **6.2. Els defensors dels clients: una experiència millorable a casa nostra**

En el nostre context, els defensors dels clients bancaris són una realitat fa anys; el primer va ser creat per pròpia iniciativa pel Banc de Bilbao el 1986. També existeixen en l'àmbit de les companyies d'assegurances, sota la denominació de «defensor de l'assegurat»: la primera manifestació és el defensor de MAPFRE mutualitat, creat el 1994.<sup>54</sup> Els reconeix i regula l'art. 29.2 de la Llei 44/2002 ja citada, en paral·lel amb els SACL.<sup>55</sup> La regulació del seu funcionament i atribucions es realitza novament per l'Ordre ECO/ 734/2004. El tractament en paral·lel dels SACL i els defensors realitzat per l'Ordre esmentada aporta elements de confusió entre tots dos, encara que cal apuntar tres diferències bàsiques: Primer, la decisió de crear o no un defensor del client és de l'empresa, per tant, es tracta d'un òrgan de caràcter facultatiu. Segon, allò que determina la seva operativitat és com es relacionen amb els SACL. En efecte, els reglaments de funcionament intern de les empreses han de pronunciar-se sobre l'àmbit de les reclamacions atribuïdes als SACL i aquelles atribuïdes al defensor. És possible una atribució indistinta, però en aquest cas, el reglament ha de determinar si el defensor funciona com a segona instància i com es relaciona amb la primera (art. 8.2, c); encara que molt sovint, els defensors actuen després de la reclamació feta al SACL. Tercer, al defensor del client se li exigeix independència, cosa que no es

---

54 Cfr. MARIMON DURAN, R., «La nueva regulación de los órganos de defensa del cliente bancario. La experiencia del servicio de reclamaciones del banco de España», en CUÑAT EDO, V., dir., *Protección de particulares frente a malas prácticas bancarias*, Estudios de Derecho judicial, núm. 55, Madrid, Consejo General del poder judicial, 2005, p. 215 ss.

55 Altres texts que hi fan referència són: Art. Ley 8/1987, de 8 de junio, de regulación de los planes y fondos de pensiones (art. 32) que crea el defensor del particip dels plans de pensions; Art. 48 de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de instituciones de inversión colectiva, que extèn aquets tractament a les societats gestores d'institucions d'inversió col·lectiva. Art. 196.11 Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras. És infracció lleu no complir les resolucions del defensor de l'assegurat favorables al prenedor, assegurat, beneficiari o víctima.

fa als SACL (art. 7.1). Aquesta darrera característica és la que marca el que ja hem dit abans: mentre els SACL són serveis amb independència merament estructural, els defensor ho són en quant tercers que resolen un conflicte aliè.

Ara bé, aquesta independència actua de forma diferent en funció de la seva vinculació orgànica. De fet, una aproximació als defensors exigeix diferenciar els defensors interns dels externs. Els primers actuen en l'àmbit d'una única empresa o grup d'empreses mentre que els externs, actuen en relació a un grup obert d'empresaris.

En el cas dels defensors interns manca la nota essencial d'alteritat:<sup>56</sup> el defensor no és tercer, ja que no només està nomenat per l'empresa, sinó que forma part de l'organització d'una de les parts en conflicte. Que no pugui ser considerat com a tercer no obsta que pel seu prestigi personal, pel coneixement de la matèria o per l'efectivitat del servei, les seves resolucions puguin, efectivament, posar fi a un conflicte. Per això, entren clarament en l'àmbit dels mecanismes de millora de la qualitat de les empreses.

D'altra banda, en examinar la manera de funcionament dels defensors del client, s'observa que són òrgans avaluatius<sup>57</sup> En efecte, a diferència del mediador o l'àrbitre, els defensors actuen com a òrgans que recapten la informació sobre el conflicte a les parts i emeten una opinió en forma de resolució, per això, podria ser considerat com un sistema consultiu on el tercer imparcial suggereix una solució, sense imposar-la. A aquesta idea sembla referir l'art. 39.2 L 44/2002 «d'atendre i resoldre els tipus de reclamacions que se sotmetin a la seva decisió». En aquesta segona part està la seva diferència amb l'àrbitre, ja que no es tracta d'un procediment adjudicatiu com l'arbitratge, que determina qui té la raó i què s'ha de fer, sinó que la seva opinió suposa un dictamen; i tampoc les seves decisions tenen caràcter executiu. La llei 44/2002, prenent el funcionament que la majoria de defensors tenien en la pràctica, estableix que les opinions del defensor prenen la forma de dictamen, pel que es tracta d'una proposta de solució, només és vinculant per a una de les parts: l'empresa. Així es

---

56 En el mateix sentit, The Study Center (2007) p. 28

57 En efecte, entre l'arbitratge com a mètode heterocompositiu i formal, i la mediació, que és un mètode autocompositiu i informal, existeixen altres fórmules intermèdies, que adopten trets d'aquests dos models. Cfr. CASANOVAS, P.-POBLET, M., «Esquema general de de los conceptos y ámbitos de la justicia relacional», en CASANOVAS, P., DÍAZ, L., MAGRE, J, POBLET, eds (2011), pág. 21ss.



podria conceptualitzar com una «asymmetric authority»<sup>58</sup> que no pot tancar la porta a d'altres ADR com la mediació o l'arbitratge (ex 39.2). Finalment, cal dir que el recurs al Defensor del client, si n'hi ha, es manté com a previ i necessari abans d'acudir al mecanisme propi del regulador (art. 31.3, 2º par Llei 44/2007), de forma que es crea un procediment escalonat: SACL, Defensor i òrgan administratiu que no necessàriament es percep com a ràpid o eficaç.

En abstracte, i en el moment present, no sembla que la figura del Defensor del client generi un gran entusiasme com a instrument de resolució de conflictes. Pel que fa a l'àmbit de les asseguradores, tant usuaris com advocats ho consideren un tràmit només relativament útil perquè és pressuposit necessari per presentar després la reclamació / queixa pertinent davant de l'òrgan administratiu competent —la Direcció General d'Assegurances—. Se sol dubtar de la seva independència i imparcialitat i es desconfia dels seus dictàmens. De fet, l'art. 97.5 de la Llei 20/2015, que després d'esmentar l'arbitratge o la mediació, recull també les Oficines d'Atenció al client, però no fa cap menció a aquest defensor.<sup>59</sup>

La DADR permet la possibilitat que els estats membres introdueixin sistemes de ADR d'aquets tipus; de forma que, en principi, no s'oposa a l'acreditació del que hem anomenat defensors interns. S'admeten els òrgans en els que els tercers que resolen els conflictes estan empleats o siguin retribuïts exclusivament per un comerciant que és qui organitza i gestiona el servei de resolució (art. 2,2,a DADR). Per a ells, però, s'estableixen garanties addicionals per a la imparcialitat que pretenen validar la pràctica francesa dels anomenats «médiateurs d'entreprise».<sup>60</sup> En canvi, la LADRC ho exclou expressament (EdM IV, par. 6, i art. 2.1.c). La disposició no s'aplica als «procediments davant sistemes de resolució gestionats pels empresaris».<sup>61</sup>

---

58 Schwarz, D., «Redesigning Consumer Dispute Resolution: A Case Study of the British and American Approaches to Insurance Claims Conflict», *Tulane Law Review*, 735, 2008-2009, p. 781 .

59 Lauroba, E, i altres, (2017), p. 6.

60 L'admissió de sistemes privats suposa, d'entrada, la necessitat de plantejar-se dues qüestions: la del manteniment de la independència i de la imparcialitat dels decisors i la del seu finançament. La UE aposta més clarament pel primer aspecte que pel segon, de forma que el tema del finançament apareix com a secundari.

61 Com indica Torrecillas, p. 182, aquesta possibilitat existia en el projecte de llei, encara que va ser eliminada a la discussió parlamentària.

Ara bé, que no puguin acreditar-se no vol dir que no puguin continuar existint en quant que la LADRC no nega la possibilitat que aquestes entitats continuïn actuant, com sí ha fet —com a excepció a tota la UE— Portugal.<sup>62</sup>

Més interessants, als nostres efectes, són els anomenats defensors «externs». Entenem que, en aquest cas, el fet de no dependre d'una empresa en concret li dóna notes d'alteritat suficients com per ser considerat un tercer en el conflicte i el fa escapar de la prohibició de l'art. 3.1.c de la LADRC. Aquets tipus de defensor pot ser acreditat sempre i quan sigui finançat per una organització professional o empresarial. En canvi, no entrarien dins d'aquest àmbit els defensors externs finançats per un grup de diverses empreses sense la cobertura d'aquella organització, ja que estarien excloses de l'àmbit d'aplicació de la norma: serien entitats finançades exclusivament pels empresaris.<sup>63</sup> De fet, la LADRC s'ocupa de definir «organització professional o associació empresarial» com tota organització o associació sense ànim de lucre «que reuneixi diferents professionals o empreses d'un sector determinat per gestionar i assolir les seves pròpies finalitats» (art. 2.c). Si els tercers que resolen el conflicte són finançats per una organització d'aquets tipus a la qual pertany l'empresari, desapareixen les cauteles en relació als defensors privats i és possible l'acreditació tot i que l'empresari contra el qual es reclami contribueixi al finançament de l'entitat. En canvi, en aquest cas s'obliga a que aquesta tingui un pressupost independent i específic pel compliment de les seves activitats, a no ser que els defensors formin part d'un òrgan col·legiat compost pel mateix número de representants de l'organització professional o de l'associació empresarial que els retribueixi

---

62 CORTÉS, P-ESTEBAN DE LA ROSA, F., *La normativa europea de resolución de conflictos de consumo y su transposición en España*, Estudio ADICAE, Zaragoza, 2016, p. 25.

63 En aquets cas, la Directiva planteja repetidament la qüestió de la independència i la imparcialitat com a elements distintius i claus en l'admissió de sistemes de resolució de conflictes. Amb caràcter general, la garantia de la independència i la imparcialitat es basa en quatre elements: una durada del mandat prou llarga, la impossibilitat de rebre instruccions de les parts, que la retribució que no estigui en relació al resultat del procediment i la regulació detallada dels casos de conflictes d'interessos. En el cas que el tercer sigui una persona empleada o retribuïda per l'empresa es busca la independència funcional (absència de vincle jeràrquic ni funcional amb l'empresari; organisme separat de les entitats operatives d'aquell; pressupost suficient i independent, i la transparència de la tasca feta). També les normes de nomenament són més estrictes ja que la durada mínima del mandat es concreta en 3 anys i s'estableix una prohibició de «portes giratòries» en tres anys després de deixar el càrrec (art. 6.3 i 7.1). La LADRC no menciona aquets cas, perquè entén que no es pot acreditar.

i d'organitzacions de consumidors (arts. 6.4 i 6.5 ). Totes aquestes previsions han estat recollides a l'art. 25 LADRC.<sup>64</sup>

L'esquema de defensor sectorial depenent d'una o diverses organitzacions d'empresaris o professionals funciona amb rigor i bons resultats a molts països d'Europa,<sup>65</sup> com ja hem indicat en parlar de l'anomenat esquema-ombudsman. Per això, si es pensa adequadament el disseny i es genera amb caràcter únic per un sector, és una possible forma de la entitat sectorial única que es preveu a la DA 1: analitzarem aquesta possibilitat en l'epígraf següent.

## 7. LA TUTELA DELS CONSUMIDORS MITJANÇANT ÒRGANS ADMINISTRATIUS I LA FUTURA ENTITAT SECTORIAL ÚNICA

En quasi bé tots els serveis bàsics la legislació preveu l'existència d'òrgans administratius que actuen en l'àmbit de la resolució de conflictes com a darrera instància després dels SACL i els defensors.<sup>66</sup> La presència d'òrgans administratius en aquest àmbit neix de la voluntat de l'Estat de continuar tutelant la prestació d'un servei públic que es liberalitza però que manté

---

64 Dels existents, indica TORRECILLAS (op. cit., p. 182-183) que la CECA (Confederación Española de Cajas de Ahorro) tenia un Servei de Defensor del client que cessa en la seva activitat el dia 15 d'abril de 2017; encara que, en la nostra opinió, i com hem vist, la seva acreditació seria possible.

65 CORTÉS, «Análisis de la implementación...», op.loc.cit., p. 20.

66 En l'àmbit de les telecomunicacions, existeix l'anomenada Oficina del usuario de telecomunicaciones que serveix com a òrgan de canalització de dubtes i de gestió de reclamacions davant la Secretaría de Estado para la Sociedad de la Información y la Agenda Digital. L'òrgan encarregat Direcció General de telecomunicaciones y Tecnologías de la información té, entre les seves competències, la resolució de conflictes entre operadors i usuaris en els termes que preveu l'art. 55 de la LGT 2014. <http://www.usuariostelesco.gob.es/Paginas/Index.aspx> En relació a la energia, la Llei del sector elèctric, 24/2013 de 26 de desembre també preveu un òrgan similar (art. 43). De la mateixa manera que en relació al gas ho preveu la Llei del sector d'hidrocarburs (art. 79). La diferència està, però, en què, en aquest cas, es tracta d'una entitat sectorial residual amb participació obligatòria dels empresaris. Finalment, i en relació al transport aeri de passatgers, l'Agència Estatal de Seguridad Aérea (AESA) ofereix un servei de reclamació en cas de cancel·lació o retard del vol o qualsevol problema relacionat amb l'equipatge. En aquest cas, no és un òrgan administratiu de resolució, més aviat realitza una activitat d'intermediació entre el consumidor i la companyia aèria. De fet, la seva actuació s'incardina en la supervisió del compliment del Reglamento de Derechos de

algunes obligacions de servei públic, en aquest cas, l'anomenada garantia processal.<sup>67</sup> Les normes liberalitzadores contenen, doncs, previsions per tal que es creïn òrgans administratius cridats a resoldre els conflictes entre aquestes empreses i els seus usuaris.

## 7.1. L'entitat sectorial única pels serveis financers

En relació als productes financers, la llei 44/2002 assigna aquest paper a entitats dependents dels reguladors en els seus respectius àmbits: el Servicio de Reclamaciones del Banco de España —SRBE—, la Comisión Nacional del Mercado de Valores, i la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones (art. 31). Aquests òrgans es consideren com una darrera instància després dels Defensors del Client, si l'entitat en té, i, lògicament, després d'haver acudit al SACL. Sempre han de deixar, però, la porta oberta per tal d'acudir al sistema arbitral de consum, encara que les línies d'actuació entre ambdós no queden clares. A més, els òrgans administratius encarregats de la resolució de conflictes entre privats plantegen nombrosos interrogants. El primer d'ells és com es relacionen procedimentalment la via administrativa i les instàncies de resolució de conflictes que hem vist fins ara. A la pràctica, el que es produeix és un circuit d'accions en el que el consumidor es veu obligat a passar per tots ells amb la consegüent pèrdua de temps i energies. El resultat és que s'abona la sensació de poca eficiència del sistema que es tradueix en desconfiança davant del prestador de serveis. Una segona qüestió no menor són les disfuncionalitats entre tots dos nivells de protecció : ¿Pot la via administrativa entrar a conèixer relacions exclusivament privades ? ¿És adequada la via civil per la decisió sobre qüestions relacionades amb la garantia de la prestació de serveis d'interès general al consumidor?

Malgrat els dubtes, la LADRC manté el sistema actual de recurs als òrgans específics dels reguladors. L'EdM indica que seran «autoritats competents» en aquets àmbit el supervisors ja citats; encara que no són autoritats en sentit tècnic sinó organismes dependents dels reguladors, que també recull la DA 1, 3r. Com a novetat, però, la DA 1a encarrega al

---

Pasajeros (CE) 261/2004 i la seva força rau en el fet que pot demanar informació de la companyia i emetre un informe amb el resultat de les seves actuacions encara que no és vinculant ni tant sols per l'empresa. Encara que, en aquets sector, la LADRC obliga a crear una entitat única, de participació obligatòria i caràcter vinculant (DA2).

67 CANALS AMETLLER, D., «Principios...», op. loc. Cit., p. 153-154.

Govern remetre a les Corts Generals un projecte de llei que creï i reguli una entitat sectorial única en el cas dels serveis financers. La creació d'aquesta entitat única de participació obligatòria pels empresaris és un aspecte en el que la llei innova: en el paràgraf 53 del preàmbul, la DADR es limita a establir la necessitat que els estats membres reforcin els mecanismes de resolució en el cas dels productes financers i que la solució es vinculi a la xarxa FIN-NET de la UE, però no imposa la creació d'entitats úniques. A més, l'entitat única és de participació obligatòria per a l'empresari, és a dir, pels prestadors de serveis financers. El principi de voluntarietat sol ser bàsic en les diverses ADRs que depenen de la decisió de les parts d'acudir a elles i el remei es frustra si l'empresari decideix no fer-ho. La DADR indica que la participació a les ADR no pot ser imposada als empresaris, encara que aquest principi s'entén «...sin perjuicio de cualquier norma estatal que haga obligatoria la participación de comerciantes en dichos procedimientos» (pr. Par 49). La DADR admet, doncs, tant la incentivació de la participació dels comerciants en sistemes voluntaris, com l'obligatorietat si una norma estatal així ho preveu. Aquesta ha estat la via adoptada per la LADRC, que preveu la participació obligatòria de l'empresari en dos contextos: els productes financers i del transport aeri de persones.<sup>68</sup> La participació obligatòria pot generar dubtes en relació al dret a la tutela efectiva, però, com indica Pérez Daudí, el recurs a la obligatorietat no ofereix problemes si manté la possibilitat d'acudir a la via judicial; encara més, la tutela efectiva permet limitacions si són proporcionades i idònies en atenció a determinats interessos —la protecció dels consumidors—. <sup>69</sup> Aquest sistema obligatori pels empresaris no és, però, excloent, ja que la citada DA 1a indica expressament que les

---

68 La DA 2 preveu un règim similar però no idèntic pel que fa a les reclamacions dels usuaris de transport aeri, en cas d'endarreriment i cancel·lació de vols, denegació d'embarcament i pèrdua d'equipatge. La llei imposa a les empreses del sector la participació en una entitat única, de caràcter vinculant en els seves decisions, de forma que, en aquets supòsit l'empresari està obligat no només a participar en el sistema, sinó també a assumir el contingut de la resolució que emeti l'òrgan. La competència per a regular aquest sistema correspon al Ministeri de Foment mitjançant ordre ministerial. Mentrestant, ho gestiona l'Agència Estatal de Seguridad Aérea.

69 PÉREZ DAUDÍ, V., «La obligatoriedad de los ADR y la protección de los consumidores», *Atelier*, en premsa, previst 2019. Encara que es mostra contrari a les previsions del text provisional que ha de desenvolupar l'entitat financera única del sector del transport aeri de passatgers ja que és vinculant per totes dues parts i només permet el recurs davant la jurisdicció contenciosa-administrativa, quan són matèria de la competència dels jutjats civils i, per tant, contrària a l'art. 9 LOPJ.

altres entitats també podran conèixer d'aquests litigis, per exemple, el SAC. Tampoc la DA 1 prejutja si el caràcter d'aquest sistema ha de ser vinculant o no. El text que desenvolupi aquestes previsions havia de ser presentat al Congrés vuit mesos després de l'aprovació de la llei —juliol de 2018—, però, a data d'avui, encara no ha començat la seva tramitació parlamentària. Per aquets motiu, creiem que cal esperar a veure una proposta concreta per solucionar els dubtes que, en aquets moment, la previsió legal genera. Tot i això, farem uns breus apunts sobre les possibilitats que, en aquets aspecte, s'ofereixen al legislador.

La DA 1 no determina com ha de ser aquesta entitat única ni quin ha de ser el mecanisme jurídic que utilitzi. La possibilitat de l'arbitratge estaria ja contemplada en la els d'arbitratges especialitzats que preveu l'art. RD 231/2008 i que ha estat molt poc utilitzat en la pràctica. El recurs a l'arbitratge, però, seria complicat ja que, si bé l'art. 9 LADRC ho autoritzaria si aquesta via no limita l'accés als tribunals, hauria de provocar un canvi important en la regulació de l'arbitratge de consum que possiblement desdibuixaria la seva essència. Per altra banda, l'experiència anterior de la poca intervenció dels serveis financers al SAC, potser desaconsellen aquesta via. Pel que fa a la possibilitat d'una mediació obligatòria, podria tenir empara en l'existència d'experiències concretes desenvolupades en matèria de préstecs hipotecaris dedicats al finançament d'habitatge habitual on s'ha explorat amb èxit la mediació per intentar pal·liar les conseqüències de la crisi i permetre al deutor continuar en l'habitatge. En efecte, són diverses les iniciatives del que s'anomena «mediació residencial», sovint sorgides a l'empara d'organismes públics, que negocien una sortida a la pèrdua de l'habitatge per impagament del crèdit i que són les primeres d'aparèixer després de la crisi. No només els consumidors estan interessats en no perdre el pis, l'execució pels bancs tampoc no és la solució.<sup>70</sup> Possiblement es tracti més d'una intermediació que d'una mediació pròpiament dita, però aconsegueix trobar una solució al conflicte que enfrontava les parts. En matèria de clàusules abusives vinculades a l'execució de l'habitatge per impagament o les clàusules sòl —que no es

---

70 ANDERSON, M.-VIOLA, I., La gestión de los conflictos en la vivienda: la experiencia de la Clínica Jurídica en Derecho Inmobiliario y mediación residencial de la Universitat de Barcelona, en Lauroba Lacasa, E. y Ortuño Muñoz, P. (coords), *Mediación es Justicia. El impacto de la ley 5/2012, de mediación civil y mercantil*, (Actas del III simposio «Tribunales y mediación») Gemme. Huygens editorial. Barcelona, 2014, p. 323 a 332. Per a una visió general de la mediació residencial, VAZQUEZ DE CASTRO, E., «La solución negociada ante la ejecución hipotecaria», *Revista crítica de derecho inmobiliario*, N° 740, 2013, págs. 3973-4006.

vincula exactament a la pèrdua de l'habitatge, sinó a l'import de les quotes a pagar— la solució ha estat diferent: D'una banda, la jurisprudència del TS que limitava el retorn de les quantitats després de declarar la clàusula com abusiva, corregida pel TJUE, ha generat una conflictivitat altíssima pel gran número d'hipoteques concedides amb aquets pacte. El govern va respondre a la situació amb una via de negociació entre consumidors i bancs en el RD 1/2017 que presenta uns resultats inequívocament dolents i que avalen la idea que serveix més com a dilació de la solució que com a possibilitat de trobar-la.<sup>71</sup> Com ja hem dit, en aquets cas està exclòs de l'acreditació perquè és un sistema de negociació directa. Encara pitjor ha estat la solució de portar aquests casos a jutjats especialitzats que estan totalment col·lapsats.<sup>72</sup>

En canvi, el legislador català ha optat per potenciar els ADRs en aquesta matèria. El Codi de Consum de Catalunya, en la seva reforma mitjançant llei 20/2014<sup>73</sup> (art. 132-4), incorpora la mediació obligatòria prèvia a qualsevol demanda judicial en matèria de préstecs hipotecaris per a l'adquisició d'habitatge habitual. Aquesta norma pretenia obrir un possible espai a l'acord amb l'entitat bancària abans de l'execució. La seva força estava en obligar els dues parts a comparèixer a una sessió informativa, encara que mai podria fer obligatori el procediment de

---

71 L'Observatorio de Seguimiento y Vigilancia de ADICAE ha realitzat un informe en el que indica que els bancs han denegat sense donar explicacions el 88% de les reclamacions per clàusules sòl durant el primer semestre de 2017. Del 12% que ha rebut una oferta, només el 6 % ha cobrat efectivament la quantitat pactada. Observatorio de seguimiento y vigilancia, ADICAE, «Dossier-informe Cláusula Suelo» 08/2017, Estudio de aplicación del RD 1/2017. Accessible a [https://colectivos.adicae.net/colectivos/admin/archivos/DOSSIER\\_INFORME\\_CLAUSULA\\_SUELO.pdf](https://colectivos.adicae.net/colectivos/admin/archivos/DOSSIER_INFORME_CLAUSULA_SUELO.pdf) (última consulta, 11 de agost de 2017).

72 El CGPJ ofereix les següents dades al final del tercer trimestre de 2018 : Accions individuals sobre condicions generals en contractes de finançament amb garanties reals immobiliàries els prestatari de les quals sigui una persona física, total d'Espanya: 253.059 assumptes pendents; 96' 7% de sentències a favor del consumidor. <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Datos-penales--civiles-y-laborales/Civil-y-laboral/Efecto-de-la-Crisis-en-los-organos-judiciales/> (darrera consulta, 30 de gener de 2018).

73 Llei 20/2014, de 29 de desembre, de modificació de la Llei 22/2010, de 20 de juliol, del Codi de Consum de Catalunya, per a la millora de la protecció de les persones consumidores en matèria de crèdits i préstecs hipotecaris, vulnerabilitat econòmica i relacions de consum. DOGC núm. 6780, de 31 de desembre.

mediació o l'acord que en pugui resultar (ex art. 6.3 LMACM).<sup>74</sup> La STC 54/2018<sup>75</sup> ha anul·lat aquest precepte encara que l'argumentació es basa només, en arguments competencials ex art. 149.1.6 CE —competència en dret processal—, però sense discutir la possibilitat d'aquesta participació obligatòria com a solució. De fet, l'Anteproyecto de Ley de impulso a la mediación demana aquest mateix requisit, com a condició de procedibilitat, en les demandes d'execució hipotecària de un immoble que la residència habitual del deutor.<sup>76</sup> La qüestió està en saber si aquestes experiències són exportables al conjunt dels serveis financers on la majoria dels elements que hem dibuixat no es donen. Per això, la proposta sembla arriscada. Seria, potser, més convenient, mantenir el sistema de mediació obligatòria en cas dels préstecs destinats a l'adquisició d'habitatge habitual — en la línia que hem dibuixat—, tot i que aquest punt plantejaria si l'entitat única de participació obligatòria general per a tot el sector podria conèixer també, com ara fa el SRBE, d'aquest tipus de reclamació i, aleshores, com s'incardinaria aquesta mediació obligatòria en el cas concret dels crèdits hipotecaris en l'esquema general, per tal d'evitar el circuit d'accions.<sup>77</sup>

Més recent és, encara, la Llei 4/2016, de 23 de desembre, de mesures de protecció del dret a l'habitatge de les persones en risc d'exclusió residencial<sup>78</sup> que crea les CHASES: Comissions d'Habitatge i assistència en situacions d'emergència social. Són comissions de sobreendeutament en els que participen representants de les entitats bancàries, associacions de consumidors i de l'administració que, després d'un procés de mediació de les parts afectades, validen els acords o els modifiquen. En aquets cas, la voluntarietat del procés evita que es pugui oposar al concepte d'entitat única de participació obligatòria.

---

74 Cfr. GINEBRA, M E.-TARABAL, J., «La obligatoriedad de la mediación derivada de la voluntad de las partes: las cláusulas de mediación», *Indret*, 4/2013.

75 Sentència 54/2018, de 24 de maig de 2018. Recurs d'inconstitucionalidad 5459-2015. BOE núm. 151, de 22 de juny de 2018.

76 Accessible a: <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/actividad-legislativa/normativa/proyectos-real-decreto>. Darrera consulta, 5 de febrer de 2019.

77 En la memòria de 2017 del Servei de Reclamacions del Banc d'Espanya es reconeix un gran augment de les reclamacions en matèria de clàusules sòl i de despeses de constitució de la hipoteca. En concret, s'han rebut 23.040 reclamacions sobre les despeses de constitució de la hipoteca i 6.071 sobre la devolució de quantitats indegudes com a conseqüència de clàusules sòl abusives Memòria del Servei de Reclamacions del Banc d'Espanya, 2017, pág. 29 y 35.

78 DOGC núm 7276 de 18 de desembre.



## 7.2. El retorn de l'esquema ombudsman: com repensar els Comissionats

Després d'analitzar la mediació i l'arbitratge, sembla que l'alternativa més viable per aquesta entitat sectorial única és l'anomenat esquema ombudsman. En la meua opinió, és un model adequat que pot adaptar-se a la resolució de conflictes en el marc dels serveis financers, especialment si es presenta juntament amb un primer nivell —defensor o recurs a la mediació entre les parts—. De fet, és el que la llei 44/2002 dibuixava com a Comissionats (arts. 22 a 27), que es van crear com a nous òrgans encarregats d'atendre i processar les reclamacions en el cas de serveis financers: el Comissionat per a la Defensa del Client de Serveis Bancaris, el Comissionat per a la Defensa de l'Inversor i el Comissionat per a la Defensa de l'Assegurat i del Partícip en Plans de Pensions. Es trobaven adscrits al Banc d'Espanya, a la Comissió Nacional del Mercat de Valors i a la Direcció General d'Assegurances i Fons de Pensions, respectivament; però amb més independència que els sistemes actuals. Malgrat aquest disseny interessant, la Llei 2/2011, de 4 de març, d'Economia Sostenible que va donar nova redacció a la Llei 44/2002 els ha fet desaparèixer (DD) i cal tenir en compte que, de fet, no havien arribat encara a implementar-se. Per això, en l'actualitat, les seves funcions de resolució de queixes i reclamacions han estat assumides altre cop per organismes administratius: els serveis de reclamacions del BE, la CNMV, i la DGS. De cara, però, a la creació d'aquesta entitat única, convé recordar que els comissionats eren òrgans que emetien Dictàmens vinculants i el titular dels quals era nomenat en funció de la seva categoria d'expert. Aquesta figura entronca directament amb els «defensors dels clients» en una espècie de defensor sectorial que tanca el sistema, i, a la vegada, substitueix als òrgans reguladors en el que fa referència a les disputes amb consumidors que, com ja hem vist, no sembla la millor opció. Esquemes similars funcionen en molts països d'Europa com a òrgans sectorials únics en part —o totalment— finançats pel conjunt d'organitzacions empresarials del sector; i amb més o menys intervenció i finançament públic.<sup>79</sup>

Caldria, però, repensar els comissionats, ja que la entitat única futura hauria de tenir un estatut de clara independència estructural respecte del

---

<sup>79</sup> Cfr. Hodges, C.-Creuzfeld-Banda, N, op. cit.

regulador i pressupost propi;<sup>80</sup> caldria també complir cauteles especials en matèria de composició paritària i estructura independent que ja hem vist en parlar dels defensors i que la LADRC plasma en l'art. 25. Certament, a Espanya aquest esquema és una novetat i el recurs als defensors no ha estat una experiència exitosa, però en el context de la nova llei seria una oportunitat per a repensar la figura dels Comissionats que poden resoldre problemes de l'actual sistema. Tampoc sembla fàcil buscar un finançament en tot o en part depenent dels privats, ni que això sigui percebut de forma positiva pel consumidor. Ara bé, explorar la implicació de la banca en el cost de les reclamacions que generen les seves males pràctiques des del punt de vista econòmic sembla, avui, després de la crisi, un element indefugible que seria entès com a adequat en termes de retorn social. Per altra banda, també cal plantejar el paper de les associacions de consumidors en aquest esquema que poden ajudar a la percepció d'independència. En qualsevol cas, només una aposta clara per òrgans efectius, dotats de mitjans i realment independents suposarà una solució útil i serà vista com a tal pels consumidors.

Malgrat el que hem dit fins ara, l'endarreriment de la tramitació de la llei que ha de crear la entitat sectorial fa perdre la bondat que el nou sistema de resolució de conflictes planteja pels consumidors. En efecte, prenent només l'alta conflictivitat generada per l'anàlisi de les clàusules abusives en els préstecs hipotecaris, les xifres són incòmodes com hem destacat abans. La poca utilització d'aquest remei abans de la crisi i el seu ús forçat per les conseqüències dramàtiques de la pèrdua de l'habitatge han generat jurisprudències disperses en els tribunals inferiors, en el propi TS i en resolucions d'aquest corregides pel TJUE. La situació és especialment iniqua ja que, en molts casos, la solució ha de ser idèntica a la que ja s'ha aplicat pel TS. Per això, la pèrdua de temps per al consumidor és clara, a l'hora que és molt evident que una decisió tardana beneficia la banca. Es converteix, doncs, en una solució profundament injusta, encara que finalment es doni la raó al consumidor.

---

80 Un altre exemple seria decidir en relació a un defecte constatat com era la manca de caràcter executiu de les resolucions: MAYORGA TOLEDANO, M. C., «Red transfronteriza de denuncia extrajudicial sobre servicios financieros, (FIN-NET), en Flores Doña. M. S., *Derecho renovado del consumidor, entre la economía y el derecho*, Madrid, Dilex, 2011, pàg. 317.

## 8. BIBLIOGRAFIA

- ADICAE, Observatorio de seguimiento y vigilancia, ADICAE, «Dossier-informe Cláusula Suelo» 08/2017, Estudio de aplicación del RD 1/2017. Accessible a [https://colectivos.adicae.net/colectivos/admin/archivos/DOSSIER\\_INFORME\\_CLAUSULA\\_SUELO.pdf](https://colectivos.adicae.net/colectivos/admin/archivos/DOSSIER_INFORME_CLAUSULA_SUELO.pdf) (última consulta, 11 de agosto de 2017).
- AGÜERO ORTIZ, A., «La transposición de la Directiva 2013/11/UE al ordenamiento jurídico español a través de la Ley 7/2017 de 2 de noviembre», en BARRAL VIÑALS, I., coord., *La resolución de conflictos con consumidores: De las ADR A LAS ODR*, Madrid, Reus, 2018, 39-72.
- ALVAREZ MORENO, MT, «Los servicios de atención al cliente como posible mecanismo de ADR en litigios de consumo» en Diaz Alabart, S., dir., *Resolución alternativa de litigios de consumo a través de las ADR y ODR (Directiva 2013/11 y Reglamento (UE) nº 524/2013)*, Madrid, Reus, 2017, pp. 257-287
- ANDERSON, M.-VIOLA, I., *La gestión de los conflictos en la vivienda: la experiencia de la Clínica Jurídica en Derecho Inmobiliario y mediación residencial de la Universitat de Barcelona*, en Lauroba Lacasa, E. y Ortuño Muñoz, P. (coords), *Mediación es Justicia. El impacto de la ley 5/2012, de mediación civil y mercantil*, (Actas del III simposio «Tribunales y mediación») Gemme. Huygens editorial. Barcelona, 2014, p. 323 a 332.
- ARROYO AMAYUELAS, E., «Configuració i tipologia dels contractes de serveis : una proposta per a Catalunya des del marc europeu» a Institut de Dret Privat Europeu i comparat de la Universitat de Girona, (ed.), *Contractes, responsabilitat extracontractual i altres fonts d'obligacions al Codi Civil de Catalunya : materials de les Setzenes Jornades de Dret Català a Tossa*, Documenta Universitaria, 2012 pp. 183-246.
- BARRAL VIÑALS, I., «Del consumidor destinatari final al consumidor no expert en la contractació en massa», *Revista catalana de Dret privat*, vol 7, 2007, p. 69 ss.
- BARRAL VIÑALS, I., «El cliente y el consumidor de servicios financieros de préstamo hipotecario», en Lauroba Lacasa, ME, (dir.), Tarabal Bosch,

J., coord., *Garantías reales en escenarios de crisis: presente y prospectiva*, Barcelona, Marcial Pons, 2012, págs. 473-488.

BARRAL VIÑALS, I.-SUQUET CAPDEVILA, J., «La mediación en el ámbito del consumo», *CASANOVAS, MAGRE, LAUROBA*, dirs., Libro blanco de la mediación en Cataluña, Barcelona, Barcelona, Generalitat de Catalunya-Huygens, 2011, p. 351 ss. (accessible a <http://www.llibreblancmediacio.com>)

BARRAL VIÑALS, I., «Consumer complaints and alternative dispute resolution: harmonization of the European ADR system», KENNY, M.-DEVENNEY, J., *The transformation of european private law: Harmonisation, Consolidation, Codification or Chaos?*, Cambridge University Press / UK, 2013, p. 295 ss

BARRAL VIÑALS, I., «La plataforma de resolución de litigios en línea de la UE y las entidades de resolución/mediación acreditadas: ¿mucho ruido y pocas nueces?», en BARRAL VIÑALS, I., coord., *La resolución de conflictos con consumidores: De las ADR A LAS ODR*, Madrid, Reus, 2018, 97-130

BARRAL VIÑALS, I., «La mediación de consumo y las demás ADR ante la Ley 7/2017 de resolución de conflictos con consumidores: ¿más retos o más oportunidades?», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* num. 4/2018, parte Doctrina, pág. 1-23

BLANCO GARCIA, A.I, «El Anteproyecto de ley de resolución alternativa de conflictos de consumo y su encaje en el sector Financiero», *Revista CESCO de derecho de consumo*, 15/2015, 94-100,

BLANCO GARCIA, A.I, «El ombudsman bancario: una protección especial y alternativa del consumidor financiero, pero una Utopía en países de américa latina», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 18/2016, 128-134.

BORRELL, J.R., RAMIÓ, C. I PONCE, J., La prestació privada de serveis d'interès general i bones practiques corporatives, Síndic de Greuges, febrer de 2014.

BROSETA PONT, M-MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho Mercantil*, 24 ed., vol 1, Madrid, Tecnos, 2017

- BUSTO LAGO, J M-ÁLVAREZ LATA; N., PEÑA LÓPEZ, F., *Reclamaciones De Consumo. Derecho Del Consumidor Desde La Perspectiva Del Consumidor*, Aranzadi, 3ª ed., 2010.
- CASANOVAS, P.-POBLET, M., «Esquema general de de los conceptos y ámbitos de la justicia relacional», en CASANOVAS, P., DÍAZ, L., MAGRE, J, POBLET, eds (2011)
- CORTÉS, P., «Un análisis comparativo de los mecanismos de resolución alternativa de litigios de consumo», *Indret*, 4/2015 (1-30).
- CORTÉS, P-ESTEBAN DE LA ROSA, F., *La normativa europea de resolución de conflictos de consumo y su transposición en España*, Estudio ADICAE, Zaragoza, 2016.
- CORTÉS, P., «Análisis de la implementación del régimen europeo sobre reclamaciones de consumo y recomendaciones para su transposición en España», en BARRAL VIÑALS, I., coord., *La resolución de conflictos con consumidores: De la mediación a las ODR*, Madrid, Reus, 2018, (15-40).
- DÍEZ GARCIA, H., «Los principios de libertad y de legalidad de la Directiva 2013/11/UE, de 21 de mayo (Directiva de resolución de litigios en materia de consumo) y su impacto en el sistema arbitral de consumo» en Diaz Alabart, S., dir., *Resolución alternativa de litigios de consumo a través de las ADR y ODR (Directiva 2013/11 y Reglamento (UE) n° 524/2013)*, Madrid, Reus, 2017, pp. 153-207.
- ESTEBAN DE LA ROSA, F.-CORTÉS, P., «Un nuevo derecho europeo para la resolución alternativa y en línea de litigios de consumo», *La protección del consumidor en dos espacios de integración: Europa y América*, Tirant Lo Blanc, Valencia 2015, pág. 520.
- FERRER RIBA J., «Vicissituds en la prestació de serveis: deures de cooperació, instruccions i modificacions del contracte», a Institut de Dret Privat Europeu i comparat de la Universitat de Girona, (ed.), *Contractes, responsabilitat extracontractual i altres fonts d'obligacions al Codi Civil de Catalunya : materials de les Setzenes Jornades de Dret Català a Tossa*, Documenta Universitaria, 2012, pp. 227-238.
- HODGES, C., BENOHR, I., CREUTZFELDT-BANDA, N., *Consumer ADR in Europe*, Hart, 2012. Para un análisis en profundidad del sistema en UK y del buen

- funcionamiento de los ombudsmen sectoriales en ese país CORTES, P., «Un análisis comparativo de los mecanismos de resolución alternativa de litigios de consumo»; *Indret*, 4/2015, octubre, pp. 1 a 27, esp. P. 23.
- IBOLEÓN SALMERÓN B., *El proceso arbitral: una perspectiva procesal del arbitraje de consumo*, Madrid, Dykinson, 2012
- IZQUIERDO CARRASCO, M., «Régimen jurídico de la protección de la clientela en los servicios prestados por las entidades de crédito», en S. Muñoz Machado, JM Vega Serrano, dir., *Derecho de la regulación económica, X, Sistema bancario*, Madrid, Iustel, 2013, p. 681 ss.
- MARIMON DURAN, R., «La nueva regulación de los órganos de defensa del cliente bancario. La experiencia del servicio de reclamaciones del banco de España», en CUÑAT EDO, V., dir., *Protección de particulares frente a malas prácticas bancarias*, Estudios de Derecho judicial, núm. 55, Madrid, Consejo General del poder judicial, 2005, pág. 215 ss.
- MARIN LÓPEZ, MJ, «Consumidores y medios alternativos de resolución de conflictos», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid (AFDUAM)*, núm, 11, 2007, (pp. 123 a 150).
- MAYORGA TOLEDANO, MC., «Red transfronteriza de denuncia extrajudicial sobre servicios financieros, (FIN-NET)», en Flores Doña. M. S., *Derecho renovado del consumidor, entre la economía y el derecho*, Madrid, Dilex, 2011, pág. 317ss.
- PARRA LUCÁN, A., comentario al art. 21 TRLGDCU, en Cámara Lapuente, S., *Comentarios a las normas de protección de los consumidores. Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, Madrid, Colex, 2011,(289-299).
- PÉREZ DAUDÍ, V., «La obligatoriedad de los ADR y la protección de los consumidores», *Atelier*, en prensa, previst 2019
- PONCE SOLÉ, J., «Bancos privados y servicios de interés general. La Directiva 2014/92UE del Parlamento europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, y el acceso a cuentas de pago básicas», en Baño león, J M, coord., *Memorial para la reforma del Estado: estudios en homenaje al Profesor Santiago Muñoz Machado*, T. 3, 2016, págs. 2381-2403.

- STUHMCKE, A., «The rise of the australian telecommunications industry ombudsman», *Telecommunications Policy*, 26 (2002) 69-85.
- SCHWARCZ, D., «Redesigning Consumer Dispute Resolution: A Case Study of the British and American Approaches to Insurance Claims Conflict», *Tulane Law Review*, 735, 2008-2009, P. 781 .
- The study centre for consumer law KU Leuven, An analysis and evaluation of alternative means of consumer redress other than redress through ordinary judicial proceedings. Final Report, 2007
- GINEBRA, M E.-TARABAL, J., «La obligatoriedad de la mediación derivada de la voluntad de las partes: las cláusulas de mediación», *Indret*, 4/2013.
- TORNOS MAS, J., «El concepto de servicio público a la luz del derecho comunitario», *Revista de administración pública*, mayo-agosto (2016) pp. 193-212.
- TORRECILLAS LÓPEZ, S., «Las reclamaciones en el sector de los servicios financieros: su adaptación al nuevo marco europeo de resolución alternativa de litigios de consumo», en Esteban de la Rosa, dir, *La resolución de conflictos de consumo. La adaptación del derecho español al marco europeo de resolución alternativa (ADR) y en línea(ODR)*, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, (171-188)
- VAZQUEZ DE CASTRO, E., «La solución negociada ante la ejecución hipotecaria», *Revista crítica de derecho inmobiliario*, nº 740, 2013, págs. 3973-4006.
- VILALTA NICUESA , E., «Los sistemas reputacionales como mecanismo de compulsión privada», en Esteban de la Rosa, dir, *La resolución de conflictos de consumo. La adaptación del derecho español al marco europeo de resolución alternativa (ADR) y en línea(ODR)*, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, (443-464).
- VILLANUEVA LUPIÓN, C., 2009. *El servicio como objeto de tráfico jurídico*, Madrid, La ley, 2009.



jest

word

jest

jest



# Conseqüències de la cooperació reforçada en el Reglament europeu en matèria de règim econòmic matrimonial i matrimoni entre persones del mateix sexe<sup>1</sup>

DRA. DIANA MARÍN CONSARNAU

*Dret internacional privat.  
Universitat Rovira i Virgili*

## SUMARI

1. INTRODUCCIÓ. 2. QUIN ÉS L'ESCENARI A LA UE? 3. MATRIMONI ENTRE PERSONES DEL MATEIX SEXE, COOPERACIÓ REFORÇADA I RÈGIM ECONÒMIC MATRIMONIAL. 3.1. *Instància directa.* 3.2. *Instància indirecta.* 4. REFLEXIÓ FINAL.

## 1. INTRODUCCIÓ

L'any 2019 s'inaugura amb la plena aplicació de dos Reglaments de la Unió Europea (UE) de Dret internacional privat (DIPr) en matèria de règim econòmic matrimonial i de relacions patrimonials de les unions registrades. Es tracta dels Reglaments (UE) 2016/1103 i 2016/1104, en l'àmbit de la competència, la llei aplicable, el reconeixement i l'execució de resolucions en matèria de règims econòmics matrimonials i en matèria de relacions patrimonials de les unions registrades.<sup>2</sup>

---

1 Aquesta col·laboració s'emmarca dins del Projecte titulat «Esta colaboración se enmarca en el «Recíproco encaje y coherencia de los ámbitos de los Reglamentos comunitarios de Derecho internacional privado», financiat pel Ministerio de Economía y competitividad, amb referència DER2016-75318-P.

2 Ambdós publicats en el DO L 183 de 8 de juliol de 2016.

Sense entrar, en aquest moment, en qüestions concretes dels Reglaments, és necessari fixar la nostra atenció en el fet que aquests s'han aprovat com un pac indivisible i mitjançant el mecanisme de la cooperació reforçada.

Això ha esdevingut així forçat per una qüestió tan sensible com és el matrimoni entre persones del mateix sexe i que es tradueix en una especial problemàtica en el Dret internacional privat de font europea. La tensió mantinguda sobre la no definició del concepte de matrimoni,<sup>3</sup> que ja s'anunciava amb el Reglament (CE) 2201/2003,<sup>4</sup> s'intensifica en seu de llei aplicable en el context d'una UE ampliada,<sup>5</sup> precisament amb motiu dels Estats membres que limiten el matrimoni a la unió heterosexual. Aquesta situació ha propiciat la necessitat d'acudir, en els darrers temps, al mecanisme de la cooperació reforçada per aprovar els nous reglaments, davant les dificultats d'assolir la unanimitat.

El mecanisme de la cooperació reforçada, per tant, ha permès avançar en l'adopció de normes com el Reglament (CE) 1259/2010, en l'àmbit de la llei aplicable al divorci i a la separació judicial,<sup>6</sup> i que ara, en matèria de règim econòmic matrimonial i també de relacions patrimonials de les unions registrades, s'estén a la resta de sectors en els que intervé el Dret internacional privat; la competència judicial internacional i el reconeixement i l'execució de resolucions i l'acceptació i força executiva de documents públics.<sup>7</sup>

Davant d'aquest panorama, el nostre estudi presenta el laberint de situacions i alguns dels interrogants que es generen en els moviments

---

3 SWEENEN, F., «Atypical Families in EU (Private International) Family Law», a MEEUSEN, J.; PERTEGÁS, M.; STRAETMANS, G., SWEENEN, F., *International Family Law for the European Union*, Oxford, Intersentia, 2007, p. 395.

4 Reglament (CE) 2201/2003 del Consell, de 27 de novembre de 2003, relatiu a la competència, el reconeixement i l'execució de resolucions judicials en matèria matrimonial i de responsabilitat parental. *DO L 338 de 23 de desembre de 2003*.

5 L'any 2004 s'adhereixen a la UE Xipre, Eslovàquia, Eslovènia, Estònia, Hongria, Letònia, Lituània, Malta, Polònia y la República Checa. L'any 2007, Romania i Bulgària i finalment el 2013, Croàcia.

6 Reglament (UE) 1259/2010 del Consell, de 20 de desembre de 2010, pel qual s'estableix una cooperació reforçada en l'àmbit de la llei aplicable al divorci i a la separació judicial. *DO L 343 de 29 de desembre de 2010*.

7 GONZÁLEZ BEILFUSS, C., «Propuestas de Reglamento comunitario en materia de regímenes económicos matrimoniales y sobre los efectos patrimoniales de las uniones registradas». *Anuario de Derecho Civil*, LXIV, 2011, pp. 1149-1154.

transfronterers dels matrimonis entre persones del mateix sexe<sup>8</sup> i que es justifica en l'oportunitat del moment degut a, per una banda, l'entrada en aplicació del Reglament (UE) 2016/1103, i el seu abast atenent a la cooperació reforçada i, per un altre banda, a la Sentència del Tribunal de Justícia de la UE (TJUE) 5 de juny de 2018 en l'assumpte *Coman*,<sup>9</sup> en la qual s'han reconegut drets de residència derivats dels cònjuges sense fer distinció per raó de gènere. Ens plantejem com repte futur d'anàlisi, si el seu impacte arribarà a tenir efectes en la coherència horitzontal entre les normes;<sup>10</sup> la Directiva 2004/38/CE<sup>11</sup> i el Reglament (UE) 2016/1103, en relació al concepte de matrimoni.

## 2. QUIN ÉS L'ESCENARI A LA UE?

En el context de la UE no tots els Estats membres autoritzen els matrimonis entre persones del mateix sexe. Val a dir, però, que s'observa una tendència força significativa cap a la seva regulació i que ha estat posada de manifest en les Conclusions de l'Advocat General en l'assumpte *Coman*,<sup>12</sup> quan analitza l'evolució del concepte cònjuge inclòs en la Directiva 2004/38/CE,

---

8 Tal i com posa de manifest Lagarde el Dret de família resisitirà per un llarg període de temps a l'expansió del Dret comunitari, qüestió que s'evidencia també amb els nous Reglaments. LAGARDE, P., «Développements futurs de droit international privé dans une Europe en voie d'unification: quelques conjectures». *RabelsZ.* Vol. 68, nº 2, 2004, p. 236.

9 STJUE de 5 de juny de 2018, *Coman*, C- 673/16. ECLI: EU: C: 2018:385.

10 Entesa aquesta entre textos relatiu a matèries o qüestions diverses, com ha estat classificada per SÁNCHEZ LORENZO, S., «El principio de coherencia en el Derecho internacional privado europeo». *REDI.* Vol. 70/2, 2018, p. 21.

11 Directiva 2004/38/CE, de 29 d'abril de 2004, relativa al dret dels ciutadans de la Unió i dels membres de les seves famílies a circular i residir lliurement en el territori dels Estats membres per la qual es modifica el Reglament (CEE) nº 1612/68 i es deroguen les Directives 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. DO L 158/77 de 30 d'abril de 2004.

12 Presentades l'11 de gener de 2018. ECLI:EU:C:2018:2. «En efecto, si bien a finales de 2004 sólo dos Estados miembros autorizaban el matrimonio entre personas del mismo sexo, desde entonces once Estados miembros adicionales han modificado su legislación en este sentido, y el matrimonio homosexual será también posible en Austria, a más tardar, el 1 de enero de 2019», apartat 58.

que s'aplica al supòsit no directament sinó per analogia.<sup>13</sup> En l'assumpte ens trobem davant de la situació d'un romanès (Sr. Coman) que als EEUU coneix a la seva parella (Sr. Hamilton) i que després es trasllada Bèlgica a treballar, Estat membre on es casen. Sorgeixen problemes quan volen tornar a Romania com a matrimoni i obtenir la residència com a familiar de ciutadà de la Unió per a l'espòs, donat que Romania no reconeix aquest matrimoni celebrat a l'estranger.<sup>14</sup>

Aquesta tendència en la normativa interna, unida als avenços en matèria de lliure circulació de persones, però, no ens permeten afirmar encara que estem en un estadi de plena seguretat jurídica respecte la circulació de les seves relacions jurídiques privades. Es a dir, no es pot assegurar que aquestes circularan sense obstacles en els seus moviments transfronterers pel territori de la UE, malgrat, comptar amb normes de DIPr europees; ara el Reglament (UE) 2016/1103. Que puguin fer-ho dependrà, com veurem en l'epígraf tercer, de si l'Estat membre d'acollida dels cònjuges participa o no de la cooperació reforçada d'aquest Reglament i de la postura que aquest mantingui respecte al matrimoni entre les persones del mateix sexe.<sup>15</sup>

Com s'ha indicat en la introducció d'aquest treball, el matrimoni entre persones del mateix sexe és una qüestió sensible. Qüestió que ha comportat, tal com s'ha dit, aprovar els instruments normatius mitjançant el mecanisme de la cooperació reforçada, però també a que, en la normativa europea, ja sigui ara en seu del Reglament (UE) 2016/1103 o, en el seu moment, de la Directiva (CE) 2004/38/CE, no es defineixi el concepte de cònjuge o de matrimoni, tot endinsant-nos en aspectes de qualificació

---

13 Aplicació analògica que ve donada per l'impacte de l'aplicació del dret primari per part del TJCE i que acaba afectant al dret derivat. MEEUSEN, J.; PERTEGÁS, M.; STRAETMANS, G., SWEENEN, F., «General report», a MEEUSEN, J.; PERTEGÁS, M.; STRAETMANS, G., SWEENEN, F., ob. cit., p. 11.

14 L'art. 259 1 y 2 del Codi Civil romanès preveu que: «El matrimonio es la unión libremente consentida entre un hombre y una mujer, celebrada según los requisitos establecidos por la ley. 2. Los hombres y las mujeres tienen el derecho a casarse con el fin de fundar una familia.». Tambien el art. 277 contiene reglas al respecto: «1. Se prohíbe el matrimonio entre personas del mismo sexo. 2. Los matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados o contraídos en el extranjero por ciudadanos rumanos o por extranjeros no gozarán de reconocimiento legal en Rumania. [...]».

15 La qüestió sobre la relació que la lliure circulació de persones té amb el Dret internacional privat ha estat evidenciada en l'àmbit del Reglament Brussel·les II bis. MEEUSEN, J., «System shopping in European Private International Law in family matters», a MEEUSEN, J.; PERTEGÁS, M.; STRAETMANS, G., SWEENEN, F., ob. cit., pp. 261-263.

en el cas concret, que implica problemes d'aplicació material dels propis instruments<sup>16</sup> i que provoca un debat que manté la tensió entre teories distintes respecte a la manca de definició: que és un concepte europeu autònom a efectes exclusius del propi instrument que deixa de banda els drets nacionals; que el no haver fet una referència explícita implica la seva exclusió o que el no definir-ho és expressament desitjat pel legislador europeu i que queda, doncs, en mans del Dret de cada Estat membre la seva definició.<sup>17</sup>

Aquesta darrera opció sembla ser que és l'adoptada pel Reglament (UE) 2016/1103, tot i que una mica més endavant introduïrem nous matisos, quan en el seu atès número 17 preveu expressament que el Reglament no defineix el concepte de matrimoni i que aquest serà el definit pel dret nacional dels Estats membres. Així, doncs, en principi, per la delimitació del concepte del matrimoni en seu del propi Reglament no s'acudirà a la tècnica d'interpretació autònoma, però tampoc a l'exclusió automàtica d'aquests matrimonis.<sup>18</sup>

Ara bé, en la dimensió que afecta als drets de residència en règim de lliure circulació, aquesta no ha estat l'opció del TJUE, sinó que s'ha acudit a la tècnica d'interpretació autònoma.<sup>19</sup> La Directiva (CE) 2004/38/CE inclou com a membre de la família beneficiari dels drets de residència vinculats al dret a la lliure circulació i residència del ciutadà de la UE al cònjuge (art. 2), sense aportar cap definició. Tot i la manca de definició de cònjuge i l'interrogant sobre si s'inclouen o no els cònjuges del mateix sexe, el TJUE ha entès que el concepte de cònjuge com a familiar beneficiari

---

16 FALLON, M., «Constraints of Internal Market on Family Law», a MEEUSEN, J.; PERTEGÁS, M.; STRAETMANS, G., SWEENEN, F., ob. cit., pp. 171-175.

17 Sintetitzades per CALVO CARAVACA, A.L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Crisis matrimoniales», a CALVO CARAVACA, A.L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho internacional privado*. Vol. II, Granada, Comares, 2017, pp. 231-232.

18 Seguint al professor Sánchez Lorenzo, que diferencia els resultats de la qualificació autònoma del conceptes fàctics i dels conceptes jurídics, el buscar un concepte autònom quan no tenim un dret privat europeu ens fa caure en el mite dels conceptes autònoms. SÁNCHEZ LORENZO, S., ob. cit., pp. 26-35. En estudi sobre els conceptes autònoms i els definits per referència als drets nacionals en matèria de Dret de família TOMASI, I.; RICCI, C., BARIATTI, S., «Characterisation in Family matters for purposes of European Private International Law», a MEEUSEN, J.; PERTEGÁS, M.; STRAETMANS, G., SWEENEN, F., ob. cit., pp. 354-356 i 372-373.

19 RUDEVSKA, B., «The “Coman” Case (C-673/16): Some Reflections from the Point of View of Private International Law». Disponible a: <http://conflictoflaws.net>.

de la Directiva ha de ser interpretat amb caràcter autònom i a efectes de la pròpia norma, que no fa cap distinció per raó de gènere.<sup>20</sup>

En conseqüència, el TJUE ha admès drets de residència al cònjuge del nacional d'un Estat membre que no reconeix el matrimoni entre persones del mateix sexe, com és el cas de Romania, celebrat vàlidament en un altre Estat membre, quan aquest nacional pretén residir en l'Estat membre de la seva nacionalitat.<sup>21</sup> El problema, però, al seu retorn, seran els obstacles en els efectes que es pretenguin respecte a les seves relacions jurídiques privades.

Problema que es traslladaria en matèria de règim econòmic matrimonial en el cas de que el matrimoni entre persones del mateix sexe s'hagués celebrat a Catalunya si aquest, per exemple, canvia la seva residència habitual a un altre Estat membre que no permet o reconeix les unions matrimonials distintes a les heterosexuales i que plantejarà un seguit d'interrogants en funció de la participació d'aquest Estat membre d'acollida en els nous Reglaments.

Així doncs, com ja s'ha escenificat a l'inici, tot i tenir garantits els seus drets de residència en aquests Estats membres després de la doctrina *Coman*, no podem afirmar amb termes absoluts i a tots els efectes que es garanteix una lliure circulació del seu estat civil.<sup>22</sup>

---

20 «El concepto de “cónyuge” al que se refiere dicha disposición designa a una persona unida a otra por vínculo de matrimonio». «(...) el concepto de “cónyuge” en el sentido de la Directiva 2004/38 es neutro desde el punto de vista del género y puede, por tanto, incluir al cónyuge del mismo sexo del ciudadano de la Unión de que se trate». Apartat 35.

21 Respecte als problemes de reconeixement dels matrimonis entre persones del mateix sexe a efectes de residència CARRERA S., FAURE, A., *Implementation of Directive 2004/38 in the context of EU Enlargement. A proliferation of different forms of citizenship? CEPS Special Report/April 2009*, pp. 5-6. Disponible a :<http://aei.pitt.edu/10758/1/1827.pdf>

22 Entesa a aquesta com a necessària per a la lliure circulació de la persona. SOTO MOYA, M., *Uniones transfronterizas entre personas del mismo sexo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 156-161.

### 3. MATRIMONI ENTRE PERSONES DEL MATEIX SEXE, COOPERACIÓ REFORÇADA I RÈGIM ECONÒMIC MATRIMONIAL

En aquest escenari, ens cal reflexionar sobre una cooperació reforçada en paquet que provoca sentiments contradictoris. Per una banda, és una via que permet avançar, especialment en el grup d'Estats membres que no limita el matrimoni a la unió heterosexual. Però, per un altre banda, és també una via d'escapament per aquells Estats membres que sí el limiten encara que ofereixen l'estatus d'unió registrada i per aquells que no els atorguen cap tipus d'estatut jurídic.

Aquesta dualitat de posicions respecte als Estats membres queda palesa en l'articulació de les regles que ofereix el Reglament (UE) 2016/1103, precisament per no interferir en el Dret civil dels Estats membres i que a canvi ens du a un complicat joc d'equilibris.<sup>23</sup>

Situant-nos en la instància directa, el Reglament no obliga als Estats membres participants a regular el matrimoni entre persones del mateix sexe ni tampoc a tenir competència per conèixer de les qüestions relatives al seu règim econòmic matrimonial (art. 9.1). No obstant això, en l'àmbit del reconeixement i l'execució, es a dir, la instància indirecta, tot i que el Reglament no obliga als Estats participants a reconèixer el matrimoni entre persones del mateix sexe, atenent al mandat de l'article 38, el qual ha de relacionar-se amb l'atès número 54, ens podem trobar que un Estat membre participant no pugui denegar el reconeixement d'una resolució d'un altre Estat membre participant sobre el seu règim econòmic matrimonial, tot al·legant l'ordre públic, si això resulta contrari al principi de no discriminació contingut en la Carta de Drets Fonamentals (art. 21).<sup>24</sup>

Atenent a aquesta lògica, a continuació desenvoluparem algunes de les qüestions que es susciten en ambdues instàncies, sempre, però, des

---

23 Distingint l'articulació de les regles d'aquest joc diferenciant entra la instància directa i indirecta veure GALLANT, E., «Le nouveau droit international privé européen des régimes patrimoniaux de couples». *Europe*, mars. 2017, pp. 9-10.

24 LAGARDE, P., «Reglements 2016/1103 et 1104 du 24 juin 2016 sur les regimes matrimoniaux et sur le regime patrimonial des partenariats enregistrés». *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, n° 3, 2016, pp. 683-684.

de la perspectiva de l'aprovació de l'instrument europeu pel mecanisme de la cooperació reforçada.

### 3.1. Instància directa

Excloent les situacions especials de Dinamarca, i l'*opting in* del Regne Unit i Irlanda, i a l'espera del *Brexit* en aquest moments d'incertesa, ens trobem amb que, si bé la cooperació reforçada ha permès avançar en aconseguir una norma de DIPr de darrera generació, en matèria de règims econòmics matrimonials, podem constatar que les concessions del Reglament (UE) 2016/1103 no han estat suficients per aconseguir una desitjada ampla participació en la cooperació reforçada,<sup>25</sup> en la que els Estats membres més bel·ligerants respecte a la seva posició sobre el matrimoni entre persones del mateix sexe, com per exemple, Polònia, s'hagin quedat sols.<sup>26</sup> En aquest sentit, no s'ha pogut atraure ni de molt lluny al total de Estats membres que no regulen matrimonis ni unions registrades entre persones del mateix sexe; i es generen qüestions de qualificació/aplicació en els Estats membres participants que no admeten aquest matrimoni, però sí les unions registrades. En aquests darrers sí que podem observar que la participació ha estat més alta, si afegim també la voluntat de participació manifestada per Estònia.<sup>27</sup>

Ens estem referint com a elements seductors, a la manca de definició expressament manifestada en l'atès número 17, deixant aquesta qüestió, com ja s'ha indicat, en mans dels drets nacionals dels Estats membres, però també ens referim a la clàusula d'escapament continguda en l'article 9.1, que amb caràcter excepcional permet a les autoritats competents, segons les regles previstes en el Reglament, inhibir-se en els procediments que versin sobre règim econòmic matrimonial, si un Estat membre participant considera que en el seu DIPr no està reconegut el matrimoni

---

25 En crítica, QUINZÁ REDONDO, P.: «La unificación –fragmentada- del Derecho internacional privado de la Unión Europea en materia de régimen económico matrimonial: el Reglamento 2016/1103». *RGDE*, nº 1, 2017, p. 189.

26 TWARDUCH, P., «Le règlement européen en matière de régimes matrimoniaux de la perspective du droit polonais». *Revue critique de droit international privé*, nº 3, 2016, pp. 465-477.

27 FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., «Un hito más en la comunitarización del Derecho internacional privado: regímenes económico matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas». *La Ley Unión Europea*, nº 40, 30 septiembre 2016, p. 8.



en qüestió, com succeeix en el cas del matrimoni entre persones del mateix sexe.

Alguns autors ja han apuntat que implícitament podem entendre que el Reglament, tot i que no defineix el matrimoni com expressa l'atès número 17, sí ens està donat un concepte ampli i autònom de matrimoni, que inclou el matrimoni entre persones del mateix sexe, com efecte de la previsió de la clàusula d'escapament.<sup>28</sup> En aquest aspecte, s'evidencia com les fronteres entre les teories respecte a la tècnica per la qual opta el Reglament no estan tan clares, com s'ha afirmat a l'inici, quan indicàvem que el Reglament (UE) 2016/1003 ha escollit l'opció de no definir el matrimoni i deixar aquesta qüestió als drets nacionals.

En principi, donades les regles del joc anunciades, cada Estat membre participant del Reglament (UE) 2016/1103, com a Estat membre del fòrum, decidirà si la unió entre persones del mateix sexe es considerada o no matrimoni. Tot i que val a dir que aquí es planteja el problema de si l'atès número 17 s'està referent al Dret internacional privat de cada Estat membre o al seu dret substantiu.<sup>29</sup> Es presenta així un nou interrogant atractiu en seu d'una futura qüestió prejudicial, especialment, en el segons grup d'Estats membres, els que no reconeixen el matrimoni entre persones del mateix sexe, però sí la unió registrada, més si tenim en compte que la clàusula d'escapament de l'art. 9 fa referència específicament a les normes de Dret internacional privat.

Com queda palès la cooperació reforçada ens ha dut a un laberint. Tot dependrà de la tria que el cònjuges facin de traslladar la seva residència habitual.

En el terreny de la instància directa, podem il·lustrar la diversitat de situacions que es poden generar. Partim del supòsit de fet d'un matrimoni entre dos homes celebrat a Catalunya a partir de 29 de gener de 2019, tot tenint en compte les disposicions transitòries previstes en l'art. 69 Reglament.<sup>30</sup> Si aquest matrimoni trasllada la residència habitual

---

28 FRANZINA, P., «Jurisdiction in matters relating to property regimes under EU Private International Law». *Yearbook of Private International Law*, nº 19, 2017/2018, pp. 184-189.

29 DUTTA, A., «Beyond husband and wife-new couple regimes and the European Property Regulations». *Yearbook of Private International Law*, nº 19, 2017/2018, pp. 148-154.

30 L'art. 69 ha estat objecte d'una correcció d'errades publicada a DO L 183, de 8 de juliol de 2016. La correcció d'errors respon a una qüestió que podria afectar amb un impacte important respecte a l'àmbit d'aplicació temporal de la norma, tal i com ja s'ha posat de manifest en l'àmbit de les obligacions contractuals, amb el Reglament (CE) 593/2008.

a un altre Estat membre, que considerem com a Estat d'acollida, davant de l'oportunitat que es precisi, per exemple, una modificació del règim econòmic matrimonial o de la seva liquidació, què succeirà? Plantegem quatre possibles situacions amb hipotètiques respostes:

- a) Si es traslladen a un Estat membre participant del Reglament que permet els matrimonis entre parelles del mateix sexe s'aplicarà el Reglament (UE) 2016/1103.
- b) Si es traslladen a un Estat membre participant del Reglament que no admet els matrimonis entre persones del mateix sexe, però sí les unions registrades,<sup>31</sup> l'interrogant és si s'aplicarà, per part de les seves autoritats competents, la clàusula d'escapament i, per tant, s'inhibiran les autoritats d'aquest Estat membre, o, s'aplicarà el Reglament (UE) 2016/1104. En aquest darrer sentit, val a dir que les connexions que proporcionen les normes de conflicte són distintes; tot i que ens poden portar, segons el cas, a la mateixa solució.
- c) Si es traslladen a un Estat membre participant del Reglament, però que no permet els matrimonis entre parelles del mateix sexe ni les unions registrades, la quiniela d'elecció dels cònjuges ens apunta al recurs per les seves autoritats a l'ús de les clàusula d'escapament. Això implicarà distincions entre les solucions aplicables al matrimoni heterosexual i homosexual.
- d) Si es traslladen a un Estat membre no participant de la cooperació reforçada que no atorga cap estatus jurídic als matrimonis entre persones del mateix sexe, en aplicació del seu Dret internacional privat intern ens podem trobar davant d'una situació claudicant en l'Estat membre d'acollida. És a dir, sorgeixen problemes per a la lliure circulació de les seves relacions jurídiques privades.

---

En aquest darrer sentit, FONT I MAS, M., «European legal language and the rules of private International law: practical legal-linguistic problems». *Journal of Language and Law*, nº 68, 2017, pp. 28-29.

31 Aquesta és, per exemple, la situació a Itàlia, Estat membre participant d'ambdós reglaments en el que la doctrina ja està advertint de la importància de les conseqüències per al seu sistema de DIPr. BAREL, B., «Le unioni civili e le convivenze di fatto», en CAGNAZZO, A., PREITE F., *Il riconoscimento degli status familiari acquisiti all'estero*, Giuffrè Editore, 2017, pp. 130-131.

No podem obviar en aquest moment que les situacions b), c) i d) ens portaran a qüestions vinculades a la lliure circulació de persones amb diferent intensitat i que són els drets de residència. En aquest sentit, com hem vist, el TJUE en l'assumpte *Coman* ha utilitzat la tècnica d'interpretació autònoma pel que fa al concepte de cònjuge en la Directiva 2004/38/CE. El TJUE, deixant clar que la competència en la legislació de l'estat civil és dels Estats membres, i tenint en compte el context i els objectius de la norma, ha entès que aquest ha de ser interpretat amb caràcter autònom i a efectes exclusius de la pròpia norma, que, tal i com ja havíem anunciat, no fa cap distinció per raó de gènere.

Ara bé, aquesta interpretació autònoma no la podem exportar automàticament al Reglament (UE) 2016/1103 i això ens convida a reflexionar.<sup>32</sup> No podem obviar que *Coman* ha impactat en l'ordenament jurídic europeu,<sup>33</sup> posant en evidència les dificultats en l'avenç sense un Dret privat europeu de família. El cas, però, podria ser l'origen d'un canvi d'actitud que impliqui una major participació en la cooperació reforçada (escenari 1) o en la òrbita dels drets civils interns (escenari 2).<sup>34</sup> Cal tenir en compte de nou el procés evolutiu, malgrat no ser absolut, que el matrimoni entre parelles del mateix sexe ha tingut en el context dels Estats membres de la UE.

---

32 TOMASI, I.; RICCI, C., BARIATTI, S., «Characterisation in Family matters for purposes of European Private International Law», a MEEUSEN, J.; PERTEGÁS, M.; STRAETMANS, G., SWEENEN, F., ob. cit., p. 341.

33 «Si la finalidad es garantizar la aplicación uniforme de las normas de Derecho de la UE, no deberíamos quedarnos en una lectura de la Sentencia Coman a la luz de la Directiva 2004/38 o del art. 21 TFUE, sino valorar su impacto en relación con otras normas europeas». Per tant, tot i que l'impacte sigui indirecte respecte al DIPr, aquest no ha der menysvalorat. JIMÉNEZ BLANCO, P., «La movilidad transfronteriza de matrimonios entre personas del mismo sexo: la UE da un paso: Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de junio de 2018, asunto C- 673/18: Coman». *La Ley Unión Europea*, nº 61, 2018.

34 I és que tal i com ha posat de relleu el professor Santiago Álvarez: «mientras el Derecho internacional privado cae bajo la competencia más amplia de la armonización europea, el Derecho privado se mantiene en la órbita de los Derechos nacionales, fuertemente impermeable a la armonización europea», plantejant-nos alhora un interessant interrogant: ¿podrán los Srs. Coman y Hamilton ser cónyuges a efectos de la Directiva 2004/38/CE y no cónyuges para el resto de las cuestiones jurídicas que les afecten, sin ningún trauma social? ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «¿Matrimonio entre personas del mismo sexo para toda la UE?: A propósito de las conclusiones del Abogado General en el Asunto Coman». *La Ley Unión Europea*, nº 56, 2018.

### 3.2. Instància indirecta

Si bé la instància directa ens planteja els problemes anteriors, en seu d'instància indirecta, és a dir, de règim de reconeixement, força executiva i execució de resolucions, ens movem en un escenari distint, on el paper protagonista recau especialment en el mandat contingut a l'art. 38 Reglament (UE) 2016/1103,<sup>35</sup> de respecte als drets fonamentals i en especial a l'art. 21 de la Carta de Drets Fonamentals.

Les causes de denegació de reconeixement previstes a l'art. 37, en especial la primera d'elles; que la resolució sigui manifestament contrària a l'ordre públic de l'Estat membre requerit, ha de prestar una especial atenció a l'art. 38, dificultant així que els Estats membres participants que limiten el matrimoni a la unió heterosexual deneguin el reconeixement o la força executiva d'una resolució que afecti al seu règim econòmic matrimonial per aquest causa. Això, unit a que l'atès número 64 indica expressament que no hi ha obligació de reconèixer al matrimoni ens dur a plantejar que s'ha adoptat com a solució la que proporciona un ordre públic atenuat.<sup>36</sup>

El paper doncs de l'art 38 en el règim de reconeixement, força executiva i execució ens ofereix un avenç significatiu pels Estats membres participants de la cooperació reforçada. Caldrà esperar el paper que jugarà l'art. 38 en els Estats membres participants i si serà, a futur, objecte d'una qüestió prejudicial.<sup>37</sup>

Avenç, però, que també es trasllada en la restricció al recurs de la clàusula d'escapament de l'article 9, que no podrà ser accionada, donat que, en el seu apartat tercer, limita rebutjar la competència quan les parts hagin obtingut una resolució de divorci, separació judicial o nul·litat del matrimoni susceptible de ser reconeguda en l'Estat membre participant del fòrum.

---

35 Es tracta d'un mandat i no d'una declaració de principis. QUIÑONES ESCÁMEZ, A., «Nuevos tipos de uniones y nueva regulación de sus efectos», en GUZMÁN ZAPATER, M., ESPLUGUES MOTA, C. (dir.), *Persona y familia en el nuevo modelo español de Derecho internacional Privado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, p.181.

36 De fet, aquesta és una de les tres solucions proposades per SOTO MOYA, M., ob. cit., pp. 178-188.

37 El futur ens dirà doncs si la inclusió de l'article 38 és l'eina per a l'harmonització desitjada basada en el principi de reconeixement. POILLOT PERUZZETTO, S., «The exception of public policy in Family Law within the European Legal System», a MEEUSEN, J.; PERTEGÁS, M.; STRAETMANS, G., SWEENEN, F., ob. cit., p. 291.

Tenint en compte que el reconeixement i l'execució d'aquestes resolucions es regula pel Reglament (CE) 2201/2003, que vincula, ara sí, a la totalitat dels Estats membres que participen del Reglament (UE) 2016/1103, atorguin o no un estatut jurídic als matrimonis entre persones del mateix sexe, l'avenç al que ens hem referit pot estar o no ple d'obstacles, donada també la manca de definició de matrimoni en el Reglament (CE) 2201/2003, que ens condueix de nou als posicionaments introduïts a l'inici d'aquest treball; que la no inclusió expressa és una exclusió o que, pel contrari, és un concepte neutre i autònom en el que aquest està inclòs, o que es tracta d'un aspecte que queda en mans de cada Estat membre.<sup>38</sup>

Centrant-nos en l'àmbit del reconeixement i l'execució aquesta qüestió en seu del Reglament (CE) 2201/2003 és totalment rellevant. La situació que es presenta és un cercle viciat. El problema que ens trobem és que mentre l'article 25 Reglament (CE) 2201/2003 estableix que no es podrà denegar el reconeixement d'una resolució al·legant que l'Estat membre requerit no autoritzaria el divorci, la separació o la nul·litat matrimonial, es manté també com a causa de denegació del reconeixement i l'execució la contrarietat manifesta amb l'ordre públic de l'Estat membre requerit (art. 22). Aquesta situació ha plantejat, a mode del que s'ha dit sobre el nou art. 38 Reglament (UE) 2016/1103, si l'aplicació del control de l'ordre públic en el Reglament (CE) 2201/2003 podrà arribar a ser en la realitat pràctica una vulneració de l'article 25.<sup>39</sup>

#### 4. REFLEXIÓ FINAL

Tot i els avenços normatius en el dret intern dels Estats membres sobre matrimonis i unions entre persones del mateix sexe i en el DIPr en matèria de règim econòmic matrimonial i unions registrades, la necessitat d'acudir al mecanisme de la cooperació reforçada; el joc de la clàusula d'escapament i els límits imposats al no reconeixement ens presenten un escenari jurídic laberíntic, en un difícil espai en que el conflueix la necessitat de mantenir

---

38 Al respecte, en la seva nota número 17, BORRÁS, A., «De Bruselas II a Bruselas II bis ¿O Bruselas II plus?, en *Soberanía del Estado y Derecho internacional. Homenaje al Profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*. Tomo I, Sevilla, Universidad de Córdoba, Servicio de Publicaciones : Universidad de Sevilla, Secretariado de Publicaciones: Universidad de Málaga (UMA) 2005, p. 242.

39 SOTO MOYA, M., ob.cit., p. 90.

la no ingerència en el dret intern de família i en el que es desitja la lliure circulació de les persones i de les seves relacions jurídiques.

Espai, en el que s'evidencien les grans divergències existents sobre els models de família, que s'encarreguen de mostrar-nos que encara queda un llarg camí en una UE dividida, en la que les catalogades com a atípiques famílies,<sup>40</sup> ja no ho són tant, i en el que el TJUE ja ha contribuït amb la seva postura en l'assumpte *Coman. Prochain arrêt*: les relacions jurídico privades del senyor Coman i Hamilton a Romania.

---

40 SWEENEN, F., «Atypical Families in EU (Private International) Family Law», a MEEUSEN, J.; PERTEGÁS, M.; STRAETMANS, G., SWEENEN, F., ob. cit., pp. 393-407.

# Presente y futuro del derecho sucesorio balear como filigrana de un conjunto normativo «heterointegrado»

FRANCESCA LLODRÀ GRIMALT

*Professora titular de dret civil*

## SUMARI

1. PRESENTACIÓN DEL DERECHO SUCESORIO BALEAR COMO FILIGRANA DE UN CONJUNTO NORMATIVO HETEROINTEGRADO. 1.1. *La filigrana.* 1.1.1 *Derecho propio o común.* 1.1.2 *Un derecho excepcional por islas.* 1.2. *El conjunto normativo heterointegrado.* 1.3. *Heterointegración por remisiones al Cc y por remisión genérica al Cc como derecho supletorio.* 2. FUTURO DEL DERECHO SUCESORIO BALEAR COMO FILIGRANA DE UN CONJUNTO NORMATIVO «HETEROINTEGRADO». 2.1. *La supletoriedad genuina: una solución imposible porque la competencia es irrenunciable.* 2.2. *Perspectivas de reflexión en la conservación del derecho sucesorio balear a partir de la normativa europea.* 2.2.1 *La aplicación del derecho civil balear por residencia: Comunidad Autónoma «versus» Islas.* 2.2.2 *Correcciones a las discriminaciones por vecindad local*

## 1. PRESENTACIÓN DEL DERECHO SUCESORIO BALEAR COMO FILIGRANA DE UN CONJUNTO NORMATIVO HETEROINTEGRADO

El Derecho civil balear es objeto de una de las competencias previstas en el Estatuto de Autonomía de las Illes Balears (art. 30.27 EAIB), la cual viene definida por sus modos de ejercicio («conservar, modificar y desarrollar»), con un límite último: las leyes (en sentido amplio) civiles estatales relativas a las materias marcadas, por el art. 149.1.8ª CE, como competencia exclusiva del Estado, con la expresión «en cualquier caso». Límite último que, no obstante, siempre está pendiente de delimitación.

Así, el Derecho sucesorio balear es el conjunto de normas reguladoras de la sucesión por causa de muerte que están vigentes,

exclusivamente, en el territorio balear (art. 10 EAIB<sup>1</sup> y art. 2 CDCIB<sup>2</sup>) y son de aplicación prioritaria o preferente (art. 87.1 EAIB<sup>3</sup> y art. 1.3.1<sup>a</sup> y 2<sup>a</sup> CDCIB<sup>4</sup>) en él.

Por tanto, el Derecho sucesorio balear tiene un ámbito limitado de vigencia territorial dentro de otro, territorialmente más amplio, el Estado.

En puridad, el derecho sucesorio balear sólo es un conjunto de normas propias e/o instituciones reguladas en la Compilación y la interpretación-integración (art. 1.3, 3<sup>a</sup> y 5<sup>a</sup> CDCIB) que de ellas hace la jurisprudencia. Junto con las instituciones propias y su autointegración, el resto de derecho sucesorio *balear*, que es mucho (lo cual podría hacer pensar que el derecho sucesorio balear, propiamente dicho, sólo es un derecho excepcional), se presenta (y, por ello, paradójicamente, se evita ese tratamiento de excepcionalidad) como un juego de remisiones normativas al Cc y llamadas, por remisión, a su supletoriedad.

Para dar vueltas sobre estas cuestiones, he visualizado el sistema sucesorio balear con el concepto de filigrana: «Señal o marca hecha en el papel al tiempo de fabricarlo que se ve mirándolo al trasluz. Proviene del tiempo de fabricarlo [como el Derecho sucesorio balear proviene del *Ius Commune*]. Comenzó a hacerse en el siglo XIII, originario en Bolonia, en 1288. Permite evitar la falsificación [por tanto, la desaplicación o la sustitución total del Derecho propio]. Actualmente es de uso artesanal [artesanía jurídica es la que requiere la exposición pedagógica del derecho sucesorio balear]».

- 
- 1 Art. 10 EAIB: «Las normas, las disposiciones y el Derecho Civil de la Comunidad Autónoma tienen eficacia en su territorio, sin perjuicio de las normas para resolver los conflictos de Leyes y de las excepciones que puedan establecerse en cada materia.»
  - 2 Artículo 2 CDCIB: «Las normas del Derecho civil de Baleares tendrán eficacia en el territorio de la Comunidad Autónoma. Se exceptúan los casos en que, conforme al Derecho interregional o internacional privado, deban aplicarse otras normas. La vecindad y los conflictos interinsulares de normas se regularán por el Código Civil y demás disposiciones de aplicación general.»
  - 3 Art. 87 EAIB, Derecho propio: «1. En materias de competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma, el derecho propio de las Illes Balears es aplicable en su territorio con preferencia a cualquier otro, en los términos previstos en este Estatuto.»
  - 4 Art. 1 CDCIB: «3. Reglas generales del derecho civil de las Illes Balears: 1.<sup>a</sup> Las disposiciones del derecho civil propio son las normas de aplicación preferente. 2.<sup>a</sup> Las disposiciones de los diferentes libros de esta Compilación constituyen el derecho común de las Illes Balears y se aplicarán, supletoriamente, a las demás leyes.»



Así, aquello (la hoja de papel) que observamos es el conjunto aplicativo completo, y concreto, la solución aplicada, pero para llegar a ella combinamos la aplicación preferente del genuino derecho propio y sus principios, que es la filigrana no visible, y la aplicación por remisión del derecho supletorio. En definitiva, la hoja de papel, cuando no hay trasluz, es un conjunto aplicativo completo que ha requerido heterointegración, por remisión o supletoriedad. A contraluz, se ve, dentro del conjunto normativo completo heterointegrado, la filigrana. Por tanto, la supletoriedad, la remisión y la norma propia son los espesores diferentes del conjunto normativo vigente y aplicado que llamamos derecho civil balear (en particular, en lo que ahora tratamos, derecho sucesorio). Saber averiguar y separar dichos espesores se presenta, en el presente del derecho sucesorio balear, como labor de artesanía.

## 1.1. La filigrana

### 1.1.1 *Derecho propio o común*

Sabemos que la «especialidad» del Derecho civil balear es «extrínseca», como ámbito limitado de vigencia dentro de otro más amplio; por tanto, la especialidad tiene un sentido territorial.

Así, el artículo 1 CDCIB, a partir de la Ley 7/2017 aclara que: «Las disposiciones de los diferentes libros de esta Compilación constituyen el derecho común de las Islas Baleares y se aplicarán supletoriamente, a las otras leyes». De modo que, hoy, el Derecho civil balear es el derecho común (art. 1 CDCIB), en su ámbito territorial, por lo que tiene aplicación prioritaria (art. 87.1 EAIB) en su respectiva circunscripción territorial (art. 10 EAIB)<sup>5</sup> y en las Islas Baleares se llama «derecho propio» (art. 87 EAIB).

Desde este punto de vista,<sup>6</sup> el Derecho civil propio o común lo es por razón de la materia, cuya amplitud permite que la norma que la regula tenga, en el ordenamiento jurídico general (la Compilación), la

---

5 Art. 10 EAIB: «Las normas, las disposiciones y el Derecho Civil de la Comunidad Autónoma tienen eficacia en su territorio, sin perjuicio de las normas para resolver los conflictos de Leyes y de las excepciones que puedan establecerse en cada materia».

6 Siguiendo a: BADOSA COLL, F., «La recent jurisprudència constitucional sobre les competències de les comunitats autònomes en dret civil». Iuris: Quaderns de política jurídica, nº. 1, 1994, págs. 11-36.

calidad de derecho común, de derecho supletorio general (de manera análoga al art. 4.3 Cc). En consecuencia, si el punto de partida del desarrollo del Derecho civil llamado, en la CE, especial o foral, es el ámbito de la competencia autonómica, la Compilación, a pesar de ser una norma preexistente a esta competencia, puede ser igualmente válida para ejercerla.

El recordatorio de que la Compilación es derecho común puede no significar, por ahora, gran cosa, pero es el elemento que tira del derecho civil balear no compilado, invita a poner la energía en el elemento dinámico, la soberanía territorial, lo que desde la proximidad se sabe tratar mejor (aunque parece que el TC<sup>7</sup> niegue que sea esta la función de la competencia civil) y no en idiosincrasias pasadas.

### ***1.1.2 Un derecho excepcional por islas***

En el Derecho civil balear, hay un sentido territorial mayor, de la especialidad extrínseca o territorial, en atención al art. 15.4 Cc<sup>8</sup> que es la «comarca o localidad con especialidad civil propia o distinta, dentro de la legislación especial o foral del territorio correspondiente», como ámbito limitado de vigencia (cada isla) dentro de un ámbito más amplio de vigencia, el territorio balear. En este sentido, la Ley 8/1990, de 28 de junio, de Compilación del Derecho Civil de Baleares, señala que: «la eficacia, según el Estatuto, dentro de los límites de la Comunidad Autónoma de las normas de su Derecho civil, viene determinada naturalmente por el territorio de cada una de las islas del archipiélago».<sup>9</sup>

---

7 La STC 88/1993, de 15 de marzo: «II. Fundamentos jurídicos ... 3. ... la posible legislación autonómica en materia civil se ha admitido por la Constitución no en atención, como vimos, a una valoración general y abstracta de lo que pudieran demandar los intereses respectivos (art. 137 C.E.) de las Comunidades Autónomas, en cuanto tales, sino a fin de garantizar, más bien, determinados Derechos civiles forales o especiales vigentes en ciertos territorios. El término “allí donde existan” a que se refiere el art. 149.1.8 C.E., al delimitar la competencia autonómica en la materia, ha de entenderse más por referencia al Derecho foral en su conjunto que a instituciones forales concretas.»

8 Art. 15.4 Cc: «4. La dependencia personal respecto a una comarca o localidad con especialidad civil propia o distinta, dentro de la legislación especial o foral del territorio correspondiente, se regirá por las disposiciones de este artículo y las del anterior.»

9 Desde la Compilación balear de 1961 se viene señalando que la diversidad de regímenes, por Islas, «no debe afectar a la unidad formal de la Compilación balear, en la que, sin quebranto de su estructura unitaria y sistemática, se ha señalado el ámbito de aplicación territorial de sus preceptos».

La Compilación de Derecho civil de las Illes Balears (CDCIB), como principal cuerpo normativo en materia de derecho civil sucesorio propio, presenta la particularidad de que está dividida en tres libros, aplicables cada uno de ellos a una Isla en particular en función de la vecindad civil local (art. 15.4 Cc) del causante (art. 9.8 y art. 16.1.1ª Cc), de forma que no es el mismo derecho civil propio el que rige en toda la Comunidad Autónoma.

Esta diversidad normativa lleva a que una configuración adecuada sea la de tratar el derecho sucesorio de cada Isla como un derecho excepcional<sup>10</sup> frente al Derecho civil balear, considerado común (art. 1.3.2ª CDCIB), en el sentido de ser un único conjunto normativo vigente, un único derecho (como es única la competencia asumida -arts. 30.27, 83 y 84 EAIB- y única es la jurisdicción del TSJIB –art. 93 EAIB), pero con escasa aplicabilidad general (a pesar de su conceptualización: art. 87.1 EAIB «derecho propio» y art. 10 EAIB «el derecho civil de la Comunidad Autónoma») ya que, en muchas figuras, se somete a una aplicabilidad específica, por Islas (art. 10 *in fine* EAIB que remite al art. 15.4 Cc).

En definitiva, la especialidad (excepcionalidad) por Islas (en atención al art. 15.4 Cc: «comarca o localidad con especialidad civil propia o distinta, dentro de la legislación especial o foral del territorio correspondiente») del Derecho civil balear es intrínseca al mismo Derecho civil balear, como ámbito limitado de aplicación excepcional o específica por vecindad (es decir, criterios ajenos al caso objetivo regulado), pero no como ámbito de vigencia, el cual es único: El territorio balear, cuyo derecho civil es de aplicabilidad general (art. 87 EAIB «derecho propio» y art. 1.3.2ª CDCIB «*Las disposiciones de los diferentes libros de esta Compilación constituyen el derecho común*»).

Así, los derechos sucesorios aplicables en cada Isla son de aplicación preferente pero, en puridad, se hallarían integrados en el Derecho civil balear, el cual se autolimita internamente (se obstaculiza) puesto que es el derecho civil balear en conjunto el vigente y aplicable (en el sentido de que tiene la inmediatez frente a la supletoriedad del derecho civil estatal como derecho ajeno).

---

10 Sobre estos conceptos: BADOSA COLL, Ferran, «La recent jurisprudència constitucional sobre les competències de les comunitats autònomes en dret civil». *Juris: Quaderns de política jurídica*, n.º. 1, 1994, págs. 11-36

## 1.2. El conjunto normativo heterointegrado

Las normas del Código civil o de otras leyes estatales son supletoriamente aplicables en el territorio donde está vigente el Derecho civil balear (art. 87.3 EAIB<sup>11</sup> y art. 1.3.5<sup>a</sup> CDCIB<sup>12</sup>).

Sabemos<sup>13</sup> que la supletoriedad es una relación entre dos derechos diferentes, uno es «inmediatamente» aplicable y el otro en defecto de éste, de forma que se condiciona externamente la aplicación del derecho supletorio (el derecho civil estatal o Cc) a la insuficiencia del derecho inmediato (derecho civil balear). Siendo así, ambos Derechos ocupan «lugares diferentes» en la jerarquía, de manera que sólo se acude al derecho supletorio en caso de laguna o en defecto del primero.

La aplicación de un derecho supletorio por remisión o, dicho de otra forma, la remisión a un derecho supletorio que realiza la Compilación en las materias reguladas por ella, como es el derecho sucesorio, nos lleva a la distinción entre la técnica aplicativa del derecho que es la supletoriedad (heterointegración cuando la autointegración no es posible, por tratarse de un ordenamiento civil incompleto) y la técnica legislativa que usa la Compilación que supone la remisión a un derecho supletorio, el Código Civil.

Por tanto, hay que tener presente que en las materias tratadas por la Compilación, la integración de los vacíos normativos se realiza, no sólo por autointegración (art. 1.3.3<sup>a</sup> CDCIB), sino también de forma heterónoma, no por supletoriedad (art. 1.3.5<sup>a</sup> CDCIB), sino mediante remisiones al Cc<sup>14</sup> y por la aceptación de la remisión genérica al Cc como derecho supletorio.

---

11 Art. 87 EAIB: «3. En todo aquello que no esté regulado por el derecho propio de las Illes Balears será de aplicación supletoria el derecho del Estado.»

12 Art. 1 CDCIB: «3. Reglas generales del derecho civil de las Illes Balears: 5.<sup>a</sup> Por defecto de norma de derecho civil propio, se aplicará, como derecho supletorio, el derecho civil estatal, siempre que su aplicación no sea contraria a los principios generales que informan el derecho civil propio y que el vacío normativo no sea querido por el legislador balear, en el marco de sus competencias.»

13 Sobre estos conceptos: BADOSA COLL, Ferran, «La recent jurisprudència constitucional sobre les competències de les comunitats autònomes en dret civil». *Iuris: Quaderns de política jurídica*, n.º. 1, 1994, págs. 11-36.

14 Según la Disposición Final Segunda de la Compilación, se atiende a la redacción vigente a la entrada en vigor de la Compilación, o la reforma de la misma que realice esta remisión [«Las remisiones que esta Compilación hace a las disposiciones del Código civil se entienden hechas a la redacción vigente a la entrada en vigor del texto

Por una parte, vemos ejemplos de heterointegración mediante remisiones al Cc:

- Artículo 8 CDCIB: «será de aplicación el artículo 1.342 del Código Civil».
- Artículo 42 CDCIB: «sin perjuicio del derecho que los artículos 761 y 857 del Código civil reconocen a los descendientes del declarado indigno o desheredado».
- Artículo 43 CDCIB: «Lo dispuesto en los párrafos precedentes, se entiende sin perjuicio de lo establecido en los artículos 811 y 812 del Código civil».
- Artículo 46 CDCIB: «que no sea alguna de las previstas en el Código civil».
- Artículo 48 CDCIB: «Los herederos podrán también hacer uso de la facultad establecida en el artículo 839 del Código civil y el cónyuge viudo en la del artículo 840 del mismo cuerpo legal».
- Artículo 79 CDCIB: «La legítima de los padres se regirá por los artículos 809 y párrafo 1º del 810 del Código civil, en cuanto no contradigan lo preceptuado en este Capítulo».
- Artículo 80 CDCIB: «sin perjuicio de los derechos de los hijos o descendientes del desheredado o indigno conforme a los artículos 761 y 857 del Código civil».
- Artículo 83 CDCIB: «sin perjuicio de la aplicación, en su caso, de los artículos 761 y 857 del Código civil».

Y, por otra parte, vemos casos de aceptación de la remisión genérica al Cc como derecho supletorio:

- Artículo 7 bis CDCIB: «En los demás casos se aplica, supletoriamente, el Código Civil».
- Artículo 24 CDCIB: «se regirá por los preceptos del Código civil».
- Artículo 52 CDCIB: «En todo lo demás se observarán las formalidades previstas en el Código civil».

---

refundido aprobado por el Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, excepto las modificaciones posteriores, respecto de las cuales las remisiones que estas hagan al Código Civil se entienden hechas a la redacción vigente a la entrada en vigor de cada ley de modificación»].

- Artículo 53 CDCIB: «La sucesión abintestato se regirá por lo dispuesto en el Código civil».
- Artículo 69 bis CDCIB: «En los demás casos se aplica, supletoriamente, el Código Civil».
- Artículo 70 CDCIB: «Todo lo relativo a la sucesión testamentaria se regirá por el Código civil».
- Artículo 84 CDCIB: «La sucesión intestada en Eivissa y Formentera se rige por las normas del Código civil».

Sobre esta técnica legislativa, hay que recordar que, de acuerdo a la Disposición Final 2º CDCIB (en su redacción originaria), las remisiones de la Compilación a las disposiciones del Código civil «se entienden hechas en la redacción vigente a la entrada en vigor de esta Ley». A partir de la Ley 7/2017, dice la Disposición Final Segunda, que: «Las remisiones que esta Compilación hace a las disposiciones del Código civil se entienden hechas a la redacción vigente a la entrada en vigor del texto refundido aprobado por el Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, excepto las modificaciones posteriores, respecto de las cuales las remisiones que estas hagan al Código Civil se entienden hechas a la redacción vigente a la entrada en vigor de cada ley de modificación».

Por ello, señalaba ya la Exposición de Motivos de la Ley 8/1990, párrafo 74, que: «Cualquier modificación de las mismas [de las disposiciones del Código civil que entran por remisión] deberá, por tanto, ser asumida por nuestra Comunidad Autónoma; no hacerlo implicará, pues, que en Baleares continuarán rigiendo los preceptos del Código en la actual redacción [la del momento de la remisión, es decir, de la entrada en vigor de la Compilación]. Mantener lo contrario supondría un cercenamiento anticonstitucional y antiestatutario de la expresada potestad legislativa propia, siempre que la remisión no se haga a materias que sean de la competencia exclusiva del Estado».

Esta excepción (la misma filosofía se halla en el art. 1.3.5ª final CDCIB: «que el vacío normativo no sea querido por el legislador balear, en el marco de sus competencias») es evidente ya que la ley estatal se aplicará en la redacción que corresponda al momento de la aplicación porque se trata de una aplicación directa de una materia regulada, de manera exclusiva, por el Estado. No se trata, por tanto, en este caso, de la remisión estática como técnica legislativa del legislador balear, entendiendo que éste legisla cuando es y en lo que es competente (y que

es, en estos casos, cuando puede remitir a otro ordenamiento, en lugar de hacer la legislación que le compete hacer). Se trata de otra situación que es la de aquellos casos donde se hace remisión al Cc o a normas estatales que no son remisiones propiamente dichas, sino recordatorios de las normas civiles estatales de aplicación directa.<sup>15</sup>

### 1.3. Heterointegración por remisiones al Cc y por remisión genérica al Cc como derecho supletorio

Profundizamos en el hecho de que, en el Derecho civil balear, junto con la ley propia, el legislador utiliza la técnica de legislar por remisión al Código civil *o a una norma estatal* (por ejemplo, dice la Exposición de motivos de la Ley 8/1990 (en su párrafo 47): «el artículo 53 proyectado hace suyo el orden sucesorio intestado establecido en el citado Código Civil») y también de remisión entre Libros en la Compilación (por ejemplo, dice la Exposición de motivos de la Ley 8/1990 (en el párrafo 65): «el capítulo II se refiere a la sucesión testamentaria, con una remisión normativa a la regulación del Libro I para Mallorca») por lo que, en estas remisiones, las normas del Código civil (o las de la Compilación en las remisiones entre Libros) se aplican sin poder hacer, por parte del aplicador, el juicio sobre la contravención de los principios propios (art. 1.3.5ª CDCIB: «siempre que su aplicación no sea contraria a los principios generales que informan el derecho civil propio»).

En la práctica, esta técnica legislativa puede generar contradicciones entre los contenidos remitidos (es decir, los del Código civil *u otra norma estatal*) y los principios sucesorios propios.

Asimismo, en alguna remisión expresa (por ejemplo, el artículo 77 CDCIB: «En lo que no haya sido convenido por las partes será de aplicación la regulación de la definición mallorquina, en la medida

---

15 Por ejemplo, la referencia a la imputación de la causa de la separación o divorcio que hacía el antiguo art. 45,1 CDCIB (y la remisión del actual art. 45.1 CDCIB a «los trámites regulados a tal efecto en la legislación civil del Estado») era una remisión a la regulación de una cuestión competencia directa del Estado (arts. 149.1.8ª y 32.2. CE). De modo que, en este caso, cuando el Estado modifica su legislación civil debería producirse la modificación «por relación» de cualquier norma que recoja esta materia. Por lo tanto, cuando la remisión (que en puridad no lo es, porque no es una remisión estática) se refiere a materias que son competencia exclusiva del Estado, la remisión es dinámica, porque el competente es el Estado y, por ello, la misma debe hacerse al texto vigente en el momento de la aplicación de la norma.

que sea compatible con la función y el significado usuales en Eivissa y Formentera») parece que se requiera un juicio de valor del aplicador, lo cual no es deseable porque desvirtúa la fiabilidad de la técnica de la remisión y hace pensar más en la supletoriedad que en la remisión, sin perjuicio de que ésta requiera siempre, obviamente, una interpretación sistemática y teleológica para aplicar el resultado de la remisión.

Por tanto, esta complejidad puede hacernos pensar que las remisiones estáticas de la Compilación al Código civil deben ser pasadas por el filtro de los principios generales propios que se aplica a la entrada del derecho supletorio (art. 1.3.5.<sup>a</sup>: «Por defecto de norma de derecho civil propio, se aplicará, como derecho supletorio, el derecho civil estatal, siempre que su aplicación no sea contraria a los principios generales que informan el derecho civil propio») pero no es así.

Estas contradicciones o complejidades sólo deben ser solucionadas con los criterios hermenéuticos o interpretativos del art. 3.1 Cc y con el criterio interpretativo propio de la Compilación (art. 1.3.4.<sup>a</sup> CDCIB: «En aplicación del derecho civil propio, este debe ser interpretado de acuerdo con los principios generales que lo informan y, si se trata de la interpretación de una institución histórica, debe tomarse en consideración la tradición jurídica singular»). En particular, el resultado del criterio teleológico debería coincidir con la interpretación de acuerdo a los principios generales que informan el derecho civil propio. Es decir, la interpretación de una norma con arreglo a su espíritu y finalidad obligará a rechazar todo lo que obstaculice el alcanzar el resultado que con la norma de remisión el legislador pretendía alcanzar o *ratio legis*. Asimismo, en otros casos de remisión, bastará con la interpretación del contexto normativo para encajar el contenido remitido y la norma propia.

A modo de ejemplo, vamos a tratar el caso de la legítima de los padres del causante por falta de descendientes en el Libro III de la Compilación.

La legítima de los padres se fija para remisión al Cc (arts. 809 y 810.1 Cc) y se plantea un aparente desajuste de contenido por el hecho de que, en el Libro III de la Compilación, el cónyuge no es legitimario (art. 79 CDCIB) pero la remisión de la Compilación al art. 809 Cc lleva a operar una reducción de la legítima de los padres en función de que haya o no cónyuge.



En este sentido, algún autor<sup>16</sup> dice que habrá que entender, de acuerdo a una interpretación lógica y sistemática que, trasladado este artículo 809 del Cc a la sucesión de un causante sometido al Libro III de la Compilación, si éste causante no deja hijos ni descendientes, pero sí padres y cónyuge, los padres tendrán, en todo caso, derecho a la mitad de la herencia y no a un tercio. De lo contrario, se estaría admitiendo implícitamente la condición legitimaria del viudo o de la pareja estable.

En mi opinión, al tratarse de una remisión normativa no cabe hacer una reescritura o alteración del contenido esencial de la norma a la que la Compilación se remite, sabiendo el legislador qué contenido tenía dicha norma al remitirse a ella.

Por tanto, creo que mantener la amplitud de la legítima de los padres en el caso de existir el cónyuge o pareja estable, desaplicando en realidad el art. 809 Cc, puede ser contrario al principio vertebrador del derecho sucesorio del Libro III que es el respeto y al favorecimiento de la autonomía de la voluntad en el campo sucesorio. En cambio, si por la remisión de la Compilación al art. 809 Cc, éste se aplica tal cual, lo que es la voluntad del legislador balear, la cuota legitimaría los padres es una tercera parte en el caso de que concurren con el cónyuge o pareja estable (art. 79 CDCIB) y, así, la libertad de testar del conviviente o cónyuge causante a favor de su conviviente o cónyuge<sup>17</sup> (o de una tercera persona) se ve ampliada.

Asimismo, como ejemplos de remisión como técnica legislativa expresa o implícita porque no hay regulación propia (aunque podría haberla ya que no se trata de figuras de competencia exclusiva del Estado) encontramos: Artículo 8 CDCIB: «la donación universal de

---

16 Por todos: CARDONA GUASCH, en: AA.VV., *Lecciones de Derecho civil balear*, 2004, p. 448-449.

17 Investigadores del derecho civil ibicenco (por todos: COSTA RAMON, «Derecho Foral ibicenco. De las sucesiones». Ibiza 1ª época, 1947, n.º 25, p. 427) suelen mantener que el no reconocimiento del cónyuge como legitimario del artículo 79 CDCIB es consecuente con la tradición jurídica insular, dado que ha sido práctica habitual en las Pitiusas atribuir al cónyuge el usufructo universal de los bienes al otorgar testamento, heredamiento o donación. Por tanto, de acuerdo con esta idea, diríamos que el cónyuge será beneficiario de esta arcaica costumbre ibicenca de recibir atribuciones voluntarias. Si éste es el espíritu histórico que justifica la sinrazón, en el siglo XXI, de la inexistencia de legítima viudal, es razonable pensar que se deben potenciar todas las interpretaciones favorables a la amplitud de la libertad dispositiva, a la amplitud de la cuota de libre disposición para que, así, el causante pueda testar «por costumbre» a favor de su cónyuge o pareja estable.

bienes presentes y futuros (...) será de aplicación el artículo 1.342 del Código Civil»; Artículo 24 CDCIB: «(...) el derecho de acrecer se regirá por los preceptos del Código Civil»; Artículo 38 CDCIB: «(...) el heredero deberá practicar inventario»; Artículo 65 CDCIB: «En la isla de Menorca rige lo dispuesto en el Libro I de esta Compilación»; Artículo 70 CDCIB: «Todo lo que se refiere a la sucesión testamentaria se regirá por el Código Civil».

En los casos de remisión implícita, pueden plantearse además problemas en la delimitación entre remisión y supletoriedad (arts. 87.3 EAIB: «En todo aquello que no esté regulado por el derecho propio de las Illes Balears será de aplicación supletoria el derecho del Estado» previsión desarrollada por el art. 1.3 CDCIB)<sup>18</sup> la cual supone la aplicación de la norma del Estado en la redacción vigente en el momento de la aplicación y, por tanto, la necesidad de aplicar el filtro de los principios propios que dispone el art. 1.3.5.<sup>a</sup> («siempre que su aplicación no sea contraria a los principios generales que informan el derecho civil propio»).

Para resolver esta aparente problemática, basta considerar<sup>19</sup> que todas las llamadas a la supletoriedad que hace la Compilación en realidad son siempre remisiones al derecho supletorio. Es decir, no nos encontramos dentro de la Compilación con el problema de supletoriedad *versus* remisión implícita o genérica (la expresa y particular no plantea estos problemas) sino que la técnica es la remisión al derecho supletorio. Podríamos hablar de una *pseudo* autointegración puntual porque no se usa el genuino sistema de fuentes, sino una fuente externa.

Por ello, puede variarse este resultado (la aplicación de una fuente externa -Exposición de Motivos de la Ley 8/1990: «Mantener lo contrario supondría un cercenamiento anticonstitucional y antiestatutario de

---

18 En sus reglas: «1.<sup>a</sup> Las disposiciones del derecho civil propio son las normas de aplicación preferente» (como dice el art. 87.1 EAIB), «2.<sup>a</sup> Las disposiciones de los diferentes libros de esta Compilación constituyen el derecho común de las Illes Balears y se aplicarán, supletoriamente, a las demás leyes» (como también se desprende del art. 87.1 EAIB al decir «con preferencia a cualquier otro») y «5.<sup>a</sup> Por defecto de norma de derecho civil propio, se aplicará, como derecho supletorio, el derecho civil estatal, siempre que su aplicación no sea contraria a los principios generales que informan el derecho civil propio y que el vacío normativo no sea querido por el legislador balear, en el marco de sus competencias».

19 LLODRÀ GRIMALT, F., «La Llei 7/2017, de 3 d'Agost: Recopilació o codificació del Dret civil balear?». Participación en una mesa redonda en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Baleares (texto inédito pero se recoge un resumen del acto en la revista *Mísser del ICAIB*).

la expresada potestad legislativa propia»-) legislando y, por esto, la remisión es estática, frente a la supletoriedad genuina que es dinámica (art. 1.3.5.<sup>a</sup> CDCIB: «Por defecto de norma de derecho civil propio, se aplicará, como derecho supletorio, el derecho civil estatal»).

Concluyendo, diremos que la supletoriedad es una carencia de norma primera, una heterointegración pura. La supletoriedad revela un derecho balear imaginario, que podría existir si se quisiera, si se legislara, porque hay el elemento competencial (art. 30.27 EAIB). Sabiendo que fue el éxito de la codificación española extender como vigente<sup>20</sup> (art. 12.2 Cc originario),<sup>21</sup> y realmente aplicado (art. 13.1 Cc originario),<sup>22</sup> un derecho jamás vigente en este territorio. Éxito completado por la Compilación que declara, en 1961, el Cc como único supletorio.<sup>23</sup>

Pero, como hemos visto antes, esta situación ha empezado a ser paliada con la declaración del derecho civil propio como «derecho

---

20 *«La comunitat va ser una qualitat atribuïda “ex novo” al Cc ja que no el tenia el dret que substituïa que era el Dret civil de Castella. Qualitat que li va ser atorgada de forma indirecta per mitjà de la supletorietat respecte dels Drets de vigència territorial limitada. Era una supletorietat segona, inútil des del punt de vista de l'aplicació efectiva; però la seva pretensió no era l'aplicació efectiva del Cc, sinó només la seva aplicabilitat a àmbits territorials on mai ho havia estat el Dret de Castella, és a dir, l'expansió territorial de la seva vigència. La segona supletorietat del Cc significava incorporar-se a l'ordenació jeràrquica de les normes vigents en el territori foral, per tant, acceptar-la. La conclusió és que hi ha una vinculació inseparable entre les idees de comunitat o vigència territorial, d'una banda, i supletorietat en general, per l'altra. En els territoris forals el Cc va compensar vigència per aplicació, de manera que va prorrogar l'extensió territorial a canvi de l'aplicació supletòria».* Ver: BADOSA COLL, Ferran, «La recent jurisprudència constitucional sobre les competències de les comunitats autònomes en dret civil». Iuris: Quaderns de política jurídica, n.º. 1, 1994, págs. 11-36.

21 Artículo 12,2 Cc (originario): «En lo demás, las provincias y territorios en que subsiste el Derecho foral, lo conservarán por ahora en toda su integridad, sin que sufra alteración su actual régimen jurídico, escrito o consuetudinario, por la publicación de este Código, que regirá tan sólo como derecho supletorio en defecto del que lo sea en cada una de aquéllas por sus leyes especiales».

22 Porque, en las Illes Balears, la aplicación del Cc sólo podía ser desplazada por la existencia de instituciones propias, por tanto, ante la prueba de un derecho excepcional. Ver: Artículo 13 Cc (originario): «No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, este Código empezará a regir en Aragón y en las Islas Baleares al mismo tiempo que en las provincias no aforadas, en cuanto no se oponga a aquéllas de sus disposiciones forales o consuetudinarias que actualmente estén vigentes».

23 Disposición Final Segunda CDCEB 1961: «En lo no previsto en la presente Compilación regirán los preceptos del Código Civil que no se opongan a ella y las fuentes jurídicas de aplicación general».

común» (art. 1.3.2.<sup>a</sup> CDCIB: «Las disposiciones de los diferentes libros de esta Compilación constituyen el derecho común de las Illes Balears y se aplicarán, supletoriamente, a las demás leyes»).

## 2. FUTURO DEL DERECHO SUCESORIO BALEAR COMO FILIGRANA DE UN CONJUNTO NORMATIVO «HETEROINTEGRADO»

### 2.1. La supletoriedad genuina: una solución imposible porque la competencia es irrenunciable

La Ley 7/2017, de 3 de agosto, por la que se modifica la Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares (BOIB núm. 96, de 5 de agosto) y su tramitación permiten concluir que, después de 20 años de existencia de la Comisión Asesora en Derecho civil (ahora ya inexistente) no hay acuerdo sobre la técnica legislativa en materia civil.

Por lo tanto, lo que se perfiló, en 1998, con el nombre de *Informe sobre la Reforma de la Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares*, redactado por un Comisión de Expertos nombrados *ad hoc*<sup>24</sup> (que había tenido el rechazo de la oposición parlamentaria<sup>25</sup> por el coste económico y la no certeza de validez de sus resultados) ha decaído porque no se han conseguido los resultados que apuntaba dicho Informe [«en un solo impulso y en un plazo relativamente breve, se podría presentar una regulación completa, sin lagunas, de las instituciones y materias tradicionalmente recogidas en el Derecho civil propio, e incluso de las que sin tradición previa convenga regular y hallen acomodo en las sedes tradicionales. (...) Ahora bien, si desde ahora, o desde que se

---

24 El Consell de Govern de la CAIB, en sesión de 9 de octubre de 1998, creó 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).

25 El sr. Diéguez dice: «(...) no sé por qué una comisión tan grande para la necesidad, y la necesidad está clara, y el sentido de la reforma (...). En fin, entrando en el tema del coste que va a tener esta reforma, supongo que el coste será cero porque, habida cuenta del prestigio, del carácter y de la cautela que se ha tomado, si tiene que ser por horas, creo que va a ser un desastre para esta comunidad autónoma». RGE núm. 4806/98 i 4807/98. Diario del Pleno del Parlamento, n.º 132, 17.11.1998, pág. 5578.

constituye el órgano ad hoc, los medios de que disponga, hacen prever que ni siquiera la primera meta codificadora se pueda alcanzar, con solvencia, de una sola vez y en un plazo razonable, habrá que optar por técnicas de regulación sectorial de todo lo legislado hasta hoy»]. Al contrario, las sentencias del TSJIB (como la 1/1998, de 3 de septiembre –«la posibilidad (o quizás la conveniencia), de “lege ferenda”, de que, en el futuro (...) pudiera incorporarse (...) una norma del tenor del art. 1.320 del Código Civil» y la STSJIB 2/2014, de 5 de junio) han dejado patente la problemática de no haber conservado, con el desarrollo adecuado, la Compilación.

Poniéndolo todo en el contexto unitario o de partida que fue el del desarrollo de los derechos civiles propios y autonómicos, observamos que lo que sobre remisiones y supletoriedad se teorizó en los años 90 del siglo pasado en relación con el derecho civil catalán, lo cual fructificó al perfilarse un sistema legal completo y un sistema de fuentes con el primer libro del CcCat (Ley 29/2002, *primera Llei del Codi civil de Catalunya*)<sup>26</sup> no puede ser acatado a día de hoy, como teoría general, por el derecho civil balear, porque desvinculado del proceso de desarrollo que pretendía el derecho civil catalán donde se partía legítimamente de estar en lucha con otro ordenamiento jurídico, el Cc, no es aconsejable seguirlo como técnica legislativa en un derecho, como el balear, que lo que ha de conseguir es dar seguridad jurídica y tomar en consideración los contextos actuales que tienen las personas implicadas en una sucesión sometida al derecho civil balear.

---

26 «*La regulació reconeix als principis generals del dret la funció d'autointegració del dret civil de Catalunya, per evitar l'heterointegració mitjançant l'aplicació del dret supletori (...) L'article 111-5 es refereix tant al caràcter preferent de les disposicions del dret civil de Catalunya, llevat dels supòsits en què siguin directament aplicables normes de caràcter general, com a la limitació a l'heterointegració mitjançant l'aplicació com a supletori del dret de l'Estat, la qual només és possible quan no sigui contrària al dret propi o als principis generals que l'informen.*»

El TC, en el fundamento jurídico 4.º del Auto de 29 de octubre de 2003 (BOE, núm. 276, de 18-11-2003, págs. 40562-40563 y DOGC núm. 4021, de 1-12-2003, pág. 23367), en relación con la función de los principios generales del Derecho, dice que la previsión de la regla de la aplicación de los principios generales del Derecho civil propio antes de recurrir al Código civil es una regla prevista en Compilaciones como por ejemplo en el art. 1,3 de la Compilación balear: «(...) idéntica previsión figura en otras Compilaciones de los Derechos forales. Es el caso, destacadamente, de los arts. 1.3 del Texto Refundido de la Compilación de Derecho Civil de Baleares (...). Mediante estas normas se trata de garantizar la coherencia del ordenamiento propio, que pudiera quedar en entredicho en el caso de que rigieran normas abiertamente contradictorias, con evidente riesgo para la seguridad jurídica».

Por tanto, si bien la entrada del Cc en el derecho sucesorio balear se produce por remisión porque así fue pensado por el legislador balear en los años 90 (siguiendo el catalán)<sup>27</sup> es difícil mantenerlo hoy en día y evitar tener que admitir que habría que reinterpretarlo como una entrada de la supletoriedad por vía de remisión normativa pero, ahora, con los caracteres de la supletoriedad propiamente dicha [en el sentido de aplicar las soluciones vigentes del ordenamiento remitido en la actualidad y no las soluciones vigentes en el momento de remisión –que era lo que convertía la remisión en técnica legislativa y no aplicativa (DF 2ª CDCIB)].

La solución actual de que la remisión es estática porque congela las normas que se aplican por remisión, a la redacción del momento de la remisión normativa [por lo que, hemos dicho, se considera una técnica legislativa, amparada en la competencia autonómica], no se podrá mantener cuando una legislación civil actual del Estado (Cc o no) las haya modernizado.

Un ejemplo fácil de lo que se avecina, ejemplo solucionable, por ahora, es el hecho de que la Compilación remite a las causas de desheredación del Cc (art. 46 final CDCIB). La remisión es a las normas existentes en el momento de la remisión (DF 2ª CDCIB) de manera que se fija el contenido como expresión de competencia legislativa. ¿Quiere decir esto que las interpretaciones que la jurisprudencia del TS haga sobre causas de desheredación o la introducción legal -tipificada- de estas causas es inexistente para derecho sucesorio balear? En la medida en que la interpretación evolutiva (art. 3.1 Cc) del TS sea a partir de

---

27 El artículo 24 del Proyecto de Ley de reforma de la Compilación de 1961 modifica la Disposición Final segunda que tendrá la siguiente redacción: «Las remisiones que hace esta Compilación a las disposiciones del Código Civil se entienden hechas en la redacción vigente a la entrada en vigor de esta Ley». Era la misma dicción de la Disposición final tercera de la Compilación catalana (Decreto legislativo 1/1984, de 19 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Compilación del Derecho Civil de Cataluña): «Las remisiones que esta Compilación hace al articulado del Código Civil se entenderán siempre efectuadas en su redacción actual».

Esta Disposición plantea el problema de las remisiones estáticas al Código civil. Se dice que la expresión «a la redacción actual» puede no tener un contenido claro dentro de unos años ya que siempre existirá una «redacción actual» del Cc y «puede ser que no sea la que lo es en el momento de entrada en vigor de nuestra Compilación». Para aclarar el contenido de este precepto, la enmienda aceptada núm. 22 del Grupo PSM-EEM propone la siguiente redacción de la D.F. segunda que será la definitiva: «Las remisiones que hace esta Compilación a las disposiciones del Código Civil se entenderán hechas a la redacción vigente en el momento de entrada en vigor de esta Ley».

normas remitidas vigentes (art. 853,2º Cc), entenderemos que dicha interpretación se incorporará en esa remisión (lo contrario sería de gran inseguridad jurídica –art. 1.3.6ª CDCIB: «La jurisprudencia ... en su caso, del Tribunal Supremo, complementará el ordenamiento civil balear» y art. 1.6 Cc) pero la modernización o modificación del Cc, posterior a la remisión de la Compilación balear, no puede ser incorporada al derecho civil balear aplicable [Exposición de Motivos de la Ley 8/1990: «Mantener lo contrario supondría un cercenamiento anticonstitucional y antiestatutario de la expresada potestad legislativa propia» en relación con la DF 2ª CDCIB].

Esta perspectiva de futuro manifiesta que, si bien el legislador balear no puede renunciar a la competencia en derecho civil y ésta no retorna al Estado (art. 137 CE), por la ubicación del art. 149.1.8ª CE, su política legislativa es de mera conservación. Asimismo, evidencia que en realidad está haciendo suyo aquel «por ahora» del Cc originario, de *motu proprio*, y que la distinción entre los originarios arts. 12 y 13 Cc no fue una equivocación, sino que el legislador autonómico, con su no uso del derecho civil balear, 100 años después, y con total libertad (aunque quizás no es legítimo que se permita dicha libertad) ratifica que efectivamente en las Islas Baleares el Cc «empezó a regir», como decía el originario art. 13 Cc.

## **2.2. PERSPECTIVAS DE REFLEXIÓN EN LA CONSERVACIÓN DEL DERECHO SUCESORIO BALEAR A PARTIR DE LA NORMATIVA EUROPEA**

Profundizando en los problemas que crea un sistema configurado como hemos visto que se configura el Derecho civil balear, veamos cómo las modernas reglas europeas afectan al mismo.

### **2.2.1 *La aplicación del derecho civil balear por residencia: Comunidad Autónoma «versus» Islas***

Aunque se habla de la aplicación territorial del derecho (arts. 10 y 87.1 EAIB y art. 2 CDCIB) puesto que tanto la Comunidad Autónoma, como el Parlamento, deben tener un territorio para su competencia, es difícil, en materia civil, mantener la idea de territorio como punto de conexión para la aplicación de las normas, puesto que la aplicación de los Libros de la Compilación, en materia sucesoria, en las sucesiones

internas (art. 38 Reglamento (UE) n.º 650/2012),<sup>28</sup> sólo se produce por vecindad civil<sup>29</sup> (art. 16.1.1ª Cc) local (art. 15.4 Cc).

Otra cosa es que se trate de sucesiones transnacionales que estén sometidas al Reglamento (UE) n.º 650/2012, de 4 de julio de 2012, del Parlamento europeo y del Consejo de 4 de julio de 2012, *relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones «mortis causa» y a la creación de un certificado sucesorio europeo*.<sup>30</sup>

Cuando por el art. 21<sup>31</sup> del Reglamento (UE) n.º 650/2012, la ley aplicable a la totalidad de la sucesión sea la del Estado español porque el causante, en una sucesión transfronteriza, tiene su residencia habitual en las Islas Baleares en el momento del fallecimiento, el art. 36 Reglamento (UE) n.º 650/2012 no será aplicable, en su primer punto,<sup>32</sup> porque no hay normas internas sobre conflicto de leyes que determinen *la unidad territorial correspondiente cuyas normas jurídicas regularán la sucesión*, puesto que las normas internas remiten a la vecindad civil y un no nacional no tiene ninguna vecindad civil. Por

---

28 Artículo 38 Reglamento (UE) n.º 650/2012: «Los Estados miembros que comprendan varias unidades territoriales con sus propias normas jurídicas en materia de sucesiones no estarán obligados a aplicar el presente Reglamento a los conflictos de leyes que se planteen exclusivamente entre dichas unidades territoriales.»

29 Artículo 14 Cc: «1. La sujeción al derecho civil común o al especial o foral se determina por la vecindad civil.»

30 Artículo 22 Reglamento (UE) n.º 650/2012: «1. Cualquier persona podrá designar la ley del Estado cuya nacionalidad posea en el momento de realizar la elección o en el momento del fallecimiento», artículo 23 Reglamento (UE) n.º 650/2012: «1. La ley determinada en virtud de los artículos 21 o 22 regirá la totalidad de la sucesión.»

31 Artículo 21 Reglamento (UE) n.º 650/2012: «1. Salvo disposición contraria del presente Reglamento, la ley aplicable a la totalidad de la sucesión será la del Estado en el que el causante tuviera su residencia habitual en el momento del fallecimiento.»

32 Artículo 36 Reglamento (UE) n.º 650/2012, Estados con más de un sistema jurídico – conflictos territoriales de leyes: «1. En el caso de que la ley designada por el presente Reglamento fuera la de un Estado que comprenda varias unidades territoriales con sus propias normas jurídicas en materia de sucesiones, las normas internas sobre conflicto de leyes de dicho Estado determinarán la unidad territorial correspondiente cuyas normas jurídicas regularán la sucesión.»



ello, entrará el punto 2<sup>33</sup> del art. 36 Reglamento (UE) n.º 650/2012 que, a falta de tales normas internas sobre conflicto de leyes, considera que la ley del Estado será la ley de la unidad territorial en la que éste (el causante no nacional) hubiera tenido su residencia habitual en el momento del fallecimiento.

Por tanto, observamos aquí la referencia territorial como punto de conexión para fijar la ley civil aplicable.

En este caso, habrá que considerar que la ley de la unidad territorial es la de la comunidad autónoma (CAIB) puesto que la norma interna que fija, dentro del derecho civil balear, la aplicación por vecindad civil local, *ex art. 15.4 Cc*, tampoco es aplicable a quien no tiene nacionalidad. En definitiva, la ley de la unidad territorial de la residencia [art. 36.2.a) del Reglamento (UE) n.º 650/2012] es la ley civil balear y parece difícil aplicar la división por Islas de la Compilación por el hecho de la residencia, ya que la aplicación de esta división por Islas remite, exclusivamente, a la vecindad civil local de los nacionales (art. 15.4 Cc) como punto de conexión.

¿Podríamos decir, por tanto, que un extranjero residente balear que quiere, en atención al art. 21 del Reglamento (UE) n.º 650/2012, testar de acuerdo al Derecho civil balear, podría hacerlo sin el límite de los Libros de la Compilación?

La respuesta positiva es bastante defendible (art. 10 EAIB: «el Derecho Civil de la Comunidad Autónoma tienen eficacia en su territorio»; art. 1.3,2ª CDCIB: «*Las disposiciones de los diferentes libros de esta Compilación constituyen el derecho común de les Illes Balears*»; artículo 2 CDCIB: «Las normas del Derecho civil de Baleares tendrán eficacia en el territorio de la Comunidad Autónoma»; y art. 87.1 EAIB: «*el derecho propio de les Illes Balears es aplicable en su territorio*»).

No obstante, puede abrirse la posibilidad de la aplicación territorial por Islas del derecho civil balear (aunque no exista vecindad civil local que es el único punto de conexión que marca la insularidad del derecho

---

33 Artículo 36 Reglamento (UE) n.º 650/2012, Estados con más de un sistema jurídico – conflictos territoriales de leyes: «2. A falta de tales normas internas sobre conflicto de leyes: a) toda referencia a la ley del Estado a que hace referencia el apartado 1 se entenderá, a efectos de determinar la ley aplicable con arreglo a las disposiciones relativas a la residencia habitual del causante, como una referencia a la ley de la unidad territorial en la que este hubiera tenido su residencia habitual en el momento del fallecimiento».

civil balear), si se consigue argumentar a partir de los arts. 1.1,<sup>34</sup> 53<sup>35</sup> y 84<sup>36</sup> CDCIB.

En definitiva, la territorialidad insular siempre había determinado una vecindad civil local (una idiosincrasia, una excepcionalidad) pero, a partir de la Ley 7/2017, la regulación del quinto llamamiento de la intestada ha revelado un sistema de territorialidad porque la residencia en una Isla es lo que determina la llamada al ayuntamiento, mientras que la vecindad civil determina el Consejo insular llamado. Observamos, por tanto, que esta regulación introduce, por primera vez, la territorialidad en la aplicación de normas personales; lo que se acerca a las tendencias que se observan en el Reglamento (UE) n.º 650/2012 que abre la posibilidad de que la territorialidad, la residencia del difunto (arts. 4, 21.1, 23.2.h del Reglamento (UE) n.º 650/2012) sea el elemento que determine los derechos sucesorios.

---

34 Artículo 1 CDCIB: «1. El Derecho civil de las Illes Balears se integra por los derechos civiles históricos de las islas de Mallorca, de Menorca y de Eivissa y Formentera, de acuerdo con la tradicional división por libros de esta Compilación; por las normas autonómicas que afecten a la materia de derecho civil, en el marco de las competencias estatutarias; por la costumbre y por los principios generales de derecho civil propio.»

35 Artículo 53 CDCIB: «2. A falta de las personas indicadas en los artículos 930 a 955 del Código civil, heredarán conjuntamente las administraciones territoriales de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears que se citan en el siguiente párrafo, que destinarán preceptivamente los bienes heredados, o su producto o su valor, a instituciones o establecimientos de asistencia social, de educación o culturales ubicados en su respectivo territorio. De estos bienes o de su producto o de su valor, corresponde en la mitad al ayuntamiento del municipio de la última residencia habitual del causante, y otra mitad al Consejo Insular de la Isla del causante determinados de acuerdo a la normativa general que afecte a esta materia.»

36 Artículo 84 CDCIB: «3. A falta de las personas indicadas en los artículos 930 a 955 del Código civil, heredarán conjuntamente las administraciones territoriales de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears que se citan en los siguientes párrafos, las cuales destinarán preceptivamente los bienes, o su producto o su valor, a instituciones o establecimientos de asistencia social, de educación o culturales ubicados en su respectivo territorio. Cuando el municipio de la última residencia habitual del causante sea de la isla de Eivissa, la mitad de los bienes heredados o de su producto o de su valor corresponderá al ayuntamiento del municipio de dicha última residencia habitual y la otra mitad al Consejo insular de la Isla del causante determinada de acuerdo a la normativa general que afecte a esta materia. En el supuesto de que la última residencia habitual del causante sea en la isla de Formentera, la totalidad de la herencia intestada pasa al Consejo Insular de Formentera, siempre que, de acuerdo con la normativa general que afecte a esta materia, no resulte que la sucesión deba regirse por la ley de la vecindad civil del causante y esta sea la propia de Mallorca o Menorca, en cuyo caso la mitad de los bienes heredados o de su producto o de su valor corresponderá al consejo insular pertinente.»

En definitiva, el art. 1.1 CDCIB es sólo descriptivo, pero de los arts. 53 y 84 CDCIB tal vez pueda derivarse la territorialidad por Islas del derecho sucesorio balear cuando se de el punto de conexión de la residencia [por aplicación del art. 36.2.a) del Reglamento (UE) n.º 650/2012], es decir, siempre que no sean aplicables [*ex* arts. 36.1 y 38 del Reglamento (UE) n.º 650/2012] las normas internas sobre conflicto de leyes del Cc.

### 2.2.2 *Correcciones a las discriminaciones por vecindad local*

El Derecho sucesorio balear tendrá que hacer frente, en algún momento, a la discriminación que el cónyuge de un causante cuya sucesión está sometida al Libro III (por ser ésta su vecindad civil local o por ser su residencia si se trata de una sucesión transfronteriza) sufre por no ser legitimario en la sucesión voluntaria de aquel (artículo 79 CDCIB)<sup>37</sup>; vaciando de contenido patrimonial *post mortem* el matrimonio por el resultado de la ley aplicable a la sucesión.

Haciendo un paréntesis, no olvidemos que el matrimonio es una institución protegida por la CE y, por tanto, el legislador autonómico debería preocuparse de proteger los derechos sucesorios derivados del matrimonio (efectos «mortis causa»); así como los efectos «intervivos» (pero esto es ahora otro tema). En consecuencia, sería interesante plantear la constitucionalidad desde el prisma de que se trata de derechos que se derivan del matrimonio (arts. 9.2 y 9.8 *in fine* Cc) de modo que, al ser el matrimonio una institución constitucionalmente reconocida, no debería poderse sustentar un derecho civil local que, de los legitimarios habituales en términos generales, sólo el cónyuge viudo carezca de derechos sucesorios «*ex lege*», cuando debería ser su legítima la más protegida (cuestión que se relaciona con el hecho que la llamada al cónyuge viudo en la intestada vaya escalando lugares, en algunas regulaciones actuales, pasando del tercer lugar en el orden de llamadas, al segundo).

Volviendo a la cuestión planteada, no sería absurdo analizar la conflictividad que provocará la aplicación del Reglamento UE n.º 650/2012 (por el juego que puede dar su art. 35 sobre orden público), si resulta

---

37 Artículo 79 CDCIB: «Son legitimarios: A) Los hijos y descendientes por naturaleza, matrimoniales y no matrimoniales, y los adoptivos. B) Los padres, por naturaleza y adopción.»

que un viudo extranjero, sin preverlo, acaba sometido a la ley «especial» ibicenca y sufre la rareza de que su matrimonio no haya generado efectos económicos «post mortem», debido a que la ley que rige la sucesión en el momento de la muerte de su cónyuge sea la de la residencia habitual en Ibiza o Formentera.

Por supuesto, no habría problema para los no nacionales si concluimos antes que los efectos matrimoniales «post mortem» no son derechos sucesorios, sino efectos del matrimonio. Por tanto, resolviendo antes si los efectos matrimoniales «post mortem» son cuestiones excluidas de la aplicación del Reglamento UE 650/2012, por el art. 1.2.d,<sup>38</sup> o son cuestiones sometidas a su aplicación (art. 23.2.b del Reglamento 650/2012)<sup>39</sup>.

En definitiva, hay también una cuestión previa interna: ¿Cuándo se aplica la Compilación a los derechos sucesorios del cónyuge viudo?

De nuevo, desde el prisma de que se trata de derechos que derivan del matrimonio (los arts. 9.8 y 9.2 Cc<sup>40</sup> nos llevan a la ley que rige el matrimonio, no a la de la sucesión) se regirían por la ley aplicable al matrimonio y no por la de la vecindad (ni residencia) del causante. En este caso, la aplicación de los arts. 9.8 y 9.2 Cc nos llevarán, para tratar

---

38 Reglamento (UE) N° 650/2012, artículo 1: «2. Quedarán excluidos del ámbito de aplicación del presente Reglamento: d) las cuestiones relativas a los regímenes económicos matrimoniales, así como a los regímenes patrimoniales resultantes de las relaciones que la ley aplicable a las mismas considere que tienen efectos comparables al matrimonio».

39 Reglamento (UE) N° 650/2012, artículo 23: «1. La ley determinada en virtud de los artículos 21 o 22 regirá la totalidad de la sucesión. 2. Dicha ley regirá, en particular: b) la determinación de los beneficiarios, de sus partes alícuotas respectivas y de las obligaciones que pueda haberles impuesto el causante, así como la determinación de otros derechos sucesorios, incluidos los derechos sucesorios del cónyuge o la pareja supérstites».

40 Artículo 9 Cc: «2. Los efectos del matrimonio se regirán por la ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo; en defecto de esta ley, por la ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de ellos, elegida por ambos en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio; a falta de esta elección, por la ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración, y, a falta de dicha residencia, por la del lugar de celebración del matrimonio. (...) 8. La sucesión por causa de muerte se regirá por la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país donde se encuentren. Sin embargo, las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios ordenados conforme a la ley nacional del testador o del disponente en el momento de su otorgamiento conservarán su validez aunque sea otra la ley que rijan la sucesión, si bien las legítimas se ajustarán, en su caso, a esta última. Los derechos que por ministerio de la ley se atribuyan al cónyuge supérstite se regirán por la misma ley que regule los efectos del matrimonio, a salvo siempre las legítimas de los descendientes.»

de los efectos patrimoniales del cónyuge viudo, a la ley que rige el matrimonio y no a la eventualidad de la ley de la sucesión del cónyuge causante, sometida a un concepto *sui generis* del Reglamento 650/2012 como es la residencia habitual.<sup>41</sup>

En un sistema precario como el derecho civil balear y en un territorio susceptible de ser, con frecuencia, ley de la residencia aplicable a sucesiones transfronterizas, habrá que ver qué opción [la de aplicar el art. 23.2.b) del Reglamento 650/2012 o la de aplicar el art. 1.2.d) del Reglamento 650/2012] aporta más seguridad jurídica<sup>42</sup> al cónyuge viudo. Ahora bien, habrá intereses contrapuestos, como en toda sucesión.

---

41 Reglamento (UE) N° 650/2012, artículo 21: «1. Salvo disposición contraria del presente Reglamento, la ley aplicable a la totalidad de la sucesión será la del Estado en el que el causante tuviera su residencia habitual en el momento del fallecimiento.»

42 También teniendo en cuenta que las obligaciones impuestas en las normas europeas se limitan, en atención al principio de proporcionalidad, a la medida estrictamente necesaria para alcanzar el objetivo buscado (a partir de la interpretación del art. 5,4º TUE que dice que ninguna acción puede excederse de lo necesario para alcanzar los objetivos del Tratado).



jest

word

jest

jest

# L'acció d'inoficiositat legitimària. Legitimació i conseqüències del seu no exercici

CRISTINA VILLÓ TRAVÉ

*Professora de Dret civil  
Universitat Rovira i Virgili*

## SUMARI

1. INTRODUCCIÓ. 2. LA RESPONSABILITAT PEL PAGAMENT DE LA LLEGÍTIMA. 3. LA PROTECCIÓ DEL CONTINGUT ECONÒMIC DE LA LLEGÍTIMA. 4. INOFICIOSITAT LEGITIMÀRIA. 4.1. *Naturalesa jurídica de l'acció d'inoficiositat.* 4.2. *Ordre de reducció dels actes gratuïts.* 4.3. *Legitimació per a interposar l'acció d'inoficiositat.* 4.3.1. *Subjectes legitimats.* 4.3.2. *Els subjectes perjudicats per la falta d'exercici de l'acció d'inoficiositat.*

## 1. INTRODUCCIÓ

En el Dret Civil català, quan l'actiu hereditari és superior al passiu, hi ha una sèrie de subjectes —descendents del causant i, en defecte d'aquests, els seus progenitors— que, pel seu parentiu amb el causant, tenen dret a obtenir de l'herència un determinat valor patrimonial en concepte de llegítima (en concret, una quarta part de l'herència).

El seu dret té un caràcter preferent respecte de les atribucions que voluntàriament el causant hagués previst en el seu testament, així com també davant d'altres drets com la quarta vidual del cònjuge o convivent supervivent, o el dret a detraure la quarta falcídia de l'hereu. Sense perjudici, això sí, de procedir primer al pagament dels creditors del causant i de les càrregues hereditàries, en virtut del principi «abans pagar que heretar».

No obstant això, en determinats casos no queden béns en l'herència per a fer front a les llegítimes perquè prèviament s'han fet atribucions que, objectivament, no tenen un caràcter preferent, com una donació o llegat. D'aquesta manera, i per tal de solventar aquesta situació, es dona a determinats subjectes la possibilitat d'interposar la denominada acció d'inoficiositat, que permet reduir aquestes atribucions i obtenir així l'actiu necessari per a satisfer l'import de les llegítimes.

Fins a l'entrada en vigor de la Llei 10/2008, de 10 de juliol, del Llibre IV del Codi Civil de Catalunya, els únics legitimats per a interposar aquesta acció eren els legitimaris i els seus hereus, però aquesta Llei introdueix una important novetat en matèria de llegítima —i, en concret, respecte de l'acció d'inoficiositat— incorporant, en el seu art. 451-24.1 CCCat, als hereus del causant com a subjectes també legitimats per a la reducció o supressió per inoficiositat de llegats, donacions i altres atribucions per causa de mort.

Això ens porta a plantejar-nos què passarà en Dret Civil català quan, tot i no haver actiu suficient per al pagament de les llegítimes per causa d'inoficiositat legitimària, cap dels subjectes legitimats exercita l'acció. La resposta és clara: els legitimaris no rebran el valor que els correspon en concepte de llegítima individual. No obstant això, el problema es planteja quan tractem d'atribuir la responsabilitat per les conseqüències negatives que deriven de no haver interposat l'acció a algun dels subjectes que, en el seu moment, la podien haver interposat.

La qüestió és, doncs, determinar qui farà front al perjudici que deriva de no interposar l'acció d'inoficiositat en el termini previst. Això és, a la no satisfacció de l'import total de les llegítimes quan no hi ha prou béns a l'herència perquè s'ha disposat de tots ells per via de llegats, donacions o altres atribucions per causa de mort, i no s'ha procedit a la seva reducció tot i que les llegítimes tenien un caràcter preferent.

En aquest sentit, serà el legitimari qui, com a conseqüència directa, es quedarà sense cobrar la llegítima i, per tant, assumirà el perjudici? O bé serà l'hereu qui haurà de fer front al pagament amb el seu propi patrimoni per no haver actuat diligentment en la seva obligació de pagar les llegítimes?

La llei guarda silenci sobre aquesta qüestió, com tampoc regula una preferència en l'exercici de l'acció d'un grup de subjectes respecte dels altres, sinó que ofereix un tracte igualitari per a tots dos (legitimaris —i



els seus hereus— i hereus del causant), cosa que dificulta encara més determinar a qui d'ells s'hauria d'atribuir la responsabilitat.

Cal, doncs, donar resposta a aquesta qüestió i aclarir qui hauria de ser, sota el nostre parer, el subjecte sobre el qual recaiguessin les conseqüències derivades de la manca d'exercici de l'acció d'inoficiositat legitimària.

## 2. LA RESPONSABILITAT PEL PAGAMENT DE LA LLEGÍTIMA

Abans de centrar-nos en l'anàlisi de l'acció d'inoficiositat legitimària, la qual constitueix el tema central del treball, és necessari referir-nos al paper de l'hereu en el pagament de la llegítima. «L'hereu respon personalment del pagament de la llegítima i, si escau, del suplement d'aquesta». Així ho indica l'art. 451-15.1 CCCat, deixant clar que el pagament de la llegítima és una responsabilitat personal de l'hereu.

Ja no ens trobem davant d'una afecció dels béns de l'herència al pagament de la llegítima, com sí que succeïa en la Compilació (art. 140 CDCC). Actualment, parlem d'un dret de crèdit a un valor patrimonial que no donarà lloc a un assentament en el Registre de la Propietat. Únicament donaran lloc a una anotació preventiva en el Registre de la Propietat, per petició del legitimari, la demanda de reclamació de llegítima o, si escau, del seu suplement (art. 451-15.2 CCCat), o del llegat de béns immobles o d'una determinada suma de diners, sempre que la llegítima s'hagués atribuït per mitjà d'aquest llegat (art. 451-15.3 CCCat)<sup>1</sup>.

A més, en cas de concurrència d'una pluralitat d'hereus, no hi haurà solidaritat entre ells en la responsabilitat pel pagament de la llegítima. Ens trobem davant d'un supòsit de deute contra una comunitat hereditària, de manera que el suport legal d'aquesta afirmació s'extreu de l'art. 552-7 CCCat. El pagament de les llegítimes consisteix en un acte d'administració hereditària i no de disposició hereditària, de manera que els legitimaris, en la reclamació del seu dret a la llegítima, es dirigiran contra la comunitat i els membres integrants d'aquesta s'hauran de posar d'acord en la manera que s'efectuarà el pagament de les llegítimes, com a acte d'administració

---

1 Diferent és el cas del llegat simple de llegítima que, com indica l'art. 451-15.3 CCCat, no té la consideració de llegat de quantitat i no dóna lloc, per si mateix, a cap assentament registral, de manera que també s'entén que constitueix un dret de crèdit del legitimari.

(art. 552-7.2 CCCat)<sup>2</sup>. Dit això, entenem que la seva responsabilitat pel pagament de les llegendimes serà mancomunada, atès que l'apartat 5è de l'art. 552-7 CCCat estableix que «la responsabilitat dels cotitulars per les obligacions que resulten de la seva administració és mancomunada de manera proporcional a les seves quotes respectives».

Finalment, és important destacar que la responsabilitat de l'hereu està limitada al *relictum* i al *donatum*, el que significa que no està obligat a respondre del pagament de la llegendima amb el seu patrimoni personal. En matèria legitimària no opera la responsabilitat il·limitada de l'hereu, amb independència que hagi acceptat l'herència pura i simplement (és a dir, sense realització d'un inventari de l'herència). I això passa perquè la llegendima no és ni un deute del causant, ni una càrrega hereditària, per a les quals l'art. 461-18 CCCat fixa una responsabilitat il·limitada de l'hereu en cas d'acceptació pura i simple.

Pot succeir també que no s'hagi instituït un hereu en la successió, perquè tota l'herència ha estat distribuïda en llegats. En aquest cas, està clar que ni el marmessor universal ni els legataris haurien de respondre personalment del pagament de les llegendimes (sense perjudici de la possibilitat de reduir els llegats). No obstant això, la configuració de la llegendima s'entendria, en aquest cas concret i sota el nostre punt de vista, com un dret de crèdit contra un patrimoni. Això permet que, en defecte d'hereu, en el dret general de Catalunya el marmessor universal pugui procedir al pagament de les llegendimes en virtut de les seves funcions d'administració i liquidació hereditària, com si d'un gestor del patrimoni hereditari es tractés. Mentre que, per la seva banda, en el dret local de Tortosa, l'absència d'un marmessor universal té com a resultat que siguin els legataris, com a únics subjectes que intervenen en la successió, els que hagin d'encarregar-se de les funcions d'execució hereditària i, en aquest sentit, procedir al pagament de les llegendimes amb el patrimoni hereditari<sup>3</sup>.

---

2 LAMARCA I MARQUÈS, A.: «arts. 451-7, 451-8 y 451-11», a EGEEA-FERRER (dir.), *Comentari al llibre quart del Codi Civil de Catalunya, relatiu a les successions*, Vol. II, Edit. Atelier, Barcelona, 2009, p. 1361.

3 En relació amb el cas excepcional que en el dret local de Tortosa els legataris siguin els que s'encarreguen de dur a terme les funcions d'execució com a únics subjectes que intervenen en la successió, vegeu VILLÓ TRAVÉ, C.: *La responsabilidad por el pago de las deudas hereditarias en el Derecho civil de Cataluña*, Edit. Atelier, Barcelona, 2018, pp. 265-272.

Dit això, a manera de conclusió podem afirmar que, si hi ha hereu, serà ell qui, com a titular del patrimoni i subjecte que se subroga en les obligacions del causant que no s'extingeixen per la seva mort (art. 411-1 CCCat), respondrà del pagament de les llegítimes (art. 45115.1 CCCat). Però, en cas contrari, els legitimaris no es veurien perjudicats per l'absència d'un hereu en la successió perquè el seu dret de crèdit és contra el patrimoni hereditari, i no contra la figura de l'hereu. D'aquesta manera, en el dret general de Catalunya el marmessor universal pagarà les llegítimes i, en el cas de Tortosa, seran els legataris els qui procediran al seu pagament. Això sí, tant en un cas com en l'altre ho faran amb el patrimoni hereditari. Sense oblidar que, en tot cas, la responsabilitat pel pagament de les llegítimes, amb independència de la intervenció o no d'un hereu en la successió, es limita a aquest patrimoni (responsabilitat *intra vires*).

### 3. LA PROTECCIÓ DEL CONTINGUT ECONÒMIC DE LA LLEGÍTIMA

El legitimari ha de percebre el valor complet del que li correspon per llegítima individual. Algunes vegades, però, la satisfacció del valor total de la llegítima es pot veure dificultat per causes com equivocació de càlcul, augment del cabal relict, llegats i donacions inoficioses, etc.

Per aquest motiu, la llei preveu dos mecanismes que permeten protegir la «intangibilitat quantitativa» de la llegítima. Aquests mecanismes són l'acció de suplement de llegítima<sup>4</sup> i l'acció d'inoficiositat

---

4 A grans trets, l'acció de suplement de llegítima és la possibilitat que es dona al legitimari d'exigir allò que li falta per a completar l'import de la seva llegítima individual quan el que ha rebut el legitimari per institució d'hereu, llegat, atribució particular en pacte successori o donacions imputables a la llegítima és inferior al que li correspon en virtut de la seva llegítima individual, excepte quan, després de la mort del causant, s'hagués donat per totalment pagat de la llegítima corresponent o hagués renunciat al suplement. Això no serà així quan després del pagament de la llegítima apareixen nous béns en l'herència. En aquest últim cas, el legitimari té dret a la llegítima encara que s'hagués donat per pagada o hagués renunciat al suplement (art. 451-10.3 CCCat), ja que es tracta d'una situació que no podia haver previst amb anterioritat a l'aparició dels béns. En definitiva, perquè el legitimari pugui exercir aquesta acció caldrà que:

- a.- El causant li hagués atribuït un valor patrimonial a títol d'«institució hereditària, llegat, atribució particular o donació, o de qualsevol altra manera» (art. 451-1 CCCat).
- b.- L'atribució no assoleixi el valor total que li correspon al legitimari per la seva llegítima individual.
- c.- El legitimari, després de la mort del causant, no s'hagués

legitimària. A continuació, ens centrarem en aquesta última, i en les conseqüències que deriven de la seva manca d'exercici.

#### 4. INOFICIOSITAT LEGITIMÀRIA

El causant té llibertat per a disposar dels seus béns com així ho desitgi, el que pot donar lloc al fet que no quedin béns suficients en l'herència per fer front a les legítimes quan, lliurement, el testador disposi dels seus béns *inter vivos* o *mortis causa* a favor de persones diferents dels seus legitimaris.

Com venim reiterant, la llegítima ve imposada legalment com un valor patrimonial que el causant està obligat a satisfer, de manera que la inexistència de béns en l'actiu hereditari líquid no serà motiu suficient per a no satisfer-les.

És per això que la llei permet a l'hereu reduir els llegats sempre que no hi hagi béns suficients en l'actiu hereditari líquid per a pagar les legítimes (art. 451-22 CCCat). Aquesta possibilitat és el que s'anomena «reducció dels llegats per causa d'inofficiositat legitimària».<sup>5</sup> No obstant això, per a aquells casos en què no hi hagi llegats, o bé la seva reducció sigui insuficient per a pagar les legítimes, l'art. 451-22.3 CCCat també permet la reducció o, fins i tot, la supressió de «les donacions computables per al càlcul de la llegítima atorgades pel causant i les atribucions particulars fetes en pacte successori a favor d'estranyos o, fins i tot, de legitimaris, en la part no imputable a la llegítima».

En definitiva, quan es doni, d'una banda, l'existència de legitimaris i, de l'altra, la inexistència en l'herència de béns suficients per a satisfer les seves legítimes, es podrà procedir a la reducció dels actes gratuïts de

---

donat per totalment pagat ni hagués renunciat a la llegítima o al seu suplement (art. 451-10.2 CCCat). Si es compleixen aquests requisits, el legitimari pot exercir l'acció de suplement de llegítima dins dels 10 anys següents a la mort del causant (art. 451-27 CCCat). Un cop exercida, el subjecte passiu de l'acció, és a dir, l'hereu o el subjecte facultat per al pagament, haurà de satisfer l'import que falta per cobrir la totalitat de la llegítima individual del legitimari.

5 PUIG I FERRIOL, L. i ROCA TRIAS, E.: *Institucions del Dret civil de Catalunya*, Vol. III, 7<sup>a</sup> Edició, 2009, Edit. Bosch, Barcelona, p. 570.

disposició realitzats pel causant, per tal d'obtenir el *quantum* necessari per a poder pagar les llegendes<sup>6</sup>.

#### 4.1. Naturalesa jurídica de l'acció d'inoficiositat

Com hem dit, l'acció d'inoficiositat permet la reducció o, fins i tot, la supressió, de llegats i donacions, quan aquests puguin impossibilitar el pagament de les llegendes. En aquest sentit, hem de precisar quina és la naturalesa jurídica d'aquesta acció.

En relació amb els llegats, la naturalesa jurídica de l'acció d'inoficiositat vindrà determinada pel tipus de llegat objecte de la reducció. És a dir, si aquest és d'eficàcia real o obligacional.

En el cas dels llegats d'eficàcia real, es configura com una acció de naturalesa rescissòria, ja que, en ells, la propietat s'adquireix amb la delació<sup>7</sup>. Per tant, es procediria a la reducció d'un llegat del qual el legatari ja en té, en aquell moment, la plena propietat. Sense perjudici, això sí, de la possibilitat que l'hereu no li hagi lliurat encara la seva possessió.

Si, per contra, el llegat objecte de reducció —o supressió— fos un llegat d'eficàcia obligacional, l'acció d'inoficiositat no tindria aquesta naturalesa rescissòria, donat que, en el seu cas no s'obté la propietat amb la delació, sinó que el legatari és titular d'un dret de crèdit contra el gravat.

Per la seva banda, les donacions *mortis causa* també poden ser objecte de reducció o supressió si no hi ha actiu suficient per a fer front a les llegendes. Si així fos, hem de diferenciar, simplement a efectes teòrics, aquelles donacions en què s'ha produït un lliurament immediat de la propietat, d'aquelles en les que la propietat s'adquireix després de la mort del donant. Tant en un cas com en l'altre, la naturalesa jurídica

---

6 Vegeu PUIG I FERRIOL, L. i ROCA I TRIAS, E.: *Institucions del Dret civil...*, ob. cit., p. 571; VAQUER ALOY, A.: «La legítima en el Derecho Civil de Catalunya», a TORRES GARCÍA (coord.), *Tratado de legítimas...*, ob. cit., p. 510; i VAQUER ALOY, A.: «La legítima en Catalunya», a GETE-ALONSO Y CALERA (dir.), *Tratado de derecho de sucesiones*, Tom II, Edit. Civitas, Pamplona, 2011, p. 2066.

7 CORTADA I CORTIJO, N.: *L'obligació de legítima en el dret civil de Catalunya*, Tesi doctoral, Universitat de Lleida, Lleida, 1996, p. 255.

de l'acció d'inoficiositat té una naturalesa rescissòria<sup>8</sup>, com passa també en els llegats d'eficàcia real.

Així, en les donacions en què es produeix una transmissió immediata de la propietat, això succeeix perquè, evidentment, en el moment en què es procedeixi a la reducció de la donació el donatari ja serà propietari del bé donat, en tant que ja ho era amb anterioritat a la mort del causant. Per la seva banda, l'acció de reducció d'aquelles donacions en què la propietat no es transmet immediatament, però sí que s'adquireix directament després de la mort del causant, també té naturalesa rescissòria. En el seu cas, les podem assimilar clarament al cas dels llegats d'eficàcia real, ja que en ambdós casos s'adquireix la propietat per la delació i, per tant, l'acció de reducció recauria sobre un llegat o donació que ja és propietat del seu beneficiari.

A més, l'acció de reducció o supressió de donacions és també una acció declarativa de condemna, ja que amb el seu exercici el legitimari sol·licita una declaració d'inoficiositat. I, juntament amb aquesta declaració, rebrà el dret de crèdit que li permet fer efectiu el valor que li correspon en concepte de llegítima, la qual cosa, al seu torn, també li permetrà exigir al donatari la restitució del que li correspongui en virtut de la reducció o supressió<sup>9</sup>.

## 4.2. Ordre de reducció dels actes gratuïts

L'ordre que s'ha de seguir a efectes de dur a terme la reducció consisteix a reduir —o, fins i tot, suprimir—, en primer lloc, els llegats. I, només en cas que això no sigui suficient, es reduiran —o suprimiran— les donacions. Aquest ordre té un caràcter imperatiu, el que significa que «el causant no pot alterar l'ordre de prelación en la reducció de donacions i atribucions particulars ni disposar que siguin reduïdes abans que els llegats»(art. 451-23.3 CCCat).

En aquest sentit, hem de fer un seguit d'apreciacions:

---

8 Vegeu, en aquest sentit, CORTADA I CORTIJO, N.: *L'obligació de llegítima en el...*, ob. cit., p. 262; O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: «La inoficiosidad legitimaria», *Revista Jurídica de Catalunya*, any LXX, núm. 2, abril-juny, 1971, p. 279; i VALLET DE GOYTISOLO, J.: *Panorama del Derecho de sucesiones*, Tom I, Edit. Civitas, Madrid, 1982, p. 668.

9 CORTADA I CORTIJO, N.: *L'obligació de llegítima en el...*, ob. cit., p. 263.

Pel que fa a la reducció de llegats, com hem dit, els llegats són la primera atribució que serà objecte de reducció, sense que el causant pugui alterar aquest ordre. Això no obstant, el que sí és possible és que el causant, d'acord amb la seva pròpia voluntat, estableixi un ordre de reducció dels llegats entre si, el que tindrà com a conseqüència que uns es redueixin —o suprimeixin— abans que els altres. En cas contrari, és a dir, si el causant no exercita aquesta opció, la reducció es farà, com indica l'art. 451-23.1 CCCat, en proporció al valor de cada llegat<sup>10</sup>.

Per la seva part, en la reducció de les donacions cal tenir present que les donacions constitueixen un títol ferm, de manera que el donatari ja és propietari de la donació amb anterioritat a l'obertura de la successió, el que justifica que abans es procedeixi a la reducció dels llegats<sup>11</sup>.

Per a decretar un ordre en la reducció o supressió de les donacions i atribucions particulars es partirà de la data en què es van realitzar. Respecte d'això, i d'acord amb la regulació legal de l'art. 451-23.2 CCCat, es començarà per les més recents i se seguirà per la següent més recent, i així successivament. I, en cas que les donacions tinguessin la mateixa data, o la seva data fora indeterminada, es reduiran a prorrata.

En el cas concret de les donacions a legitimaris cal precisar, d'una banda, que es podran reduir en la part que excedeix el valor del que els correspon per llegítima. I, d'altra banda, que les donacions no computables no seran, tampoc, reduïbles<sup>12</sup> (art. 451-22.3 CCCat *a sensu* contrari).

## 4.3. Legitimació per a interposar l'acció d'inoficiositat

### 4.3.1. *Subjectes legitimats*

En el Dret successori català, la legitimació activa per a interposar l'acció de reducció de donacions i llegats inoficiosos s'ha reconegut tradicionalment

---

10 D'acord amb l'art. 451-22.2 CCCat, a efectes de reducció o supressió «les donacions per causa de mort i les assignacions de llegítima que no s'han fet efectives en vida del causant tenen el mateix tractament que els llegats».

11 VAQUER ALOY, A.: «La llegítima en el Derecho Civil de Cataluña», a TORRES GARCÍA (coord.), *Tratado de legítimas...*, ob. cit., p. 510.

12 Entre les donacions no computables s'inclouen les donacions no imputables que el causant va realitzar amb anterioritat als seus últims deu anys de vida. Vegeu VAQUER ALOY, A.: «La llegítima en el Derecho Civil de Cataluña», a TORRES GARCÍA (coord.), *Tratado de legítimas...*, ob. cit., p. 510.

als legitimaris i als seus hereus. En aquest sentit, la Llei 10/2008 del Llibre IV del Codi Civil de Catalunya introdueix una important novetat en matèria de llegítima, ja que, com s'indica en l'apartat VI del seu Preàmbul —en concret en el paràgraf 5è *in fine*— «en matèria d'inoficiositat legitimària, s'estén la legitimació activa per demanar la reducció o supressió de donacions als hereus del causant».

Així, la legitimació activa per a exercir l'acció de reducció de donacions i llegats ja no correspon només al legitimari i als seus hereus, com a creditors de la llegítima, sinó que el CCCat introdueix una novetat més en matèria de llegítima, incorporant, en el seu art. 451-24.1 CCCat, als hereus del causant com a subjectes legitimats per a dur a terme la reducció de llegats<sup>13</sup>, amb independència que haguessin acceptat l'herència pura i simplement o a benefici d'inventari, així com també per a la reducció de les donacions.

En aquest sentit, el legislador va considerar oportú introduir els hereus del causant com a subjectes legitimats per exercir l'acció de reducció per ser ells els que han de fer front al pagament de les llegítimes<sup>14</sup>. Per contra, els que d'acord amb l'apartat 3r de l'art. 451-24 CCCat no estan legitimats per interposar l'acció d'inoficiositat són els creditors del causant, «sens perjudici que puguin procedir contra l'hereu que no ha gaudit del benefici legal d'inventari i que resulti afavorit per la reducció o la supressió».

En cas que no hi hagués hereu però sí marmessor universal entenem que aquest no estaria legitimat per a interposar l'acció d'inoficiositat, com es desprèn de la regulació dels subjectes legitimats de l'art. 451-24.1 CCCat, que no els inclou entre els subjectes legitimats, igual que succeeix amb la resta de subjectes facultats per al pagament. Per tant, en aquest cas

---

13 En el seu precedent legal, l'art. 375.1 CS, l'hereu del causant només estava legitimat per a reduir els llegats en els casos d'acceptació pura i simple de l'herència, però no quan hagués acceptat a benefici d'inventari (com es desprèn de la interpretació *a sensu* contrari de l'art. 375.1, que estableix que «l'acció per inoficiositat de llegats i altres disposicions per causa de mort correspon solament als legitimaris i a llurs hereus, i a l'hereu del causant, quan no hagi acceptat l'herència a benefici d'inventari (...)). Per la seva banda, en el cas de les donacions, únicament podien exercir l'acció d'inoficiositat els legitimaris i els seus hereus, però no els hereus del causant (art. 375.1 CCCat *in fine*).

14 Respecte d'això, vegeu VAQUER ALOY, A.: «La legítima en el Derecho Civil de Cataluña», a TORRES GARCÍA (coord.), *Tratado de legítimas...*, ob. cit., p. 511 i VAQUER ALOY, A.: «La legítima en Cataluña», a GETE-ALONSO Y CALERA (dir.), *Tratado de derecho...*, ob. cit., p. 2067.



serien els legitimaris els que haurien d'interposar l'acció d'inoficiositat, i si no la exercitessin, no rebrien l'import que els correspon en concepte de llegítima individual. Això passaria respecte de les donacions ja que, respecte dels llegats excessius, el marmessor universal podria no lliurar el llegat si coneix per endavant que serà necessari reduir-lo per a pagar les llegítimes. En la nostra opinió, no hi ha motiu per excloure la legitimació del marmessor, com a executor de l'herència, per a interposar l'acció d'inoficiositat legitimària. És més, creiem que l'ampliació de la legitimació prevista pel Llibre IV del CCCat també hauria d'haver previst la legitimació del marmessor quan sigui ell qui s'encarregui de pagar les llegítimes. Especialment, per la transcendència que la seva legitimació o la manca d'aquesta té en relació amb l'atribució dels perjudicis derivats de la manca d'exercici de l'acció d'inoficiositat.

Dit això, els subjectes legitimats tenen un termini de quatre anys<sup>15</sup> des de la defunció del causant per a interposar l'acció d'inoficiositat (art. 451-24.2 CCCat)<sup>16</sup>. Sens perjudici de la possibilitat que els legataris, donataris, o adquirents en pacte successori afectats per la inoficiositat, puguin evitar la pèrdua de la totalitat de la cosa llegada, donada, o adquirida, mitjançant el pagament en diners de l'import objecte de reducció (art. 451-22.4 CCCat).

Es tracta, en definitiva, de pagar en metàl·lic la quantia necessària per a cobrir les llegítimes (és a dir, per la qual se'ls reduiria la seva atribució) per tal d'aconseguir, d'una banda, que la seva atribució es mantingui tal

---

15 La regulació del Dret Civil espanyol no és tan clara respecte del termini de què disposa l'hereu forçós per a l'exercici de l'acció d'inoficiositat. El CC guarda silenci respecte d'aquesta qüestió, el que ha portat a plantejar diferents possibilitats doctrinals. Una passa per l'aplicació del termini general de 15 anys de l'art. 1964 CC, aplicable a aquelles accions que no tenen un termini especial. Una altra possibilitat és la de recórrer a l'art. 1299 CC i aplicar així el termini de 4 anys propi dels actes rescisoris. I, finalment, també hi ha la possibilitat d'entendre aplicable el termini de 5 anys de l'art. 646 CC, per la similitud amb el cas que ens ocupa. En la nostra opinió, i d'acord amb TORRES GARCÍA i DOMÍNGUEZ LUELMO, el més encertat seria recórrer a l'aplicació del termini de 15 anys de l'art. 1964 CC. Vegeu, en aquest sentit, TORRES GARCÍA T. i DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: «La legítima en el Código Civil», a TORRES GARCÍA (coord.), *Tratado de...*, ob. cit., pp. 53 i 60.

16 Això sempre que l'acció d'inoficiositat no s'hagués extingit perquè el legitimari no ha arribat a ser-ho, o perquè ha renunciat a interposar-la. Vegeu PUIG I FERRIOL, L. i ROCA I TRIAS, E.: *Instituciones del Dret civil...*, ob. cit., p. 573.

com estava prevista, i, per altra banda, que els legitimaris rebin l'import complet de les seves lletges individuals<sup>17</sup>.

Val a dir que en el CC espanyol, per contra, d'acord amb l'art. 817 CC «las disposiciones testamentarias que mengüen la legítima de los herederos forzosos se reducirán, a petición de éstos, en lo que fueran inoficiosas o excesivas».

El precepte evidencia que en Dret Civil espanyol l'únic legitimat per a interposar l'acció d'inoficiositat és l'hereu forçós. El que resulta comprensible si tenim en compte que la finalitat última de l'acció d'inoficiositat és la de garantir la intangibilitat quantitativa de la seva lletgima.

En aquest sentit, la lògica apunta que, com regula el CC, si l'hereu forçós és qui en última instància cobrarà i té interès en cobrar l'import de la lletgima, també sigui ell qui, com a principal interessat en què aquest cobrament es faci efectiu, adopti tots els instruments que la llei posa al seu abast per a aconseguir-ho.

Així doncs, en el Dret Civil espanyol la resposta és clara en aquest sentit: l'hereu —com a successor universal del causant— és qui haurà d'efectuar el pagament de les lletgimes com a part de les seves funcions d'execució, sempre que no s'hagi nomenat un marmessor que s'encarregui de fer-ho. No obstant això, l'art. 817 CC no preveu la possibilitat que cap d'ells —ni l'hereu ni el marmessor— interposi l'acció d'inoficiositat. Probablement per la idea abans vista que sigui la persona interessada en cobrar qui es procuri l'actiu necessari per a satisfer el seu dret.

Aquesta previsió de l'art. 817 CC (la legitimació per a interposar l'acció només a favor dels hereus forçosos) té una clara conseqüència sobre el tema que ens ocupa: sobre ells recau tota la responsabilitat d'adoptar els mitjans que tenen al seu abast per a cobrar la seva lletgima quan el testador hagués disposat de tots ells *inter vivos o mortis causa*, sense marge a entrar a valorar mitjançant criteris interpretatius si és o no el més adequat, a diferència del que passa en el CCCat.

---

17 Vegeu al respecte DEL POZO CARRASCOSA, P., VAQUER ALOY, A. i BOSCH CAPDEVILA E.: *Derecho Civil de Cataluña. Derecho de sucesiones*, 3a Edició, Edit. Marcial Pons, Madrid, 2017, p. 418.

#### 4.3.2. *Els subjectes perjudicats per la falta d'exercici de l'acció d'inoficiositat*

Com hem dit ja en l'apartat anterior, una de les principals novetats introduïdes pel Llibre IV en matèria legitimària és la possibilitat que els hereus del causant interposin l'acció de reducció per inoficiositat en dos supòsits en què el seu antecedent legal, l'art. 375 CS, exclou la seva legitimació:

1.- D'una banda, d'acord amb l'art. 451-24 CCCat, els hereus del causant estan legitimats per a exercir l'acció de reducció o supressió per inoficiositat, sense diferenciar entre si l'acceptació per part de l'hereu va ser pura i simple o a benefici d'inventari, el que sembla lògic ja que la responsabilitat de l'hereu pel pagament de les llegendes no variarà pel tipus d'acceptació. En aquest sentit, el CCCat modifica la regulació de l'art. 375.1 CS. En ell, només s'admetia la legitimació de l'hereu del causant en aquells casos en què hagués acceptat pura i simplement, el que resultava de la interpretació *a sensu* contrari de l'art. 375.1 CS, segons el qual l'acció d'inoficiositat corresponia a l'hereu del causant «quan no hagi acceptat a benefici d'inventari».

A més, aquest precepte limitava la legitimació de l'hereu del causant a la reducció o supressió únicament dels llegats, però, per contra, no el legitimava per a exercir l'acció d'inoficiositat respecte de les donacions, com veurem a continuació.

2.- D'altra banda, i com acabem d'avançar, l'art. 451-24 CCCat regula els subjectes que ostenten la legitimació activa per a exercir l'acció d'inoficiositat en virtut d'un criteri comú o, el que és el mateix, sense distinció entre si la reducció o supressió recau sobre llegats, donacions o altres atribucions per causa de mort. La conseqüència d'això és que ja no s'exclou a l'hereu del causant de la legitimació per a reduir o suprimir les donacions (com sí que succeïa en el CS)<sup>18</sup>, sinó que estarà legitimat per a interposar l'acció en els mateixos casos en què ho estan els legitimaris i els seus hereus, sense cap distinció.

---

18 Probablement, en el CS l'exclusió de l'hereu del causant com a subjecte legitimat per a la reducció o supressió de les donacions, a diferència de la seva legitimació en el cas dels llegats (si havia acceptat pura i simplement), responia al fet que l'hereu era qui havia de satisfer els llegats, mentre que les donacions ja haurien estat lliurades amb anterioritat.

De tot això resulta que, al CCCat, l'hereu del causant està legitimat activament per a interposar l'acció d'inoficiositat en qualsevol cas. En altres paraules, les novetats introduïdes pel Llibre IV es resumirien en què l'hereu del causant apareix com un subjecte legitimat per a la reducció o supressió per inoficiositat de llegats, donacions i altres atribucions per causa de mort, amb independència de la modalitat d'acceptació per la qual optés (pura i simple o a benefici d'inventari).

En definitiva, la reforma ha volgut ampliar l'àmbit d'actuació dels hereus del causant, equiparant-los, en aquest aspecte, als mateixos legitimaris (i als seus hereus).

No obstant això, encara que el canvi suposa una harmonització en la legitimació per a exercir l'acció d'inoficiositat, també ens genera una sèrie de dubtes quan ens plantejem les conseqüències que derivaran de la manca d'exercici de l'acció dins del seu termini de caducitat (quatre anys des de la defunció del causant (art. 451-4.2 CCCat)).

En aquest sentit, està clar que si no hi ha béns suficients en l'herència per fer front a les llegítimes caldrà procedir a la reducció dels llegats i les donacions per a poder satisfer l'import de la llegítima. Però, què passarà quan, tot i no haver actiu suficient per al pagament de les llegítimes, cap dels subjectes legitimats exercita l'acció d'inoficiositat?

Com hem avançat en l'apartat anterior, la limitació de la possibilitat d'interposar l'acció d'inoficiositat a favor dels hereus forçosos per la que opta el CC dissipa qualsevol tipus de dubte al respecte, ja que, havent-hi únicament un legitimat —l'hereu forçós— òbviament també serà ell l'únic responsable de procurar-se l'import de la seva llegítima. No obstant això, en el cas del CCCat el dubte sorgeix, no només per la legitimació a favor dels legitimaris i els seus hereus però també dels hereus del causant, sinó perquè la possibilitat d'aquests últims d'interposar l'acció respon a una novetat i, per tant, a una voluntat de canvi per part del legislador.

Centrant-nos, doncs, en el Dret Civil català, en principi i d'acord amb la regla general anteriorment apuntada<sup>19</sup>, l'hereu no ha de pagar les llegítimes amb els seus béns propis, de manera que la lògica apuntaria al fet que, de no haver suficients béns en l'herència per a pagar-les, i davant la limitació de la responsabilitat pel pagament als béns hereditaris, els legitimaris es

---

19 Vegeu l'apartat relatiu a «la responsabilitat pel pagament de la llegítima».

quedarien sense cobrar. El que els generaria un important perjudici, ja que deixarien de cobrar una atribució que els correspon legalment.

Tot i així, el fet que actualment la legitimació activa per a exercir l'acció la tinguin, tant els legitimaris —i els seus hereus— com els hereus del causant, planteja el dubte de per què han de ser precisament els legitimaris els que es vegin perjudicats per la manca d'exercici de l'acció d'inoficiositat. És a dir, l'hereu del causant també podria haver evitat que les llegítimes es quedessin sense pagar interposant ell mateix l'acció i, d'aquesta manera, evitar-li el perjudici al legitimari.

En aquest sentit, ens podríem plantejar que, partint que actualment la llegítima es configura com un dret de crèdit contra l'hereu, aquest tindria el deure d'haver interposat l'acció que permetés completar el pagament de les llegítimes, com a pagament del que, com ja hem indicat al principi del treball, és responsable personalment. I, atès que l'hereu del causant tenia a la seva mà els mecanismes suficients per a fer efectiu el pagament, se li hauria imposar, com a «sanció», l'obligació de satisfer les llegítimes amb els seus béns propis en els casos en què no hagués interposat l'acció d'inoficiositat amb anterioritat a l'expiració del termini de prescripció de quatre anys des de la mort del causant.

És important destacar que, en aquest cas, no vulneraríem la responsabilitat limitada de l'hereu front al pagament de les llegítimes. Aquesta responsabilitat hauria estat limitada als béns hereditaris fins al moment en què, per no haver actuat diligentment i no haver exercit l'acció d'inoficiositat, tot i saber que era necessari per a satisfer les llegítimes individuals, se li imposa el pagament amb els seus propis béns.

La qüestió se centra, fonamentalment, en determinar sobre quins dels subjectes legitimats per a exercir l'acció d'inoficiositat han de recaure les conseqüències negatives que deriven de la manca d'exercici per qualsevol d'ells. La llei guarda silenci sobre aquesta qüestió, com tampoc regula una preferència en l'exercici de l'acció d'uns respecte dels altres, sinó que ofereix un tracte igualitari per a tots dos (legitimaris —i els seus hereus— i hereus del causant) que dificulta, encara més, la possibilitat de concloure qui ha de fer front als perjudicis derivats de no exercir l'acció d'inoficiositat. Així, si adoptem la solució per la qual els legitimaris es queden sense cobrar, serà l'hereu qui es veurà clarament beneficiat per aquesta opció, ja que mantindrà intacte el seu propi patrimoni en detriment dels legitimaris. I si, per contra, considerem que l'hereu hauria de fer front al pagament de les llegítimes amb els seus béns, els

beneficiats seran els legitimaris que veuran satisfet l'import de la seva llegítima individual. Del que es conclou que, independentment de la solució que s'adopti al respecte, un grup es veurà beneficiat o, si escau, perjudicat, respecte de l'altre.

Al nostre parer, per poder optar entre una o altra solució, s'ha de prendre en consideració l'ampliació de la legitimació a favor dels hereus del causant en el CCCat. En aquest sentit, podem afirmar que la realització de canvis per part del legislador sempre respon a una finalitat, com seria, en aquest cas, equiparar els hereus del causant amb els legitimaris, que ja havien vingut sent amb caràcter general els subjectes legitimats per exercir l'acció d'inoficiositat en tot cas.

Probablement, aquest sigui un motiu pel qual s'hagi de prendre en consideració la importància que la llei dóna a l'hereu del causant com a subjecte legitimat per a exercir l'acció d'inoficiositat. I, a més, aquest canvi s'ha de posar en relació amb la naturalesa de dret de crèdit que, des del CS, s'atorga a la llegítima.

La llegítima, d'acord amb la seva configuració actual, es tracta d'un dret de crèdit contra l'hereu, que haurà de respondre personalment del seu pagament. En la nostra opinió, precisament aquesta configuració com a dret de crèdit és determinant per a optar per una solució a aquesta qüestió.

Sota el nostre punt de vista, el més lògic és que sigui l'hereu del causant, com obligat al pagament de les llegítimes, qui procuri fer efectiu el dret per tots els mitjans que tingui al seu abast, inclòs l'exercici de l'acció d'inoficiositat. I, en definitiva, que sigui ell qui hagi d'ocupar-se que aquest dret de crèdit es pagui per complet.

En altres paraules, el legitimari és el subjecte a qui s'ha de pagar el que li correspongui en concepte de llegítima individual. I, per la seva banda, l'hereu del causant, com a subjecte obligat al pagament, és qui ha de pagar-li l'import que li correspongui. En aquest sentit, creiem que de la mateixa manera que és l'encarregat de realitzar el pagament com estimi convenient, també seria raonable que fos ell qui s'encarregués activament que aquest pagament es fés efectiu i, en definitiva, qui s'ocupés de fer front al dret de crèdit que existeix contra ell. Per això, considerem que, de la mateixa manera que la realització del pagament constitueix una obligació seva (sempre que no s'hagi facultat a un altre subjecte amb aquesta finalitat), l'hereu ha de fer ús de tots els mecanismes de què disposa per a complir amb la seva obligació: pagar les llegítimes.

Així, creiem que, en aquest sentit, l'exercici de l'acció d'inoficiositat per part de l'hereu adopta un caràcter instrumental al pagament de les llegendes o, el que és el mateix, al compliment del dret de crèdit del que ell és el subjecte passiu.

Per tant, sota el nostre punt de vista, podem concloure que seria l'hereu qui, en cas de no haver-se interposat l'acció d'inoficiositat per cap dels subjectes legitimats per a fer-ho, hauria de fer front al pagament de les llegendes amb el seu propi patrimoni, sense que això impliqués una vulneració de la seva responsabilitat limitada.



jest

word

jest

jest





esult

esult

esult

esult

