

L'aplicació judicial del Codi Civil de Catalunya

L'aplicació judicial del Codi Civil de Catalunya

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



Documenta
Universitaria

Dades CIP recomanades per la Biblioteca de la UdG

CIP 347(467.1) APL

L'Aplicació judicial del Codi Civil de Catalunya / 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, 2023. -- 1070 pàgines ; 23 cm
Conté: El papel de la jurisprudencia: tradición y derecho catalán contemporáneo / Jesús Delgado Echeverría ...
ISBN 978-84-9984-672-0

I. Delgado Echeverría, Jesús. Papel de la jurisprudencia: tradición y derecho catalán contemporáneo II. Universitat de Girona. Institut de Dret Privat Europeu i Comparat de la Universitat de Girona 1. Dret civil -- Legislació -- Catalunya 2. Catalunya. Codi civil

CIP 347(467.1) APL



No es permet un ús comercial de l'obra original ni la generació d'obres derivades per altres persones que no siguin les propietàries dels drets. És la llicència més restrictiva ja que només permet que altres persones es descarreguin l'obra i la comparteixin amb altres sempre i quan en reconeixin l'autoria, però sense fer-ne modificacions ni ús comercial.

© dels textos: els seus autors

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

© de l'edició: Documenta Universitaria

ISBN primera edició: 978-84-9984-659-0

Segona edició, ampliada, revisada i actualitzada als RDL 5/2023 i 6/2023.

ISBN: 978-84-9984-672-9

DOI: 10.33115/b/9788499846729

Girona, 2024

Les Vint-i-dosenes 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, Drets i Memòria

Universitat de Girona

Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya

Deganat autonòmic dels Registradors de la Propietat i Mercantils de Catalunya

Col·legi Notarial de Catalunya

Facultat de Dret UAB (Deganat)

Facultat de Dret UB (Deganat)

Facultat de Dret UdG (Deganat)

Col·legi de l'Advocacia de Girona

Col·legi d'Advocats de Terrassa

Col·legi de l'Advocacia de Figueres

Sumari

Primera ponència **El paper de la jurisprudència** **en el dret civil català actual**

El papel de la jurisprudencia: tradición y derecho catalán contemporáneo	11
Jesús Delgado Echeverría	
La creación de la norma jurisprudencial y los tribunales superiores de justicia. El diálogo entre el Tribunal Supremo y los Tribunales Superiores de Justicia.....	44
Francisco de P. Blasco Gascó	
La sentència del tribunal d'instància com a objecte cassacional.....	109
Francisco Javier Pereda Gámez	
Tècnica cassacional i accés al TSJC.....	160
Joaquim Bayo Delgado	

Segona ponència **L'aplicació judicial del Codi Civil de Catalunya**

Llibre primer del Codi Civil de Catalunya

Principales líneas jurisprudenciales del TSJC en materia de prescripción y caducidad	206
Fernando Lacaba Sánchez	

Alguns problemes de l'aplicació de les normes del CCCat en matèria de prescripció. Èmfasi especial en el camp de la responsabilitat civil	263
Sonia Ramos González	

Llibre segon del Codi Civil de Catalunya

Jurisprudència del llibre segon del Codi Civil de Catalunya.....	306
Maria Eugènia Alegret Burgués	

Adquisicions oneroses i titularitats dels cònjuges en el règim de separació de béns i dels convivents en parella estable*	354
Albert Lamarca i Marquès	

L'actualització del dret de filiació a la llum de la jurisprudència	448
Esther Farnós Amorós	

Llibre quart del Codi Civil de Catalunya

Sucesión contractual e intestada: práctica notarial, experiencia jurisprudencial y doctrina de la DGDEJM	513
Jesús Gómez Taboada	

La sucesión testada en Catalunya: práctica notarial, jurisprudencia y doctrina de la DGDEJM.....	542
Pablo Vázquez Moral	

Jurisprudència sobre la transmissió de la delació. Els seus efectes civils, fiscals i registrals.....	622
Enrique Peruga Pérez	

Llibre cinquè del Codi Civil de Catalunya

La jurisprudència sobre el libro quinto del CCCat.....	654
Antonio Recio Córdoba	
La jurisprudència sobre l'ús turístic dels habitatges al llibre cinquè del Codi Civil de Catalunya	694
Esther Sais Re	
El pacte comissori en la jurisprudència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya	712
Rosa Milà Rafel	
La revisió judicial de les resolucions de la Direcció General de Dret, Entitats Jurídiques i Mediació	752
Miriam Anderson	

Llibre sisè del Codi Civil de Catalunya

La primera experiència en l'aplicació judicial del nou llibre sisè del Codi civil de Catalunya	816
Jordi Seguí Puntas	

Comunicacions

La reforma de la casación civil: efectos sobre la casación civil autonómica	846
José-Ramón García Vicente	
La prescripció de la pretensió al pagament de les despeses de la comunitat de propietaris	863
Tomàs Gabriel García-Micó	
Barreres arquitectòniques i comunitats de propietaris: anàlisi de l'aplicació judicial de l'art. 553-25.5 CCCat	876
Guillem Izquierdo Grau	

El usufructo con facultad de disposición: su desarrollo por la jurisprudencia en Cataluña	909
M ^a Patricia Represa Polo	
Desheretament per absència de relació familiar: la interpretació de les audiències provincials de Barcelona i Tarragona.....	935
Rosa M. Garcia Teruel	
El Dret català de contractes: del Dret <i>aplicable</i> al Dret <i>aplicat</i>	967
Lídia Arnau Raventós	
L'aplicació del règim de la conformitat del Codi civil de Catalunya per les Audiències Provincials	985
Roger Barat i Rubio	

Primera ponència

**El paper de la jurisprudència
en el dret civil català actual**

El papel de la jurisprudencia: tradición y derecho catalán contemporáneo

Jesús Delgado Echeverría

Catedrático de Derecho civil, jubilado

Profesor honorario de la Universidad de Zaragoza

Sumario

1. Tranco primero: *Hacia 1871*
2. Tranco segundo: *Hacia 1921*
3. Tranco tercero: 1971. II Congrés Jurídic Català
4. Tranco cuarto: 2023

1. Tranco primero: *Hacia 1871*

«La jurisprudencia es la *ciencia del derecho*. El emperador Justiniano, siguiendo la escuela filosófica de los jurisconsultos romanos, la definió más pomposamente. Es, según sus palabras, *la ciencia de las cosas divinas y humanas, el conocimiento de lo justo y de lo injusto*. Esto equivale a decir: que la jurisprudencia es la filosofía de lo justo. Grande es la extensión de esta ciencia, porque comprende cuanto regulan las leyes; las cosas de derecho divino, las humanas, los derechos, las obligaciones, y para decirlo de una vez, se extiende a cuanto encierra la idea de lo justo y de lo injusto».

1.1. Este párrafo procede de los *Prolegómenos del Derecho* escritos por Pedro Gómez de la Serna, publicados por primera vez en 1845 y por sexta y última en 1871, año de la muerte de su famoso autor, en ese momento (desde 20 de julio de 1869) Presidente del Tribunal Supremo.¹ Jurisprudencia es la ciencia del Derecho. La definición de Justiniano la aprendíamos de memoria en latín (tal como estos Prolegómenos transcriben en nota a pie de página, con cita exacta de las Instituciones) los estudiantes de Derecho

1 Y buen conocedor de los tribunales y su práctica. Es el autor de la exposición de motivos de la Ley de Enjuiciamiento civil de 1855 y la de la Ley hipotecaria de 1861, por encargo de sus compañeros de la Comisión de Códigos. Había sido Ministro con Espartero. RUIZ BALLÓN, A. (2021). GÓMEZ DE LA SERNA Y TULLY, PEDRO. *Diccionario de Catedráticos españoles de Derecho (1847-1984)*. <https://humanidadesdigitales.uc3m.es/s/catedraticos/item/14850>. RUIZ BALLÓN, ANTONIO, PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA (1806-1871). *Apuntes para una biografía jurídica*, Madrid 2013, 353 p.

en la segunda mitad del siglo xx; ignoro si hoy la conocen los graduados del xxi.²

Jurisprudencia es la ciencia del Derecho. Por eso, de acuerdo con el mismo Decreto de 1 de octubre de 1842 que introdujo la asignatura de *Prolegómenos*, «las facultades académicas de leyes y de cánones se refunden en una sola, tomando el nombre de facultad de jurisprudencia». De modo que estos *Prolegómenos* vienen a definir la jurisprudencia como la ciencia que se estudia en aquella facultad que confiere el grado de licenciado a quien ha concluido la «carrera literaria del abogado». Jurisprudencia sería la ciencia del abogado, la que este estudia en la Universidad. Su facultad mantuvo el nombre de Jurisprudencia hasta la ley Moyano (1857) que le dio el de Derecho con que seguimos conociéndola.

Es obvio que en el contexto de estas vigésimo segundas Jornadas de Derecho catalán en Tossa, dedicadas a *La aplicación judicial del Código Civil de Cataluña*, Jurisprudencia es algo así como aplicación judicial de la ley, la práctica o la doctrina de los tribunales. Algo muy distinto, aunque no sin relación con aquel concepto.

«Modernamente se ha dado a la palabra jurisprudencia una acepción desconocida antes, empleándola para significar el derecho no escrito que viene reconocido por los fallos de los tribunales, aplicando e interpretando la ley, o supliéndola en sus omisiones. En este sentido va tomando mayor ampliación de día en día. Así vemos que se da el nombre de jurisprudencia a la práctica seguida constantemente por el Parlamento en una materia determinada, y que lo mismo se va haciendo con las prácticas de la Administración.»

Este párrafo lo añade Gómez de la Serna en su edición de 1868. En las anteriores (y se mantiene en todas), en otro lugar (p. 130 de la 5ª), al tratar de

2 Estos *Prolegómenos* se escribieron para una nueva asignatura introducida en una reorganización del plan de estudios producida por Decreto de 1 de octubre de 1842. Sirvieron, en efecto, de libro oficial de texto, prescrito en las listas ministeriales desde 1846 a 1867, último año en que las hubo y, posiblemente, hasta algo más tarde. El mismo autor se precia de que, en su primera edición, «la mayor parte de las Universidades lo adoptaron por texto de sus lecciones». Hubo otros textos de *Prolegómenos*, pero ninguno alcanzó ni de lejos el éxito del escrito por el catedrático, ministro, fiscal y presidente del Supremo en el sexenio revolucionario. Incluso llegó al otro lado del Atlántico (es una historia muy descuidada entre nosotros la de las obras de derecho de autores españoles impresas en las repúblicas hispanas independizadas y que fueron objeto de estudio en sus Universidades), reimpressa en Bogotá en 1868 (de la tercera edición de Madrid, 1865), como «Texto adoptado por la Universidad de los Estados Unidos de Colombia».

la interpretación, cuyas fuentes serían la costumbre, la doctrina y la equidad, escribe: «Bajo el nombre de *práctica de los tribunales* comprendemos lo que suelen llamar los autores *interpretación usual*», que considera una forma de costumbre y, por lo tanto, ley general, «cuando la repetición de sentencias semejantes en casos semejantes señala un modo unánime de entender la ley a los que están encargados de la administración de justicia». Advierte que es «más difícil fijar esta costumbre que la que dimana del pueblo» y, tras algunas otras consideraciones, termina: «Ya en otro lugar hemos dicho que a esta práctica se la da modernamente el nombre de *jurisprudencia*». Modernamente, ¿desde cuándo? Porque esta coletilla que equipara *jurisprudencia* con *práctica de los tribunales* e *interpretación usual* es, en los *Prolegómenos*, también novedad de la edición de 1868.

1.2. En 1873 se imprime en Barcelona una obra muy especial, titulada *Memoria sobre las fuentes de conocimiento y método de enseñanza de la asignatura de ampliación del derecho civil y códigos españoles, presentada por Don José María Planas y Casals, para tomar parte en los ejercicios de oposición anunciados para la provisión por este medio de dos cátedras de dicha asignatura, vacantes en las facultades de derecho de las universidades de Barcelona y Oviedo*.³

Su autor, en efecto, ganó la primera plaza, la de Barcelona.⁴

3 Barcelona. Establecimiento tipográfico de Jaime Jesús Roviralta, Calle de Petritxol, número 10, bajos. 1873. Parece que su autor hizo la impresión de la Memoria con la finalidad de presentar ejemplares al Tribunal que debía juzgarla: «el cual [trabajo] nos permitimos dar a la prensa, al único objeto de facilitar su lectura, de otra suerte muy difícil, dada su extensión y condiciones» «a los ojos de los dignos individuos del tribunal de censura». Las prisas de la ocasión explicarían la falta de índice, extraño en una obra impresa con cuidado y sin reparar en gastos (notas al pie, sumarios o titulillos marginales en muchos de sus capítulos). Mientras que de las obras de madurez de José María Planas se conocen ejemplares en más de una veintena de bibliotecas en todo el mundo, de la *Memoria* solo conozco el ejemplar digitalizado de la biblioteca de la Universidad Complutense. Este lleva en una de las páginas de cortesía la dedicatoria autógrafa del autor «Al Sr. Domingo Ramón Domingo de Morató», que era en efecto el Presidente del Tribunal de oposiciones que le otorgó la primera plaza (la segunda, la de Oviedo, se la llevó Mariano Ripollés tras ganar un recurso contra la no provisión por empate a votos). Tribunal de lujo (Vocales: Benito Gutiérrez, Augusto Comas, Gumersindo Azcárate, Benigno Cafranga Pando, Salvador Torres Aguilar, Francisco Sales Jaumar; Secretario: José Manuel Piernas) que, dada la coyuntura política, no se formó hasta el año 1874.

4 HERNANDO SERRA, M. P. (2021). PLANAS Y CASALS, JOSÉ MARÍA. *Diccionario de Catedráticos españoles de Derecho (1847-1984)*. <https://humanidadesdigitales.uc3m.es/s/catedraticos/item/16744>; JOAN PALOMAS I MONCHOLÍ, en Real Academia de la Historia, *Diccionario Biográfico electrónico*, <https://dbe.rah.es/biografias/61511/jose-maria-planas-y-casals>.

Al estudiar las fuentes de conocimiento del derecho civil español, señala en primer lugar los Códigos y en segundo las obras o escritos de los jurisconsultos. Y añade: «Esto en general, pues en nuestro país y circunscribiéndonos al derecho civil, que es el que ahora nos importa, no cabe prescribir (sic., por prescindir) de otra fuente de conocimiento que viene por su naturaleza a ocupar un lugar intermedio entre los Cuerpos legales y las obras de los jurisconsultos, y esta es *la llamada Jurisprudencia civil contenida en los fallos del Tribunal Supremo de Justicia*, de que nos será preciso ocuparnos en segundo lugar».

Pero jurisprudencia es término que comparece también en su Memoria con el viejo sentido de ciencia del derecho (jurisprudencia civil y canónica, jurisprudencia patria, p. 111; jurisprudencia nacional, p. 132).

Nos interesa aquí en especial el tratamiento que Planas da a las fuentes del conocimiento de los Derechos «que son propios de cada uno de los varios territorios que conserven hoy día su peculiar legislación civil», que son los de «Cataluña, Aragón, Navarra, Vizcaya y Mallorca»; muy en particular, lo que dice sobre «jurisprudencia» en el Derecho catalán.

En estas fechas, ya había tenido ocasión el Tribunal Supremo de ocuparse de asuntos de importancia para el Derecho catalán, y los autores catalanes de dar cuenta de ello.⁵ En primer lugar, el Tribunal se había pronunciado sobre el Derecho vigente en Cataluña que él debía aplicar en concepto de Derecho supletorio. Desde la S. de 12 de diciembre de 1862, el TS entendió que, de acuerdo con el Decreto de Nueva Planta (Novis. Rec., 5, 9, 1), estaba vigente la Ley única, título 30, l. 1º, vol. 1º, de las Constituciones y otros derechos de Cataluña, según la cual «en los casos no prevenidos por los dichos usages, constituciones y otros derechos, deban decidir las causas según las disposiciones del derecho canónico, y en falta de este del civil y doctrinas de doctores; y que no las puedan decidir y declarar por equidad, si no es que sea regulada y conforme a las reglas del derecho común y las que refieren los doctores sobre materias de equidad». Pero, al decir de Planas (p. 187), «la jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo

5 Así, por ejemplo, la segunda edición de Vives y Cebriá en 1861 (la primera era de 1834), está «acomodada a la jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo sobre algunas materias», como indica Planas (1873, p. 254), de quien es también la observación de que la obra de Vives, a pesar de los muchos inconvenientes que le señala, «es la única de consulta de que se echa mano en Cataluña, y sus doctrinas son invocadas a cada instante en sus Tribunales».

sobre el derecho supletorio de Cataluña presenta un notable carácter de inconsecuencia, de vacilación y de vaguedad», lo que, si bien «tiene una perfecta, aunque sensible, explicación en la movilidad extraordinaria de sus individuos», aumenta las dudas y confusiones que existen sobre el verdadero derecho supletorio de Cataluña. El efecto, el Tribunal empieza por eliminar del derecho supletorio las opiniones de los doctores (los autores catalanes que se ocupen de las especialidades no legisladas de su derecho, especifica Planas), que ahora solo podrán invocarse en casación cuando viniesen confirmadas uniformemente por la jurisprudencia de los Tribunales (Ss. 4 mayo 1859, 5 febrero 1866 y 30 diciembre 1867). La infracción de la «jurisprudencia de los Tribunales» debía servir como fundamento del recurso de casación según la primera ley de enjuiciamiento civil, la de 1855, y encauzar la doctrina de los autores catalanes a través de esta jurisprudencia de los Tribunales podría ser una de las consecuencias de la aprobación de la ley procesal que había de aplicarse en toda España. La Audiencia de Barcelona citaba doctrina de autores catalanes antiguos. Pero muy pronto el Tribunal Supremo declaró que «doctrina de los Tribunales», dijera lo que dijera la Ley, era solo la construida por el mismo Tribunal Supremo.⁶

Doctrina legal, recurso de casación y Tribunal supremo⁷ se constituyeron en el restringido triángulo en que podía existir la jurisprudencia. Residenciar la jurisprudencia exclusivamente en el Tribunal Supremo servía al fin de «unificación de la jurisprudencia de los Tribunales», que se ve reforzada por

6 El art. 1012 de la ley de Enjuiciamiento civil que empezó a regir en 1.º de Enero de 1856 decía: «el recurso de casación puede fundarse en que la sentencia sea contra ley o contra doctrina admitida por la jurisprudencia de los Tribunales», con lo que parecía claro que el legislador de entonces se quiso referir, al utilizar el plural, también a la jurisprudencia sentada por las Audiencias. El art. 1015 precisaba, utilizando las mismas palabras, que «La Sala primera conocerá de los que se funden en que la sentencia sea contra ley, o contra doctrina admitida por la jurisprudencia de los Tribunales»; pero el siguiente 1016, quizás para acortar, se expresaba así: «Si el recurso se hubiere interpuesto por ser el fallo contra ley o doctrina legal, y a la vez...», lo que daba pie para entender que «doctrina legal» era la «doctrina admitida por la jurisprudencia de los Tribunales». Pero siempre Tribunales en plural.

7 «Doctrina legal, doctrina jurisprudencial y Tribunal Supremo» son los tres polos que, según Coca, constituyen el esqueleto básico de su monografía (Miguel COCA PAYERAS, *La doctrina legal (Estudio de su naturaleza y contenido, así como de la incidencia ejercida sobre ella por la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo)*, Bosch Casa editorial, Barcelona, 1980, p. X).

la publicación oficial de las Sentencias del Tribunal Supremo en la Gaceta de Madrid, primero en la parte «no oficial» pero, desde 1845, en la «parte oficial», recibiendo así «el carácter oficial tan propio de sentencias dictadas en último grado, y tan preciso para formar reglas de jurisprudencia» (de la Real Orden de 27 de mayo de 1845).⁸ Al año siguiente (Real Orden 6 de marzo de 1846) se ordena publicar las sentencias del Tribunal Supremo de justicia en la Colección legislativa de España, junto a las leyes, decretos, reales órdenes y reglamentos, y a las decisiones del Consejo Real, lo que da pie a Planas para afirmar que «la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sido considerada por el poder público como parte de la legislación del país».⁹

Consecuencia importante (¿o, más bien, causa?) ha sido la tendencia del Tribunal Supremo a unificar el Derecho civil en España. La jurisprudencia no es «propia y peculiar de una sola localidad de nuestra patria, como sucedía con los cuerpos legales estudiados en el anterior capítulo. Todas las distintas legislaciones que en lo civil existen en la Nación, todas ellas han sido completadas por la jurisprudencia del Tribunal Supremo», que es «lazo de unión entre las diversas legislaciones civiles de nuestra patria, a cuya unificación se encaminan siempre sus fallos, en la medida que lo permite la índole especial de los negocios judiciales».¹⁰

«Unificar la jurisprudencia» se convertía en la finalidad o función principal del recurso de casación civil en un país sin código civil, para lo que el Tribunal Supremo empezaba por fijar autoritariamente los cuerpos legales y las normas vigentes en cada uno de los territorios hasta formar órdenes de prelación de fuentes (listas ordenadas de cuerpos legales históricos), precedidas siempre por las promulgadas en los últimos tiempos para toda España (derecho común, derecho general, siempre discutida la terminología). Primero y más difícil, para el Derecho castellano (¿Estaban vigentes los fueros locales? ¿Qué hacer con el Fuero Juzgo? Incluso fue cuestión decidida por el Tribunal Supremo qué edición impresa de las Partidas era preferible); luego, para las cinco legislaciones especiales (Planas evita decir Derechos forales, y no es el único), que Planas ordena en el orden de importancia según su

8 MIGUEL COCA PAYERAS, *La doctrina legal (Estudio de su naturaleza y contenido, así como de la incidencia ejercida sobre ella por la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo)*. Bosch, Casa editorial, Barcelona, 1980, pp. 34-35.

9 PLANAS, 1873, p. 224).

10 PLANAS, 1873, p. 225.

apreciación: Cataluña, Aragón, Navarra, Provincias vascongadas (Vizcaya) y Mallorca. El Derecho valenciano (que a veces aparece en los planes de estudios de la licenciatura) está derogado. Nadie menciona a Galicia.

La unificación de la jurisprudencia y de las diversas legislaciones civiles de nuestra patria a que se encaminan siempre los fallos del Tribunal Supremo opera especialmente mediante la aplicación de leyes generales que fueron concebidas las más de las veces teniendo en cuenta únicamente las normas y prácticas del derecho castellano. Desde los Decretos de las Cortes de Cádiz sobre abolición de señoríos (1811) o de acotamiento de heredades (1813), pasando por leyes de abolición de mayorazgos (1820), de bienes mostrencos (1835) o de gracias al sacar (1838), todas tuvieron alguna incidencia en las legislaciones especiales, pero fue la primera ley de enjuiciamiento civil (1855), precisamente aquella en que se apoyó el TS para su «autoelevación de rango»,¹¹ la que incidió más profundamente en las legislaciones civiles especiales, por lo mismo que contiene muchas disposiciones de derecho civil. Cosa comprensible esta, dada la ausencia de Código civil y la diversidad de prácticas en los Tribunales, pero que evidenció la anomalía de que una ley de enjuiciamiento modificara instituciones de derecho civil y, así, del Derecho catalán, en términos siempre discutidos sobre los que el Tribunal Supremo decía la última palabra unificadora (disposiciones sobre abintestatos, testamentos y desahucios, retractos y sus plazos, tutela y curaduría y su incidencia sobre la madre viuda, adveración y apertura de testamentos, venta de bienes de menores o incapacitados...).

Es evidente la incidencia de la ley hipotecaria de 1861, que Planas, registrador de la propiedad cuando escribe su Memoria considera «la más perfecta y notable de las que existen en nuestra legislación»;¹² de la Ley del notariado de 1862, la de matrimonio civil de 1870 (que se aprobó «sin perjuicio además de lo que se dispone por el Derecho foral vigente, respecto a los efectos civiles del matrimonio, en cuanto a la persona y bienes de los cónyuges y de sus descendientes»), y las del registro civil y sobre los efectos de la pena de interdicción civil de la misma fecha.

Cuando en España los juristas empiezan a interesarse profesionalmente por la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, bajo el concepto de «doctrina legal» cuya infracción sirve para fundar recursos de casación,

11 COCA, *Doctrina legal*, pp. 24 y 32.

12 PLANAS, 1873, p. 159. Planas fue registrador, por oposición, en Villanueva y la Geltrú, del 21 de mayo de 1872 hasta el 4 de julio de 1874, fecha de la toma de posesión de su cátedra.

y las sentencias motivadas de este Tribunal se publican en la Gaceta de Madrid y en la Colección legislativa, los juristas catalanes tienen fuertes motivos para estudiarla y también para temer cómo puede incidir en la aplicación del Derecho propio. La función unificadora de la jurisprudencia del Tribunal Supremo es explícita y se desarrolla en el recurso de casación en un contexto legal en que no hay código civil y los cuerpos legales históricos vigentes son de difícil acceso, no sólo intelectual, sino ya físicamente, porque hay pocos ejemplares para ser consultados.

Para los juristas catalanes, uno de los puntos más importantes es la fijación del derecho supletorio. El Tribunal Supremo acepta el derecho canónico y el romano, pero no, en definitiva, la doctrina de los autores (antiguos, de los coetáneos no hay cuestión), que en determinado sentido era la verdadera «jurisprudencia» (ciencia y práctica) del Derecho civil catalán. La admisión de la doctrina de los autores cuando estuviera recogida en sentencias de los tribunales (y, ya en la Lec. 1881, las opiniones de los jurisconsultos a que la legislación del país diera fuerza de ley)¹³ abría paso teóricamente a la consideración de la doctrina sentada en sus sentencias por la Audiencia de Barcelona (que podía considerarse sucesora de la Audiencia real y del *Sacrum Senatum Cathaloniae*, a la manera que el Tribunal Supremo sucesor del Consejo de Castilla) como jurisprudencia. Pero el Tribunal Supremo no entendió en este sentido el art. 1729.10 Lec., y estas sentencias de la Audiencia de Barcelona (lo mismo que las de las demás Audiencias) no se publicaban oficialmente.

2. Tranco segundo: *Hacia 1921*

2.1. José María Planas falleció en 1923, a los cincuenta años de la publicación de su Memoria de cátedra. Sus enseñanzas en las aulas fueron recogidas y publicadas varias veces por sus discípulos y, tras su muerte, con el título de *Derecho civil español común y foral*, para que el lector pudiera encontrar en esta obra, dice su editor y anotador, «el pensamiento del

13 Ley de enjuiciamiento civil de 1881, art. 1729.10. (no habrá lugar a la admisión del recurso de casación) «Cuando se citen como doctrina legal principios que no merezcan tal concepto o las opiniones de los Jurisconsultos a que la legislación del país no dé fuerza de ley».

eminente Profesor, sobre temas tan trascendentales como los que plantea el Derecho civil en general, y por modo especial en Cataluña».¹⁴

Cataluña (también, aunque menos, el resto de los países con legislación propia) está presente en esta obra al tratar de cualquiera de las instituciones de Derecho civil. Por lo que aquí nos interesa, aparece de manera característica en los epígrafes de jurisprudencia y de la doctrina legal en el capítulo de fuentes del derecho (I, p. 93 ss). La jurisprudencia, que tiene en la práctica muchísimo valor, es verdaderamente «las opiniones y resoluciones de los jurisconsultos y las sentencias de los tribunales». Esta jurisprudencia tuvo gran valor antiguamente, «sobre todo en Cataluña, donde tenían fuerza las opiniones de los jurisconsultos y las sentencias de la antigua Audiencia Catalana, sobre las que basan los grandes estudios de aquellos. En menor grado acontece lo mismo en Aragón. En Castilla tuvieron poca importancia [...]». Aunque el Tribunal Supremo comenzó reconociendo el valor de las sentencias de la antigua Audiencia y la doctrina de los doctores en Cataluña, hoy ya no es así. Sólo las sentencias del Tribunal Supremo se publican coleccionadas, en cambio «no constituyen jurisprudencia, ni se encuentran coleccionadas gran parte de ellas, las sentencias de los demás Tribunales». Aquí el que fue primer director de la Revista Jurídica de Cataluña nos recuerda que los fallos de la Audiencia de Barcelona sí se insertan en la revista que él dirigió.¹⁵

La impronta de José María Planas y Casals en esta atención continuada e institucional a la jurisprudencia (y a la «pequeña jurisprudencia») es decisiva. En 1895 eligió como tema de su discurso de inauguración de las sesiones de la Academia de jurisprudencia y legislación de Barcelona, como presidente de la misma, «La jurisprudencia en sus relaciones con la

14 PLANAS Y CASALS, JOSÉ MARÍA, *Derecho civil español común y foral*, según las explicaciones dadas en la Universidad de Barcelona por ..., Publicadas y anotadas por el Dr. D. Mariano Rubió y Tudurí. Dos tomos, Librería Bosch, Barcelona, 1925.

15 Cien años más tarde, en 2023, el Portal de la Revista Jurídica de Cataluña, al informar del proceso de renovación de la edición digital, nos recuerda que «La RJC publica 9 números anuales (4 de doctrina y 5 de jurisprudencia). Cada trimestre se publica 1 número de doctrina y 1 de jurisprudencia. Además, al acabar el año se publica un número adicional con la jurisprudencia del TSJ en materia civil». Para los juristas catalanes, las sentencias de sus Audiencias, la «pequeña jurisprudencia», ha tenido a lo largo del tiempo una presencia muy intensa en su práctica profesional, probablemente superior a la que le ha correspondido en otras partes de España. Más de 125 años de jurisprudencia en la RJC lo mostrarían.

legislación civil».¹⁶ Ese mismo año creará la Revista Jurídica de Cataluña, de la que será su primer director, con la finalidad, entre otras, de publicar las sentencias de la Audiencia de Barcelona.¹⁷

En este discurso de 1895 explica que el Tribunal Supremo, con fundamento en las leyes de enjuiciamiento de 1855 y de 1881 e infringiéndolas, se había constituido en el único exponente de la «doctrina legal», con lo que resultaban «malamente descartados los importantes y respetables fallos de las Audiencias y la doctrina por ellos admitida» (p. 17).

Enlaza de inmediato con otro lamento común en los juristas catalanes de la época. «No ha sido más venturosa, por cierto, la suerte que le ha cabido en nuestros días a otro un tiempo esplendoroso y respetado elemento de la jurisprudencia nacional: nos referimos a las doctrinas de los jurisconsultos». A este tema dedica varias páginas, primero para recordar con cierto detalle a los jurisconsultos romanos, luego, tras una referencia a Savigny, para criticar las leyes de citas castellanas y constatar que allí las opiniones de los jurisconsultos no tienen más valor que el que nace de las razones y fundamentos en que las apoyan y de la respetabilidad del que las emite.

«De modo harto distinto pasaron las cosas en Cataluña» (p. 26). Aquí «en las decisiones del Senado (Audiencia) influyen por modo notable las opiniones de los jurisconsultos y a su vez éstos fundamentan sus opiniones en los fallos de aquel respetable Tribunal, viniendo ambos elementos de jurisprudencia a confundirse y a formar parte, en cierto modo, de la legislación del país».

Recuerda de seguido (con figura de preterición): «Inútil recordar, por lo conocidos, los nombres de los grandes jurisconsultos catalanes que o

16 *La jurisprudencia en sus relaciones con la legislación civil*. Discurso leído por d. José María Planas y Casals, presidente de la Academia de jurisprudencia y legislación de Barcelona en la sesión pública inaugural de sus sesiones el día 9 de enero de 1895. Barcelona, J. Cunill, 1895.

17 El discurso tuvo eco fuera de Cataluña. Una reseña que entra atinadamente en el fondo del asunto se publicó en la *Revista de Derecho y Sociología (Una revista de vanguardia para el pensamiento jurídico hispano)*, año I, núm. 2 (febrero de 1895, p. 273), fundada y dirigida por Adolfo Posada. La firma el aragonés Juan Sala Bonañ (que añade una pincelada sobre Derecho aragonés y la admisión del testamento de hermandad), que ese mismo año ganó la cátedra de Derecho político de la Universidad de Valladolid, pero, enfermo de tuberculosis, falleció antes de poder tomar posesión de la misma. La serie completa de la revista ha sido publicada por Analecta editorial y Fundación Lázaro Galdeano en 2014.

formando parte de la Audiencia, o como comentaristas de sus decisiones, o con ambos conceptos a la vez, a tanta altura elevaron los estudios jurídicos en nuestro país. Callís, Marquilles, Peguera, Serra, Mieres, Miguel Ferrer, Oliva, Cancer, Fontanella, Xammar, Ramón, Cortiada, Calderó, Ripoll, Francisco Ferrer, Despujol, Solsona, Tristany, Vilaplana y tantos otros, fueron los que crearon en realidad aquel hermoso cuerpo de jurisprudencia catalana».

Hace algunos años, las obras de nuestros jurisconsultos clásicos nunca dejaban de consultarse, de modo que «sin Cancer y Fontanella, sobre todo, a la vista, ni siquiera se concebía el ejercicio de la profesión». Tales libros han sido arrumbados por el vendaval de la jurisprudencia civil, pues el Tribunal supremo recibió con hostilidad manifiesta este tradicional elemento de la legislación de Cataluña (en los términos que el propio Planas ya había expuesto en su Memoria de cátedras más de veinte años antes), al admitirlo con la condición imposible «sino cuando consta que han sido uniforme y constantemente aplicadas por los Tribunales de aquel territorio».

Termina recordando que el fin con que se ha establecido la casación ha sido, «el de uniformar la jurisprudencia, el de darle la conveniente unidad, siendo un centro único, con el nombre de Tribunal de Casación o Tribunal Supremo, el que la fijase».

«Bien está y sólo ventajas puede producir tal principio, en aquellos países donde hay unidad de legislación civil; pero en el nuestro donde tal unidad no existe, y donde por el modo de ser de cada una de las legislaciones en su seno existentes, cada comarca de derecho especial tenía sus tradiciones de doctrina y de jurisprudencia; esta concentración a que la casación responde, había de producir grandes inconvenientes, por el peligro, desgraciadamente traducido en hechos, según veremos luego, de que no reemplazara con ventaja los organismos que destruía y, sobre todo, de que aspirara la jurisprudencia a sobreponerse a la misma legislación» (pp. 36-37).

Concluye pidiendo a la Academia que ayude a «conseguir de los poderes públicos que se realice con la debida justicia, la formación del Apéndice del Código civil que ha de contener la legislación especial de Cataluña, tal como tiene indisputable derecho a poseerla y sin para nada tenerse en cuenta las perturbaciones que en ella ha introducido la jurisprudencia».

Poco antes había exhortado a «huir de exageraciones, que por patrióticos que sean los móviles que las inspiran, al fin sólo conducen a debilitar la causa en que se emplean; sin actitudes de protesta y de intransigencia, que a la postre y ante la ineludible necesidad de rendir a la ley el debido

acatamiento, sólo vienen a producir el abandono de los mismos intereses, cuya defensa se pretende».

2.2. José María Planas (como su hermano Manuel) militaba en el partido conservador, refractario a los planteamientos federales o confederales del Memorial de Greuges encabezado por Almirall, o a las posteriores y nacionalistas Bases de Manresa.

En estos documentos, además de un órgano legislativo propio, se exige asimismo Tribunales propios.¹⁸

Así, en el *Memorial de Greuges* (1885), al final de la conclusión 8ª y última sobre el estado de la legislación catalana, se lee:

«[E]n las regiones de derecho civil particular podría haber tribunales que, por su organización y calidades de sus individuos, ofrecieran garantía segura de la exacta aplicación de la legislación regional. Para hacer más fructífera esta reforma, deberían asimismo reorganizarse las facultades de derecho en las universidades, de manera que las diferentes legislaciones regionales fueran debidamente estudiadas y conocidas.»¹⁹

Más directas y pormenorizadas las pretensiones de las *Bases de Manresa* de 1892 (Base 8.ª).

«El poder judicial se organizará restableciendo la antigua Audiencia de Cataluña; sus presidente y vicepresidente nombrados por las Cortes constituirán la suprema autoridad judicial de la región y se establecerán los tribunales inferiores que fueren necesarios, debiendo fallarse en un periodo de tiempo determinado y en última instancia dentro de Cataluña todos los pleitos y causas. Se organizarán jurisdicciones especiales como la industrial y la comercial. Los funcionarios del orden judicial serán responsables.»

Con diversos matices, según épocas y opciones políticas, la exigencia o el deseo de Tribunales propios estaban muy extendidos en la abogacía y los ambientes jurídicos catalanes. Una manifestación especialmente fuerte de

18 Y el libre uso en el foro de la lengua catalana. Así, en la Presentación del Memorial de Greuges (Labros, 1885): «No podemos usar nuestra lengua más que en nuestros hogares y en conversaciones familiares: desterrada de las escuelas, lo ha sido más tarde de la contratación pública y también de los tribunales, en los cuales muchas veces, y por muy ilustrados que sean, ni los jueces entienden a los testigos y procesados, ni éstos entienden a los jueces».

19 La Comisión redactora estaba formada por Joan Permanyer y Ayats, Domingo Sanromá, Joseph Roca y Galés, Francisco Romaní y Puigdengolas. Fernando de Camps, Joseph Pella y Forgas. Valentí Almirall.

esta exigencia vemos en el discurso del siguiente presidente de la Academia, Joan Permanyer y Ayats, catedrático de Historia del Derecho (coetáneo de J. M. Planas y compañero de Facultad), miembro de la comisión redactora del *Memorial de greuges* y ponente de las Bases de Manresa.²⁰

«Ni bastaría tampoco que se estableciera en Cataluña una Comisión de Códigos, sino que es necesario que el poder legislativo de Cataluña dentro de una constitución regional española tenga su encarnación genuina, especial y propia en nuestra tierra. Sé que, para que la magistratura sea catalana y administre verdadera justicia y aplique el derecho en vez de mutilarlo y destruirlo, el poder llamado judicial ha de ser verdaderamente catalán e independiente del de los demás territorios, y que catalanes han de ser sus individuos, sin que sus fallos puedan nunca ser proferidos fuera de la tierra catalana.

Sé que la existencia de un poder legislativo y de un poder judicial autónomos, por consecuencia indeclinable, importa la coexistencia, autónoma también, de un poder ejecutivo.

Y sé más, sé que esto, que es conveniente y justo, es por ende necesario; y aun sé que ha sido y será otra vez». (pp. 29-30).

2.3. Es distinto el tono y se aprecia también una diferencia muy importante en la manera de entender la pluralidad de Derechos civiles españoles en otros escritos de juristas, catalanes o no, que, críticos con el activismo jurisprudencial del Tribunal Supremo en aras de la unificación del Derecho, proponen alternativas no nacionalistas.

Es el caso del aragonés Joaquín Gil Berges, de manera muy destacada en su librito sobre *Los mostrencos en el Tribunal Supremo*,²¹ en el que se lee:

«Empiezo por deplorar de todo corazón que las regiones españolas aforadas o regidas por un Derecho privado especial no hayan persistido-intensificándola hasta verla coronada por resonante triunfo-en aquella previsora iniciativa de años atrás, enderezada a constituir en Zaragoza, como centro de las demarcaciones que comprenden, un organismo de casación integrado por elementos propios suyos tomados de entre sus más eximios jurisconsultos».

20 *Discurso leído por D. ... (Joan Permanyer y Ayats) presidente de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Barcelona en la sesión pública inaugural..., el día 6 de marzo de 1896. Necesidad de que la vida jurídica de Cataluña sea catalana en todas sus esferas y manifestaciones*, Imprenta Barcelonesa, Barcelona, 1896.

21 JOAQUÍN GIL BERGES, *Los mostrencos en el Tribunal Supremo, o sea Estudio sobre la vigencia de las instituciones forales españolas en materia de sucesiones intestadas*. Librería de Cecilio Gasca, Zaragoza, 1920.

Poco más adelante (p. 5)

«y no cejéis en vuestro empeño hasta que por vías legales, sin estridores, ni amenazas, ni violencias, hayáis alcanzado la creación en Zaragoza de un Tribunal Supremo, que lo sea exclusivamente para conocer de los recursos de casación civil, acerca de negocios que hayan de decidirse conforme a las instituciones escritas y consuetudinarias y que provengan de las Audiencias territoriales de Palma de Mallorca, de Barcelona, de la propia Zaragoza, de Pamplona y de Burgos- ésta por lo que afecta a Vizcaya-: os va en ello la salvaguardia de lo poquísimos que os queda de vuestros fueros.»²²

¿A qué iniciativa, dirigida a la constitución de un Tribunal de casación foral en Zaragoza, se refería Gil Berges? Es probable que a un documento o proclama de 1905, en el que pudo tener alguna parte el propio Gil Berges, que había sido decano del colegio de Abogados de Zaragoza. Es un impreso que se identifica a sí mismo como Documento III, anejo a la primera circular de la Comisión organizadora del Congreso Jurídico de Regiones forales (Zaragoza), que habría de celebrarse con ocasión del Centenario de los Sitios de Zaragoza. El Congreso no se celebró ni conozco otra manifestación de la iniciativa que este documento.

Dice así:

«Exposición dirigida al Ministro de Gracia y Justicia en diciembre de 1905, por la Real Sociedad Económica de Amigos del País de Barcelona, acerca de la constitución en Zaragoza de un Tribunal Supremo Foral.»²³

EXCMO. SEÑOR:

«LA SOCIEDAD ECONÓMICA DE AMIGOS DEL PAÍS DE BARCELONA, y con ella, coincidiendo en una misma aspiración, las demás Sociedades hermanas de Lérida, Zaragoza y Tudela; los Colegios de Abogados de esta capital, de Pamplona, Tarragona, Lérida, Gerona, Zaragoza, Tudela, con distinguidos Letrados de Palma de

22 Gil Berges falleció a poco de aparecer el librito *Los mostrencos*. Era doce años mayor que José María Planas, aunque murieron en fechas próximas. Habían coincidido muchas legislaturas en el Congreso de los Diputados, Planas por el partido conservador, Gil Berges por el republicano (hasta 1899, en que Castelar pidió la aceptación de la monarquía). En la discusión parlamentaria del Código civil, Planas intervino con un discurso el 10 de junio de 1885; Gil Berges lo haría los días 18 y 19 de junio de 1885, inmediatamente después del discurso y rectificaciones de Durán y Bas (Diario de las Sesiones, Congreso de los Diputados, Sesión del jueves 18 de junio de 1885, núm. 176, p. 5198).

23 Centenario de los Sitios. Comisión Organizadora del Congreso Jurídico de Regiones Forales (Zaragoza). Documento III, anejo a la primera circular. Publicado en *Revista de Derecho civil aragonés*, 1997, 1, p. 165.

Mallorca; la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Barcelona; la Diputación foral y provincial de Navarra, las Diputaciones provinciales de Barcelona, Gerona, Lérida, Tarragona, Álava y Teruel; los Ayuntamientos de Figueras, Sabadell, Teruel, Manacor y Estella; Registrador de la Propiedad de Barbastro; Cámara Agrícola Oficial de Montblanch; todos los que suscriben, verdadera representación de las regiones del N. E. de la Península española, tienen el honor de acudir a V. E. para exponer:

Tras varias páginas, la Exposición concluye:

Por todo ello, los suscritos han de interesar:

1º Se introduzca la necesaria reforma en la Ley Orgánica de Tribunales, mediante la que se establezca en Zaragoza una Sala o Sección del Tribunal Supremo, a la que deban ser sometidos los recursos de casación interpuestos en litigios, que versando sobre cuestiones de Derecho Civil, se hayan sustanciado en las Regiones del N. E. de España, y conocido de la apelación, las Audiencias Territoriales de Barcelona, Zaragoza, Palma de Mallorca y Bilbao.

2º Se dicten las disposiciones convenientes, encaminadas a la inmediata promulgación de los Apéndices al Código Civil, para dejar definitivamente establecido el régimen jurídico de cada Región sometida a un especial derecho foral.

3º Que se introduzcan las reformas que procedan en la ley de Enjuiciamiento Civil, en su Título XXI encaminadas a una mayor amplitud para la resolución de los recursos de casación, en el sentido consignado en el cuerpo de la presente exposición.

4º Que en el proyecto de la ley de organización de Tribunales, se establezca el precepto de que los Jueces y Magistrados que deban ejercer sus cargos en territorios no regidos por el derecho común o general, sean aquellos oriundos de dichas Regiones, desapareciendo las incompatibilidades, y que deban conocer el idioma o dialecto propio de la Región donde se hallen en funciones de la administración de Justicia.»

2.4. Ya en las fechas finales de este tranco y próximas a las del fallecimiento de José María Planas (fechas convulsas, de gran crispación política y social), las inquietudes por la actividad unificadora de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y los deseos de crear órganos judiciales distintos y especializados se expresan en Congresos o Asambleas que reúnen a juristas de toda España.

En abril de 1917 se celebró en San Sebastián el *Primer Congreso de la Abogacía Española*. En él se constituyó una sección, la sexta, de «Derecho foral», de la que fueron secretarios Víctor Artola (Galardi) y Juan Víctor

Pradera. De sus seis conclusiones sobre Derecho foral civil interesa aquí la quinta.²⁴

«Conclusión 5ª. Debe establecerse en el Tribunal Supremo una Sala de casación que entienda exclusivamente en los asuntos en que se trata de aplicación de las legislaciones forales, debiendo constituirse con Magistrados de procedencia foral o que se hayan distinguido en el estudio de alguna de aquellas, procurando dar entrada a personas de notoria competencia en la materia, y que se hayan representadas las distintas regiones en dicha Sala. En la Dirección General de los Registros y del Notariado deberá crearse una Sección especial, para el estudio e informe de los asuntos que versen sobre materia de las legislaciones forales, constituyéndose con personal de los cuerpos de Registradores o Notarios y Letrados especializados en el estudio de ellas.»

Al año siguiente, una *Asamblea de organización jurídica* celebrada en Barcelona en abril de 1918 aprobó unas conclusiones que inciden también en el tema de la jurisprudencia.²⁵ La habilidad parlamentaria de los senadores catalanes consiguió que aquellas conclusiones se publicaran como apéndice en el Diario de las Sesiones del Senado correspondiente a

24 *Libro del Primer Congreso de Abogados Españoles, 1-9 Septiembre 1917*. San Sebastián. Marín, Mena y Cª., Impresores. (p. 394) «Conclusiones de la Sección Sexta (Derecho foral) adoptadas por la Sección, para ser leídas en la Sesión de conclusiones del Primer Congreso de Abogados españoles que se celebrará el 8 de septiembre de 1917». La conclusión tercera muestra el rechazo que les producía la jurisprudencia de la época en materia de Derechos forales: (p. 395) «Conclusión 3ª. Aprobados los Apéndices, no podrá invocarse útilmente en los pleitos que versen sobre materias de Derecho foral la jurisprudencia anterior a la fecha de su aprobación, siquiera sea conforme con las disposiciones contenidas en dichos Apéndices».

25 *Asamblea de organización jurídica*. Conclusiones aprobadas en la sesión de clausura celebrada en Barcelona el día 7 de abril de 1918. Se publicaron como anexo en el Diario de las Sesiones del Senado, 1918, núm. 44, pp. 525 ss., en cuyo Sumario se lee lo siguiente: «El Sr. Soler y March ruega al Gobierno que estudie e incorpore a la obra legislativa de la Nación las conclusiones de la Asamblea de organización jurídica, de Barcelona, y se adhiere a los deseos del Sr. González de Echávarri, en la sesión de ayer, para que se publiquen los apéndices del código civil. Manifestaciones de los Señores González de Echávarri, Junyent, Ministro de la gobernación y Presidente de la cámara». Sobre este debate parlamentario iniciado con una interpelación de González de Echávarri instando a la publicación de los Apéndices y en el que fue tema importante el de la vecindad civil (intervención de Antonio Royo Villanova), Jesús Delgado Echeverría, «Vecindad civil: presente y perspectivas de futuro», en *Actas de los XXXI Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, Justicia de Aragón, 2022, en publicación.

la sesión del jueves 23 de abril, a petición del senador D. Leoncio Soler y March (a la que se suma el también senador Junyent).

«Conclusión XIV

La finalidad a la cual deben su existencia los organismos que son instrumentos de aplicación del Derecho es la de ser instrumentos de satisfacción de las necesidades jurídicas del territorio en el cual funcionan. Por lo que la Asamblea afirma que no pueden corresponder debidamente a la finalidad para la cual existen si no están compenetrados con su sentir, actuar y hablar con la manera de ser del territorio en el cual funcionan; y que en caso de inadaptación, no debe ésta perturbarse y violentarse hasta a adaptarse a la manera de ser y funcionar de ellos, sino que son los instrumentos los que se han de adaptar a ella.»

No es seguro que la Asamblea quiera referirse, en esta conclusión, específicamente a los jueces y tribunales, que sin duda se comprenden entre los «organismos que son instrumentos de aplicación del Derecho». Las conclusiones de la Asamblea están dirigidas a pedir la constitución de «Comisiones jurídicas» en cada uno de los territorios con Derecho propios, cuya regulación pormenorizada (composición, funcionamiento, competencias) es objeto de dieciséis extensas Bases. Estas Comisiones serían competentes, además de para formular las reglas de Derecho integrantes del régimen jurídico del territorio, y las adaptaciones, adiciones y supresiones convenientes, también para «interpretar auténticamente y sin prejuzgar la aplicación concreta de la fórmula interpretada, las reglas de Derecho constitutivas del régimen jurídico del territorio y las modificaciones de las generales vigentes en el territorio». Nótese que la tarea de legislar es vista (al menos, parcialmente) como una interpretación del Derecho preexistente cuyas reglas se (re)formulan: una interpretación auténtica que puede no necesitar de forma de ley.

3. Tranco tercero: 1971. II Congrés Jurídic Català

En los cincuenta años anteriores habían ocurrido acontecimientos que cambiaron profundamente la práctica del Derecho catalán y sus perspectivas de futuro.

Por orden cronológico podemos mencionar los siguientes. Supresión de la Mancomunidad por la dictadura de Primo de Rivera. Sigue sin promulgarse un Apéndice al Código civil correspondiente al Derecho civil catalán (mientras que sí se aprueba el Apéndice aragonés, 1925). Un cambio

drástico: Segunda República: Estatuto de Autonomía, Parlamento, leyes civiles catalanas, Tribunal de Casación. Otro no menos drástico: Guerra civil, dictadura de Franco: supresión, derogación, abolición de leyes catalanas y de jurisprudencia. Congreso Nacional de Derecho civil, Zaragoza, 1946: Compilaciones, la Compilación catalana de 1960.

El Congreso, convocado por todas las instituciones catalanas relacionadas con el Derecho (encabezadas por la Academia de Jurisprudencia y los Colegios de Abogados), quiso mencionar, como antecedentes remotos, el Primer Congreso Jurídico Catalán de mayo de 1936, y el de Zaragoza de 1946. La Compilación, que teóricamente debía ser revisada al cumplir su primer decenio, era el centro ineludible de las ponencias y deliberaciones, pero se mostraba también muy fuerte el impulso hacia el desarrollo futuro, tomando fuerzas del pasado: la tradición jurídica catalana, evocada en el art. 1º de la Compilación, era un motivo recurrente, un punto de apoyo y una palanca, que permitía ampliar el horizonte mucho más allá del texto compilado. Una tradición encarnada en las antiguas leyes, costumbres y doctrina de las que derivan los preceptos de la Compilación. Como integrante de la doctrina que encarna la tradición comparece la jurisprudencia.

La jurisprudencia no era mencionada en la Compilación de 1960.²⁶

Merece la pena anotar que la palabra «jurisprudencia» tampoco aparecía en 1960, fecha de la Compilación, en el Código civil español. Tampoco en 1971, año de celebración del Congreso. Solo en 1974 (reforma de Título Preliminar) se introdujo en el ap. 6 del art. 1º Cc., que seguirá siendo objeto de cavilaciones en muchos sentidos, partiendo de su conceptualización o no como «fuente del Ordenamiento jurídico español»: parece que no, si atendemos al ap. 1 del mismo art 1º, pero también que los Jueces y Tribunales habrán de tenerla en cuenta de algún modo, a pesar de su obligación de resolver los casos «atendiendo al sistema de fuentes establecido».

En el Congreso, como he dicho, la jurisprudencia era considerada en perspectiva histórica, como parte de la doctrina e integrada, en primer lugar, por las decisiones de la antigua Audiencia de Cataluña, prosiguiendo debates anteriores y posteriores al Código civil español. Es muy notable la exposición de Sobrequés i Vidal sobre «la Reial Audiència i la

26 Comp. 1960, art. 1.2: «Para interpretar los preceptos de esta Compilación se tomará en consideración la tradición jurídica catalana, encarnada en las antiguas leyes, costumbres y doctrina de que aquéllos se derivan».

jurisprudència» y sobre «la doctrina dels doctors i l'escola jurídica catalana dels segles XVI i XVII».²⁷

Pero, quizás pensando más en un futuro próximo en que se vislumbraba la posibilidad de un legislador catalán (aunque las conclusiones del Congreso eran bastante cautas y se limitaban a proponer una Comisión compiladora permanente con sede en Cataluña que, en general, cuidara de que el Derecho catalán se mantuviera y desarrollara por sí mismo, al ritmo de la época y de su espíritu particular), se traía a las conclusiones importantes elementos que ya había planteado el Proyecto de Compilación de la Comisión de Juristas catalanes (art. 5º), y que instancias posteriores habían hecho desaparecer en la concentrada dicción del ap. 2 art. 1º Comp.

Aquel art. 5º decía lo siguiente:

«Las normas de esta compilación se interpretarán e integrarán por los textos originarios y conforme al siguiente orden prelativo:

1. Constitucions y altres drets de Catalunya, texto de 1704.
2. Corpus Iuris Canonici y legislación canónica recibida posteriormente.
3. Corpus Iuris Civilis.
4. Doctrina común y constante de los autores de Derecho catalán, canónico y romano.
5. Opiniones de aquellos autores aceptados en sentencias de la Antigua Real Audiencia o el Tribunal Supremo de Justicia».²⁸

En las Conclusiones de Ponencia de la Sección Primera (Títol Preliminar de la Compilació del Dret civil català), antes de su debate en las Sesiones Plenarias, la 12 decía así:

«12. Cal entendre que la doctrina que integra la tradició jurídica catalana es la doctrina dels doctors, d'acceptació comuna y constant a Catalunya, així com les sentències de la vella Reial Audiència i del Tribunal Suprem de Justícia».

27 *Llibre del II Congrés Jurídic Català 1971*, Barcelona 1972. Sobrequés y Vidal, en su amplia ponencia «Historia de la producció del Dret català fins als Decrets de Nova Planta». Pp. 79-142; los epígrafes citados, en pp. 120 y 122.

28 Lo recordó en aquel Congreso Ángel Latorre, «El Derecho romano como parte integrante de la tradición jurídica catalana», pp. 203-214; ad casum, p. 213; y, a otros efectos, Lacruz Berdejo, Fuentes e interpretación del Derecho civil catalán, pp. 184-202, ad casum, p. 197.

Esta última referencia a las sentencias del Tribunal Supremo (que, como sabemos, solían ser consideradas por los autores catalanes como atentatorias al Derecho catalán) procedía del art. 5º del Proyecto de Compilación, pero no aparece con claridad en las deliberaciones del Congreso.

El ponente de esta parte, Lacruz Berdejo, en «Fuentes e interpretación del Derecho civil catalán», trata como fuentes del Derecho catalán la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho catalán (yo era aquí coponente, con indicación de la autoría de cada uno; unas líneas sobre estos principios era mi aportación personal). En el epígrafe «problemas de interpretación» introducía Lacruz muy matizadas consideraciones sobre interpretación histórica (el art. 1.1 Comp.), el concepto de «doctrina» y las distinciones entre doctrina de doctores, jurisprudencia histórica y «doctrina legal». En este contexto, afirmaba que «la jurisprudencia vale como doctrina: lo mismo la de los antiguos tribunales de Cataluña, y en particular la de la Real Audiencia, que la del Tribunal Supremo, siempre que reúna las mismas condiciones exigidas a la opinión de los doctores» (p. 197). Unos párrafos más adelante aseveraba que la «doctrina» aludida en el art. 1º de la Compilación no es, por sí, la «doctrina legal» cuya infracción configuran la Lec y la jurisprudencia como motivo de casación, para cuya aclaración daba un repaso por la ley de enjuiciamiento entonces vigente (la de 1881) y los precedentes del siglo XIX. Constatado el hecho de que no cabe plantear un recurso de casación sobre la base de la doctrina (ni, por tanto, sobre doctrina jurisprudencial puramente catalana), sugería que «sería deseable que... se abriera un cauce específico, en el recurso de casación, a la doctrina catalana unánime, de los doctores o de la Real Audiencia» (p. 199). Por eso, en las conclusiones redactadas por él, se lee: «La doctrina tradicional catalana, en cuanto fuente que comunica su virtualidad a los preceptos vigentes, debería, siendo unánime y constante, equipararse a la doctrina legal a efectos del recurso de casación». No incluye ninguna referencia a las sentencias del Tribunal Supremo (p. 202).

A la conclusión 12 de la sección primera presentó una enmienda el secretario general del Congreso, el joven profesor y abogado Luis Puig Ferriol, en la que pedía añadir a la citada conclusión que «la doctrina del Tribunal de Casación de Cataluña también integra o forma parte de la doctrina de los autores, integrante de la tradición jurídica catalana» (p. 676). La Ponencia entendió que la enmienda no era adecuada en la conclusión 12, pero aceptó adaptarla a la conclusión 46, retirando de la 12 la referencia al Tribunal Supremo de Justicia (que no consta que nadie hubiera sugerido) (p. 664). Con esta supresión de la mención al Tribunal

Supremo quedó aprobada la conclusión 12, mientras que la 46 (en el apartado de «Proposiciones») quedó así: «La doctrina de los doctores, siendo unánime y constante en Cataluña, así como la jurisprudencia del Tribunal de Casación de Cataluña, se habrían de equiparar a la “doctrina legal”, a efectos del recurso de casación».²⁹

¿Qué es lo nuevo sobre «jurisprudencia» en este Congreso de 1971? Por jurisprudencia se entiende, sin discusión, doctrina de los Tribunales (aunque en especial relación y distinción con la ciencia del Derecho), cuyas decisiones se han recopilado recientemente en repertorios: qué tribunales y cómo se manifiesta y conoce esta doctrina, queda sin explicitar, pues no es necesario una vez que su valor reconocido o pretendido es igual al de la doctrina de los doctores, como parte de la tradición jurídica catalana. Se trata, en todo caso, de doctrina jurisprudencial del pasado: la de la Real Audiencia, la del Tribunal de Casación de Cataluña (1934-1937). En las conclusiones definitivas se prescinde del Tribunal Supremo, único que en el ordenamiento español se considera a sí mismo productor de «doctrina legal» y, así, de nueva jurisprudencia. Tampoco encuentro referencia a la de las audiencias y juzgados que aplican y seguirán aplicando Derecho catalán.

Ni se plantea la posibilidad de que la jurisprudencia sea fuente del Derecho (tampoco la costumbre, aunque a ella se hicieron ciertas alusiones en el Congreso). Probablemente, no se cree que la Compilación pueda determinar las fuentes de producción del Derecho civil catalán para el futuro; y se tiende a considerar la Compilación como expresión del Derecho histórico (constituido por los textos de los cuerpos legales antiguos, la doctrina de autores y la jurisprudencia) que no se ha derogado. El Derecho histórico, las normas anteriores a la Compilación de 1960 quedaron «sustituidas por las contenidas en esta», expresión que tanto en 1960 como en 1984 se utilizó para evitar la derogación, propia de la mentalidad y la técnica codificadoras.

29 La colección *El Derecho civil catalán en la jurisprudencia*, editada por la Cátedra Durán y Bas, había llegado en 1971 a su volumen IX. En esta obra colaboraban ya Lluís Puig Ferriol y Encarna Roca Trías. Aquí jurisprudencia indicaba los pronunciamientos de las sentencias, tanto del Tribunal Supremo como de las Audiencias y los Juzgados, y se remontaba a fechas del siglo XIX.

En 1974 se publicó el volumen IV (no se siguió el orden cronológico), correspondiente a las sentencias del Tribunal de Casación de Cataluña, 1934-1937, naturalmente en catalán: *El Dret civil català en la jurisprudència*; creo que exclusivamente al cuidado de Encarna Roca.

Las conclusiones del Congreso se reflejaron en la ley de 1984.³⁰ En su artículo 1º se introducen las costumbres y la jurisprudencia como constitutivas, con la doctrina, de la tradición jurídica catalana que se tomará en consideración para interpretar e integrar la Compilación «de acuerdo con —otra novedad quizás de mayor importancia— los principios generales que inspiran el ordenamiento jurídico de Cataluña» (también, en Disp. Final 4ª). Según la Disp. Final 2ª, «la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Casación de Cataluña, en materia de Derecho civil catalán, no modificada por la presente Compilación o por otras leyes, forma parte de la tradición jurídica catalana, y podrá ser invocada como doctrina legal a los efectos del recurso de casación».

4. Tranco cuarto: 2023

4.1. El Estatuto de Autonomía, la competencia del Parlamento en materia de Derecho civil y la constitución del Tribunal Superior de Cataluña configuran una situación jurídica de ruptura con el pasado en los modos de producción de las normas jurídicas, por más que se quiera mantener la referencia a la tradición jurídica catalana «como expresión de la doctrina de la *iuris continuatio*» (Preámbulo de la Ley 29/2002, de 30 de diciembre. Primera Ley del Código civil de Cataluña). Ahora se proclama que en el sistema de fuentes del Derecho civil de Cataluña la fuente principal es la ley («como en cualquier ordenamiento jurídico moderno»), con mención de la costumbre con un «papel secundario» que en la práctica resulta desconocido. Los principios generales del Derecho propio no tienen solo la función de evitar la heterointegración mediante la aplicación del Derecho supletorio, sino que ahora también son «límite a una eventual alegación indiscriminada de la tradición jurídica catalana». Estos principios generales no son, evidentemente, los del Derecho histórico, sino los del vigente, los sistemáticos, y, muy en primer lugar los proclamados y derivados de la Constitución de 1978 y de los Convenios y Tratados sobre derechos humanos. Correlativamente, jurisprudencia es la doctrina

30 Comp. 1984 (Texto refundido): «Para interpretar e integrar esta Compilación y las restantes normas se tomarán en consideración las leyes, las costumbres, la jurisprudencia y la doctrina que constituyen la tradición jurídica catalana de acuerdo con los principios generales que inspiran el ordenamiento jurídico de Cataluña».

establecida por los Tribunales al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho. Quedan abiertas muchas cuestiones, aproximadamente las mismas que respecto del Derecho civil del Estado o el de otras Comunidades Autónomas: qué tribunales producen esta doctrina con sus sentencias; cómo la producen (cuestiones, entre otras, de la *ratio decidendi* y los *obiter dicta*); cómo la conocemos; a quiénes obliga o vincula —si a alguien— la doctrina jurisprudencial.

En particular, el art. 111.2 relaciona especialmente cierta doctrina jurisprudencial con el recurso de casación civil, pues «la jurisprudencia civil del Tribunal de Casación de Cataluña y la del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña no modificadas por el presente Código y otras leyes»³¹ «pueden ser invocadas como doctrina jurisprudencial a los efectos del recurso de casación».

La estrecha vinculación entre «jurisprudencia» y recurso de casación se robustece con la *Ley del recurso de casación en materia de derecho civil de Cataluña*.³²

4.2. El contraste con el pasado resulta muy vistoso. En la tradición jurídica catalana, tal como la entendieron sus juristas en los siglos XIX y XX, los jueces, los abogados prestigiosos, los doctos que escriben sobre Derecho propio o sobre Derecho romano y canónico aplicables en Cataluña, operan como portadores del «espíritu popular», como representantes del pueblo. Los deseos, intuiciones y concepciones jurídicas del pueblo, verdadero autor del Derecho, son expresados por los expertos en Derecho, que los encauzan bajo las pautas normativas más adecuadas en cada momento y ocasión. Pautas normativas que el legislador concretaba ocasionalmente en leyes que, consecuentemente, habían de interpretarse de acuerdo con la doctrina

31 Apreciamos aquí una concesión al pasado menos lejano (el Tribunal de Casación de Cataluña), que es quizá la que ha movido a introducir el límite de que la jurisprudencia no haya sido modificada por leyes posteriores. Pero, ¿es cierto que las leyes modifican la jurisprudencia? ¿Qué quiere decir en realidad?

32 Ley 4/2012, de 5 de marzo, *del recurso de casación en materia de derecho civil de Cataluña*. Artículo 3. Requisitos de acceso a la casación ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Tienen acceso a casación ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña los asuntos cuyo motivo de impugnación se fundamente en una de las siguientes causas: a) En la contradicción con la jurisprudencia que resulta de sentencias reiteradas del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña o del Tribunal de Casación de Cataluña. b) En la falta de la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña o del Tribunal de Casación de Cataluña. El tiempo de vigencia de la norma con relación a la cual se alega la falta de jurisprudencia no impide el acceso a la casación en ningún caso».

creada por jueces y doctos: una jurisprudencia que es a la vez ciencia del derecho y práctica jurídica.

Los avatares de la codificación civil en España y la actitud dominante en Cataluña frente a ella (sin que aquí hallamos de plantearnos los límites de la Escuela histórica y de la influencia de Durán y Bas en los momentos decisivos de los años 1880-89) mantuvieron esta imagen de la tradición jurídica y de la jurisprudencia también después del Código civil español de 1889, respecto de un Derecho civil catalán no codificado y defendido ideológicamente como contrario e inmune a los ideales codificadores. No era admisible en el Derecho catalán (sino, acaso, como imposición externa inevitable) una jurisprudencia entendida como doctrina establecida por los tribunales (menos aún, el Tribunal Supremo), al interpretar y aplicar la ley. Para empezar, no había ley civil catalana contemporánea, emanada de un poder legislativo constitucional, susceptible de ser interpretada y aplicada.

Los años intensos y fugaces de la Segunda República y el Estatuto catalán, al reconocerse a Cataluña el poder legislativo sobre su Derecho civil, incorporaba a este a la normalidad histórica (es decir, la propia de un país europeo continental en el siglo xx) de un derecho legislado. Los representantes elegidos por el pueblo son quienes hacen las leyes en el Parlamento. Los jueces tienen el papel ancilar de interpretarlas para su aplicación. La tradición jurídica es un matiz de importancia residual, mientras no se llegue a codificar el Derecho civil catalán, con derogación de las fuentes históricas, como corresponde al ideal codificador.

En realidad, aunque no sabemos cómo hubiera evolucionado el Derecho civil bajo el Estatuto de 1934, la actuación del Tribunal de Casación de Cataluña indica el sentido legalista y codificador que he presupuesto. Como escribí con gran perspicacia en 1980 el entonces joven profesor Coca Payeras, es notable el «mimetismo del *Tribunal de Cassació* respecto a la actitud del Tribunal Supremo», de manera que solo pueden advertirse «tímidos intentos por construir una doctrina legal catalana».

Difícilmente podría ser de otra manera. No solo era la impronta de casi un siglo de Tribunal Supremo, sino que las leyes de enjuiciamiento civil, la organización de los tribunales, la formación de los jueces y de los abogados, en el contexto del legalismo positivista reinante; toda la cultura jurídica de la época en una Europa de la que Cataluña quería sentirse parte, conducía a un tratamiento del Derecho civil catalán como un conjunto de cuerpos legales que el Parlamento aprueba y los tribunales aplican. La interpretación que estos hacen al aplicar las leyes guía la práctica de todos los operadores jurídicos.

La Compilación pudo introducir la tradición jurídica como elemento a tener en cuenta para su interpretación e integración y evitar derogar formalmente los cuerpos legales históricos, y en 1984 incluir dentro de ella a la jurisprudencia. Pero la jurisprudencia que importaba en la práctica era la doctrina formada en las sentencias que los Tribunales dictaban en los pleitos del momento, más relevantes cuanto más recientes. Las sentencias que aparecían clasificadas por materias, con índices que agilizaban la consulta, en las páginas de la *Revista Jurídica de Cataluña*; o en los volúmenes retrospectivos, pero que en los años setenta ya llegaba a la actualidad, publicados por la Cátedra Durán y Bas: esto era la jurisprudencia.

La Compilación de 1960 era aplicada como un texto legal codificado. Carles Florensa quiso recordar en el prólogo a *La codificación del Derecho civil de Cataluña*. (2011) que «Roca Sastre entendió que la Compilación del Derecho civil de Cataluña de 1960 asumía la naturaleza de un verdadero Código en el sentido técnico de la palabra y, por esta razón, sostuvo que el Derecho civil catalán se hallaba codificado en su Compilación». Ciertamente, coexiste en el imaginario de los juristas catalanes cierto historicismo, que hoy se reconduce atinadamente al estudio de la historia del Derecho catalán en cuanto historia, con los métodos y objetivos de la historiografía.

En el siglo XXI, el legislador catalán acentúa su papel central en el sistema y presenta el Derecho civil que él formula como «cualquier ordenamiento jurídico moderno» en que «destaca el carácter principal que se otorga a la ley». La apelación a la *iuris continuatio* se hace precisamente con la intención de embridarla, circunscribirla y evitar así «una eventual alegación indiscriminada de la tradición jurídica catalana». Aunque tampoco puede cortarse totalmente el cordón umbilical con la historia, porque de ella pende la legitimación constitucional de la existencia del Derecho civil propio (art. 149.1.8^a CE).

Así las cosas, se comprende que el legislador catalán imite la reducción que en el ordenamiento español se hace de la jurisprudencia (como doctrina de un tribunal de casación a los efectos del recurso de casación), adaptándola a sus propias circunstancias: una casación con reglas catalanas.

Sobre estas cuestiones en torno a la casación hablarán con mucha mayor competencia que la mía los demás ponentes.

4.3. Antes de terminar, me gustaría proponer algunas reflexiones sobre el momento actual y el futuro predecible, volviendo también a las primeras ideas que introduje al principio de mi exposición: jurisprudencia como ciencia y práctica del derecho; nexos entre la doctrina de doctores y las decisiones de jueces. No es casual que los organizadores de estas Jornadas,

para hablar de jurisprudencia, nos hayan convocado a profesores de derecho y magistrados, investigadores académicos y operadores jurídicos (jueces, abogados, notarios, registradores).

Respecto de leyes antiguas, la jurisprudencia de los tribunales es instancia de actualización y adecuación de la norma a los nuevos tiempos. Este es el sentido capital de la apelación a la «realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas las normas» en el art. 3º.1 Cc (de 1974, casi un siglo después de promulgado el Código de cuya interpretación se trata en primer lugar). Mientras que las leyes recientes serán interpretadas más literalmente por los tribunales. En Cataluña, para la seguridad jurídica y la uniformidad de la aplicación de las leyes, es conveniente y se propicia la creación de doctrina jurisprudencial (art. 111-2.2); pero la «actualización continuada de la legislación civil» se la reserva el legislador como una actividad propia planificada en el marco de un «código abierto» de un Derecho civil que está «sujeto hoy a un proceso de cambio mucho más dinámico que en la época de las grandes codificaciones». El legislador se constituye en el agente principal de la adaptación y cambio. En este proceso bien puede ocurrir que, si al legislador le disgusta la forma en que los jueces interpretan y aplican las leyes, el propio legislador se apresure a cambiar el texto legal. A jurisprudencia contra ley, ley contra jurisprudencia. Aunque también puede suceder que la aplicación judicial de ley, irrepudablemente correcta, ponga de manifiesto consecuencias imprevistas e indeseadas de la ley o, directamente, el error del legislador, que tratará luego de corregir con otra ley.

En este contexto, la doctrina de los autores se hace presente y decisiva en el entorno del legislador catalán, en la preparación de las leyes (asesores parlamentarios y gubernamentales, Comisión de Codificación). En el sistema del juez, la doctrina de los autores puede llegar a través de los escritos de los abogados (y, previamente, en la formación profesional de abogados y jueces), pero no puede acceder a la motivación de las sentencias. Sin que esté prohibido a los jueces citar doctrina de autores (al menos, no he visto nunca citada una disposición legal en este sentido), el hecho es que los tribunales españoles, por iniciativa del Tribunal Supremo desde sus inicios decimonónicos, son posiblemente los únicos de nuestro entorno que tienen especial cuidado en omitir (a veces, parece que en tachar) los nombres de los autores en cuyos escritos beben e incluso, a veces, reproducen extensamente. Es una práctica en la que no suele repararse, por más que, como digo, el español sea un caso excepcional. Los historiadores del derecho lo han relacionado atinadamente con la prohibición de motivar

las sentencias, propia del Derecho castellano, que la revolución liberal no superó hasta fechas muy avanzadas: de manera general, en la Lec. de 1855.³³ En la motivación o fundamentación (los considerandos, los fundamentos de derechos) de sus sentencias, no pueden mencionarse autores (aunque no sabemos por qué no se puede).

En cambio, sí que pueden los tribunales citar sentencias en las suyas. Sin que tampoco haya ley que permita, obligue o prohíba (lo mismo que respecto de la doctrina).

En el «discurso del legislador», la jurisprudencia (en algún sentido de esta palabra relacionado con los pronunciamientos de los tribunales) comparece principalmente para permitir (su violación, su contradicción o su falta) acceder al recurso de casación. Correlativamente, los tribunales de casación competentes deberán admitir el recurso así fundado (aunque luego puedan no seguir aquella jurisprudencia en la fundamentación de su fallo). Con esto, y lo que quiera decir la expresión «complementará el ordenamiento jurídico» (art. 1.6. Cc.), parece que se acaba el elenco de normas legales que señalen consecuencias deónticas (obligación, prohibición, permisión) de la «jurisprudencia» (aunque no son de excluir menciones extravagantes).³⁴

En el «discurso del legislador constituyente», la jurisprudencia que interpreta las normas jurídicas con rango de ley *será afectada* por la declaración de inconstitucionalidad de la norma (art. 161.1 CE).³⁵ Esta afectación parece que debemos referirla a un corpus de textos

33 MARTA LORENTE SARIÑENA, «La doctrina legal y el silenciamiento de los juristas en una España sin Código (1808-1889)». *Quaderni Fiorntini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XL (2011), p. 135. Transcribe un fragmento de sentencia en que se citan, con acribia bibliográfica, unas líneas del *Sistema* de Díez Picazo y Gullón, para aclarar de inmediato que la sentencia es del Tribunal Supremo... de Puerto Rico. Introduce así su estudio de la «peculiar actitud de la judicatura española que la ha llevado a obviar a la doctrina abierta y conscientemente». CARLOS GARRIGA, MARTA LORENTE, «La motivación de las sentencias (Castilla, 1489 - España, 1855)» AFDUAM I (1997).

34 Como en la incumplida, olvidada, pero nunca derogada Disposición Adicional 3ª del Código civil: la «jurisprudencia del Tribunal Supremo» es relevante (ha de ser vista) para formular «cada diez años las reformas que convenga introducir» en el Código. Muy relevante también la Disp. Ad. 1ª para la idea que el legislador decimonónico se hace de la trascendencia de la actividad jurisdiccional de las Salas de lo Civil del Tribunal Supremo.

35 CE, art. 161.1: «La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a esta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada».

producidos por los jueces de cualquier rango (que contiene «la doctrina derivada de sus sentencias»), corpus que habrá de entenderse *corregido* «por la doctrina derivada de las sentencias y autos (del TC, lo que suele considerarse su “jurisprudencia”) que resuelvan los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad» (art. 40-2 LOTC). No cabe recurso de inconstitucionalidad contra la jurisprudencia.³⁶

En el «discurso de los jueces», las sentencias (propias o) de otros jueces operan como premisas de las argumentaciones que llevan al fallo. En último término, su sentencia deberá fundarse en la ley (la costumbre o los principios generales del derecho), «ateniéndose al sistema de fuentes establecido». Pero las razones de las sentencias de otros jueces serán traídas como argumentos de autoridad concurrentes. Atender a lo razonado por otros jueces no solo facilita la tarea de juzgar, sino que contribuye a la deseable coincidencia de las decisiones judiciales sobre casos semejantes y a hacer más respetable o convincente el fallo para las partes y para los operadores jurídicos en general. Esto es especialmente pertinente respecto de las sentencias de los Tribunales «del vértice», cuya jurisprudencia uniforme debería servir a «asegurar la certeza del derecho, dado que una jurisprudencia uniforme evita la incertidumbre en la interpretación del derecho y la consiguiente variedad y variabilidad de las decisiones judiciales».³⁷

Para el «discurso de la ciencia del Derecho», la jurisprudencia es fuente de conocimiento sobre la práctica de los tribunales y, así, sobre

36 FRANCISCO DE P. BLASCO GASCÓ, *La norma jurisprudencial (nacimiento, eficacia y cambio de criterio)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 37.

37 TARUFFO, MICHELE, «Un vértice judicial abstracto», AFDUAM 22 (2018). El texto continúa: «Además, se hace referencia a la garantía de la igualdad de los ciudadanos frente a la ley, conforme al principio de *stare decisis* típico de los ordenamientos de *common law*, según el cual casos iguales deben decidirse de manera igual. Asimismo, muy a menudo se hace referencia a la necesaria previsibilidad de las decisiones futuras, ya que se considera que las partes deben poder confiar en la previsión de que los jueces futuros se comportarán de la misma manera que los anteriores. La previsibilidad también puede desempeñar una función económica, ya que si una decisión es previsible también puede evitarse recurrir al juez. Por último, una jurisprudencia constante en la interpretación y aplicación de las normas se puede conocer más fácilmente y por tanto orienta de modo más eficaz los comportamientos de los ciudadanos». Este número del *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* está dedicado a «El vértice de los sistemas judiciales», con artículos que, en su mayoría, son muy pertinentes sobre el tema de esta ponencia: <https://dialnet.unirioja.es/revista/2127/A/2018>.

la interpretación y aplicación que estos hacen de las leyes. Si la teoría del Derecho es, como a mí me parece deseable, una teoría de la práctica del derecho producida en determinadas coordenadas de tiempo y lugar,³⁸ las sentencias de los tribunales han de tener en ella un lugar destacado (aunque, por supuesto, no agotan toda la práctica del Derecho). Con esta función de conocimiento de la práctica entró en los manuales y tratados de Derecho civil en el último tercio del siglo XIX, cuando estos se ocuparon, por fin, no ya del Derecho romano o de los cuerpos históricos castellanos, sino del Derecho civil nuevo, producido por el legislador estatal y aplicado por sus Tribunales. La formación de los juristas contó desde entonces con las enseñanzas de la jurisprudencia, recibidas a través de la sistematización de la misma que hacía la doctrina de los autores. La relación entre doctrina de los autores y jurisprudencia es compleja y cambiante, poco estudiada en España. Solo en parte siguió en los siglos XIX y XX los pasos de la vecina Francia, que parece ser el ejemplo más cercano, tanto por el papel central que el recurso de casación asumió en la jurisprudencia, como por el modelo de facultad de derecho y el hecho de que el *Code* de los franceses fuera inspiración principal del español y la doctrina francesa la más conocida por los civilistas españoles. También en Francia el concepto actual y restrictivo de jurisprudencia, ligado a las decisiones de los tribunales, no acabó de imponerse hasta la segunda mitad del siglo XIX, y sus relaciones con la interpretación doctrinal de las leyes y las obras de los autores fue siempre debatida. «*Le divorce de l'École et du Palais*» es un mito persistente entre los juristas franceses, aunque las relaciones entre la Universidad o la Academia y los Tribunales fueron sin duda más complejas, también en España.³⁹

4.4. Introduzco ahora algunas consideraciones a ras de tierra. La jurisprudencia de los tribunales es consultada todavía en repertorios impresos (aunque las sentencias del Tribunal Supremo dejaron de

38 JESÚS DELGADO ECHEVERRÍA, «La responsabilidad civil y la teoría de la práctica musical del jazz», en *Dañar, Incumplir y Reparar. Ensayos de filosofía del Derecho privado*, Juan Antonio García Amado y Diego M. Papayannis (editores), Palestra, Lima, 2020.

39 NADER HAKIM, *L'autorité de la doctrine civiliste française au XIX siècle*, L.G.D.J., Paris, 2002, dedica un capítulo a «la sistematización de la jurisprudencia», pp. 198-249. En su opinión, más allá del «mito del divorcio», se produce una alianza que marca el carácter específico de la ciencia jurídica francesa. «Los jueces y los miembros de la doctrina forman conjuntamente un sistema jurisprudencial tan indispensable como la ley para el buen funcionamiento del derecho» (p. 200).

publicarse en papel hace mucho tiempo, por razones cuestionables), que tienen particular interés cuando abarcan periodos amplios sobre materias específicas, con el material bien elegido y ordenado sistemáticamente, tras un análisis por especialistas. Pero hoy son bases de datos digitales las consultadas diariamente desde los despachos de abogados. Quién mantiene las bases, con qué criterios, análisis, resúmenes, thesaurus, palabras clave; y quién y cómo puede acceder a las mismas, son cuestiones que inciden directamente en «el papel de la jurisprudencia en el Derecho catalán contemporáneo». No importan solo las condiciones de acceso a la jurisprudencia como bien público, sino más aún las de producción del bien, que es mucho más y distinto que la mera acumulación de textos de sentencias de los tribunales. La Inteligencia Artificial puede cambiarlo todo (ya lo hace); pero las IA tienen dueño: pienso que mejor que sea público el de las IA enseñadas para formular a pedido el informe sobre la jurisprudencia sobre un tema.⁴⁰ En todo caso, habrá que pensar sobre ello.

4.5. Y termino con unas breves indicaciones sobre jurisprudencia y fuentes del derecho: tentativas, fragmentarias y no concluyentes.

La imagen o metáfora de la «pirámide normativa kelseniana» (en realidad, la imagen procede de Adolf Merkl) ha dejado de ser útil, al menos, como principal y dominante. Presupone una identificación del Derecho con el Derecho estatal, así como la existencia de un Estado soberano; a la vez que se desentiende de la real pluralidad de Estados y la existencia de otros poderes normativos extra o supraestatales.

40 Un informe del Parlamento europeo en 2021 daba por supuesto que «dado que un número cada vez mayor de litigios derivados del Derecho internacional privado se genera como consecuencia de la internacionalización de las actividades humanas, ya sean en línea o en el mundo real, la IA puede ayudar a resolverlos creando modelos que permitan identificar la competencia judicial y el Derecho aplicables en cada caso, así como identificar los conflictos de leyes más arduos y proponer soluciones para resolverlos». Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de enero de 2021, sobre inteligencia artificial: cuestiones de interpretación y de aplicación del Derecho internacional en la medida en que la UE se ve afectada en los ámbitos de los usos civil y militar, así como de la autoridad del Estado fuera del ámbito de la justicia penal (2020/2013(INI)), 88. También, «67. Señala que la IA se utiliza de forma cada vez más habitual en el ámbito judicial para tomar decisiones más racionales y más coherentes con las leyes vigentes, y de manera más rápida; celebra que, previsiblemente, mediante el empleo de la IA, se acelere el ritmo de los procesos judiciales».

Merece la pena explorar la metáfora de la red.⁴¹ Toda la información jurídica circula entre los nodos de una red en malla (no totalmente conexas, es decir, algunos nodos no tienen conexión con otros), cada uno de los cuales puede o debe utilizarla según sus propias reglas. Algunos de estos nodos corresponden a jueces y tribunales, cada uno en su jurisdicción. Puede entenderse como fuente, para cada uno de ellos, la información que puede utilizar en las argumentaciones conducentes a sus decisiones (que serán nueva información circulante en la red), provengan de donde provengan. Un dato relevante para utilizar la metáfora de la red es que los jueces del Estado español son jueces del Derecho del Estado, de los Derechos autonómicos y del Derecho europeo; también de los tratados internacionales, en particular de las convenciones de derechos humanos.

Ya se entiende que las fuentes son diferentes (más o menos) para cada nodo. Generalizando, «desde el punto de vista argumentativo, las fuentes del derecho son los materiales que un jurista puede (o debe) utilizar como premisa de sus razonamientos (justificativos)».⁴² Jurisprudencia vendría a

41 No es una novedad, lo propusieron hace más de veinte años FRANÇOIS OST et MICHEL VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, F.U.S.L., n°94, 2002. «La thèse fondamentale de cet ouvrage est que, de la crise du modèle pyramidal, émerge progressivement un paradigme concurrent, celui du droit en réseau, sans que disparaissent pour autant des résidus importants du premier, ce qui ne manque pas de complexifier encore la situation» (p. 14). Todo tiene sus antecedentes. En 1997 el sociólogo Manuel Castell ya enunciaba en la cubierta de uno de sus libros «la sociedad red» y caracterizaba al «Estado red» (CASTELLS, Manuel. *La era de la información, I. La sociedad red*: Madrid: Alianza, 1997). En el vol. III de la misma obra mostraba «Un Estado caracterizado por compartir la autoridad (es decir, en último término, la capacidad de imponer la violencia legitimada) a lo largo de una red... Los datos disponibles y los debates recientes de la teoría política parecen sugerir que el Estado red, con su soberanía de geometría variable, es la respuesta de los sistemas políticos a los retos de la globalización. Y la Unión Europea puede ser la manifestación más clara hasta la fecha de esta forma de Estado emergente, probablemente característica de la era de la información.» CASTELLS, M.: *La era de la información. Economía, sociedad, cultura*. Vol. III, Alianza, Madrid 1998, pp. 364 y 365. Se hizo eco tempranamente de estas ideas Aurelio de PRADA GARCÍA, «Pirámides y redes: el concepto de derecho», BFD: *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, N° 14, 1999, págs. 173-198.

42 Son palabras de Manuel Atienza, filósofo del Derecho, que a su vez cita a otro de su misma escuela, Josep Aguiló, en obras muy recomendables sobre *Fuentes del Derecho*. Manuel ATIENZA, *Curso de argumentación jurídica*, Trotta, Madrid, 2013, p. 332. Josep Aguiló, «Fuentes del Derecho», en Jorge Luis FABRA ZAMORA (coord.), Alvaro NÚÑEZ VAQUERO (coord.) *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, vol II, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 1019; *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*, Ariel, Barcelona, 2000.

ser así el conjunto de decisiones de los jueces o la doctrina implícita en ellas que otros operadores jurídicos (señaladamente, los jueces) pueden o deben utilizar en sus argumentaciones jurídicas.

Una advertencia interlocutoria para civilistas (profesores o no) y otros juristas en general: la teoría de las fuentes del Derecho ha dejado de ser competencia profesional de los civilistas; en particular, ya no la enseñamos, pues, de acuerdo con los planes de estudio, la competencia ha pasado a los filósofos del Derecho. En el fondo, hace tiempo que no cultivábamos la teoría de las fuentes (ni la de la norma jurídica, ni la de la interpretación, ni la de los derechos subjetivos). La realidad ha desbordado por todos los lados lo que pretende decir el Código civil, en cuyo Título Preliminar de 1974 se encuentra el precipitado de la mejor doctrina civil de la época. Hoy su exégesis o comentario es casi irrelevante, salvo para una reconstrucción histórica.

La metáfora de la pirámide corresponde a la concepción del Derecho del positivismo normativista. Las herramientas que esta concepción ofrece al jurista son, por lo menos, insuficientes y, en muchos aspectos, inadecuadas, para abordar el análisis de los órdenes jurídicos actuales en el marco de las Constituciones. Los principios, los valores y los derechos humanos forman parte de nuestro ordenamiento de una manera característica y, en consecuencia, el discurso jurídico incorpora también razonamientos morales. Para el (neo)constitucionalismo (o pospositivismo) «el Derecho no puede verse como una realidad ya dada, como el producto de una autoridad (de una voluntad), sino (además y fundamentalmente) como una práctica social que comporta una pretensión de corrección o de justificación».⁴³ A esta práctica corresponde una (distinta) teoría del Derecho, con su propia teoría de las fuentes (y, en ella, de la jurisprudencia).

43 ATIENZA, *Curso de argumentación*, p. 29.

La creación de la norma jurisprudencial y los tribunales superiores de justicia*

El diálogo entre el Tribunal Supremo y los Tribunales Superiores de Justicia

Francisco de P. Blasco Gascó

Catedrático de Derecho Civil. Universitat de València (E.G.)

Sumario

I. Creación y eficacia de la norma jurisprudencial

1. Una expresión afortunada
2. La doctrina jurisprudencial desde la jurisprudencia
3. La insistencia del «modo reiterado»
4. Concreción de la norma jurisprudencia: la *ratio decidendi* y los *obiter dicta*
5. El complemento del ordenamiento jurídico
6. La doctrina jurisprudencial en los derechos civiles autonómicos
7. Eficacia de la norma jurisprudencial: la transcendencia normativa de la interpretación uniforme

II. El diálogo entre el tribunal supremo y los tribunales superiores de justicia

1. Los distintos vértices jurisdiccionales
2. La llamada casación foral o autonómica
 - 2.1. Ámbito de la casación foral: las «necesarias especialidades»
 - 2.2. Normas reguladoras de la casación autonómica declaradas inconstitucionales
 - 2.3. Normas sobre el recurso de casación foral declaradas constitucionales
3. La configuración de doctrina jurisprudencial por los Tribunales Superiores de Justicia

* Este trabajo ha sido entregado el mes de mayo de 2023, antes de la publicación en el BOE del Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio.

4. Relación no jerárquica entre el Tribunal Supremo (Sala Primera) y los Tribunales Superiores de Justicia
 5. Relación competencial entre el Tribunal Supremo y los Tribunales Superiores de Justicia
 6. La cuestión en el ámbito contencioso-administrativo
- Bibliografía

I. Creación y eficacia de la norma jurisprudencial

1. Una expresión afortunada

Hay expresiones que, no se sabe muy bien por qué, hacen fortuna. Y la hacen a pesar de que tampoco sepamos exactamente qué significan.¹

En el ámbito del derecho civil seguimos diciendo, porque lo dice el art. 1-6 CC desde 1974,² que

«La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho».

La expresión se mantiene en el art. 11-1 (Fuentes del Derecho), apartado 6 de la Propuesta de Código civil de la Asociación de Profesores de Derecho

1 En el ámbito de las ciencias experimentales, todos hemos dicho alguna vez al referirnos a un problema de difícil solución o a una situación de difícil o imposible salida que es un agujero negro; o que tal cosa es como la antimateria. Sin saber muy bien qué es un agujero negro ni la antimateria. Es verdad que el DRAE dice qué es la antimateria —materia compuesta de antipartículas— y qué es un agujero negro; pero es igual: tampoco sabemos muy bien qué son las antipartículas ni qué es un agujero negro, aunque las defina el DRAE.

2 Decreto 1836/1974, de 31 de mayo por el que se sanciona con fuerza de Ley el texto articulado del título preliminar del Código Civil (publicado el 9 de julio de 1974 y en vigor desde el 29 de julio de 1974). La redacción original del Código civil no hace referencia alguna a la jurisprudencia, salvo en la Disposición Adicional Tercera que humildemente decía y sigue diciendo: «En vista de estos datos (las Memorias anuales de los Presidentes del Tribunal Supremo y de las Audiencias Territoriales y el ejemplar de la Estadística civil del año en curso), de los progresos realizados en otros países que sean utilizables en el nuestro y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la Comisión de Codificación formulará y elevará al Gobierno cada diez años las reformas que convenga introducir.»

civil, pero no en futuro simple o imperfecto, sino en presente de indicativo e introduciendo las sentencias de pleno del Tribunal Supremo:

«La jurisprudencia complementa el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado o en sentencias de pleno, establece el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho».

Del citado art. 1-6 CC, derivamos que la jurisprudencia son los criterios que establecen los Tribunales en la interpretación y aplicación de la ley, de la costumbre y de los principios generales del derecho.

De estos criterios interpretativos y aplicativos de las normas jurídicas, solo una parte (los reiterados por el Tribunal Supremo: «la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo») complementa el ordenamiento jurídico. Lo cual nos permite distinguir entre jurisprudencia (o conjunto de sentencias de un tribunal) y doctrina jurisprudencial (o criterios interpretativos de las normas jurídicas reiterados por el Tribunal Supremo).

Así, el precepto ha planteado básica y tradicionalmente dos cuestiones:

- a) Qué es «de modo reiterado».
- b) Qué es «complementará el ordenamiento jurídico» y, en su caso, cómo lo complementa. Es decir, cómo se incardina la doctrina reiterada en el ordenamiento jurídico y con qué eficacia.³

3 Esta expresión («complementará») ha servido de campo de batalla para la discusión (hasta qué punto baldía) acerca de si la jurisprudencia es o no fuente del derecho. La Exposición de Motivos del Decreto 1836/1974, de 31 de mayo dice: A la jurisprudencia, sin incluirla entre las fuentes, se le reconoce la misión de complementar el ordenamiento jurídico. En efecto, la tarea de interpretar y aplicar las normas en contacto con las realidades de la vida y los conflictos de intereses da lugar a la formulación por el Tribunal Supremo de criterios que si no entrañan la elaboración de normas en sentido propio y pleno, contienen desarrollos singularmente autorizados y dignos, con su reiteración, de adquirir cierta transcendencia normativa. Parece claro que nuestro sistema es un sistema normativista, presidido por el principio de legalidad (arts. 9-3 y 117-1 C.E.) y con un sistema de fuentes instaurado en el art. 1-1 C.C., en el que la primacía corresponde a la Ley, hasta el punto de que el valor de las demás fuentes y su propia consideración como fuentes es determinado, precisamente, por la Ley. Por tanto, al menos formalmente, la jurisprudencia no es fuente del derecho, no es centro de producción de normas jurídicas, sino de criterios de interpretación y aplicación de las mismas, de acuerdo con los cánones del art. 3 CC. Vid. DÍEZ-PICAZO, LUIS, «Comentario al art. 1 CC», en Comentario al Código Civil, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 11.

2. La doctrina jurisprudencial desde la jurisprudencia

Curiosamente, ha sido la jurisprudencia del Tribunal Supremo, no el legislador (que se limita a requerir que sea «de modo reiterado»), quien ha dicho qué es la doctrina jurisprudencial: cómo nace, cómo se debe invocar, cómo se cambia.⁴ Así, un estudio acerca de la doctrina jurisprudencial (o doctrina reiterada) como norma o criterio de interpretación y aplicación de las normas jurídicas se debe realizar a partir de la propia doctrina jurisprudencial. En este punto, la jurisprudencia también es ambigua.⁵

Efectivamente, se pueden encontrar algunas sentencias que afirman que la jurisprudencia es fuente del derecho⁶, pero lo hacen para resaltar que la interpretación jurisprudencial debe ser acatada tanto por los Tribunales inferiores como por las partes de cada caso.⁷

Otras veces, la Sala Primera del Tribunal Supremo ha mantenido algunos pronunciamientos un tanto ambiguos, dotando a la doctrina

4 Efectivamente, no deja de ser curioso que sea la propia jurisprudencia la que haya determinado qué es jurisprudencia o doctrina jurisprudencial; como también es curioso que sea el legislador quien determina qué se entiende por interés casacional.

5 Vid. AUGER LIÑÁN, CARLOS, «La jurisprudencia como posible fuente del ordenamiento jurídico», en *El Tribunal Supremo en el ordenamiento constitucional*, (coord. Ramón Trillo Torres *et al.*), Madrid, 2004, pp. 371 y sigs.

6 En algunas sentencias inmediatamente posteriores a la promulgación del Código civil, se mantiene el carácter de fuente del derecho de la jurisprudencia. Pero en la discusión subyacía el problema de la adecuación del hecho de no hallarse la doctrina legal entre las fuentes del derecho (antiguo art. 6 CC) y mantenerse el recurso de casación por infracción de doctrina legal en la parte dispositiva de la sentencia (arts. 1.687, 1.691, 1.692 y 1.782 LEC de 1881). Así, por ejemplo, mientras Valverde consideraba que la infracción de la doctrina legal, tras el Código civil, no era motivo bastante para interponer el recurso de casación, aunque la jurisprudencia cumpla su misión de interpretar el código (Valverde y Valverde, Calixto, *Tratado de Derecho civil español, Parte General*, T. I, 3ª ed., Valladolid, 1925, pp. 179 y 180), Felipe Sánchez Román lo niega (*Estudios de Derecho civil, T. II, Parte General*, 2ª ed., Madrid, 1911, p. 80).

7 Vid. ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL, «La jurisprudencia», en *Revista de Derecho Privado*, 1970, pp. 549 y sigs. Así, la STS 1 de febrero de 1958 dijo expresamente: «atrevida es la apreciación de la sentencia recurrida al desconocer o negar la valoración de la jurisprudencia civil como fuente de derecho, porque si bien es verdad que no aparece mencionada en el art. 6 del Código, también lo es que no han sido derogados los artículos 1687, 1692 y 1782 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que, a efectos de casación y en aras de las certidumbre jurídica, autoriza el recurso extraordinario por infracción de ley, o de doctrina legal, formada ésta por el reiterado y uniforme criterio de la Sala Primera del Tribunal Supremo, en régimen de interpretación y aplicación de normas legales».

jurisprudencial de «cierta transcendencia normativa». Por todas (y son muchas), la STS 15 de julio de 1983 dijo expresamente que la jurisprudencia contiene desarrollos singularmente autorizados y dignos que con su reiteración adquieren cierta transcendencia normativa.⁸

Como fuere, la Sala Primera del Tribunal Supremo no ha dicho, al menos en los últimos tiempos, que la jurisprudencia reiterada es, en sentido estricto, fuente del ordenamiento jurídico civil equiparable a las restantes fuentes formales a que se refiere el art. 1-1 CC, sino que su función se limita a dotar «unidad de criterio en la aplicación e interpretación de la norma jurídica».⁹

Como fuere, el problema de la jurisprudencia no es una cuestión general y abstracta, sino un problema concreto, un *hinc et nunc*, cuya solución se debe buscar en el ordenamiento jurídico y, por extensión, en los criterios jurisprudenciales acerca de la propia jurisprudencia.

En todos los sistemas jurídicos de nuestro entorno cultural y jurídico (incluido el anglosajón), la sentencia desarrolla una doble función:

- a) Por un lado, contiene una regla o norma de conducta individualizada y heterónoma que resuelve el caso en litigio y que vincula directamente a las partes y a sus causahabientes.

8 La STS 6 de marzo de 1992 ha señalado que «las sentencias no establecen normas o reglas susceptibles de parangonarse con los criterios de vigencia y derogación de las leyes..., sino que se limita a explicitar la voluntad legislativa». Con anterioridad, la STS 15 de julio de 1983 dijo expresamente que la jurisprudencia no crea normas en sentido propio y pleno, pero contiene desarrollos singularmente autorizados y dignos que con su reiteración adquieren cierta transcendencia normativa. Claramente lo expresa la STS 3 de enero de 1990: la doctrina jurisprudencial no consiste ni en una «disposición» ni en una «norma», sino más bien en unos «criterios de aplicabilidad», consustanciales con el ejercicio de la función y la independencia propias de los Tribunales. La STS 12 de diciembre de 1990 dice que la «jurisprudencia no puede considerarse como fuente de derecho, sino complementaria del ordenamiento jurídico»..., pero «aun cuando en principio no puede considerarse fuente formal o estricta del ordenamiento jurídico a tenor del artículo 1-1 C.C., es evidente que viene a completar o remodelar dicho ordenamiento a través de la doctrina reiterada que establece, como reconoce el párrafo 6 del mismo precepto, por lo que no cabe desconocer la verdadera transcendencia normativa de la jurisprudencia, tal como expresadamente se dice en la Exposición de Motivos del nuevo Título Preliminar de 1974...». Este mismo pronunciamiento se recoge literalmente en la STS 7 de marzo de 1998.

9 En este sentido, lo afirma expresamente la STS 20 de enero de 1998: «la jurisprudencia no es fuente del derecho aunque tiene el valor que proclama el artículo 1-6 del Código civil de complementar el ordenamiento jurídico, lo que se refleja, como misión más importante, en la función de unidad de criterio en la aplicación e interpretación de la norma jurídica».

b) Por otro lado, contiene una norma o criterio de interpretación que conforma el ordenamiento jurídico, que manifiesta un modo de interpretar y aplicar la norma jurídica: la conforma, pero no forma parte de ella (al menos en nuestro ordenamiento jurídico); la integra, pero no se integra en ella (art. 1-6 CC). De ahí, por ejemplo, la previsión de las memorias anuales y las reformas decenales de las tres Disposiciones Adicionales originarias del Código civil.

Para quien guste de metáforas, se podría decir que son como las manos del alfarero, que moldean la figura de barro sin integrarse en ella.

La cuestión, entonces, se centra en determinar cómo se articula la norma jurisprudencial en el ordenamiento jurídico y, en concreto, en relación con la norma jurídica que interpreta y aplica (legal, consuetudinaria o la derivada de un principio general del derecho).

Esta es una cuestión que, en nuestro ordenamiento jurídico actual, está íntimamente ligada con el principio de legalidad (art. 9-3 CE), con el sometimiento del juez al imperio de la ley (art. 117 CE), con el principio de independencia judicial y con el carácter vinculante del precedente o *stare decisis* derivado de los principios de igualdad y de seguridad jurídica (arts. 9-3 y 14 CE).

El problema de la vinculación o no de la norma jurisprudencial, por tanto, se debe plantear en un contexto distinto al de las fuentes del ordenamiento jurídico. Más todavía, se debe plantear a partir de la determinación de las fuentes: determinadas éstas (art. 1-1 CC y concordantes de las leyes civiles autonómicas), se debe averiguar si alguna de estas fuentes determina la eficacia de la norma jurisprudencial más allá de la resolución del litigio concreto, es decir, si determina su carácter vinculante y con qué efectos y en qué grado. Con otras palabras, que el criterio jurisprudencial sea vinculante (y en la medida en que lo sea) no significa necesariamente que sea norma jurídica ni que la doctrina reiterada sea fuente del ordenamiento jurídico.

De la propia doctrina jurisprudencial, parece derivar una cierta vinculación con el precedente.¹⁰ Pero el propio Tribunal Supremo se apresura a decir que no queda absoluta y definitivamente vinculado por sus resoluciones anteriores, aunque sean reiteradas: lo hace tantas veces cuantas expresa, como función propia de la jurisprudencia, la de evolucionar los criterios

10 Por ejemplo, SSTS 10 de noviembre de 1981, 15 de febrero de 1982, 28 de febrero de 1983.

hermenéuticos, la de completar el ordenamiento jurídico en defecto de norma jurídica directamente aplicable, la adecuación del derecho positivo a la realidad social o el cambio de orientación razonable y no arbitrario.¹¹ En concreto, la STS 5 de marzo de 1991 reconoce expresamente la libertad del juzgador de instancia para seguir o no los criterios asentados por el Tribunal Supremo: «el juzgador de instancia, dice la sentencia, sólo viene obligado a fundamentar sus resoluciones en la ley, pudiendo o no acoger la doctrina de esta Sala, ya se haya manifestado en una o varias resoluciones». Afirmación ésta acorde, al menos formalmente, con el artículo 117-1 CE (sometimiento de los Jueces y Magistrados únicamente al imperio de la Ley), con el artículo 12-1 LOPJ (los Jueces y Magistrados, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, son independientes respecto a todos los órganos judiciales y de gobierno del Poder Judicial) y con el artículo 1-7 CC (los jueces y magistrados deben fallar de acuerdo con el sistema de fuentes establecido: ley, costumbre y principios generales del derecho).

Por tanto, la transcendencia normativa de la doctrina jurisprudencial no se puede traducir en una vinculación absoluta y automática de los órganos judiciales jerárquicamente inferiores a las precedentes resoluciones de los órganos superiores y, en concreto, a la doctrina jurisprudencial establecida por el Tribunal Supremo. El art. 117-1 CE impide, por inconstitucional, que la ley introdujera en nuestro ordenamiento jurídico la regla del precedente vinculante sobre el modelo de los sistemas de *common law*.¹²

Cuestión distinta es si esa transcendencia normativa se materializa en la vinculación del propio órgano judicial con sus propios precedentes (algunas sentencias del Tribunal Supremo se refieren al precedente vinculante¹³ o a la doctrina vinculante¹⁴) y en qué medida se produce dicha vinculación. Aquí reside el problema fundamental de la vinculación del precedente.

11 Así, SSTS 3 de enero de 1990, 2 de julio de 1987, 3 de marzo de 1989, 20 de octubre de 1988, 19 de abril de 1991, 12 de junio de 1991, etc.

12 En el mismo sentido, para el derecho italiano, GUASTINI, R., «Teoria e dogmatica delle fonti», en *Trattato di Diritto civile e commerciale* Cicu-Messineo-Mengoni, Vol. I, t. 1, Milán, 1998, p. 480.

13 SSTS 10 de noviembre de 1981, 15 de febrero de 1982 y 28 de febrero de 1983.

14 STS 23 de enero de 1986.

No parece muy congruente mantener la no vinculación de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo o de un Tribunal Superior de Justicia con la existencia de un recurso de casación por infracción de la jurisprudencia y otro, en interés de ley, cuyo único efecto es, precisamente, formar jurisprudencia. Es decir, no deja de causar perplejidad un sistema en el que se permita al juez resolver libremente de acuerdo con la ley, pero en el que, si no resuelve además de acuerdo con la doctrina reiterada del tribunal superior, éste pueda casar y revocar la sentencia.

Claramente, la STS 1 de febrero de 1958 dijo que el recurso de casación se viene entendiendo como recurso único que evita la anarquía o el desconcierto de cuantos intervienen en la administración de justicia, «lo que no quiere decir que la doctrina jurisprudencial sea absolutamente inalterable, pero sí que es ineludible mantenerla y obligado acatarla en tanto las circunstancias del vivir, un inequívoco error o una disposición legislativa, aconsejen o impongan la procedente rectificación».

Por otro lado, téngase en cuenta que, en su caso, la vinculación se produce respecto del fallo, no respecto de los razonamientos jurídicos, salvo que éstos trasciendan al fallo.

En conclusión, en mi opinión, la vinculación a la doctrina jurisprudencial no es una vinculación automática, en tanto en cuanto dicha doctrina no es norma jurídica, sino una vinculación que se manifiesta precisamente de esa forma: en la posibilidad o no de que el Tribunal Supremo o Superior de Justicia case la sentencia del juez o tribunal inferior que se separa de la doctrina jurisprudencial. En definitiva, es una manera de cohonestar los principios de independencia judicial (tal y como se entiende en el ordenamiento jurídico actual), seguridad jurídica y unidad del ordenamiento jurídico.

3. La insistencia del «modo reiterado»

El carácter reiterado del criterio interpretativo de la norma jurídica para poder ser configurado como doctrina jurisprudencial no es sólo una exigencia del artículo 1-6 CC, sino también de la propia jurisprudencia.

Más todavía: si hay una doctrina reiterada del Tribunal Supremo es precisa y claramente la que establece que sólo los criterios interpretativos reiterados de aquél es doctrina jurisprudencial que habilita la interposición de un recurso de casación por su infracción.

Este requisito de reiteración y uniformidad se ha materializado tradicionalmente en la exigencia de, al menos, dos sentencias conformes.¹⁵

Así, en el Acuerdo sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal (Pleno no jurisdiccional de 27 de enero de 2017) la Sala Primera del Tribunal Supremo establece, respecto los requisitos específicos del recurso de casación en interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que

«el concepto de jurisprudencia comporta, en principio, reiteración en la doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo. Es necesario, en consecuencia, que en el escrito de interposición se citen dos o más sentencias de la Sala Primera y que se razone cómo, cuándo y en qué sentido la sentencia recurrida ha vulnerado o desconocido la jurisprudencia que se establece en ellas. Debe existir identidad de razón entre las cuestiones resueltas por las sentencias citadas y el caso objeto del recurso».

Nótese que no basta ya con la cita de dos o más sentencia de la Sala Primera. Además, el recurrente en casación debe razonar «cómo, cuándo y en qué sentido la sentencia recurrida ha vulnerado o desconocido la jurisprudencia que se establece en ellas».

Pero esta exigencia de que se citen dos o más sentencias de la Sala Primera no es absoluta.

No parece que tenga mucho sentido pensar que el criterio interpretativo de una norma jurídica contenido en un determinado y solo pronunciamiento de la Sala Primera del Tribunal Supremo no es nada, mientras que si se contiene en dos sentencias se eleva dicho criterio interpretativo a la categoría de doctrina reiterada con *transcendencia normativa*, con el carácter

15 Sin ánimo exhaustivo, requieren dos o más sentencias las siguientes SSTS 8 de noviembre de 1946, 14 de noviembre de 1951, 27 de marzo de 1952, 3 de noviembre de 1973, 23 de marzo de 1974, 23 de abril de 1975, 24 de noviembre de 1978, 14 de abril de 1979, 6 de noviembre de 1979, 19 de junio de 1981, 10 de noviembre de 1981, 29 de noviembre de 1982, 28 de febrero de 1983, 23 de diciembre de 1983, 7 de diciembre de 1984, 1 de marzo de 1985, 22 de noviembre de 1985, 23 de enero de 1986, 14 de febrero de 1986, 10 de marzo de 1986, 15 de julio de 1988, 12 de diciembre de 1988, 24 de enero de 1989, 19 de mayo de 1989, 2 de junio de 1989, 5 de julio de 1989, 30 de noviembre de 1989, 5 de diciembre de 1989, 11 de diciembre de 1989, 23 de junio de 1990, 4 de julio de 1990, 28 de septiembre de 1990, 5 de marzo de 1991, 14 de junio de 1991, 6 de noviembre de 1991, 2 de diciembre de 1991, 17 de junio de 1992, 16 de diciembre de 1992, 21 de diciembre de 1992, 2 de septiembre de 1993, 30 de septiembre de 1993, 18 de octubre de 1993, 7 de marzo de 1996, 7 de mayo de 1996, 14 de junio de 1996, 5 de octubre de 1996, 31 de diciembre de 1996, 21 de mayo de 1997, 29 de septiembre de 1997, 14 de abril de 1998, etc.

vinculante de precedente a que se refieren, y en los términos en que se refieren, algunas sentencias del propio Tribunal Supremo. Es cierto, como dice el refrán, que una golondrina no hace primavera. Pero también lo es que no deja de ser una golondrina.

Por un lado, puede decirse que, unas veces, no basta con que haya dos sentencias del Tribunal Supremo. Así sucede en todos aquellos supuestos en que ha habido una jurisprudencia vacilante¹⁶ o en que se ha producido un cambio de criterio.¹⁷

Por otro lado, en determinados supuestos puede bastar con una sola sentencia del Tribunal Supremo. A mi entender, son los siguientes:

- a) Si la sentencia dictada por la Sala en Pleno.

Actualmente, la sentencia dictada en Pleno se considera doctrina jurisprudencial y su infracción por la sentencia de segunda instancia habilita para la interposición de un recurso de casación.¹⁸

16 Así, por ejemplo, en sede de compraventa de cosa ajena, o de donación disimulada o de aplicación a los títulos nobiliarios de la prescripción adquisitiva o usucapión por la posesión inmemorial de 40 años.

17 Vale como ejemplo el caso de la STS 30 de julio de 1994: el recurrente cita dos sentencias del Tribunal Supremo (SSTS 19 de febrero de 1982 y 10 de noviembre de 1983) en las que se reconoció la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para el conocimiento de las pretensiones indemnizatorias ejercitadas frente a la Administración, no obstante ser demandada juntamente con persona privada. El Alto Tribunal dice, tras reconocer lo anterior, que tal doctrina no se llegó a consolidar y así, la STS 2 de febrero de 1987 (al igual que otras muchas posteriores) establece que «existe una reiterada doctrina de esta Sala de la que son exponentes las SSTS 15 de octubre de 1976, 22 de noviembre y 17 de diciembre de 1985 y 14 de octubre de 1986...». Como fuera, lo cierto es que la única sentencia anterior, de las citada por el Tribunal Supremo, a las dos invocadas por el recurrente es la de 15 de octubre de 1976. Posiblemente, aquí el problema es que se produjo un cambio de criterio en la orientación jurisprudencial sobrevenido al hecho que originó el litigio, con lo que la cuestión (no planteada) hubiera sido la de la eficacia temporal de los cambios de criterio jurisprudencial.

18 Por último, vid., MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia, *La Jurisprudencia Civil en el marco Constitucional y Europeo*, Valencia, 2023. Según esta autora, una explicación práctica del especial valor que tienen las sentencias del pleno en los términos que les atribuye el acuerdo sobre criterios de admisión podría encontrarse tal vez, en mi opinión, en que la sentencia del pleno requiere un mayor consenso, al ser adoptada por la totalidad de los magistrados que integran la sala y no una de sus secciones, lo que de manera simbólica dota de un respaldo mayor al criterio de interpretación que se fije en la sentencia y deja entrever que el mismo criterio se seguirá en casos parecidos, tanto si la sentencia fuera dictada por una sección como por otra, y cualquiera que fuera su composición, porque

Así, en el mencionado Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 27 de enero de 2017 de la Sala Primera, se establece entre los requisitos específicos del recurso en interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que

«cuando se trate de sentencias del Pleno ..., bastará la cita de una sola sentencia, pero siempre que no exista ninguna sentencia posterior que haya modificado su criterio de decisión».¹⁹

Aunque no lo diga expresamente, la sentencia posterior «que haya modificado su criterio de decisión» debe ser también de Pleno.

b) Si, a criterio de la Sala Primera del Tribunal Supremo, es necesario establecer jurisprudencia o modificar la ya establecida (en cuyo caso, ni siquiera es preciso citar una sentencia previa).

El citado Acuerdo también exime («no será imprescindible») de la cita de sentencias (en este caso, no es necesario ni siquiera la cita de una sentencia) si, a criterio de la Sala Primera del Tribunal Supremo, la parte recurrente justifica debidamente la necesidad de establecer jurisprudencia o modificar la ya establecida en relación con el problema jurídico planteado porque haya evolucionado la realidad social o la común opinión de la comunidad jurídica sobre una determinada materia.

Esta excepción, dice el Tribunal Supremo, tiene el carácter extraordinario que se desprende de su naturaleza. Por ello, concluye el Acuerdo, el recurso no será admisible cuando la Sala Primera del Tribunal Supremo no considere que su jurisprudencia deba ser modificada.

todos los magistrados han respaldado esa interpretación. De este modo, se puede adelantar la fijación de un criterio jurisprudencial a la primera sentencia que establezca el modo de interpretación de una norma para ese tipo de supuestos, ofreciendo ya desde este primer momento cuál ha de ser la solución a seguir por los órganos judiciales inferiores y disipando las dudas al respecto.

19 Con anterioridad al citado Acuerdo, vid. STS 15 de julio de 1988. Esta sentencia establece que, si bien la existencia de una sola sentencia no crea jurisprudencia, «no se puede olvidar y así debe ponerse de relieve que en el caso resuelto por la referida resolución (se refiere a la STS de 2 de julio de 1987 sobre transexualidad) actuó la Sala Primera de este Alto Tribunal en Pleno, lo cual atribuye a la misma una especial fuerza en lo que a la constitución de doctrina jurisprudencial se refiere». Vid. también ALBÁCAR LÓPEZ, JOSÉ LUIS; MARTÍN-GRANIZO FERNÁNDEZ, MANUEL, Código Civil, Doctrina y Jurisprudencia, T. I., Vol. I, 4ª. Ed., Madrid, 1995, p. 38, con cita de la STS 27 de octubre de 1989.

c) Si la sentencia ha sido dictada en recurso de casación por interés casacional.

Es decir, la sentencia dictada en los recursos de casación por oposición a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, por jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales o para la aplicación de norma de vigencia inferior a cinco años carente de doctrina jurisprudencial sobre la misma o sobre otra norma anterior similar.

El recurso de casación por interés casacional tiene como finalidad la fijación (o reiteración) de la doctrina que se estima correcta en contra del criterio que la sentencia recurrida haya seguido frente a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, frente a otras sentencias de Audiencias Provinciales o cuando no exista jurisprudencia sobre una ley que lleva menos de cinco años en vigor (Acuerdo de Pleno no jurisdiccional del Tribunal Supremo y art. 487-3 LEC).

El concepto de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, dice el Tribunal Supremo en su Acuerdo de Pleno no jurisdiccional, comporta la existencia de criterios dispares entre secciones de Audiencias mantenidos cada uno con la suficiente extensión e igual nivel de trascendencia, de modo que puedan calificarse como jurisprudencia operativa en el grado jurisdiccional correspondiente a estos tribunales.

En consecuencia, tiene que acreditarse:

- que existen soluciones diferentes para el mismo problema por parte de distintas Audiencias y
- que no existe jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre dicho problema.

Aquí, la parte recurrente debe invocar al menos dos sentencias dictadas por una misma sección de una Audiencia en las que se decida colegiadamente en un sentido y al menos otras dos, procedentes también de una misma sección de una Audiencia, diferente de la primera, en las que se decida colegiadamente en sentido contrario. En uno de estos dos grupos debe figurar la sentencia recurrida.

Para el supuesto de norma de vigencia inferior a cinco años, se debe identificar el problema jurídico sobre el que no exista jurisprudencia y que haya sido resuelto o debiera haberlo sido mediante la aplicación de una norma de menos de cinco años de vigencia.

El cómputo de los cinco años de vigencia de la norma aplicable debe efectuarse tomando como *dies a quo* la fecha de su entrada en vigor y como *dies ad quem* la fecha en que la norma fue invocada por primera vez en el procedimiento.

Asimismo, se debe justificar que no existe doctrina jurisprudencial de la Sala Primera Tribunal Supremo (o del Tribunal Superior de Justicia, en su caso) relativa a normas anteriores de igual o similar contenido.

d) Si la sentencia se dictó en un recurso de casación interpuesto en interés de Ley.²⁰

Así, el art. 490 LEC (Resoluciones recurribles en interés de la ley) establece que «podrá interponerse recurso en interés de la ley, para la unidad de doctrina jurisprudencial, respecto de sentencias que resuelvan recursos extraordinarios por infracción de ley procesal cuando las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia sostuvieran criterios discrepantes sobre la interpretación de normas procesales.»

Y el art. 493 LEC (Sentencia) determina que «la sentencia que se dicte en los recursos en interés de la ley respetará, en todo caso, las situaciones jurídicas particulares derivadas de las sentencias alegadas y, cuando fuere estimatoria, fijará en el fallo la doctrina jurisprudencial. En este caso, se publicará en el “Boletín Oficial del Estado” y, a partir de su inserción en él, complementará el ordenamiento jurídico, vinculando en tal concepto a todos los Jueces y tribunales del orden jurisdiccional civil diferentes al Tribunal Supremo».

La razón es que en este recurso el Tribunal Supremo unifica doctrina.

e) Si la sentencia cambia el criterio interpretativo, máxime si el cambio es expreso y razonado o justificado.²¹

f) Aunque el supuesto es dudoso, parece que debe bastar una sola sentencia en los casos en que la Sala Primera se pronuncia por primera vez determinando la norma o el principio general y su interpretación.²²

Si, en este caso, no se permite el recurso de casación por infracción de la doctrina asentada en esa sola sentencia y no hay actuación legislativa, ¿cómo

20 CORBAL FERNÁNDEZ, JESÚS E., *Práctica Procesal Civil*, (Brocá-Majada-Corbal-G^a. Varela), 22^a ed., Barcelona, 1996, t. VIII, apart. 44, p. 5.027.

21 CORBAL FERNÁNDEZ, JESÚS E., *Práctica Procesal Civil...*, p. 5.027.

22 Por ejemplo, en las SSTS 2 de julio de 1987 y 3 de marzo de 1989 sobre transexualidad.

se podrá establecer doctrina jurisprudencial? En tales casos, posiblemente el motivo de casación deba ser infracción de la norma jurídica (principio general del derecho o norma legal aplicada por analogía) determinada o fijada por la sentencia para la resolución del primer caso en litigio.

En cualquier caso, una sola sentencia pone de manifiesto un determinado carácter interpretativo, sobre todo cuando la falta de reiteración de supuestos no permite la fijación de doctrina.²³

Finalmente, se debe distinguir entre la invocación de una sola sentencia como infracción de jurisprudencia y la alegación o argumentación jurídica con base en la interpretación normativa realizada por una sentencia del Tribunal Supremo, como reiteran las SSTs 23 de diciembre de 1983 y 17 de junio de 1992.

En esencia, puede decirse que la exigencia de la reiteración en el criterio jurisprudencial, requerido tanto por el art. 1-6 CC como por la propia jurisprudencia y el Acuerdo del Pleno de la Sala Primera, no exige más que la manifestación de la voluntad de mantener un criterio continuo o uniforme.

Cuando esta voluntad de permanencia se manifiesta en una sola sentencia, se debe entender que, a efectos de establecer doctrina jurisprudencial y, por tanto, a efectos también casacionales, basta una sola sentencia (lo contrario conduce al absurdo en los supuestos de cambio de criterio).

En cambio, no son suficientes dos o más sentencias del Tribunal Supremo si no expresan la voluntad de que el criterio jurisprudencial fijado en las mismas tiene un carácter estable o, como dice la STS 30 de abril de 1986, «un perfil de certidumbre y de unidad y de forma reiterada, es decir, permanente».

El Tribunal Supremo ha señalado, también repetidamente, no sólo que el criterio interpretativo debe ser reiterado para ser, precisamente, doctrina jurisprudencial y que los hechos en conflicto deben ser análogos a los de las sentencias invocadas como precedente vinculante, sino que, además, la solución del conflicto en litigio debe exigir la misma solución que la asentada en la doctrina jurisprudencial en litigios anteriores y análogos, atendiendo, por tanto, a la fundamentación del

23 En este sentido, SSTs 23 de diciembre de 1983 y 5 de diciembre de 1989.

fallo,²⁴ lo cual nos conduce a la distinción entre a la *ratio decidendi* y los *obiter dicta*.²⁵

Ante la conjunción de estos requisitos, el Tribunal Supremo o queda vinculado por su propia doctrina y falla en consecuencia o se aparta del precedente vinculante y cambia, de manera razonada y no arbitraria, de orientación o criterio jurisprudencial.

4. Concreción de la norma jurisprudencia: la *ratio decidendi* y los *obiter dicta*

Como ya se ha señalado, el Tribunal Supremo ha repetido que sólo es doctrina jurisprudencial la reiterada y que los hechos en conflicto deben ser análogos a los de las sentencias invocadas como precedente vinculante, sino que, además, la solución del conflicto en litigios debe exigir la misma solución que la asentada en la doctrina jurisprudencial en litigios anteriores y análogos, atendiendo, por tanto, a la fundamentación de la *ratio decidendi* y no a los *obiter dicta*. Es decir, que la doctrina jurisprudencial la conforman las *rationes decidendi*, pero no los *obiter dicta* de las sentencias.

Así, el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 27 de enero de 2017 de la Sala Primera del Tribunal Supremo señala que no basta con la cita de dos o más sentencias de la Sala Primera, sino que además es necesario «que se razone cómo, cuándo y en qué sentido la sentencia recurrida ha vulnerado o desconocido la jurisprudencia que se establece en ellas. Debe existir identidad de razón entre las cuestiones resueltas por las sentencias citadas y el caso objeto del recurso».

24 La distinción entre ratio y obiter en la invocación de sentencias precedentes es doctrina reiterada del Tribunal Supremo. Entre otras muchas, SSTs 25 de mayo de 1998, 29 de septiembre de 1997, 21 de mayo de 1997, 20 de marzo de 1997, 24 de marzo de 1995, 7 de marzo de 1996, 7 de mayo de 1996, 14 de junio de 1996, 5 de octubre de 1996, 31 de diciembre de 1996, 11 de noviembre de 1991, 16 de junio de 1991, 24 de enero de 1984, 28 de febrero de 1983, 15 de febrero de 1982, 10 de noviembre de 1981, 25 de marzo de 1976, 20 de junio de 1975, 7 de mayo de 1970.

25 Para la distinción, en nuestra doctrina, PUIG BRUTAU, José, «Cómo ha de ser invocada la doctrina civil del Tribunal Supremo», en Medio Siglo de Estudios jurídicos, Valencia, 1997, pp. 188 y sigs.; DÍEZ-PICAZO, Luis, Estudios sobre la jurisprudencia, 2ª. ed. (reimp), vol I, Madrid, 1979, pp. 1 y sigs.; GALGANO, Francesco, «L'interpretazione del precedente giudiziario», en Contratto e Impresa, 1985, pp. 701 y sigs.

Sin embargo, la distinción entre *ratio* y *obiter* no es una tarea fácil, como han puesto de manifiesto la doctrina anglosajona.

En el sistema anglosajón, donde rige la regla del *stare decisis* o del precedente la distinción entre *ratio decidendi* y *obiter dictum* es fundamental porque la creación judicial de la norma jurídica deriva precisamente de la *ratio decidendi*. Es, por tanto, una distinción esencial y propia de los sistemas regidos por el *stare decisis* o el precedente vinculante.

En cambio, en los sistemas normativistas como el nuestro, basados en el principio de legalidad, posiblemente la distinción no alcance tal importancia toda vez que la norma jurídica la crea fundamentalmente la ley, mientras que el juez y, en concreto, el Tribunal Supremo, se limitan a interpretarla y aplicarla.

La primera dificultad que surge es determinar qué es y cual es la *ratio decidendi* de una sentencia.²⁶ Wambaugh dijo que es la regla general sin la cual el caso se hubiera resuelto de manera distinta o la proposición jurídica considerada por el tribunal como necesaria para su decisión.

Cross-Harris la definen como cualquier regla jurídica tomada en consideración por el juez expresa o implícitamente como paso necesario para llegar a su conclusión.

Días dice que hay tres maneras de entender qué sea *ratio decidendi*:

- a) La razón por la cual se decide o la razón de la decisión.
- b) La regla de derecho ofrecida por el juez como base de la decisión.
- c) La norma jurídica que otros consideran con autoridad vinculante.

Las definiciones no coincidentes de *ratio decidendi* en la doctrina anglosajona pueden sucederse porque, en realidad, son pocos los puntos en los que parece haber acuerdo (y casi todos negativos). Básicamente, todos los autores coinciden que no son *rationes decidendi* las cuestiones de hecho ni los razonamientos incidentales, es decir, los *obiter dicta*. Se puede decir que:

- a) Los *obiter dicta* son los enunciados jurídicos pronunciados más allá de las pretensiones y de las excepciones, ya de las partes ya recogidas de oficio.

26 Una clara exposición de los métodos en CROSS-HARRIS, Precedent..., pp. 52 y sigs., para el test de Wambaugh y su crítica; y pp. 63 y sigs. para el método del Dr. Goodhart; SALMOND, J., Jurisprudence..., pp. 180 y sigs. Una exposición sintética, en ITURRALDE SESMA, VICTORIA, El precedente en el Common Law, Madrid, 1985, pp. 83 y sigs.

b) La *ratio decidendi* es la argumentación implícita necesaria o suficiente para determinar el fallo.²⁷

Mas la cuestión no acaba en la definición de la *ratio decidendi*, sino que renace con mayor dificultad en la determinación de cuál sea la *ratio decidendi* de una concreta sentencia. Baste señalar la proliferación de métodos elaborados por los autores para determinar la *ratio decidendi* de un caso concreto y su distinción de los *gratia dicta*.²⁸

A modo de ejemplo, baste citar el test clásico de Wambaugh, basado en un razonamiento lógico cuya premisa mayor es la *ratio decidendi*, la menor los hechos y la conclusión, la decisión del juez, y en el que la *ratio* se define como la regla general sin la cual el caso se hubiera resuelto de manera distinta o la proposición jurídica considerada por el tribunal como necesaria para su decisión²⁹; el método del Dr. Goodhart, basado en los hechos tomados como sustancial por el juez y en la decisión de éste basada en aquéllos; o el realista de Oliphant. Todo lo anterior sin tomar en consideración los problemas que planten los supuestos en que haya más de una *ratio decidendi* ni los supuestos en que no haya manifestado expresamente la *ratio*.³⁰

Por su parte, los *obiter dicta* se definen, negativamente, como los pronunciamientos que no forman parte de la *ratio* y, por tanto, carecen de autoridad, no son vinculantes, si bien pueden tener alguna relevancia como criterio interpretativo de una ley. Goodhart los define como los hechos cuya existencia no ha sido determinada por el tribunal.³¹

27 MAC CORMICK, «Why cases have rations and what these are», en *Precedent in Law*, (Goldstein ed.) Oxford, 1987, p. 180.

28 Los métodos están expuestos en CROSS-HARRIS, *Precedent...*, pp. 52 y sigs., para el test de Wambaugh y su crítica; y pp. 63 y sigs. para el método del Dr. Goodhart; SALMOND, J., *Jurisprudence...*, pp. 180 y sigs. Vid. también ITURRALDE SESMA, VICTORIA, *El precedente en el Common Law...*, pp. 83 y sigs.

29 Citado por CROSS-HARRIS, *Precedent...*, pp. 52 y 56.

30 Vid. DIAS, R. W. M., *Jurisprudence...*, pp. 140 y 141 y CROSS-HARRIS, *Precedent...*, pp. 47 y sigs. y 81 y sigs.

31 Citado por CROSS-HARRIS, *Precedent...*, p. 76.

Como fuere, esta distinción no parece tan esencial en los sistemas normativistas porque la *ratio decidendi* no crea norma jurídica alguna.³² En otras palabras, la *ratio decidendi* es una *ratio* interpretativa porque, en última instancia, la solución del caso en litigio descansa en la norma jurídica de origen legal, consuetudinario o derivada de un principio general del derecho, no en la norma interpretativa que crea la propia sentencia.

La distinción entre *ratio* y *dictum* en nuestro sistema, aun siendo importante, no puede tener la importancia que se le atribuye en el sistema del precedente y que le atribuye también un sector de la doctrina.³³ No digo que no posea cierta relevancia, sino que ésta no es la misma que la que tiene en el sistema anglosajón, máxime si se entiende la *ratio* como la norma jurídica aplicada por el juez para resolver el caso en litigio porque, en los sistemas normativistas, dicha norma tiene siempre un origen legal, consuetudinario o principista.

En todo caso, la jurisprudencia ha señalado que el recurso de casación no se interpone contra los *obiter dicta* de la sentencia recurrida, sino contra el fallo de ésta y, en su caso, los razonamientos jurídicos vinculados al mismo o que trasciendan a la parte dispositiva.³⁴ Del mismo modo, el Tribunal Supremo ha señalado que la doctrina jurisprudencial cuya infracción fundamenta la interposición de un recurso de casación con base en el 477 LEC es la establecida por las *rationes decidendi* y no por los *obiter dicta* de las sentencias invocadas. Por tanto, en nuestro sistema la bondad práctica de la distinción entre

32 CROSS-HARRIS, *Precedent...*, p. 49: la búsqueda de la *ratio decidendi* es en gran parte una peculiaridad de los procesos judiciales de Inglaterra, Escocia y de los países cuyo sistema legal deriva del nuestro. Así, en las discusiones sobre los argumentos de las decisiones judiciales, en el continente no se comparte la preocupación de los autores anglo-americanos por el método de distinguir la *ratio decidendi* del *obiter dictum*.

33 Así, algunos autores han entendido que la distinción entre *ratio* y *dictum* carece de fundamento. Vid. DENTI, V., en *La giurisprudenza per massime e il valore del precedente*, Padua, 1988, p. 113 y MONETA, G., *I mutamenti nella giurisprudenza della Cassazione civile*, en *I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale* (dir. F. Galgano), Padua, 1993, p. 564.

34 SSTs 23 de diciembre de 1987, 23 de marzo de 1988, 13 de diciembre de 1989, 19 de abril de 1990, 30 de mayo de 1990, 9 de junio de 1990, 17 de junio de 1992, entre otras muchas. Vid. PUIG BRUTAU, JOSÉ, «Cómo ha de ser invocada la doctrina civil del Tribunal Supremo», en *Medio Siglo de Estudios jurídicos*, Valencia, 1997, pp. 190 y sigs. También en *Revista Jurídica de Cataluña*, enero-febrero, 1953.

las *rationes* y los *dicta* se halla en el hecho de que aquéllas son hábiles para conformar doctrina jurisprudencial mientras que éstos no³⁵; sin embargo, ambos son, esencialmente, razonamientos interpretativos de la norma jurídica, por lo que los *dicta* podrán ser invocados, si no como infracción de la jurisprudencia sí, al menos, como infracción de la norma jurídica que interpretan.

La relación entre *ratio* y *obiter* es, a veces, difícil, como se pone de manifiesto en la STS 26 de marzo de 1997, en que el Tribunal Supremo expresa su opinión acerca de la constitucionalidad de la aplicación voluntaria o forzosa de baremos que faciliten o impongan criterios normativos objetivados para el cálculo de las indemnizaciones. Aquí, el Tribunal Supremo rechaza los tres motivos y no da lugar al recurso de casación. Pero, a partir del Fundamento jurídico Cuarto dice:

«El rechazo de los motivos no excusa a la Sala de razonar en profundidad una materia de tanto interés para la exacción de la responsabilidad civil extracontractual derivada de los daños personales sufridos en accidentes de tráfico como es la relativa a la aplicación voluntaria o forzosa de baremos que faciliten, en el primer caso, o impongan, en el segundo, criterios normativos objetivados para el cálculo de la indemnización. En torno a esta cuestión pueden sentarse las siguientes conclusiones...».

Por tanto, todo el razonamiento que le sigue es claramente un *obiter dictum*, pero un *dictum* consciente, reflexivo, meditado, que ocupa dos larguísimos Fundamentos de Derecho; un *dictum* que, en definitiva, puede generar la confianza de que esa es la opinión del Tribunal Supremo acerca de la aplicación voluntaria o forzosa de los baremos y que la seguirá en futuros y sucesivos casos litigiosos en que se discutan precisamente la aplicación voluntaria o forzosa de los baremos.

Por otro lado, el Tribunal Supremo tampoco se aplica su doctrina acerca de la distinción entre los *dicta* y las *rationes*. En la STS 4 de mayo de 1998, declaró la inconstitucionalidad sobrevenida del procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria con base en distintos argumentos (fundamentalmente, su carácter extrajudicial y la vulneración del art. 117-3 C.E). Este criterio jurisprudencial se ratifica en la STS 20 de abril de 1999, pero ya había quedado expresamente confirmado en la STS 30

35 Pero, como señala GALGANO, a menudo, un *obiter dictum* reiterado en una serie de *rationes decidendi* anticipa una futura *ratio decidendi*. Vid. GALGANO, F., «Quattro note di varia giurisprudenza», en *Contratto e Impresa*, 1992, vol II, p. 535.

de enero de 1999 en la que el propio Tribunal reconoce que tal doctrina no es aplicable al caso concreto en los términos en que se enjuiciaba. Se trataba, pues, de un *obiter dictum*, al menos en cuanto confirmación de la doctrina contenida en la STS 4 de mayo de 1998. Así, la STS 20 de abril de 1999 dice expresamente que la doctrina contenida en la STS 4 de mayo de 1998 «ya fue objeto de ratificación por la sentencia de 30 de enero de 1999, aunque en tal ocasión la pretensión impugnatoria no permitía su aplicación, al caso concreto, en los términos en que se enjuiciaba». Por tanto, un *obiter dictum* ratificó un criterio jurisprudencial todavía no consolidado ni confirmado por la *ratio decidendi* de una segunda sentencia.

Desde otra perspectiva, la distinción entre *ratio* y *dictum* en nuestro sistema jurídico puede tener otra relevancia práctica, más allá de la expresada por el Tribunal Supremo, y que la acercan al sistema del precedente: mientras que la *ratio* vincula al Tribunal, no sólo al Tribunal Supremo sino a cualquier órgano judicial que haya dictado la sentencia, para casos futuros e iguales con base en el elemental principio de justicia en cuya virtud los casos iguales deben ser resueltos de la misma manera³⁶ y, por tanto, sin necesidad de reiteración alguna, los *dicta*, en cambio, precisan de dicha reiteración. Así, PUIG BRUTAU³⁷ dice que se debe distinguir:

- a) La jurisprudencia reiterada, necesaria para que las afirmaciones que son sólo *obiter dictum* puedan ser invocadas como doctrina legal o como principios generales del Derecho en un recurso de casación;
- b) El precedente judicial, que se refiere a la *ratio decidendi* de un caso que, cuando puede ser equiparado a otro pendiente de resolución, impide al tribunal fallar en sentido contrario o distinto. El Tribunal sólo se puede separar señalando las diferencias entre uno y otro caso o razonando el cambio de criterio, es decir, el cambio de *ratio decidendi*.

36 CROSS-HARRIS, Precedent..., cit., p. 3.

37 PUIG BRUTAU, José, «Cómo ha de ser invocada...», cit., p. 208.

5. El complemento del ordenamiento jurídico

En nuestro sistema, la doctrina reiterada (conformada por las sucesivas *rationes decidendi*) complementa³⁸ el ordenamiento jurídico. Esta complementación se realiza por dos vías distintas:

1. En primer lugar, *ex art.* 1-6 CC y normas homólogas de los derechos civiles autonómicos, mediante la reiterada interpretación y aplicación de las fuentes del ordenamiento jurídico correspondiente (en general, de la ley, de la costumbre o del principio general del derecho).
2. En segundo lugar, indirectamente y para el derecho civil estatal, *ex* Disposiciones Adicionales Primera a Tercera del Código civil, en cuya virtud

«El Presidente del Tribunal Supremo y los de las Audiencias Territoriales elevarán al Ministerio de Gracia y Justicia, al fin de cada año, una Memoria, en la que, refiriéndose a los negocios de que hayan conocido durante el mismo las Salas de lo civil, señalen las deficiencias y dudas que hayan encontrado al aplicar este Código. En ella harán constar detalladamente las cuestiones y puntos de derecho controvertidos y los artículos u omisiones del Código que han dado ocasión a las dudas del Tribunal» (D.A. 1ª).

«El Ministerio de Gracia y Justicia pasará estas Memorias y un ejemplar de la Estadística civil del mismo año a la Comisión General de Codificación» (D.A. 2ª).

«En vista de estos datos, de los progresos realizados en otros países que sean utilizables en el nuestro y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la Comisión de Codificación formulará y elevará al Gobierno cada diez años las reformas que convenga introducir» (D.A. 3ª).

Como fuere, a la jurisprudencia se le atribuyen tradicionalmente tres funciones:

38 El DRAE define la voz complementar como dar complemento o servir de complemento a algo. Mientras que complemento es: 1. Cosa, cualidad o circunstancia que las añade a otra para hacerla íntegra o perfecta. 2. Integridad, perfección o plenitud a que llega algo. Así, parece que decir complementar, integrar o completar es lo mismo: añadir algo para hacer una cosa íntegra o completa. Por tanto, la doctrina reiterada del Tribunal Supremo se añade al ordenamiento jurídico para hacerlo íntegro o completo.

- a) La correcta interpretación y aplicación de las leyes o función nomofiláctica (*ius constitutionis*).
- b) La protección de los derechos e intereses de la parte recurrente (*ius litigatoris*).
- c) La fijación de los criterios de interpretación y aplicación de las normas, es decir, la creación de doctrina jurisprudencial.

Como ha señalado I. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, dependiendo del mayor o menor peso que se haya querido dar a cada una de estas tres funciones en cada momento, el recurso de casación se ha configurado de un modo u otro. Las dos primeras —*ius constitutionis* y *ius litigatoris*— determinan una configuración amplia del recurso de casación, mientras que la creación de jurisprudencia supone una restricción notable en el acceso a la casación.³⁹

Por tanto, la doctrina jurisprudencial es un precedente interpretativo, no creador de norma jurídica alguna, que se une no sólo a la norma jurídica que interpreta (que reclama la misma interpretación en el futuro), sino también al caso concreto subsumido en la norma interpretada y al que ésta se aplica.

De este modo, la *transcendencia normativa* que la Exposición de Motivos del Título Preliminar de 1974 otorga a la jurisprudencia y que reitera la propia doctrina jurisprudencial, no deriva del propio criterio jurisprudencial, sino de su objeto de interpretación y aplicación: de la norma jurídica interpretada y aplicada.

En otras palabras, la transcendencia normativa de la jurisprudencia no es una cualidad o carácter ínsito en la misma, sino la transcendencia, la fuerza normativa, del precepto que interpreta y aplica.⁴⁰

Por tanto, la jurisprudencia, las sentencias, no sólo en los sistemas anglosajones, desempeña una doble función:

39 DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, IGNACIO, «La función del Tribunal Supremo: el valor de la jurisprudencia civil», en Cuadernos de Derecho para Ingenieros. Retos de la Justicia, Las Rozas, Madrid, 2017, pp. 224 y sigs., el cual se muestra partidario de potenciar la función de creación de jurisprudencia.

40 El Tribunal Supremo se refiere con reiteración a la función nomofiláctica o a la transcendencia normativa de la jurisprudencia y expresiones similares (también la EM del Decreto 1836/1974, de 31 de mayo y la de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil).

- De un lado, resuelve el conflicto planteado ante el Tribunal, que es un conflicto concreto entre dos partes.

Esta función la realizan todos los órganos judiciales al resolver el litigio planteado ante ellos; la sentencia, así, contiene una regla de conducta heterónoma e individualizada que deben observar los sujetos cuya disputa ha sido sometida a litigio.

- De otro lado, coadyuva al desarrollo del Ordenamiento jurídico al aplicar e interpretar sus normas, es decir, conforma el Ordenamiento jurídico.⁴¹

Esta segunda función, generalmente, queda reservada a los tribunales de superior jerarquía y, por lo que respecta a nuestro sistema, al Tribunal Supremo y a los Tribunales Superiores de Justicia.

Por ello, puede decirse, como dice NICOL, que, en cualquier sistema judicial donde una decisión judicial pueda estar basada o justificada en anteriores decisiones (y esto vale también para nuestro sistema, en orden a la determinación e interpretación de la norma), cada pronunciamiento judicial (en nuestro caso del Tribunal Supremo o de un Tribunal Superior de Justicia) presenta dos elementos:

1. El elemento descriptivo, en cuya virtud el tribunal determina el derecho aplicable.
2. El elemento prescriptivo en cuya virtud el tribunal fija la interpretación y alcance de la norma que aplica.⁴²

Ambos elementos se hallan íntimamente ligados hasta el punto de que, aunque puedan disociarse mentalmente, en la realidad son inescindibles.

De este modo, la función de completar o coadyuvar al desarrollo del Ordenamiento jurídico⁴³ al aplicar e interpretar sus normas, es decir, su

41 Vid. BLASCO GASCÓ, Francisco, *La norma jurisprudencial*, Valencia, 2000, *passim*; DOWLING, N. T.; PATTERSON, W.; POWEL, R., *Materials for legal method*, Chicago, 1946, p. 29.

42 NICOL, A. G. L., «Prospective overruling: a new device for English Courts?» en *The Modern Law Review*, 1976, vol. 39, p. 542.

43 Según Auger Liñán, esta función que cumple la jurisprudencia se desarrolla mediante una labor de sincronización entre el derecho positivo y la realidad social vigente a través de la adecuada exégesis de la ley, la costumbre y los principios generales del derecho. AUGER LIÑÁN, C., «La jurisprudencia como posible fuente...», p. 400. Recientemente, Celia Martínez

conformación, se materializa o manifiesta en los países continentales en la llamada jurisprudencia constante o consolidada emanada de los recursos de casación en los que el Tribunal Supremo y los Tribunales Superiores de Justicia interpretan y aplican la norma jurídica.

Esta interpretación reiterada de la norma jurídica realizada por el Tribunal (Supremo o Superior de Justicia) se adhiere a la norma, de manera que cuando dicha norma deba ser interpretada de nuevo para aplicarla a un caso nuevo, pero igual o similar, deberá interpretarse en los mismo términos o, al menos, deberá tomarse en consideración la interpretación hasta ese momento realizada.

En este sentido, la jurisprudencia tiene menos fuerza que la norma jurídica porque, en un sistema basado en el principio de jerarquía normativa, como es el nuestro (art. 9-3 CE), en el Código civil la jurisprudencia no se considera fuente del Ordenamiento jurídico (arts. 1-1, 1-6 y 1-7 CC). Pero, por otro lado, la jurisprudencia manifiesta una fuerza más allá de la de las propias fuentes del ordenamiento jurídico: la de quien, según la ley, interpreta, fija y da sentido a las normas jurídicas.

Así, se manifiestan las funciones antes dichas: la interpretación de la norma, la fijación de su significado y su alcance manifiesta la función nomofiláctica de la jurisprudencia, su conformación del ordenamiento jurídico, al que dota de uniformidad interpretativa.

De este modo, la estructura básica de la norma jurídica ya no es solo el supuesto de hecho más la consecuencia jurídica, sino que debe completarse con la norma o doctrina jurisprudencial, es decir, con el criterio interpretativo reiterado del Tribunal Supremo o del Tribunal Superior de Justicia:

Norma jurídica = (supuesto de hecho + consecuencia jurídica) + norma o doctrina jurisprudencial.

Escribano ha recordado que no es fácil delimitar el significado que debe atribuirse al término «complementar» que se establece en el art. 1.6 CC, en cuanto que no resulta sencillo saber si en esta función de complemento del ordenamiento el Tribunal Supremo puede incluir elementos no previstos en la norma, y en qué medida esto puede ser creación de normas y, por tanto, fuente de derecho. Pero en esta labor no es posible que el Tribunal asuma una función de creación del derecho. Esta posibilidad está excluida por el propio art. 1.1 CC en relación con el art. 1.6 CC, y tras la aprobación de la Constitución también por el art. 9 CE, como consecuencia del sometimiento de los jueces a la ley y a la Constitución.

6. La doctrina jurisprudencial en los derechos civiles autonómicos

La doctrina jurisprudencial del correspondiente Tribunal Superior de Justicia tampoco se considera fuente del Ordenamiento jurídico en los distintos derechos civiles autonómicos:

- En el Derecho civil catalán, la Exposición de Motivos de la Ley 29/2002, de 30 de diciembre, primera Ley del Código Civil de Cataluña, dice expresamente que «si bien no como fuente del derecho, este último artículo (se refiere al art. 111-2 CCCat) reconoce a la jurisprudencia civil del Tribunal de Casación de Cataluña, en la medida en que no haya sido modificada por la legislación vigente, y a la emanada del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, el valor de doctrina jurisprudencial a los efectos del recurso de casación».
- En el Derecho civil gallego, en el que el art. 1-1 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia dice que «Las fuentes del derecho civil de Galicia son la ley, la costumbre y los principios generales que integran e informan el ordenamiento jurídico gallego».
- Para el País Vasco, el art. 1-1 de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco determina que «constituyen el Derecho civil de la Comunidad Autónoma del País Vasco las disposiciones de esta ley, la costumbre y los principios generales del Derecho que lo inspiran».
- En el derecho civil foral navarro, la prelación de fuentes del derecho es, en virtud de la Ley 2 de la Ley 1/1973 de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra,⁴⁴ la siguiente:
 1. La costumbre establecida por la realidad social navarra.
 2. Las leyes de la presente Compilación y las Leyes civiles navarras.
 3. Los principios generales del Derecho navarro.
- En el Derecho aragonés, art. 1 del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas, establece que «las fuentes del Derecho civil de Aragón son la ley, la costumbre y los principios

⁴⁴ Redacción dada por la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo.

generales en los que tradicionalmente se inspira su ordenamiento jurídico». Si bien,

- a) La costumbre tiene fuerza de obligar cuando no sea contraria a la Constitución o a las normas imperativas del Derecho aragonés (art. 2-1);
 - b) conforme al principio *standum est chartae*, se estará, en juicio y fuera de él, a la voluntad de los otorgantes, expresada en pactos o disposiciones, siempre que no resulte de imposible cumplimiento o sea contraria a la Constitución o a las normas imperativas del Derecho aragonés (art. 3).
- Finalmente, el art. 1-2 del Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la compilación del derecho civil de las Islas Baleares establece que «las fuentes del Derecho civil de las Illes Balears son: La Compilación y las normas autonómicas que afecten a la materia de derecho civil, la costumbre y los principios generales del derecho civil propio».

La jurisprudencia, por tanto, no tiene fuerza creadora de normas jurídicas en ninguno de los ordenamientos jurídicos civiles del Estado español. Su función, pues, es otra. Como la del Tribunal Supremo, la fuerza de quien, según la ley, interpreta, fija y da sentido a las normas jurídicas.

Así, el art. 111-2 CCCat (Interpretación e integración) dice en su apartado segundo que

«en especial, al interpretar y aplicar el derecho civil de Cataluña deben tenerse en cuenta la jurisprudencia civil del Tribunal de Casación de Cataluña y la del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña no modificadas por el presente Código u otras leyes. Una y otra pueden ser invocadas como doctrina jurisprudencial a los efectos del recurso de casación».

Y el art. 2 (La jurisprudencia) de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco dice que la jurisprudencia depurará la interpretación e integrará los preceptos del Derecho civil vasco. Y que, por jurisprudencia, a los efectos del Derecho civil vasco, se ha de entender la doctrina reiterada que en su aplicación establezcan las resoluciones motivadas de los jueces y tribunales con jurisdicción en el País Vasco.

El art. 2-2 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia establece que «el derecho gallego se interpretará e integrará desde los principios generales que lo informan, así como con las leyes, los usos, las

costumbres, la jurisprudencia emanada del Tribunal Superior de Justicia de Galicia y la doctrina que encarna la tradición jurídica gallega».

Y, a semejanza del art. 1-6 CC, el art. 1-3-6^a del Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la compilación del derecho civil de las Islas Baleares establece que la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears y, en su caso, del Tribunal Supremo, complementará el ordenamiento civil balear.

7. Eficacia de la norma jurisprudencial: la transcendencia normativa de la interpretación uniforme

Los criterios reiterados de interpretación de una norma jurídica no se confunden, sin embargo, con la norma jurídica interpretada, no son proposiciones normativas generales y abstractas; en su caso, la norma jurídica es, precisamente, la que determina la vinculación del Tribunal al criterio interpretativo consolidado, no el criterio de interpretación en sí mismo considerado. De hecho, a lo largo de su vida, una misma norma jurídica puede ser objeto de distintas interpretaciones, sucesivas y reiteradas *ex art. 3-1 CC*.

De este modo, la eficacia normativa de la sentencia en cuanto precedente se identifica con la de las normas jurídicas interpretadas; incluso en los supuestos en que la sentencia o sentencias colman una laguna mediante la concreción de un principio general del derecho, su eficacia normativa no vive más allá de la propia de la norma o normas de las que se extrae el principio general, porque éste, como señaló *ESSER*, no actúa independientemente de la ley.⁴⁵

El Tribunal con capacidad para crear doctrina jurisprudencial (en nuestro caso, el Tribunal Supremo o el Tribunal Superior de Justicia) no da la interpretación exacta de la ley, sino la interpretación uniforme.

Es cierto que una interpretación reiterada de la norma jurídica realizada por el Tribunal Supremo o Superior de Justicia puede decirse que se adhiere a la misma, de manera que cuando dicha norma es interpretada de nuevo para aplicarla a un caso nuevo, pero igual o similar, debe interpretarse en los mismos términos. Mas esto no deriva de la norma misma ni de una

45 *ESSER, J., Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho*, (trad. E. Valentí Fiol) Barcelona, 1961, p. 3.

determinada estructura de la norma. Si fuera así, deberíamos convenir que los órganos judiciales inferiores están vinculados por las resoluciones de los superiores y, en concreto, por las sentencias del Tribunal Supremo o Superior de Justicia; deberíamos admitir que el precedente interpretativo es norma jurídica; deberíamos admitir también que la separación de la interpretación precedente podría configurar el tipo de prevaricación; deberíamos admitir, en definitiva, un juez legislador y un precedente vinculante en sí mismo, es decir, un precedente cuya fuerza vinculante se hallara en él mismo, como en el sistema anglosajón.

A mi entender, lo anterior carece, además, de fundamento jurídico positivo.

En nuestro sistema el juez sólo está sometido al imperio de la ley; por tanto, la vinculación del precedente no se puede encontrar en el propio precedente, sino que se debe derivar de normas jurídicas legales que, directa o indirectamente, sujeten al órgano judicial a sus pronunciamientos previos, de los que sólo se pueden separar, como en los países del área anglosajona, de manera motivada y razonada. Tales normas jurídicas las podemos hallar en los principios constitucionales de interdicción de la arbitrariedad, de seguridad jurídica, de igualdad en cuanto manifestación de la justicia... Además, también se pueden identificar también normas de legislación ordinaria (art. 1-6 C.C., 477-3 LEC) y criterios jurisprudenciales tendentes a mantener los pronunciamientos previos.

El problema, entonces, reside en determinar el valor de la jurisprudencia, pero no en sentido abstracto, sino en un determinado ordenamiento jurídico, en un *hinc et nunc*. Con palabras de Pizzorusso, el problema es un problema de derecho positivo, el del valor que la ley concede a la jurisprudencia.⁴⁶

Asís Roig distingue entre creación judicial de normas nuevas y la simple creación judicial de normas. En el primer caso, los jueces crearían normas (podrían crearlas) que innovaran el sistema y crearan un derecho nuevo no conectado necesariamente con el existente; en el segundo caso, la creación judicial del derecho estaría conectado o deducido de otras normas jurídicas ya existentes en el ordenamiento. La primera posibilidad es negada por el citado autor con base fundamentalmente en el principio de legalidad y de obediencia

46 PIZZORUSSO, Alessandro, (Delle) Fonti del diritto, Commentario del Codice civile Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1977, p. 528; Id., Lecciones de Derecho Constitucional, Madrid, 1984, vol. II, pp. 403 y sigs.

a la ley. Respecto de la segunda, parece concluir, tras señalar acertadamente que la consideración normativa de la decisión judicial puede ser planteada independientemente de su consideración como fuente, que ningún precepto del ordenamiento jurídico afirma que las decisiones judiciales son normas, pero que del análisis de la actuación judicial se puede llegar a la conclusión contraria. Más que un problema de valoración es un problema de descripción de la actuación judicial, de la decisión judicial.⁴⁷

Claramente aparece en la expresión del art. 477 LEC, el cual establece en su apartado primero que el recurso de casación ha de fundarse, como motivo único, en la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso. Y en su apartado 2-3º dice que cuando la cuantía del proceso no excediere de 600.000 euros o este se haya tramitado por razón de la materia, siempre que, en ambos casos, la resolución del recurso presente interés casacional. Finalmente, el art. 477-3 LEC prescribe que se considera que un recurso presenta interés casacional, entre otros motivos, cuando sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo o, en su caso, del Tribunal Superior de Justicia que deba conocer del recurso de casación sobre normas de Derecho especial (sic) de la Comunidad Autónoma correspondiente.

Entonces, si la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo o Superior de Justicia formara parte del ordenamiento jurídico, la expresión legal sería tautológica.

Llama la atención, en primer lugar, que el interés casacional sea determinado exclusivamente por la ley, sin dejar resquicio alguno al propio Tribunal Supremo (aunque éste lo haya matizado en su citado Acuerdo sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal (Pleno no jurisdiccional de 27 de enero de 2017) o a los Tribunales Superiores de Justicia. En segundo lugar, que hay una referencia continua a la doctrina jurisprudencial sin definirla, por lo que se debe entender que se refiere a la jurisprudencia en los términos en que lo hace el art. 1-6 CC. En tercer lugar, que no se considere expresamente de interés casacional, ni quepa en el recurso en interés de ley para la unidad de la doctrina jurisprudencial, los casos en que haya jurisprudencia del Tribunal Supremo vacilante o contradictoria. En cambio, sí hay interés casacional si la sentencia resuelve

47 Asís ROIG, Rafael F. de, *Jueces y normas. La decisión judicial desde el Ordenamiento*, Madrid, 1995, pp. 89 y sigs.

puntos o cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales.

En realidad, más allá de lo que se entienda por doctrina jurisprudencial y su función nomofiláctica al interpretar y aplicar la norma jurídica, la cuestión fundamental es determinar cómo se manifiesta dicha función.

Ya sabemos que, en nuestro sistema jurídico, no se sigue el principio del *stare decisis*; pero de la lectura de los arts. 477 y sigs. LEC y del Acuerdo sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, podríamos extraer la siguiente conclusión:

La doctrina jurisprudencial son los reiterados criterios de interpretación y aplicación de la norma jurídica del Tribunal Supremo y del Tribunal Superior de Justicia cuya no observancia por los tribunales de instancia habilita para interponer un recurso de casación; y señaladamente la doctrina jurisprudencial son los criterios interpretativos contenidos en las sentencias de Pleno y en las sentencias de los recursos de casación con interés casacional.⁴⁸

De donde complementar significa o se manifiesta en la habilitación para la imposición de un recurso de casación por infracción de la doctrina jurisprudencial. Pero en la resolución del mencionado recurso el Tribunal Supremo o el Tribunal Superior de Justicia puede separarse de la doctrina jurisprudencial cuya inobservancia ha justificado precisamente la interposición de dicho recurso de casación.

El Tribunal Supremo en su citado Acuerdo dice que

«El recurso de casación ha de fundarse en la infracción de normas sustantivas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso (art. 477-1 LEC). Este fundamento es único o exclusivo, en el sentido de que el recurso de casación, en cualquiera de sus modalidades, no puede tener otro sustento».

Pero a continuación afirma:

«Para lograr la debida claridad debe citarse con precisión la norma o jurisprudencia que se consideren infringidos». O que se debe determinar «la infracción de norma o jurisprudencia aplicable al caso que se invoque en el recurso...».

48 Como ya se ha señalado, según el Tribunal Supremo «el recurso de casación por interés casacional va encaminado a la fijación de la doctrina que se estime correcta».

Por tanto, la jurisprudencia infringida (en realidad, la norma jurídica tal y como las sentencias del Tribunal la han interpretado y aplicado) fundamenta el recurso de casación..., sin perjuicio de que el propio Tribunal Supremo se separe de su precedente interpretativo sin posibilidad siquiera de una norma jurisprudencial de jurisprudencia transitoria.

Al final, como señaló Michele Taruffo, «un vértice ambiguo».⁴⁹

II. El diálogo entre el tribunal supremo y los tribunales superiores de justicia

1. Los distintos vértices jurisdiccionales

Cuando se aprueba el vigente art. 1-6 CC, sólo había un órgano legislativo en el Estado y sólo un órgano judicial (el Tribunal Supremo) culminaba/dominaba el «ambiguo» vértice jurisdiccional del Estado.

Actualmente, el art. 123-1 CE dispone que «el Tribunal Supremo, con jurisdicción en toda España, es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales».

Y el art. 152 CE establece que «un Tribunal Superior de Justicia, sin perjuicio de la jurisdicción que corresponde al Tribunal Supremo, culminará la organización judicial en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma».

Por tanto, además del vértice jurisdiccional del Tribunal Supremo, tenemos otros distintos cúlmenes o vértices: el del Tribunal Supremo y el de los Tribunales Superiores de Justicia. Y todos ellos ambiguos.

A la atribución a determinadas Comunidades Autónomas de la competencia legislativa en materia de «derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan» que regula el art. 149-1-8ª CE, la regla 6ª del citado artículo establece que el Estado tiene competencia exclusiva sobre la «legislación procesal, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en

49 TARUFFO, MICHELE, *Il vertice ambiguo. Saggi sulla Cassazione civile*, ed. Il Mulino, Bologna, 1991. Hay versión en castellano: *El vértice ambiguo. Ensayos sobre la Casación Civil*, (trad. Juan Monroy Gálvez y Juan Monroy Palacios), Palestra Editores, Biblioteca de Derecho Procesal, Lima, 2005. Para el sistema francés, vid. CADIEF, LOÏC, «El sistema de la casación francesa», en *Los recursos ante los Tribunales Supremos de Europa*, (Coord. Manuel Ortells Ramos), Editorial Difusión Jurídica, Madrid, 2008, pp. 27 y sigs.

este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas».

Asimismo, el art. 477-3 LEC establece que:

Se considerará que un recurso presenta interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo o resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales o aplique normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a normas anteriores de igual o similar contenido.

Cuando se trate de recursos de casación de los que deba conocer un Tribunal Superior de Justicia, se entenderá que también existe interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial o no exista dicha doctrina del Tribunal Superior sobre normas de Derecho especial de la Comunidad Autónoma correspondiente.

Así se inaugura una etapa presidida por lo que podíamos denominar el diálogo entre el Tribunal Supremo y los Tribunales Superiores de Justicia en orden a la doctrina jurisprudencial.

2. La llamada casación foral o autonómica

2.1. Ámbito de la casación foral: las «necesarias especialidades»

En relación con el alcance del art. 149-1-6ª CE, hay una consolidada doctrina constitucional en cuya virtud la competencia sobre la legislación procesal reservada al Estado como competencia exclusiva, no es plena o absoluta, en tanto en cuanto el citado precepto constitucional permite un espacio de normación a las Comunidades Autónomas, al señalar «sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas».⁵⁰

50 STC (Pleno) 47/2004, de 25 de marzo de 2004 respecto del recurso de inconstitucionalidad 3141/1993 promovido por el Presidente del Gobierno contra la Ley de Galicia 11/1993, de 15 de julio, sobre el recurso de casación en materia de Derecho civil especial. El texto articulado determinaba las resoluciones judiciales susceptibles de recurso de casación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (art. 1); los motivos en los que ha de basarse el recurso (art. 2); la competencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Galicia para conocer del recurso de casación fundado en concretos motivos (art. 3); y el criterio de imposición de las costas procesales (art.

Por tanto, los Estatutos de Autonomía (de las Comunidades Autónomas con derecho civil propio) pueden atribuir a las Comunidades Autónomas la competencia exclusiva sobre las normas procesales que se deriven del específico Derecho.

Los criterios sobre los que se asienta la consolidada doctrina constitucional son los siguientes:

1. La atribución al Estado de la competencia exclusiva sobre legislación procesal responde a la necesidad de salvaguardar la uniformidad de los instrumentos jurisdiccionales.⁵¹
 2. La competencia asumida por las Comunidades Autónomas al amparo de la salvedad recogida en el art. 149-1-6ª CE no les permite, sin más, introducir en su ordenamiento normas procesales por el mero hecho de haber promulgado regulaciones de Derecho sustantivo en el ejercicio de sus competencias; es decir, no pueden innovar sin más el ordenamiento procesal en relación con la defensa jurídica de aquellos derechos e intereses que materialmente regulen. De otro modo, se vaciaría de contenido y significado la especificidad con que la materia procesal se contempla en el art. 149-1-6ª CE.
 3. De este modo, la expresión «necesarias especialidades» sólo permite introducir las innovaciones procesales que inevitablemente se deduzcan, desde la perspectiva de la defensa judicial, de las reclamaciones jurídicas sustantivas configuradas por la norma autonómica en virtud de las particularidades del Derecho civil propio de la Comunidad Autónoma.⁵²
- Por tanto, las singularidades procesales han de limitarse a aquellas que vengan requeridas por la conexión directa con las particularidades del Derecho sustantivo autonómico.

4). La Ley impugnada concluía con una disposición adicional acerca de la aplicación supletoria de las normas sobre el recurso de casación de la Ley de Enjuiciamiento Civil; otra transitoria, que contemplaba la posibilidad de recurrir las resoluciones judiciales dictadas antes de su entrada en vigor y que se encontraran aún en tiempo hábil de ser recurridas; y disposición una final, que establecía la entrada en vigor de la Ley al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial de Galicia.

51 SSTC 71/1982, de 30 de noviembre, FJ 20; 83/1986, de 26 de junio, FJ 2; 173/1998, de 23 de julio, FJ 16 c).

52 SSTC 71/1982, de 30 de noviembre, FJ 20; 83/1986, de 26 de junio, FJ 2; 121/1992, de 28 de septiembre, FJ 4; 127/1999, de 1 de julio, FJ 5.

4. Se debe justificar suficientemente la necesidad de alterar las reglas procesales comúnmente aplicables por requerirlo las particularidades del Derecho sustantivo autonómico, salvo que del propio examen de la Ley se puedan desprender o inferir esas «necesarias especialidades».⁵³

5. Para determinar si la Ley autonómica invade o menoscaba la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación procesal, es menester determinar las premisas en que ha de descansar el entendimiento de la salvedad competencial contenida en el art. 149-1-6ª CE, a fin de dilucidar si los preceptos de la ley autonómica constituyen o no «necesarias especialidades» procesales que encuentran legitimidad constitucional en la cláusula del art. 149-1-6ª CE.

Por tanto, es preciso determinar cuál es el derecho civil sustantivo autonómico, pues solamente a las particularidades que presente tal derecho se les reconoce por el constituyente capacidad para justificar, en su caso, una legislación autonómica específica en el orden procesal.

6. Se debe verificar si entre las peculiaridades del ordenamiento sustantivo autonómico y las singularidades procesales incorporadas por el legislador autonómico existe una conexión directa que las justifique, es decir, que las legitime como necesarias en los términos de la cláusula competencial del art. 149-1-6ª CE.

Esta «necesidad», dice el Tribunal Constitucional, «no puede ser entendida como absoluta, pues tal intelección del precepto constitucional dejaría vacía de contenido y aplicación la habilitación competencial que éste reconoce en favor de las Comunidades Autónomas».⁵⁴

Por tanto, la protección jurisdiccional que supone el recurso de casación del que conocen las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, con base en la atribución competencial efectuada por el legislador estatal (art. 73-1 a) LOPJ y art. 478-1, segundo párrafo, LEC), y la atribución competencial del correspondiente Estatuto de Autonomía, debe proyectarse sobre el concreto ordenamiento civil foral o especial y las particularidades que lo configuran.

Así, la sola existencia del recurso de casación civil foral, cuya competencia corresponde a la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia, no habilita

53 STC 127/1999, de 1 de julio, FJ 5.

54 STC (Pleno) 47/2004, de 25 de marzo de 2004.

sin más a la Comunidad Autónoma para emanar una normación procesal que regule por completo y en su totalidad los presupuestos procesales y el procedimiento del recurso de casación, constituyendo por esta vía una regulación independiente y diversa de la legislación procesal del Estado.

Dicha habilitación solo deriva de la directa conexión entre lo que tiene de particular el Derecho civil foral y la especialidad procesal incorporada, que surge así como especialidad necesaria y encaminada, precisamente, a preservar y proteger el Derecho sustantivo y las particularidades que lo informan, con un adecuado grado de intensidad y eficacia.

De este modo, el Tribunal Constitucional considera imprescindible el análisis la legislación procesal general respecto de la que se predicen las especialidades incorporadas por la ley autonómica. Pero sin que ello implique que la legislación procesal estatal sobre el recurso de casación civil, que es la contenida en la Ley de enjuiciamiento civil, sea el canon o parámetro de constitucionalidad para dilucidar si la ley casacional autonómica se acomoda o no al orden constitucional de distribución de competencias plasmado en la regla del art. 149-1-6ª CE.

Por tanto, concluye el Tribunal Constitucional, las normas reguladoras de la casación contenidas actualmente en la Ley de Enjuiciamiento Civil sólo son un punto de referencia para efectuar el imprescindible cotejo entre la regulación procesal emanada por el Estado en ejercicio de la competencia exclusiva que le reconoce el art. 149-1-6ª CE y la legislación aprobada por el órgano legislativo autonómico en el ámbito de la casación civil foral, al amparo de la competencia reconocida a la Comunidad Autónoma por la citada regla constitucional de distribución competencial.

Efectuado el cotejo entre ambas regulaciones jurídicas, se puede determinar si los preceptos de la Ley autonómica introducen o no auténticas especialidades procesales, en cuanto singularidades que divergen (con justificación constitucional o sin ella, lo que es cuestión distinta) de la regulación estatal general que rige en el ámbito procesal del recurso de casación.⁵⁵

55 STC (Pleno) 47/2004, de 25 de marzo de 2004.

2.2. Normas reguladoras de la casación autonómica declaradas inconstitucionales

Ante todo, se debe señalar que, por cuanto la constitucionalidad de la casación foral requiere que la especialidad procesal venga exigida por las particularidades del Derecho civil propio, se debe concluir que la inconstitucionalidad de normas reguladoras del recurso de casación autonómico o foral de una determinada Comunidad Autónoma con derecho civil propio no exige necesariamente la inconstitucionalidad de idénticas normas de la casación foral dictadas por otra Comunidad Autónoma con derecho civil propio, porque lo que determina la constitucionalidad o no de la norma procesal es la exigencia de su particularidad ligada al derecho civil sustantivo que le es propio. Se trata, por tanto, de inconstitucionalidades relativas.

Con base en las anteriores premisas, el Tribunal Constitucional ha declarado inconstitucionales las siguientes normas procesales autonómicas reguladoras de la llamada casación foral:

1. Las normas autonómicas que no introducen especialidades en el recurso de casación civil foral respecto de la regulación estatal, sino que se limitan a reproducir la regulación procesal de la casación que se contiene en la Ley de enjuiciamiento civil.⁵⁶

Pero la proscripción de la reiteración o reproducción de normas procesales por el legislador autonómico (*leges repetitae*) no se extiende a aquellos supuestos en que la reiteración simplemente consista en incorporar a la normativa autonómica, ejercida ésta en su ámbito competencial, determinados preceptos del ordenamiento procesal general con la sola finalidad de dotar de sentido o inteligibilidad al texto normativo aprobado por el Parlamento autonómico.

56 El art. 2 (Resoluciones recurribles e infracciones alegables) de la Ley 4/2012, de 5 de marzo, del recurso de casación en materia de derecho civil de Cataluña parece incurrir en ese defecto al establecer que: «1. Puede recurrirse en casación, de acuerdo con la presente ley, contra las resoluciones en materia civil de las audiencias provinciales con sede en Cataluña. / 2. El recurso de casación debe fundamentarse, exclusivamente o junto a otros motivos de impugnación, en la infracción de normas del ordenamiento civil catalán. / 3. La alegación de la infracción de un precepto constitucional o de la doctrina del Tribunal Constitucional con relación al derecho civil catalán da acceso a la casación ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en los casos y con los requisitos establecidos por la presente ley, si no procede la casación ante el Tribunal Supremo.»

Debe tomarse en consideración que aquí la tacha de inconstitucionalidad no deriva de la reproducción de normas, en nuestro caso procesales, por el legislador autonómico, sino en su falta de competencia al no introducir especialidad procesal alguna en el recurso de casación foral que sea exigida por su derecho sustantivo.

2. La regulación de la llamada casación *per saltum* (es decir, la ampliación de las resoluciones judiciales susceptibles de casación foral a las dictadas por los Juzgados de Primera Instancia) junto con las demás resoluciones referidas en la Ley de enjuiciamiento civil.⁵⁷

En este caso, la inconstitucionalidad deriva, por un lado, de la reproducción o reiteración de la legislación estatal sin especialidad alguna y, por otro lado, del hecho de que la modalidad de casación *per saltum* frente a las sentencias de primera instancia no constituye especialidad procesal derivada del Derecho civil foral.

3. La exigencia de que las sentencias recurridas produzcan excepción de cosa juzgada, excluyendo del control casacional las recaídas en los procesos sumarios en cuanto que no producen dicha eficacia.

Este requisito, dice el Tribunal Constitucional, no responde a peculiaridad alguna informadora del Derecho civil sustantivo que exija una necesaria especialidad procesal, sino que responde a un ejercicio de mera perfección técnico-jurídica.

Por tanto, la exigencia de que las sentencias recurridas produzcan excepción de cosa juzgada no legitima constitucionalmente la intervención del legislador autonómico en el ámbito casacional del ordenamiento procesal.

57 Así, el art. 3 (Requisitos de acceso a la casación ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña) de la Ley 4/2012, de 5 de marzo, del recurso de casación en materia de derecho civil de Cataluña, establece que: «Tienen acceso a casación ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña los asuntos cuyo motivo de impugnación se fundamente en una de las siguientes causas: a) En la contradicción con la jurisprudencia que resulta de sentencias reiteradas del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña o del Tribunal de Casación de Cataluña. / b) En la falta de la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña o del Tribunal de Casación de Cataluña. El tiempo de vigencia de la norma con relación a la cual se alega la falta de jurisprudencia no impide el acceso a la casación en ningún caso.» Salvo, la contradicción con la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Casación de Cataluña, el resto está en la LEC. Y «El tiempo de vigencia de la norma con relación a la cual se alega la falta de jurisprudencia no impide el acceso a la casación en ningún caso» no parece que sea una especialidad derivada del Derecho civil catalán.

4. La determinación de motivos de interposición del recurso que no incorporen al ordenamiento de la casación foral ninguna especialidad procesal exigida por las particularidades del Derecho civil.⁵⁸

Así, por ejemplo, si la regulación autonómica se limita a reproducir el texto del art. 477 LEC en cuanto establece como motivo casacional «la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso» (del ordenamiento jurídico civil foral), lo cual sería una reiteración de la regulación contenida en la Ley de Enjuiciamiento civil.⁵⁹

5. En materia de costas, la determinación de los criterios de su imposición en tanto en cuanto tales criterios no deriven de alguna peculiaridad sustantiva del Derecho foral.

No se trata, dice el Tribunal Constitucional, de que el criterio adoptado para la imposición de las costas casacionales tenga indudables ventajas frente a otros criterios (por ejemplo, que permita un pronunciamiento en costas contrario al recurrente, que consciente de la falta de fundamento, promueva el recurso, o a quien formule una oposición al recurso con manifiesta carencia de fundamento, lo que evita que se prime a los litigantes económicamente fuertes), sino que el criterio determinante de la imposición de las costas derive necesariamente de las particularidades sustantivas del Derecho civil foral.

6. Atribuir carácter supletorio a la legislación estatal del recurso de casación contenida en la LEC, y negar así la aplicación directa de ésta en el ámbito de la Comunidad Autónoma.

58 Así, sería constitucional la «contradicción con la jurisprudencia que resulta de sentencias reiteradas del Tribunal de Casación de Cataluña» a que se refiere el citado el art. 3 a) de la Ley 4/2012, de 5 de marzo, del recurso de casación en materia de derecho civil de Cataluña.

59 Así, el art. 477-1 LEC dispone que «El recurso de casación habrá de fundarse, como motivo único, en la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso». Y el art. 478-1 LEC, en su segundo párrafo atribuye a la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia la competencia para conocer de la llamada casación civil foral cuando el recurso se funde, exclusivamente o junto a otros motivos, en «infracción de las normas del Derecho civil, foral o especial, propio de la Comunidad». Vid. Ley 4/2005, de 14 de junio, sobre la casación foral aragonesa; Ley 4/2022, de 19 de mayo, del Recurso de Casación Civil Vasco.

En este caso, con independencia de no constituir en sí misma una singularidad o especialidad procesal del recurso de casación foral, se excede el ámbito competencial que al legislador autonómico atribuye el art. 149-1-6^a CE para introducir las necesarias especialidades procesales derivadas de las particularidades de su Derecho sustantivo.

Además, con una norma de semejante contenido, el legislador autonómico se sitúa en el ámbito propio del legislador procesal estatal.

2.3. Normas sobre el recurso de casación foral declaradas constitucionales

En cambio, el Tribunal Constitucional ha considerado conformes a la Constitución:

1. La supresión de la cuantía litigiosa (*summa gravaminis*) para ampliar o abrir la vía casacional siempre que responda a una concreta y singular perspectiva material sobre el contenido de las instituciones jurídico-privadas que integran el Derecho civil foral o especial.

Así, dice el Tribunal Constitucional con referencia a la ley de casación foral gallega (Ley 11/1993, de 15 de julio, reguladora del recurso de casación en materia de derecho civil especial) ya derogada por la Ley 5/2005, de 25 de abril que, si se aplicase el criterio de una cuantía mínima para el acceso a la casación foral, los derechos de los litigantes sobre materias del Derecho civil podrían verse seriamente afectados con paralela repercusión de la competencia sustantiva sobre la autointegración del ordenamiento civil propio, al no acceder a la casación la mayor parte de los litigios con fundamento en un específico Derecho foral que sea eminentemente rural y con litigios de muy escasa cuantía económica.⁶⁰ Y, añade, que se debe tomar en consideración también la función asignada al recurso de casación, encaminada no solo a tutelar los derechos en juego (*ius litigatoris*), sino también y esencialmente a la protección de la norma aplicada e interpretada por los Tribunales inferiores, permitiendo así la formación de jurisprudencia y la uniformidad en la aplicación del Derecho civil sustantivo (*ius constitutionis*).

60 Vid. TRIGO GARCÍA, B., «Normas consuetudinarias y recurso de casación en materia de Derecho civil de Galicia», Actualidad civil, nº 21, 2005, pp. 2565 a 2592.

De este modo, la aplicación de la exigencia de una cuantía litigiosa mínima, como requisito para abrir la vía de la casación foral impediría, *de facto*, la uniformidad en la interpretación y aplicación del Derecho civil foral, con el riesgo consiguiente de criterios dispares de las diversas Audiencias Provinciales del territorio del Tribunal Superior de Justicia en torno a una misma institución jurídico-privada integrante de su Derecho civil propio, y sin posibilidad efectiva de su unificación por vía de la jurisprudencia emanada de la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia, a través de las sentencias dictadas en casación.⁶¹

2. Si el Derecho civil foral tiene un carácter marcadamente consuetudinario, lo cual constituiría una de sus particularidades más relevantes y que informa tal ordenamiento civil, también se considera constitucional introducir como motivo el error en la apreciación de la prueba que demuestre desconocimiento por parte del juzgador de hechos notorios que supongan infracción del uso o costumbre.⁶²

3. Finalmente, es constitucional la norma de derecho transitorio y la de entrada en vigor de la Ley reguladora de la casación foral.⁶³

Aquí la constitucionalidad reside en que, si la Comunidad Autónoma tiene competencia constitucional y estatutaria para dictar leyes que impliquen necesarias especialidades en el orden procesal (art. 149-1-6^a CE), también la tiene para determinar el régimen de Derecho transitorio respecto de las sentencias a las que sean aplicables las especialidades procesales de la casación que la norma autonómica introduce en el ordenamiento

61 En este sentido, la citada STC (Pleno) 47/2004, de 25 de marzo de 2004 respecto de la ya derogada Ley de Galicia 11/1993, de 15 de julio, sobre el recurso de casación en materia de Derecho civil especial.

62 Así, el de Preámbulo la Ley 4/1995 de Derecho civil de Galicia, que alude al proceso de creación consuetudinario del Derecho civil gallego. Y el art.1 establece que: «El derecho civil de Galicia está integrado por los usos y costumbres propios y por las normas contenidas en la presente ley, así como las demás leyes gallegas que lo conserven, desarrollen o modifiquen», y en el apartado 2 de su art. 2 dispone: «El derecho gallego se interpretará e integrará desde los principios generales que lo informan, por los usos, las costumbres, la jurisprudencia y la doctrina que encarna la tradición jurídica gallega».

63 En el caso concreto, la norma disponía que «Serán recurribles en casación, con arreglo a lo dispuesto en la presente Ley, las resoluciones judiciales que, dictadas antes de su entrada en vigor, se encuentren en tiempo hábil de ser recurridas».

procesal como exigencia del principio de seguridad jurídica en la aplicación individualizada de las especialidades que la ley autonómica establece.⁶⁴

Se trata, por tanto, de una competencia instrumental o derivada de la acotada en el art. 146-1-6º CE.

Finalmente, también debe considerarse constitucional la norma autonómica que establezca los criterios de determinación de la doctrina jurisprudencial autonómica. La determinación de estos criterios no constituye la fijación de motivos de casación (ya fijados en la LEC), sino que debe entenderse por doctrina jurisprudencial a efectos de la llamada casación foral. Como ha señalado Martínez Escribano, los tribunales superiores de justicia cumplen una función análoga en la fijación de los criterios de interpretación respecto de las normas civiles autonómicas. Sería un exceso de la norma civil estatal pronunciarse sobre los criterios de interpretación y el concepto de jurisprudencia en el ámbito del derecho civil autonómico.⁶⁵

3. La configuración de doctrina jurisprudencial por los Tribunales Superiores de Justicia

Cuestión distinta a las normas procesales sobre el recurso de casación y las «necesarias especialidades» que justifiquen constitucionalmente la competencia de las Comunidades Autónomas, es la determinación de los

64 De este modo, la vigente Galicia, rige la Ley 5/2005, de 25 de abril, reguladora del recurso de casación en materia de derecho civil de Galicia, al amparo de los artículos 22 y 27.5 del Estatuto de autonomía de Galicia, que en concordancia con lo dispuesto en el artículo 149.1.6.º de la Constitución y de acuerdo con la STC ya citada de 25 de marzo de 2004 establece que la finalidad de la Ley es posibilitar la existencia de un recurso de casación ante el Tribunal Superior de Justicia de Galicia que permita la creación de una doctrina jurisprudencial sobre el derecho civil gallego. Y, en el art. 2 determina las especialidades casacionales derivadas del derecho gallego, de acuerdo con la mencionada STC de 25 de marzo de 2004 que ya las declaró constitucionales junto con la Disposición transitoria (son recurribles en casación, con arreglo a lo dispuesto en la presente ley, las resoluciones judiciales que, dictadas antes de su entrada en vigor, se encuentren en tiempo hábil de ser recurridas) y la Disposición final (entrada en vigor de la Ley): «1. Se considera motivo casacional el error en la apreciación de la prueba que demuestre desconocimiento por parte del juzgador de hechos notorios que supongan infracción del uso o costumbre. / 2. Las sentencias objeto de casación no están sometidas a limitación alguna por causa de su cuantía litigiosa.»

65 MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia, *La Jurisprudencia Civil en el marco Constitucional...*, cit. p. 25.

criterios que establecen qué se considera doctrina jurisprudencial y cómo y cuándo es invocable su infracción a efecto de interposición de un recurso de casación foral.

En nuestro ordenamiento jurídico no se discute que los Tribunales Superiores de Justicia puedan crear doctrina jurisprudencial ad instar que el Tribunal Supremo. Tampoco se discute que la oposición de la sentencia a doctrina jurisprudencial habilita la interposición de un recurso de casación en interés casacional basado precisamente en la mencionada oposición (art. 477-3 LEC).

En este sentido, la doctrina jurisprudencial de los Tribunales Superiores de Justicia cumple la misma función nomofiláctica y de uniformidad del ordenamiento jurídico civil propio o foral que la doctrina del Tribunal Supremo, si bien en un ámbito competencial distinto.

Sin embargo, qué sea doctrina jurisprudencial, como ya se ha visto, no lo dice ninguna norma jurídica (más allá del «modo reiterado» que dice el art. 1-6 CC), sino el Tribunal Supremo en sus reiteradas sentencias y en el citado Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Primera de 27 de enero de 2017 sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal.

Los criterios contenidos en este Acuerdo no se confunden con el motivo del recurso de casación y la determinación de las resoluciones recurribles en casación a que se refiere el art. 477 LEC, ni con la determinación de la competencia para su conocimiento (art. 478 LEC) ni con la interposición del recurso (art. 479 LEC) o el contenido del escrito de interposición del recurso (art. 481 LEC). Dichos criterios se limitan a determinar, por cuanto ahora nos interesa, qué se debe entender por doctrina jurisprudencial a efectos de interposición del recurso de casación por interés casacional base en la oposición de la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial.

Así, en mi opinión nada impide que cualquier Tribunal Superior de Justicia se pronuncie en el mismo sentido y determine qué se deba entender por «su» doctrina jurisprudencial a efectos de interposición del recurso de casación por infracción de la sentencia recurrida a «su» doctrina jurisprudencial.

De hecho, podría hacerlo el propio legislador autonómico cuyo Estatuto de Autonomía haya previsto la atribución del recurso de casación al Tribunal Superior de Justicia si el recurso se funda, exclusivamente o junto a otros motivos, en infracción de las normas del Derecho civil, foral o especial propio de la Comunidad.

Pero si no lo prevé el legislador, el Tribunal Superior Justicia puede determinar qué se entiende, a los efectos de su propio recurso de casación, por interés casacional con la misma libertad que los ha hecho el Tribunal Supremo respecto del recurso de casación de cuyo conocimiento es competente.

4. Relación no jerárquica entre el Tribunal Supremo (Sala Primera) y los Tribunales Superiores de Justicia

En el orden civil, la relación entre el Tribunal Supremo y los Tribunales Superiores de Justicia no es, en sentido estricto, una relación de jerarquía. Es cierto que, de acuerdo con el citado art. 123 CE, el Tribunal Supremo tiene «jurisdicción en toda España» y que «es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes» (también art. 53 LOPJ⁶⁶). También es cierto que el art. 152 CE determina que los Tribunales Superiores de Justicia culminan la organización judicial en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma, «sin perjuicio de la jurisdicción que corresponde al Tribunal Supremo».

Pero de estas normas no deriva una relación jerárquica porque el Tribunal Supremo, en el orden civil, no conoce de recurso alguno contra las sentencias que dicten los Tribunales Superiores de Justicia. Como se sabe, en esta sede la regla la determina el art. 478-1 LEC, en cuya virtud «el conocimiento del recurso de casación, en materia civil, corresponde a la Sala Primera del Tribunal Supremo. No obstante, corresponderá a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia conocer de los recursos de casación que procedan contra las resoluciones de los tribunales civiles con sede en la Comunidad Autónoma, siempre que el recurso se funde, exclusivamente o junto a otros motivos, en infracción de las normas del Derecho civil, foral o especial propio de la Comunidad, y cuando el correspondiente Estatuto de Autonomía haya previsto esta atribución».⁶⁷

66 «El Tribunal Supremo con sede en la villa de Madrid, es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales. Tendrá jurisdicción en toda España y ningún otro podrá tener el título de Supremo».

67 Sobre la relación Tribunal Supremo y Tribunales Superiores de Justicia, vid. ZORRILLA RUIZ, Manuel María, «Relaciones entre el Tribunal Supremo y los tribunales superiores de justicia», en Poder judicial y estado compuesto: relaciones entre el Tribunal Supremo y los tribunales superiores de justicia, Manuales de formación continuada, núm. 27, Consejo General del Poder Judicial Madrid, 2005, pp. 163 a 177.

Por tanto, el conocimiento del recurso de casación o corresponde al Tribunal Supremo o corresponde al Tribunal Superior de Justicia si el recurso se funda, exclusivamente o junto a otros motivos, en infracción de las normas del Derecho civil, foral o especial propio de la Comunidad y el Estatuto de Autonomía haya previsto dicha atribución.

No obstante, el Tribunal Supremo mantiene respecto de los Tribunales Superiores de Justicia una posición predominante, como deriva de las siguientes normas:

1. El Tribunal Supremo puede inadmitir recursos de casación que crea competencia de un Tribunal Superior de Justicia.

El art. 487-2 LEC establece que cuando la misma parte interponga recursos de casación contra una misma sentencia ante el Tribunal Supremo y ante el Tribunal Superior de Justicia, se tendrá, mediante providencia, por no presentado el primero de ellos, en cuanto se acredite esta circunstancia.

2. Los Tribunales Superiores de Justicia no pueden rechazar el asunto remitido por el Tribunal Supremo.

Así el art. 484-3 LEC determina que las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia no podrán declinar su competencia para conocer de los recursos de casación que les hayan sido remitidos por la Sala Primera del Tribunal Supremo.

3. En virtud del art. 5-4 LOPJ, «en todos los casos en que, según la ley, proceda recurso de casación, será suficiente para fundamentarlo la infracción de precepto constitucional. En este supuesto, la competencia para decidir el recurso corresponderá siempre al Tribunal Supremo, cualesquiera que sean la materia, el derecho aplicable y el orden jurisdiccional».

Sin embargo, en este caso, el Tribunal Supremo ha dicho que, en los casos en que la alegación de la infracción de una norma constitucional coincida con la de la norma de Derecho Civil especial de la Comunidad Autónoma, la Sala debe optar por resolver el motivo formulado por infracción de norma constitucional y, si no se estima, remitir las actuaciones al Tribunal Superior de Justicia para que decida sobre los demás.

Así, en la STS núm. 187/2009, de 31 marzo resuelve la infracción del precepto constitucional invocada, sin perjuicio de que la hipotética

infracción de los preceptos sustantivos de legalidad ordinaria pueda ser examinada por el Tribunal competente (TS de Justicia de Baleares), con plena soberanía para resolver acerca de la misma, sin que ello suponga menoscabo alguno para la competencia del Tribunal Supremo.

En sentido similar, el Auto TS 27 de julio de 2004 inadmite el escrito de interposición de recurso de casación contra la sentencia dictada con fecha 17 de julio de 2000 por la Audiencia Provincial de Bilbao. Dice el Tribunal Supremo:

«ÚNICO.- Articulado el presente recurso en siete motivos, teniendo en cuenta que los motivos primero y cuarto —éste último sólo en lo atinente a la infracción de normas constitucionales— han sido inadmitidos por Auto de este Tribunal de 27 de abril de 2004, y que el motivo séptimo denuncia infracción por inaplicación de los arts. 128, 129 y 130 de la Ley 3/1992 de 1 de julio, sobre el Derecho Civil Foral Especial del País Vasco, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 73.1.a) LOPJ y 1686 y 1730 de la LEC de 1881, en relación con el art. 14.1.a) del Estatuto de Autonomía del País Vasco, procede determinar que corresponde la competencia para conocer del presente recurso de casación a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de dicha Comunidad Autónoma, con remisión a la misma de las actuaciones...».

Por lo que declara que la competencia para conocer del recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada con fecha 17 de julio de 2000 por la Audiencia Provincial de Bilbao (Sección 5ª) corresponde a la Sala de lo civil del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.

5. Relación competencial entre el Tribunal Supremo y los Tribunales Superiores de Justicia

Así, la relación entre el Tribunal Supremo (Sala Primera) y los Tribunales Superiores de Justicia respecto del conocimiento del recurso de casación y de la determinación del «interés casacional» es una relación competencial.

En primer lugar, porque a la atribución de competencia en materia del derecho civil «foral o especial» a determinadas Comunidades Autónomas, se une la competencia de las Salas de lo Civil y lo Penal de los Tribunales Superiores de Justicia de dichas Comunidades Autónomas para conocer en casación la infracción de dichas normas de derecho civil foral o especial.

En segundo lugar, porque, como deriva de lo anterior, dichos Tribunales Superiores de Justicia son el vértice de la llamada casación foral. Un Tribunal Superior de Justicia, dice el art. 152-1 CE, sin perjuicio de la jurisdicción que

corresponde al Tribunal Supremo, culminará la organización judicial en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma.

Y, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 123 (es decir, de la jurisdicción que corresponde al Tribunal Supremo), las sucesivas instancias procesales, en su caso, se agotarán ante órganos judiciales radicados en el mismo territorio de la Comunidad Autónoma en que esté el órgano competente en primera instancia

Los Tribunales Superiores de Justicia, por tanto, también crean doctrina jurisprudencial⁶⁸ a efectos casacionales y, en concreto, respecto de los recursos de casación de los que conocen en virtud del art. 73-1 a) LOPJ, es decir, en la interpretación y aplicación de las normas de derecho civil propio.

El art. 478-1 LEC establece que el conocimiento del recurso de casación, en materia civil, corresponde a la Sala Primera del Tribunal Supremo. No obstante, corresponde a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia conocer de los recursos de casación que procedan contra las resoluciones de los tribunales civiles con sede en la Comunidad Autónoma, siempre que el recurso se funde, exclusivamente o junto a otros motivos, en infracción de las normas del Derecho civil, foral o especial propio de la Comunidad, y cuando el correspondiente Estatuto de Autonomía haya previsto esta atribución.

De donde la competencia jurisdiccional para el conocimiento de un recurso de casación es del Tribunal Superior de Justicia solo en aquellos casos en que «el recurso se funde, exclusivamente o junto a otros motivos,

68 En contra no cabe invocar la dicción literal del art. 1-6 CC, ni la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a la inviabilidad de las sentencias de las Audiencias Provinciales y Territoriales para formar doctrina legal. Como ya he dicho antes, el art. 1-6 CC es anterior a la Constitución, por lo que de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional y con el art. 5 LOPJ debe ser interpretado según la Constitución. Además, como señala Puig Ferriol, el criterio del legislador ha sido el de establecer una posición de igualdad entre el Tribunal Supremo y los Tribunales Superiores de Justicia a la hora de delimitar sus competencias en sede casacional (PUIG FERRIOL, LL., *Jurisprudència civil del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, 1989-1992*, Barcelona, 1994, pp. 44). Por último, lo contrario sería tanto como permitir la posibilidad de que un sector del ordenamiento jurídico (precisamente el conformado por los derechos civiles propios) cuyas normas son interpretadas y aplicadas en recursos de casación por los Tribunales Superiores de Justicia, que según el art. 152-1 CE, sin perjuicio de la jurisdicción que corresponde al Tribunal Supremo, culminan la organización judicial en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma, y de los que no conoce el Tribunal Supremo, quede, el citado sector del ordenamiento jurídico, sin doctrina legal a efectos casacionales.

en infracción de las normas del Derecho civil, foral o especial propio de la Comunidad, y cuando el correspondiente Estatuto de Autonomía haya previsto esta atribución».

Aquí habría que añadir que también le corresponde la competencia si la sentencia recurrida se opone a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Superior sobre normas de Derecho especial de la Comunidad Autónoma correspondiente.

Finalmente, el art. 478-2 LEC dispone que cuando la misma parte interponga recursos de casación contra una misma sentencia ante el Tribunal Supremo y ante el Tribunal Superior de Justicia, se tendrá, mediante providencia, por no presentado el primero de ellos, en cuanto se acredite esta circunstancia.

Así, se inaugura un diálogo entre el Tribunal Supremo y los Tribunales Superiores de Justicia y, en cuanto nos interesa, entre la Sala Primera del Tribunal Supremo y las Salas de lo civil y lo penal de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas con competencia en derecho civil propio.

La cuestión entonces radica en determinar qué doctrina jurisprudencial puede crear cada Tribunal y qué vinculación tiene respecto de los otros Tribunales, Supremo o Superiores de Justicia.

Este diálogo se desarrolla en dos ámbitos:

- a) La distribución de la competencia jurisdiccional en el conocimiento de los recursos de casación.
- b) La creación de doctrina jurisprudencial con eficacia vinculante al menos para legitimar la interposición de un recurso de casación.

A la primera cuestión se refiere el art. 477-3 LEC, el cual establece que se considera que un recurso presenta interés casacional:

- a) Cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo (o resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales o aplique normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a normas anteriores de igual o similar contenido).
- b) Cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial o no exista dicha doctrina del Tribunal Superior sobre normas de

Derecho especial de la Comunidad Autónoma correspondiente, en aquellos casos en que se trate de recursos de casación de los que deba conocer un Tribunal Superior de Justicia. En estos casos, dice el citado precepto, se entenderá que también existe interés casacional.

De donde, los Tribunales Superiores de Justicia también crean doctrina jurisprudencial, si bien el precepto la limita a la doctrina «sobre normas de Derecho especial de la Comunidad Autónoma correspondiente».

Esta limitación, en cambio, no aparece respecto del Tribunal Supremo. La norma transcrita, al referirse la casación foral, dice literalmente que «también existe interés casacional» cuando la sentencia se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Superior sobre normas de Derecho especial de la Comunidad Autónoma correspondiente.

Por tanto, parece que:

- a) Respecto del Tribunal Supremo, hay interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo.
- b) Respecto de los Tribunales Superiores de Justicia, en cambio, hay interés casacional:
 - Cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo.
 - Y también cuando la sentencia se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Superior sobre normas de Derecho especial de la Comunidad Autónoma correspondiente.

Así, aparece una primera doble cuestión:

1. ¿Puede el Tribunal Supremo crear doctrina jurisprudencial «sobre normas de Derecho especial de la Comunidad Autónoma correspondiente»?
2. ¿Pueden los Tribunales Superiores de Justicia crear doctrina jurisprudencial sobre normas que no sean de Derecho civil propio de su Comunidad Autónoma?

En mi opinión, la respuesta en ambos casos debe ser positiva pues los Tribunales resuelven con las normas aplicables al caso. Y estas normas,

con independencia del Tribunal que las aplique, pueden ser estatales, extranjeras, autonómica...

Los ejemplos pueden ser varios: desde el pacto contractual de sumisión territorial a un determinado juzgado, es decir a un juzgado que culmina en Tribunal Supremo o en un Tribunal Superior de Justicia (por ejemplo, se debe aplicar el derecho civil foral navarro y los sujetos se someten a los tribunales de Valladolid; se debe aplicar el Código civil y los sujetos se someten a los tribunales de Tafalla) hasta la determinación legal (por ejemplo, en sede de sucesión *mortis causa*, la competencia judicial corresponde a los órganos judiciales del último domicilio del causante, sea cual fuere su vecindad civil; pero la sucesión *mortis causa* se rige por la ley personal del causante, es decir, en nuestro caso, por la de su vecindad civil).

El Tribunal Supremo no interpreta y aplica solo normas de derecho civil estatal, sino las normas jurídicas aplicables al caso concreto. Así, siempre que reitere en los términos antes dichos los criterios de interpretación de la norma aplicable, creará doctrina jurisprudencial.

Del mismo modo, los Tribunales Superiores de Justicia no se limitan a interpretar y aplicar solamente «normas de Derecho especial de la Comunidad Autónoma correspondiente», sino las normas jurídicas aplicables al caso concreto.

Por tanto, la cuestión debe ser otra: ¿habilita la interposición de un recurso de casación la oposición a la doctrina jurisprudencial creada por un Tribunal distinto al que debe conocer del asunto?

Aquí la respuesta literal de la LEC es la ya señalada: ante el Tribunal Supremo, sólo cabe invocar la oposición «a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo», mientras que ante los Tribunales Superiores de Justicia cabría invocar tanto la oposición a la doctrina jurisprudencia del Tribunal Supremo como la oposición a la del Tribunal Superior de Justicia correspondiente.

Pero en mi opinión, esta solución no tiene sentido. Ya ha señalado PUIG FERRIOL que, en esta sede, el criterio del legislador ha sido el de establecer una posición de igualdad entre el Tribunal Supremo (Sala Primera) y los Tribunales Superiores de Justicia a la hora de delimitar sus competencias en sede casacional civil.⁶⁹

El ejemplo podría ser el siguiente: persona de vecindad civil catalana o de condición jurídica navarra cuyo último domicilio antes de fallecer se

69 PUIG FERRIOL, LL., *Jurisprudència civil...*, cit. p. 44.

halla en Toledo. La sucesión mortis causa se regirá por la ley personal (en nuestro caso, el derecho civil de Cataluña o el de Navarra); pero el juez competente será el de primera instancia de Toledo y, sucesivamente, la Audiencia Provincial de Toledo y el Tribunal Supremo. Todos los anteriores órganos jurisdiccionales deberán aplicar el derecho sucesorio catalán o navarro. ¿No cabría entonces articular el recurso de casación con base en la oposición de la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña o de Navarra? En mi opinión, la respuesta debe ser afirmativa, incluso aunque haya doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo.

Cuestión distinta es el grado de vinculación de la doctrina jurisprudencial de otro Tribunal aplicable al caso concreto.

Se debe partir de que la oposición a la doctrina jurisprudencial del Tribunal que conoce del recurso de casación motiva precisamente la interposición del recurso, pero no vincula absolutamente al Tribunal. Éste solo está sujeto al imperio de la ley (*ex* arts. 117-1 CE, 12-1 LOPJ y 1-7 CC); no al de su doctrina jurisprudencial. Por tanto, como ya se ha señalado, se trata de una vinculación débil: el propio Tribunal puede modificar, si bien motivadamente y no de manera arbitraria, la doctrina jurisprudencial cuyo infracción ha permitido la interposición del recurso de casación.

En cambio, cuando se trata de la doctrina jurisprudencial de otro Tribunal, dicha vinculación desaparece totalmente.

Ni la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo es vinculante para los Tribunales Superiores de Justicia (los cuales culminan la organización judicial en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma *ex* art. 152 CE), ni la doctrina jurisprudencial de éstos vincula al Tribunal Supremo (aunque sea el órgano superior de todos los órdenes jurisdiccionales *ex* art. 123 CE) ni a los otros Tribunales Superiores de Justicia.

Los pronunciamientos sobre normas de derecho civil estatal o de otra comunidad autónoma que deban ser aplicada al caso concreto no conforma doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo ni del Tribunal Superior de Justicia de otra Comunidad Autónoma; pero sí del Tribunal Superior de Justicia que ha interpretado y aplicado la norma civil estatal o autonómica.

Igualmente, la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre materias propias de un derecho civil autonómico no vincula, en un posible recurso de casación foral, al Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma correspondiente, el cual se halla, en estas materias, en un plano de igualdad ante el Tribunal Supremo.

En esta sede puede decirse que tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma con derecho civil propio pueden crear doctrina jurisprudencial, con el riesgo de producirse una dualidad de doctrinas en perjuicio de la seguridad jurídica.

Esta posible concurrencia de doctrinas del Tribunal Supremo y de Tribunales Superiores de Justicia fue puesta de manifiesto por la STSJ de Navarra 2 de febrero de 1995 al señalar que

«no cabe tampoco atribuir a este Tribunal Superior de Justicia la exclusiva actual en orden a establecer la doctrina jurisprudencial en la interpretación de las normas del Derecho propio de Navarra, pues las disposiciones que le atribuyen competencia para conocer del recurso de casación civil, arts. 61.1.a) de la Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra, 73.1.a) Ley Orgánica del Poder Judicial y 1.730 de la Ley de Enjuiciamiento civil, no impiden que sea el Tribunal Supremo quien conozca del recurso, en materia de Derecho Foral, en determinados supuestos, sino que por el contrario vienen a atribuirle esa competencia en los casos en que la impugnación se refiera a resolución dictada por órgano jurisdiccional que no tenga su sede en esta comunidad».

De este modo, puede decirse que la invocación de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo (con observancia de los requisitos exigidos) puede fundamentar la interposición de un recurso de casación por infracción de jurisprudencia ante el Tribunal Superior de Justicia que deba conocer del asunto; igualmente, puede motivar un recurso de casación ante el Tribunal Supremo (si éste debe conocer del recurso) por infracción de la jurisprudencia aplicable al caso, la invocación de doctrina jurisprudencial de un determinado Tribunal Superior de Justicia, si en el caso en litigio se debe aplicar una norma jurídica de derecho civil propio o autonómico de la Comunidad Autónoma donde tiene jurisdicción el Tribunal Superior de Justicia que estableció la doctrina jurisprudencial invocada.

Mas ni en uno ni en otro caso el Tribunal sentenciador, sea el Supremo o el Superior de Justicia, se halla vinculado por la doctrina jurisprudencial establecida por el otro Tribunal, sea el Superior de Justicia o el Supremo.

Esto puede provocar una posible concurrencia de doctrinas del Tribunal Supremo y de Tribunales Superiores de Justicia, salvo que una determinada disposición legal atribuya a uno u otro Tribunal la facultad exclusiva (y excluyente) de crear doctrina jurisprudencial.

Así sucede con el art. 2-2 de la Ley de Derecho Civil del País Vasco (Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco), en cuya virtud

«por jurisprudencia, a los efectos del Derecho civil vasco, se ha de entender la doctrina reiterada que en su aplicación establezcan las resoluciones motivadas de los jueces y tribunales con jurisdicción en el País Vasco».

Y, añade en el apartado 3 que «la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco será la encargada de unificar la doctrina que de éstos emane, a través de los recursos pertinentes que en cada momento establezca la legislación procesal».

Coherentemente, el art. 4 (Interés casacional) de la Ley 4/2022, de 19 de mayo, del Recurso de Casación Civil Vasco, establece que se considerará que un recurso presenta interés casacional en los siguientes casos:

1. Cuando la resolución recurrida se oponga a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco dictada en aplicación de normas del derecho civil vasco.
2. Cuando la resolución recurrida se oponga, en tanto en cuanto pudiera aún resultar vigente, a aquella doctrina histórica que, de forma reiterada, hubieran establecido las resoluciones firmes de todos aquellos tribunales a los que, con anterioridad a la creación y puesta en funcionamiento del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco como órgano encargado de culminar la organización judicial en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma, correspondiera la jurisdicción para resolver los recursos presentados contra las sentencias de jueces y tribunales radicados en el País Vasco y unificar la doctrina que de estas emanase en materia de derecho civil foral propio de los territorios históricos que integran el País Vasco.
3. Cuando la resolución recurrida resuelva una cuestión sometida a la normativa del derecho civil vasco de la que no exista doctrina jurisprudencial del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, sea esta relativa a la propia ley o a normas anteriores de igual o similar contenido.
4. Cuando la parte recurrente justifique de manera suficiente la necesidad de modificar la doctrina previamente establecida en relación con el problema jurídico planteado, porque hayan evolucionado el contexto, la realidad social del tiempo en el que la norma invocada ha de ser aplicada o la común opinión de la comunidad jurídica sobre el modo en que la aplicación de la norma ha de atender en última instancia a su espíritu y finalidad.

6. La cuestión en el ámbito contencioso-administrativo

1. En sede Contencioso-administrativo parece que el Tribunal Supremo (Sala 3ª) adopta otro criterio.

La cuestión planteada es la siguiente:

Si el recurso de casación (estatal) es cauce procesal adecuado cuando el derecho foral, invocado como infringido, reproduzca normativa estatal de carácter básico y cuando se haga valer la vulneración de la jurisprudencia recaída sobre un precepto de derecho estatal que, aunque no tenga carácter básico, su contenido sea idéntico al del derecho autonómico aplicado, siendo conscientes de que «las normas aplicadas por la Sala (de Bilbao) son normas forales».

En este caso, la doctrina jurisprudencial de la Sala 3ª TS (consolidada, según su propia expresión) es la siguiente:

«Cabe el recurso de casación cuando el derecho autonómico (derecho foral, en este caso) invocado como infringido reproduzca normativa estatal de carácter básico y cuando se haga valer la vulneración de la jurisprudencia recaída sobre un precepto de derecho estatal que, aunque no tenga carácter básico, su contenido sea idéntico al del derecho autonómico aplicado, puesto que el valor de complementar el ordenamiento jurídico que el artículo 1.6 del Código Civil otorga a la jurisprudencia no desaparece por la existencia del derecho autonómico».

En consecuencia, dice la Sala 3ª TS, es procedente la interposición del recurso de casación.

«... el hecho de que la Sala de instancia, formalmente, repute errónea nuestra jurisprudencia y la inaplique en su sentencia, ... aconseja admitir el recurso de casación promovido, dada la presunción *iuris et de iure* establecida en su favor en el artículo 88.3.b) Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, aun cuando mantuviéramos la duda acerca de si el recurso es procedente, atendida la naturaleza de algunas de las normas reputadas como infringidas, fuese el de casación autonómica...».

Así, dice la Sala 3ª Tribunal Supremo, «procede admitir el recurso de casación promovido, dada la presunción *iuris et de iure* establecida en su

favor en el artículo 88.3.b) Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa».⁷⁰

En el mismo sentido, SSTS (Sala 3^a, secc. 2) 14 de enero de 2013, 1588/2020, de 24 de noviembre, y 618/2021, de 4 de mayo, 30 de noviembre de 2020 y 20 de diciembre de 2021; y el Auto de la Sección Primera de 1 de octubre de 2018.

En concreto, la STS (Sala 3^a, secc. 2) 20 de diciembre de 2021 establece que:

«... ciertamente, la sentencia recurrida tiene en cuenta —para adoptar su decisión desestimatoria— tanto el artículo 224.1 de la Norma Foral General Tributaria 2/2005, de 8 de marzo, General Tributaria, del territorio histórico de Guipúzcoa (relativo a los supuestos de nulidad de pleno derecho de las liquidaciones tributarias), como los preceptos forales que disciplinan el “procedimiento iniciado mediante autoliquidación», que en el territorio foral que nos ocupa se regulaba en los artículos 119 a 121 y 125 a 126 de la Norma Foral General Tributaria 2/2005.

2. Como quiera que tales preceptos (forales) son idénticos (en el caso de los que disciplinan la nulidad) o muy semejantes (en el caso de los relativos al procedimiento de gestión) a los establecidos en el régimen común y, además, éstos han sido interpretados reiteradamente por la jurisprudencia (que se ha pronunciado con reiteración sobre el supuesto de nulidad radical de absoluta ausencia de procedimiento y sobre el alcance del empleo de un procedimiento de gestión distinto —como aquí sucede— del de comprobación que resulta procedente), nos inquiero el auto sobre lo siguiente:

«Si cabe entender procedente el recurso de casación ante el Tribunal Supremo cuando la sentencia impugnada ha tenido en cuenta, como determinante del fallo, un precepto de derecho tributario foral, cuya redacción es coincidente con la de la norma correspondiente en la Ley 58/2003, General Tributaria —en la que también se basa el fallo— que regula la nulidad de pleno derecho de los actos tributarios, siendo así que, además, este último precepto ha sido interpretado, con carácter general, por la jurisprudencia del Tribunal Supremo».

70 El art. 88-3 b) Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa dice que se presumirá que existe interés casacional objetivo: b) Cuando dicha resolución se aparte deliberadamente de la jurisprudencia existente al considerarla errónea.

3. Esta primera pregunta debe merecer una respuesta afirmativa: cuando el precepto autonómico (foral, en el caso) sea idéntico al estatal y éste haya sido interpretado por la jurisprudencia, cabe el recurso de casación ante el Tribunal Supremo por infracción de la jurisprudencia, pues —en el actual sistema de casación derivado de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio— el recurso de casación podrá ser admitido a trámite no solo cuando se invoca una concreta infracción del ordenamiento jurídico, tanto procesal como sustantiva, sino también «de la jurisprudencia» (v. actual artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdicción).

Al respecto, es consolidada la doctrina de esta Sala —sentencia de esta misma Sección Segunda de 14 de enero de 2013, recurso de casación 1574/2010, o, muy recientemente, auto de la Sección Primera de 1 de octubre de 2018, dictado en el recurso de queja núm. 67/2018— que señala lo siguiente:

«Cabe el recurso de casación cuando el derecho autonómico (derecho foral, en este caso) invocado como infringido reproduzca normativa estatal de carácter básico y cuando se haga valer la vulneración de la jurisprudencia recaída sobre un precepto de derecho estatal que, aunque no tenga carácter básico, su contenido sea idéntico al del derecho autonómico aplicado, puesto que el valor de complementar el ordenamiento jurídico que el artículo 1.6 del Código Civil otorga a la jurisprudencia no desaparece por la existencia del derecho autonómico».

Sin embargo, por un lado, parece claro que la presunción de interés casacional objetivo cuando la resolución recurrida se aparte deliberadamente de la jurisprudencia existente al considerarla errónea, a que se refiere el art. art. 88-3 b) LRJCA, sólo puede tomarla en consideración el Tribunal Supremo en los supuestos en que la competencia para conocer del recurso de casación le sea atribuida; pero no se puede irrogar esa competencia para conocer del recurso de casación porque la resolución recurrida se aparte de su jurisprudencia.

Por otro lado, el art. 86-3 LRJCA dice expresamente que las sentencias que, siendo susceptibles de casación, hayan sido dictadas por las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia sólo son recurribles ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo si el recurso pretende fundarse en infracción de normas de Derecho estatal o de la Unión Europea que sea relevante y determinante del fallo impugnado, siempre que hubieran sido invocadas oportunamente en el proceso o consideradas por la Sala sentenciadora.

En cambio, cuando el recurso se fundare en infracción de normas emanadas de la Comunidad Autónoma es competente una Sección de la Sala de lo Contencioso-administrativo que tenga su sede en el Tribunal Superior de Justicia compuesta por el Presidente de dicha Sala, que la presidirá, por el Presidente o Presidentes de las demás Salas de lo Contencioso-administrativo y, en su caso, de las Secciones de las mismas, en número no superior a dos, y por los Magistrados de la referida Sala o Salas que fueran necesarios para completar un total de cinco miembros.

Si la Sala o Salas de lo Contencioso-administrativo tuviesen más de una Sección, la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia establecerá para cada año judicial el turno con arreglo al cual los Presidentes de Sección ocuparán los puestos de la regulada en este apartado. También lo establecerá entre todos los Magistrados que presten servicio en la Sala o Salas.

Por tanto, si el recurso de casación se funda en infracción de normas emanadas de la Comunidad Autónoma es competente para su conocimiento una Sección de la Sala de lo Contencioso-administrativo que tenga su sede en el Tribunal Superior de Justicia, la cual deberá tomar en consideración la existencia objetiva o no del interés casacional; pero no la Sala 3ª del Tribunal Supremo, aunque se separe de su jurisprudencia.

Bibliografía

- ALBACAR LÓPEZ, J. L. y M. MARTÍN-GRANIZO FERNÁNDEZ, Código Civil, Doctrina y jurisprudencia, T. I., vol. I, 4ª. ed., Madrid, 1995.
- ALBALADEJO GARCIA, M., «El cambio de jurisprudencia. (En defensa de la independencia del Tribunal Supremo respecto del Tribunal Constitucional para cambiar de jurisprudencia)», discurso del Doctorado Honoris Causa, Oviedo, 23 de octubre de 1997.
- ALBALADEJO GARCIA, M., «La jurisprudencia», en Revista de Derecho Privado, 1970.
- ALZAGA VILLAAMIL, O., La Constitución española de 1978, Madrid, 1978.
- ALLAN, CARLETON KEMP, Law in the Marking, 7ª ed., Oxford, 1964, (última reimpr. 1975). Hay una traducción al castellano, con un Estudio Preliminar de A. Ortíz García, Madrid, 1969.
- AÑÓN ROIG, M. J., y M. RUIZ SANZ, «Creación del Derecho y necesidades sociales», en Derecho en Sociedad, Valencia, 1998.

- ARAGÓN REYES, M., «El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad», en *La vinculación del Juez a la Ley* (Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid 1-1997), Madrid, 1997.
- ASIS ROIG, R. DE, *Jueces y normas. La decisión judicial desde el Ordenamiento*, Madrid, 1995.
- AUGER LIÑÁN, C., «La jurisprudencia como posible fuente del ordenamiento jurídico», en *El Tribunal Supremo en el ordenamiento constitucional*, (coord. Ramón Trillo Torres *et al.*), Madrid, 2004.
- BATLLE VAZQUEZ, M., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, T. I, *ad* artículo 1º, Jaén, 1978.
- BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., *Comentario a la STC 144/1988*, de 12 de julio, *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, nº. 17, abril/agosto 1988.
- BERGALLI, R., «Jurisdicción, cultura e ideología de los jueces», en *Derecho y Sociedad*, Valencia, 1998.
- BIN, M., «Funcione uniformatrice della Cassazione e valore del precedente giudiziario», en *Contratto e Impresa*, 1988, Otto voci sul precedente giudiziario.
- BLACKSTONE, W., *Commentaries of the Laws of England*, vol I, ed. facsímil de la 1ª ed. 1765-1769, Chicago, 1979.
- BLASCO GASCÓ, F., *La norma jurisprudencial*, Valencia, 2000.
- BONSIGNORI, A., «L'art. 65 dell'ordenamento giudiziario e l'efficacia persuasiva del precedente», en *Contratto e Impresa*, 1988, Otto voci sul precedente giudiziario.
- BOULANGER, J., «Notations sur le pouvoir créateur de la jurisprudence civile» en *Revue Trimestrielle de Droit civil*, LIX, 1961.
- BRONAUGH, R., «Persuasive precedent», en *Precedent in Law*, ed. L. Goldstein, Oxford, 1987.
- CADIET, LOÏC «El sistema de la casación francesa», en *Los recursos ante los Tribunales Supremos de Europa*, (Coord. Manuel Ortells Ramos), Editorial Difusión Jurídica, Madrid, 2008.
- CALVO VIDAL, F. M., *La jurisprudencia, ¿Fuente del Derecho?*, Valladolid, 1992.
- CARBONNIER, J., *Droit civil. Introduction*, 17ª ed., París, 1988.
- CARDOZO, B. N., *The growth of the law*, 10ª ed., New Haven, 1954.
- CASTÁN TOBEÑAS, J., *La formulación judicial del Derecho*, 2ª ed., Madrid, 1954.

- CASTRO y BRAVO, F., DE, Derecho civil de España, Parte General, T. I, 2ª ed., Madrid, 1949, reimpr. facsímil, 1984.
- CLAVERO B., «Imperio de la ley, regla de Derecho y tónica de Constitución», en La vinculación del Juez a la Ley (Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid 1-1997), Madrid, 1997.
- COCA PAYERAS, M., La doctrina legal, Barcelona, 1980.
- COLIN, A.-H. CAPITANT, Curso elemental de Derecho civil, T. I, con notas de D. De Buen, Madrid, 1922.
- CORBAL FERNÁNDEZ, J. E., Práctica Procesal Civil, (Brocá-Majada-Corbal-Gª. Varela), 22ª ed., Barcelona, 1996, t. VIII, apart. 44.
- CROSS, RUPERT y J.W. HARRIS, Precedent in English Law, 4ª ed., Oxford, 1991.
- CURRIER, T.S., «Time and change in Judge-Made Law: Prospective overruling», en Virginia Law Review, 1965, vol. 1, nº. 2.
- CHIARLONI, «Efficacia del precedente giudiziario e tipologia dei contrasti di giurisprudenza», en Rivista di diritto processuale civile, 1989.
- DAVID, RENÉ, Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos (Derecho comparado), traducción de la 2ª edición francesa por P. Bravo Gala, Madrid, 1968.
- DEFLORIAN, L. A., «Il ruolo del precedente giudiziale nel common Law inglese», en Il valore dei precedenti giudiziali nella tradizione europea, Padua, 1998.
- DELL' AQUILA, E., Introducción al estudio del Derecho inglés, Valladolid, 1992.
- DENTI, V., La giurisprudenza per massime e il valore del precedente, Padua, 1988.
- DEVLIN (Lord), «Judges and Lawmakers», en The Modern Law Review, 1976, vol 39, nº. 1.
- DIAS, R.W.M., Jurisprudence, 5ª ed., Londres, 1985.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., «La función del Tribunal Supremo: el valor de la jurisprudencia civil», en Cuadernos de Derecho para Ingenieros. Retos de la Justicia, Las Rozas, Madrid, 2017.
- DÍEZ-PICAZO, L., «Constitución y Fuentes del Derecho», en La Constitución española y las Fuentes del Derecho, Madrid, 1979, vol. I.
- DÍEZ-PICAZO, L., «La jurisprudencia», en El Poder Judicial, vol. I, Madrid, 1983.

- DÍEZ-PICAZO, L., «La justicia y el sistema de fuentes del Derecho», en *La vinculación del Juez a la Ley* (Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid 1-1997), Madrid, 1997.
- DÍEZ-PICAZO, L., «Reflexiones sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo», R.D.P. 1964.
- DÍEZ-PICAZO, L., *Comentario a las reformas del Código civil*, Madrid, 1977, vol. I, ad artículo 1-6 CC.
- DÍEZ-PICAZO, L., *Comentario al art. 1*, en *Comentario al Código Civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.
- DOLEZALEK, G., «I precedenti giudiziari nello ius commune», en *Il valore dei precedenti giudiziari nella tradizione europea*, Padua, 1998.
- DOWLING, N. T., PATTERSON, W. y POWEL, R., *Materials for legal method*, Chicago, 1946.
- DURGALA, M.M., «Prospective overruling the Common Law», en *Syracusa Law Review*, 1962, vol 14.
- ESSER, J., *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho*, (trad. E. Valentí Fiol) Barcelona, 1961.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. A., J. M. RIFÁ SOLER, J. F. VALLS GOMBAU, *Derecho procesal práctico*, T. IV, Madrid, 1992.
- FIOL MATA, L., «Common Law and civil law in the legal method of Puerto Rico: the transmission of legal discourse», en *Revista Jurídica Universidad de Puerto Rico*, vol. 64, nº. 3, 1995 (Numero en honor de D. José Puig Brutau).
- FRIEDLAND, M. L., «Prospective and retrospective judicial Lawmaking», en *University of Toronto Law Review*, 1974, vol. 24.
- FRIEDMANN, W., «Limits of judicial lawmaking and prospective overruling», en *The Modern Law Review*, 1966, 29.
- FROSINI, V., *La estructura del Derecho*, Studia Albornotiana, Bolonia, 1974.
- GALGANO, F., «Dei difetti della giurisprudenza ovvero dei difetti delle riviste di giurisprudenza», en *Contratto e Impresa*, 1988, Otto voci sul precedente giudiziario.
- GALGANO, F., «Giurisdizione e giurisprudenza in materia civile», en *Contratto e Impresa*, 1985.
- GALGANO, F., «L'interpretazione del precedente giudiziario», en *Contratto e Impresa*, 1985.

- GALGANO, F., «Quattro note di varia giurisprudenza», en *Contratto e Impresa*, 1992, vol II.
- GASCÓN, M., *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Madrid, 1993.
- GAVARA DE CARA (Coord.), «El principio de igualdad en la aplicación de la Ley por órganos judiciales. Práctica jurisprudencial del Tribunal Constitucional (1981-1992)», *Revista Jurídica de Catalunya*, 1993-2.
- GORDILLO GARCÍA, M., «La jurisprudencia en la Constitución», en *La Constitución española y las Fuentes del Derecho*, Madrid, 1979, vol. II.
- GORLA, G., «L'uniforme interpretazione della legge e i tribunali supremi», en *Foro italiano*, 1976, V, col. 127 y sigs.
- GORLA, G., *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milán, 1981.
- GORPHE, F., *Las resoluciones judiciales*, trad. L. Alcalá-Zamora y Castillo, Buenos Aires, 1953.
- GRAY, JOHN CHIPMAN, *The Nature and Sources of the Law*, 2ª ed, a cargo de R. Gray, Nueva York, 1921, reimpr. 1997.
- GUASTINI, R., *Teoria e dogmatica delle fonti*, en *Trattato di Diritto civile e commerciale Cicu-Messineo-Mengoni*, Vol. I, t. 1, Milán, 1998.
- HERZOG, *Le Droit jurisprudentiel et le Tribunal Suprême en Espagne, Études de droit privé espagnol*, 6, Toulouse, 1942.
- INZITARI, B., «Obbligatorietà e persuasività del precedente giudiziario», en *Contratto e Impresa*, 1988, Otto voci sul precedente giudiziario.
- ITURRALDE SESMA, V., *El precedente en el Common Law*, Madrid, 1985.
- JENKS, E., *El derecho inglés*, trad. de la 3ª ed. por J. Paniagua Porras, Madrid, 1930.
- KEETON, GEORGE W., *English Law. The judicial contribution*, David a. Charles, Newton Abott, 1974.
- LACRUZ-SANCHO-LUNA-DELGADO, *Elementos de Derecho civil*, I, Parte general de Derecho civil, vol. I, Introducción, 9ª ed. revisada y adicionada por Delgado Echeverría, Barcelona, 1988
- LAGUNA DOMÍNGUEZ, E., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, T. I, vol. 1º, 2ª.ed., Madrid, 1992, ad artículo 1-6.
- LAGUNA DOMÍNGUEZ, E., *Jurisprudencia y Fuentes del Derecho*, Pamplona, 1969.

- LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E., Voz Jurisprudencia, en Nueva Enciclopedia Jurídica, T. XIV, Barcelona, 1978.
- LAPORTA, F. J., «Vindicación del precedente judicial en España», en La vinculación del Juez a la Ley (Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid 1-1997), Madrid, 1997.
- LARENZ, K., Derecho civil. Parte General, traducción de la 3ª ed. alemana por M. Izquierdo y Macías-Picavea, Jaén, 1978.
- LÓPEZ DE OÑATE, F., La certeza del Derecho, trad. S. Sentís Melendo y M. Ayerra Redín, Buenos Aires, 1953.
- LÓPEZ GUERRA, L., «El Tribunal Constitucional y el principio stare decisis», en El Tribunal Constitucional, Madrid, 1981, vol. II.
- LÓPEZ GUERRA, L., «Jurisdicción ordinaria y jurisdicción constitucional», en La aplicación jurisdiccional de la Constitución, Valencia, 1997.
- LÓPEZ VILAS, R., «La jurisprudencia y su actual eficacia normativa», en Centenario del Código civil (Asociación de profesores de Derecho civil), Madrid, 1990, T. II.
- LOYD, D., Introduction to Jurisprudence, 6 ed. a cargo de M.D.A. FREEMAN, Londres, 1994.
- MAC CORMICK, «Why cases have rationes and what these are», en Precedent in Law, (Goldstein ed.) Oxford, 1987.
- MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., La Jurisprudencia Civil en el marco Constitucional y Europeo, Valencia, 2023.
- MARTÍNEZ-CALCERRADA y GÓMEZ, L., «Derecho judicial y Código civil (Función interpretadora, correctora e integradora)», en Centenario del Código civil (Asociación de profesores de Derecho civil), T. II, Madrid, 1990.
- MERRYMEN, JOHN HENRY, La tradizione del «civil law» nell'analisi di un giurista di «common law», Milán, 1973.
- MONETA, G., I mutamenti nella giurisprudenza della Cassazione civile, en I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale (dir. F. Galgano), Padua, 1993.
- MONTÉS PENADÉS, V. L., Derecho civil. Parte General, (Coords. A. López y V.L. Montés), 2ª ed., Valencia, 1995.
- NICOL, ANDREW G. L., «Prospective overruling: a new device for English Courts?», en The Modern Law Review, 1976, vol. 39.

- NICOL, ANDREW G. L., «Prospective overruling: a new device for English Courts?», en *The Modern Law Review*, 1976, vol. 39.
- OLIVA SANTOS, A. DE LA, «La jurisprudencia en el nuevo título preliminar del Código civil», en *A.D.C.*, 1975.
- OLIVA SANTOS, A. DE LA, «La jurisprudencia en la Ley de Bases para un nuevo título preliminar del Código civil», en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, IV, 1973.
- OLIVA SANTOS, A. DE LA e I. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *Tribunal Constitucional. Jurisdicción ordinaria y derechos fundamentales*, Madrid, 1996.
- OTTO, I DE, *Estudios sobre el Poder Judicial*, Madrid, 1989.
- PATON, GEORGE WHITECROSS, *A Text-book of jurisprudence*, 3ª ed. editada por D. P. Derham, Oxford, 1964 (reimpresión, 1967).
- PERA VERDAGUER, F., «Fuentes del Derecho, jurisprudencia y constitucionalidad», en *La Constitución española y las Fuentes del Derecho*, Madrid, 1979, vol. III.
- PIZZORUSSO, A. (Delle) *Fonti del diritto, Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*, Bolonia-Roma, 1977.
- PIZZORUSSO, A., *Lecciones de Derecho Constitucional*, vol. I y II, Madrid, 1984.
- POMORSKI, S., *American Common Law and the principle «nullum crimen sine lege»*, 2ª ed., París, 1975.
- PRIETO SANCHÍS, L., *Ideología e interpretación jurídica*, Madrid, 1987.
- PUGSLEY, D. F., «L'origine della regola stare decisis nella House of Lords e il caso London Tramways (1898)», en *Il valore dei precedenti giudiziali nella tradizione europea*, Padua, 1998.
- PUIG BRUTAU, J., «Cómo ha de ser invocada la doctrina civil del Tribunal Supremo», en *Medio Siglo de Estudios jurídicos*, Valencia, 1997. También en *Revista Jurídica de Cataluña*, enero-febrero, 1953.
- PUIG BRUTAU, J., *La jurisprudencia como fuente del Derecho*, Barcelona, 1951.
- PUIG FERRIOL, LL., *Jurisprudència civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya*, 1989-1992, Barcelona, 1994.
- REICHEL, H., *La Ley y la sentencia*, trad. por E. Miñana Villagrasa, Madrid, 1921.
- RHEINSTEIN, M., *Voz Common Law- Equity* (trad. del original inglés a cargo de G. Bernini, G. Bognetti y D. Libonati), en *Enciclopedia del Diritto*, vol. IV.

- ROBLES ALVAREZ DE FUENTEMAYOR, A., «El precedente judicial anglosajón y la jurisprudencia española», R.G.L.J., T. XV, 1948.
- ROCA TRIAS, E., «Jurisprudencia, precedentes y principio de igualdad», en R.J.C., 1986-4.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., «Constitución, legalidad y seguridad jurídica», en *La vinculación del Juez a la Ley (Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid 1-1997)*, Madrid, 1997.
- ROSELLI, F., «Il principio di effettività e la giurisprudenza como fonte del Diritto», en *Rivista di Diritto Civile*, 1998-1, pp. 23 y sigs.
- ROSSLER, J. B., «Prospective applications of judicial decisions», en *Alabama Law Review*, 1982, vol. 33, n.º. 2.
- RUBIO LLORENTE, F., «La igualdad en la aplicación de la ley», en *La vinculación del Juez a la Ley (Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid 1-1997)*, Madrid, 1997.
- RUBIO LLORENTE, F., *et al.*, *Derechos fundamentales y principio constitucionales (Doctrina jurisprudencial)*, Barcelona, 1995.
- SALA SANCHEZ, P., «El principio de igualdad en la aplicación judicial del derecho», en A.A.M.N., XXXIV, Madrid, 1994.
- SALA SANCHEZ, P., «Los jueces y la Constitución», en *Estudios sobre la Constitución española*, Madrid, 1994.
- SALMOND, J., *Jurisprudence*, 12ª ed., a cargo de P. J. Fitzgerald, Londres, 1966.
- SALVADOR CODERCH, P., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, T. I, vol. 1º, 2ª.ed., Madrid, 1992, ad artículo 3-1 C.C.
- SÁNCHEZ ROMÁN, FELIPE, *Estudios de Derecho civil*, T. II, Parte General, 2ª ed., Madrid, 1911.
- SBISÀ, G., «Certezza del diritto e flessibilità del sistema (la motivazione della sentenza in common law e civil law)», en *Contratto e Impresa*, 1988, Otto voci sul precedente giudiziario.
- SCHAUER, F., «Precedent», en *Stanford Law Review*, 1987, vol. 39.
- SCHAUER, F., *Concepto y formas fundamentales del Derecho*, México, 1975.
- SEROUSSI, R., *Introducción al Derecho inglés y norteamericano*, trad. E. Alcaraz, Barcelona, 1998.
- SIMPSON, A. W. B., «The Common Law and the Legal Theory», en *Oxford Essays in Jurisprudence (Second Series)*, Oxford-Norfolk, 1973, reimpr. 1978.
- STONE, JULIUS, *Legal System and Lawyers' Reasoning*, 2ª. ed., Sydney, 1968.

- SUAY RINCÓN, J., «El principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor E. García de Enterría, T. II, Madrid, 1991.
- SUAY RINCÓN, J., «Igualdad en la aplicación de la Ley ante el mismo órgano judicial: precisiones acerca del alcance de la doctrina del cambio de criterio», en XI Jornadas de Estudio, El principio de igualdad en la Constitución española, Madrid, 1991, vol. I.
- TARUFFO, M., Il vertice ambiguo. Saggi sulla Cassazione civile, Il Mulino, Bologna, 1991.
- TOMÁS y VALIENTE, F., «Los jueces y la Constitución», en Estudios sobre la Constitución española, Madrid, 1994.
- TREVES, G., La dottrina del precedente e la giurisprudenza della Corte costituzionale (a cura di), Turín, 1971.
- TRIGO GARCÍA, B., «Normas consuetudinarias y recurso de casación en materia de Derecho civil de Galicia», Actualidad civil, núm. 21, 2005.
- VACCA, L., «Sulla rilevanza dei precedenti nel diritto giurisprudenziale romano», Il valore dei precedenti giudiziali nella tradizione europea, Padua, 1998.
- VALVERDE y VALVERDE, CALIXTO, Tratado de Derecho civil español, Parte General, T. I, 3ª ed., Valladolid, 1925.
- VEGA BENAYAS, C., Introducción al derecho judicial, Madrid, 1970.
- VIDAL GIL, E. J., «Justificación y límites de la creación judicial del derecho en el ordenamiento jurídico español», en Derecho y Sociedad, Valencia, 1998.
- VINCENTI, U., «I precedenti giudiziali: prospettive romanistiche», en Il valore dei precedenti giudiziali nella tradizione europea, Padua, 1998.
- XIOL RÍOS, J. A., «El precedente judicial en nuestro Derecho, una creación del Tribunal Constitucional», en Poder Judicial, nº. 3.
- XIOL RÍOS, J. A., «El principio de igualdad en la aplicación de la Ley», en XI Jornadas de Estudio, El principio de igualdad en la Constitución española, vol. I, Madrid, 1991.
- ZORRILLA RUIZ, MANUEL MARÍA, «Relaciones entre el Tribunal Supremo y los tribunales superiores de justicia», en Poder judicial y estado compuesto: relaciones entre el Tribunal Supremo y los tribunales superiores de justicia, Manuales de formación continuada, núm. 27, Consejo General del Poder Judicial Madrid, 2005.

La sentència del tribunal d'instància com a objecte cassacional

Francisco Javier Pereda Gámez

Magistrat de l'Audiència Provincial de Barcelona

President de la Secció 18ª (Infància, Família i Capacitat)

Sumari

1. Introducció

2. Una relació particular

3. La funció d'instància

4. La competència decisòria i el cercle decisonal

5. La funció cassacional

5.1. L'origen

5.2. La funció

5.3. L'estat actual

5.4. Les noves orientacions en el projecte de Llei d'eficiència processal

6. Un enfocament diferent: el reflex del cercle decisonal en la casació

6.1. Captació, interpretació, valoració i utilitat de la prova

6.2. Afirmacions fàctiques, ponderació, confrontació i orientació de l'anàlisi

6.3. Elecció, depuració, validació i aplicació dels referents normatius

6.4. Part dispositiva, argumentació, virtualitat i signatura de la decisió

7. Recapitulació

«No et rendeixis, que la vida és això, continuar el viatge, perseguir els teus somnis, destravar el temps, córrer la runa i destapar el cel»

Mario Benedetti

1. Introducció

Pretenc amb aquest treball una reflexió sobre el treball de les Audiències Provincials en tant constitueix el pressupòsit de la tasca cassacional del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya. La sentència de l'Audiència Provincial és, podem dir, «l'objecte cassacional», el material de base sobre el que el Tribunal Superior treballa i desenvolupa la seva funció. La seva feina, sotmesa a estrictes regles, es centra en «disseccionar» la sentència de l'Audiència Provincial per a valorar si infringeix una norma legal o una norma jurisprudencial. Cerca, així, la nomofilaxi legal i, darrerament, el respecte de la «doctrina» o de la norma jurisprudencial i les seves sentències són el resultat d'un procés intel·lectual quin paradigma és la defensa de la seguretat jurídica.

En principi, la funció de la cassació no és revisar tot el procés, ni la valoració probatòria de la sentència d'apel·lació, però, a la pràctica, el Tribunal Superior no acaba de superar la crítica sobre la invasió per part seva de la funció de les Audiències (sobirana quan a la apreciació de la prova, també quan a la qualificació jurídica, com intentaré justificar). Aquest és un debat recurrent. Persisteix una actuació del Tribunal Superior que massa sovint, es diu, actua com a «tercera instància», potser perquè, dic, no resten clars els respectius camps de treball i s'imposa la «superioritat».

La relació entre aquests tribunals no sembla dialògica i aquesta és una primera qüestió a analitzar, tot intentant entendre de quina mena de vincle es tracta. Cal, després, definir amb la major claredat la funció de la (segona) instància, el que em portarà a analitzar com es conforma la sentència de la Sala d'Apel·lació.

Aquest enfocament és important, perquè només descrivint com resollem, com prenem les decisions, podrem acostar-nos als límits de la funció cassacional. Entenc que cal superar el «sil·logisme jurídic» i la dualitat prova-dret, perquè el procés decisorí és molt més complex. He

intentat demostrar en altre lloc¹ que els jutges i jutgesses duem a terme un procés que no es limita a valorar les proves i aplicar el dret, sinó que passa per una fase d'«in-tensió» (tensió cap endins), l'anàlisi, i per una altra fase d'«ex-tensió» (tensió cap enfora), la decisió pròpiament dita, bàsicament entorn de l'argumentació jurídica i l'estudi del context de la resolució i dels seus efectes. Si la prova és sobirania del tribunal d'instància i són seus també els processos d'*in-tensió* i *ex-tensió*, ha de ser molt més clar situar la funció cassacional en el seu propi àmbit, el dels referents normatius.²

D'aquesta manera sostinc i intentaré justificar que la «doctrina jurisprudencial» no és sinó un nou referent normatiu que les Audiències apliquem, i en aquest sentit, cal considerar només la «norma jurisprudencial». La successió de casos concrets (per exemple, en matèria de guarda compartida) no constituïria doctrina jurisprudencial, no seria un referent normatiu, sinó un «precedent», no en el sentit anglosaxó, sinó com a element interpretatiu. Les sentències concretes del Tribunal Superior que no «senten doctrina» podrien donar lloc a seguiment dels òrgans judicials inferiors, en raó de la coincidència dels fets contemplats en els successius plantejaments cassacionals i la repetició d'aquest seguit de sentències, podria marcar una tendència. Però no actua com a referent normatiu.³

- 1 Defenso que hi ha quatre fases en la presa de decisions (la prova, l'anàlisi, els referents normatius i la decisió) i que cada una d'aquestes fases inclou, a la vegada, un procés circular en quatre passes. A la data d'entrega d'aquesta ponència, està pendent de publicar un treball sota el subtítol «Reflexiones sobre la competencia decisoria y el círculo decisional» i en sis entregues: «El juicio precipitado, casi siempre es errado» (I), que estudia el cercle decisional que reproduïxo a l'apartat 4 d'aquesta ponència; «A buen juez mejor testigo» (II), dedicat a l'estudi en profunditat de la fase probatòria; «El buen juez por su casa empieza» (III), sobre l'anàlisi de les afirmacions fàctiques, la seva ponderació, la seva confrontació amb màximes d'experiència i la seva orientació (el material probatori depurat); «Hecha la ley, hecha la trampa» (IV), sobre els referents normatius (normes i principis, interpretació, validació i qualificació jurídica); «Pleitos tengas y los ganas» (V), dedicat a la decisió, la seva argumentació, virtualitat i consagració; i «La experiencia es la madre de la ciencia (y VI)», sobre els models d'abordatge (i de jutges) que s'hi deriven.
- 2 Per referents normatius entenc el conjunt normatiu, complex, que inclou normes, principis i valors, i que s'han de tenir en compte per a la resolució del cas.
- 3 L'ús del «precedent» en el sentit que defenso, no és un bagatge propi de l'Audiència és un bagatge aliè (del Tribunal Superior de Justícia, del Tribunal Suprem) i no actua com a «referent normatiu» (ni com a «doctrina jurisprudencial», ni com a font de dret). Es tracta d'una experiència interpretativa aliena que, tot i això, constitueix un instrument metodològic valuós en la tasca d'interpretació jurídica de la norma (en el procés d'in-tensió), en el pas segon de la fase tercera, en el sentit que exposaré en les pròximes pàgines.

Això m'aboca a l'estudi del mètode judicial de presa de decisions. Centrat en la nostra tasca, la sentència «d'instància» és el resultat d'un procés de presa de decisions, i és també, diré, la decisió presa després d'un procés, d'una elaboració intel·lectual (que té poc a veure amb el dret «processal»).

Per explicar-ho una mica més, aquest treball es basa en una determinada concepció del procés judicial de presa de decisions (del mètode per a dictar la resolució judicial, la sentència), i pretén justificar la tesi de que la sentència no és la mera conclusió del sil·logisme jurídic quina premissa major és la llei i quina premissa menor són els fets, el resultat d'un camí merament «lineal», sinó que la presa judicial de decisions de les Audiències Provincials respon a un esquema més complex, «circular», en el que hem d'encabir: a) la definició del punt de partida; b) la captació i apreciació probatòria; c) l'anàlisi i l'obtenció del material probatori depurat; d) l'elecció dels referents normatius, la seva interpretació i ponderació i la qualificació jurídica dels fets; e) la part dispositiva, l'argumentació jurídica, la virtualitat del sentit de la decisió i la signatura de la decisió final.

Vull partir d'una concepció de la presa de decisions que integra els aspectes racionals més tradicionals amb els processos dinàmics d'«in-tensió» i d'«ex-tensió» de l'interpret. Treballo amb la teoria sobre l'aprenentatge de David Kolb i destaco les concommitàncies entre els processos d'aprenentatge (que acaben amb un resultat, al igual que la part dispositiva de la sentència) i els processos de presa de decisions (doncs cada sentència judicial no deixa de ser un nou aprenentatge pel jutge). La tesi que mantinc és transposició del procés d'aprenentatge descrit per aquest autor i assumit per la principal escola de jutges de Estats Units d'Amèrica (*National Judiciary College*) i també per la RJUE (Xarxa Judicial de la Unió Europea).⁴

Entendrem així millor, potser, la sentència, com a pressupòsit cassacional i el tipus de «resposta» que «hauria de donar» el nostre Tribunal Superior.

4 Kolb, D.: *Experiential Learning: Experience As The Source Of Learning And Development*, ed. Prentice-Hall, 1984. Hi ha una ampla bibliografia sobre les seves idees i la seva actualització (la més recent: «The Kolb Experiential Learning Profile 2021 Technical Specifications», El «Manual de la REFJ sobre Metodología de Formación Judicial en Europa», 2016, treballa també a partir del model d'estils d'aprenentatge de adults d'aquest autor. vid.: <https://learningfromexperience.com>).

2. Una relació particular

Realment, hi ha poc diàleg,⁵ ni tan sols informal, entre magistrats i jutges de diverses instàncies, una realitat que persisteix des de fa molt temps i malgrat la seva denunciada necessitat.⁶ En qualsevol diàleg és important que es coneguin els interlocutors, que comparteixin un «canal» i un «codi» comunicatiu, cal una unitat de temps i d'espai. Entre la fixació de criteris pel Tribunal Superior i la seva recepció pels òrgans d'instància no hi ha cap conversa. Només una diferent manera d'abordar els casos, a causa de la seva respectiva funció en el conjunt del sistema judicial. L'Audiència orienta la seva tasca de valoració probatòria i d'interpretació i aplicació normativa i el Tribunal Superior li dona resposta, confirmatòria o revocatòria, només en una perspectiva hermenèutica i nomofilàctica (amb un «codi» diferent).

La manca de contacte habitual (fins i tot informal) potser es deu a la inèrcia, o a una concepció «magistral» de la segona instància o de la cassació d'alguns magistrats o a una errònia auto constricció del que es pugui interpretar com «donar instruccions» als tribunals inferiors. D'una altra, a la diferència d'edat, la desconeixença interpersonal o a una mena de «temor» i respecte a la «Superioritat» dels jutges i magistrats d'instància, en una visió jerarquitzada i anacrònica de les respectives funcions. També hi és present la reserva d'influir massa els magistrats de cassació o de ser influït el jutge d'instància, de que la comunicació o el diàleg (especialment el previ a prendre una decisió) es consideri una interferència que afecti la independència de qui ha de resoldre (fins i tot amb ressons ètics i disciplinaris).

Però sobretot, no hi ha diàleg perquè no hi ha un canal legal, ni formal, per a aquest diàleg. No és possible una «consulta» prejudicial, ni la convocatòria de

5 Són pocs els treballs (fins i tot a les bases de dades de Formació Continua del Consell General del Poder Judicial o explorant a l'exterior) sobre el diàleg entre tribunals i sobre com es crea jurisprudència i no en troben sobre com participa en aquesta creació el «tribunal d'instància».

6 HERNÁNDEZ GARCÍA, J.: Presentació dels «Diàlegs sobre la justícia i els jutges», CEJFE, Generalitat de Catalunya», 2015, p. 11: «els jutges i les jutgesses, destinataris i participants dels diàlegs ni hi estan acostumats, per raons culturals, ni solen disposar, tampoc, per factors corporatius, de gaires espais per poder expressar les seves opinions i compartir-les amb altres col·legues sobre les grans qüestions, els grans problemes, les intenses incerteses que envolten i, d'alguna manera, condicionen el mateix desenvolupament, la mateixa concepció, de la funció judicial».

«sessions clíniques» i quan es programen formacions a càrrec de magistrats de Sala (el que no és prou freqüent), no tenen un format de debat i sovint la tasca docent roman centrada en reproduir magistralment el contingut de la doctrina jurisprudencial del tribunal cassacional en les diverses matèries, sense propiciar un diàleg obert sobre els temes resoltos (que es deixa en mans de la doctrina i els acadèmics), sense plantejar els problemes que sorgeixen amb les normes complexes o noves que van sorgint (amb el prurit, de vegades, del magistrat cassacional de no avançar una tesi que demanda estudi en detall), ni tampoc donen lloc, aquestes activitats formatives, a debats d'abast metodològic. De vegades, la manca d'aquest canal normalitzat de relació deriva, de la mà de les relacions humanes, en una dependència d'afinitats personals, ideològiques o de proximitats associatives.

El «continu de sentències» de les Audiències Provincials de Catalunya i de les respostes del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya és només la constatació d'un flux entre desiguals, en el que el treball de les Audiències és confirmat (bàsicament, en el tràmit d'inadmissió cassacional) o rebutjat (quan s'estima el recurs extraordinari). Per part dels tribunals d'instància és un «acatar», més que un parlar, encara que val a dir que en general, la doctrina del nostre Tribunal Superior és una font de coneixement de gran qualitat, que constitueix un referent normatiu de primer ordre i enriqueix el nostre *background*.

L'expressió «diàleg entre tribunals» és més pròpia de la relació nascuda entre tribunals nacionals i supranacionals. Va néixer en el camp de la qüestió prejudicial davant del TJUE⁷ i ha estat especialment intens en matèria de protecció del consumidor, promogut pels tribunals espanyols de tots els nivells.⁸ La mateixa idea trobem respecte a la relació entre el Tribunal Suprem i el Tribunal Constitucional⁹ i en la relació entre tribunals ordinaris inferiors i el Tribunal Constitucional, en raó del plantejament de la qüestió d'inconstitucionalitat. Últimament, aquest diàleg també s'estudia per la

7 LOUSADA AROCHENA, J. F.: «La cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia vista desde un órgano judicial español», ed. Laborbum, 2021, p. 18.

8 Es pot consultar la monografia: GARCÍA-VALDECASAS DORREGO, M.J.: «Diálogo entre los tribunales españoles y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la tutela judicial del consumidor al amparo de la Directiva 93/13/(CEE)», ed. Fundación Registral, 2018.

9 HUELÍN MARTÍNEZ DE VELASCO, J.: «El diálogo entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional», a «Tribunal Constitucional y diálogo entre Tribunales». XVIII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, 2013, págs. 209-246.

doctrina en la relació entre els tribunals nacionals i el TEDH, quan es planteja una consulta preventiva («avis consultif»), a l'empara del Protocol núm. 16.

Però, pera VERGOTTINI,¹⁰ el diàleg entre tribunals (estats i internacionals) i el creuament de jurisprudències (la utilització del Dret estranger) no són tals, són mites, mera comparació, ni tan sols influència. Diu que els espais estan molt fragmentats, no es donen els pressupostos del diàleg (llevat del sector dels drets humans, amb un caràcter multidimensional de la protecció). Hi ha influències recíproques i interacció, reconeixement del principi del marge estatal d'apreciació, respecte a la interpretació del tribunal supranacional, a cops una influència de determinats ordenaments que tenen la forma de presentar-se com a models (i a cops un exercici de «contra límits» dels tribunals constitucionals interns). I afegeix que tampoc és cert que s'acudeixi de forma generalitzada a la comparació amb el Dret estranger. Hi ha una apertura segura, però no l'ús de l'argument comparatiu, ni un reenviament, sinó la consideració d'aquest Dret extern com a una dada fàctica. Per regla general no hi ha un buit en l'ordenament intern i l'aportació externa té un valor merament auxiliar.

Com diu BELLOSO,¹¹ arribar a la «resposta correcta» es configura com una de les principals aspiracions del diàleg de tribunals, però l'esperit que presideix avui els diàlegs judicials és de caràcter unidireccional perquè no admet sinó que «deconstrueix» qualsevol possibilitat de parlar i comunicar-se en autèntics «diàlegs». En els diàlegs verticals, els tribunals nacionals es limiten a invocar jurisprudència internacional normalment per acceptar-la o incorporar-la a l'argumentació, però molt rarament per rebutjar-la o simplement criticar-la. Tampoc en els diàlegs horitzontals s'arriba a configurar un veritable diàleg judicial o, si més no, no hermenèutic —amb els requisits que exigeix aquest tipus de diàleg—. Més aviat sembla que es tracta d'una comunicació monològica en la seva gran majoria.

Potser es podrien rescatar alguns d'aquests arguments per a validar una idea de diàleg entre Tribunal Superior i Audiències. A mode anàleg amb el que passa en el diàleg entre tribunals constitucionals i convencionals, potser es podria arribar a concebre la relació entre les Audiències Provincials

10 VERGOTTINI, G.: «Más allá del diálogo entre Tribunales - Comparación y relación entre jurisdicciones», IDP, ed. Civitas –Thomson Reuters, 2010, p. 43.

11 BELLOSO MARTÍN, N. «La articulación del diálogo judicial entre tribunales: una lectura desde la filosofía jurídica», a «Constitucionalismo. Un modelo jurídico para la Sociedad global», 1ª ed., febrer 2020, p. 23.

catalanes i el nostre Tribunal Superior de Justícia de Catalunya com la pròpia d'un «efecte directe», una qüestió «prejudicial», un «vincl d'adequació», un «control de jurisprudencialitat» o de la necessitat d'una «interpretació conforme». Però ara per ara, no és així. No hi ha mai una perspectiva d'alteritat o reciprocitat entre els tribunals d'instància i el de cassació. No hi ha interlocució, ni col·laboració constructiva, ni *cross-fertilization*, sinó per vies indirectes. No és possible una consulta prèvia i, simplement, hi ha una vinculació a la norma jurisprudencial i un aprofitament difús del precedent: hem d'aplicar les normes a la llum de la interpretació que n'hi fa el Tribunal Superior de Justícia de Catalunya (la seva doctrina jurisprudencial) i en aquest sentit es podria parlar de «normativitat», d'un «auto-control» quan a la «jurisprudencialitat» de les nostres resolucions, o podem, simplement, estudiar els casos que resol com a precedent i tenir-los en compte com a bagatge aliè, com a experiència interpretativa, com a instrument metodològic en la tasca d'interpretació jurídica.¹²

A cops les sentències de les Audiències voldrien provocar, en un eventual recurs extraordinari de cassació, el posicionament de la Sala del Civil i Penal sobre una determinada qüestió difícil, especialment si la reflexió de la Sala d'instància es planteja en termes axiològics.¹³ Com passa de vegades en matèria d'infància, família i capacitat de les persones, pot ser que la Sala Provincial entengui necessari o convenient un pronunciament cassacional, però mai es planteja un «diàleg» perquè no hi ha interlocutor, perquè les «respostes» a les «preguntes» que l'Audiència pugui pretendre no tenen camí de formulació i aquestes «preguntes» no depenen de l'Audiència, sinó de les parts processals. Aplicar aquest terme «dialògic» a la relació institucional entre les Audiències i el Tribunal Superior presenta alguns

12 Sobre l'aplicació judicial del dret i el sistema de precedent, Orozco analitza, a partir de la doctrina anglosaxona del *stare decisis et quieta non movet* (el respecte a la *ratio decidendi* d'un cas anterior davant futurs casos), els requisits pel seu caràcter vinculant com a norma d'origen jurisprudencial (Orozco Muñoz, M.: «Creación judicial del Derecho y el precedente vinculante», ed. Aranzadi - Thomson Reuters, 2011, p. 194 i ss.). També la ponència de Blasco Gascó en aquestes mateixes Jornades. En altre lloc (veure nota 1) hem diferenciat entre norma jurisprudencial i precedent (que en cap cas té al nostre país l'abast propi del dret anglosaxó).

13 Ens referim als «casos difícils», quan la interpretació de la norma cerca els seus valors implícits, teleològics o relacionats bàsicament amb els drets humans i els drets, principis i valors constitucionals.

inconvenients, el principal que no és l'Audiència en cap cas, sinó les parts, els que poden «preguntar», promoure el recurs extraordinari.¹⁴

La relació entre les Audiències Provincials catalanes i el Tribunal Superior de Justícia de Catalunya és la d'una vinculació¹⁵ a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Superior, que, des del punt de vista objectiu neix, més que de la relació jeràrquica, de la supremacia o prevalença que n'hi imposa l'ordenament jurídic. En tant el Tribunal Superior assumeix la funció nomofilàctica i interpretativa de la norma legal i en tan és font de norma jurisprudencial, els seus pronunciaments d'abast general obliguen a les Audiències perquè són normes de dret.¹⁶ La vinculació es produeix amb dues sentències en la mateixa línia interpretativa o una de Ple¹⁷ o amb aquelles que expressament recullen la fixació de la doctrina jurisprudencial de la Sala.

No es «consulta» el Tribunal Superior en ares a resoldre un cas en instància, sinó que s'acaten les seves sentències, s'aprèn d'elles, s'enriqueix el *background* personal i col·lectiu amb les seva doctrina, es citen les seves resolucions per a fonamentar una nova decisió, com a referent normatiu.

Però això no nega que les respectives funcions hagin d'evolucionar.

3. La funció d'instància

La funció d'instància sempre ha estat semblant, la que ha evolucionat de forma més complexa és la funció cassacional. Les Audiències Provincials,

14 El mecanisme de consulta prèvia, vigent en la qüestió de constitucionalitat (TC), en la qüestió prejudicial (TJUE) i en l'*avis consultif* (TEDH), va existir també històricament en relació al recurs de cassació, en forma que *référé volontarie*. Quan el jutge, després de la revolució francesa, no sabia quina era la norma aplicable al cas, havia de suspendre el procés i dirigir-se a la assemblea en cassació, per a resoldre l'assumpte, però aquesta possibilitat es va suprimir en el Codi napoleònic de 1804.

15 OROZCO, «Creación», p. 207 i ss.

16 La vinculació vertical deriva de que la norma jurisprudencial és un referent normatiu. No hi ha vinculació horitzontal —la de la pròpia Sala de l'Audiència als seus precedents—, ni a l'auto-precedent (sens perjudici de les limitacions constitucionals al canvi de criteri), sí vertical, per prevalença.

17 La avocació d'un assumpte al Ple de la Sala posa de manifest l'interès del Tribunal de unificar, internament, la seva postura, amb una deliberació ampliada i recollint en el seu cas les discrepàncies a través de vots particulars.

com a òrgans d'apel·lació (a l'igual que el jutge individual), tenim la funció de decidir, de prendre decisions conforme a fet i a dret, tot revisant les sentències dels òrgans de primera instància. Des de la perspectiva d'aquest treball, produïm l'objecte cassacional i (eventualment) cassacionable. Estem sotmesos a certes limitacions (l'exigència d'interès i gravamen, la prohibició de la *reformatio in peius*, la subjecció al *tantum apel·latum quantum devolutum*, etc.), però, en el fons, dictem sentència amb plenitud, dictem sentència segons fets i dret. És per això que enfocaré la ponència des de la perspectiva de la sentència com a resultat del procés de presa de la decisió.

Com ja va dir DE LOS MOZOS,¹⁸ sentenciar no és un exercici especulatiu o teoreàtic, sinó una «funció pràctica» que no s'obté únicament per successives operacions lògiques, derivades de la norma legal o del sistema normatiu, sinó en un conjunt de valoracions en relació amb la justícia concreta, en les quals el racional o el legal no són més que un de tants components.

La doctrina continental sobre el decisionisme judicial s'ha desenvolupat, durant molt de temps, aliena al subjectivisme jurídic, especialment al psicologisme anglosaxó. El racionalisme no accepta el que ha considerat tradicionalment elements «contaminants» procedents de la naturalesa humana, com la personalitat, el biaixos, els sentiments o les creences. Però, com diu JUANES,¹⁹ la doctrina anomenada psicològica, entroncada amb el realisme judicial nord-americà, rebutjada per la doctrina majoritària, no impedeix reconèixer que darrere d'una resolució judicial hi hagi raons psicològiques. Només en les últimes dècades s'ha començat a introduir la consideració d'aquests factors en la doctrina de la prova, en la interpretació jurídica, en la teoria de l'argumentació jurídica.

Des del punt de vista subjectiu, es parla molt de l'«ofici de sentenciar», entès com a art, amb connotacions artesanals. En aquest sentit, SANCHO²⁰ acull l'expressió «judgecraft», un neologisme al que atribueix el significat d'ofici, d'art i en termes més imprecisos, diu que significa ser bon jutge.

No es troben referències a Espanya i no és fàcil trobar referents fora respecte a aquesta expressió. En una citació anglesa per a funcionaris

18 DE LOS MOZOS, J.: «Metodología y ciencia en el Derecho privado moderno», Edersa, Madrid, 1977, p. 10, citat per LUNA, Aspectos, p. 344.

19 JUANES PECES, A.: «La motivación de las sentencias: proscripción de la arbitrariedad. Problemas prácticos», LA LEY Penal nº 157, julio-agosto 2022, Editorial Wolters Kluwer, p. 4.

20 SANCHO GARGALLO, I.: «Judge craft: el oficio o arte de juzgar», InDret, abril 2020, p. 446. També, la monografia «El paradigma del buen juez», ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

judicials²¹ es diu que «Judgecraft» és l'art de jutjar i engloba tot allò que no es troba en un llibre sobre dret, proves o procediment. Així, el «judgecraft» tracta sobre com fem la feina els jutges i jutgesses i el bon tracte i la igualtat es situen, justificadament, al centre de la funció.

L'apartat J del Preàmbul de la Resolució del Parlament Europeu, de 14 de març de 2012, sobre la formació judicial (2012/2575(RSP) descriu el «judgekraft» com la formació del jutge o jutgessa en habilitats.²² Per tant, no hi ha dubte que el terme ve referit a destreses i habilitats pròpies de la professió de jutge, àmbit subjectiu que no es tracta en la Filosofia del Dret, ni en tractar de la interpretació i aplicació del dret, ni en l'estudi de les decisions judicials. Estem en context de «formació judicial». No tinc dubte que la sentència subjecta a cassació integra aquest i altres aspectes i per això aquest enfoc subjectiu, centrat en el bon jutge, no és suficient. Hi tornaré sobre aquesta idea per a exposar el sentit i abast del «cercle decissional», com un procés més complex.

Diria SIERRA²³ que la tensió està entre jutjar com un ofici d'elit, amb una estètica pròpia, i la peculiar burocràcia ritualista que caracteritza tants casos. Parlar de Judgecraft posa en joc una sèrie de forces molt potents.

Tal com indica MOORHEAD,²⁴ citant a KRITZER, «judgecraft» es una expressió brillant a la recerca d'algun significat, però també una aposta per a una recerca més seriosa sobre els jutges, tradicionalment centrada en els judicis escrits, en «referència a la paraula escrita, descontextualitzant-la de l'espai geogràfic i social en què es produeix». En la sentència «qüestions alienes a la llei, però d'importància interna per a les parts, s'han divorciat, almenys en part, de cadascuna [d'elles]». El domini de la llei auto - construiria la disputa tot marginant les parts d'aquest procés.

21 Site web: Courts and Tribunals Judiciary, <https://www.judiciary.uk>, Equal Treatment Bench Book, November 2013.

22 Diu: «[c]onsiderant que els estudis judicials no es poden limitar al dret material i processal i que els jutges necessiten una formació relacionada amb el seu àmbit judicial i amb l'adquisició d'aptituds específiques (en la versió anglesa, «judgekraft», entrecomillat)».

23 SIERRA SOROCKINAS, D.: «El precedente: un concepto. Precedent: A Concept», *Revista Derecho del Estado* n.º 36, gener-juny del 2016, p. 249-269.

24 MOORHEAD, R.: «Judgecraft: an Introduction», *Social & Legal Studies* Volume 16, Issue 3: Special issue: Judgecraft, Cardiff University, UK, Dave Cowan Bristol University, UK, September, 2007, p. 315.

KRITZER²⁵ conclou que un ofici implica un conjunt d'elements que, quan es prenen en conjunt, poden proporcionar un marc no només per descriure com els professionals fan la seva feina, sinó que també poden oferir informació sobre cóm ho poden fer millor. Això implicaria formació, entrenament, i també, introspecció i extravertició.

No hi ha dubte que KRITZER ha proporcionat una manera inspiradora de pensar sobre la funció de sentenciar. I no ens n'allunyem en aquest treball quan, tot fent referència a un trànsit interioritzat i exterioritzat, MOORHEAD parla de producció, funció i avaluació, quan descriu la producció [judicial] principalment en base a tres factors interns: habilitats i tècniques, resolució de problemes i estètica. O quan, citant a Tata, concep la decisió judicial com un treball artesanal²⁶ d'elecció i ordre, rutina implícita i principi normatiu explícit, anàlisi i intuïció, individualització i consistència, racionalitat i emoció, ment i cos.

Durant molt de temps s'ha pretès construir la presa judicial de decisions com un exercici purament lògic i racional. Però de forma progressiva s'ha anat admetent que aquest procés és molt més complex, tot buscant altres referents (sociològics, psicològics). Diu LUNA²⁷ que en la decisió judicial sostinguda per la lògica i el sentit comú juguen una comesa importantíssima aspectes psicològics propis de la particular personalitat —de la psique— del jutgador, com són el seu bagatge cultural, la seva educació, la seva classe social, la seva ideologia o la seva actitud i sensibilitat davant les tensions que es produeixen en la vida social, també la seva perspicàcia —entre altres abasts, per apreciar indicis significatius— i fins i tot la seva imaginació. I afegeix que l'argumentació judicial, més que procedir a l'establiment d'unes premisses per arribar a una deducció —segons la coneguda regla denominada del *modus ponent ponens*—, es desenvolupa una conclusió per a la qual es busquen després unes premisses de justificació.

En el món de la norma, dels enunciats normatius, a part del dret positiu en juguen d'altres, alguns específics de cada jutge o jutgessa, com són la seva personalitat (els seus trets del caràcter i els seus biaixos), com també les seves experiències prèvies, vitals i professionals, altres enunciats més

25 KRITZER, H. M.: «Toward a theorization of craft», *Social & Legal Studies* Volume 16, Issue 3: Special issue: Judgecraft, Cardiff University, UK, Dave Cowan Bristol University, UK, September, 2007, p. 337.

26 Per MOORHEAD la distinció entre artesanía i art gira principalment en la dimensió externa del segon.

27 LUNA SERRRANO, A.: «Aspectos psicológicos de la reflexión judicial. Psychological aspects of judicial reflection», *Actualidad Jurídica Iberoamericana* N° 16 bis, junio 2022, p. 344.

objectivables, com les conjectures, les pressuposicions, les presumpcions, les màximes d'experiència. En el punt de partida per l'estudi d'un cas nou hi ha un bagatge, una pre-comprensió prèvia de fets, conflictes i solucions que no té perquè ser negatiu per a resoldre.

La «pre-comprensió» la situa LUNA,²⁸ en una visió molt limitada, en l'àmbit de l'adscripció o dependència ideològica del jutge, «la seva inclinació més o menys conservadora o progressista quant a l' entesa de l' activitat declarativa o creativa de la jurisprudència», en tant el jutge no podria desprendre's de la seva pròpia personalitat, encara que LUNA mateix apunta la solució: la apreciació judicial de les concepcions ètic-socials ha de ser coherent amb el criteri jurídic representatiu del que en la societat es sent com a ideal. L'interpret no s'ha de deixar guiar per la pre-comprensió, sinó que l'ha de tematitzar en estreta adherència als fets i en conseqüència amb el text, i per aquesta via «posar-se fora del prejudici».

En tot cas, els elements subjectius, psicològics, «artesanals», si es vol dir així, reflecteixen una aproximació personal a la decisió semblant a la que vivim en els processos d'aprenentatge, de manera que al costat de l'eix exterior (el que va dels fets a la norma) actua, de forma fonamental, un eix interior, horitzontal (el que va de l'anàlisi a la decisió).

Diu VIGO²⁹ que al costat del raonament jurídic pràctic (que jo situaria en l'eix horitzontal, el que va de l'anàlisi a l'argumentació aplicativa, de la «in-tensió» a l'«ex-tensió»), hi ha «elements paralògics o retòrics, elements extralògics on estan dogmàticament imposades per al jurista presumpcions, ficcions, etc.» Per a mi, les exigències lògic-formals pertanyen a l'eix horitzontal del cercle decisonal i els elements psicològics estan presents en les quatre fases de la decisió, però no la dominen, com intentaré justificar.

Els jutges pensen sovint que les seves decisions no estan sent influïdes per consideracions polítiques o ideològiques. Però un observador neutral detecta tot el contrari, la qual cosa és símptoma d'un prejudici del jutge, que ha de combatre. La meua experiència em demostra que hi ha correctius, si es fa una correcta aplicació del mètode de presa de decisions. Quan he volgut partir d'una suposada conclusió (potser influït per una determinada consideració ideològica) i cap norma jurídica no l'ha recolzada, en un exercici seriós i honest d'anàlisi, he pogut rectificar, de forma que la norma,

28 LUNA, *ibidem*, p. 350.

29 VIGO. R.: «La interpretación (argumentación) jurídica en el Estado de Derecho Constitucional», Tirant lo Blanch, México, 2017, p. 51.

davant qualsevol solució voluntarista, psicològica o para-lògica ha actuat com a topall.

Es podria dir que aquest enfocament no és molt diferent del de l'epistemologia jurídica, la disciplina que estudia, des d'un punt filosòfic jurídic, els assumptes relacionats amb el coneixement humà, la seva naturalesa, condicions, origen i límits, científicament, tot diferenciant-lo de les creences, buscant la relació que hi ha entre el coneixement i la percepció, la raó, la memòria i el testimoniatge, la manera com el coneixement s'estructura mitjançant creences justificades i la possibilitat del coneixement i d'altres problemes derivats de l'escepticisme filosòfic o ontològic. La Sala de l'Audiència Provincial seria així un epistemòleg «d'anar a peu» que intenta fixar científicament el coneixement per a resoldre el cas, fugint de les creences, treballant la percepció dels fets (1), la raó en l'anàlisi (2) i la memòria, com a referent normatiu (3), en el que defenso com les tres primeres fases del procés decisonal. La meua proposta, d'una epistemologia més «d'anar per casa», intercala entre els fets i la «memòria» els processos dinàmics d'in-tensió (cap a dintre) i, sobre tot i novedosaament, d'«ex-tensió» (cap a fora) que la Sala dur a terme per a decidir, per a sentenciar.

Voldria estudiar com resollem els jutges, quins passos seguim, quines dificultats trobem per facilitar una decisió com a «objecte cassacional» al Tribunal Superior, tot revitalitzant i enfortint aquestes competències bàsiques (la valoració de les proves i els processos d'«in-tensió» i d'«ex-tensió»), que el Tribunal Superior ha de respectar.

4. La competència decisòria i el cercle decisonal

El procés de presa de decisions, com el de l'aprenentatge mateix, ha de seguir determinades fases o passes. Decidir és resultat d'un procés que passa per haver captat, estudiat, contrastat i aplicat. Com un alumne, el jutge o jutgessa o el tribunal d'apel·lació (i qualsevol persona que prengui decisions) rep els impactes dels fets, la notícia d'una realitat que no coneix, i els ha de processar, entendre'ls. Si el nou coneixement té antecedents normatius o cognitius, es contrasta, tot validant o no el nou coneixement i la decisió final, nova, s'assimilarà en la memòria. El coneixement adquirit portarà al jutge (i a l'alumne) a prendre futures decisions concordants. Quan es plantegi de futur un nou impacte fàctic, ressorgirà la memòria per a contrastar-lo, perquè és decidint que s'aprèn, i així es tancarà el cercle, successivament, tot seguint l'estela que ens marca KOLB.

Presa del programa docent de l'École National de la Magistrature, no se m'acut millor manera de definir la competència decisòria que dir que és «la capacitat de prendre una decisió sensible i executiva que es pren en el seu context, basada en la llei i els fets».³⁰

He treballat en altre lloc³¹ la definició i el desenvolupament de la competència decisòria o decisional dels jutges (formulació, contingut, seqüencialització i avaluació), a partir de l'anàlisi de la planificació docent de l'Escola Judicial, d'un treball de definició de competències del Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada» (CEJFE) de la Generalitat de Catalunya³² i d'un treball del Claustre de Professors de l'Escola Judicial sobre competències professionals. La fixació de competències l'he entesa vinculada als estils d'aprenentatge (amb base a la doctrina de l'aprenentatge experiencial) i al factor «ecològic» o de context laboral, com a referent vàlid per a la definició dels processos de presa de decisions. Aquell treball intentava un aparellament entre les competències definides per l'Escola Judicial (tècniques, relacionals, funcionals, analítiques i personals) i les etapes de l'aprenentatge, assimilant aquestes etapes a les etapes del procés decisional. Clarament es veu la diferència respecte a la consideració de la funció sentenciadora com a conclusió d'un mer sil·logisme jurídic o d'una tasca artesanal.

El punt de partida tradicional ha estat la consideració de que la llei constitueix la premissa major i els fets constitueixen la premissa menor,

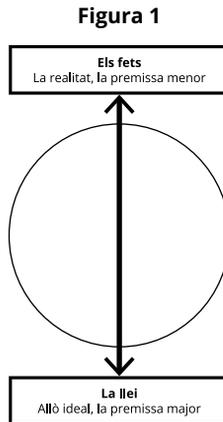
30 https://www.enm.justice.fr/sites/default/files/rub-devenir-magistrat/epreuves_et_programmes_3concours.pdf . juny 2017, p. 3. El programa cita la competència decisòria junt amb altres 12 competències necessàries. La traducció de la versió anglesa («Ability to make a sensible, enforceable decision that is adapted to its context, based on the law and the facts») em sembla més adequada que la francesa («Capacité à prendre une décision, fondée en droit et en fait, inscrite dans son contexte, empreinte de bon sens, et exécutable»), en tant cita abans el caràcter assenyat i executable de la decisió i la seva consideració en el context que el fonament legal i fàctic. «Make a decision» té una connotació constructiva, procedimental (com a procés) que no contempla el «prendre une décision», centrada en el moment final.

31 PEREDA GÁMEZ, F.J.: «Reflexiones sobre competencias y sobre la competencia decisoria de los futuros jueces en la Escuela Judicial Española», Revista de Educación y Derecho, Universidad de Barcelona, núm. 03, 2011.

32 El «Perfil Professional del Jutge de Primera Instància i Instrucció», del Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada (CEJFE) del Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya, realitzat en col·laboració amb la Escuela Judicial, del any 2006, que recull una relació de competències tècniques, analítiques, funcionals, relacionals i personals.

de les que deriva la decisió o sentència com a conclusió. Però aquesta explicació és insuficient.

Si se'm permet, invertint la presentació tradicional, aniríem dels fets a la norma en un eix vertical, cap a baix:

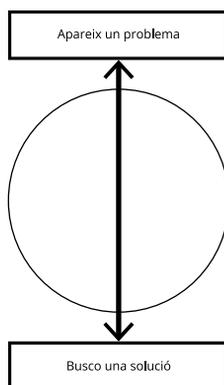


Així, per exemple:

- a) «S'ha provat que el pare d'una família ha estat denunciat per un presumpte delictes d'agressions a la mare (testimoni del jutjat d'instrucció)»;
- b) La Llei diu que «no es pot atribuir la guarda al progenitor mentre es trobi sotmès a un procés penal iniciat per atemptar contra la integritat física de l'altre progenitor»;
- c) *Ergo*: la sentència serà necessàriament desestimària de la petició de guarda monoparental paterna.

La simplicitat del mètode sil·logístic és patent i la seva insuficiència, evident. En primer lloc perquè, en el món real, la presa de decisions neix de l'existència d'un problema que he de estudiar i analitzar (no em ve donat «en net») i perquè, en el món referencial, la solució no és mai clara, ni unívoca i sovint demana una interpretació i un procés aplicatiu (la proposició normativa no es correspon a un sol fet).

Figura 2



Aquests dos mons (els fets i la llei, el problema i la solució) no són «purs»: els problemes que els jutges estudiem sorgeixen en el context d'un interès jurídic subjectiu, d'una pretensió jurídica i d'un determinat context de cultura judicial de l'operador jurídic (el «punt de partida»), emparada inicialment en un referent normatiu citat o invocat però que potser no és aplicable. El demandant diu sempre a la seva demanda que, respecte el que ha passat (els fets predicats), la llei li reconeix un dret que el jutge ha de fer efectiu. En l'exemple que seguim, la mare de família afirma l'agressió i vol la suspensió de les relacions entre pare i fill. El fet inclou diverses preguntes (¿el pare és merament denunciat?, ¿investigat? ¿processat?, ¿imputat?, ¿acusat?; ¿és falsa la denúncia, com diu el demandat?, etc.)

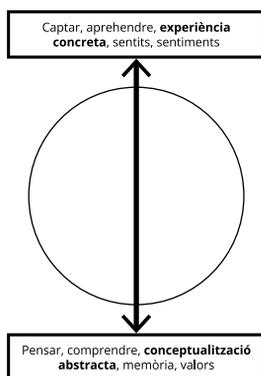
I les solucions, sempre genèriques i abstractes en la seva formulació («[qualsevol] progenitor mentre es trobi sotmès a un procés penal») i equívokes respecte al fet concret, són el resultat o la solució que el legislador imagina per a un supòsit històric (en la llei concessiva) o fictici (en la llei prospectiva), el que anomenem «el pressupòsit fàctic de la norma»³³ (o si es vol, l'aspecte descriptiu de la proposició normativa), el fet que ha imaginat el legislador, desestabilitzador de la pau jurídica i quina aplicació pretén. I les fonts no són úniques ni unívokes respecte al mateix pressupòsit (la norma legal nega l'atribució de la guarda, però la norma jurisprudencial,

³³ El pressupòsit fàctic de la norma és l'aspecte fàctic de la regla de dret, la part fàctica (expressa o implícita) de la proposició normativa, la proposició descriptiva.

per exemple, sospesa l'afectació real del menor, diferencia entre «violència estructural» i «violència ocasional», pondera que la norma constitucional i la supranacional defensen l' «interés superior del menor», etc.).

A més, cal aprofundir en els dos extrems d'aquest eix vertical, el de les premisses menor i major, en l'eix que va del problema a la solució.

Figura 3



Els dos extrems de l'eix són complexos. El «problema» és una experiència concreta que s'afronta des d'altres experiències acumulades. No és un accés «nu» a la realitat. I afrontar-lo vol l'ús dels sentits i també dels sentiments (perquè és un problema «humà») i demanda una adequada conformació de la comunicació, amb un emissor adequat, un codi, un canal comú de comunicació i un receptor aptes. I la solució no es trobarà sense l'ús de l'intel·lecte, de l'abstracció, de la memòria i dels valors (implícits en les normes). La llei nega la guarda al progenitor agressor perquè és valor superior la protecció del fill, es modula excepcionalment el règim relacional si pot ser un bé per l'infant, etc.

Cada problema, cada pregunta (en termes dialògics) la planteja una part, de forma que els problemes i preguntes s'acumulen i cal un mètode per a afrontar-les i respondre-les.

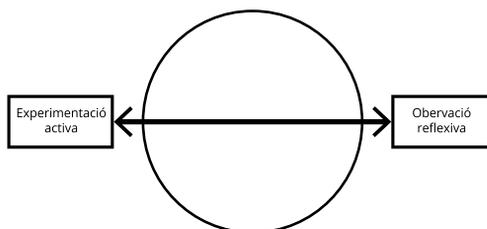
Però no observem, oïm, apliquem els sentits i els sentiments i els referents en una línia directa, de la que surti automàticament la decisió, sinó que fem servir altres elements. En la definició esmentada de l'École de la Magistrature la llei i els fets són a la base del procés decisor, però hi

són presents altres elements fonamentals, com la capacitat, la sensibilitat, la consideració del context o l'executivitat.

Això ens obliga a analitzar «l'eix horitzontal», a ser conscients de la necessitat d'estudiar, per a comprendre adequadament el procés decisor, els processos d'«in-tensió» i d'«ex-tensió», d'anàlisi «cap a endins» i de exteriorització «cap a enfora», inherents a la funció de jutjar. La observació no és merament contemplativa, sinó reflexiva. No només constatem els fets, sinó que els analitzem, els interpretem, els valorem amb la finalitat de, després d'un contrast normatiu, produir un canvi en l'estat de les coses que vinculi els litigants. I el jutge no només reflexiona, sinó que actua, de forma que la seva decisió final és una decisió experiencial, activa, executiva, un pronunciament que, sens cap dubte, canvia la realitat, la dels litigants i a cops la de tercers. És també una nova experiència que acumula el jutge o jutgessa a la seva vida, un nou bagatge per al seu *background* amb el que afrontarà nous problemes, noves decisions.

Es pot representar aquest eix horitzontal, primer intern, després extern o manifestat, de dreta a esquerra (això ens permetrà llegir tot el cercle en el sentit de les agulles del rellotge), de la següent manera:

Figura 4



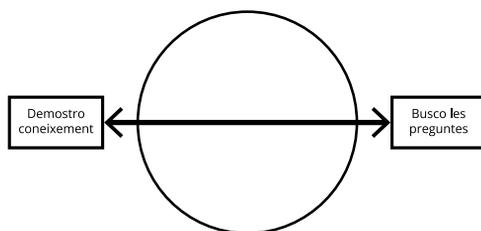
És clar que no admetem un jutge o jutgessa o una Audiència Provincial que es limiti a plasmar la part dispositiva de la resolució, sinó que l'exigim que hagi analitzat el cas (si realment el pare és o no un agressor, si l'agressió està provada, si els fills l'han patit d'una o altra manera, si els perjudica o els beneficia seguir mantenint la relació paterno-filial), tot descartant les afirmacions fàctiques errònies de les parts i confirmant les pròpies del jutge. No hi ha decisió sense una observació reflexiva, sense extreure dels fets, de les preguntes, del material probatori ofert, el que sigui realment rellevant, a través de la seva depuració fins a obtenir la «collita», el material

probatori recaptat.³⁴ I també exigim que el jutge motivi, que expliciti les seves raons apreciatives, interpretatives o aplicatives (que digui cóm justifica la seva convicció sobre els fets, si una persona és «denunciada», «acusada», etc., si s'ha de considerar «sotmesa» o no a un procés penal, si la norma és aplicable, si està emparada en la llei una excepció relacional, etc.) i tot aquest procés es situa a l'experimentació activa. No hi ha decisió vàlida sense exposar-ne les raons, sense demostrar coneixement. Dit d'altra manera, del problema el jutge o jutgessa ha passat a les preguntes i ara ha de construir les respostes i després donar forma a la seva convicció, en l'àmbit de la motivació i l'argumentació de la solució final (de vocació executiva).

Aquest és un procés personalíssim, diferent per a cada jutge, jutgessa o Sala. Els processos d'aprehensió i valoració probatòria i els d'interpretació legal (a l'eix vertical) tenen vocació de generalització, cerquem que el mètode sigui sempre el mateix sigui quin sigui el jutge que hagi de resoldre, fins el punt d'establir mecanismes de control dels fets (a través del recurs d'apel·lació) i del dret (a través del recurs cassacional) per a garantir la uniformitat. Però cóm analitza el cas un jutge i cóm argumenta la solució, si ni un ni l'altre procés són estrambòtics, té vocació individual i perspectiva de reconeixement. És el que fa humana i insubstituïble la decisió. Altra cosa seria negar autonomia analítica i justificadora al jutge, desacreditant-lo i, de retruc, alterar el sentit de la funció cassacional, tot concebant el Tribunal Superior com una tercera instància, inquisitiva.

Per tant, en l'eix horitzontal a un extrem busco les preguntes i a l'altre, quan ja he trobat les respostes, mostro coneixement.

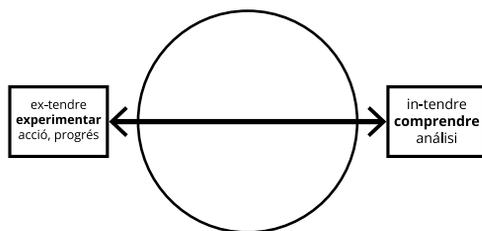
Figura 5



34 El material probatori recaptat és el que s'ha obtingut un cop finalitzada la pràctica de les proves, tot el que consta a l'expedient, sigui útil o no per a la resolució final del cas, per a la presa final de la decisió. El material probatori depurat és el que el jutge o jutgessa selecciona a través del procés d'anàlisi de les afirmacions fàctiques, tot validant-les o descartant-les.

He de respondre a les afirmacions fàctiques de les parts a la llum del material probatori recaptat (admetent o rebutjant que els fets afirmats hagin succeït o valorant que els fets són uns altres, diferents parcial o totalment dels que relaten les parts). Les respostes no es poden trobar sinó a través de l'anàlisi, d'exercicis de ponderació, de confrontació i d'orientació. I la depuració, el material probatori depurat, serà la base (després de la consideració dels referents normatius), de l'argumentació i la motivació. Hi ha, evidentment, un diferencial, doncs no totes les preguntes que suggereix el cas, des del punt de vista fàctic, arribaran al port de la final motivació. En el context de «descobriments», en la primera fase, el jutge o jutgessa vol «convèncer-se», a través de vinculacions lògiques o formals, «justificar-se», vincular-se als fets. En el context de «justificació», extern, passat el tamís de la referència normativa, busca vincular els fets a la norma amb base en «bones raons», ha de donar les raons per a «convèncer» els destinataris de la sentència, ha de elaborar un discurs justificador, extern. El primer pas no transcendeix del tot, el segon és públic i cerca «fallar», decidir i així canviar la realitat. Una situació que estava en *stand-by*, pendent del procés decisor judicial, es posa en marxa en una línia de canvi, de progressió (en el sentit de moviment). El jutge ha permès la guarda del menor al progenitor agressor o l'ha negada, ha establert un règim de relació entre pare i fill o l'ha eradicat. I això a través d'un mandat imperatiu, que es compleix.

Figura 6

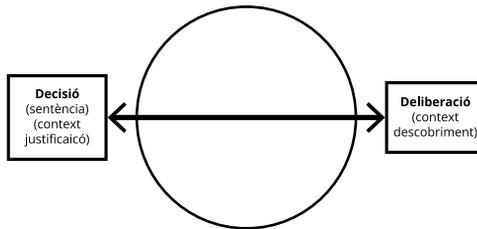


L'exercici intern, d'«in-tensió», que ha produït una «tensió», és a dir un esforç per a comprendre els fets a través de l'anàlisi racional, dur al jutge i a la Sala a «ex-tendre», una «tensió» vers enfora, a justificar un canvi en la realitat i l'execució d'allò que ha resultat.

En termes tècnic jurídics es pot dir que la primera d'aquestes fases horitzontals (a la dreta) es correspon amb la deliberació (individual o col·lectiva), específicament sobre els fets i la segona, amb la plasmació de

la decisió en la sentència. Per tant, la lògica jurídica troba el seu lloc natural en la primera i la motivació i l'argumentació, en la segona.

Figura 7



PÉREZ LUÑO³⁵ concep l'activitat de jutjar com la síntesi d'unes activitats de percepció, d'argumentació racional i de decisió. La manca de qualsevol d'aquestes tres dimensions determinarà el caràcter incomplet o defectuós del judici. Aquest és l'esquema sobre el procés decisor que més s'assembla al que defenso en aquest i altres treballs,³⁶ en què només noto a faltar la consideració dels referents normatius.

No hi ha dubte de que cada decisió que les Audiències afrontem parteix d'un marc facilitat per les parts i del nostre bagatge personal o professional. És el «punt de partida»,³⁷ la «inicial composició de lloc» del jutge que, seguit de la captació, interpretació i valoració, en vistes a fixar els elements fàctics i, derivada en l'anàlisi, acaba amb la fixació dels «fets provats», del material probatori ja depurat. Tampoc es pot decidir sense qualificar els fets jurídicament, sempre necessitem situar-nos en el «marc normatiu» i en els casos de «frontera» pot concórrer una juxtaposició de diversos ordenaments jurídics que caldrà encadellar. A partir d'aquí, podem haver generat ja la convicció decisòria o adonar-nos de que encara no la tenim. Podem tenir ja una «part

35 PÉREZ LUÑO, A. E., «¿Qué significa juzgar?», DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, n.º 32, Alicante, 2009, p. 151-176. <http://data.cervantesvirtual.com/manifestation/285106>

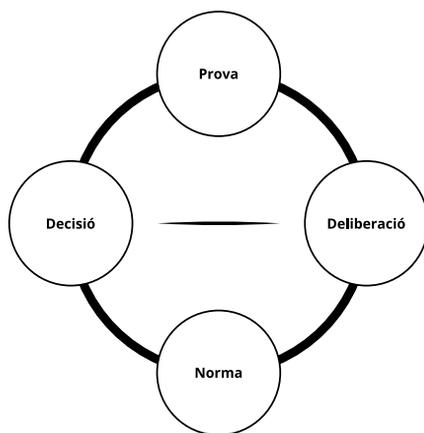
36 Em remeto a la nota 1.

37 El punt de partida de la presa de decisions és el marc que les parts faciliten amb demanda i contestació, però també el bagatge del jutge o jutgessa i la pre-comprensió prèvia de fets. Per la Sala d'apel·lació, s'integra en el punt de partida la sentència apel·lada.

dispositiva» en ment, un «fallo» que després haurem de fonamentar en dret i d'argumentar.

Entenc que els jutges que habitualment comencen els fonaments de dret de les sentències amb la descripció d'un fonament de «marc normatiu», estan reflectint un abordatge inadequat del cas. No em refereixo al «talla i enganxa» sobrer, desgraciadament encara habitual, sinó a situar-se davant del problema des de les suposades certes prescriptives i no des de les fàctiques, a començar la fonamentació pel dret i no pels fets. La redacció, en la meua opinió hauria d'iniciar-se amb la constatació per escrit del «punt de partida» (tot reinterpretant el senti de l'encapçalament de la sentència i donant nou sentit als antecedents de fet), continuar amb l'exposició i valoració del material probatori recaptat i seguir amb l'estudi dels referents normatius per a acabar amb l'argumentació jurídica i la motivació. Perquè cada cas és diferent i no ens val apel·lar indiscriminadament a la proposició normativa i donar per suposat el pressupòsit fàctic de la norma (que, per altra banda, no és més que la normativització d'uniques experiències fàctiques pre-normatives, molt probablement diferents de les del cas concret que resolem).

Figura 8



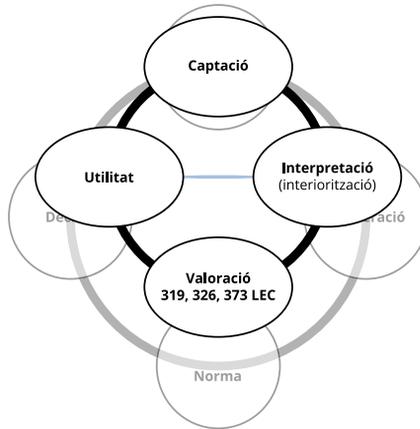
Si desenvolupem aquesta línia de pensament i tot tenint en compte el seu caràcter instrumental, podem reproduir internament el cercle decisonal en cada una de les quatre fases del procés (experimentació, observació, conceptualització i argumentació) o, en termes processals (i amb caràcter

merament orientatiu): el món de la prova, el de la deliberació, el dels referents normatius i el de la decisió.

Més detalladament, cada fase suposa, alhora, la reproducció interna del procés d'aprenentatge i del procés decisor. Com qualsevol persona que experimenta i aprèn, els jutges i jutgesses en enfrontar-se a la prova, primer experimenten, capten, aprehenen, després interpreten i interioritzen el material probatori recaptat, en tercer lloc, el validen amb referents anteriors (normatius, legals o experiencials) i finalment ho depuren i conclouen la seva utilitat.

La primera fase pot venir representada d'aquesta forma:

Figura 9. La prova



L'apreciació i fixació dels fets pel jutge o pel tribunal no és directa, sinó resultat de sotmetre's a una captació que neix d'un emissor (una persona, un objecte), que arriba a través d'un canal (i que requereix un codi compartit) i que configura al jutge o jutgessa o Sala com a receptor apte. Un cop rebut un impacte sensorial, potser també emocional, el jutge o jutgessa o l'Audiència segons els termes del recurs (si s'al·lega error en la valoració de la prova) ha d'interioritzar i interpretar les proves a la llum del punt de partida, contrastar amb les regles de valoració probatòria i extraure el material útil, com a pressupòsit de la fase següent, la d'anàlisi o deliberació sobre aquest material, en relació a les respectives afirmacions fàctiques.

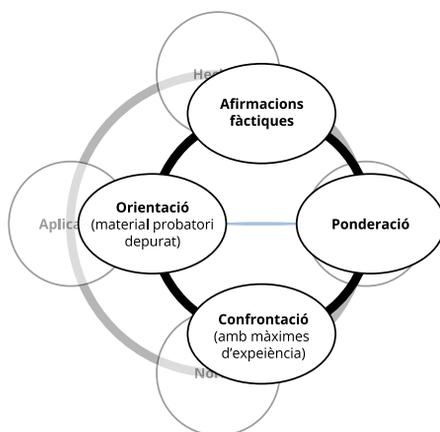
Són presents en aquesta passa els criteris de valoració de la prova. En aquest procés i amb la finalitat de convèncer-nos dels fets i la seva viabilitat

processal, contrastem elements normatius (les regles de valoració probatòria o les màximes factuais d'experiència, per exemple). El final d'aquesta primera fase dona com a resultat la definició del material idoni, en brut, per a solucionar el conflicte. Haurem seleccionat per criteris d'utilitat de la prova.

Un camí semblant, d'aprenentatge, es produeix en la segona fase, quan deliberen (sols o en col·legi), quan reben els impactes de l'ordenament legal i, finalment, quan redacten la sentència.

La segona fase es pot representar així:

Figura 10. L'anàlisi



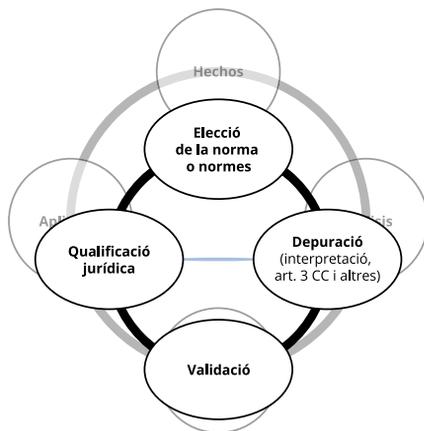
L'exercici intel·lectual d'analitzar les proves, de preguntar-se i resoldre els problemes que el material probatori recaptat pel jutge o jutgessa provoca, té com a material bàsic les afirmacions fàctiques de les parts o del propi jutge, que acabaran traduïdes, en la fase quarta, en motius o arguments de validació o de rebutj.

Les parts han afirmat factualment i el jutge, en aquesta fase de la presa de decisions, la segona, exercita una activitat intel·lectual intensa, d'abordatge i de ponderació. Aquests reptes intel·lectuals han de ser contrastats o confrontats amb màximes lògiques d'experiència i condueixen, un cop validat el judici, a deixar fixat el material probatori depurat. Són màximes racionals d'experiència, que han de ser conegudes i expressades, sense que valgui una referència abstracta a la «sana crítica».

El jutge o jutgessa s'orienten així a una tercera fase, la subsumpció dels fets, al seu enquadrament en el pressupòsit fàctic de la norma a aplicar, que és el seu natural destí.

La tercera fase la represento així:

Figura 11. Els referents normatius



En aquesta tercera fase, la identificació del referent normatiu suposa, en un ordenament jurídic multi-sistemàtic, l'aplicació correcta de les regles sobre la llei aplicable, material i territorialment. També, el respecte a la jerarquia normativa i el respecte al joc entre les normes primàries i les secundàries. Cal conèixer, identificar i interrelacionar les normes positives i els principis i també la norma jurisprudencial³⁸ (tot descartant la tècnica dels «antecedents»).

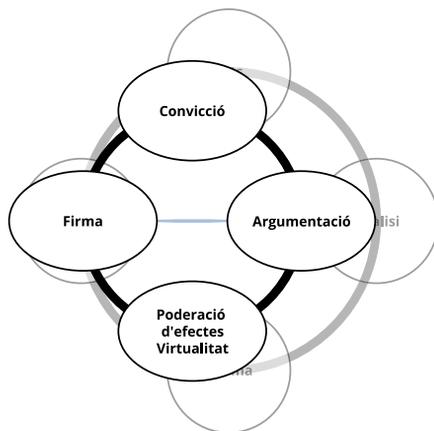
La seva depuració porta als criteris d'interpretació de la norma i després a la seva validació amb els valors constitutius (fonamentalment, la validació a la llum dels drets, principis i valors constitucionals, dels valors socials que informen l'ordenament jurídic i de la conformació ètica del jutge),

³⁸ En la mesura que l'elecció, depuració, validació i aplicació dels referents normatius respongui a normes, a regles, el Tribunal Superior ha de controlar la validesa del mètode judicial en la presa de la decisió. La norma jurisprudencial és només una part de la consideració dels referents normatius per a prendre la decisió, dintre del cercle decisional.

procés que acaba amb la qualificació jurídica dels fets, sempre en vistes a l'aplicació final i efectiva de la llei.

Per últim, la quarta fase, la pròpiament decisòria, vindria representada d'aquesta forma:

Figura 12. La decisió



El cercle decisional en la quarta fase parteix de la convicció (estimatòria o desestimatòria, en tot o en part), del que acabarà per a ser la «part dispositiva» de la resolució, en la seva concreta textualitat. Ens configurem la convicció, la solució al cas com a impacte i després ho hem de motivar i argumentar. Això implica *checks and balances*, a través de una redacció de la sentència que aculli una bona argumentació fàctica i jurídica. Després caldrà ponderar el context de la resolució i els efectes que pot produir la decisió (la seva virtualitat, és a dir, la comprovació de la seva potencialitat per a canviar la realitat) i finalment adquirirà exterioritat i força executiva a través de la seva signatura.³⁹

³⁹ Em remeto, per a més aprofundiment, a les publicacions referides a la nota 1.

5. La funció cassacional

Parteixo de la consideració de que el mecanisme de control dels fets és el recurs d'apel·lació i que el mecanisme de control de la correcta aplicació del dret és el recurs cassacional.

El recurs extraordinari ha evolucionat de forma més complexa que el d'apel·lació. Respecte al seu origen, la concreció de la funció cassacional ha anat variant i ho farà més després de la Llei d'Eficiència Processal. I entenc que encara ho hauria de fer més, si es té en compte la naturalesa i abast del cercle decisonal tal i com he intentat descriure de forma que el tribunal cassacional es centri només en els aspectes normatius.

5.1. L'origen

A l'origen, amb la cassació es tractava de defensar la Llei com a valor fonamental de la societat, en considerar-la l'expressió de la voluntat general, i ocupar, per tant, el màxim rang.⁴⁰ A la revolució francesa, el precedent històric més immediat, donada la divisió de l'Estat en tres poders diferents, si al Directori corresponia governar (després al Consolat, després a Napoleó), a l'Assemblea li incumbia legislar i al Poder Judicial li pertocava aplicar aquestes normes sense desvirtuar-les, per la qual cosa qualsevol sentència que contradigués la Llei no era vàlida, en virtut del principi de plenitud de la codificació. Tot en el marc de la coneguda afirmació de Montesquieu de que el jutge no és res més que la boca per la qual s'apliquen les paraules de la llei. Maximilien de Robespierre va encunyar la famosa frase de que «la paraula «jurisprudència» s'ha d'esborrar de la nostra llengua» i afegia que «en un Estat que té una constitució, una legislació, la jurisprudència dels tribunals no és altra cosa que la llei.»

El Decret de l'Assemblea constituent francesa de 27 de novembre de 1790 es considera la primera regulació del recurs de cassació. El Tribunal

40 Els revolucionaris francesos, de la mà de diversos pensadors i filòsofs, van entendre l'arbitrarietat com a pròpia del règim polític absolutista, en què la llei era *quod placet princeps*, i van imposar la concepció de què el principi de legalitat, emanat de la voluntat democràtica, era la clau del nou sistema polític. Locke, Montesquieu, Rousseau o Bentham subratllaven la importància de la llei, com a expressió de la sobirania popular i la necessitat de la seva aplicació i interpretació d'acord amb el seu autèntic significat. En conseqüència, la defensa de la legalitat configura un règim en el què s'assegura la llibertat, la igualtat i els drets fonamentals que hi estan associats. Font: pàgina web Ministère de la Justice <http://www.justice.gouv.fr/histoire-et-patrimoine>.

de Cassació no pertanyia a l'Assemblea ni al poder judicial, es va crear al marge dels tres poders, en sentit semblant (salvant les distàncies) a com modernament, al segle XX, es creen successivament els Tribunals Constitucionals.⁴¹ Aquest Tribunal de Cassació tenia caràcter polític i simplement es dedicava a una funció negativa, anul·lar les sentències que contravenguessin l'ordenament jurídic. La cassació sorgeix amb una funció nomofilàctica i aquest tribunal no resolia el fons de l'assumpte, sinó que això ho feia el tribunal d'instància, a qui se li reenviaven les actuacions.

En la inicial redacció de la LEC de 1881, les causes del recurs de cassació eren la infracció de llei o de doctrina legal a la part dispositiva de la sentència (no a la resta de la decisió) i el trencament («quebrantamiento») d'alguna de les formes essencials del judici i els motius eren la violació, la interpretació errònia o l'aplicació indeguda de les Lleis o de la doctrina legal «aplicables al cas», la incongruència (divergent, omissiva o *ultra petita*), la decisió amb pronunciaments contradictoris, la infracció de la cosa jutjada, l'abús, excés o defecte de jurisdicció i l'error de Dret en l'apreciació de les proves, o de fet (només respecte a la prova documental i per equivocació evident).

5.2. La funció

AGNELLI, FUENTES i CASTELLANOS,⁴² en parlar de la cassació, donen peu a un «enfocament subjectiu» quan defensen que és necessari i fonamental que els tribunals comptin amb jutges ben formats i capacitats, la tasca dels quals sigui la d'analitzar, buscar i crear de forma objectiva i crítica les millors fórmules d'interpretació i aplicació de la Llei per impartir una veritable i eficaç administració de justícia. Dels jutges [de cassació] se n'esperen decisions correctes, fundades, objectives i imparcials.

41 El cas *Marbury versus Madison* (1803), del Tribunal Suprem d'Estats Units, es cita com a primer referent del principi de supremacia constitucional. La recepció a Europa arriba de la mà de Hans Kelsen (1881-1973) qui a Europa assenta les bases teòriques que fomentaran la creació dels Tribunals Constitucionals i un sistema de revisió constitucional (CERVANTES, L.: «Los tribunales constitucionales en el derecho comparado. Un estudio introductorio sobre sus antecedentes y situación jurídica actual». Serie: Estudios Básicos de Derechos Humanos Tomo VI, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996, p. 357).

42 AGNELLI FAGGIOLIA, A., FUENTES ÁGUILA, M.R. i CASTELLANOS FUENTES, P.E.: «La función nomofiláctica como mecanismo de unificación en la interpretación del derecho», *Revista CES Derecho*, Vol. 10, nº. 2, Universidad Metropolitana de Ecuador, 2019, p. 591-604.

El recurs de cassació ha tingut, històricament i com la seva etimologia demostra,⁴³ la funció de controlar l'adequació de les decisions judicials des d'una perspectiva sistèmica de l'ordenament jurídic i invalidar-les en cas d'inadequació.⁴⁴ Va tenir en altres temps la funció d'imposar un estatut legal territorialment⁴⁵ i no deixa de ser un mecanisme d'uniformització de l'Estat i, en el nostre cas, del dret de Catalunya.

La protecció de la norma jurídica es dur a terme a través de «la interpretació uniforme de la llei des de la cassació. És a dir, el tribunal cassacional té la vocació de defensar el principi de legalitat, de forma que s'impedeixin interpretacions alienes al sentit que li va voler donar la societat, a través del legislador. Les seves finalitats clàssiques són: la defensa del dret objectiu i la unificació de la jurisprudència, mitjançant la qual s'aconsegueix la correcta aplicació del dret, s'assegura la no vulneració dels principis de seguretat jurídica, igualtat, certesa, previsibilitat jurídica i judicial, i es propensa a protegir la presència vàlida de la norma de dret objectiu».⁴⁶ Per ABRIL CAMPOY la tasca del nostre Tribunal Superior segueix sent nomofilàctica, advocant per la uniformitat del dret català.

En determinat moment, van començar a tenir gran importància els principis d'eficàcia i de participació, com a essencials en una administració de justícia concebuda com a servei públic i es va anar imposant en els estats de dret continental el paradigma constitucional d'incorporació de principis

43 Del verb francès *casser*, significa trencar en trossos, dividir (una cosa rígida) de manera sobtada, triturar, aixafar. Sens dubte i en sentit jurídic, corregir una decisió judicial, anul·lar-la, trencar-la, en quan hi ha causa per a fer-ho.

44 No hi ha antecedents de dret romà preclàssic. En el període clàssic, un jutge coneixia de la prova dels fets i el *praetor* establia el dret i aquest podia atendre a petició dels defensors de la República un recurs de caràcter extraordinari per tal de rescindir sentències lícites (la *restitutio in integrum*) si es considerava que en alguna cosa havia resultat perjudicat el dret de la República (fos per incórrer en error respecte de les normes de dret objectiu, per infracció del *ius litigatoris*, o per errors quant a l'existència del dret subjectiu de les parts litigants). No calia violar una llei d'interès general. Cap dels instituts que van anar sorgint tant en el dret romà com en el germànic, i finalment en virtut de la unió de tots dos, en allò que va ser el dret intermediari, contenia els elements necessaris per poder qualificar-los com a antecedents directes del modern recurs de cassació.

45 Els Estats italians van utilitzar aquest mecanisme per imposar els seus estatuts locals per sobre el *ius commune*. A França es va utilitzar com un mecanisme per uniformar el Dret a partir de la llei territorial, arribant a ser característic del seu ordenament jurídic.

46 ABRIL CAMPOY, J. M.: «El recurs de cassació a Catalunya: La Llei 4/2012, de 5 de març i els seus criteris d'aplicació», *InDret*, revista para el www.Indret.com, 4.2017. Análisis del Derecho.

i valors de caràcter ètic en el pla jurídic, entre els quals figura la seguretat jurídica. En aquest canvi, el dret a la tutela judicial efectiva no es concep ja com el dret a obtenir necessàriament una resolució encertada dels tribunals, sinó simplement com el dret a obtenir una resposta raonablement motivada en dret. D'això es deriva que la doble instància és suficient per donar en la majoria dels casos una resposta raonable al ciutadà.

L'evolució històrica posa de manifest que primer s'excloïen les qüestions de fet, les relatives a la interpretació dels contractes, als actes jurídics, a la fixació de les quanties d'indemnització i a la moderació de les clàusules penals. Més endavant, s'imposà una fase formalista, el formalisme en la fase d'admissió, consistent en el fet que les corts de cassació comencen a apreciar amb extrem rigor els requisits d'interposició del recurs, fent gala del que s'anomena el compliment de la tècnica cassacional, reservada només a uns quants coneixedors. En un tercer moment, és el context fàctic el que marca l'activitat del Tribunal. Però a poc a poc s'acaba considerant que el judici sobre la *quæstio facti* no pot ser mai de «pur fet» en estar estructurat per referència a coordinades jurídiques.

D'aquesta manera, els límits entre el control dels fets (propi del recurs d'apel·lació) i el control de la correcta aplicació del dret (propi del recurs cassacional) es van anar desdibuixant i la pròpia funció de la cassació va patir crisis successives. La defensa de la norma s'ha anat progressivament diluint en funció de la introducció, com a motiu cassacional, de «l'error manifest en l'apreciació de la prova», després, tot acostant fets i dret en raó del caràcter normat de les regles d'apreciació probatòria i, finalment, amb l'anàlisi, més o menys vetllada, dels pressupòsits de fet de la regla jurídica i el seu contrast amb els fets apreciats pel tribunal d'instància, amb la finalitat de deduir la seva manca d'adequació i, sense reenviament, obrint al tribunal cassacional la més absoluta llibertat per a valorar de nou i requalificar novament els fets.

Els mecanismes de fugida són diversos, des de l'error patent en l'apreciació o valoració de la prova, fins a la consideració de l'encaix o no dels fets en el pressupòsit bàsic de la norma quina infracció cassacional s'invoca. Com un «mantra», llegim i sentim constantment que la valoració de la prova és una qüestió que pertany, en principi, als tribunals d'instància, principi que s'ha predicat formalment com a vinculant per al tribunal de cassació, tot negant pugui actuar com una «tercera instància».⁴⁷ I malgrat això persisteix

47 Per contra, s'ha entès malament la funció del tribunal d'apel·lació, tot aplicant que la «valoració de la prova és competència del jutge de primera instància» quan les Audiències tenen plena capacitat per a valorar de nou totes les proves.

la manca de definició de les fronteres. Per altra banda, va en augment l'aplicació del mètode d'equilibri d'interessos (i el principi de proporcionalitat que l'acompanya), en detriment de l'hermenèutica, de l'anàlisi dels textos pròpiament dits, especialment per la raó que aquests textos, sovint d'entroncament constitucional, són tan ambigus que remetent al jutge a que prengui en consideració directament els valors i interessos involucrats en el cas. Les tècniques de ponderació de valors i drets cada vegada s'utilitzen més. I a més a cops, la doctrina sobre «error patent en la valoració de la prova» pot arribar a desdibuixar els límits de la funció cassacional, el que aproxima cada vegada més la cassació si no a una tercera instància, sí a un sistema de creació de «norma jurisprudencial» i com a molt a la creació de precedents (en el sentit casuístic).

Per a XIOL,⁴⁸ la LEC ha prescindit radicalment de l'enumeració tradicional dels motius de cassació, el que suposa la mort de la cassació, que no s'explica sense tenir en compte l'evolució de les concepcions sobre la jurisprudència, que és el producte per antonomàsia de la cassació. Constata el gran canvi que ha suposat la transformació del recurs de cassació.

De la combinació d'aquests elements es conclou que el recurs de cassació actual deixa de ser el procediment definitori del Tribunal Suprem i del nostre Tribunal Superior de Justícia de Catalunya i que la funció de fixar jurisprudència en la interpretació de la llei és la que realment li correspon. Per a XIOL la cassació «es concep així, com un recurs amb una finalitat de manteniment de l'equilibri del sistema jurídic, de consecució de la moralitat interna del dret, de consecució, de realització efectiva, dels principis constitucionals d'igualtat, seguretat i protecció eficaç dels drets dels ciutadans».

No és la cassació, com apunta XIOL, un tercer examen reiteratiu dels processos per tal d'evitar errades, ni un recurs universal que pot operar com a moratòria per al pagament d'un deute, ni un instrument per allargar indefinidament un plet. No és tampoc un medi d'atribuir la solució del conflicte a jutges millors (són excel·lents jutges professionals els que gaudeix la societat espanyola, diu), ni és exigible que tot tipus d'assumepte sigui resolt sempre per l'òrgan situat a la cúpula judicial, ni la depuració del recurs de cassació obeeix al desig de liquidar els assumptes sense feina excessiva.

48 XIOL RÍOS, J.A.: «La mort del recurs de cassació», a «Autonomia i Justícia a Catalunya», X Seminari organitzat pel Consell Consultiu de la Generalitat de Catalunya, el Consejo General del Poder Judicial i el Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, 2009, p. 253.

5.3. L'estat actual

1) La normativa cassacional estatal no s'ha adaptat suficientment a aquesta concepció. Els motius de cassació venen referits en l' art. 477 LEC a la infracció de normes (substantives) aplicables per resoldre les qüestions objecte del procés, a la protecció de la tutela judicial civil de drets fonamentals (excepte els de l'article 24 CE), a les matèries amb interès cassacional (des de la perspectiva d'establiment de la norma jurisprudencial) i a la presumpció legal tàcita de que la quantia del procés (superior a 600.000 euros) pot merèixer una anàlisi hermenèutica i nomofilàctica de la norma.

El control nomofilàctic, com a garantia de seguretat o certesa jurídica, es caracteritza pel seu caràcter extremament tècnic, com segur que ens farà veure la ponència de Joaquim Bayo Delgado. Configurat com a recurs «extraordinari» això significa que la llei l'admet excepcionalment (per causes taxades) i només contra determinades resolucions judicials. El recurs de cassació sempre ha tingut limitacions d'accés, per raó de la forma de la resolució judicial (només sentències), de la quantia del procediment⁴⁹ o en funció de la matèria (per exemple, per a la tutela de drets fonamentals), i ha estat sotmès a un marcat rigor en el tràmit d'admissió difícilment imaginable a països del nostre entorn jurídic- cultural.⁵⁰

Les seves causes estan prèviament determinades a la llei processal i desenvolupades per Acords dels tribunals cassacionals. Històricament s'han agrupat, bàsicament, en infraccions del procediment, és a dir errors de forma (error *in procedendo*) i infraccions de Dret substantiu, o sigui errors de fons (error *in iudicando*). Però el motiu és únic per al legislador de 2000. Segons l'article 477.1 de la Llei d'Enjudiciament Civil la interposició del recurs de cassació s'ha de basar en «la infracció de normes aplicables per resoldre les qüestions objecte del procés».

L'art. 483.2 LEC, en definir les causes d'inadmissió del recurs de cassació, concretades per Acord de Ple no Jurisdiccional del Tribunal Suprem de 30 de desembre de 2011, permet perfilar, en negatiu, l'abast del recurs: no és viable el recurs de cassació quan concorri incompetència funcional (del Tribunal Suprem vers el Tribunal Superior, però no a l'inrevés), quan no sigui recurrible la sentència o quan presenti un defecte de forma insubsanable, per la manca de requisits d'interposició del recurs (falta de legitimació,

49 Que es vol suprimir en el Projecte de Llei d'Eficiència Processal.

50 MUÑOZ, «El diseño», p. 4.

al·legació de no existir litisconsorci passiu necessari, o impugnació de la condemna al pagament de costes, és a dir les pròpies del recurs per infracció processal). I hi ha altres causes comuns d'inadmissió, com la manca de postulació, la caducitat, la manca de dipòsit, la inexistència de gravamen, el no desenvolupament dels motius, l'abús de dret o el frau processal, o la carència manifesta de fonament.

També són causes d'inadmissió la resolució d'altres recursos substancialment iguals en sentit contrari al pretès pel recurrent (art. 483.2.4 LEC), la presentació d'un recurs de cassació contra la mateixa sentència davant d'un Tribunal Superior de Justícia (art. 478.2 LEC), la insuficiència de la quantia de l'assumpte, la manca d'acreditació de l'interès cassacional (art. 483.2.3 LEC) o la seva inexistència, per inexistència d'oposició a doctrina jurisprudencial, per manca de jurisprudència contradictòria o si la norma que es pretén infringida porta vigent més de 5 anys o, segons el parer de la Sala, si existeix doctrina jurisprudencial del Tribunal Suprem sobre aquesta norma o sobre una altra anterior de contingut igual o similar i l'existència de resolucions sobre el fons del recurs substancialment iguals (D.F.,4a de la Llei Orgànica núm. 7/2015).

Es consideren supòsits de carència manifesta de fonament, com a més significatives, l'alteració de la base fàctica de la sentència, el plantejament de qüestions noves, plantejar qüestions que no afectin la *ratio decidendi*, impugnar la interpretació del contracte sense ser la interpretació arbitrària, no raonable, il·lògica o contrària a un precepte legal, fer supòsit de la qüestió, la manca d'efecte útil del motiu, la manca de concreció en el desenvolupament argumental, la barreja de qüestions heterogènies i la manca d'identificació de la infracció al·legada.

2) A Catalunya, de manera més propera a la funció de fixar jurisprudència en la interpretació de la llei, els motius venen referits a la contradicció amb la jurisprudència que resulta de sentències reiterades del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya o del Tribunal de Cassació de Catalunya i a la falta de jurisprudència (art. 3 de la Llei 4/2012, de 5 de març, del recurs de cassació en matèria de dret civil de Catalunya).

El recurs de cassació autonòmic recollit a l'article 478 de la Llei d'Enjudiciament Civil, és competència de les Sales Civil i Penal dels Tribunals Superiors de les Comunitats Autònomes «...sempre que el recurs es fundi, exclusivament o juntament amb altres motius, en infracció de les normes del dret civil, foral o especial propi de la Comunitat, i quan el corresponent Estatut d'autonomia hagi previst aquesta atribució».

Actualment, el recurs de cassació a casa nostra⁵¹ no fa servir el criteri de quantia, la cassació adopta únicament el paràmetre de l'interès cassacional.⁵² Els criteris del Tribunal Superior segons Acords de 22 de març de 2012 i 4 de juliol de 2013 i la doctrina de la pròpia Sala permeten que qualsevol infracció d'una norma catalana pugui tenir accés a cassació sempre que s'acrediti en el cas concret la concurrència de l'interès rellevant («cassacional»⁵³) per a justificar l'apertura de la cassació. Resta oberta la consideració o no dels criteris de la Sala Primera del Tribunal Suprem en el seu Acuerdo de 27 de gener de 2017, especialment quan a si són o no trasladables els nous supòsits d'inadmissió, si s'opta per una interpretació restrictiva de l'excepció que possibilita l'accés a la cassació per la modificació de la jurisprudència per l'evolució de la realitat social o la opinió de la comunitat jurídica. Tot i que, *de facto*, la postura del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya és favorable a no limitar tant com el Tribunal Suprem l'accés cassacional.

Des del vessant del recurrent, l'interès cassacional constitueix una càrrega que obliga a acreditar, per a cada motiu del recurs, la necessitat i rellevància del pronunciament per part del Tribunal de cassació. Es pot justificar en la contradicció de la sentència de segona instància amb la doctrina de la Sala o del Tribunal de Cassació de Catalunya, o en l'absència de jurisprudència, sempre que en aquest darrer cas, es precisi quin és el problema jurídic concret i la doctrina que es vol que es declari.

5.4. Les noves orientacions en el projecte de Llei d'eficiència processal⁵⁴

El Projecte de Llei de mesures d'eficiència processal del servei públic de Justícia diu a l'Exposició de Motius que es vol simplificar la concepció del recurs de cassació, mitjançant la previsió d'un únic recurs que no depèn del tipus o quantia del procés i que s'endinsa en l'interès cassacional de la interpretació de les normes, tant substantives com processals.

51 Llei catalana 4/2012, de 5 de març.

52 ABRIL CAMPOY, J. M.: «El recurs ...», citat.

53 L'existència d'interès cassacional no hauria de ser una nova versió de l'antic recurs de cassació per a unificació de doctrina.

54 A la data d'entrega d'aquesta ponència per a la seva publicació encara no s'havia aprovat la nova llei.

Es pretén enfortir l'interès cassacional, «que és el que simbolitza millor la funció social del Tribunal Suprem, com a via única d'accés al recurs, però simplificant-ne la definició. Hi haurà interès cassacional, substantiu o processal, quan la sentència recorreguda s'oposi a la jurisprudència de la Sala Primera, o de la Sala Civil i Penal del Tribunal Superior de Justícia corresponent en el recurs de cassació autonòmic, resolgui una qüestió sobre la qual no hi hagi jurisprudència dels tribunals esmentats o hi hagi pronunciaments contradictoris de les Audiències Provincials».

Un tercer objectiu és garantir la celeritat en els temps de resposta mitjançant la simplificació de la fase d'admissió i l'adaptació del sistema civil al model dels ordres jurisdiccionals contenciosos - administratiu i social. «Es preveu, finalment, la possibilitat que, quan ja existeixi doctrina jurisprudencial sobre la qüestió plantejada i la resolució impugnada s'oposi a aquesta doctrina, el recurs es pugui decidir per interlocutòria, amb el propòsit d'alleugerir la càrrega de treball de la Sala del Civil del Tribunal Suprem.»

Així, doncs, l'únic motiu admissible a la nova cassació (art. 477 del Projecte de Llei d'Eficiència Processal), tant es fonamenti en raons processals o en raons materials, serà «la infracció d'una norma legal, acompanyada de la concurrència d'interès cassacional».⁵⁵

La reforma que s'anuncia reconduïx les infraccions processals a un únic recurs de cassació, com ja es va fer en 2015 amb la cassació contencios-administrativa, i a una cassació molt vinculada al correcte disseny legal del «procediment testimoni» a la LEC, considerat notablement deficient per algun autor.⁵⁶ La reforma vol posar fi al règim «transitori» de la Disposició Setzena de la LEC i al col·lapse de la cassació pels recursos derivats de la litigació en massa, a través de la tècnica del plet-testimoni.

D'acord amb l'art. 477.3 del Projecte, «es considerarà que un recurs presenta interès cassacional quan la resolució recorreguda s'oposi a doctrina jurisprudencial del Tribunal Suprem o resolgui punts i qüestions sobre els

55 Però es manté l'accés per a les sentències dictades per a la tutela civil de drets fonamentals. Tot i que, com recorda MUÑOZ, és el Tribunal Constitucional qui ostenta la darrera paraula en la interpretació de l'abast dels drets fonamentals (art. 5.1 LOPJ), el que ha provocat en el passat controvèrsies amb la Sala Primera del Tribunal Suprem. Vegeu: MUÑOZ ARANGUREN, A: «El diseño del nuevo recurso de casación civil en el Proyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia», *Diario La Ley*, nº 10210, Sección Doctrina, 18 de gener de 2023, p. 2.

56 MUÑOZ, «El diseño», p. 2.

quals hi hagi jurisprudència contradictòria de les Audiències Provincials o apliqui normes sobre les quals no existeix doctrina jurisprudencial del Tribunal Suprem». Com diu MUÑOZ,⁵⁷ «[La] redacció segueix l'estela de l'actual art. 477.3, si bé simplifica correctament el darrer supòsit (inexistència de jurisprudència sobre la norma aplicable) i elimina la restricció temporal dels 5 anys d'antiguitat de la norma -no exempta de dificultats interpretatives fins a l'adopció de l'Acord del 2017. Atès que la norma no conté més especificacions sobre què s'ha d'entendre per jurisprudència contradictòria de les Audiències Provincials, sembla raonable inferir que el Tribunal Suprem aplicarà els criteris fixats a l'Acord de 2017 esmentat».

Amb aquesta flexibilitat, la Sala Primera podrà abordar assumptes de transcendència social o jurídica que per raons purament tècniques no encaixaven en la definició d'interès cassacional, amb un «sistema reglat flexible o, en algun sentit, mixt» i «amb una nova potestat de admissió, amb un cert grau de discrecionalitat, quan el recurs sigui d'interès general per a la interpretació uniforme de la llei estatal o autonòmica.»

Constato l'aproximació del nou model cassacional estatal al que està instaurat a casa nostra.

No és només el volum de recursos,⁵⁸ ni la tècnica de redacció,⁵⁹ sinó la pròpia naturalesa i finalitat del recurs extraordinari la que obliga a reorientar el seu sentit, probablement, en la línia de la potenciació de la creació de la norma jurisprudencial (ben entesa), d'una via de «diàleg» (ara sí) entre el tribunal d'instància i el de cassació i acollint tant la doctrina constitucional

57 Muñoz, «El diseño», p. 2.

58 La Sala Primera del Tribunal Suprem, segons la Memòria del Consejo General del Poder Judicial de 2021, va ingressar aquell any 10.969 assumptes. Malgrat les dificultats comparatives, a França s'interposen i admeten a tràmit prop de 20.000 recursos de cassació civils, si bé en els darrers anys s'observa una tendència lleugerament decreixent, i el 2019 han estat prop de 17.000 recursos. A Itàlia, la Corte di Cassazione dicta unes 30.000 sentències civils cada any (Muñoz, «El diseño...», p. 4). La situació és marcadament diferent a nivell de Tribunals Superiors de Justícia.

59 Més pròxima, en el nostre país, a una reproducció de l'esquema de la instància (fets, arguments) abans de passar als motius i més depenent d'allò fàctic que de la generació de norma jurisprudencial *strictu sensu*, davant d'altres sistemes, com el francès o l'italià, amb resolucions de curta extensió, que sovint es limiten a contenir unes màximes o a explicitar de manera succinta com s'ha d'interpretar determinada norma, i acudint en la immensa majoria dels casos a la tècnica del reenviament al tribunal d'instància, molt lluny dels 100 assumptes del Tribunal Suprem nord-americà (Muñoz, *ibidem*).

sobre els requisits formal i la tutela judicial efectiva,⁶⁰ com la del Tribunal Europeu de Drets Humans sobre l'article 6.1 CEDH, el principi d'efectivitat del conveni, la «previsibilitat» del recurs de cassació i els requisits formals del recurs, tot exigint «un nexa raonable de proporcionalitat entre els mitjans emprats i l'objectiu perseguit.»⁶¹

Definit així el sentit i abast del recurs de cassació, centrats en la funció de fixar jurisprudència en la interpretació de les lleis, vull ara abocar-hi les reflexions sobre la presa de decisions i el cercle decissional, aplicar la primera part d'aquest treball a la concepció del recurs extraordinari.

6. Un enfocament diferent: el reflex del cercle decissional en la casació

En Dret comparat guanya terreny la teoria alemanya de la *Leistungsfähigkeit* (referida a l'esgotament de les capacitats de revisió), que sosté que un tribunal de cassació ha de revisar tot el que li sigui possible, quedant solament excloses les qüestions directament relacionades amb el principi d'immediació.⁶²

No he exercit la funció cassacional i per tant no m'és fàcil situar-me des d'aquesta banda. Tradicionalment la cassació ha pretès donar una resposta en la perspectiva hermenèutica i nomofilàctica que protegeix la norma, la llei, tot respectant els fets, que es consideren «sobirania del tribunal de instància» i ara la seva nova funció de fixar jurisprudència en la interpretació dels referents normatius hi incideix. Si acceptem que les Audiències Provincials, a l'hora de prendre decisions, de dictar les seves sentències,

60 Si la decisió judicial d'inadmissió «no es troba degudament motivada o no està justificada, es fonamenta en una causa inexistent o en un rigor excessiu en la interpretació dels requisits formals, pot el Tribunal Constitucional, a través del recurs d'empara, restablir el dret vulnerat i fer efectiva la tutela judicial que garanteix l'art. 24.1 CE» (SSTC 214/1988, 190/1993, 374/1993 i 63/2000). Caldria superar determinada concepció de la facultat del legislatiu en la «configuració legal» del recurs.

61 SSTEDH de 19 de desembre de 1997 (cas Brualla Gómez de la Torre contra Espanya), 11 d'octubre de 2001 (cas Rodríguez Valín contra Espanya) i 26 de maig de 2020, (cas Gil Sanjuán contra Espanya).

62 La doctrina alemanya exclou de la cassació tot allò referit a la immediació i la gravació dels judicis pot quedar en dubte, doncs les fronteres entre aprehensió i valoració es desdibuixen.

segueixen el procés de presa de decisions tal i com l'he anat descrivint,⁶³ haurem d'entendre el recurs extraordinari de cassació d'una altra manera. Quan abans la sentència es veia com el resultat d'un sil·logisme jurídic, era relativament fàcil identificar l'abast de la funció del tribunal cassacional que, tot respectant els fets, assentava els referents normatius, amb la seva correcta interpretació. Però si s'entén la sentència com una decisió resultat d'un procés circular, si admetem els fenòmens d' in-tensió i d'ex-tensió, si acceptem les quatre fases del procés i de cada un dels seus components, la visió haurà de ser una altra, més matisada. Especialment si el Tribunal Superior centra la seva funció en la creació de la doctrina jurisprudencial.

Si concebem la sentència d'instància, de segona instància, com a objecte cassacional en el sentit que es dedueix de l'estudi del cercle decisonal, hem d'acceptar amb rotunditat i claredat que el recurs de cassació ha de perpetuar la seva finalitat, tot respectant com a sobirania de les Audiències Provincials aquella part de cada un dels cercles interns del procés, de les passes de la presa de decisions, de cada fase de la decisió (prova, anàlisi, referents normatius i decisió final) que signifiqui la consideració, pel jutge o jutgessa o per l'Audiència Provincial, de l'impacte que rep de la realitat (a través de la captació dels fets, de la descripció de les afirmacions fàctiques i de la fixació i l'accés al text normatiu en les seves resolucions). La cassació tampoc hauria d'interferir en el procés d' in-tensió (la interpretació dels fets, la ponderació analítica de la prova, l'argumentació jurídica), ni en el procés d' ex-tensió (la convicció sobre la utilitat de la prova, sobre l'orientació de l'anàlisi, sobre la signatura de la decisió). Només en la mesura en que falli la fase intermèdia de naturalesa referencial (l'ús dels criteris de valoració probatòria o l'aplicació errònia de preceptes de valoració; l'error en la confrontació, en l'anàlisi, amb les màximes d'experiència; l'equivocació en la validació del referent normatiu, per allunyar-se de principis i valors constitucionals o socials; la infracció del judici de virtualitat de la decisió) estarà legitimat el tribunal de cassació per a admetre el recurs i, a manca de reenviament, per a actuar com a tribunal d'instància.

En la nova cassació que s'anuncia, aquest control només té sentit en ares a crear normes jurisprudencials, i no per a corregir eventuais errors *ad casum* que no requereixin de la formulació d'una norma jurisprudencial «generalitzadora». En la nova cassació la funció del tribunal no haurà de ser corregir la casuística, ni establir «precedents» entesos como casos que

63 Veure l'apartat 4 d'aquest treball i la referència de la nota 1.

per les seves semblances amb altres puguin ser considerats en el procés d'interpretació legal (d'in-tensió), com a experiència interpretativa aliena a utilitzar ocasionalment en la interpretació jurídica de la norma (el pas segon de la fase tercera) o que busquin neutralitzar els elements personals o els trets caracterològics del jutjador d'instància.

El control cassacional s'ha de limitar, entenc (incorrent en altre cas en una desvirtuació de la seva funció i reproduint la seva tendència a convertir-se en una «tercer instància») al control i defensa tant sols de la correcta aplicació dels elements valoratius: de les regles de valoració dels fets, de les regles de confrontació analítica, o sigui, de les màximes lògiques de l'experiència, de la ponderació dels efectes de la resolució (les regles de virtualitat), i de la correcta aplicació dels referents normatius en el seu sentit total: l'elecció correcta del referent o referents normatius, la depuració acurada de les normes (interpretació), la validació de les normes en relació als principis i als valors constitucionals, als valors socials i ètics i als principis convencionals, i la correcta qualificació jurídica dels fets (subsumpció o aplicació legal).

Si el que cerca aquest recurs és uniformitzar la interpretació jurisprudencial de les normes (creant «normes jurisprudencials»), però no generar precedents (en el sentit que hem descrit), si, finalment, acceptem la tesi del cercle decisonal com a mètode de la presa judicial de decisions, la funció del tribunal de cassació adquireix un altre sentit, centrada en els referents normatius i no en l'apreciació probatòria, ni ens els processos d'in-tensió, ni d'ex-tensió.

6.1. Captació, interpretació, valoració i utilitat de la prova

Com diu MUÑOZ,⁶⁴ el dret probatori, especialment a la jurisdicció civil, continua sent una matèria poc estudiada per la doctrina processalista i amb un escàs desenvolupament jurisprudencial. No s'hauria de resoldre aquest assumpte, com fins ara, mitjançant una simple remissió a les regles de la sana crítica (art. 348 LEC) o a la concessió d'un poder taumatúrgic a la immediació judicial. Res no impediria al tribunal cassacional, si així ho decidís, introduir en les seves resolucions indicacions dogmàtiques

64 MUÑOZ, «El diseño...», p. 3.

relatives a la fixació correcta del *factum* i a les tècniques de valoració dels diferents mitjans de prova però fins ara no ho ha fet.

En relació a l'error en la valoració de la prova, es confirma, quan la causa invocada és l'interès cassacional per la jurisprudència contradictòria de les Audiències Provincials, la tesi de que «la fixació o unificació de la doctrina jurisprudencial, requereix òbviament la possibilitat que hi hagi una doctrina —amb una mínima dosi de generalitat— susceptible de ser fixada o unificada. Aquesta modalitat de recurs és, doncs, en principi inviable per revisar valoracions dels tribunals d'instància que, encara que jurídiques, vinguin decisivament determinades per les circumstàncies fàctiques concretes del cas. L'apreciació de la culpa o negligència, mancant normes legals que fixin nivells de perícia o diligència exigibles, es mostra com un exemple paradigmàtic d'aquest tipus de valoracions jurídiques.»⁶⁵

I, acceptada la cassació, la Sala cassacional té facultats plenes de revisió no només de les qüestions jurídiques plantejades en el recurs, sinó també de les fàctiques, i es pot fer una revisió plena de la valoració de la prova, sense estar constreta per les estrictes limitacions que en aquesta matèria són pròpies.⁶⁶ Com que no s'opta pel reenviament, això continuarà igual.

En semblant sentit, les insuficiències del tribunal d'instància en la integració del *factum* permeten la facultat (integrativa) del tribunal de cassació, autoritzat a complementar una relació històrica incompleta o insuficient per tal d'explicitar la resposta cassacional, però «de cap manera permet efectuar valoracions probatòries, ni pot ser postulada per la part per a la configuració del supòsit fàctic d'un motiu». La integració no pot ser utilitzada per a, «desentenent-se dels fets declarats provats en la sentència recorreguda després de valorar determinats mitjans de prova, imposar la realitat fàctica proposada per la part recurrent a partir de l'examen i

65 STS, Civil secció 1 núm. 407/2016, del 15 de juny de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:2871), STS, Civil secció 1 núm. 370/2016, del 03 de juny de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:2577) i ITS, Civil secció 1 del 20 de juny de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:6755A).

66 STS, Civil secció 1, núm. 317/2019, del 04 de juny de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:1970) i STS, Civil secció 1, núm. 371/2017, del 09 de juny de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:2263), entre altres. Com diu Muñoz («El diseño», p. 4) malgrat que el tribunal cassacional no pugui modificar en línia de principi la valoració probatòria de l'Audiència Provincial en seu cassacional, no és inusual trobar supòsits en què l'Alt Tribunal, en assumir la instància, prengui en consideració elements del material probatori no valorat pels tribunals d'instància. Això és conseqüència de la característica absència de reenviament, en cas d'estimació del recurs de cassació, al nostre país.

valoració dels mateixos o d'altres mitjans de prova i que contradiu aquells, ja que la integració del «factum» no els pot emmascarar.»⁶⁷

Però la crítica més extensa és que el Tribunal Suprem i també els Tribunals Superiors de Justícia han corregit el procés probatori (no només l'ús i interpretació de les normes de valoració probatòria), quan han apreciat error fàctic («material o de fet»), quan han considerat que la «valoració» (realment, al meu entendre, la captació, la interpretació, la valoració o la utilitat, o vàries d'elles) presentava un error de gran magnitud, quan la «valoració» havia estat errònia de forma patent, absurda, il·lògica, manifesta, evident o notòria (per totes, STS, Civil secció 1, núm. 559/2022, del 11 de juliol de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:2917) i les que cita, doctrina a la que es remet habitualment el nostre Tribunal Superior).

Aquest fenomen no hauria de produir-se, però actualment encara perdura, en part, aquesta tesi a l'empara de l'article 469, 4 LEC (recurs extraordinari per infracció processal),⁶⁸ tot reforçats per la idea de que tal «valoració probatòria» lesiona el dret a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE, en l'àmbit normatiu de la infracció legal *in procedendo*).

El recurs extraordinari d'infracció processal no ha estat contemplat a la regulació de la Llei 4/2012 i es segueix regulant per les normes de la LEC (arts. 468 i ss.), de forma que no es pot plantejar de manera autònoma davant del Tribunal Superior de Justícia. Encara que, com diu ABRIL CAMPOY, els criteris de la Sala catalana i la doctrina del Tribunal Superior tenen en compte els criteris de la Sala Primera respecte de les exigències formals per l'admissió del referit recurs extraordinari i tot i que podria plantejar-se la possibilitat d'actuar amb criteris propis en relació al recurs d'infracció processal (no són objecte del recurs extraordinari d'infracció processal la vulneració d'una norma processal catalana, que s'analitza per via del recurs de cassació, exigència ineludible per a poder analitzar-la). Però perdura la via de l'article 24 CE.

En la tesi que defenso, si finalment veu la llum la Llei d'Eficiència Processal, la captació, interpretació i utilitat de la prova hauria de

67 STS, Civil secció 1, núm. 617/2007, del 24 de maig de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:3245), STS, Civil secció 1 núm. 650/2014, del 27 de novembre de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:5251) i STS, Civil secció 1, núm.: 854/2021, del 10 de desembre de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:4798).

68 En els últims cinc anys, de 413 sentències del Tribunal Suprem que van cassar la d'instància, hem computat que 14 ho varen fer per error en la valoració de la prova. Hi ha una part (5) que es desplaça a l'anàlisi del pressupost fàctic, especialment en matèria de consum (sobre la consideració de consumidor, els interessos, etc.).

ser sobirania de l'Audiència Provincial. La captació està íntimament relacionada amb la immediació, que la doctrina alemanya exclou de la matèria cassacional, i la interpretació fàctica i la selecció útil del material probatori com a passos d'in-tensió i d'ex-tensió personals i intransmissibles haurien de quedar també exclosos del control cassacional. La funció del Tribunal Superior s'hauria de concentrar en fixar els criteris de valoració (com a referents normatius) i, sobre les regles de fixació correcta dels fets des de la perspectiva dogmàtica. Si no ho fa així, trairà la seva funció.

Ara per ara, més del desitjable, la remissió dels aspectes fàctics a la interpretació dels referents normatius es fa sense clara distinció entre pressupòsit fàctic de la norma (o aspecte fàctic de la proposició normativa) i fets provats, especialment en matèria de consum. Allò «absurd» o «il·lògic» no es pot emmarcar en l'eix horitzontal, el que va de la interiorització a la manifestació de les «bones raons» i semblaria aliè al control cassacional, però si hi comprendria el control de les regles de fixació correcta de la prova. Es situa en el terreny referencial, però és molt fàcil envair el terreny de l'aprehensió i de la immediació (el que la nostra tradició i la doctrina alemanya reserva al tribunal d'instància).

Si el tribunal d'instància infringeix les garanties de l'interrogatori, les regles sobre l'accés de la prova documental al procés, les regles sobre el mètode o protocol legal emprat pel pèrit, o les regles de la càrrega de la prova, el tribunal de cassació ho pot controlar, perquè estem en el terreny de la defensa de la llei, de la heurística, de les regles de valoració probatòria i de les màximes fàctiques de l'experiència. L'Audiència Provincial pot haver validat una prova il·lícita o obtinguda sense garanties, pot haver obviat una regla obligatòria de valoració probatòria o de càrrega de la prova, pot haver oblidat un referent normatiu essencial en la fase de confrontació (el que es farà patent en el moment de l'argumentació jurídica), o un error en l'aplicació de les màximes d'experiència i, és en aquest àmbit que té sentit la funció nomofilàctica del recurs de cassació.

Si pot haver retret sobre els referents normatius elegits, interpretats, contrastats i aplicats per l'Audiència, més que un error patent en l'apreciació de la prova, el que el tribunal cassacional podria (i hauria de) controlar és la incorrecta valoració dels efectes que pot produir la resolució (en l'àmbit de l'ex-tensió), en l'eix horitzontal, des d'una perspectiva de la virtualitat de la decisió, tot respectat el procés d'in-tensió de la Sala d'instància, de la seva plena sobirania.

Discrepo de MUÑOZ⁶⁹ quan diu que identificar una doctrina jurisprudencial susceptible de generar interès cassacional en matèria de valoració probatòria no sembla una tasca fàcil, llevat que s'incorri en construccions teòriques artificials. No veig, com suggereix aquest autor, que es pugui invocar la valoració irracional de la prova com a motiu autònom i, tot invertint l'ordre i resolent primer el recurs de cassació, quan la norma permeti al tribunal cassacional estimar la infracció de dret substantiu i de la jurisprudència que l'interpreta, pugui seguidament apreciar aquest error de fet no controvertit, eventualment al·legat pel recurrent, i corregir la valoració probatòria d'instància.

Entenc, repeteixo, que el tribunal de cassació, que ha renunciat, per ara, a fer indicacions dogmàtiques sobre la fixació correcta del *factum* i sobre les tècniques de valoració dels diferents mitjans de prova, no té com a funció substituir el procés de captació, ni la interpretació dels fets, ni el judici d'utilitat de la prova i hauria de limitar la seva funció, amb auto constricció, al control monofilàctic en la primera fase del procés decissional, a la fase de valoració, al desenvolupament dels articles 304, 307, 319, 326, 373 o 348 de la LEC, a fixar normes jurisprudencials de valoració i a establir regles (doctrina jurisprudencial) per a la fixació correcta de la prova.

6.2. Afirmacions fàctiques, ponderació, confrontació i orientació de l'anàlisi

La segona fase del cercle decissional, en tant procés d'intensió, intern, no ha de ser controlable en cassació. Com diu IGARTUA,⁷⁰ només importa la motivació externa.

L'Audiència Provincial (i la jutgessa o jutge individual) que conforma la seva convicció sobre els fets des de la fixació de les afirmacions fàctiques⁷¹ i a través de la seva ponderació, està actuant en terreny sobirà, exclusiu. Si escull esbiaixadament l'objecte d'anàlisi (incorent en incongruència)

69 MUÑOZ, «El diseño...», p. 3.

70 IGARTUA SALAVERRÍA, J.: ¿Cuáles son los principales conceptos de «motivación» y cuáles sus respectivas ventajas o desventajas? qüestió n.3, a «III La motivación fáctica. 123 cuestiones básicas sobre la motivación de las resoluciones judiciales, VVAA Dctor. Javier Hernández, a Cuadernos Digitales de Formación, n.32, 2012.

71 Entenc per afirmacions fàctiques les que es fan (per les parts i el propi jutge) un cop recaptat el material probatori (al final de la primera fase del procés decissional).

en funció del punt de partida, només serà possible el control en la fase decisòria, quan aquest error es tradueixi en una argumentació jurídica errònia (a la quarta fase).

És cert que el jutge es pot equivocar en la fase de confrontació (amb els referents normatius de la lògica, amb les màximes lògiques d'experiència) i només en aquesta tercera passa tindrà sentit el control cassacional i la funció nomofilàctica. Es pot obtenir un material probatori depurat equivocat, però, novament, el control es defereix a la quarta fase (la de la motivació). Si el tribunal d'instància infringeix les garanties o oblida un referent lògic essencial en la fase de confrontació (el que es farà patent en el moment de l'argumentació jurídica), o un error en l'aplicació de les màximes d'experiència, és en aquest àmbit que té sentit la funció nomofilàctica del recurs de cassació i no en la fase d'intensió.

Aquest error li pot haver dut a una equivocació en l'orientació de la seva anàlisi, però si, malgrat la omissió o error no s'altera el resultat, la conclusió a que arribi ha de ser respectada pel tribunal de cassació. La fixació del material probatori depurat correspon a la instància.

6.3. Elecció, depuració, validació i aplicació dels referents normatius

Tot tenint en compte el procés decisor judicial tal i com l'he anat exposant, la cassació, com a mecanisme de control, ha d'incidir fonamentalment en el tercer pas del procés de presa de decisions, el dels referents normatius. Aquest és l'àmbit més propi del recurs cassacional. La funció cassacional s'hauria de centrar, així, de entre els quatre elements del procés decisonal que he exposat, en el tercer, el dels aspectes normatius, en un sentit ample.

El tribunal de cassació ha de controlar la recerca voluntària de preceptes aplicables, quan no es sosté lògica, ni jurídicament, ha de corregir les eleccions equivocades de la llei aplicable, les interpretacions voluntaristes, esbiaixades o simplement errònies, les validacions (o la seva manca) en relació a les normes positives (infracció de doctrina legal), la infracció de les normes jurisprudencials (infracció de doctrina jurisprudencial, no dels precedents, en el sentit que he exposat), també per jurisprudència contradictòria i per manca de doctrina en lleis recents, i en relació als drets, principis i valors constitucionals i als drets i valors convencionals.

Ja havia assenyalat la Sala Primera del Tribunal Suprem en Interlocutòria de 3 de maig de 2007, criteri reiterat en moltes altres, que «perquè hi hagi interès cassacional s'ha de constatar l'existència d'un veritable conflicte

jurídic generat per la contradicció de la doctrina jurisprudencial establerta en la interpretació i aplicació de les normes substantives objecte de debat per tal de garantir la «seguretat jurídica», el que significa que el conflicte s'ha d'haver generat en analitzar el nucli de la decisió jurisprudencial i no per qüestions tangencials vistes en el procés.

El Tribunal Superior de Justícia de Catalunya admet l'interès cassacional a l'empara de l'article 2.2 i 3 de la Llei 4/2012, de 5 de març, havent-se d'especificar la *ratio decidendi* i encaminat a la fixació de doctrina jurisprudencial.⁷²

El tribunal cassacional ve cridat no només a la defensa nomofilàtica, sinó també al control sobre la correcta superposició d'ordenaments jurídics i a la defensa dels drets, principis i valors constitucionals, del dret europeu, del dret convencional. El tribunal cassacional, si vol ser fidel als seus orígens, ha de defensar la llei, ara en un sentit més obert, el que significa el vessament del sistema de drets humans i dret convencional, de dret de la Unió Europea i de la Constitució Espanyola sobre el dret civil català. Ha de retrobar aquest camí sense substituir a les Audiències Provincials i respectant les competències del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Justícia de la Unió Europea, del Tribunal Europeu de Drets Humans, dels Dictàmens de la CEDAW, etc., i recepcionant les seves doctrines.

En la mesura que l'elecció, depuració, validació i aplicació dels referents normatius respongui a normes, a regles, també ha de controlar la validesa del mètode judicial en aquesta fase de la presa de la decisió. El mètode es conforma a través de regles. El mètode també és un referent normatiu i s'hauria d'estendre la cassació al control del mètode decisor, de forma que el tribunal cassacional vetllés per la «mètodefilaxi», si se'm permet l'expressió.

Es tracta d'allò referent a corregir errors metodològics en cadascuna de les quatre fases que hem anat descrivint o l'absència d'alguna de les fases de cada cicle, bàsicament en la primera fase per ommissió en la captació, interpretació, valoració o judici d'utilitat del material probatori recaptat (amb els límits de la immediació i de la mediació mediata a través dels medis de gravació), per omissions en l'aplicació de regles legals i màximes d'experiència valorativa. En la fase d'in-tensió per la inutilitat de l'anàlisi o l'error en la conclusió probatòria. En aquesta segona fase, reflectida en la

72 Per totes, ITSJC núm. 127/2022, Civil, Secció 1 del 27 de setembre de 2022 (ECLI:ES:TSJCAT:2022:692A).

quarta, seria cassacionable la inclusió d'arguments estranys al debat, els errors de ponderació argumental, la infracció de màximes d'experiència racional, l'argumentació inútil, esbiaixada, desorientada o falaç. En la tercera fase seria cassacionable, si acceptéssim aquesta tesi, la omissió d'una lectura, la interpretació, contrast valoratiu o aplicació normativa i el no respecte als precedents, en el sentit que hem exposat.

Estem parlant d'un conjunt de coneixements, habilitats i actituds per a la presa de decisions, que també constitueixen referents normatius. Entenc que la cassació hauria de girar progressivament cap a un mecanisme d'establiment de «grans principis», més proper al que ara mateix és (o hauria de ser) la funció constitucional i dels tribunals internacionals (tot i que aquests no es troben «atrapats» per la vinculació als fets del tribunal d'origen) tot valorant cada cas i sent capaços de assentar una doctrina general.

No s'ha de confondre la revisió de la valoració de la prova, que fa referència a la fixació o determinació dels fets, amb la revisió de les valoracions jurídiques extretes dels fets considerats provats,⁷³ la qualificació jurídica. La primera no és controlable en cassació, el que constitueix la segona, sí.

Tot i així, no totes les resolucions judicials contràries a la norma són corregides en cassació, de forma que quantitativament moltes escapen del control. Això vol dir que continuem resolent molts conflictes només amb l'actuació de la instància. La valoració probatòria, donada la complexitat de la presa de decisions judicials, la varietat de conflictes i dels mètodes d'argumentació aplicativa i les possibilitats electives, interpretatives i aplicatives poden donar lloc a solucions aparentment contradictòries però essencialment correctes, igualment, i el Tribunal Superior ho hauria de respectar.

Haurien de ser raonablement inamovibles la validació del material probatori recaptat i la llibertat argumentativa, els referents normatius principalistes i els valors. En aquest context, la tasca del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya (i del Tribunal Suprem) hauria de tendir a la simplificació, o si es vol a la sublimació, tot vetllant pel control dels valors substancials dels referents normatius, en un sistema «multi-fonts». En un ordenament jurídic obert de fonts, la nomofilaxi ha de centrar-se en la cúspide de l'ordenament jurídic, més que en els textos positius, prolixes i no rarament contradictoris.

73 STS, Civil secció 1, núm. 436/202, del 22 de juny de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:2498).

En un sistema en què hi ha tribunals per sobre del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya i del Tribunal Suprem que vetllen per la defensa dels drets fonamentals i de la constitucionalitat de les lleis, dels drets humans i del dret europeu, la funció del tribunal cassacional ha minvat, més per no rebre i integrar els principis i normes europees i convencionals i la doctrina dels respectius tribunals que les defensen que no per resoldre l'abast de la seva funció enfront de la sobirania del Tribunal d'instància.

6.4. Part dispositiva, argumentació, virtualitat i signatura de la decisió

En el sentit que vinc defensant, la part dispositiva de la resolució, la decisió en ella mateixa, no es objecte cassacional, en tant convicció, decisió del tribunal d'instància. Però de forma indirecta, l'estimació d'un recurs de cassació la invalida (a manca de reenviament i assumint el tribunal de cassació la instància). Pròpiament, el judici cassacional controla o hauria de controlar només els judicis de dret.

Potser també es podrà cassar una sentència que presenti deficients formes de plasmació, en la redacció de la sentència, del raonament sobre el material probatori recaptat (sobre el que ja he parlat, les regles de racionalitat i de valoració probatòria) i en relació a la motivació, per no afrontar l'argumentació jurídica amb garanties. No hi ha dubte que tradicionalment ha estat motiu d'infracció processal la infracció dels requisits interns de la sentència i dels seus efectes (articles 216 a 222 LEC) i encara trobaríem altres preceptes que, en la nova cassació, podrien justificar la tasca del Tribunal Superior. El defecte de motivació comporta sempre indefensió i per tant és cassacionable. Estem en la fase aplicativa, no només d'argumentació normativa, sinó també fàctica, i la decisió judicial sobre validació o rebuig, que és pròpia del context de justificació, ha de respondre a la claredat argumental, aspecte que ha de controlar el Tribunal Superior.

El gran problema és fins a quin punt el tribunal de cassació ha d'exercir la funció nomofilàctica controlant l'argumentació. He recollit en altre lloc⁷⁴ la preocupació de la doctrina a favor d'una bona argumentació, la proposta dels «esquemes argumentatius» de TARUFFO, la preocupació d'ANDRÉS

74 Mireu nota 1.

IBAÑEZ, sobre la motivació fàctica, per la seva discrecionalitat i pel seu control més difícil.

L'argumentació és el terreny del «*trial and error*» de POSNER (a l'altre extrem de l'eix horitzontal, respecte a la deliberació). L'argumentació travessa el procés decisorí judicial des de l'anàlisi a l'argumentació aplicativa i si contraposem «analitzar» a «argumentar» (introspecció, dirigida al propi convenciment, enfront d'extraversió, dirigida a convenciment) i tot i que les fronteres no sempre són nítides, hem de concloure que s'ha de poder controlar si la justificació adoptada pel jutge, per donar suport a la decisió, respon als canons de la racionalitat només en tant dits canons siguin un altre tipus de referent normatiu, però no es pot controlar la justificació en si mateixa.

Més enllà, encara que l'argumentació i la motivació no coincideixin amb la que hagués considerat el tribunal de cassació, no es pot controlar el conjunt d'elements que han de ser presents en l'explicació o la justificació d'una decisió judicial. I si admetem diverses possibilitats d'argumentació vàlides (que siguin jurídicament correctes n'és un pressupòsit, però no l'essencial) si, com hem defensat, són compatibles diverses formes d'argumentar (al menys la formal, la material i la pragmàtica, exposades amb claredat per ATIENZA), tot i que la motivació judicial sigui una declaració de ciència i una declaració de voluntat (VIGO i CARNELUTTI), no entenc que es pugui suplir l'argumentació de l'Audiència Provincial pel sol fet de que el tribunal cassacional entengui que l'argumentació n'ha de ser una altra. Per sobre de les diverses qualificacions sobre els tipus d'argumentació (argumentació directa o per deduccions), si s'encadenen amb precisió les premisses amb el resultat, la funció concretitzadora del tribunal d'instància hauria d'esdevenir inatacable.

La virtualitat dels efectes de la resolució (la consideració del context en que es produeix i l'abast del canvi que pot produir en la realitat) sí té abast cassacional. Entenc admissible que una sentència d'Audiència Provincial es cassi per la raó de que a criteri del tribunal cassacional no s'hagin sospesat els efectes que pugui produir, perquè aquesta no pugui ser considerada com a social, jurídica o èticament correcta. És el que he definit com a «virtualitat».

7. Recapitulació

El tribunal cassacional, en la defensa nomofilàtica, ha d'atendre al fenomen de la superposició d'ordenaments jurídics i a la defensa dels drets, principis i valors constitucionals, del dret europeu, del dret convencional. Ha de «defensar la llei», ara en un sentit més obert, el que significa el vessament del sistema de drets humans i dret convencional, de dret de la Unió Europea i de la Constitució Espanyola sobre el dret civil català, girant progressivament cap a un mecanisme d'establiment de «grans principis», més proper al que ara mateix és la funció constitucional i dels tribunals internacionals.

Cal l'articulació de nous mecanismes per a construir la cassació, com el test de proporcionalitat, la ponderació de principis implicats i la valoració de les particulars circumstàncies econòmiques, polítiques, morals i socials. El Tribunal Superior ha de recórrer aquest camí respectant les competències del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Justícia de la Unió Europea, del Tribunal Europeu de Drets Humans, dels Dictàmens de la CEDAW, etc., però incorporant les seves doctrines.

I el Tribunal Superior ha de recórrer aquest camí sense substituir la funció pròpia de les Audiències Provincials, la funció d'instància. El respecte de l'exclusivitat del tribunal d'instància en la valoració de la prova s'ha de garantir. S'ha de trobar el correlatiu reconeixement d'un protagonisme més gran del jutge a l'hora de aprehendre els fets, d'analitzar-los, de fixar el material probatori depurat, la fixació dels fets provats, i també a l'hora de motivar, d'identificar els materials normatius en què recolzarà la seva decisió, d'elaborar l'argumentació.

Si s'accepta l'enfocament que propugno (que el Tribunal Superior de Justícia de Catalunya o altre òrgan cassacional assumeix una funció de creació de norma jurisprudencial, de defensa dels valors, de l'ètica o de les lleis) i no es dona importància preferent a la funció de correcció d'errades (evitant convertir-se en una tercera instància), el tribunal cassacional guanyarà prestigi. Pel contrari, tot justificant per una o altra via⁷⁵ una superació de la «sobirania del tribunal de instància», desatén

75 L'error patent en l'apreciació o valoració de la prova, la consideració de l'encaix dels fets en el pressupòsit bàsic de la norma, l'aplicació de mètodes d'equilibri d'interessos, del principi de proporcionalitat, de les tècniques de ponderació.

profundament el sentit del recurs de cassació. D'un enfocament objectiu passa a un enfocament subjectiu.

En aquest context, entendre com he fet, que la sentència del tribunal d'instància no és el resultat d'un sil·logisme jurídic simple, sinó una decisió presa a través d'un procés que, partint dels fets, «in-tendeix» en l'anàlisi, contrasta amb els referents normatius i s'«ex-tendeix» a través de l'argumentació i la consideració contextual i finalista de la decisió, pot obrir noves perspectives per tal d'entendre la nova funció cassacional.

Tècnica cassacional i accés al TSJC

Joaquim Bayo Delgado

Advocat

Ex-magistrat Secció 12ª Audiència Provincial de Barcelona

Sumari

1. Perspectiva d'aquesta ponència

2. La normativa estatal del recurs de cassació i el seu impacte en la cassació davant el TSJC

3. El recurs de cassació català

- 3.1. Cassació limitada a l'interès cassacional
- 3.2. L'absència de jurisprudència sense límit temporal
- 3.3. L'absència del supòsit de contradicció en la jurisprudència menor
- 3.4. Canvi de jurisprudència per evolució de la realitat social
- 3.5. Interès notori
- 3.6. La cassació processal catalana

4. Admissibilitat del recurs de cassació segons el TSJC

- 4.1. Qüestions de dret substantiu referides únicament a les pretensions materials deduïdes per les parts
- 4.2. Claredat i precisió en la identificació de la norma jurídica infringida
- 4.3. Claredat i precisió en la descripció de l'interès cassacional
- 4.4. Assumpció del fets provats de la sentència recorreguda
- 4.5. La *ratio decidendi* de la sentència recorreguda
- 4.6. Efecte útil del recurs i els pronunciaments atacats
- 4.7. Gravamen per a recórrer en cassació
- 4.8. Plantejament de qüestions jurídiques noves i gravamen eventual en apel·lació
- 4.9. Impugnar la interpretació d'un contracte sense els requisits específics jurisprudencials
- 4.10. Resolució d'altres recursos substancialment iguals en sentit contrari al pretès en el recurs
- 4.11. La manca manifesta de fonament (483.2.4º LEC)
- 4.12. Causes d'inadmissió absolutes i relatives

5. Criteris de competència del TSJC

6. Altres aspectes processals del recurs de cassació

Bibliografia sobre el recurs de cassació

1. Perspectiva d'aquesta ponència

Com el títol determina, la perspectiva és l'accés al Tribunal Superior de Justícia de Catalunya (TSJC) i, per tant, a la cassació catalana segons la Llei 4/2012, reguladora del recurs de cassació de Catalunya. Tanmateix s'ha d'ampliar l'anàlisi, perquè la cassació catalana s'incardina dins de la cassació espanyola, certament canviant algunes coses importants, i moltes de les normes, limitacions i conceptes bàsics de la Llei d'Enjudiciament Civil (LEC) s'apliquen en quant no siguin incompatibles amb la Llei 4/2012. Això obliga a partir d'aquest context normatiu processal, on el nou recurs de cassació estatal per infracció processal s'aplica *in totum* a Catalunya quan la infracció és només d'una norma processal estatal (sense norma processal catalana o remissòria catalana a l'estatal) i, quant a la cassació substantiva, supletòriament, en tot allò no previst per la Llei 4/2012, i també *in totum*, quan es tracta d'un motiu de vulneració del dret estatal només.

Aquest encaix normatiu està ben resumit al ATSC 39/2013, d' 11 de març:

«TERCERO.– 1.B) Compatibilidad entre la normativa de la LEC y la LCCat [Ley 4/2012, de la casación catalana]. Dicha compatibilidad no solo se produce, sino que resulta necesaria (en algunos extremos, no en todos) pues la LCCat no extiende su regulación a la sustanciación del recurso de casación (por mor de lo dispuesto en el art. 149. 1.6 CE), ya que solo regula determinadas cuestiones como son las vías o cauces para la admisión del recurso que ha de serlo por interés casacional.»

Aquesta idea també està clarament expressada en el més recent ATSC 149/2023, de 2 d'octubre:

«FdD PRIMERO.– El recurso de casación debe sujetarse necesariamente a lo dispuesto en la Ley 4/2012, de 5 marzo, del recurso de casación en materia de Derecho civil en Catalunya, por lo que es necesario que cumpla los criterios de admisión que se expresan en dicha norma. Esta exigencia, además, debe quedar

plenamente satisfecha dentro del plazo preclusivo de interposición del recurso, por lo que no es posible la subsanación en el trámite del art. 483.3 LEC de aquellos defectos relativos a requisitos que tengan la condición de esenciales. En particular, en cuanto a los motivos fundados en preceptos de derecho sustantivo catalán —o en preceptos relativos a las especialidades procesales del derecho civil catalán (art. 4 Ley 4/2012)—, para poder ser admitidos a trámite, debe quedar acreditada la concurrencia de un verdadero interés casacional, en los términos definidos en dicha Ley y en la forma en que esta ha sido interpretada reiteradamente por esta Sala a partir de sus acuerdos de Pleno de 22 marzo 2012 y de 4 julio 2013, en relación con el acuerdo de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 27 enero 2017, que es de aplicación, no solo a los recursos fundados en preceptos del C.C., sino también a los fundados en preceptos de derecho civil catalán, en lo no previsto en nuestros acuerdos y en lo que no sea contradictorio con lo previsto en la Ley 4/2012 —cfr. STC 47/2004 de 25 marzo—.»

Aquesta incardinació no ha variat amb la reforma operada pels R. D-Llei 5/2023¹ i R. D-Llei 6/2023,² que analitzarem en el punt dedicat a la cassació estatal.

La Llei catalana ha de ser llegida juntament amb l'Acord de la Sala Civil i Penal del TSJC de 6 de setembre de 2023, que substitueix els anteriors que deroga, on s'aborden qüestions de fons del recurs i orientativament de forma. També haurem de tenir en compte l'Acord del TS de 27 de gener de 2017, en la mesura en què els criteris no han quedat superats per les reformes legals esmentades, i l'Acord de la Sala de Govern del T.S. de 8 de setembre de 2023³ (que fa ús del nou article 481.8 LEC), que es limita a aspectes extrínsecs dels escrits de recurs i contestació.

Sobre la incardinació, diu l'Acord del TSJC:

«Tanmateix, el model de la LEC 1/2000 en què s'insereixen les modalitats específiques del recurs de cassació en matèria de dret civil català ha patit una profunda modificació després de l'entrada en vigor del Decret llei 5/2023, de 28 de juny, convalidat per resolució de 26 de juliol de 2023, de la Diputació Permanent del Congrés dels Diputats, cosa que ens obliga a revisar els acords no jurisdiccionals esmentats anteriorment.»

1 *Artículo 225, siete; ocho; nueve; diez; once; doce; trece; catorce; quince; dieciséis, diecisiete. Y Disposición transitoria décima. 4.*

2 *Artículo 103, ochenta y dos; noventa, noventa y uno, noventa y dos; noventa y tres; y ciento treinta y uno.*

3 B.O.E. 21/09/2023.

Però el límit de integració estarà en funció de cada motiu:

«En cas que en el litigi s'hagin exercitat conjuntament pretensions regides per l'ordenament civil català i per l'ordenament civil estatal i el recurs de cassació s'interposi per denunciar la infracció de la normativa catalana i la normativa estatal, els articles 2, 3 i 4 de la Llei 4/2012 s'han d'aplicar en aquell o aquells motius del recurs de cassació en què s'al·legui com a infringida la normativa catalana, mentre que en aquell o aquells altres motius del recurs de cassació en què, si escau, s'al·legui exclusivament la infracció de normes estatals, cal supeditar l'admissibilitat del motiu a la comprovació de si existeix alguna de les modalitats previstes a l'article 477 núm. 2, 3 i 4 de la LEC 1/2000.»

Aquí ens limitarem a analitzar la cassació catalana incardinada en la cassació estatal, encara que s'apliqui tota la normativa estatal als motius basats en una norma civil estatal, ja que n'hi ha prou amb un motiu d'infracció de dret civil català per donar la competència al TSJC, segons el paràgraf segon de l'article 478.1 LEC, o recursos formulats per diferents parts (ATS 21/06/2017, rec. 566/2017). Ho recorda l'Acord de 6/9/23:

«De conformitat amb l'art. 478 de la LEC és competent el TSJC quan el recurs de cassació es formuli contra les resolucions de les audiències provincials de Catalunya sempre que el recurs es fonamenti exclusivament o juntament amb altres motius en la infracció de les normes del dret civil o processal civil propi de Catalunya.»

La perspectiva és l'anàlisi de l'accés des de les limitacions sistèmiques, ja siguin d'origen legal, ja siguin d'origen jurisprudencial, ja siguin per la forma com s'interpreten en la pràctica del TSJC, i les limitacions consubstancials al concepte de recurs de cassació, tan substantiu com processal.

La cassació té una finalitat nomofilàctica, encara que també serveix per a la rectificació (cassant-les) de les sentències que no han aplicat el dret i la jurisprudència correctament. El motor de la nomofilaxi som els advocats que plantegem els recursos i la financiació és dels ciutadans que buscar justícia. La conclusió ha de ser que les limitacions sistèmiques no raonables incompleixen la finalitat nomofilàctica de la cassació.

I hem de considerar limitacions no raonables aquelles que tenen per finalitat limitar el nombre de recursos admesos a tràmit per manca de capacitat de resolució dels tribunals de cassació. Un exemple clar era la Disposició Final 16^a (DF 16^a) de la LEC, de la qual parlarem. Ara, oblidada al R. D-L 5/2023, ha estat expressament derogada per l'article 103, punt 131,

del R. D-L 6/2023,⁴ però caldrà també que la praxi «jurisprudencial» no mantingui algunes limitacions perverses com «no fer supòsit de la qüestió».

Per una altra banda, l'accés a la cassació està subjecte a la tècnica cassacional. Com es repeteix abastament, la cassació no és una tercera instància i la formulació dels recursos de cassació i per infracció processal ha de respectar aquesta idea i adaptar-se a la formalitat tècnica escaient. Això comporta dificultats tècniques que, en la pràctica, limiten l'accés, però aquestes limitacions pràctiques (siguin formals o conceptuals) són necessàries per tal que el TSJC (o qualsevol altre Tribunal de cassació) pugui analitzar el problema legal i resoldre'l. La tècnica cassacional ajuda de forma fonamental a aquest resultat. Però volem també destacar un aspecte que sovint s'oblida: respectar a tècnica cassacional i fer-la respectar és imprescindible per no causar indefensió a l'altra part. El recorregut ha de poder entendre clarament quina és la base, quins són els motius del recurs, per poder refutar-los adequadament. En realitat, això es pot predicar de qualsevol escrit forense. Els apartats 3, 4 i 5 de l'article 399 LEC, sobre la demanda, responen a aquesta necessitat, i sovint no es respecten. Tots els demès escrits han de tenir la mateixa estructura lògica i clara, però el recurs de cassació molt especialment, en ser l'últim recurs de la justícia ordinària.

Aquest formalisme garantista només es pot dulcificar per l'*interès superior del menor*, molt freqüent en els recursos, també molt freqüents, dels què coneix el TSJC. Així ho explica la STSJC 48/2021, de 27 de setembre, en el seu FdD tercer:

«1. Como hemos dicho ya, se traen a colación por quienes se oponen a la estimación del recurso algunas causas de inadmisión, como la de haber invocado el recurrente un precepto —el art. 233-11.2 CCCat— previsto para situaciones disímiles a la que constituye su objeto; la de no haber especificado la doctrina que debería ser proclamada por esta Sala casacional, a la vista de que el recurso se funda en el art. 3.b) de la Ley 4/2012; la de no haber respetado todos los hechos declarados probados en la instancia; y la de haber hecho abstracción del interés superior del menor, al que, según dicen los oponentes, responde la solución adoptada por la Audiencia Provincial.

Con carácter previo, hemos de recordar que en nuestras SSTSJCat 9/2013 de 28 enero FD1.4, 14/2016 de 7 marzo FD2, 57/2017 de 23 noviembre FD3 y 25/2021 de 9 abril FD3, entre otras, declaramos que, cuando la cuestión controvertida en el recurso de casación pueda afectar a menores de edad, existe un interés de

4 L'Acord del TSJC de 6/9/23 ja donava per derogada tàcitament aquest DF 16^a, igual que tots els articles referents a recurs extraordinari per infracció processal.

orden públic que permete suavitzar el rigor formalista propi de la casació, sin que se pueda llegar a provocar por ello la indefensión de las demás partes. [...]

Pues bien, en el presente supuesto, así como la omisión o la falta de claridad en la cita como infringido del precepto sustantivo directamente concernido por el problema jurídico planteado en el recurso de casación y por la identificación del correspondiente interés casacional en que pretenda fundarse —parámetros a los que, en este caso, responde fielmente el art. 236-4.2 CCCat—, constituye un defecto sustancial e insubsanable determinante de su inadmisión o, en su caso, de su desestimación (cfr. SSTS 232/2017 de 6 abr. FD5, 349/2018 de 7 jun. FD2, 624/2020 de 19 nov. FD3, 245/2021 de 4 may. FD1; AATS de 30 ene. 2019 [RJ 2019\249], de 13 mar. 2019 [RJ 2019\936], de 8 may. 2019 [RJ 2019\1928], de 21 abr. 2021 [RJ 2021\1779], entre otras muchas), en cambio, la cita añadida, junto a la de aquel, de otro u otros preceptos sustantivos, siempre que no comporte ambigüedad o indefinición de la infracción denunciada o falta de claridad del interés cassacional correspondiente, no justifica por sí sola la inadmisión.»

Ara també l'Acord TSJC de 6/9/23 també ha admès aquesta flexibilitat en termes generals en parlar de l'interès cassacional notori. Cal destacar, amb tot, que el límit de la flexibilitat està en la *indefensió*.

2. La normativa estatal del recurs de cassació i el seu impacte en la cassació davant el TSJC

La derogació del recurs extraordinari per infracció processal, amb la seva incorporació al recurs de cassació, ara possible per infracció processal, i la de la DF 16^a LEC, que condicionava la infracció processal a la viabilitat de la cassació substantiva quan aquesta era per interès cassacional, ha capgirat el marc estatal en matèria de cassació.

La raó subjacent de la DF 16^a no era altra que la incapacitat material del TS d'atendre tots els recursos de cassació i infracció processal que es generarien sense les limitacions, però no s'entén que les reformes no hagin pensat que, mantenint la competència del TS quan només hagi motius interès cassacional processal estatals (ara necessari, tret de procediments de garantia de drets fonamentals, article 249.1.2n LEC), el TS es pot veure col·lapsat si no estableix un requisit jurisprudencial limitatiu, que no pot ser, com veurem, la idea de «no fer supòsit de la qüestió».

Hi ha, a més, limitacions elaborades pel TS, amb la confessada finalitat de controlar la càrrega de treball, que ara han estat assumides en la llei.

Les conseqüències a Catalunya de les limitacions sistèmiques, pensades per controlar la càrrega de treball, o de les basades en el concepte del recurs de cassació com a extraordinari, són:

2.1. Incloent-hi el recurs de cassació tan la infracció processal com la substantiva, la situació a Catalunya, en relació als motius no catalans, quan n'hi hagi d'aquests i sigui competent el TSJC, és que ambdós tipus de motius queden igual que passava i passa amb els motius catalans substantius i processals per vulneració de normes processals catalanes: es poden acumular, fins i tot de forma subsidiària.

És possible que el TS, fins i tot, obligui a l'acumulació per tal d'evitar que es formulin només els processals estatals, que serien competència seva, i no deixar per a un segon recurs de cassació substantiva els motius substantius catalans contra la nova sentència de segona instància recaiguda per estimació dels motius processals.

Però aquesta acumulació no seria possible si la infracció processal afecta a la valoració de la prova i, amb els fets provats a la sentència de l'AP, no hi ha infracció substantiva. L'acumulació, raonable per causa d'eficàcia i eficiència processal, és incompatible amb «no fer supòsit de la qüestió». No estem parlant només d'error palès de valoració, sinó també de regles de presumpció, de càrrega probatòria i de valoració legal de proves.

Ara no hi ha la dependència d'admissibilitat de la infracció processal si la substantiva és viable i admesa a tràmit, com era el cas amb la DF 16^a LEC i seria sorprenent que el TS només impedís acumular quan les infraccions processals afecten la valoració probatòria.

2.2. Ara l'article 477.1 LEC ha incorporat l'exclusió de la cassació quan l'AP no està constituïda col·legialment, sinó per un sol magistrat, com ja interpretava correctivament el TS. No són recurribles en cassació les sentències de segona instància fins a 15.000 euros, que les dicta un sol magistrat de l'audiència si es tracta d'un judici verbal per raó de la quantia. L'article 82.2.1er LOPJ diu l'Audiència *es constituirà* amb un sol magistrat i ara el article 250.2 LEC fixa aquest límit de quantia.

El TSJC ja tenia el mateix criteri, malgrat que, igualment que la LEC abans, la Llei 4/2012 (art. 2.1) parla d'«audiències provincials»; el TSJC no considera audiència la constituïda per un sol magistrat (AATSJC 22/2019, de 21 de febrer; 88/2022, de 2 de juny; etc.).

Per aquesta via el criteri de quantia, en aquest cas, mínima, es re-introdueix a la cassació catalana; en aquest sentit és molt interessant la STC 47/2004 de 25 de març, sobre la primera llei gallega de cassació (11/1993, de 15 de juliol).

2.3. Els conceptes «segona instància» i «apel·lació» no són equivalents, la qual cosa exclou les sentències que no són pròpiament resolutòries de la segona instància, com les que declararen la nul·litat d'actuacions o l'absolució en la instància o que no tenen efecte de cosa jutjada. El mateix criteri aplica el TSJC (AATSJC 93/2011, de 21 de juliol; 19 /2012, de 13 de febrer; 206/2019, de 18 de novembre; 224/2019, de 2 de desembre; 127/2022, de 27 de setembre; etc.; i les SSTSJ 43/2006, de 21 de desembre i 206/2019, de 18 de novembre).

Sobre la cosa jutjada, diu l'ATSJC de 30 de novembre de 2017 (rec. 128/2017):

«SEGUNDO.– La sentencia no puede calificarse como sentencia de segunda instancia o definitiva susceptible de recurso de casación. Hemos mantenido este criterio en relación con las resoluciones que ponen fin al procedimiento de tutela sumaria de la posesión. Dijimos en el Auto TSJCat de 13-12-2010 que aun promulgada la Lec 1/2000 algunas Salas Cíviles y Penales de Tribunales Superiores de Justicia (vid. STSJ Navarra 23/2002 de 3 de octubre y Auto de 25 de marzo de 2010) han continuado entendiendo que una sentencia que no produce los efectos de la cosa juzgada no puede tener acceso a la casación, al considerar inadmisibile que por la vía de la casación pueda darse lugar a que el correspondiente Tribunal pueda llegar a pronunciarse dos veces sobre la misma cuestión, teniendo en cuenta que el recurso de casación se ha de fundar en la infracción de una norma de carácter sustantivo. Por esta razón, al albur de la distinción entre sentencia de apelación y sentencia de segunda instancia, que ha sido admitida ampliamente por el propio TS con efectos trascendentes sobre la admisibilidad de los recursos de casación (entre otros muchos, los AATS 1ª 3 y 24 jun. 2003, 19 oct. 2004, 1 feb. 2005, 13 sep. 2005 y 7 feb. 2006), entendiendo que cuando es posible iniciar un juicio ordinario posterior a la sentencia dictada por la Audiencia tras conocer de un recurso de apelación, ésta no tiene los caracteres de una auténtica sentencia de segunda instancia, se considera que en tales casos no cabe admitir la casación. Ésta ha sido la interpretación que mantiene reiteradamente esta Sala Civil y Penal, que como se ha dicho en numerosas ocasiones es soberana en la interpretación de los requisitos procesales de los recursos de casación de su competencia (por todas, las SSTSJ Cataluña núm. 27/2002 de 16 septiembre ; núm. 37/2002 de 28 nov. ; núm. 44/2003 de 1 dic. y núm. 23/2004 de 19 Jul. y AATSJC de 18 abr. 2002 y de 29 sep. 2002, y STSJC 15/2006 de 24 abr.), sin perjuicio del respeto debido a la jurisprudencia del TS dictada en interpretación de la LEC. La doctrina anterior no cambia con la promulgación de la Llei 4/2012 reguladora del recurso de casación en materia de derecho civil catalán ya que como hemos dicho en el Acuerdo de 22-3-2012, el recurso de casación debe deducirse contra Sentencias civiles que pongan fin a la segunda instancia dictadas por las Audiencias provinciales con sede en Cataluña en los asuntos que se rijan por el ordenamiento civil de Cataluña (art. 466,1 Lec y art. 2,1 Ley 4/2012).»

Cal recordar, no obstant, que en matèria de liquidació de règims econòmics matrimonials de comunitat, l'ATS de 2 de març de 2016, rec. 2267/2014, va dir:

«La doctrina de la irrecurribilitat que motivó la providència de 5 de octubre de 2015 ha quedat superada a partir de la sentència del Pleno de esta Sala de 21 de diciembre de 2015, en el recurso de casación 2459/2013, en el que se plantea cuál es el procedimiento adecuado para las reclamaciones entre cónyuges por razón del régimen económico matrimonial tras la disolución de éste, que recoge expresamente en su fundamento de derecho cuarto: “2ª) Dentro del libro IV de la LEC, dedicado a los procesos especiales, el capítulo II del título II regula el procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial (arts. 806 a 811), pero comprendiendo en realidad dos procedimientos diferentes, el de formación de inventario (arts. 808 y 809) y el de liquidación en sentido estricto (art. 810), con una variante más para el régimen de participación (art. 811). 3ª) De lo anterior se sigue que la formación de inventario para determinar el activo y el pasivo de la comunidad matrimonial precede a la liquidación del régimen económico matrimonial, porque no es sino hasta concluido el inventario cuando cualquiera de los cónyuges “podrá” solicitar la liquidación (art. 810.1 LEC), lo que significa, a su vez, que la determinación del activo y el pasivo de la comunidad matrimonial no exige necesariamente una petición de liquidación (...)”. La prioridad del procedimiento especial para la liquidación del régimen económico matrimonial sobre el juicio ordinario y la consideración de que el primero comprende en realidad dos procedimientos diferentes, el de formación de inventario (arts. 808 y 809) y el de liquidación en sentido estricto (art. 810) desvirtúan en gran medida la naturaleza incidental de la sentencia que pone fin al procedimiento de inventario.»

En el procediment de formació de l'inventari (article 809 LEC), l'article 1079⁵ CC (addició i no rescissió de la partició) i la ommissió de carència d'efecte de cosa jutjada, pot justificar la possibilitat de cassació.

Però, malgrat que la liquidació del règim de comunitat segons l'810 LEC remet als articles 785 i següents i l'article 787.5, par. 2n, descarta la cosa jutjada, el TS també admet la cassació (ATS de 15 de febrer de 2023, rec. 3536/2021; SSTS 458/2020, de 28 de juliol, 399/2018, de 27 de juny, etc.).

5 Tret que hi hagi clàusula de tancament al conveni regulador de liquidació (STS 645/2022, de 5 d'octubre.

També en la divisió de l'herència cap cassació: AATS de 18 de gener de 2023, rec. 6760/2020; de 18 de gener de 2023, rec. 5333/2020, etc.⁶ Aquest últim diu:

«PRIMERO.– El recurso interpuesto tienen por objeto una sentencia recaída en segunda instancia de un proceso de división de herencia, en oposición a las operaciones particionales, tramitado en atención a su materia, por lo que la única vía de acceso al recurso de casación es la del ordinal 3º del art. 477.2 LEC, que exige acreditar el interés casacional.»

Cal entendre que l'article 811, liquidació del règim de participació per judici verbal, també admet la cassació.

Els procediments per determinar la necessitat de l'assentiment en l'adopció no tenen cassació (ATS de 14 de desembre de 2022, rec. 3000/2022), per no tenir la sentència efecte de cosa jutjada.

2.4. Tampoc no són recurribles les sentències que haurien d'haver adoptat la forma d'interlocutòria, com ara les apel·lacions contra interlocutòries que resolen l'oposició en el procediment d'execució. Malgrat la Llei 4/2012 parla de «resolucions», les sentències que haurien de ser interlocutòries definitives i les interlocutòries definitives queden excloses també d'accés al STJC, entre elles les de jurisdicció voluntària⁷ (AATSJC 1/2023, de 9 de gener; 173/2021, de 21 de maig; 119/2021, de 29 d'abril; etc.).

6 Potser l'explicació hagi de buscar-se en el concepte estricte d' «incident», com a la STS 688/1994, de 5 de juliol: FdD 3er «I) En conclusión, no deben favorecerse los incidentes paralizadores; el cauce adecuado para excluir bienes del juicio de testamentaría es el juicio declarativo correspondiente, y la decisión produce cosa juzgada entre las partes. Pero cosa juzgada también ha producido la sentencia dictada en proceso incidental, porque la fuerza decisoria no se pierde, aunque, siguiendo la práctica forense, se sustanciara por la vía incidental, porque sabido es que bajo el nombre de incidentes está el juicio declarativo especial, que por ministerio de la ley se ventila por el cauce del artículo 741 y siguientes. Que incidente propiamente dicho son los que cumplen los requisitos de los artículos 742, 744 y 745, pero que deben los jueces repeler de oficio los que no reúnan los requisitos legales para su calificación de cuestión relacionada con el asunto principal y que exijan una resolución independiente, previa o no. Y la sentencia que recaiga en dichos incidentes produce igualmente fuerza de cosa juzgada cuando no cabe contra ellos ningún recurso.»

7 ATS de 17 de maig de 2011, rec. 176/2011.

Una important excepció són els exequàtors.⁸

2.5. Un cas específic a tenir en compte és el de les sentències sobre retorn internacional de menors. Aquestes sentències estan excloses de cassació (art. 778 quinquenes. 11 LEC i AATS de 31 d'octubre de 2018, 12 de setembre de 2018, 6 de juny de 2018, 24 de maig de 2017, 17 de maig de 2017, etc.). Encara se s'invoqui una vulneració de una norma catalana (no pas a la definició d'il·licitud),⁹ per exemple, articles 5 i següents de la Llei 14/2010, dels drets i les oportunitats en la infància i la adolescència, de 27 de maig, la LEC impedeix el recurs.

2.6. Vulneració d'una norma legal, no reglamentària, o dels costums o principis generals del dret català.

L'Acord de 6 de setembre de 2023 preveu que les normes vulnerades han de tenir rang de llei, i no pas rang inferior. Així ho confirma, entre altres, l'ATSJC 301/2021, de 8 de setembre:

«Como igualmente se ha dicho, por “normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso”, cuya infracción es el único motivo de casación contemplado 477.1 Lec —en nuestro caso art. 2.2 de la Llei 4/2012 de 5 de marzo— hay que entender exclusivamente a las normas civiles sustantivas con rango de ley, [...]»

Per la seva part, entre altres, la STSJC 45/2022, de 14 de juliol, diu:

FdD 5º.2 [...] «Así, en las STSJCat de 12 de septiembre de 2011 o de 14 de noviembre de 2016 dijimos que el actual sistema de fuentes viene establecido en el art. 111-1 a cuyo tenor “El derecho civil de Cataluña está constituido por las disposiciones del presente Código, las demás leyes del Parlamento en materia de derecho civil, las costumbres y los principios generales del derecho propio, aunque la costumbre solo rige en defecto de ley aplicable”, precepto complementado por el artículo 111-5 cuando dice que las disposiciones del derecho civil de Cataluña se aplican con preferencia a cualesquiera otras.»

8 En el supòsit dels exequàtors, on els motius de cassació són essencialment processals del procediment estranger i el recurs per infracció processal queda per a les infraccions en el propi exequàtor, és difícil que la competència sigui del TSJC. Només si la causa fos contrarietat a l'ordre públic podria arribar a haver vulneració d'un precepte català. Tan el R D-L 5/2023 com el R D-L 6/2023, seguint l'Acord del TS de 27 de gener de 2017, obliden les cassacions que preveu l'article 55.2 de la Llei de Cooperació Jurídica Internacional en Matèria Civil, però el TS admet el recurs (ATS de 08/06/2022 (Rec. queixa 7/2021).

9 D'acord amb l'article 3 del Conveni de La Haia de 1980 cal aplicar el dret del país de prèvia residència del menor per determinar la il·licitud del trasllat o retenció.

Cal tenir en compte que la limitació al rang de llei no impedeix que una norma legal es relacioni amb un precepte reglamentari (Reglament Hipotecari, Reglament del Registre Civil, etc.), sempre que la vulneració es prediqui de la norma de rang de llei.¹⁰

2.7. La valoració de la prova, raonablement, és competència primordial de les instàncies i, de manera excepcional, hi cap revisió en seu de recurs de cassació per error de fet palès i immediatament verificable a partir de les pròpies actuacions (nou article 477.5 LEC). Ja era així en la pràctica del TSJC, seguint el criteri del TS. La STSJCat 51/2023, de 8 de setembre, diu:

«FD SEGUNDO. 2.... como dijimos en la STSJC 10/2016 de 18 de febrero, para que el error en la valoración de la prueba sea considerado “patente” ha de ser “inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales, por haberse llegado a una conclusión absurda o contraria a los principios elementales de la lógica y de la experiencia” de modo que solo “concorre error patente en aquellos supuestos en que las resoluciones judiciales parten de un presupuesto fáctico que se manifiesta erróneo a la luz de un medio de prueba incorporado válidamente a las actuaciones cuyo contenido no hubiera sido tomado en consideración”. En este mismo sentido puede verse la STSJCat 39/2019 de 30 mayo [FD2].»

2.8. Especificitats del recurs per motius processals. Quan el recurs per motius processals estatals, quan és competència del TSJC, s'apliquen totalment les normes de la LEC (i altres normes processals estatals) i la seva interpretació pel TS, de manera que no hi ha cap especificitat a Catalunya. No obstant, cal destacar breument alguns aspectes.

2.8.1. El recurs per infracció processal participa del rigorisme formal del recurs de cassació, inclosa l'expressió de l'interès cassacional, de manera que pot ser inadmissiu per motius equivalents als de cassació.

10 No sembla que aquest sigui el criteri del TS a la seva STS 704/2015, de 16 de desembre: «Se articula por infracción del artículo 225-2 del Reglamento del Registro Civil, alegando la manifiesta vulneración de la sentencia recurrida de la vigente doctrina jurisprudencial que sustenta la irrelevancia de periodos de residencia durante la minoría de edad del interesado a los efectos de la adquisición de la vecindad civil por residencia continuada durante 10 años sin declaración en contra ante el Registro Civil prevista en el artículo 15 del Código Civil en su redacción originaria en relación con el artículo 225-2 del Reglamento del Registro Civil, citando en apoyo del motivo las SSTs de 23 marzo de 1992 y de 7 de junio de 2007, que superan la doctrina opuesta contenida en las sentencias de 20 de febrero de 1995 y 21 de septiembre de 2000.»

2.8.2. Un d'aquests rigorismes és la prohibició de barrejar aspectes substantius amb els processals. Ja no cal, com amb l'antic 469.1 LEC, invocar cada un dels seus subapartats, però el corpus doctrinal elaborat fins ara és molt útil per tal d'afinar en la distinció de cada vulneració processal, de manera que és aconsellable seguir les distincions com fins ara, invocant sempre el nou 477.2 LEC i qualificant el motiu com a processal.

Cal continuar distingint:

- *Normes sobre jurisdicció i competència:* competència/jurisdicció internacional i altres jurisdiccions; competència objectiva i funcional; competència territorial imperativa.
- *Normes processals reguladores de la sentència (arts. 209 i 214 a 22 LEC):* Invariabilitat de les resolucions; principi dispositiu; carga de la prova (si es declara un fet no provat); claredat i precisió; exhaustivitat i congruència; motivació (inclosa la manca de congruència interna de la sentència); marca de condemna líquida (art. 219.2 LEC); cosa jutjada material (excoent o prejudicial) —que pot ser apreciada d'ofici— i formal (qüestions decidides en el propi procés abans); formació del tribunal, immediació, etc.; sentència de consumidors o usuaris (art. 221 LEC).

En funció de la norma processal de la sentència que hagi estat infringida (o de la vulneració de l'article 24 CE en la sentència, *infra* número 4rt), serà molt rellevant el punt 1.7^a de la DF 16^a (assumpció de la instància), que s'aplica en casos com a la STSJC 62/2022, de 12 de desembre (incongruència). En altres ocasions, la nul·litat de la sentència implica la remissió per tal que es dicti novament,¹¹ com SSTSC 46/2021, de 8 de setembre (modificació de sentència per interlocutòria d'aclariment), 18/2017, de 29 de març (manca de pla de parentalitat), 1/2016, de 21 de gener (deure de motivació), etc. De fet, l'anul·lació i la retroacció a dictar sentència poden ser només parcials (SSTSJC 78/2019, de 2 de desembre; STSJC 42/2019, de 13 de juny; 69/2015, de 8 d'octubre; etc.). Quan la nul·litat afecta a actuacions anteriors a la sentència, fins i tot de segona instància, no escaurà l'assumpció de la instància, òbviament (STSJC 11/2021, de 10 de febrer —litisconsorci passiu necessari en filiació—, 59/2019, de 26 de setembre —manca d'audiència del menor—; etc.)

11 Seguint la pràctica del TS en STS 792/2013, 20 de desembre, etc., que s'inspirava en l'article 476 LEC, en suspens per la DF 16^a.2 LEC i ara sense contingut (R.D-L 6/2023).

La condemna en costes queda exclosa del recurs (STS 56/2019, de 25 de gener).¹²

- *Normes legals que regeixen els actes i garanties amb infracció que determina la nul·litat o amb indefensió:* Normes de repartiment (art. 68.4 LEC, STS 570/201, de 17 de setembre; ATS de 15 de març de 2011, rec. 1334/2010); jutge ordinari predeterminat; litisconsorci; legitimació *ad causam* (STS 730/2013, de 21 de novembre); qualsevol altra vulneració que determini legalment la nul·litat o causi indefensió (manca d'emplaçament, etc.)
- *Vulneració dels drets fonamentals de l'article 24 de la Constitució:* Valoració manifestament arbitrària o il·lògica de la prova (incompatible amb vulneració de la càrrega de la prova); valoració legal de la prova (arts. 316, 318, 319 i 326.1 LEC, etc.); proves pertinents per a la defensa; procés públic, procés sense dilacions;

En l'error manifest en la valoració de la prova, a més, cal invocar el nou article 477.5 LEC.

Queda fora de la infracció processal, com a pertanyent a l'àmbit de la cassació substantiva, la precisió dels conceptes jurídics indeterminats (STS 528/2021, de 13 de juliol).¹³ La interpretació dels contractes també rau a la

12 Que és una paradoxa: nega les costes com a objecte possible del recurs per infracció processal, però l'estima. Diu el FdD 2n:

«No obstante, según se infiere de la reciente sentencia 607/2018, de 6 de noviembre, sí podría revisarse la decisión del tribunal de apelación, por verse afectada la tutela judicial efectiva, en aquellos supuestos en que se aparte de las reglas generales sobre vencimiento en materia de condena en costas, previstas en el art. 394 LEC, y, sin embargo, no motivase su decisión. Es el supuesto aquí contemplado. Como consecuencia de la sentencia recurrida, que estimó en parte el recurso de apelación, se estimaba parcialmente la demanda y, por aplicación del art. 394.2 LEC, cada parte abonaría las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad respecto de las causadas en la primera instancia. Este precepto permite apartarse de la citada regla, cuando añade “a no ser que hubiere méritos para imponerlas a una de ellas por haber litigado con temeridad”. No obstante, será preciso motivar que concurre esta excepción a la regla general. En el caso de autos, a pesar de haberse solicitado aclaración de la sentencia respecto de este pronunciamiento, la audiencia no ha motivado su decisión. Por todo ello los motivos deben estimarse.»

13 FdD 3º. 4.– «Tales infracciones legales sustantivas no pueden ser resueltas en un motivo basado en la infracción de las normas reguladoras de la sentencia y, concretamente, del art. 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Es reiterada la jurisprudencia de este tribunal que declara que la lógica a que se refiere el art. 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil es la de la argumentación, exposición de razones o consideraciones en orden a justificar la

cassació substantiva, però només escaurà la revisió quan es demostrí el seu caràcter manifestament il·lògic, irracional o arbitrari (STS 390/2019, de 3 de juliol).¹⁴

La legitimació *ad causam* té naturalesa dual (STS 730/2013, de 21 de novembre).¹⁵

decisión, sin que se extienda al acierto o desacierto de las mismas, ni quepa al amparo de dicho precepto traer al campo del recurso extraordinario por infracción procesal el debate sobre las cuestiones de fondo, dentro de las que se comprenden los juicios de valor en relación con la apreciación de los conceptos jurídicos indeterminados, que corresponden al ámbito del recurso de casación.»

14 «TERCERO.– Interpretación del contrato.

1.– La sala viene reiterando su doctrina en múltiples sentencias (n.º 506/2016, de 20 de julio, y n.º 1237/2017, de 24 de febrero, entre otras), en los siguientes términos:

“La Sala en la sentencia de 6/2016, de 28 de enero, rec. 2773/2013, recogía, con cita de jurisprudencia, que: (i) la interpretación de los contratos es función de los tribunales de instancia; (ii) que sólo cabrá su revisión cuando se demuestre su carácter manifestamente ilógico, irracional o arbitrario; (iii) de no ser así se respetará la interpretación acogida en la sentencia aunque no sea la única posible ó pudiera haber alguna duda razonable acerca de su acierto ó sobre su absoluta exactitud (SSTS de 5 de mayo de 2010 y 16 de marzo de 2011); (iv) sólo se permite la revisión de la interpretación del contrato de forma excepcional, ya que otra cosa supondría convertir la casación en una tercera instancia (STS de 29 de febrero de 2012, rec. 495/2008).”

Una vez expuesta la anterior consideración conviene matizarla en los términos que recogía la sentencia de 25 de junio de 2015, rec. 2868/2013. A saber: “[...] (ii) Se habrá de decidir, por tanto, con tales normas hermenéuticas, en primer lugar si se debe respetar la interpretación que ha hecho el Tribunal de apelación del contrato en cuestión y, si la Sala no la considerase razonable y lógica habrá de abordar si la que corresponde se compadece con la pretendida por la parte recurrente.”

Constituye, pues, doctrina pacífica de esta sala (sentencia 6/2016 de 28 de enero, 313/2015 de 21 de mayo, y 590/2014, de 30 de octubre) que corresponde al tribunal de instancia la función de interpretar los contratos y sus cláusulas hasta el extremo de que pueda optar entre varias interpretaciones defendibles (sentencia 546/2013, de 12 septiembre), pues el objeto de discusión no se refiere a lo oportuno o conveniente, sino la ilegalidad, arbitrariedad o contradicción del racionio lógico, prevaleciendo el criterio del tribunal de instancia, aunque la interpretación contenida en la sentencia no sea la única posible, o pudiera haber alguna duda razonable acerca de su acierto o sobre su absoluta exactitud (sentencia 71/2016, de 17 febrero). Por todo ello resulta restringida su revisión en casación a los casos en que se acredite debidamente que la realizada por la Audiencia Provincial resulta ilógica, arbitraria o contraria a las reglas de interpretación contenidos en el Código Civil.»

15 FdD 2n: «... la cuestión de la legitimación “ad causam”, que indudablemente presenta en el caso interés casacional por la posible oposición a doctrina jurisprudencial, viene planteada por la parte recurrente por vía del recurso extraordinario por infracción procesal y esta Sala, dado el carácter de la legitimación y su relación con el fondo del asunto, ha admitido

2.8.3. La denúncia prèvia segons l'article 477.6 LEC: qualsevol d'aquestes infraccions que s'hagin produït durant el procés, i no pas a la pròpia sentència de segona instància (que haurà de resoldre també sobre les infraccions al·legades a la pròpia apel·lació) ha de ser constantment invocada i combatuda pels mitjans processals escaients (recursos, protesta, etc.).

Aquesta exigència és equivalent, en seu d'infracció processal, a la prohibició de nous temes jurídics en seu de cassació substantiva i també una manifestació de la cosa jutjada formal, que impedeix revisar quelcom ja ferm perquè ha estat consentit.

Malauradament és molt freqüent que, a l'hora d'analitzar la viabilitat del recurs de cassació, hi hagi temes que no poden ser al·legats amb èxit per aquesta manca de constància en la invocació de la infracció i en la petició de reparació. Les defenses lletrades han de ser conscients que l'accés a la cassació s'ha de preparar des de l'articulació correcta de la demanda i mantenir durant tot el procés.

2.8.4. L'aclariment, correcció, esmena i complement anterior al recurs extraordinari per infracció processal (i al recurs de cassació processal catalana).

Una altra manifestació del requisit de l'article 477.6 LEC és la necessitat de demanar prèviament aclariment, correcció, esmena o complement de la sentència de segona instància.

Diu la STSJC 8/2020, de 30 d'abril, al seu FdD 3er:

«[...] El art. 469.2 de la Lec exige para admitir el recurso extraordinario por infracción procesal que cuando, de ser posible, el defecto o la vulneración del artículo 24 de la Constitución se hayan denunciado en la instancia y cuando, de haberse producido en la primera, la denuncia se haya reproducido en la segunda instancia. Además, si la violación de derecho fundamental hubiere producido falta o defecto subsanable, deberá haberse pedido la subsanación en la instancia o instancias oportunas. El Tribunal Supremo en su acuerdo no jurisdiccional de 27.1.2017 ratificado en diversas resoluciones ha determinado en interpretación del art. 469.2 de la Lec que no puede ser motivo de infracción procesal cualquier defecto que haya podido subsanarse en la instancia o instancias oportunas mediante aclaración, corrección o complemento de la sentencia sobre la base de los artículos 214 y 215 de la Lec. Criterio seguido por esta Sala en las SSTSCat de 6 de abril de 2017 y de 18 de

que las cuestiones que a ella se refieren puedan suscitarse bien por vía del recurso por infracción procesal o bien por la vía del de casación a efectos de prestar, en definitiva, la mayor tutela judicial ante una cuestión que no ha quedado resuelta definitivamente por vía legislativa.»

marzo de 2019. De este modo no habiendo interesado la parte hoy recurrente al amparo del art. 215 de la Lec, complemento de la sentencia recaída en apelación si creía que esta incurrió en incongruencia omisiva, dicha excepción no puede ser objeto ahora de recurso extraordinario por infracción procesal. La causa de inadmisión se convierte en este trámite en causa de desestimación.»

No obstant, l'excés en l'aclariment, correcció, esmena o complement és, en sí mateix, un motiu d'infracció processal (SSTS 680/2001, de 6 de juliol; 858/2008, de 3 d'octubre; etc.). Aquí es planteja la intangibilitat de les resolucions judicials (art. 214.1 LEC), que és un aspecte de la interdicció d'indefensió (art. 24.1 CE). El TC ha tingut ocasió de pronunciar-se moltes vegades (SSTC 180/997, de 27 d'octubre; 48/1999, de 22 de març; 218/1999, de 29 de novembre; 69/2000, de 13 de març; 115/2005, de 9 de maig; 59/2001, de 26 de febrer; 53/2007, d 12 de març, etc.).

3. El recurs de cassació català

3.1. Cassació limitada a l'interès cassacional

La primera característica de la cassació catalana és que només es possible accedir-hi si hi ha interès cassacional. Ara també la cassació estatal està basada primordialment en l'interès cassacional, però té una excepció en el cas dels procediments de tutela judicial civil de drets fonamentals. L'ATSJC 175/2022, de 12 de desembre, diu:

«FdD SEGUNJDO.– 3. 3.– El recurso de casación por infracción de una norma de derecho civil de Cataluña solo puede fundarse en la existencia de un verdadero “interés casacional”.

No existe ninguna otra vía de acceso a la casación por infracción del Derecho civil de Cataluña.

El interés casacional hace referencia, necesariamente, a una cuestión jurídica de índole sustantiva, sin perjuicio de la eventualidad prevista en el art. 4 de la Ley catalana 4/2012 en relación con “las especificidades procesales derivadas del derecho civil catalán”.»

L'interès cassacional és, per simplificar, la quinta essència del problema, que el motiu ha de desenvolupar, i la seva existència opera com a requisit d'admissió. Com recorda la STSJ 6/2012, de 16 de gener, al seu FdD 3º. «2 ... conforme al art. 477.1 y 3 LEC, la jurisprudencia no constituye motivo del recurso, sino presupuesto habilitante de su admisibilidad (STSJ Navarra

10/2006 de 17 may. —FJ5—), por lo que no puede alegarse separadamente de los preceptos legales a que aquella se refiera.» La referència a un precepte legal (o costum, a manca de llei, o principi general de dret català) és imprescindible.

D'aquesta manera, com diu el Preàmbul de la Llei catalana 4/2012, «... el legislador català ha prescindit de la quantia del procediment com a requisit d'accés a la cassació i s'ha centrat únicament en l'interès cassacional.»¹⁶

Cal analitzar aquests importants trets diferencials i d'altres no esmentats en el text transcrit o ara coincidents amb la cassació estatal.

3.2. L'absència de jurisprudència sense límit temporal

A la LEC, la limitació temporal a les normes amb menys de cinc anys de vigència (sempre que no hi hagués una altra equivalent anterior), article 477.3 LEC, només s'explicava com a una de les limitacions per tal de minvar la càrrega de treball del TS. No podem imaginar que el legislador pensés que, si en cinc anys no ha hagut cap problema interpretatiu, ja no valgui la pena tenir la interpretació del TS.

A Catalunya, mai ha hagut limitació temporal de vigència. El ja citat ATSJ 39/2013, d' 11 de març, continua dient:

«En este punto, el art. 3 LCCat excluye la aplicabilidad, en Cataluña, del art. 477.3. 3 LEC, por lo cual ni es procedente, para la apertura del recurso de casación, la alegación de que la norma no lleva más de cinco años ni la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias, como hemos declarado en el ATS 12/2013, de 17 de enero, entre los más recientes: "... Al marge, que no identifica en aquest escrit quin serien aquests punts o extrems, convé indicar que, en consonància amb la Llei de cassació 4/2012, de 5 de març, del recurs de cassació en matèria de dret civil de Catalunya, i amb els criteris establerts per acord d'aquesta Sala de data 22-03-2012, ja no resulta possible fonamentar l'interès cassacional en la vigència de les normes inferior a cinc anys ni en l'existència de jurisprudència contradictòria de les Audiències provincials, sinó que, com es referia en el primer fonament d'aquesta resolució, l'interès cassacional es fonamenta en la infracció de preceptes legals per part de la Sala d'instància que, a la vegada vulneren la doctrina d'aquesta Sala o del Tribunal de Cassació

¹⁶ Encara que, com hem dit, la interpretació del TS, seguida pel TSJC, sí re-introdueix la quantia exclouent-hi els procediments per raó de la quantia fins a 15.000 €. La LEC ara ho ratifica.

o bé que no existeix jurisprudència...” No obstante, como señala el recurrente, se puede alegar la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias cuando no se haya dictado ninguna sentencia por este TSJC sobre la normativa infringida, en este caso, los artículos 233-10.3 y 233-11.1 ap. a) y e) CCCat, aunque no motivará —por si sola— el recurso de casación, si bien ello tampoco ha sido efectuado por el recurrente, en tanto que su cita se limita a exponer seis o más sentencias de Audiencias Provinciales que apoyan su recurso cuando debían serlo dos o más a favor de una tesis, y otras tantas en contra, pues así se exige cuando se trate de jurisprudencia contradictoria.»

Efectivament, la llei catalana, en l'article 3.b), *expressis verbis*, exclou qualsevol límit temporal. Això té un doble efecte: no només ha permès sempre la nomofilaxi del dret català, sinó que ha permès la cassació com a precondició de l'antic recurs extraordinari per infracció processal.

Tècnicament, el TSJC requereix que es justifiqui l'interès cassacional del motiu i que es faci una proposta d'interpretació del precepte, que òbviament haurà de tenir un efecte útil en el cas concret, és a dir, que ha de portar a la pretensió de cassació de la sentència recorreguda que ha formulat el recurrent.¹⁷

3.3. L'absència del supòsit de contradicció en la jurisprudència menor

L'Acord del TSJC 6/9/2023 menciona també aquest tret de la norma catalana: ara la regulació estatal també ha suprimit la limitació de vigència de menys de cinc anys, que era una de les limitacions sense cap lògica per limitar l'accés a la cassació. L'acord recorda també (com ho fan les resolucions) que l'existència de sentències contradictòries de les Audiències situades a Catalunya pot ser un bon argument, encara que no concloent, per tal de justificar l'interès cassacional.

Així ho expressa l'ATSJC 147/2022, de 31 d'octubre:

17 Caldrà tenir en compte també si, malgrat l'absència de jurisprudència catalana (TSJC o Tribunal de Cassació de Catalunya), hi ha jurisprudència del TC, TEDH o TJUE (aquest últim, interpretant la Carta Europea o el dret primari i secundari). Vegeu, no obstant, l'AATS de 29 de gener de 2002, rec. 2250/2001; de 28 de octubre de 2003, rec. 758/2003; etc. Sempre ha d'haver absència de jurisprudència catalana i l'interès cassacional tindrà sòlid fonament en els criteris de drets fonamentals o de dret europeu.

«La casación catalana, como se ha explicado en el anterior FJ, solo tiene entrada por la vía de la infracción de la jurisprudencia o bien por la falta de ésta en relación con normas determinadas, basándose el presente recurso como se desprende de su encabezamiento en la presunta contradicción de la sentencia recurrida con otra de una Sección distinta de la Audiencia provincial.»

L'avantatge és que no cal acomodar-se a la rígida exigència del TS de cita de dues sentències d'una mateixa Secció i dues altres d'una altra Secció d'AP (una de les quals ha de ser la recorreguda) per a complir el requisit cassacional.¹⁸

Val a dir que el manteniment de la contradicció entre audiències en la cassació estatal és un exemple d'inèrcia mental: si hi ha contradicció entre els criteris de les audiències, o bé unes segueixen la jurisprudència del TS o no hi ha jurisprudència. El supòsit és sobrer.

3.4. Canvi de jurisprudència per evolució de la realitat social

També l'Acord del TSJC, seguint el criteri del TS en el seu Acord de 2017, fa esment de la possibilitat de tenir en compte l'evolució de la realitat social per justificar l'interès cassacional:

«Excepcionalment, el recurs també es pot admetre quan, segons el parer de la Sala Civil i Penal del TSJC, la part recurrent justifiqui degudament la necessitat de modificar la jurisprudència en relació amb el problema jurídic plantejat, perquè ha evolucionat la realitat social o l'opinió comuna de la comunitat jurídica sobre una matèria determinada.»¹⁹

En la realitat, aquest possibilitat és, certament, excepcional.

Els ATSCJ de 21/11/16 (rec. 111/2016), 43/2019, de 14 de març, i 80/201, de 10 de maig, inadmeten la cassació perquè no consideren existent aquest

18 És cert que el propi TS, al seu Acord de 27 de gener de 2017, ja preveia que «No obstante, no será imprescindible la cita de sentencias con los requisitos indicados cuando, a criterio de la Sala Primera, conste de manera notoria la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales sobre el problema jurídico planteado. Para ello es necesario que el problema haya sido debidamente puntualizado por la parte recurrente y se haya justificado la existencia de un criterio dispar entre audiencias mediante la cita de sentencias contrapuestas.»

19 Caldrà també tenir en compte la jurisprudència nova constitucional o supraestatal; vegeu nota 17.

nova realitat social. El de 2012 ho nega referit a la implantació preferent de la custòdia compartida.

La STSJC 14/2013, de 21 de febrer, nega aquesta nova realitat social, per extingir una pensió compensatòria, referit al concepte de viure amb nova parella i aplica un concepte força restrictiu.²⁰

La LEC no preveu l'interès cassacional per canviar la jurisprudència (com va introduir l'Acord del TS 27/01/17, punt 3.1.C.a, 3er paràgraf), que potser es pot encabir en l'interès notori.

3.5. Interès notori

L'Acordo del TSJC de 6/9/2023 diu:

«c) Excepcionalment, i a criteri discrecional de la Sala, es pot apreciar que existeix interès cassacional notori en recursos defectuosament formulats i sempre que no es causi indefensió, quan la resolució impugnada s'hagi dictat en un procés en què la qüestió litigiosa sigui d'interès general per a la interpretació uniforme de la llei catalana. S'entén que existeix interès general quan la qüestió afecti potencialment o efectivament un gran nombre de situacions, bé en si mateixa o per transcendir del cas objecte del procés.»

Ja hem dit que el rigor cassacional també empara els drets de la part contrària, de manera que caldrà respectar sempre la prohibició d'indefensió, com el propi acord assenyalava.

3.6. La cassació processal catalana

L'article 2.1 de la Llei 4/2012 parla d'«infracció de normes de l'ordenament civil català» i l'article 4 diu que: «Si en la resolució del recurs de cassació s'estima la infracció d'una norma processal de l'ordenament civil català, el tribunal Superior de Justícia de Catalunya ha d'ordenar la mesura adequada per a fer efectiva la dita norma.»

La inclusió d'aspectes processals a la cassació ja estava en la cassació estatal anterior al 2000 i ara, amb supressió del recurs extraordinari per

20 De vegades resulta difícil saber, si no s'ha qüestionat l'admissió a tràmit del motiu per canvi social o es dedueix del raonament, si l'admissió es va fonamentar en aquesta excepció.

infracció processal, torna a incloure's a la cassació, subjecte també a l'existència d'interès cassacional.

El propòsit del legislador català, aconseguit, és que també les infraccions processals tinguin la interpretació del TSJC i no depenguin de la necessitat d'un cassació substantiva, que limitava, com hem dit, l'accés a TSJC i al TS.

N'hi ha més que no pas sembla, de normes processals catalanes. Les disposicions addicionals 3^a a 8^a de la Llei 25/2010, del Llibre Segon, en són un exemple, però altres estan dins dels propis llibres, especialment al Segon (articles 232-11, 232-12, 233-1, 233-2, 233-3, 233-4, 233-5, 233-6, 233-7, 233-9, etc.). Cal no oblidar que les normes sobre presumpcions cauen dins d'aquesta categoria.

Així, la STSJC 42/2019, de 13 de juny, diu en el seu FdD 2n:

«En la misma línea [de l'article 774.4 LEC] el art. 233-4 del CCCat conmina a los jueces a adoptar las medidas definitivas pertinentes sobre el ejercicio de las responsabilidades parentales. Su infracción puede fundar, según el art. 4 de la Llei 4/2012 de 5 de marzo, un motivo de casación.»

Hi ha un altre efecte afegit: la cassació processal catalana (competència del TSJC) permet al·legar per remissió motius de vulneració de normes processals estatals, en la mesura en què la norma catalana es remet a la norma estatal. La majoria de normes processals catalanes no inventen nous procediments (la competència legislativa sempre està al límit de constitucionalitat)²¹ i es remet, o dona com a marc processal, a la LEC. Això pot plantejar problemes.

La remissió a l'article 806 i següents del la DA3^a.2 del Llibre Segon n'és un exemple. La primera part no afegeix res a la LEC, perquè amb la LEC només s'arriba al mateix: no importa que el règim econòmic sigui de participació o de comunitat del CCCat. En la segona part, sí que hi afegeix, perquè dona tractament processal de comunitat germànica a la copropietat romana (art. 232-11.2 CCCat); ¿hi ha infracció catalana si no s'aplica l'article 810 LEC (únic rellevant en recollir la sentència matrimonial els bens a dividir)? En el segon supòsit la norma catalana haurà de ser interpretada dins la LEC, però la vulneració serà directament de la norma catalana.

21 L'antic article 43.1 del Codi de Família n'és un exemple, avui article 232-12.1 CCCat (i article 437.4.4^a LEC), STC 21/2012, de 16 de febrer; o la Llei de cassació gallega 11/1993, STC 47/2004, de 25 de març; etc.,

El problema es pot plantejar si no s'invoca en les instàncies la norma catalana com a tal (cf. ATSJc 49/23, de 7 de març) o si la norma catalana és equivalent a una de la LEC i ha estat aquesta la invocada. Creiem que *iura novit curia*, i la invocació de vulneració ha de ser el fet processal lesiu i no pas el nominalisme legal, però el consell no pot ser altre que invocar la vulneració d'una norma processal catalana sempre que sigui escaient.

El nou article 477.6 LEC és plenament aplicable a una infracció de dret processal català, de manera que prèviament ha d'haver denúncia, recurs, etc. Mantingut a les dues instàncies i, afegim, invocació específica de la norma processal catalana. En definitiva, respon a la prohibició d'introducció d'un *thema iuris* nou en cassació.

Les conseqüències de l'estimació d'un motiu de cassació processal (article 4 de la Llei 4/2012) variaran segons la norma infringida.

- Si s'ha desatès el principi de petició de part (v.gr. art. 233-4.2, 232-12, etc. CCCat) o legitimació activa (v.gr. arts. 461-23.1, 556-8.b, etc.) CCCat) o inadequació de procediment amb indefensió (v.gr. DA 3^a Llibre II.2 *in fine*) caldrà la nul·litat de la decisió afectada pel defecte.
- Si s'ha admès prova extemporàniament o la petició de prova era extemporània (v.gr. DA 3^a.1.b Llibre II), caldrà decretar que s'ignori la prova concreta.
- Litisconsorci necessari (v.gr. art. 235-16 CCCat) caldrà la retracció de les actuacions; així SSTSJC 11/2021, de 10 de febrer (cal nomenar defensor judicial al menor).
- No aplicar les presumpcions (v.gr. art. 232-3.1, etc. CCCat) farà que el TSJC hagi de declarar que s'ha produït el fet presumit.
- No haver aplicat una norma sobre càrrega de la prova (v.gr. arts. 231-20.4, 522-7.2, etc. CCCat) comportarà imputar la manca de prova a qui en tenia la càrrega.

En dictar sentència per motiu processal cal tenir en compte caldrà examinar primer el motiu processal. L'assumpció de la instància per TSJC o no (el TSJC dicta també sentència de fons) dependrà de la infracció i de l'oportunitat de privar o no d'una instància a les parts.

4. Admissibilitat del recurs de cassació segons el TSJC

Ha estat freqüent una introducció mes o menys estàndard a les interlocutòries d'inadmissió del TSJC; ara, amb el canvi processal que veurem, es dictarà una provisió succintament motivada.

En les interlocutòries, a més de les limitacions i especificitat ja analitzades, es descrivia l'anomenada «tècnica cassacional», que es deriva de la pròpia essència del recurs de cassació com a recurs extraordinari nomofilàctic.

Aquests són els aspectes més destacables:

4.1. Qüestions de dret substantiu referides únicament a les pretensions materials deduïdes per les parts

Donada la configuració mixta de la cassació catalana, que permet la invocació d'una infracció processal catalana, aquest motiu d'inadmissió opera com expressió de la prohibició de barrejar motius heterogenis i no pas com exclusió pròpiament dita.

El que sí és freqüent és la invocació d'infraccions de lleis processals comuns (no catalanes) comeses en la tramitació del procés dins d'un motiu de cassació, com única base o barrejada amb una infracció substantiva. Em ambdós casos el motiu és inadmissible.

4.2. Claredat i precisió en la identificació de la norma jurídica infringida

La inèrcia dels escrits d'al·legacions en les dues primeres instàncies comporta sovint la manca de precisió necessària en cassació; així ho descriu l'ATSJC 147/2022, de 31 de octubre:

«TERCERO.– [...] Así, en el único motivo del recurso de casación por interés casacional interpuesto se citan como infringidas hasta tres normas jurídicas, las dos primeras de la Llei 5/2001 de Fundaciones y la tercera del libro III del CCCat, no siendo posible la aplicación simultánea de dos leyes sucesivas en el tiempo. Por demás, los art. 20.b) y 21.1 de la Llei 5/2001 son preceptos heterogéneos que debieron fundamentar un motivo de casación cada uno de ellos y en relación con el art. 332-11 del libro III del CCCat cuenta con 8 apartados sin que se exprese cuál de ellos es el que resultaría infringido.»

No menys descriptiu és l'ATSJC 160/2022, de 23 de novembre:

«TERCERO.— Ello sentado, el escrito presentado, de 95 folios, adolece de toda claridad y precisión, tanto sobre los motivos del recurso de casación ya que se mencionan y describen motivos en varios pasajes del escrito, como en relación con las normas jurídicas del ordenamiento jurídico catalán invocadas de las que se hace una suerte de acopio a partir de la página 35 en adelante.

En el primer y tercer motivo del recurso, se citan como infringidos preceptos heterogéneos, pues unos se refieren a las causas de interrupción de la prescripción, otros a los requisitos de la interrupción, otros a los efectos y otros al cómputo de los plazos de la prescripción extintiva según el CCC sin identificar la concreta controversia que hubiese surgido en la segunda instancia en torno a ellos. En los mismos motivos se aduce la infracción de otros dos artículos del CC y del art. 11.2 de la ley 2/2007 de Sociedades profesionales y varios artículos de la LOE. Y lo mismo ocurre en relación con el motivo segundo en el que se plantean cuestiones no decididas por la Sala de apelación.»

Això no impedeix citar disposicions legals en relació a altres, sempre que aquesta relació sigui jurídicament coherent.

4.3. Claredat i precisió en la descripció de l'interès cassacional

L'ATSJC 153/2022, de 8 de novembre, diu:

«TERCERO. Inadmisión del recurso de casación El recurso interpuesto presenta los defectos de técnica casacional apuntados en el proveído de fecha 10 de octubre de 2022 no desvirtuados mediante el escrito de alegaciones presentado por la parte recurrente. En el escrito consta una primera parte donde se dicen infringidos por la sentencia de apelación una serie de artículos heterogéneos del CCC aduciendo que la sentencia va contra jurisprudencia reiterada del TSJC que no cita y que tiene interés general. Después se expresan en forma continuada los fundamentos jurídicos de la sentencia de apelación de los que se discrepa, sin encabezamientos, mezclando cuestiones procesales con sustantivas y cuestionando los hechos, por lo que el escrito no guarda la forma exigida para esta clase de recurso extraordinario al no especificar motivo por motivo las normas jurídicas que se estiman infringidas y cómo, dónde y cuándo habrían sido vulnerada por la Sala la doctrina legal. No es la Sala la que debe descubrir el interés casacional que genéricamente se afirma, sino que este debe ponerse de relieve en forma ordenada para que pueda conocerse si prima facie se identifica correctamente el mismo. En resumen, el recurso se articula en realidad a modo de tercera instancia pretendiendo una revisión íntegra del litigio, tanto desde el punto de vista fáctico como jurídico, lo que resulta impropio —como antes se ha expuesto— de este recurso de carácter extraordinario.»

No hi ha res a objectar a l'exigència de la precisió i claredat que mancava al recurs inadmissiu, però el problema pràctic és, de vegades, que l'exigència d'expressar l'interès cassacional sembla implicar que ha de comportar un plus que la vulneració d'una determinada jurisprudència, com si l'interès cassacional requerís que l'eventual sentència hagués d'afegir una nova precisió a la jurisprudència ja establerta. Vegeu el punt 4.10 *infra*.

Aquesta idea és correcta, al nostre parer, quan no hi ha jurisprudència, doncs s'ha d'explicar molt bé quina és la que cal establir, però no pas si el cas recorregut és substancialment igual que els invocats.

Aquí és útil la invocació de la lletra b) de l'article 3 de la Llei 4/2012 de forma subsidiària a la lletra a). Moltes vegades s'ha establert una jurisprudència ferma sobre un concepte aplicable a molts supòsits, però un supòsit específic i peculiar poc considerar-se o no cobert per la jurisprudència. STSJC 11/2023, de 16 de febrer: anomenar una custòdia monoparental com a «compartida» en una modificació, sense cap canvi del repartiment d'estades i relacions paterno-filials, no és un canvi substancial als efectes de canviar l'atribució d'us de l'habitatge.

Sobre l'interès cassacional també és interessant assenyalar que presenta uns aspectes propis en el cas dels conceptes jurídics indeterminats; diu l'ATSJC 100/2022, de 11 de juliol:

«Tratándose de normas legales abiertas y de conceptos jurídicos indeterminados no es posible fijar un interés casacional que abarque todos los posibles supuestos que en la práctica se producen, porque a lo que se debe atender es al interés del concreto o concretos menores de que se trate y en función de sus particulares circunstancias, variables en cada supuesto. En el mismo sentido ATS, Sala 1ª de 19 de mayo de 2021, con cita de la doctrina del TS en la cual se establece que: “Cuando se trata, pues, de valorar el interés del menor, tiene sentado la sala (sentencia de 23 de julio de 2018, sobre guarda y custodia compartida, pero extrapolable a cualquier medida personal que afecte a menores) que el recurso de casación no puede convertirse en una tercera instancia, a pesar de las características especiales del procedimiento de familia. El único límite de la revisión es que el citado interés no se haya respetado o que su protección sea sólo aparente, puramente formalista o estereotipada.”»

4.4. Assumpció del fet provat de la sentència recorreguda

Ja hem parlat de l'exigència de partir dels fets provats de la sentència de segona instància i les conseqüències que se'n derivaven.

Cal afegir que ara, en no ser condició d'admissió del motiu processal d'error (palès) en la valoració de prova, es podrà, creiem, articular el motiu substantiu condicionat al processal, però no barrejar en un mateix motiu aspectes de valoració amb aspectes substantius, que seria causa de manca de claredat i, per tant, d'inadmissió. Però, aquesta barreja, prohibida a les parts en cassació, és malauradament molt freqüent en les sentències objecte de la cassació. Això fa que els fets provats no siguin sempre clars. La redacció de les regles segona i tercera de l'article 209 LEC no contribueix a la claredat necessària de les sentències quant als fets provats per a articular degudament el recurs de cassació.

Un altre aspecte a destacar és l'assumpció total o parcial (en la mesura en què no siguin discrepants) dels fonaments de dret de la sentència de primera instància, on també hi haurà fets provats. Si les dues sentències fan barreja de fets, dret i raons de prova, la confusió s'eleva al quadrat.

4.5. La *ratio decidendi* de la sentència recorreguda

En funció de la claredat de la *ratio decidendi* de la sentència d'instància, serà més o menys difícil articular el recurs de cassació.

La *ratio decidendi* serà sempre la raó jurídica que el tribunal aplica sobre els fets provats; ambdues coses aniran conjuntament: ¿per què estima o desestima una pretensió? La capacitat sintètica que tot jurista ha de tenir opera en aquest terreny. El nucli decisor ha de ser l'objecte de l'atac per part del motiu cassacional.

Un dels molts exemples de rebuig d'un motiu és l'ATSJC 138/2022, de 20 d'octubre:

«CUARTO.– 2. ... el recurrente ignora la verdadera ratio decidendi de la sentencia recurrida que —para evitar cualquier interpretación errónea se ha transcrito ut supra— se funda en que el tribunal consideró que la percepción de la pensión de jubilación, nunca le había impedido al recurrente obtener ingresos complementarios con los que hacer frente a la prestación compensatoria desde el momento en que esta se impuso en la sentencia de divorcio y que, si no lo había hecho, era porque no había querido, de manera que se llega a la conclusión que su situación económica, entendida en términos de su capacidad efectiva de generar ingresos suficientes, no ha empeorado en absoluto.»

Però hem de tenir en compta que hi ha *rationes decidendi* implícites en les sentències; sempre que hagi hagut debat en la instància sobre el *thema iuris* o hagi estat introduït *de officio* a la sentència de segona instància, creiem que

es compleix amb el requisit d'atacar-les amb un motiu de cassació. Pensem en una caducitat introduïda en la sentència d'apel·lació; o en l'aplicació, sense més explicació (al marge de combatre la infracció processal) d'una norma substantiva estatal contra la norma de conflicte procedent;²² o partir de l'eficàcia d'un contracte que ha estat discutida; etc. La *ratio decidendi* pot ser un seguit que raons concatenades.

4.6. Efecte útil del recurs i els pronunciaments atacats

Si ja és mala praxis en els escrits de les dues instàncies que les peticions es facin per referència al ja dit, el la cassació serà motiu d'inadmissió que no es concreti quines conseqüències ha de tenir el recurs en relació als pronunciaments de la sentències de segona instància, integrada, si és el cas, amb els pronunciaments confirmats en la segona instància. I això es requereix per tal de constatar que, atesa la *ratio decidendi* de la sentència, els motius, si són estimats, comportaria un efecte real en la modificació dels seus pronunciaments.

4.7. Gravamen per a recórrer en cassació

Vinculat a la idea de efecte útil, cal tenir gravamen per recórrer. Diu l'ATSJC de 14 de setembre de 2015, rec. 84/2015, FdD sisè:

«En segundo lugar, por cuanto la recurrente en lo que se refiere a la acción principal de retracto entablada (la casación se dirige contra el pronunciamiento de la acción de retracto y no contra la reconvencción en la que ninguna de las sentencias entró) carece de todo gravamen para recurrir puesto que tanto la sentencia de primera instancia como la de segunda instancia rechazan que asista a la actora tal derecho absolviendo de la demanda tanto a la recurrente como al adquirente de la finca. Dándose el recurso contra el fallo y no contra los razonamientos jurídicos, resulta completamente indiferente a estos efectos que existiesen otros motivos jurídicos para rechazar también la demanda principal, no acogidos por la sentencia, cuando ninguno de sus razonamientos le puede reparar perjuicio (art. 448,1 Lec y STS de 20-3-2012) y cuando, en el eventual caso de que hubiese sido acogido un recurso extraordinario de la otra parte, el tribunal hubiese tenido que entrar en ellos como tribunal de instancia sin necesidad, por tanto, de tener que ser articulado un nuevo recurso.»

22 Que podrà ser norma d'origen estatal o supranacional, fins i tot en conflictes interterritorials (arts. 94.4, 94.7, 107.2 CC, etc.)

4.8. Plantejament de qüestions jurídiques noves i gravamen eventual en apel·lació

Igualment que al recurs d'apel·lació, no es poden introduir qüestions noves, ja que el recursos queden limitats (tret de qüestions que es puguin introduir d'ofici) al camp jurídic establert en primera instància. El problema és sempre definir un *thema iuris*. Caldrà adoptar (nió sempre es fa) una visió no nominalista. Encara que els motius del recurs de cassació siguin per vulneració d'un precepte segons la seva interpretació jurisprudencial, la cita d'un precepte, si s'ha debatut el concepte legal, no hauria de ser imprescindible segons el principi *iura novit curia*. Ja ho hem dit a propòsit de la cassació processal catalana.²³

La causa de qüestions noves està molt relacionada amb el gravamen per apel·lar. Cal tenir molt en compte la necessitat d'haver impugnat la sentència de primera instància juntament amb l'oposició a l'apel·lació contrària, per mantenir una tesis mantinguda en primera instància i rebutjada allí, però que pot ressorgir en la segona instància (per exemple, la prescripció). Així, l'ATSJC de 22 de desembre de 2016, rec. 145/2016, en el FdD segon diu:

«2.– Como regla en el recurso de casación solamente lo que es planteado fáctica y jurídicamente, en el juicio de que se trate, es lo que corresponde decidir, puesto que las cuestiones que no se discutieron ni se intentaron probar en la alzada son cuestiones nuevas, no susceptibles de ser debatidas en este recurso extraordinario como es el de casación. [...]

No pueden plantearse en casación cuestiones nuevas, declarándose por esta Sala —SSTSJC 34/2005, de 3 de octubre, 41/2008, de 11 de diciembre y 46/2009, de 23 de noviembre—, que es una cuestión nueva aquella que no fueron debatidas ni propuestas en primera instancia como las que sí lo fueron pero no integraron el objeto del debate en apelación, de manera que si son planteadas sorpresivamente en la casación, han de rechazarse al ser introducidas “ex novo” y “per saltum”, pues lo contrario sería la efectiva indefensión a la contraparte que encuentra su amparo en el art. 24 CE.

3.– El segundo interrogante que nos formulamos es que si bien al inicio de la litis fue planteada la cuestión de la prescripción de la acción por la demandada, siendo rechazada por la de sentencia de instancia y entrando en el fondo de la cuestión es desestimada la pretensión por cuestiones de fondo. Por ello, recurrida la sentencia por la actora (S. Aducci), la demandada y recurrente (Emilio) no alega

23 Punt 3.5 *supra*.

la prescripció i limita el recurs de apelació a la resolució de les qüestions relatives al error en la valoració de la prova.

TERCERO.– Aplicabilidad de la causa de inadmisión de ser una cuestión nueva, al caso examinado. Producida la contradicción en los términos anteriormente afirmados, el ATS 30 /09/2015 (Rec. 1698/2014) resume la posición de la S. 1ª del TS [...]

Por lo expuesto, procede inadmitir el recurso de casación interpuesto, puesto que el motivo, en esencia, se sustenta sobre la aplicación indebida de la prescripción de la acción que desestimada por el Juez de 1ª Instancia y apelada dicha resolución por la actora alegando error en la valoración de la prueba, el ahora demandado-recurrente D. Emilio, se limitó a solicitar la confirmación de la sentencia sin nada alegar ni impugnar sobre la excepción de prescripción, siendo una cuestión que por tanto quedó consentida y en casación —al no haber impugnado la sentencia de apelación pues existía un “gravamen eventual”, por una posible revocación de la sentencia de instancia, sin examinar la prescripción que ahora se plantea— no procede un pronunciamiento sobre dicha cuestión que ha de merecer el tratamiento de cuestión nueva y, en su consecuencia, no procede ser examinada cuando no fue apelado su desestimación por el demandado.»

4.9. Impugnar la interpretació d'un contracte sense els requisits específics jurisprudencials

Sobre la interpretació dels contractes, el TSJC, seguint el TS, diu:

«CUARTO.– Defectos en la formulación de los recursos de casación e inexistencia de interés casacional.

En nuestra providencia de 3 febrero 2022 pusimos en conocimiento de las partes que se advertían en los indicados recursos determinados óbices para su admisión, de la forma siguiente: “Por lo que se refiere al recurso de casación, aun en el caso del interpuesto conforme al régimen de la LEC por razón de la cuantía del asunto, el TS viene considerando que carece manifiestamente de fundamento (art. 483.2 4º LEC) aquel motivo mediante el cual se impugne la interpretación de un contrato, que, en principio, corresponde el tribunal de instancia cuyo criterio debe mantenerse en casación, aunque no sea el único posible, cuando el recurrente no haya justificado suficientemente que la interpretación sustentada en la sentencia recurrida sea ilógica, arbitraria, irrazonable o contraria a un precepto legal”.»

4.10. Resolució d'altres recursos substancialment iguals en sentit contrari al pretès en el recurs

Creiem que el TS i el TSJC, seguint-lo, mantindran l'inadmissió a la qual es refereix l'Acord del TS, de 27 de gener de 2017 (que aclaria l'antic i confús article 483.2.4t LEC):

« 3. Causas de inadmisión del recurso de casación: [...]

3.2. La resolución de otros recursos sustancialmente iguales *en sentido contrario al pretendido por el recurrente* (art. 483.2.4º LEC). El carácter sobrevenido de la doctrina jurisprudencial podrá tomarse en consideración para resolver sobre las costas.»

Cal observar també, que, si les sentències han estat publicades després de la formulació del recurs, probablement no escaurà condemna en les costes de la inadmissió.

4.11. La manca manifesta de fonament

Varies altres raons, a més d'algunes de les anteriors, caben dins d'aquesta causa d'inadmissió, que no deixa de ser un avançament d'una futura sentència que ja no es dictarà. És una manifestació de l'economia processal, per evitar un procediment que, se sap, acabaria amb la desestimació del recurs.

El grau d'evidència sobre la manca de fonamentació rau dins la discrecionalitat de la Sala de cassació. Tenint en compte que, tret que hi hagi vista (excepcional), no hi ha més oportunitat per defensar els motius de cassació, el recurrent, per a no quedar en indefensió, només pot esperar que la resolució d'inadmissió (desestimació en sentència) sigui suficientment motivada. Ni la provisió (ara) ni la sentència són recurribles; només hi cap incident de nul·litat i empara constitucional.

4.12. Causes d'inadmissió absolutes i relatives

La distinció té importància processal; diu la STSJC 9/2021, de 4 de febrer:

«PRIMERO.– Sobre las posibles causas de inadmisión del recurso de casación susceptibles de provocar su desestimación.

1. El recurso de casación interpuesto por la representación procesal de los Sres. Juan Carlos y Juan Alberto fue admitido a trámite por un auto de esta Sala de 30 junio 2020.

En ejercicio de la eventualidad prevista en el párrafo segundo del art. 485 LEC —“En el escrito de oposición también se podrán alegar [por la parte o partes recurridas] las causas de inadmisibilidad del recurso que se consideren existentes y que no hayan sido ya rechazadas por el Tribunal”—, la representación procesal de la COMUNIDAD DE PROPIETARIOS y parte recurrida en este Rollo ha alegado diversas causas de inadmisión del recurso, que, como es sabido, en esta fase procesal podrían provocar su desestimación, sin necesidad de entrar en el fondo, “dado el carácter provisorio de la admisión acordada inicialmente, por hallarse sujeta a un examen definitivo en la sentencia” (STS 624/2020 de 19 nov. FD3.10, con cita de otras; en el mismo sentido, entre las más recientes, las SSTs 389/2020 de 1 jul., 547/2020 de 20 oct. y 575/2020 de 4 nov.).

En concreto, alega, a) por un lado, la inconcreción del pronunciamiento que los recurrentes pretenden de esta Sala para el caso de estimar su recurso; b) por otro lado, la firmeza del pronunciamiento de la sentencia recurrida relativo a la estimación de la demanda reconventional, que no ha sido objeto de impugnación; y, c) finalmente, la introducción en sede casacional de una cuestión nueva, que no fue planteada oportunamente en la instancia.

2. Conforme a constante jurisprudencia del TS y de esta Sala de casación autonómica que es ocioso citar, ninguna afrenta se produciría para el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de los recurrentes en el caso de desestimar ahora el recurso por considerar que no debió ser admitido en su día. Como advierte la jurisprudencia del TS, esta posibilidad ha sido también considerada por el TC, para el que “la comprobación de los presupuestos procesales para la viabilidad de la acción puede volverse a abordar o reconsiderarse en la sentencia, de oficio o a instancia de parte, dando lugar, en su caso, a un pronunciamiento de inadmisión por falta de tales presupuestos” (por todas, SSTC 32/2002 de 11 feb.; 204/2005 de 18 jul.; 237/2006 de 17 jul.; 7/2007 de 15 ene.; 28/2011 de 14 mar.; 29/2011 de 14 mar.; 69/2011 de 16 may.; y 200/2012 de 12 nov.) (STS 624/2020 de 19 nov. FD3.11; en el mismo sentido la STS 575/2020 de 4 nov.).

Por tanto, la desestimación de un recurso por apreciar que concurren causas de inadmisión no advertidas en el trámite del art. 483 LEC “no causa indefensión a la parte recurrente, ni menoscaba su derecho a la tutela judicial efectiva si, conforme a doctrina consolidada del Tribunal Constitucional, obedece a la pasividad, desinterés, negligencia, error técnico o impericia de las partes o profesionales que las representen o defiendan, siendo igualmente doctrina constitucional que el acceso a los recursos extraordinarios es una cuestión de orden público procesal sustraída al poder de disposición de las partes e incluso del propio órgano jurisdiccional” (STS 360/2018 de 15 jun. FD1).

Es cierto, de todas formas, que el TS ha impuesto ciertas limitaciones al ejercicio por las partes recurridas de la facultad que les otorga el art. 485 LEC, distinguiendo entre dos tipos de causas de inadmisión, las absolutas y las relativas.

En este sentido, en el acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 27 enero 2017 (“IV. ENUMERACIÓN DE LAS CAUSAS DE INADMISIÓN DE LOS RECURSOS. 4. Posibilidad de oposición a la admisibilidad de los recursos en el escrito de oposición”), se dice que: “La exigencia de decisión expresa en la sentencia sobre las causas de inadmisibilidad del recurso alegadas por el recurrido en su escrito de oposición al recurso, con base en lo previsto en el segundo párrafo del art. 485 LEC, debe entenderse circunscrita a lo que esta sala considera *causas de inadmisión absolutas: no reunir la resolución de que se trate los requisitos establecidos para ser recurrible, falta de postulación, interposición de los recursos fuera de plazo, falta de constitución del depósito para recurrir o de la debida subsanación de tal omisión, falta de cumplimiento de los presupuestos para recurrir en los casos especiales previstos en el art. 449 LEC e inexistencia de gravamen para recurrir.*[cursiva afegida]

Por el contrario, las denominadas *causas relativas de inadmisión, referentes a mera técnica casacional* [cursiva afegida], deben entenderse en principio resueltas en el auto de admisión”. En los acuerdos de esta Sala de casación autonómica de 22 marzo 2012 y 4 julio 2013 relativos a la Ley 4/2012, de 5 marzo, del recurso de casación en materia del derecho civil de Cataluña, no se hace referencia a la eventualidad prevista en el art. 485.2 LEC, por lo que, en puridad, solo deberían excluirse estrictamente las que hayan sido ya rechazadas por el Tribunal en el trámite del art. 483 LEC.

En el presente supuesto ninguna de las causas de inadmisión que alega la parte recurrida en su oposición al recurso fue tomada en consideración en el incidente del art. 483 LEC, por lo que nada impide ahora su examen.»

Ara, sense al·legacions prèvies a la provisió d'inadmissió, és recomanable fer ús de l'últim paràgraf de l'article 479.2 LEC (que no ha canviat), per tal d'al·legar causes absolutes d'inadmissió del recurs contrari.

Si s'admet a tràmit el recurs, caldrà articular les causes relatives.

5. Criteris de competència del TSJC

5.1. Segons l'article 478.1, paràgraf 2n, el criteri de competència del TSJC és la invocació d'una vulneració del dret civil català substantiu en una sentència de segona instància d'una Audiència Provincial de Catalunya, o d'una norma processal catalana vulnerada en el procediment seguit fins aquesta sentència.²⁴

24 Sempre que no hi hagi frau fent *forum shopping*, contra l'article 11 LOPJ (ATS 19/07/2015, rec. 1180/2015).

Altres motius no catalans,²⁵ substantius o processals, s'hi acumulen. També hi són acumulats els recursos de totes les parts, de manera que el TSJC és competent per a tot.²⁶

25 No necessàriament han de ser de dret comú, perquè poden ser d'un altre dret autònom aplicable també al cas (cf. STSJC 58/2014, de 12 de setembre, etc.).

26 Per arribar a aquesta conclusió competencial, el TS ja havia considerat que, amb la DF 16^a, el recurs per infracció processal era un recurs de cassació fundat en els motius de l'article 469 LEC; ATS de 21 de juny de 2017, rec. 566/2017:

«ÚNICO.— Fundado el recurso de casación en la infracción de normas de derecho catalán, concretamente los artículos 233-20.3 y 233-24.2b) del Código Civil de Cataluña, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 73.1 a) LOPJ y 478.1 y 484.1 LEC en relación con el art. 20.1. a) del Estatuto de Autonomía de Cataluña, procede determinar que corresponde la competencia para conocer del presente recurso de casación a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de dicha Comunidad Autónoma. Dicha Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia conocerá igualmente de conformidad con lo dispuesto en la regla 1^a, del apartado primero de la Disposición final decimosexta, del recurso extraordinario por infracción procesal, pues, obviamente, aunque la competencia para conocer de este medio de impugnación corresponde a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, esta regla de competencia funcional debe considerarse limitada a los casos en que se ha interpuesto exclusivamente el recurso procesal, sin embargo cuando se presentó junto con el de casación y la competencia para conocer de éste viene atribuida a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, el recurso por infracción procesal simultáneamente instado ha de considerarse a esos efectos como de casación, que, en el régimen “transitorio” de la Disposición final 16^a, permite invocar los motivos del art. 469 de la LEC, en los supuestos en que resulta competente el Tribunal Superior. Esta acomodación de un recurso ya interpuesto, a la denominación y trámites de otro, resulta obligada para permitir la efectividad del sistema provisional de recursos y con ella se evitan los inconvenientes derivados de la denominación literal dada por las partes a su medio de impugnación, pues paradójico sería declarar la competencia del Tribunal Superior únicamente cuando se interpone recurso de casación, invocando también a través del mismo uno o varios motivos del art. 469 LEC, junto con la infracción de normas de Derecho civil propio de la Comunidad correspondiente; y, sin embargo, hacer prevalecer el primer inciso de la mencionada regla 1^o de la Disposición final 16^a LEC, supondría la competencia del Tribunal Supremo para conocer de los dos recursos, cuando la parte interpone conjuntamente el recurso de casación, para denunciar la vulneración de normas de Derecho civil catalán —como es el caso—, y el recurso extraordinario procesal, para referirse a infracciones propias de su ámbito e incardinables en el art. 469.1 LEC. El precedente criterio interpretativo también permitirá solventar otras lagunas y problemas planteados por el régimen transitorio, como el derivado de la interposición, por litigantes distintos, del recurso de casación, fundado en normas de Derecho foral, y del recurso extraordinario por infracción procesal, pues en tal caso no hay previsión en la Disposición final 16^a LEC que contemple la competencia funcional del Tribunal Superior de Justicia para conocer del recurso extraordinario de un litigante que no presentó el de casación, de modo que únicamente una adaptación “ex post”, considerando los motivos de ese recurso

L'ATS de 8 de novembre de 2017 (rec. 2083/2015) diu:

«SEGUNDO.— El art. 478 LEC atiene a una circumstància objectiva a la hora de atribuir la competència para el coneixement i resolució del recurs de casació a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, cual es que el recurso se funde exclusivamente o junto a otros motivos en la infracción de normas de Derecho civil foral o especial propio de la Comunidad Autónoma, dato objetivo que junto a las otras dos circunstancias contempladas en el precepto determinan la competencia de tales órganos, y —como se dijo en el ATS de 23 de enero de 2008, rec. 738/2005— debe repararse en que [...] dicha atribución competencial tiene lugar tanto si se invoca exclusivamente norma de Derecho civil foral o especial como si, junto a ella, se denuncian otras normas de derecho común, matiz de importancia ya que el legislador no pretende privar a los Tribunales Superiores de Justicia del examen de la denuncia de normas de Derecho común sino otorgarles el pleno conocimiento del Derecho foral o especial; por ello la única excepción viene constituida por el art. 5.4 de la LOPJ en el que la denuncia de infracción de precepto constitucional atrae la competencia al Tribunal Supremo y es que, esta norma, en esencia, está presidida por el mismo espíritu: el legislador pretende que las infracciones de norma constitucional solo sean conocidas por el Tribunal Supremo como quiere que las infracciones de Derecho foral o especial solo sean examinadas por el Tribunal Superior que tenga atribuida competencia; en definitiva, a la hora de la distribución competencial se ha efectuado un juicio de prevalencia para el conocimiento de los recursos basados en Derecho foral que sólo cede ante la infracción de norma constitucional. Lo que prima en esta distribución de la competencia, conviene insistir, es atribuir a las Salas de los Tribunales Superiores el pleno conocimiento de Derecho [Foral] y por ello el legislador acepta sin reparos que puedan conocer también del Derecho Común cuando se invoca junto a norma de Derecho foral o especial, de igual forma que el legislador acepta que el Tribunal Supremo conozca de Derecho foral o especial si existe el dato que prima en esta caso de alegación de norma constitucional[...]».

procesal como “de casación”, a efectos de subsumirlos en la regla 1ª, inciso último, de dicha Disposición final, posibilitará atribuir la competencia al Tribunal Superior para conocer de un recurso de casación, que tenga encaje en lo establecido en el art. 478 LEC, pero cuando concurre con otro diferente recurso por infracción procesal, interpuesto por distinto contendiente, pero contra la misma Sentencia de segunda instancia.»

Què pot passar quan l'únic motiu català és inadmissible, el *vaivé* possible es pot veure en el recurs del TS 462/2018.²⁷

5.2. La competència és un *prius* de la resolució sobre l'admissió (article 484.1 LEC); per això, si només es planteja el recurs per infracció processal

27 ATS de 27 de març de 2019, rec. 462/2018:

«PRIMERO.– La parte recurrente interpone conjuntamente recurso extraordinario por infracción procesal y de casación. El recurso de casación interpuesto se estructura en cuatro motivos que siguiendo con la numeración iniciada en el recurso extraordinario por infracción procesal se corresponden con los motivos quinto a octavo. El motivo quinto es el único en que se alega la infracción por inaplicación de norma de derecho civil catalán, en concreto, el art. 568-12-3-c) del CC de Cataluña que estima aplicable, pese a no estar en vigor cuando se suscribió la opción de compra objeto de litigio en el año 2000, argumentando que la Disposición Transitoria 18.ª de la Ley 572006 de 10 de mayo establece su aplicación, ya que el depósito notarial se verificó el 6 de febrero de 2007 y por tanto ya vigente el citado precepto con preferencia a la legislación española común (art.1178 CC), conforme indica el art. 111-5 CC de Cataluña. Argumenta que no existe doctrina jurisprudencial de TSJC acerca de la aplicación e interpretación de dicho precepto por lo que nos hallamos ante el supuesto contemplado en el art. 3-b) de la Ley 4/2012 de 5 de marzo del recurso de casación en materia de Derecho Civil de Cataluña. En el resto de motivos se denuncia la infracción de normas del CC.

El precepto citado en el motivo quinto no ha sido tenido en cuenta por la Audiencia Provincial en la sentencia recurrida, siendo esta la razón por la que el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña se ha considerado incompetente para conocer de los presentes recursos. [...]

TERCERO.– A la vista de lo expuesto, la Sala de lo Civil y Penal si apreció incoherencia entre la fundamentación de la sentencia, que aplicaba normas del CC y la motivación del recurso de casación, basado en la inaplicación de norma de Derecho Civil catalán, debió inadmitir el recurso, pero no declarar su incompetencia funcional toda vez que es el recurrente el que asume los riesgos de una incorrecta articulación del recurso.

Por tanto, no cabe sino declarar la competencia funcional de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña para conocer del presente recurso de casación.»
ATS de 26 de febrer de 2020, rec. 462/2018:

«PRIMERO.– [...] iv) La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, previos los trámites procedentes, dictó auto el 4 de julio de 2019 acordando inadmitir el motivo primero del recurso de casación (quinto de la numeración del escrito de interposición) por constituir una cuestión nueva alegada de forma fraudulenta para eludir la aplicación de las normas imperativas sobre competencia.

v) Asimismo, previa la tramitación precedente, la misma Sala de lo Civil y Penal dictó auto de 24 de octubre de 2019 declarando su falta de competencia para el conocimiento de los recursos, a excepción del motivo primero de casación, por basarse en la infracción de normas del Código Civil y, por tanto, corresponder la competencia para su conocimiento a este Tribunal Supremo, y acordó la remisión de las actuaciones a esta Sala Primera, con emplazamiento de las partes. Consideró dicha sala que esta decisión no suponía

estatal, tècnicament és el TS el que ha de resoldre sobre l'admissió. Aquest és el plantejament de l'ATSJC 139/2022, de 20 d'octubre:

«TERCERO.— [...] Dado que en el presente caso el recurso extraordinario por infracción procesal no va acompañado del correspondiente recurso de casación fundado en infracción de normas del Derecho civil propio de esta Comunidad del que debiera conocer este Tribunal Superior, la competencia para conocer del de infracción procesal único interpuesto, es del Tribunal Supremo según la citada regla 1ª del apartado 1 de la Disposición Final 16ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil; por lo que aplicando —por analogía— el art. 484.1 de la misma Ley procesal, procederá acordar la remisión de las actuaciones a la Sala 1ª del Tribunal Supremo y el emplazamiento de las partes para que comparezcan ante ella en el plazo de diez días.»

5.3. L'article 2.3 de la Llei 4/2012 fa referència a la vulneració de precepte constitucional i l'Acord STSJC 6/9/2023 diu:

«La infracció d'un precepte constitucional comporta que la competència per al coneixement de l'assumpte correspon al Tribunal Suprem (article 5.4 de la LOPJ i article 2.3, últim incís, de la Llei4/2012).

desconocer lo dispuesto en el art. 483.3 LEC ni declinar la competencia que fue deferida por el Tribunal Supremo en auto de 27 de marzo de 2019, puesto que la remisión de las actuaciones lo fue para examinar o no la admisión del primer motivo del recurso de casación.

SEGUNDO.— En su auto de 27 de marzo de 2019 esta sala ya declaró, en las presentes actuaciones de recurso extraordinario por infracción procesal y de casación, la competencia funcional de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña para el conocimiento de dichos recursos. En ese auto se reiteró el criterio fijado en el auto del Pleno de 11 de noviembre de 2015, rec. 736/2015, aplicado también en el auto de 20 de marzo de 2019, rec. 4030/2016.

Como declaramos en el citado auto de Pleno, la ley acepta sin reparos que los Tribunales Superiores de Justicia puedan conocer también del Derecho común cuando se invoque junto a norma de Derecho foral o especial en un recurso de casación, y en la distribución competencial no divide la competencia funcional para el conocimiento de un mismo recurso, sino que la atribuye a un único órgano. También declaramos entonces que el examen de la competencia funcional para conocer del recurso de casación es previo a cualquier pronunciamiento sobre su admisibilidad.

Así pues, la decisión de esta sala en su auto de 27 de marzo de 2019 debe ser entendida como la atribución de la competencia funcional para el conocimiento de los recursos a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y no solo como la remisión de las actuaciones para examinar la admisibilidad o no del motivo basado en la infracción de norma del Código Civil de Cataluña.»

No obstant això, pot al·legar-se davant del Tribunal Superior la infracció d'un precepte constitucional o de la doctrina del Tribunal Constitucional en relació amb el dret civil de Catalunya, en els casos i amb els requisits que estableix la Llei 4/2012, quan aquesta menció sigui merament instrumental o tingui caràcter accessori del tema nuclear regit per l'ordenament civil de Catalunya (article 2.3 de la Llei 4/2012 i ITS de 13 de desembre de 2011).»²⁸

El citat ATS de 13 de desembre de 2011 (en la línia de l'ATS de 23 de gener de 2008, rec. 738/2005) diu:

«2. [...] ... esta Sala ha venido rechazando la competencia de aquellos asuntos en los que, junto a la invocación —exclusiva o junto a otras disposiciones de Derecho común— de normas de Derecho Foral o especial la parte recurrente invocaba la vulneración del art. 24 de la Constitución con absoluta carencia de fundamento, ahora bien se trata de supuestos extraordinariamente puntuales en los que, sin necesidad de un examen de la cuestión de fondo —y ello es importante— se advierte que la cita del precepto es puramente circunstancial, por entender que con ello se contradice el claro designio del legislador de que la infracción de Derecho Foral o especial sea examinada por el Tribunal Superior de Justicia que corresponda, intención que se sitúa en una voluntad evidente de reforzar la labor de los Tribunales Superiores de Justicia dentro de la evolución del desarrollo de un Estado autonómico.»²⁹

5.4. Un supòsit especial, però no extraordinari, és el de les sentències de dret civil català d'audiències provincials no catalanes. Si manca l'altre requisit de ser una sentència d'una audiència catalana, perquè el plet ha estat competència d'un jutjat de fora de Catalunya que ha aplicat dret civil català segons la norma de conflicte de lleis, la competència per a la cassació serà del TS (o del TSJ corresponent): ATSJ Aragó 33/2020, de 4 de novembre; STS 78/2004, de 12 de febrer, etc. Aquesta última sentència diu:

28 El mateix es pot dir de la vulneració de la Carta de Drets Fonamentals de la U. E. (interpretada pel Tribunal de Justícia de la U.E.) o del Conveni Europeu de Drets Humans (interpretat pel TEDH); normalment també incidiran en un dret contemplat a la C.E., que cal interpretar en el mateix sentit.

29 Cal assenyalar que, malgrat haver plantejat la inconstitucionalitat de l'article 234.1.a) & b) CCCat i proposat el plantejament d'un qüestió d'inconstitucionalitat en base a la STC 93/213, de 23 d'abril sobre la Llei navarresa 6/2000, de 3 de juliol, l'ATS de 31 de maig de 2017 (rec. 3265/2016) el TS va declarar la competència del TSJC, que no el va admetre en considerar que, atesa una anterior nul·litat parcial de la sentència d'instància en virtut d'un anterior recurs de cassació, el tema no podia ser plantejat, perquè afectava a cosa jutjada.

«PRIMERO. [...]Pese al indiscutible contenido de Derecho Foral del litigio, este Tribunal asumió su competencia en contenido de su Auto de 9 de febrero de 1999, en cuyos FF.JJ. se razonaba: “1.– El art. 73.1a) LOPJ supedita la competencia de las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia para conocer del recurso de casación fundado en infracción de normas de Derecho Civil Foral o Especial al requisito de que la resolución recurrida se haya dictado por órganos jurisdiccionales del orden civil con sede en la Comunidad Autónoma cuyo Derecho Civil Foral o Especial se considere infringido. 2.– En consecuencia, procede considerar competente a esta Sala para conocer del presente recurso de casación, ya que se funda en infracción de normas de Derecho Civil Foral Navarro, pero la sentencia recurrida no ha sido dictada por un órgano jurisdiccional de la Comunidad Autónoma de Navarra sino por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, manteniéndose por tanto el criterio seguido por esta Sala al abordar la misma cuestión en Auto de 21-3-95”.»

5.5. Hem de recordar que la competència primària per al recurs de cassació és del TS, de manera que si no hi ha vulneració del dret civil substantiu o processal català, la competència per a la infracció substantiva o processal serà del TS (ATS de 8 de febrer de 2023, rec. 6158/2020; etc.).

6. Altres aspectes processals del recurs de cassació

La reforma de la cassació i la supressió del recurs extraordinari per infracció processal operada pels R. Decrets-Lleis 5/2023 i 6/2023 suposa un canvi profund en el procediments del recurs de cassació. Els aspectes més significatius són els següents.

6.1. Res no es diu del recurs de cassació contra la nova sentència de l'AP després de la remissió pel tribunal de cassació (art. 487.1). Cal entendre que els motius processals o substantius que no es van al·legar o es podien al·legar o, al·legats, s'han resolt en l'anterior recurs de cassació ja no poden plantejar-se; només, al·legats abans i no resolts o per aspectes nous de la nova sentència. Entre aquests estaria que, amb una valoració de la prova imposada pel tribunal de cassació, es vulnerés el dret substantiu. En aquest cas, que el tribunal de cassació no hagués assumit la instància (contra el art. 487.1), també seria contrari a *l'eficiència processal*.

6.2. El LAJ de l'AP decideix l'admissió si hi cap recurs, si s'ha recorregut dins de termini i, ara, si consta la denúncia, recurs, o intent d'esmena en primera i/o segona instància per als motius de cassació processal. No s'esmenten els dipòsits per a recórrer ni els requisits especials de l'article

449. Si considera procedent la inadmissió, caldrà resolució de la Sala d'instància.

6.3. Es preveu la preferència per als procediments «testimoni» (article 479.3 LEC. Res més no es diu en seu de cassació; el R. D-L 6/2023 l'ha regulat a primera instància introduint l'article 438 bis LEC.

6.4. El nou article 481.1 recull els requisits formals de l'escrit d'interposició i l'article 481.8 ha estat emprat mitjançant l'Acord del TS de 8/9/2023 per a regular els aspectes extrínsecs dels escrits d'interposició i contestació, i fins i tot per exigir una caràtula específica amb el resum del recurs. L'equivalent ha estat fet per l'Acord del TSJC de 6/9/2023, on els requisits es fan en forma de recomanacions i no hi ha caràtula, encara que el TSJC també ha començat a exigir-la. L'Acord de 6/9/2023 diu:

«L'article 481 de la LEC disposa, entre altres requisits, que el recurs ha d'expressar amb la claredat necessària l'existència de l'interès cassacional invocat.

A aquest efecte, el punt 8 de l'article 481 autoritza la Sala de Govern del Tribunal Suprem a acotar l'extensió màxima i altres condicions extrínseques dels escrits d'interposició i d'oposició dels recursos de cassació.

Encara que la LEC no estén aquesta facultat a les sales de Govern dels tribunals superiors situats en comunitats autònomes amb dret civil propi, com és el cas de Catalunya, la Sala de Govern del TSJC i el Consell de l'Advocacia catalana van subscriure en data 13-1-2021 una guia de bones pràctiques en què es va disposar que:

- a) *L'extensió del recurs de cassació seria la mínima imprescindible per descriure l'interès cassacional del cas (sense que sigui necessari fer un relat d'antecedents del procediment).*
- b) *No hauria de sobrepassar, excepte casos excepcionals, els 25 folis; 30 en cas que el recurs de cassació compregui també infraccions processals.*
- c) *La contestació al recurs no hauria d'excedir l'extensió prevista per al recurs.*
- d) *Característiques dels textos: per al text cal caràcters d'un tipus usual (com Times New Roman, Courier o Arial) i amb una mida d'almenys 12 punts en el text Times (o equivalents en els altres formats) i de 10 punts en les notes a peu de pàgina, amb un interlineat d'entre 1,15 i 1,5 i uns marges horitzontals i verticals (marges superior, inferior, esquerre i dret de la pàgina) de 2,5 cm com a mínim.*

En aquest sentit, la Sala Civil i Penal recomana seguir aquests criteris i pot considerar que a l'escrit li falta la claredat i precisió necessàries si el recurs s'aparta injustificadament d'aquests.»

6.5. No caldrà còpia certificada de la sentència impugnada quan la còpia tingui firma electrònica o codi de verificació (article 481.6 LEC).

6.6. Comparegudes les parts davant de la Sala de Cassació, el seu LAJ ha de tornar a examinar els mateixos requisits que el de l'AP, més els dipòsits per a recórrer i els especials de l'article 449. Pot inadmetre per decret, la qual cosa és contradictòria amb la capacitat del LAJ de l'AP.

6.7. L'admissió és competència de la Secció d'Admissió de la Sala Primera del TS o de la Sala del Civil i Penal del TSJ. La inadmissió es farà per «provisió succintament motivada» i l'admissió per interlocutòria amb expressió de les raons per pronunciar-se sobre la qüestions del recurs. Les conseqüències són greus, fins i tot per a plantejar qüestió d'inconstitucionalitat sobre la forma de provisió. Ens remetem al dit sobre la necessària i suficient motivació ara de les interlocutòries d'inadmissió.³⁰ Quant a la interlocutòria, també planteja el problema de prejudicar el propi contingut de la sentència i, creiem, es convertirà en fórmula d'estil dir en la interlocutòria que no prejudica. També és previsible que la inadmissió parcial s'inclourà també a la interlocutòria.

6.8. Com es manté la possibilitat del contrari d'oposar-se a l'admissió en l'escrit de compareixença davant del tribunal de cassació, la igualtat d'armes es trenca. Perquè no sigui així, cal interpretar que el contrari només pot al·legar causes que els LAJ poden apreciar i que el LAJ de la Sala de cassació ha de donar tràmit d'al·legacions al recurrent abans d'inadmetre el recurs. En qualsevol cas, el decret d'inadmissió no està exempt de recurs (nou art. 483.1), en contrast amb la provisió o la interlocutòria de la Sala (nou art. 483.4).

6.9. En la vista la sala pot indicar el temps màxim d'intervenció i assenyalar les qüestions d'especial interès.

6.10. Si hi ha jurisprudència, la resolució pot ser per interlocutòria, que cassa la sentència d'apel·lació i remet les actuacions a la instància per tal que resolgui novament segons aquesta jurisprudència; imita així el sistema francès, encara que aquest remet el cas a un tribunal de segona instància diferent.

6.11. La reposició d'actuacions també pot ser per altres infraccions processals o substantives, de manera que la llei aposta perquè la Sala de cassació no assumeixi la instància.

30 Vegeu punt 4.11.

6.12. El règim transitori és interessant (DT 10^a del R D-L 5/2023). La norma general és que la nova cassació s'aplica a les resolucions dictades posteriorment a la seva entrada en vigor (29/7/2023), amb excepcions:

6.12.1. La inadmissió de l'antic recurs de cassació i per infracció processal serà per provisió succintament motivada, prèvia audiència de les parts; contradictòriament, aquesta audiència no es preveu a la nova regulació.

6.12.2. Els antics recursos podran ser resolts per interlocutòria, si hi ha jurisprudència vulnerada. Pel que fa al recurs d'infracció processal, caldrà entendre que es tracta de doctrina consolidada del TS.

6.12.3. L'article 450.1 LEC introdueix l'excepció de disponibilitat de l'objecte del plet després de l'assenyalament de deliberació, votació i resolució del recurs de cassació, seguint l'Acord no jurisdiccional de la Sala Primera del TS de 18/12/2019.

6.12.4. Cal recordar, per últim, que el termini per a recórrer en cassació es torna a comptar complert a partir del dia següent al de notificació de la interlocutòria que fa o rebutja l'aclariment, esmena i rectificació de la sentència. Així l'ATS (Ple) de 4 d'octubre de 2011 (rec. 121/2011) diu:

«La cuestión que debe ser objeto de examen es si pedida una aclaración, rectificación o complemento de sentencia o auto, el plazo para interponer recurso contra la misma que haya transcurrido hasta la petición se ha de entender definitivamente perdido o se computa nuevamente todo el plazo desde la notificación del auto o decreto que recaiga.

Pues bien, en el presente caso la cuestión ha de resolverse a favor de entender que el plazo debe empezar a computar de nuevo desde la notificación del auto o decreto que acuerde o deniegue la aclaración o rectificación, de conformidad con la doctrina mantenida por el Tribunal Constitucional, recogida en la STC 90/2010, de 15 de noviembre, al tenerse en cuenta que las resoluciones aclarada y aclaratoria se integran formando una unidad lógico-jurídica que no puede ser impugnada sino en su conjunto a través de los recursos que pudieran interponerse contra la resolución aclarada, por lo que “se ha entendido tradicionalmente que en la determinación del *dies a quo* para el cómputo del plazo de un recurso contra una resolución que ha sido objeto de aclaración se debe tomar necesariamente en consideración la fecha de la notificación aclaratoria”, lo que se compadece con el tenor literal de los arts. 448.2 de la LEC y el art. 267.9 de la LOPJ, habiendo sido éste último objeto de reforma mediante Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, en la que se mantiene el criterio de iniciar el cómputo del plazo para el recurso desde la notificación del auto o decreto que acuerde o deniegue la aclaración, rectificación o complemento.»

Bibliografía sobre el recurs de cassació

- Abril Campoy, Juan Manuel. «El recurs de cassació a Catalunya: La Llei 4/2012, de 5 de març i els seus criteris d'aplicació». En: *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*. Nº. 4 (2017), p. 7.
- Armenta Deu, Teresa. «Recurso de casación: entre eficacia y nuevas orientaciones de fines tradicionales». En: *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*. Nº. 1 (2018), p. 5.
- Banacloche Palao, Julio. «Las reformas en el proceso civil previstas en el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal: ¿una vuelta al pasado?». En: *Diario La Ley*. Nº 9814 (2021), p. 4.
- Bellido Penadés, Rafael. «Claroscuros de la proyectada reforma del recurso de casación civil». En: *Revista General de Derecho Procesal*, Nº. 58, 2022.
- Cerdá Alberó, Fernando; Luna Yerga, Álvaro. «Recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación». En: *Economist & Jurist*. Vol. 27, Nº. 236 (2019), p. 14-21.
- Estudios sobre el recurso de casación civil: fase de admisión* / Ibon Hualde López (dir.). Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 2020. (Monografías Aranzadi; 1247. Derecho civil).
- Estudios sobre la casación: homenaje a Fernando Jiménez Conde*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi Thomson Reuters, 2021. (Estudios).
- Franquet Elía, Pablo; Sin Alexandra. «El recurso de casación civil foral. Particularidades autonómicas». En: *Economist & Jurist*. Vol. 27, Nº. 236 (2019), p. 32-39.
- Franquet Elía, Pablo. «Cassació civil: nous criteris d'admissió». En: *Món jurídic: butlletí del Col·legi d'Advocats de Barcelona*. Nº. 311 (2017), p. 50-51.
- Guía práctica de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal* / coord.: Rosa María de Castro Martín. Madrid: Rasche, 2014.
- Guía práctica de los recursos en la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Ley 4/2012, del recurso de casación civil en Cataluña: doctrina, esquemas, jurisprudencia, formularios y legislación*. Las Rozas (Madrid): Sepín: Col·legi de l'Advocacia de Barcelona, 2018.
- Hualde López, Ibon. *La Admisión del recurso de casación civil: situación actual y reforma*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 2021. (Monografías Aranzadi; 1364. Derecho civil).

- Macías Castaño, José María; Luna Yerga, Álvaro. «El nuevo recurso de casación: análisis del Proyecto de medidas de eficiencia procesal». En: *Economist & Jurist*. Vol. 29, Nº. 253 (2021), p. 1-6.
- Macías Castaño, José María; Luna Yerga, Álvaro. «El nuevo recurso de casación civil proyectado en el anteproyecto de ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia». En: *Revista Aranzadi Doctrinal*, Nº. 7, 2021.
- Memento práctico Francis Lefebvre: Recurso de casación: 2018-2019* / coord.: Diego Córdoba Castroverde. Madrid: Francis Lefebvre Lefebvre-El Derecho, 2017. (Memento práctico).
- Montero Aroca, Juan; Flors Maties, José. *El Recurso de casación civil: (casación e infracción procesal)*. 3ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018. (Tirant lo Blanch tratados).
- Ordeñana Gerzuraga, Ixusko. «El puzle de la casación civil en España u ordenando las diferentes Españas. la ordenación vigente y plural de la casación civil autonómica: análisis lege data y propuestas de mejora lege ferenda». En: *Revista General de Derecho Procesal*, Nº. 51, 2020.
- Recurso de casación civil: cómo lograr su admisión*. 4ª ed. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi Thomson Reuters, 2022.
- El recurso de casación en materia de derecho civil en Cataluña* / Departamento Jurídico de Sepín Proceso Civil. Las Rozas (Madrid): Sepín, 2019. (Preguntas, respuestas). Biblioteca Digital.
- Recurso Extraordinario por Infracción Procesal Civil: resoluciones recurribles, fases e inadmisión* / Departamento Jurídico de Sepín Proceso Civil. Las Rozas (Madrid): Sepín, 2017. (Guías temáticas).
- Romero, Emilio G. *El Abogado ante la casación civil: ¿son legales los criterios de admisión del Tribunal Supremo?*. A Coruña (Galicia): Colex, 2020. (Biblioteca jurídica de bolsillo).
- Salas Carceller, Antonio. «El nuevo recurso de casación civil». En: *Revista Aranzadi Doctrinal*, Nº. 5, 2021.
- Sánchez Martín, Carlos; Vázquez García, David. *Recurso de casación civil: cómo superar la fase de admisión*. Málaga: Editorial Ley 57, 2018. (Básicos Ley 57. Procesal).

Segona ponència

**L'aplicació judicial del Codi
Civil de Catalunya**

Libre primer del Codi Civil de Catalunya

Principales líneas jurisprudenciales del TSJC en materia de prescripción y caducidad

Fernando Lacaba Sánchez

Magistrado de la Sala Civil y Penal del TSJC

Sumario

1. Introducción

2. Ámbito de aplicación de la prescripción catalana

3. Imprescriptibilidad de las acciones declarativas

4. Inicio del «dies a quo» de la prescripción (art 121-23-1º CCCat)

5. Interrupción de la prescripción y renuncia a la ganada

6. Suspensión de la prescripción

7. Diversos supuestos de aplicación de la prescripción

7.1. Censos

7.2. Servidumbres

7.3. Asociaciones

7.4. Responsabilidad Extracontractual

7.5. Honorarios Letrado

7.6. Vencimiento anticipado préstamo

7.7. Accesión Invertida

7.8. Cooperativas

7.9. Enriquecimiento injusto: acción reembolso

7.10. Ordenación de la construcción

8. Caducidad

8.1. Caducidad sobre relaciones jurídicas disponibles no apreciable de oficio en Cataluña

8.2. Caducidad acción retracto arrendamiento rustico

8.3. Caducidad de la acción impugnación de laudo arbitral

9. Adenda

1. Introducción

El Libro I del Código Civil de Cataluña, aprobado por Ley 29/2002 de 30 de diciembre, que entró en vigor el día 1 de enero de 2004, en su Título II, además de reconocer el papel de la jurisprudencia en la aplicación e interpretación del derecho civil catalán, otorgándose formalmente la categoría de jurisprudencia al cuerpo doctrinal de las decisiones que pronuncia el Tribunal Superior de Justicia (art.112-2º CCCat),¹ introdujo una regulación completa de la institución de la prescripción extintiva lo que supuso un gran cambio, pues si bien tal institución ya venía regulada en el artículo 344 de la Compilación del Derecho Civil de Cataluña, ésta se remitía, prácticamente en su totalidad, al Código Civil Español.

Es sabido que históricamente el derecho catalán siempre ha regulado la prescripción, desde que el «*Usatge Omnes Causae*» (Constitucions i altres drets de Catalunya, Libro VII, Título II, Constitución 2.ª, Volumen I) y el Capítulo XLIV del «*Recognoverunt proceres*», modificaron las normas de Derecho Romano y Canónico aplicables. Pero el derogado art. 344 de la Compilación del Derecho Civil de Cataluña trataba la prescripción de forma incompleta y deficiente con una remisión expresa al Código Civil español y es por este motivo que el legislador catalán se propone, tal como afirma en el preámbulo de la Ley 29/2002, regular esta institución «*de manera más moderna y dinámica que el Código Civil español, anclado todavía en concepciones romanistas y ochocentistas, y en el que se confunden a menudo prescripción y caducidad, y no es clara la frontera entre aquella y la usucapión o prescripción adquisitiva*».

Siendo así, —explica la Dra. JUDITH SOLÉ RESINA— lo que dice el preámbulo:

1 «Els terminis de la prescripció extintiva en el dret d'obligacions a Catalunya: una qüestió polèmica.» Mª EUGENIA ALEGRET BURGÚÉS. 24.01.212

«En esta regulación la prescripción se predica de las pretensiones, entendidas como derechos a reclamar a otra persona una acción o una omisión, y se refiere siempre a derechos disponibles. La prescripción extingue las pretensiones, tanto si se ejercen en forma de acción como de excepción. La caducidad, en cambio, se aplica a los poderes de configuración jurídica, entendidos como facultades que la persona titular puede ejercitar para alterar la realidad jurídica, que nacen con una duración predeterminada y que no necesitan la actuación de otros. La caducidad imposibilita el ejercicio y se puede producir tanto en los casos de relaciones jurídicas indisponibles como en los de relaciones jurídicas disponibles. En este último caso, la caducidad presenta unas semejanzas con la prescripción que aconsejan aplicar algunas de sus normas».

2. Ámbito de aplicación de la prescripción catalana

La primera cuestión que se plantea en el seno de la doctrina es la relativa a: si la aplicación de la nueva normativa catalana sobre prescripción era aplicable únicamente a materia regulada en derecho civil catalán o, por el contrario, también a aquellas materias que no lo fueran.

En dicho debate doctrinal, destaco los trabajos de dos Magistrados del TSJC que se plantearon esta cuestión: M^a EUGENIA ALEGRET BURGÚÉS² y JUAN MANUEL ABRIL CAMPOY.³

Bajo la vigencia de la CDCC, y antes de la promulgación del Libro I CCCat., el TS era vacilante en cuanto a la aplicación del plazo de prescripción catalán de 30 años del art. 344 CDCC en materias que no estaban reguladas en derecho catalán. En cuanto a las Audiencias Catalanas el debate judicial se centraba en la aplicación del plazo general de 30 años frente al de 15 que preveía, en cuanto plazo general, aunque sólo para las acciones personales, el CC (art. 1964 CC), —antes de su modificación por Ley 42/2015 de 5 de octubre—.

Por lo que respecta al TSJC, la S núm. 1/2007 de 12 de febrero de 2007 (ECLI: ES: TSJCAT:2007:462) entre otros aspectos relevantes, y por lo que ahora interesa, dijo:

2 *Ibid.*

3 «La prescripción en el derecho civil de Cataluña: ¿es aplicable la normativa catalana solamente cuando existe regulación propia de la pretensión que prescribe?». JM ABRIL CAMPOY. Indret. Abril 2011.

«Tras la entrada en vigor la Compilación de Derecho Civil de Cataluña de 1960, la norma de prescripción de los treinta años para todas las acciones (personales o reales) que no tuvieran señalado plazo especial fue recogida en el art. 344 CDCC, con una fórmula que en su vocación generalista no difiere mucho de la sentada en el art. 1.930.2 C.C., y que, sin embargo, como se ha denunciado por la doctrina y también el Preámbulo de la Llei 29/2002, comenzó a caer en desuso rápidamente en la jurisprudencia catalana sin ninguna justificación legal en beneficio de la regulación del Código Civil común».

Tras la promulgación del Libro I CCCat, la postura de las Audiencias Provinciales oscilaba entre aquellas Secciones que acogían el criterio según el cual la prescripción tan solo resultaba aplicable respecto de las normas catalanas; aquellas que, por el contrario, apostaban con claridad por la aplicación de la prescripción contemplada en el libro primero del CCCat, y aquellas otras que, tras una primera doctrina negativa, habían abandonado aquella posición para apostar en pos de la aplicación de la regulación del derecho catalán.⁴ Otro grupo de sentencias de las Audiencias Provinciales mantenían una clara respuesta negativa a la aplicación de la regulación catalana de la prescripción en aquellos supuestos de conflicto entre ordenamientos jurídicos del mismo Estado en los que deviene aplicable, por mor de la norma de conflicto (art. 16.1 CC), la normativa catalana.

El argumento utilizado, y que se extendería en cuanto «ratio decidendi» a otras resoluciones de Secciones distintas de la Audiencia de Barcelona, era que el plazo de prescripción de 30 años que se contenía en el art. 344 CDCC solo resultaba aplicable a las instituciones jurídicas reguladas por el derecho catalán. La STSJC de 16 de junio de 1997 había sostenido la posible incompatibilidad del art. 1964 CC con los principios generales del ordenamiento jurídico catalán.

El TSJC ha tenido ocasión de pronunciarse en relación con la prescripción contemplada en el art. 344 CDCC⁵ y, posteriormente, acerca de la nueva disciplina de la institución prevista en el CCCat, así como sobre el cómputo del plazo de prescripción extintiva, y más concretamente, con la determinación del «dies a quo».

4 *Ibid.*

5 Art 344 CDCC Prescripción extintiva: «Para la prescripción extintiva regirán los plazos especiales establecidos en esta Compilación y en lo no previsto en ella, los especiales que determina el Código civil. / Las acciones y derechos, sean personales, o reales, que no tengan señalado plazo especial, y las servidumbres, prescribirán a los treinta años, salvo las acciones y derechos reales sobre bienes muebles, que prescribirán a los seis años.»

En las SSTSJJC núm. 26/1995 de 2 de octubre de 1995 (RJ 1995\8180) y nº 10/1996 de 11 de marzo de 1996 (RJ 1996\6252), el TSJC analiza la viabilidad de la prescripción extintiva de un título nobiliario y establece que el plazo treintenario de prescripción es el aplicable y de otro lado, se señala que el inicio del cómputo de la prescripción extintiva comienza desde que se está amparado por la obtención de la rehabilitación.

No obstante, debe indicarse que, en ambos supuestos, se admitía que el derecho catalán regulaba también el título sucesorio y así, se dice en la S. núm. 26/1995 de 2 de octubre de 1995 (RJ 1995\8180):

«en el caso no se suscita conflicto si debe aplicarse el derecho sustantivo aragonés (Fuero de Huesca), o el catalán (“Usatge Omnes Causae”), pues, como ya se dijo, las partes y las sentencias son contestes en que debe serlo el segundo, aparte de que la exigencia de un día más en el plazo, que exige el primero (treinta años y un día) respecto del segundo (treinta años) es aquí irrelevante. No hay duda por lo tanto que cabe la prescripción adquisitiva —de treinta años— y asimismo la extintiva, por igual período de tiempo».

Tampoco la STSJJC 11 de marzo de 1996 (RJ 1996\6252) dudaba de la aplicación del derecho catalán para la determinación del mejor derecho al título de Conde de Serrià, y sobre el inicio del plazo de prescripción extintiva, dice:

«El problema que se plantea por la parte recurrente no presenta dificultad para su resolución porque una cuestión prácticamente idéntica ya fue decidida por la Sentencia de esta Sala de 2 octubre 1995, en la que se declara que sólo cabe hablar de comienzo de la prescripción extintiva para el que pretende el mejor derecho al título nobiliario desde que otro, amparado en la obtención de la rehabilitación se halle investido de la condición de titular del uso y disfrute, y como consecuencia lo pueda ostentar públicamente. (...). Este Tribunal está conforme con la tesis de la parte recurrente consistente en que el día inicial del cómputo lo determina la perturbación del derecho, pero discrepa de la misma en que, a efectos de prescripción, la perturbación no se produce con la solicitud de apertura del expediente administrativo de rehabilitación, ni con su anuncio en el periódico oficial, sino que tiene lugar con la obtención de la rehabilitación por otra persona, concurriendo los requisitos para poseer y usar el título, la cual se concede sin perjuicio del mejor derecho genealógico, cuya determinación corresponde en todo caso a la jurisdicción civil, de conformidad con el art. 10 del RD 27 mayo 1912 (...)».

En cambio, una buena ocasión para pronunciarse sobre la viabilidad del plazo de 30 años del art. 344 CDCC se planteaba en la STSJJC núm. 16/1995 de 29 de mayo de 1995 (RJ 1995\8174), en la que se reclamaban los dividendos dejados de percibir durante los últimos 15 años. El TSJC decide no analizar

la cuestión acerca de la aplicabilidad o no del plazo de 30 años, por cuanto ello, atendida la pretensión que esgrime la parte, supondría, en caso de acogerse, una resolución incongruente. Abril Campoy sostiene que, pese a que la Sala hubiera limitado el quantum de la reclamación a lo solicitado, de conformidad con el deber de congruencia que se impone a los órganos judiciales, podía haberse examinado si era o no de aplicación el plazo prescriptivo del derecho catalán. Dice la sentencia:

«La acción que formula la actora es la de reclamar a la demandada unos dividendos que ésta percibió indebidamente como nuda propietaria y que corresponden a la reclamante en concepto de usufructuaria. Es obvio que se trata de dos pretensiones diferentes, y asimismo lo es que no cabe aplicar el régimen prescriptivo de la primera a la segunda. Esta última no se rige por el artículo 947.3 del Código de Comercio ni por el artículo 1966, tercero, del Código Civil, sino que queda sujeta al plazo de prescripción extintiva previsto para las acciones personales que no tienen un plazo especial. Por lo tanto debe estimarse el recurso, con acogimiento de la petición de la demanda objeto del mismo en la que se fija la reclamación con relación a los últimos quince años, con la advertencia que no se hace cuestión acerca de si el régimen jurídico de la prescripción extintiva genérica de las acciones personales en Cataluña es del artículo 1964 del Código Civil o del artículo 344, párrafo segundo, de la Compilación, porque la parte actora ha limitado su pretensión al plazo de quince años, y una eventual aplicación del segundo precepto, que establece como período de tiempo el de treinta años, daría lugar a una solución incongruente en perjuicio de la otra parte.»

En la STSJC núm. 30/2003 de 18 de septiembre de 2003 (ECLI:ES:TSJCAT:2003:9347) se planteaba por el recurrente en casación si la acción dirigida a la modificación del título constitutivo de una propiedad horizontal debía someterse al plazo de prescripción de 30 años, contemplado en el art. 344 CDCC, al no tener señalado un plazo específico en la Ley de Propiedad horizontal estatal. A título de «obiter dicta» (por negar legitimación a los recurrentes), sí que se avanzaba, en línea de principio, la bondad del argumento de sujetar la prescripción de la acción, prevista en la Ley de Propiedad horizontal, sin plazo específico, al general de 30 años que preveía el derecho catalán, y al respecto dice la sentencia:

«la tesi plantejada per la part recurrent, en el sentit de sotmetre a la consideració d'aquest Tribunal si les accions encaminades a obtenir l'alteració del títol constituïu de la propietat horitzontal, han d'ésser sotmeses al termini de prescripció de l'article 344 de la Compilació catalana, en no tenir assenyalat un termini especial de prescripció la Llei de propietat horitzontal, si bé en principi sembla ben encarrilada, parteix d'una premissa errònia que ha de posar de relleu aquesta Sala".(...). Segons s'ha dit, no hi ha elements suficients en la demanda per considerar que l'acord impugnat

es contrari a la llei o als estatuts, pels quals, segons preveu el paràgraf tercer de l' article 18 de la L.P.H. hi ha un termini de caducitat d'un any per impugnar-los, per tant escauria l'aplicació del termini decaducitat de tres mesos establert en l'esmentat article 18, que ja havia passat de sobres al presentar la demanda. (...)».

El TSJC ha tenido ocasión de volver a plantearse la aplicación del régimen de la prescripción catalana a un supuesto en el que la Audiencia Provincial declaraba prescrita la acción por la que pretendía una declaración de heredero contractual y, asimismo, se declarara la nulidad radical de la sustitución fideicomisaria condicional impuesta en el testamento del causante, con posterioridad al heredamiento.

La STSJC núm. 1/2007 de 12 de febrero de 2007 (ES:TSJCAT:2007:462) reconoce que, acerca de la aplicación del plazo de prescripción de 30 años, hasta ahora no ha tenido ocasión de pronunciarse, y que tampoco procede en el presente caso, puesto que no pueden considerarse prescritas las acciones ejercitadas, como así lo había entendido la AP, pues se trata de una hipótesis de imprescriptibilidad de la acción, que contemplaba el derecho catalán y la jurisprudencia de manera previa al Libro primero del CCCat, a la par que éste, con lo que huelga por tanto pronunciarse acerca de la aplicación o no del plazo de prescripción de 30 años. La sentencia dice:

«La cuestión que aquí se debate se plantea, sin embargo, en el Derecho civil catalán desde otra perspectiva que tiene relación con la histórica vigencia del Usatge 'Omnes Causae' como norma general o de cierre en materia de prescripción, que en el año 1960 fue recogida en el art. 344 de la CDCC y que ahora (2002) se ubica en el art. 121.24 de la Llei 29/2002 de 30 de diciembre, siendo ésta una cuestión sobre la que no ha tenido ocasión de pronunciarse hasta ahora esta Sala (cuando más cerca estuvo de hacerlo fue en relación con los supuestos de las SSTSJC 30/2003 de 18 sep. [RJ 2003, 7125] y 14/2004 de 1 abr.) (...).

(...) En consecuencia, no cabe si no dar la razón al recurrente cuando afirma, por un lado, que las acciones merodeclarativas que ejercita en su demanda para que sea declarada su condición de heredero contractual de D. Antonio y para que sea declarada radicalmente nula la sustitución fideicomisaria condicional que le fue impuesta en el testamento de su causante posterior al heredamiento capitular, sin la adecuada reserva habilitante, no están sujetas a prescripción y, en su virtud, con estimación del correspondiente motivo de su recurso, procede revocar el correspondiente pronunciamiento de la sentencia recurrida que las declara prescritas».

Como sostenía Abril Campoy en los comentarios citados, debía abordarse frontalmente, y en cuanto «ratio decidendi,» la cuestión de si la normativa catalana que se contiene en el CCCat, no sólo respecto a plazos, sino también la que afecta a disposiciones generales, estructura objetiva

y subjetiva, interrupción y suspensión de la misma, sólo puede aplicarse cuando también exista normativa catalana que regule la pretensión que prescribe o, por el contrario, como sustentan algunas decisiones de las AP, únicamente debe aplicarse a aquellas instituciones reguladas por las normas catalanas.

Destacaba, igualmente, la Magistrada Alegret Burgués,⁶ que las Audiencias catalanas no mostraban conformidad en torno a la aplicación del plazo prescriptivo (si los 30 años de la Compilación o los 15 del art. 1964 Código Civil, anterior a la reforma por Ley 42/2015 de 30 de octubre), si bien, mayoritariamente, se inclinaban por el término del art. 1964 CC. Y por lo que respecta al TSJC:

- La STSJC núm 1/2008 de 11 de enero (ECLI:ES: TSJCAT: 2008:14522) conoció de un recurso de casación relativo a la prescripción de la obligación de devolver una fianza. El recurrente argumenta que, siendo el plazo de prescripción procedente el de quince años del art 1964 CC, la sentencia recurrida estimó que era aplicable el de treinta años de la Compilación, desestimándose por tanto la excepción de prescripción opuesta por esta parte. La Sala Civil y Penal no pudo entrar en el análisis del motivo por haberse interrumpido el plazo prescriptivo por un anterior proceso.
- En la STSJC núm 6/2010 de 18 de febrero (ECLI:ES: TSJCAT: 2010:481), en un supuesto de responsabilidad civil extracontractual, no pudo entrar a conocer de la cuestión dado que las partes no discutían la aplicación de la legislación catalana.
- Y la STSJC núm 26/2010 de 23 de junio (ECLI:ES: TSJCAT: 2010:5656) en un asunto de reclamación de alimentos, señala que, siendo la ejercitada una acción personal de Derecho común, se halla sujeta al plazo de prescripción de quince años del art. 1964 del CC, que comienza a correr desde que pudo ejercitarse y que se hallaba consumada.

En ninguno de los supuestos pudo dictar doctrina el TSJC hasta la llegada de dos recursos de casación tendentes los dos a que se aplicasen los términos de prescripción de la legislación catalana, tesis que fue la estimada por las sentencias de Pleno que ponen fin a la controversia y se inclinan por aplicar los términos de la prescripción catalana a las obligaciones y

6 Op. citada M^a Eugenia Alegret Burgués. 24.01.212.

contratos, tanto si están regulados en el CCCat o en el CC y ello tanto por lo que hace referencia a las relaciones jurídicas nacidas bajo vigencia de la Compilación de 1960 como desde la entrada en vigor del Libro I del CCCat.

La STSJC de 4 de diciembre de 2017, (ECLI ES: TSJCAT:2017:10699), recuerda la doctrina al respecto del TSJC:

«la normativa prevista en los artículos 121-1 a 121-24 del CCCat es aplicable con carácter general en Cataluña incluso en aquellas relaciones jurídicas no específicamente reguladas en el CCCat».

Más recientemente la STSJC núm. 45/22 de 14 de julio de 2022 (ECLI:ES: TSJCAT: 2022:8229), añade lo siguiente:

«Así, en las STSJC de 12 de septiembre de 2011 o de 14 de noviembre de 2016 dijimos que el actual sistema de fuentes viene establecido en el art. 111-1 a cuyo tenor “El derecho civil de Cataluña está constituido por las disposiciones del presente Código, las demás leyes del Parlamento en materia de derecho civil, las costumbres y los principios generales del derecho propio, aunque la costumbre solo rige en defecto de ley aplicable”, precepto complementado por el artículo 111 – 5 cuando dice que las disposiciones del derecho civil de Cataluña se aplican con preferencia a cualesquiera otras.»

Las Sentencias del Pleno de la Sala Civil y Penal del TSJC de 26 de mayo y de 12 de septiembre de 2011 ponen fin a la controversia surgida y se inclinan por aplicar los términos de la prescripción catalana a las obligaciones y contratos tanto si están regulados en el CCCat o en el CC, y eso tanto por lo que hace a las relaciones jurídicas nacidas durante la vigencia de la Compilación de 1960, como desde la entrada en vigor del Libro I del CCCat, el día 1 de enero de 2004.

En ambos casos se había aplicado el término de 15 años del artículo 1964 del CC.

Es destacar que una de las razones aducidas en las indicadas sentencias era la siguiente:

«No es posible afirmar, con rigor, que mientras estaba vigente la Compilación de 1960 no había en Cataluña una regulación propia en materia de prescripción extintiva de las acciones personales, ya que esta regulación se hallaba en el art. 344 de la Compilación de 21 de julio de 1960. Una vez regulado el término en la Compilación, este era de aplicación preferente al que establecía el art. 1964 del CC, y eso, como se ha dicho, con independencia que la relación jurídica a la que se debiese aplicar la prescripción estuviese o no regulada en la misma Compilación».

La STSJC Pleno núm. 22/2011 de 26 de mayo de 2011 (ECLI:ES: TSJCAT: 2011:6728) dictada en un supuesto de demanda ejercitando acción de

reclamación de cantidad derivada de un contrato de arrendamiento de servicios, dice lo siguiente:

«1. En cuanto a lo que razonó el Tribunal Constitucional en su interlocutoria de 29 de octubre de 2003, en la cual ordenó alzar la suspensión en relación a la aplicación del libro primero del Código Civil de Catalunya al entender que no era necesario (en espera que el alto Tribunal se pronunciase sobre la constitucionalidad de la Ley 29/2002, reguladora del libro primero del Código civil de Catalunya), no se le puede dar una interpretación extensiva, tal y como hace la Sentencia de la Audiencia, ya que eso supone provocar por una vía indirecta lo que sólo se habría alcanzado en el supuesto de que el recurso de inconstitucionalidad presentado por la abogacía del Estado se hubiese mantenido (el abogado del Estado desistió por mor del acuerdo adoptado por el Consejo de Ministros el 27 de agosto de 2004) y prosperado.

Consecuentemente, no resulta lícito, (una vez retirado el recurso y habiendo dictado el TC con fecha 3 de noviembre de 2004 resolución que aceptó el desistimiento), por vía indirecta, intentar que la fundamentación jurídica del TC dictada en un ámbito muy diferente al de resolución del recurso pueda producir unos efectos parecidos (...).

2. En lo que concierne al argumento utilizado por la Audiencia Provincial en la Sentencia impugnada que hace referencia a lo que dispone el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980, aplicable a las relaciones contractuales, en concreto en el art. 10, que establece que la ley aplicable a un contrato rige también las formas de extinción y en concreto la prescripción de las obligaciones que se derivan. (...). Resulta evidente que no podemos utilizar el Convenio de Roma para encontrar indicios que permitan llegar a una conclusión para deshacer el nudo gordiano del tema que ahora nos ocupa, ya que una lectura de lo que ya se ha transcrito hace parecer indiscutible que este tratado sólo contiene normas de derecho internacional privado, herramienta fundamental para resolver conflictos de aplicación de las distintas normas privadas de los países signatarios, sin que en ninguno se pueda hacer extensiva la aplicación entre las diversas normas de cariz privado vigentes en un mismo estado. Resulta evidente que no podemos utilizar el Convenio de Roma para encontrar indicios que permitan llegar a una conclusión para deshacer el nudo gordiano del tema que ahora nos ocupa, ya que una lectura de lo que ya se ha transcrito hace parecer indiscutible que este tratado sólo contiene normas de derecho internacional privado, herramienta fundamental para resolver conflictos de aplicación de las distintas normas privadas de los países signatarios, sin que en ninguno se pueda hacer extensiva la aplicación entre las diversas normas de cariz privado vigentes en un mismo estado.

Lo mismo procede razonar en cuanto al reglamento número 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de las Comunidades Europeas de 17 de junio de 2008, que regula actualmente esta materia, y al convenio aplicable a los accidentes de circulación por carretera, hecho en La Haya el 4 de mayo de 1971, que en el art. 8 dice que la

ley que los resulte aplicable rige también para determinar la prescripción de las acciones que se derivan. (...)

3. En cuanto a lo que dispone el art. 10, apartado 10, del Código civil, al decir: “La ley reguladora de una obligación se extiende a los requisitos del cumplimiento y a los requisitos del incumplimiento, así como a su extinción. Sin embargo, se aplicará la ley del lugar de cumplimiento a las modalidades de ejecución que requieran intervención judicial o administrativa” (...). Como ya se ha avanzado, en el supuesto que tratamos no se ha presentado un conflicto de distintas normas civiles que coexistan en el territorio nacional (se trataría del Código civil y el Código civil de Catalunya), por lo que no interesa la remisión que hace la Audiencia al artículo 10, apartado 10, del Código civil.

El Art. 10.10 no será operativo cuando el Código civil entre en la relación jurídica regulada por el derecho civil de Catalunya como derecho supletorio en virtud de lo que establece el art. 111.5 del mismo CCCat. El juego de la integración del ordenamiento jurídico mediante la aplicación de su propio sistema de fuentes impide que pueda hablarse de quiebra del principio de unidad del régimen jurídico aplicable a la institución, en este caso del arrendamiento de obra, que en consecuencia quedará regulado, si no existe ningún elemento interregional, por el CCCat, y en aquello no contemplado en él por las disposiciones del Código Civil.

Interpretar el precepto como hace la Audiencia, considerando que si el contrato de obra tenía que regirse por el Código civil por el hecho de no tener regulación específica en Catalunya, considerando que la norma tenía que arrastrar en todo caso también sus formas de extinción, obligaría a dejar de aplicar en Catalunya instituciones seculares como la rescisión por lesión ultradimidium, aplicable a los contratos de compraventa, permuta u otros de carácter oneroso que no tienen una regulación propia en el derecho civil de Catalunya, ya que la mencionada figura supone dejar sin efecto contratos válidamente suscritos por el hecho de estar faltos de un justiprecio a diferencia del derecho estatal, que no lo exige.

Por otra parte, la dinámica de la aplicación supletoria del CC derivada del art. 149.3 de la Constitución y del art. 111.5 del CCCat, hecha aplicación de las reglas de la autointegración, no implica que no puedan distinguirse entre el uno y el otro derecho tanto a los efectos que prevé el art. 111.1 del CCCat como en relación con el art. 477.3 de la LEC. (...)».

Concluye la Sentencia:

«A raíz de lo que se ha expuesto, no es justificable que ante una voluntad legislativa de regulación autónoma y completa de la institución de la prescripción (salvando los supuestos de leyes especiales) se opte para obviar la aplicación de la norma y acudir a otra regulación vigente en el territorio nacional por el solo hecho que la institución a la que se tiene que aplicar no esté directamente regulada en el CCCat.»

La STSJC Pleno núm. 39/2011 de 12 de septiembre de 2011 (ECLI:ES:TSJCAT:2011:9602), dice:

«(...) Ciertamente la tesis de la Sala de apelación se suma, tácitamente, a la corriente jurídica que estima que los antiguos plazos de prescripción extintiva —no obstante, no tratarse la prescripción de un instituto fundado en razones de justicia material— debían ser acortados en beneficio de la seguridad jurídica, en la medida en que no puede desconocerse la rapidez con la que se opera actualmente en el tráfico jurídico.

Sin embargo, tal misión es competencia del legislador y no de los Tribunales. Efectivamente, en el caso de Cataluña, el Parlament acometió esta tarea revisora mediante la Ley Primera del CCCat en cuya exposición de motivos se vino a reprochar a los Tribunales catalanes el poco uso que habían hecho del tradicional término de la prescripción extintiva proveniente del *usatge omnes causae* recogido el art. 344 de la Compilación.

Ello ya pone de relieve que sólo tras la entrada en vigor de la nueva norma y en la medida que la Disposición Transitoria lo permita serán de aplicación los nuevos plazos establecidos en los artículos 121 y ss. del CCCat. (...).

(...) Ciertamente es que la Compilación de 1960 prescindió de los históricos plazos más breves de las Constituciones i altres drets de Catalunya para acogerse a los plazos especiales que establecía el CC, como también lo es que en orden a aquellas acciones y derechos, fuesen reales o personales, que no tuviesen señalado un plazo especial en la propia Compilación o en el CC, estableció el tradicional término del *usatge omnes causae* de 30 años que, consecuentemente, vino a sustituir en Cataluña al genérico de 15 años del artículo 1964 del CC.(...).

(...) no es posible afirmar, con rigor, que en el año 1982, cuando fue contraída la obligación que hoy nos ocupa, no existía en Cataluña una regulación propia en materia de prescripción extintiva de las acciones personales pues dicha regulación venía contenida en el art. 344 de la Compilación de 21 de julio de 1960. Regulado el plazo en la Compilación el mismo era de preferente aplicación al establecido en el 1964 del CC, y ello, como se ha dicho, con independencia de que la relación jurídica a la que debiera aplicarse la prescripción estuviese o no regulada en la ella (...).

(...) Si bien la Sentencia de la Audiencia de Tarragona no cita el artículo 10,10 del CC, lo cierto es que como hemos tenido ocasión de poner de manifiesto en la reciente STSJC (Pleno) de 26-5-2011, no es obstáculo a la conclusión sentada en el anterior fundamento jurídico lo consignado en dicha norma a la que se remite el art. 16 del CC en materia de conflictos interregionales, sin perjuicio de que las normas de conflicto recogidas en el CC sean de aplicación en toda España conforme al art. 149,1,8 CE y doctrina del Tribunal Constitucional.

Y es que, en efecto, únicamente podremos considerar la aplicación de tales normas cuando deban ponerse en relación diferentes sistemas jurídicos y en relación con

la opción que el juzgador debe realizar entre uno u otro para regular una relación jurídica determinada.

Es por tanto necesario para la aplicación de las normas de conflicto, tanto en el caso del derecho internacional privado, como en el caso del derecho interregional, la presencia de un elemento de esta naturaleza, bien por la existencia de elementos personales o subjetivos referidos a las partes (vecindad, residencia o domicilio en otra CCAA), como por los elementos objetivos de dicha relación (situación del bien en otra CCAA), o por el lugar de celebración del negocio o porque este debiera surtir efecto en otro lugar.

El elemento interregional ha de estar presente en todo caso pues de otra forma el conflicto de leyes no se producirá.

El art. 10,10 del CC resuelve el supuesto en el que el intérprete deba optar, por existir un elemento internacional o interregional, entre aplicar la normativa del CC como sistema jurídico completo o bien la normativa extranjera o autonómica que incluye su propio sistema de fuentes, pero que en el caso de ésta última, difícilmente será completa por impedirlo el art. 149.1.8 de la Constitución así como la doctrina del TC (STC de 28-6-2010 Fundamento Jurídico 76) y las en ella citadas). Conforme a dicha sentencia "...el art. 129 EAC no deja de señalar los límites constitucionales a los que está en todo caso sometida la competencia autonómica en relación con el Derecho civil catalán, pues la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma sobre ese Derecho no puede en ningún caso afectar a las materias referidas en el inciso segundo del art. 149.1.8 CE, según dispone expresamente el precepto ...".

Así pues, el art. 10,10 del CC no será operativo cuando el Código Civil entre en la relación jurídica regulada por el derecho civil de Cataluña como derecho supletorio en virtud de lo establecido en el art. 111-5 del CCCat (antes artículo 1 y Disposición Final 4ª de la Compilación, texto de 1984), sin que, por tal razón, pueda suponer una quiebra del principio de unidad de régimen jurídico aplicable a la institución.

Interpretar el precepto como hace la Audiencia, considerando que si el contrato de préstamo debía regirse por no tener regulación específica en Cataluña por el Código Civil de 1889, la prescripción debía ser también la regulada en el CC, obligaría a no considerar en Catalunya instituciones seculares como la rescisión por lesión *ultradimidium*, aplicable a los contratos de compraventa, permuta u otros de carácter oneroso que no tienen una regulación específica en el derecho civil de Cataluña, o la usucapción adquisitiva catalana del art. 342 de la CDCC pues hasta la promulgación del Libro V del CCCat, el régimen general de la propiedad inmobiliaria carecía de desarrollo propio.»

La Sentencia termina concluyendo:

«Por todo lo expuesto, teniendo en cuenta que el contrato de préstamo objeto de la presente litis se celebró en Cataluña entre personas de vecindad civil catalana y

residentes en Catalunya, procede casar la sentencia recurrida, toda vez que desde el año 1982 en que el causante de los demandados se comprometió a devolver el principal del dinero prestado por la causante de los actores, hasta enero de 2009 en que se interpuso la demanda (existe una reclamación extrajudicial previa realizada en fecha 1 de diciembre de 2008 únicamente a uno de los demandados) no había transcurrido el plazo de 30 años del artículo 344 de la CDCC en relación con la Disposición Transitoria Única de la Primera Ley del CCCat».

En consecuencia, en los dos casos, partiendo de la aplicación del derecho civil catalán a la relación jurídica controvertida, se habían discutido los términos de la prescripción extintiva de la acción, términos que estaban regulados en el art. 344 de la CDCC y después en el art. 121 del CCCat, por lo que en ningún caso se podía aplicar el art. 1964 del CC.

3. Imprescriptibilidad de las acciones declarativas

El estudio del art. 121-2 CCCat. y la imprescriptibilidad de las acciones declarativas puede obtenerse de la lectura de la STSJC 12.2.2007 (ECLI:ES:TSJCAT:2007:462), que trata sobre la prescripción de una acción ejercitada para reclamar la nulidad absoluta de una cláusula de sustitución fideicomisaria condicional incluida en un testamento, por ser radicalmente contradictoria con un heredamiento anterior, sienta la doctrina de:

«el carácter imprescriptible de la acción para reclamar la nulidad radical en el Derecho catalán, como consecuencia de su naturaleza meramente declarativa, incluso con anterioridad a la proclamación genérica efectuada en la Llei 29/2002 (art. 121-2), aunque dejando a salvo siempre aquellos supuestos en que se hubiere producido por el transcurso del tiempo una usucapción extraordinaria de signo contrario.

«En cualquier caso, la doctrina más autorizada (PUIG FERRIOL, ROCA I TRIAS, RIVERO) llegó a admitir, junto a algunas acciones tradicionalmente imprescriptibles en el derecho catalán (la actio común dividundo, la familiae erciscundae), también la imprescriptibilidad de las acciones declarativas y de nulidad, inexistencia y simulación, sin perjuicio de los efectos enervadores de la restitución propios de la prescripción adquisitiva, y ello explica, sin duda, el expresivo silencio que sobre la “novedad” de Derecho positivo representada por el art. 121-2 de la Primera Ley del Código Civil de Cataluña guarda su Preámbulo y los trabajos parlamentarios de la norma, que contrasta con la cuidadosa explicación de otros aspectos de la profunda reforma realizada en materia de prescripción y de caducidad, que tuvimos ocasión de apuntar en la S TSJC 14/2004 de 1 abril.»

«Ello no puede significar, pues, otra cosa que mediante dicha norma se ha venido a sancionar una previa realidad jurisprudencial (y doctrinal), como

ha ocurrido con otras figuras de igual origen incorporadas progresivamente a la legislación positiva (p. e. las condenas de futuro, reguladas ahora en el art. 220 LECiv (...), que por lo demás había accedido con notable anterioridad a otros ordenamientos civiles próximos (la compilación de Navarra o la Ley de sucesiones de Aragón) e incluso a otras leyes generales (art. 19.4 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, modificada por Ley 39/2002, de 28 de octubre, de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios), de manera que, al menos por lo que se refiere a las acciones que aquí se analizan, carece de toda utilidad el régimen transitorio contenido en la Disposición Única de la Llei 29/2002. En consecuencia, no cabe si no dar la razón al recurrente cuando afirma, por un lado, que las acciones merodeclarativas que ejercita en su demanda para que sea declarada su condición de heredero contractual de D. Antonio y para que sea declarada radicalmente nula la sustitución fideicomisaria condicional que le fue impuesta en el testamento de su causante posterior al heredamiento capitular, sin la adecuada reserva habilitante, no están sujetas a prescripción y, en su virtud, con estimación del correspondiente motivo de su recurso, procede revocar el correspondiente pronunciamiento de la sentencia recurrida que las declara prescritas».

Esta sentencia pone de relieve como, a diferencia de otros extremos de la prescripción que fueron abordados en los trabajos prelegislativos y objeto de explicación en la Exposición de motivos de la norma, ninguna alusión se contiene sobre la imprescriptibilidad de las acciones.

Resulta curioso que determinadas Secciones de la Audiencia Provincial de Barcelona se inclinaron por no aplicar el derecho civil catalán en materia de prescripción, cuando el TS aplicaba el plazo catalán de 30 años incluso a materias de competencia del Estado. Esta STSJC dice:

«Tras la entrada en vigor la Compilación de Derecho Civil de Cataluña de 1960, la norma de prescripción de los treinta años para todas las acciones (personales o reales) que no tuvieran señalado plazo especial fue recogida en el art. 344 CDCC, con una fórmula que en su vocación generalista no difiere mucho de la sentada en el art. 1930.2 C.C., y que, sin embargo, como se ha denunciado por la doctrina y también el Preámbulo de la Llei 29/2002, comenzó a decaer en desuso rápidamente en la jurisprudencia catalana sin ninguna justificación legal en beneficio de la regulación del Código civil común».

La STSJC 27 de marzo de 2008 (ECLI:ES: TSJCAT: 2008:7471), reitera la doctrina anterior, al decir:

«En una reciente sentencia —S TSJC 1/2007 de 12 feb.—, dictada con posterioridad a la fecha de la resolución impugnada, al analizar el art. 344 de la Compilació

de Dret Civil de Catalunya (CDCC), aprobada por la Ley 40/1960 de 21 de julio, así como los arts. 121-2 y 121-24 de la Llei 29/2002 de 30 de diciembre, Primera Llei del Codi Civil de Catalunya (en vigor desde el 1 de enero de 2004), además de la constitución 2ª del título II, libro VII, volumen I, de las Constitucions i Altres Drets de Catalunya (1704), que recogió el histórico Usatge “Omnes Causae”, y, finalmente, el art. 1.964 C.C., en relación con un supuesto en el que se debatía la prescripción de una acción ejercitada para reclamar la nulidad absoluta de una cláusula de sustitución fideicomisaria condicional incluida en un testamento, por ser radicalmente contradictoria con un heredamiento anterior, tuvimos ocasión de afirmar —conectando con una antigua jurisprudencia del TS (S TS 1ª 21 abr. 1958) y con la doctrina catalana más autorizada— el carácter imprescriptible de la acción para reclamar la nulidad radical en el Derecho catalán, como consecuencia de su naturaleza meramente declarativa, incluso con anterioridad a la proclamación genérica efectuada en la Llei 29/2002 (art. 121-2), aunque dejando a salvo siempre aquellos supuestos en que se hubiere producido por el transcurso del tiempo una usucapión extraordinaria de signo contrario.

La STSJC 19 de enero de 2012 (ECLI:ES: TSJCAT: 2012:11) recuerda la siguiente doctrina de la STSJC 12/2/2007 (antes citada):

«el artículo 121-24 del CCCat, que dispone textualmente, al tratar del termini de preclusió: “Qualsevol pretensió susceptible de prescripció s’extingeix en tot cas pel transcurs ininterromput de trenta anys des del seu naixement, ...”, no puede entenderse que abarquen a todas las pretensiones, dado que quedan exceptuadas, por no ser prescriptibles, las contempladas en el artículo 121-2 del propio CCCat. Dicho precepto enumera como tales, en primer término y entre otras, “les que s’exerceixen mitjançant accions merament declaratives”».

(...) «Pues bien, por lo que se refiere en general a las “acciones meramente declarativas”, también llamadas “merodeclarativas” o “recognitivas” —entre las que comúnmente se incluyen tanto la de reconocimiento de la cualidad de heredero como la de declaración de la inexistencia o nulidad radical de los contratos y testamentos—, mucho antes de que se les diera carta de naturaleza legal en el art. 5.1 de la actual LEC —que no debe olvidarse que era la vigente en el momento de iniciarse este procedimiento (“tempus regit actum”)—, e incluso antes de que algunas de ellas (en concreto, las relativas a la cualidad de heredero y a la nulidad radical del testamento) llegaran a ser aceptadas expresamente con el carácter de imprescriptibles por algunas legislaciones civiles especiales (por un lado, las Leyes 41 y 324 del Fuero Nuevo de Navarra de 1973 y el propio art. 121-2 de la Llei 29/2002 de Cataluña; por otro, el art. 111 de la Ley de las Cortes de Aragón de Sucesiones por causa de muerte de 1999), su existencia ya había sido ampliamente aceptada por la doctrina procesalista y por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (también la del Tribunal Constitucional).(...)».

4. Inicio del «dies a quo» de la prescripción (art 121-23-1º CCCat)

Dos Sentencias de interés:

La STSJC núm. 48/15 del 25 de junio de 2015 (ECLI:ES:TSJCAT:2015:6240) resuelve un supuesto por la inexistencia de jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia respecto al inicio del cómputo del plazo de prescripción en las ventas al consumo, citando como infringido el art. 121-23, 1 del CCCat en relación con el art. 1500 del CC. Plantea pues la interpretación que deba darse al precepto indicado en los supuestos de ventas de bienes muebles a no comerciantes. Y en la misma se dice:

«La cuestión relativa al objeto de la prescripción extintiva ha sido tradicionalmente objeto de debate.

El Código Civil de 1889, en el art. 1930, menciona que los derechos y las acciones se extinguen por la prescripción. En la Compilación de Navarra las leyes dedicadas a la prescripción extintiva se refieren a la prescripción de acciones.

El Derecho Civil catalán —aplicable en nuestro caso, según hemos proclamado en las SSTSJ de 25 de mayo, 12 de septiembre de 2011 y de 7 de abril de 2014—, con mayor rigor técnico, establece en los arts. 121-1 y ss. del Libro I CCCat, que prescriben las pretensiones relativas a derechos disponibles. En el Preámbulo de la ley puede leerse que: “En esta regulación la prescripción se predica de las pretensiones, entendidas como derechos a reclamar a otra persona una acción u omisión, y se refiere siempre a derechos disponibles. La prescripción extingue las pretensiones, tanto si se ejercen en forma de acción como de excepción, lo que posteriormente se plasma en el artículo 121-1 de su articulado”.

En orden al cómputo de los plazos o términos de la prescripción y, en concreto, en cuanto al momento inicial, pueden considerarse criterios objetivos o subjetivos.

El primer sistema, estableciendo fechas objetivamente constatables, proporciona una mayor seguridad a las relaciones jurídicas al tiempo que permite elegir el plazo más adecuado para cada tipo de pretensión. El sistema subjetivo tiene en cuenta si el acreedor conoce o razonablemente debería conocer la identidad del deudor y los hechos que fundamentan su pretensión.

Se dice que, con carácter general, el Código Civil de 1889 se guio por el criterio objetivo (la acción es ejercitable desde que objetivamente puede ser actuada) pero lo cierto es que los elementos subjetivos han sido ponderados por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en multitud de ocasiones.

En definitiva, viene a reconocerse que no puede privarse de la acción a quien no ha podido ejercitarla por causa que no le es imputable, como ocurre cuando se desconocen los elementos determinantes de su existencia.

El derecho civil catalán opta por el criterio subjetivo. De este modo en el Preámbulo de Libro I del CCCat, cuando trata de este tema admite que se ha generalizado el criterio de la necesidad del conocimiento o, cuando menos, de la cognoscibilidad de los datos de la pretensión para iniciar el cómputo del plazo, de modo que, de acuerdo con el artículo 121-23, para que empiece a computarse el plazo de prescripción no basta con el nacimiento de la pretensión, sino que es preciso, además, que la persona titular haya conocido o haya podido conocer razonablemente las circunstancias que fundamentan la pretensión y la persona contra quien puede ejercerse.

En consecuencia, el artículo 121-23 CCCat establece al efecto que: “El plazo de prescripción se inicia cuando, nacida y ejercible la pretensión, la persona titular de la misma conoce o puede conocer razonablemente las circunstancias que la fundamentan y la persona contra la cual puede ejercerse”.

De todo ello cabe deducir que el plazo general de prescripción comienza a correr a partir del momento en que se pueda exigir al deudor el cumplimiento de la obligación pero que este momento coincide con el tiempo en el que el acreedor conoce o puede conocer razonablemente la identidad del deudor y los hechos que dan lugar al nacimiento de la pretensión. Todo ello sin perjuicio del plazo de preclusión establecido “en todo caso” en el artículo 121-24 del CCCat.

De esta forma, cabe examinar para determinar el “dies a quo” en el cómputo de los plazos de prescripción en Cataluña: (a) si la acción era objetivamente exigible y (b) si, con tal presupuesto, el acreedor conocía o podía conocer razonablemente las circunstancias que la fundamentan y la persona contra la cual debía ejercitarse.

Así pues, el criterio subjetivo tampoco es puro o exclusivo sino de alguna manera objetivable, lo que viene exigido por la seguridad jurídica base de la institución y por ello se equipara el conocimiento efectivo de las circunstancias de la acción con la posibilidad razonable de conocimiento, partiendo de estándares medios de conducta diligente.

En especial, para determinar aquello que sea razonable, habrá de tenerse en cuenta la naturaleza y objeto del contrato, las circunstancias del caso y los usos y prácticas del ramo de actividad a que el mismo se refiera (...)

(...) De este modo, el artículo 121-21. c) CCCat establece que prescriben a los tres años:

c) Las pretensiones de cobro del precio en las ventas al consumo.

Dicho término empezó a contar, en el caso analizado, desde el momento de la entrega de los bienes muebles y no en el momento de emisión de la factura como dice la sentencia.

Es cierto que si se desconoce el momento el que se efectuó la entrega puede computarse el término de prescripción desde la emisión de la factura y también que su emisión interrumpirá la prescripción comenzada cuando sea reclamada extrajudicialmente.

Lo que no resulta admisible, por atentar contra el fundamento mismo de la prescripción, es que el plazo comience a contar desde la expedición de la factura por parte del acreedor cuando ésta se confecciona cuando el término de la prescripción ya había transcurrido por entero».

La STSJC 30/2016 de 19 de mayo de 2016 (ECLI:ES: TSJCAT: 2016:3770), complementa aquella inicial sentencia con las siguientes consideraciones:

«Nótese que para que el plazo de prescripción pueda comenzar a correr es necesario que haya nacido, se pueda ejercitar y que la persona que lo hace conozca razonablemente las circunstancias necesarias y aquel contra el que se pueda interponer su pretensión (art. 121-23. 1 CCCat). Por tanto, conforme la doctrina más autorizada se incorporan tantos elementos subjetivos derivados de un conocimiento razonable de las circunstancias de su solicitud como otros objetivos que puedan derivarse de los elementos necesarios y precisos para poder interponerla.

Así, de la misma dicción del art. 121-23 CCCat se deduce que al criterio de la “actio nata” (“nacida”) y “ejercible” se incorpora, como expresa la mejor doctrina y se desprende de dicho precepto, el de “cognoscibilidad razonable” en que como hemos dicho deberá tenerse presente “las circunstancias que lo fundamentan y la persona contra la cual pueda ejercitarse” derivados de la naturaleza y objeto del contrato, las circunstancias del caso y los usos y prácticas del ramo de actividad, de modo que la indeterminación del día inicial o las dudas que puedan surgir, dado el carácter restrictivo para su estimación, actúa a favor de quien reclama y ello sin perjuicio de que la contraparte pueda alegar otros datos que puedan justificar la estimación de la prescripción.»

Esta doctrina es recordada en las más reciente STSJC de 10 enero de 2022 (ECLI:ES: TSJCAT: 2022:1277) y la STSJC 16 de septiembre 2022 (ECLI:ES: TSJCAT: 2022:10455).

La STSJC 16 de septiembre 2022 (ECLI:ES: TSJCAT: 2022:10455), contiene un repaso-recordatorio de la doctrina sobre el art. 121-23. 1º CCCat, que ha sido complementada por la ponencia con los correspondientes ECLIS.

«En la STSJC 26/2020 de 1 septiembre (ECLI:ES: TSJCAT: 2020:6367) (FD4.3) identificamos como tales las TSJCAT 48/2015 de 25 junio, 67/2015 de 28 septiembre, 30/2016 de 19 mayo, 62/2018 de 26 julio y 19/2020 de 18 junio. Pero en estos momentos pueden añadirse a ellas las TSJCAT 82/2019 de 17 diciembre (ECLI:ES: TSJCAT: 2019:10649), 7/2021 de 28 enero (ECLI:ES: TSJCAT:2021:2760), 55/2021 de 18 noviembre (ECLI:ES: TSJCAT:2021:10495) y 1/2022 de 10 enero (ECLI:ES: TSJCAT:2022:1277).

Partiendo del reconocimiento del indudable aspecto casacional que posee la cuestión jurídica relativa a la correcta interpretación y aplicación de la norma y de la jurisprudencia correspondientes, en las indicadas sentencias declaramos que en nuestro derecho no existen normas particulares o específicas sobre el “dies a

quo” para cada tipo de acción, a diferencia de lo que ocurre en el CC, por lo que deberá estarse a la regla general que señala como tal el momento en el que el titular de la pretensión conoce o puede conocer razonablemente las circunstancias que la fundamentan y la persona contra la cual puede ejercerse, con independencia de que la pretensión se refiera al cumplimiento de obligaciones contractuales o extracontractuales, lo que supone que nuestro legislador ha optado por un régimen subjetivo, pero al mismo tiempo objetivable, en la determinación del “dies a quo”.

A la vista de ello, no es posible sostener que no existe doctrina de esta Sala sobre la cuestión por el hecho de que ninguna de las sentencias dictadas al respecto se refiera a un supuesto de accesión.

Por otra parte, para llevar a cabo la tarea que impone al tribunal el art. 123-21.1 CCCat, cabe examinar: (a) en qué momento la acción era objetivamente exigible y (b) si, con tal presupuesto, si en qué momento el acreedor conocía o podía conocer razonablemente las circunstancias en que podía fundamentarla y la persona o personas contra las cuales podía ejercitarla. Por tanto, como se ha dicho, el criterio subjetivo asumido por el legislador catalán no es puro o exclusivo, sino de alguna manera objetivable, conforme a las exigencias de la seguridad jurídica que constituye la base de la institución y, por ello, se equiparan el conocimiento efectivo de las circunstancias de la acción y la posibilidad razonable de ese conocimiento, partiendo de los estándares medios de una conducta diligente.

En consecuencia —en contra de lo que pretende aquí el recurrente al proponer que declaremos que el dies a quo debe hacerse coincidir con el momento en que alcance “el convencimiento de la citada ocupación mediante un medio probatorio adecuado”—, la solución impuesta por el art. 121-23.1 CCCat no atiende exclusivamente al conocimiento efectivo de los presupuestos de la pretensión y de la identidad del destinatario de la misma, sino que abarca también aquellos casos en los que pueda afirmarse razonablemente que el titular de dicha pretensión estuvo en condiciones de conocerlos —cognoscibilidad razonable—, para lo cual deberán tenerse presente la naturaleza y el objeto del contrato, las circunstancias del caso y los usos y prácticas del ramo de actividad de que se trate.

En última instancia, es cierto que las dudas que puedan surgir en cuanto a la determinación del día inicial del plazo de prescripción de la acción, dado el carácter restrictivo que impone para su estimación el hecho de que no se trate de un instituto fundado en razones de justicia intrínseca, actúan a favor de quien reclama, siempre que no pueda atribuírsele una cierta dejación a abandono de sus derechos en beneficio de la certidumbre y seguridad jurídicas, y sin perjuicio del derecho del deudor a invocar los efectos de un eventual retraso desleal —*verwirkung*— en la reclamación.

Así, en nuestra TSJCAT 48/2015 de 25 de junio (ECLI:ES:TSJCAT:2015:6240), en un supuesto de compraventa al contado de bienes de consumo —muebles— en el que no se pactaron condiciones especiales y para el que el plazo de prescripción

era el de tres años —art. 121-21.c) CCCat—, declaramos que el “dies a quo” para el ejercicio de la acción de reclamación del precio era el de la entrega de los bienes, conforme a lo que se desprende del art. 1.500.2 C.C., y no el de la emisión de la factura, producida más de tres años después, al margen de los efectos que dicha emisión pudiera haber tenido para interrumpir la prescripción si, efectuada en tiempo, pudiera concebirse como una reclamación extrajudicial del precio.

Sin embargo, en el supuesto más complicado examinado en la TSJCAT 7/2021 de 28 de enero (ECLI:ES:TSJCAT:2021:2760), relativo a la prescripción de la acción de reclamación del precio de un conjunto de compraventas de consumo y de reparaciones efectuadas en un establecimiento abierto al público —joyería— documentadas en un estado de cuentas de cliente —persona física—, con saldo variable en función de las diferentes operaciones y de los diversos pagos a cuenta no necesariamente coincidentes con los precios de aquellas, efectuados a lo largo de un tiempo indeterminado —de años—, en el que el término prescriptivo era el señalado en el art. 121-21.c) CCCat, negamos que se pudiera apreciar un “dies a quo” individual y separadamente para cada una de las compraventas —y reparaciones—, debiendo atenderse al momento único en que pudiera advertirse que el saldo deudor era exigible, teniendo en cuenta la indeterminación que, por lo general, se produce en cuanto al término de cumplimiento en el caso de las relaciones contractuales basadas en la confianza y en los que la imprevisión de las partes y la anomia legislativa otorgan la función de fijar dicho dato a los tribunales de justicia —art. 1.128 C.C.—. Pues bien, en el ejercicio de esa función integradora del contrato, atendiendo a la buena fe —art. 111-7 CCCat— y a los usos contractuales —art. 1.258 C.C.—, consideramos que esa exigibilidad surgía a partir del último pago parcial a cuenta, ya que el ritmo regular de compras y de pagos sostenido en los años precedentes se había roto para entonces —llevaba dos años sin comprar y un año sin hacer pagos a cuenta, en un momento en el que el saldo deudor ascendía a una cantidad importante—, unido al importe mínimo de dicho último pago —100 €—, permitían presagiar que el deudor no tenía la voluntad de liquidar la deuda en un plazo razonable.

En la TSJCAT 67/2015 de 28 de septiembre (ECLI:ES:TSJCAT:2015:8125), en un supuesto en el que se ejercitaba una acción de responsabilidad extracontractual ex art. 1902 C.C. por daños materiales permanentes, producidos en un momento determinado por la conducta del demandado y que persistieron a lo largo del tiempo, a la que se asignaba un plazo de prescripción de tres años —art. 121-21.d) CCCat—, entendimos que dicha acción era susceptible de ser ejercitada desde que se conocieron y advirtieron por el perjudicado dichos daños, aunque luego se prolongasen o agravasen por el paso del tiempo por factores ajenos a la acción u omisión del causante inicial de los mismos, coincidiese o no con el instante de la producción del daño, a diferencia de los llamados daños continuados —p.e. la intromisión dañosa en el honor del perjudicado al imputarle indebidamente morosidad, cuyos efectos persistan mientras el causante del daño no cancele el asiento en el registro correspondiente; o los daños personales y materiales provenientes de errores cometidos por el acreedor en un proceso de ejecución hipotecaria, al

dirigir acción en relación con una finca cuya hipoteca se halle cancelada por el completo pago realizado por sus propietarios, que se continuaron produciendo y se agravaron a lo largo del procedimiento hasta la total cancelación de la carga objeto de ejecución—.

En el supuesto de la TSJCAT 62/2018 de 9 de julio (ECLI:ES:TSJCAT:2018:10541), relativo también a la responsabilidad por culpa extracontractual, en este caso derivada de un accidente laboral —en el que recordamos que el aspecto fáctico de la fijación del día inicial del plazo de prescripción venía ligado a la valoración probatoria y correspondía, en principio, en exclusiva al tribunal de instancia, no siendo revisable en casación, salvo que se hubiere interpretado y aplicado incorrectamente la normativa y la jurisprudencia correspondientes—, para negar la aplicación del apartado a) de la DT Única de la Ley 29/2002, de 30 diciembre, Primera del CCCat, en un supuesto en el que la recurrente sostenía que el accidente se había producido en el año 2002, asumimos la apreciación fáctica del tribunal de apelación, según la cual el conocimiento de las circunstancias del hecho y de las personas contra las que dirigir la acción se habían constatado en un momento posterior a la entrada en vigor de dicha norma (2005).

Y en el supuesto de la TSJCAT 26/2020 de 1 septiembre (ECLI:ES:TSJCAT:2020:6367), en el que se ventilaba asimismo la responsabilidad extracontractual —art. 1.902 C.C.— derivada del derrumbamiento de un muro, en el que la Audiencia Provincial había decidido considerar como término inicial del plazo aquel en el que se produjo “el mero conocimiento de los daños por parte de la actora, incluso de su causa, pero no del alcance, cuantificación y modo en que los mismos debían ser reparados”, declaramos que “no se aviene con la letra y el espíritu de la norma invocada que requiere del conocimiento de las circunstancias (pormenores o particularidades que rodean al hecho sustantivo) necesarias para poder iniciar acciones judiciales” (TSJCAT 26/2020, FD4.7).

En este sentido, por un lado, apreciamos que la actora había actuado con diligencia, no demorando ni el encargo ni la ejecución de la restauración, ante la falta de asunción por la demandada, y reclamando extrajudicialmente antes de transcurrir el plazo de 3 años previsto en el art. 121-21 d) del CCCat. Por otro lado, advertimos que por entonces se hallaba sub iudice la identidad de los responsables de los daños, esto es si los mismos eran imputables a la parte actora como sostenía y aun sostiene en este pleito la parte demandada, o bien si eran imputables a la construcción del muro ecológico por parte de esta última, como concluyó la sentencia citada, esperando la actora a interponer la demanda a conocer la sentencia correspondiente, por lo que no cabía acusarla de dejadez o abandono de sus derechos.

Al “dies a quo” del plazo de prescripción trienal (art. 121-21 b) CCCat) aplicable a la acción surgida del impago de una comisión devengada por razón de una intermediación inmobiliaria —TSJCAT 30/2016 de 19 de mayo (ECLI:ES:TSJCAT:2016:3770)— o de unos honorarios derivados de un contrato de arrendamiento

de servicios profesionales propios de un abogado —TSJCAT 82/2019, 19/2020 y 55/2021—, hemos dedicado diversas resoluciones.

En el caso de la intermediación inmobiliaria de la STSJC 30/2016 de 19 de mayo (ECLI:ES:TSJCAT:2016:3770), en el que la intermediaria había pactado con la inmobiliaria que sus servicios para la adquisición por esta de determinados solares serían retribuidos mediante la entrega, una vez construido, de un apartamento de determinadas medidas y calidad o, si se vendían los solares a terceros, mediante el valor de mercado de dicho apartamento, cuando finalmente se produjo esta venta sin comunicarla a la intermediaria, se debatía si el “dies a quo” debía ser el de su inscripción en el Registro de la Propiedad o el de la solicitud por la intermediaria de una nota simple informativa a dicho registro indicativa de las vicisitudes registrales de los solares, teniendo en cuenta que desde aquella primera fecha habían pasado más de tres años —2 meses más— hasta el momento de la presentación de la demanda y desde esta última, no.

Pues bien, habida cuenta los principios en juego —a los que ya nos hemos referido genéricamente ut supra—, consideramos que debíamos revisar la decisión de instancia, al entender que, a la vista de lo pactado concretamente en el contrato de intermediación y de la suspensión de la licencia de obras inicial, la publicidad registral como instrumento de cognoscibilidad legal para la publicidad del hecho inscribible debía conjugarse en este caso con otros medios de prueba, poniendo de relieve que la diligencia desplegada por el actor, incluso teniendo presente que era un profesional de la intermediación, no podía calificarse ni como abandono ni como dejación de sus derechos, al transcurrir un escaso lapso temporal —tres meses— desde la inscripción registral hasta que la conoció efectivamente.

En los supuestos de reclamación de honorarios de letrado de las SSTSJC 82/2019 de 17 de diciembre (ECLI:ES:TSJCAT:2019:10649), 19/2020 de 18 de junio (ECLI:ES:TSJCAT:2020:5731) y 55/2021 de 18 de noviembre (ECLI:ES:TSJCAT:2021:10495), siguiendo el criterio del TS y el que se desprende naturalmente del art. 121-23.1 CCCat, establecimos que el “dies a quo” coincidía con el momento en que hubieren dejado de prestarse los respectivos servicios. Más en concreto, dijimos que cuando la intervención profesional comprendiese la dirección y defensa de los intereses del cliente en un litigio, el plazo de prescripción no empezaba a correr hasta que no finalizasen las correspondientes actuaciones procesales, no siendo razonable que un mismo procedimiento judicial se minutase separadamente por fases o instancias. Pero cuando el profesional asumiese la dirección y defensa de los intereses del mismo cliente en varios asuntos no conectados entre sí, el plazo de prescripción de la pretensión de cobro de sus honorarios empezaría a correr de manera independiente para cada uno de ellos desde su terminación. En todos los casos, claro está, salvo voluntad expresa en contrario de las partes. Por ello, no podía fijarse por defecto el hito inicial en la conclusión de la fase declarativa de un procedimiento, cualquiera que fuese la instancia del mismo, si los servicios

profesionales siguieron prestándose en la fase de ejecución (cfr. SSTS 82/2019, FD3; 19/2020, FD4; 55/2021, FD2.7).

Finalmente, en el caso examinado en la TSJCAT 1/2022 de 10 de enero 2022 (ECLI:ES:TSJCAT:2022:1277), relativo al ejercicio por una entidad financiera de la cláusula de vencimiento anticipado de un contrato de préstamo personal por impago de las cuotas del mismo por el prestatario, declaramos la prescripción de la acción de reclamación del préstamo y de sus intereses, puesto que los arts. 1.125, 1.129 y 1255 C.C. y la jurisprudencia admiten la posibilidad de pactar la pérdida del plazo concedido para la devolución del capital y el pago de los intereses, convirtiendo la obligación en inmediatamente exigible en su totalidad una vez ejercitada dicha facultad, y puesto que la entidad de crédito hizo uso de dicha facultad en el mes de marzo de 2007, cerrando entonces la cuenta de su cliente a sabiendas de cuál era entonces la cantidad líquida y exigible y los intereses moratorios, sin interponer la demanda de reclamación hasta que transcurrieron “con holgura” diez años desde dicho momento sin que se hubiera producido la interrupción de la prescripción».

La reciente STSJCAT 23 de junio de 2023 (ECLI:ES: TSJCAT: 2023:6972) se refiere a la determinación del «dies a quo» en un supuesto de envío masivo de correo al deudor. Alegaba el recurrente que la decisión de la Audiencia Provincial de considerar que el requerimiento extrajudicial de pago de la deuda reclamada por la demandante, incluido en una carta que él negó haber recibido, interrumpió válidamente la prescripción que él opuso a la demanda, vulnera la doctrina jurisprudencial que se desprende de una serie de sentencias del TS que cita en su recurso referidas al art. 1.973 C.C., entre las cuales deben destacarse las dos más recientes, las SSTS 672/2020 de 11 diciembre y 854/2021 de 10 diciembre. La AP tuvo en consideración, que la carta en la que se contenía la reclamación extrajudicial aparecía unida a la certificación de SERVIFORM, permitiendo conocer su contenido, así como que el domicilio del destinatario era el mismo que constaba en el contrato de préstamo y en las actuaciones como el del demandado/recurrente. Se planteaba en el recurso, si el requerimiento llevado a efecto tal y como fue practicado (supuesto de envío masivo de correos) según el tribunal de instancia guarda o no las mínimas exigencias legales para considerar cumplido el requisito previsto en el art. 121-11 c) CCCat en relación con el art. 121-12 a) CCCat, lo que sí constituye una cuestión de naturaleza jurídica propia del recurso de casación.

La Sala razona del siguiente modo:

«Esta Sala de casación catalana se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre la interrupción de la prescripción y sobre sus requisitos y efectos, como en el caso del reconocimiento del derecho del acreedor por su deudor implícito en la solicitud de

inclusión de una minuta de honorarios de letrado por la representación procesal de su cliente en la tasación de costas del procedimiento civil en que se prestaron los servicios profesionales de aquel —STSJCat 68/2018 de 26 julio—; o en el caso del reconocimiento expreso y no formulario por el heredero en la escritura de aceptación de la herencia del derecho del legitimario a su legítima con precisión de su cuantía —STSJCat 100/2016 de 15 diciembre—; o en el caso de la reclamación de unos honorarios derivados de una intermediación inmobiliaria —STSJCat 30/2016 de 19 mayo—; o en el caso de los efectos extensivos de la interrupción de la prescripción cuando se trate de obligaciones solidarias —STSJCat 77/2015 de 5 noviembre—; o sobre el momento procesal adecuado para oponerla el actor ante la alegación de la prescripción por el demandado —STSJCat 60/2015 de 23 julio—; o en el caso de la producida por la inscripción registral de los censos —STSJCat 24/2011 de 3 junio—; o en la imposibilidad de que resulte de la actuación de oficio del Registrador en el caso de la prescripción de los censos —STSJCat 10/2009 de 12 marzo—; o sobre la diferencia de efectos entre la interrupción y la suspensión del plazo de prescripción —STSJCat 12/2009 de 19 marzo—.

No hemos tenido, en cambio, ocasión de pronunciarnos sobre si la utilización de un sistema masivo de reclamación como el empleado en el caso examinado ahora, que por lo general solo acredita, por un lado, que se ha enviado en una fecha determinada por el acreedor una misiva conteniendo —supuestamente— la reclamación de pago de la deuda a la dirección postal de su deudor, junto con otras muchas misivas de la misma naturaleza —en el caso examinado, más de 20.000— a las respectivas direcciones postales de otros tantos deudores del remitente —créditos que, en el caso examinado, habían sido adquiridos previamente de terceros—, y, por otro lado, que la carta enviada al deudor no fue devuelta a su remitente, cumple o no los requisitos legales y jurisprudenciales exigidos a una reclamación extrajudicial como medio de interrupción de la prescripción opuesta por el deudor a la acción para exigir el pago de los créditos reclamados por el acreedor, en la medida en que permita presumir razonablemente que el deudor recibió la carta, con independencia de que llegara a leerla o no.

El art. 1.973 C.C. no es aplicable en este caso, sin perjuicio de que la similitud de su redacción con el correspondiente precepto catalán (art 121-11) que recoge la misma causa de interrupción de la prescripción y la existencia de una jurisprudencia del TS consolidada sobre los requisitos de la misma, permitan aludir a uno y a otra a la hora de describir el correspondiente interés casacional y la doctrina que se pretende proponer a esta Sala de casación, a la vista de que la Sala Primera del TS sí se ha pronunciado reiteradamente sobre esa forma de reclamación extrajudicial.”

Esta sentencia, contiene diversos supuestos de requerimientos efectuados por medio de correo con cita de las correspondientes sentencias.

«En efecto, es el caso de la STS 413/2023 de 27 marzo, sin que en dicho caso obstara a la decisión de desestimar el recurso de casación del deudor el hecho de que en

la carta no constara la planta en que se encontraba la vivienda de la demandante para que el empleado de correos pudiera depositar la comunicación en el buzón correspondiente, lo cual, en cualquier caso, “forma parte de la valoración probatoria que no puede ser impugnada en el recurso de casación” (FD3).

Es el caso también de la STS 960/2022 de 21 diciembre, porque el acreedor había enviado, además, dos correos electrónicos a la misma dirección email del deudor utilizada y designada por él para la concertación online del préstamo, sin que existiera ninguna constancia de que ya no le perteneciera al tiempo de su envío o de que hubiera sido cancelada con anterioridad a los mismos (FD2).

Es, asimismo, el caso de la STS 959/2022 de 21 diciembre, “puesto que en ningún momento se ha negado que el domicilio del demandado coincidiera con la dirección de destino indicada en la comunicación o argumentado que esta se hubiera malogrado por razones achacables al servicio postal de correos, de las que, por lo demás, no existe reflejo alguno en los autos”; así como, “tampoco se puede tachar la comunicación por formar parte de un gran conjunto de ellas, puesto que dicha circunstancia, igual que si se hubiera presentado de forma independiente e individual, no impide su puesta a disposición del servicio postal de correos, que opera un número ingente de comunicaciones y que no puede denegar su admisión (documentada en los autos con los albaranes de entrega) por el mero hecho de formar parte de una remesa masiva de envíos que le son confiados por el remitente para la realización de un proceso postal integral (clasificación, transporte, distribución y entrega) que debe garantizar de manera efectiva los derechos de los usuarios y del que, una vez producida la recepción, se hace responsable, conforme a lo dispuesto por el art. 3.12.b) de la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal... ni equipararse este supuesto, atendidas las circunstancias que lo califican, con otros cuya tipología es distinta, como aquellos en los que la comunicación fue remitida a una dirección postal de la que fue devuelta por ser el destinatario desconocido o donde anteriormente ya se había producido una devolución por la misma circunstancia, lo que sí cuestiona, como ya hemos dicho, la garantía de la recepción (sentencia 854/2021, de 10 de diciembre [invocada por el recurrente])” (FD2).

Es, igualmente, el caso de la STS 660/2022 de 13 octubre, en el que el Alto Tribunal tuvo en cuenta que constaba acreditado que los empleados del banco prestamista advirtieron al deudor de sus incumplimientos y de las consecuencias del impago, que todas las notificaciones fueron remitidas al domicilio de este, que no constaban devoluciones de los correos, que se remitieron varios requerimientos —ocho—; que existía una deuda cierta, vencida y exigible; que no puede dejarse a la voluntad del deudor requerido la recepción y el conocimiento del contenido de las notificaciones, y que la deuda había sido objeto de sucesivas novaciones y ampliaciones para refinanciar la deuda (FD4).

Es, del mismo modo, el caso de la STS 604/2022 de 14 septiembre, en el que se había previsto en el contrato firmado por las partes que las notificaciones entre

ellas pudieran realizarse, aparte de otros medios, por SMS y correo electrónico, habiendo sido realizado el requerimiento de pago mediante un SMS enviado al mismo número de teléfono que el deudor había comunicado al celebrar el contrato y un mensaje enviado a la dirección de correo electrónico facilitada de la misma forma, enviados ambos con la intervención de un tercero de confianza previsto en el art. 25 de la Ley 34/2002 de 11 julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, que es lo que el apartado 36 del art. 3 del Reglamento n° 910/2014 del Parlamento europeo y del Consejo, de 23 julio 2014, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior y por la que se deroga la Directiva 1999/93/CE, denomina un "servicio de entrega electrónica certificada", habiendo informado este tercero de confianza sobre la remisión de los mensajes y su recepción en el número de teléfono y dirección de correo electrónico mencionados, con los efectos previstos en el art. 43 de dicho reglamento, no desvirtuados por la recurrente, que ni siquiera los toma en consideración al formular su recurso (FD5).

Es, de igual forma, el caso de la STS 436/2022 de 30 mayo, que concluye que el requerimiento se había efectuado debidamente, deducido de la remisión por correo ordinario sin devolución, "complementado por correo electrónico designado en el contrato y llamadas telefónicas, reconocidas por el demandante" (FD4).

Y es, finalmente, el caso de la STS 81/2022 de 2 febrero, en la que se descarta el precedente constituido por la STS 672/2022 de 11 diciembre —también invocado en el recurso— al considerar que el tribunal de instancia había tenido en cuenta, además de la remisión del requerimiento formando parte de un envío masivo de notificaciones, entre otros, extremos que una de las empresas intervinientes en el envío —EQUIFAX— certificó la no devolución del requerimiento "por segunda vez a requerimiento del juzgado, por solicitud del actor"; que fue el Servicio público de Correos el que materializó la entrega de la carta-notificación, no las empresas de gestión vinculadas con la recurrente; que la notificación de requerimiento de pago se envió al domicilio señalado por el recurrente, sin que conste lo haya cambiado —"lo que hubiera propiciado, de haber cambiado, dudas al respecto de la real recepción por su parte, como destinatario, de la mencionada carta"—; que el domicilio coincidía con el señalado en la diligencia de apoderamiento apud acta verificada ante el Juzgado a quo para dar curso a su escrito de demanda; que el acreedor había dirigido diversos emails a la dirección de correo electrónica del demandado en los que constaba repetidamente en el apartado "asunto", en unos "nueva penalización por mora" y en otros "préstamo en mora". »

La decisión del Tribunal es la siguiente:

«Pues bien, ante la ausencia de un recurso extraordinario por infracción procesal por error patente en la valoración de la prueba, que nos hubiera permitido revisar si de los documentos tenidos en cuenta por el tribunal de apelación podía o no deducirse razonablemente una presunción como la construida en este caso en la

sentencia recurrida solo nos es posible concluir, de la misma forma que la Sala Primera del TS, que la causa de interrupción de la reclamación extrajudicial de la pretensión —art. 121-11 c) CCCat “reclamación extrajudicial”— es un acto de carácter recepticio, sin requisitos formales especiales de cara a su validez, si bien sí se exige que identifique claramente el derecho objeto de la reclamación y la persona de la que se pretende el cumplimiento de la obligación, acto que exige una constancia “razonable” de la recepción de la comunicación por el destinatario, que es susceptible de prueba por diversos medios, incluida la prueba de presunciones judiciales —art. 386 LEC—, y que, por tanto, no exige la fehaciencia de la recepción, sin que pueda excluirse dicha razonabilidad por el hecho de que la reclamación a considerar haya sido remitida junto a otras como parte de una remesa masiva de envíos postales, cuando las circunstancias concurrentes no permitan dudar de la recepción de la comunicación en el domicilio de destino, y sin que exija tampoco la acreditación del conocimiento del contenido de la misma por el destinatario.»

Se confirma la tesis de la AP: «basta la recepción o la prueba del envío al lugar en el que fuere localizable el sujeto pasivo».

5. Interrupción de la prescripción y renuncia a la ganada

La STSJC núm. 26/2016 de 18 de abril (ECLI:ES: TSJCAT: 2016:3126), dictada en un asunto sobre reclamación de cantidad de un deudor fallecido que había hecho un reconocimiento de deuda, se analiza la infracción del art. 121-11 d) CCCat desde una doble perspectiva: a) que no se puede entender como reconocimiento de deuda o renuncia a la prescripción la asunción de una deuda diferente con el acreedor y b) que el reconocimiento que puede hacer la madre en perjuicio de sus hijos menores de edad es ineficaz respecto de la interrupción de la prescripción ganada por los hijos menores.

«l'article 121-11 d) estableix com a causes d'interrupció de la prescripció el reconeixement del dret o la renúncia a la prescripció de la persona contra qui es pot fer valer la pretensió en el transcurs del termini de prescripció.

En aquest sentit, el precepte requereix que el reconeixement del dret o la renúncia a la prescripció guanyada han de provenir de la persona contra la que es pot fer valer la pretensió. La correcta intel·lecció del precepte genera un doble ordre de conseqüències. En primer lloc, que la interrupció de la prescripció o la renúncia a la ja guanyada es produeix quan la persona contra la que es pot adreçar la pretensió reconeix el deute o renúncia a la prescripció, però això requereix que la pretensió

que es reconeix sigui idèntica a la que ostenta la part creditora. I, en segon lloc, que la interrupció de la prescripció o la renúncia a la ja guanyada exigeix que sigui la persona titular del pol passiu de la relació obligatòria o, en terminologia del CCCat, la persona contra la que es pot adreçar la prescripció.(...)

(...) Consegüentment, al tractar-se de pretensions relatives a la remuneracions de prestacions de serveis o de pagaments periòdics que havien de fer —se per anys o en terminis més breus, en consonància amb l'article 121-21 a) i b) el termini de prescripció és el triennial».

La STSJC *núm.* 68/2018 26 de julio de 2018 (ECLI:ES: TSJCAT: 2018:7232), dictada por ausencia de doctrina legal en relación con las causas de interrupción de la prescripción.

Primero, con fundamento en la STS nº 544/2015 de 20 de octubre (ECLI:ES:TS:2015:4149) dictada en el asunto sobre la Talidomida, establece como cuestión procesal que abre la casación, lo siguiente:

«Ciertamente es doctrina reiterada del TS (STS por todas 544/2015 de 20 de octubre) y del TSJCat (S 30/2016 de 19 de mayo) que el cómputo del plazo de prescripción extintiva presenta una doble dimensión, fáctica y jurídica, de manera que el juicio fáctico, viene ligado a la valoración probatoria, y corresponde en principio al Tribunal de instancia, en ejercicio de sus facultades exclusivas, no siendo revisable en casación. Sí cabe, por el contrario, el examen de si en la apreciación de la prescripción desde el punto de vista jurídico se ha aplicado e interpretado correctamente la normativa y jurisprudencia aplicables.

Esto es precisamente lo que aquí ocurre en tanto que el recurso de casación por interés casacional no se plantea sobre hechos distintos de los que la Sala de apelación estima probados en el fundamento jurídico tercero de su resolución sino sobre el alcance jurídico de tales hechos en relación con la prescripción extintiva estimada por la sentencia de apelación, única cuestión, por otra parte, que fue objeto del recurso de apelación de la parte demandada. La valoración jurídica de los hechos declarados probados es inherente al recurso de casación en tanto se encuentra relacionada con la interpretación de las normas sustantivas aplicables al caso.»

Segundo, Sobre las causas de interrupción de la prescripción, se pide que la Sala declare que, aunque la condena en costas conforme un crédito de la parte favorecida por ella contra la parte que ha sido obligada a su pago, su tramitación supone también un reconocimiento de deuda del sujeto pasivo de los honorarios de los profesionales que las emiten y dice:

«De otro lado el art. 121-11 del CCCat regula las causas de interrupción de la prescripción extintiva, en su mayor parte (letras a, b y c) por la reclamación judicial, arbitral o extrajudicial de la deuda, la cual para que sea eficaz requiere según el art.

121-12 que proceda del titular de la pretensión y se efectúe frente al sujeto pasivo de la pretensión antes de que se consuma la prescripción.

El reconocimiento de deuda que contempla la letra d) del art. 121-11 supone una voluntad expresa o tácita del sujeto pasivo de la pretensión sin que la norma exija un designio específico ni intencionalmente dirigido a interrumpir la prescripción.

Como acto interruptivo de la prescripción no es, según la mejor doctrina, un acto recepticio, y no se refiere a él el art. 121-12 del CCCat aunque para que sea conocido por el titular de la pretensión y poder invocarlo debe exteriorizarse de algún modo.

Pues bien, ello sentado, el motivo debe ser estimado.

Aunque en la legislación catalana no exista un precepto como el 14:306 de los PECL (principios del derecho europeo de los contratos) que tenga en cuenta una posposición del momento de la prescripción de las pretensiones a favor o en contra de la herencia (art. 121-7) y aun cuando pudiera entenderse, contra el criterio de la Audiencia Provincial, que la muerte del prestador de los servicios no necesariamente marca el inicio de la prescripción en la legislación catalana al no ser aplicable el último párrafo del art. 1967 del CC y la jurisprudencia del Tribunal Supremo que lo interpreta, sino el art. 121-23.1 del CCCat que se inclina por la cognoscibilidad de los datos de la pretensión para iniciar el cómputo del plazo, sin excepción en función de la clase de pretensión ejercitada, lo que no puede negarse es que la presentación por la hoy demandada ante el Juzgado de la minuta generada por los trabajos llevados a cabo por el Letrado fallecido en aquel procedimiento no tenga, hasta su aprobación por el Juzgado, efecto interruptor de la prescripción.(...)

(...) Se comprende, de este modo, que hasta que la tasación de costas no fue aprobada judicialmente (julio de 2009) e incluso pretendida cobrar al condenado (octubre de 2009) no intentase la heredera del Letrado una nueva reclamación al que fuese cliente de su esposo, lo que constituye una acción lógica y ajustada a los usos y costumbres en este tipo de servicios.

La reclamación extrajudicial producida el posterior 31 de mayo de 2012 lo fue, en consecuencia, dentro del plazo de los tres años desde aquellos últimos actos del vencedor del pleito que había dirigido el causante de la actora, por lo que la pretensión no se hallaba prescrita».

Por otra parte, en una reciente sentencia, se ha tratado sobre la renuncia de la prescripción ganada. En el caso de la STSJC 12 de abril de 2023 (ECLI:ES: TSJCAT: 2023:4215), se reclamaba el reembolso del importe de unos avales bancarios que habían sido ejecutados en su día por parte de la Generalitat. Una vez en concurso la empresa, la Generalitat reclamo en incidente concursal, los daños y perjuicios por el retraso en la ejecución de la obra, lo que fue denegado por el Juzgado de lo Mercantil.

La empresa ejerció el reembolso de los avales a la Generalitat la cual alegó la prescripción de la acción que fue estimada en las dos instancias por entender que había transcurrido más de diez años de la ejecución de los avales (art. 121-20 CCCat). Sin embargo, la empresa consideraba que la demanda incidental supuso la renuncia a cualquier tipo de prescripción.

Los motivos del recurso se basaban en: Infracción del art. 121-10.3 del Código Civil de Cataluña, trata de la renuncia a la prescripción de la pretensión en los siguientes términos:

No era objeto de discusión en el recurso de casación, ni el plazo de prescripción -de 10 años- ni tampoco el “dies a quo” puesto que no se alegaba como infringido el art. 121-23.1.

El Tribunal Superior razona del siguiente modo:

«2.En el derecho civil catalán, de forma similar a la del art. 1935 del CC, y como lógica consecuencia de que el instituto de la prescripción no es íntegramente de derecho necesario, ni una institución basada en principios de justicia material sino que limita el ejercicio tardío de los derechos en beneficio de la certidumbre y seguridad jurídica (STSJCat26/2020 de 1 de sept, 48/2015, de 25 de junio, 30/2016 de 19 de mayo o 68/2018 de 26 de julio) permite que aquel a quien favorezca la prescripción pueda renunciar a ella, de modo que la renuncia a la prescripción ganada consiste en la declaración, expresa o tácita, de no querer aprovecharse de ella o, lo que es igual, la voluntad exteriorizada por el deudor de no pretender ampararse en el paso del tiempo prescriptivo para librarse de pagar la deuda o de la exigencia de cualquier derecho o bien que esa misma voluntad se infiera de actos concluyentes.

3. A diferencia del CC en el cual solo se puede renunciar a la prescripción ganada, esto es, cuando ha transcurrido todo el plazo, el CCC permite en el número 1 del art. 121-10 que pueda renunciarse a la prescripción durante el transcurso del plazo, en cuyo caso la renuncia producirá los efectos de la interrupción.

En concordancia con esa idea, el art 121-11 d) establece como causa de interrupción de la prescripción el reconocimiento del derecho o la renuncia a la prescripción de la persona contra quien puede hacerse valer la pretensión en el transcurso del plazo de prescripción.

4. En el presente caso el recurrente estima que la demanda incidental interpuesta por GISA en el procedimiento concursal de Fercaber reclamando la íntegra responsabilidad de esta última por el retraso en la entrega de las obras y, en consecuencia, la cláusula penal pactada en toda se extensión, implicó la renuncia tácita a la prescripción que ya había comenzado respecto de la acción de repetición de Fercaber por el cobro indebido de la cláusula penal, ya pagada a través de la ejecución de los avales.

Se solicita que se declare como doctrina que, de conformidad con lo previsto en el artículo 121-10.3 del Código Civil de Catalunya, el ejercicio de una acción de

declaración de responsabilidad contractual en un contrato por incumplimiento de la parte contraria, cuantificando y reclamando los daños y perjuicios ocasionados, implica renuncia a los plazos de prescripción transcurridos en relación con el contrato objeto del proceso y vinculados directamente con el mismo.

Era la hoy actora quien debía mostrar temporáneamente su voluntad de conservar la exigibilidad de su derecho, bien por la vía de la reconvencción en aquel incidente, bien mediante el ejercicio judicial o extrajudicial en plazo de la pretensión contra GISA, tal y como previene el art. 121-11 del CCC (causas de la interrupción) y el art. 121-12 (requisitos de la interrupción), a cuyo tenor, para que la interrupción de la prescripción mediante el ejercicio de la pretensión sea eficaz debe proceder de la persona titular de la pretensión o de una tercera persona que actúe en defensa de un interés legítimo y que tenga capacidad suficiente y efectuarse ante el sujeto pasivo de la pretensión, antes de que se consume la prescripción, salvo que se trate del reconocimiento del derecho al que se vincula la pretensión o en la renuncia a la prescripción en curso, en cuyo caso debe proceder del sujeto pasivo de la pretensión.

4. En definitiva, no ha existido una conducta de GISA de la cual resulte directa o indirectamente su conformidad con la existencia de la obligación exigida ahora por Fercaber para producir la interrupción del plazo prescriptivo teniendo en cuenta que ni existen palabras expresas ni tampoco conductas concluyentes en el sentido indicado por parte del sujeto pasivo de la obligación reclamada.»

6. Suspensión de la prescripción

La STSJC 21 diciembre 2009 (ECLI:ES: TSJCAT:2009 14247) se recuerda la siguiente sobre la suspensión del plazo de prescripción:

«Téngase presente que junto a las causas objetivas de suspensión reconocidas en el sistema jurídico catalán, como señala la Exposición de Motivos de la Ley 29/2002, de 30 de diciembre, Ley primera del CCCat, como sucede en los casos de guerra o de grave crisis social, se suman también otras circunstancias subjetivas derivadas de razones personales o familiares, entre las se encuentra la del menor de edad que carece de representación legal para poder ejercitar sus derechos y con el objeto de protegerlos.

En dichos supuestos, las pretensiones no se pueden ejercitar por los menores (o incapacitados sin representación legal) ya que mientras no adquieren la capacidad suficiente para accionar no pueden deducir la petición subsiguiente. Por ello, la inactividad imputable a quien pudiendo accionar no lo realiza dentro de los lapsos temporales señalados no puede aplicarse a estas personas al no poder actuar judicialmente y, en su consecuencia, resulta congruente que se acuerde la

suspensión de la caducidad disponible y la prescripción, hasta tanto no se proceda al nombramiento de representante legal.»

La STSJC 60/2015 de 23 de julio (ECLI:ES: TSJCAT: 2015:8119) Hace referencia a la cuestión relativa al objeto de la prescripción extintiva ha sido tradicionalmente objeto de debate. Doctrina general sobre la prescripción:

«El Derecho Civil catalán, aplicable en nuestro caso, según hemos proclamado en las STSJC 48/2015 de 25 de junio, con mayor rigor técnico, establece en los arts. 121-1 y ss. del Libro I CCCat que prescriben las pretensiones relativas a derechos disponibles. En el Preámbulo de la ley puede leerse que: En esta regulación la prescripción se predica de las pretensiones, entendidas como derechos a reclamar a otra persona una acción u omisión, y se refiere siempre a derechos disponibles. La prescripción extingue las pretensiones, tanto si se ejercen en forma de acción como de excepción, lo que posteriormente se plasmaría en el artículo 121-1 de su articulado, conforme al cual: “La prescripción extingue las pretensiones relativas a derechos disponibles, tanto si se ejercen en forma de acción como si se ejercen en forma de excepción. Se entiende por pretensión el derecho a reclamar de otra persona una acción o una omisión.»

Respecto de la alegación de la prescripción dice el artículo 121-4 CCCat que la prescripción no puede ser apreciada de oficio por los tribunales, sino que debe ser alegada judicial o extrajudicialmente por una persona legitimada.

A continuación, el artículo 121-5 concede legitimación para oponer la prescripción no solo a las personas obligadas a satisfacer la pretensión sino también a las terceras personas perjudicadas en sus intereses legítimos por la falta de oposición o por la renuncia a la prescripción consumada, excepto en el caso de que hubiese recaído sentencia firme sobre la misma. Siendo posible que las personas legitimadas opongan la prescripción tanto mediante acción como mediante excepción.

El art 121-8.1 establece que «L'efecte extintiu de la prescripció, un cop al·legada i apreciada, es produeix quan es compleix el termini».

Por su parte, el artículo 121-10 admite la renuncia a la prescripción salvo que sea anticipada, pudiendo ser la renuncia expresa o tácita o lo que es igual deducida de cualquier acto incompatible con la voluntad de hacer valer la prescripción.

7. Diversos supuestos de aplicación de la prescripción

7.1. Censos

La STSJC de 12 de marzo de 2009 (ECLI:ES:TSJCAT:2009:2165) recuerda la doctrina del TSJCat en materia de prescripción de censos:

«La STSJC núm. 29/1993 se refiere a la prescripción de los censos por impago de la pensión durante más de 30 años en la situación normativa anterior a la entrada en vigor de la CDCC (arts. 299.6º y 344), situación regulada entonces por las leyes de 31 de diciembre 1945 y de 26 de diciembre de 1957, en relación con el “Usatge Omnes causae”. En ella llegamos a afirmar que “la jurisprudencia del Tribunal Supremo desde 1877 a 1956 reiteradamente admite la prescriptibilidad del derecho real de censo si el censalista dejaba transcurrir treinta años sin reclamar las pensiones, que el art. 44 de la ley de censos de 1945 admite también la prescriptibilidad estableciendo una causa de interrupción y que el art. 14 de la ley de 1957 no deroga el art. 44 antes citado, sino que se refiere a la cancelación de los censos inscritos”, estableciendo que tampoco existía ningún obstáculo para aplicar lo dispuesto en la CDCC (arts. 299.6º y 344) o en la Llei 6/1990, de 16 de marzo (art. 10 .d), a los efectos de la prescripción de todos los censos, incluso los constituidos y no extinguidos con anterioridad a la entrada en vigor de ambas normas y aquellos en que el impago de la pensión se hubiera comenzado a producir también con anterioridad a ese momento.

Esta doctrina fue recordada en nuestra interlocutoria de 20 de septiembre de 2001 (RC. núm. 32/2001), en la que, además, aludimos genéricamente a la posibilidad de interrupción de la prescripción.

No es, sin embargo, hasta la STSJC núm. 21/2003, que, nuevamente en interpretación del art. 44 de la Ley de 1945, no nos pronunciamos expresamente sobre la interrupción de la prescripción del censo en virtud de la actividad registral del censalista —en el caso, los censalistas se habían preocupado de obtener las inscripciones registrales necesarias, a intervalos inferiores de 30 años, para interrumpir eficazmente la prescripción—, declarando que era hábil para interrumpir la prescripción de su derecho, con independencia de que se hubiere exigido o no, además —y, en su caso, obtenido o no—, el pago de las correspondientes pensiones, la carga de cuya prueba —la del pago— ciertamente atribuimos al titular del derecho, sin perjuicio de la presunción a su favor del art. 38 LH.

En la misma línea y con cita de la anterior resolución, también nos referimos en la STSJC núm. 26/2003 a la virtualidad interruptiva que, en todo caso y al margen de la exigencia y pago de la pensión correspondiente, cabía atribuir a la actividad registral unilateral del censalista en relación con la prescripción de su derecho de censo, en un supuesto de hecho también anterior a la Llei 6/1990, regido, de acuerdo con las respectivas disposiciones transitorias, en parte por la legislación precedente a la CDCC —en aquel caso se discutía la eficacia interruptiva de la

prescripción de una inscripción de división del censo realizada en 1957, antes de transcurrir los 30 años desde la anterior, realizada en 1942—, y en otra parte por la propia CDCC en relación con la Ley de 31 de diciembre de 1945 —la siguiente inscripción significativa, por razón de la aceptación de una herencia, se hallaba situada en 1986—, ley ésta que declaramos entonces de especial y preferente aplicación a la propia CDCC, siempre en defecto de lo previsto en el propio título de constitución del derecho (art. 296 CDCC), conforme a la tesis que habíamos proclamado ya con anterioridad (S TSJC 35/2001 de 31 dic.).

Por otro lado, en nuestra STSJC núm. 44/2003, en otro caso regido por la legislación anterior a la Llei 6/1990, sin perjuicio de la operatividad de las disposiciones transitorias de ésta —de las que dijimos que “intenten compaginar la purga del vast conjunt de càrregues registrals que coneixem amb el nom de censos (com ja s’ha dit més amunt) amb els avant dits drets adquirits” de los censualistas—, con cita de las sentencias de 16 y 26 de junio del mismo año, reiteramos la misma doctrina, en relación con un supuesto en el que no sólo consideramos la actividad registral del censalista, sino también la de los censatarios que suponga un reconocimiento de la vigencia del derecho del censalista, puesto que en el caso aquéllos habían inscrito en periodo hábil para interrumpir la prescripción la división en régimen de propiedad horizontal de la finca gravada con el censo, “adjudicándose entre ambos sus distintos apartamentos, procediendo de forma unilateral a dividir el censo que gravaba dicha finca matriz, distribuyendo entre los citados departamentos la pensión de dicho censo”.

Dicha doctrina fue recordada luego en nuestras interlocutorias de 24 de enero de 2005 (RC. núm. 126/2004) y de 9 de marzo de 2006 (RC. núm. 130/05), al objeto de decidir la inadmisión de sendos recursos de casación por no reunir el necesario interés casacional, y en la última de las cuales, con cita de la STSJC núm. 26/2003, recordamos que “en matèria de prescripció de censos..., no es fa cap distinció entre censos amb pensió i sense pensió als efectes de llur prescripció”.

Corolario de dicha doctrina es que, aparte del requerimiento o del pago de la pensión o del ejercicio del derecho de cabrevación, sólo la actividad registral del censalista o la del censatario que implique reconocimiento del derecho de aquél, propiciada dentro del término previsto (30 años), tienen la virtualidad de interrumpir la prescripción del derecho de censo, pero no la actuación llevada a cabo “ex officio” por el registrador».

La STSJC 19 de enero de 2012 (ECLI:ES: TSJCAT: 2012:11) trata sobre el «dies a quo» de la prescripción en materia de censos en relación con el art. 121-7 CCCat.

«En efecto, partiendo del propio “iter registral” de la finca propiedad de la sociedad actora recogido en el Fundamento de Derecho Tercero de dicha resolución, resulta que la Audiencia Provincial yerra cuando, en su Fundamento de Derecho Sexto,

fija como “dies a quo” para el ejercicio de la acción instada, el 24 de septiembre de 1995, coincidente con la fecha de la escritura pública de adquisición de la finca por la demandante, y concluye que: “En definitiva, la entidad actora tuvo la posibilidad de ejercer la acción que da origen al presente procedimiento a partir del mes de noviembre de 1995, por lo que, teniendo en cuenta, que la demanda se interpuso en el mes de diciembre de 2004, resulta evidente que la acción ejercida para solicitar la extinción del censo con dominio mediano por prescripción no se encontraba prescrita”, pues obvia y olvida que debe computarse y sumarse el período de tiempo correspondiente a sus predecesores en la propiedad, esto es,....., que adquirió la finca en fecha 21 de abril de 1920 —que fue agrupada a otras dos, dando lugar a la finca de autos núm. NUM000—, con la comparecencia del titular del censo D. Eulalio, que percibió el laudemio correspondiente a la transmisión. La inscripción registral de la propiedad total del censo por parte de éste se produjo el día 3 de diciembre de 1920.

En consecuencia y por aplicación de lo estatuido en el artículo 121-7 CCCat —que guarda cierta similitud con el contenido del art. 1960.1 del Código Civil, en sede de prescripción adquisitiva—, la acción de prescripción del censo de autos podía haberse ejercitado, efectivamente, con mucha anterioridad a la fecha indicada en la sentencia recurrida, y en concreto, en el supuesto que nos ocupa, podía haberse instado a partir del año 1950.»

7.2. Servidumbres

La STSJC del 17 de septiembre de 2009 (ECLI:ES: TSJCAT: 2009:9452), Servidumbre de vistas: adquisición por usucapión. Régimen jurídico anterior y posterior a la Compilación y a la Ley 13/1990: incumplimiento por los huecos cuestionados del plazo de 30 años desde la entrada en vigor de la Ley 13/1990. Actual art. 544-7. 1º CCCat:

«De totes formes no apareix clara l'oportunitat de salvar la manca de coherència entre els articles 2.5 i 11 de la Llei 13/1990 per la via, que podem qualificar d'artificiosa, de transformar l'acció negatòria en una acció reivindicatòria. Sembla, doncs, més realista que en el cas d'exercici de l'acció negatòria amb referència al dret real de servitud, si ens atenem a la interpretació històrica, sistemàtica i lògica de la llei, que ha de prevaler sobre la interpretació literal d'un dels seus preceptes, hem d'entendre que en relació amb el dret real de servitud, l'acció negatòria prescriu als trenta anys».

En igual sentido se pronunció la STSJC de 14 de octubre de 2002 la cual también estimó que la acción negatoria no había prescrito y añadió en el fundamento décimo que:

«En fer aplicació de la doctrina precedent al cas d'aquest litigi resulta palès que com que des de l'entrada en vigor de la llei catalana tan esmentada 13/1990, de 9 de juliol, fins el 13 de setembre de 2001 en què es va presentar la demanda origen d'aquestes actuacions, no han transcorregut, ni de molt, els 30 anys necessaris per a la prescripció de l'acció negatòria de la servitud de llums i vistes que és objecte de tal demanda (ja que és des de la data de la vigència d'aquella llei que cal computar el termini de prescripció d'acord amb la Sentència d'aquesta Sala de 17 d'octubre de 1994) escau rebutjar l'excepció de prescripció oposada pel demandat, revocar la Sentència objecte d'aquest recurs i examinar la viabilitat de la demanda».

Y es que en efecto ya se recordaba en la sentencia de 17 de octubre de 1994 que en la regulación civil catalana sobre la posibilidad de usucapir la servidumbre de luces y vistas, cabía distinguir tres etapas:

«La anterior a la Compilación, en que la servidumbre que el derecho romano llamaba prospectus no puede adquirirse por usucapión, en aplicación de lo dispuesto por las Ordenaciones de Sanctacilia, concretamente la 61 y 62 que en traducción de PELLA i FORGAS, dicen así: “Nadie puede alegar posesión en pared propia o común de ventana grande ni pequeña, ni del tal agujero por donde pueda pasar algún hombre, y no en otras, si no es radial o rajadera”. “Idem. el que tendrá ventana, no la pueda obtener por prescripción, si no la tiene con escritura de su vecino; en otra manera se entiende hecha en fraude de la otra parte”. Notemos que la recta interpretación de ambas disposiciones, y no sólo de la segunda, llevan a la conclusión de que la no usucapibilidad de las servidumbres de vistas deriva de que no son susceptibles de cuasi-posesión por tratarse de actuaciones meramente toleradas; en este sentido BORRELL i S.

La compilación de 1960 fue taxativa al enumerar en el art. 283 una serie de servidumbres (alguna de las cuales hoy incluimos en la categoría de relaciones de vecindad) que no pueden adquirirse por usucapión, ni tan siquiera inmemorial; concretamente la de vistas, sea en pared propia sea en pared medianera. Finalmente, la Llei 13/1990, de 9 de julio, deroga expresamente el art. 283 de la Compilación y al regular las relaciones de vecindad prohíbe que tomen vistas o luces del patio vecino quienes no tengan constituida a su favor una servidumbre (art. 40). La Sección tercera del Capítulo II disciplina la servidumbre voluntaria de luces y vistas y, con carácter general para toda servidumbre, dispone que se constituyen por título, por usucapión y por disposición de la Ley (art. 6) y que la adquisición de las servidumbres por usucapión tiene lugar mediante la posesión pública, pacífica e ininterrumpida, en concepto de titular del derecho de servidumbre, por un período de treinta años (art. 11).»

Continuaba diciendo la sentencia que bajo la vigencia del art. 283 de la Compilación el dueño del pretendido fundo sirviente sabía que su inactividad frente al colindante que toma vistas directas de su finca era interpretada por el ordenamiento jurídico catalán como un acto de mera tolerancia que, por mucho que se prolongase en

el tiempo, nunca podía dar lugar a que el vecino llegase a adquirir un derecho real de servidumbre de vistas. Suponiendo que la ley nueva atribuya una distinta eficacia a la inactividad de quien soporta las vistas del colindante, este cambio legislativo sólo puede operar a partir de los veinte días de la publicación del texto legal, pero no cambia retroactivamente la eficacia de eventos acaecidos antes de su promulgación. Lo contrario sería vulnerar el principio de irretroactividad que incluso alcanza rango constitucional cuando restringe derechos individuales (9.3 Constitución Española)».

Con posterioridad al año 1990, como recuerdan las sentencias de instancia, la Ley 22/2001 vuelve al derecho histórico de Cataluña prohibiendo la adquisición por usucapión de toda servidumbre, de modo que por el juego del derecho transitorio, ninguna servidumbre de vistas pudo ser usucapida en Cataluña, criterio que es el que, por demás, sigue el Llibre V del CCCat.

Estimándose que la apertura de huecos o ventanas sobre la finca vecina sin título en la legislación anterior a la Ley 13/1990 como actos meramente tolerados, es claro que el propietario podía hacer cesar la perturbación en cualquier momento, de modo que no cabe alegar la prescripción extintiva de la acción entablada.

Incluso en el régimen de la Ley 13/90 esta Sala en la Sentencia de 1994 ya apuntaba la idea de que el plazo de la prescripción debía comenzar a computarse desde los actos obstativos a la libertad del dominio, en la consideración de que la servidumbre era de carácter negativo.

Y es que en efecto siendo la acción negatoria tendente a proclamar la libertad de un fundo frente a quien se irroga tener constituida a su favor una servidumbre, en todo caso la acción no nacería sino hasta que se produce un acto de afirmación en tal sentido.

En definitiva, las Sentencias del año 1994 y las de del año 2002 analizan las diferentes situaciones jurídicas en esta materia en el Derecho Civil de Cataluña, sobre todo a partir del cambio que supuso la Ley 13/1990, pudiendo concluirse en la siguiente forma:

- a) Los huecos o ventanas existentes en pared propia sin respetar la androna antes de la entrada en vigor de la Ley 13/1990 debían seguir considerándose como actos meramente tolerados a los que cabía poner fin en cualquier momento no siendo susceptibles de prescripción bajo el axioma “in facultativis non datus praescriptio”.
- b) En cualquier caso, la acción negatoria protege la libertad del dominio por lo que solo cabe frente a quien se irroga tener constituida a su favor una servidumbre. En este sentido el cómputo del plazo de la prescripción de la acción, de 30 años según lo dispuesto en el art. 344 de la CDCC, se iniciaría a partir del momento en que alguien afirmase tener un derecho de servidumbre.

c) Siendo susceptibles las servidumbres de luces y vistas de prescripción adquisitiva a partir de la Ley 13/ 1990, el plazo de prescripción de la acción negatoria sólo comenzaba a computarse desde la entrada en vigor de dicha ley.

d) Dicho plazo debía entenderse igualmente de 30 años y no de 5 años del art. 2,5 de la Ley 13/1990, sólo referido a la prescripción de la acción para hacer cesar perturbaciones o inmisiones de carácter material.

e) La derogación de la Ley 13/1990 en este punto por la Ley 22/2001, la cual llevó hasta sus últimas consecuencias la tendencia de sus fuentes históricas pues ha ampliado a todas las servidumbres la imposibilidad de ser adquiridas mediante usucapición, debía volver a los criterios anteriores a la promulgación de la primera en materia de prescripción adquisitiva de la servidumbre de vistas y a los de la Ley 13/1990 en orden a la extintiva.

f) La situación queda claramente especificada a partir de la entrada en vigor de la Ley 5/2006 por la que se aprueba el Libro V del CCCat al decir expresamente el artículo 544.7 sobre la prescripción extintiva que la acción negatoria puede ejercerse mientras se mantenga la perturbación, salvo que, tratándose de un derecho usucapible, se haya consumado la usucapición.

Es por todo ello que, aun estimándose que las ventanas existentes antes de la rehabilitación de la finca tuviesen más de 30 años, la acción tendente a hacer desaparecer las aperturas no había prescrito por tratarse de actos meramente tolerados y no haberse afirmado la existencia de una servidumbre por parte del predio aparentemente dominante sino en el año 2005 (folio 73), no habiendo transcurrido por demás 30 años desde la entrada en vigor de la Ley 13/1990».

7.3. Asociaciones

La STSJC 6 de noviembre de 2006 (ECLI:ES: TSJCAT: 2006:12304), se hace eco de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de abril de 2006 en el sentido de estimar que el art. 15 de la Ley de Asociaciones de Catalunya por ser normativa procesal invadía la competencia del Estado siendo inconstitucional y por tanto nulo y entiende de aplicación el art. 40 de la Ley Orgánica 1/2002 en materia de caducidad de la acción de la acción de impugnación (cuarenta días) y concluye:

«De esta forma el art. 21 a) de la Ley Orgánica 1/2002 establece que: “todo asociado tiene derecho a participar en las actividades de la asociación y en los órganos de gobierno y representación, a ejercer el derecho de voto, así como a asistir a la Asamblea General, de acuerdo con los Estatutos” y del mismo modo el art. 22 de la Llei d’Associacions de Catalunya configura tal derecho como “derecho mínimo”.

Es por ello que la vulneración del derecho de asistencia supone la infracción de una norma de derecho necesario y por tanto los acuerdos adoptados sin la participación del asociado por haberle privado la Asociación de la asistencia y participación a la junta son acuerdos viciados en su formación y por tanto nulos no estableciendo el art. 40 de la Ley 1/2002 un plazo de caducidad para hacer efectiva la impugnación».

7.4. Responsabilidad Extracontractual

La primera Sentencia que dicta el TSJC en materia de responsabilidad extracontractual aborda la cuestión de la Disposición Transitoria Única de la Llei 29/2002, por tratarse de unos hechos acontecidos antes de su entrada en vigor, pero con demanda presentado después.

La STSJC 6/2010 de 18 de febrero (ECLI:ES: TSJCAT: 2010:481). La cuestión debatida era una reclamación por daños causados en el edificio colindante con otro en el que se realizaron unas obras, hechos ocurridos en 2003, siendo la acción ejercitada la del art. 1902 CCivil, tras el archivo en 2005 de anterior denuncia penal. La Audiencia Provincial, estimando el recurso de apelación, desestima la demanda por el transcurso de un año. El recurrente en casación entiende que debe aplicarse el plazo de tres años del nuevo art. 121-21. d/CCCat.

La Sentencia aplica la «retroactividad media» de dicha Disposición, de modo que,

«si com és el cas, el termini de prescripció establert en la nova Llei és més llarg, la prescripció es consumeix quan ha transcorregut el termini establert per la regulació anterior».

«No és admissible, per anar en contra del que expressament preveu la norma i per atemptar contra el principi de seguretat jurídica en què es fonamenta la institució de la prescripció, una interpretació de la qual resultés que, un cop reiniciat el còmput del termini de prescripció —que certament té com a efecte capital la necessitat que el temps de prescripció hagi de comptar-se sencer de nou, ja que a diferència de la suspensió, que simplement paralitza el termini i concedeix eficàcia al temps ja transcorregut per sumar-lo al posterior a la cessació del fenomen suspensiu, la interrupció elimina aquest recurs—, pogués ser-ho amb un termini diferent.»

La SSTSJC núm. 31/2017 y núm. 60/2017 de 4 de diciembre (ECLI:ES: TSJACAT: 2017:10699 y 2017:10698). En materia de accidentes de circulación se debe distinguir entre: a) responsabilidad extracontractual derivada de accidente de circulación por carretera y, b) la acción directa del dañado contra

la aseguradora de la persona causante del daño. La cuestión en orden a si dichas acciones tienen o no un plazo de prescripción distinto es abordado.

Recuerda la doctrina:

«De ahí que las normas relativas a la prescripción contenidas en los artículos 121-1 a 121-24 del CCCat, sean de aplicación general y preferente en Cataluña aunque la totalidad de la relación jurídica a la que resulte aplicable no venga regulada en el Código civil catalán sino en el CC».

Respecto del plazo de prescripción cuando la acción se dirige contra la aseguradora:

«En orden al plazo de prescripción de la acción entablada por los perjudicados de los accidentes de tráfico ocurridos en Cataluña contra la compañía aseguradora al amparo del art. 7.1 del TRLRCYSCVM dijimos en la *STSJC de 7-10-2013* que era el anual establecido en dicha norma, resaltando que debía ser respetado el reparto competencial del *art. 149.1* así como las normas contenidas en las leyes especiales, cuya aplicación resulta preferente a la norma general.»

El mismo plazo anual rige cuando la acción se dirige contra la persona física causante del accidente o propietario del vehículo:

«Así pues, ha de entenderse que el art. 7.1 del TRLRCYSCVM, precepto con clara vocación de aplicación universal, elemento de cierre del sistema, al indicar expresamente que el plazo de prescripción de la acción directa del perjudicado contra la compañía aseguradora es el de un año, lo que hace es instituir implícitamente en la ley el mismo término de prescripción anual cuando la acción se dirija contra el resto de los responsables de las consecuencias dañosas del accidente, pues lo que el tercero perjudicado tiene derecho a exigir del asegurador es el cumplimiento de la obligación de indemnizar del asegurado no el cumplimiento de una obligación autónoma del asegurador frente al tercero».

«La acción directa da lugar a responsabilidad solidaria de causante del daño y de la compañía aseguradora por lo que resulta clara la conexidad de ambas al tener que responder de una misma prestación que cumple igual función de resarcir al perjudicado (*STS de 7 de mayo de 1993*).»

7.5. Honorarios Letrado

En los supuestos de reclamación de honorarios de letrado, se han dictado las TSJCat 68/2018 de 26 de julio, (ECLI:ES: TSJCAT:2018:7232), 82/2019 de 17 de diciembre, (ECLI:ES: TSJCAT:2019:10649), 19/2020 de 18 de junio

(ECLI:ES: TSJCAT:2020:5731) y 55/2021 de 18 de noviembre, (ECLI:ES: TSJCAT:2021:10495), sientan la siguiente doctrina:

«Siguiendo el criterio del TS y el que se desprende naturalmente del art. 121-23.1 CCCat, establecimos que el “dies a quo” coincidía con el momento en que hubieren dejado de prestarse los respectivos servicios. Más en concreto, dijimos que cuando la intervención profesional comprendiese la dirección y defensa de los intereses del cliente en un litigio, el plazo de prescripción no empezaba a correr hasta que no finalizasen las correspondientes actuaciones procesales, no siendo razonable que un mismo procedimiento judicial se minutase separadamente por fases o instancias. Pero cuando el profesional asumiese la dirección y defensa de los intereses del mismo cliente en varios asuntos no conectados entre sí, el plazo de prescripción de la pretensión de cobro de sus honorarios empezaría a correr de manera independiente para cada uno de ellos desde su terminación. En todos los casos, claro está, salvo voluntad expresa en contrario de las partes. Por ello, no podía fijarse por defecto el hito inicial en la conclusión de la fase declarativa de un procedimiento, cualquiera que fuese la instancia del mismo, si los servicios profesionales siguieron prestándose en la fase de ejecución.»

7.6. Vencimiento anticipado préstamo

La STSJC núm. 1/2022 de 10 enero, (ECLI:ES: TSJCAT:2022:1277). Trata sobre la prescripción de la pretensión actuada en reclamación de cuotas impagadas de un préstamo cuando se ejercita la facultad contractual de declarar vencido anticipadamente el préstamo.

La cuestión jurídica planteada es la relativa al cómputo del plazo de prescripción, en concreto el «dies a quo» conforme a la regla establecida en el art. 121-23.1 que dice

En el recurso de casación se afirmaba infringido el art.121-23.1 del CCCat interesando se dicte doctrina en relación a cuál debe ser la fecha de inicio del plazo de la prescripción cuando se ejercita la cláusula de vencimiento anticipado, como fue el caso.

No existía discusión entre las partes sobre: a) la aplicación de la normativa catalana de conformidad con la Ley 29/2002, de 30 de diciembre, primera Ley del Código Civil de Cataluña; b) que el plazo de prescripción de la acción era el de 10 años contemplado en el art. 121-20 de dicha ley.

Dice la Sentencia:

«Los arts. 1125, 1129 y 1255 del CC y la jurisprudencia admiten la posibilidad de pactar la pérdida del plazo concedido por el acreedor al deudor. Ejercitada esa facultad, desde ese momento la obligación es exigible.

En el caso, según la demanda, las partes pactaron en la cláusula sexta del contrato que el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones asumidas por el prestatario singularmente la falta de pago de las cuotas en que se fraccionó la devolución del préstamo, facultaría al prestamista para considerar vencido el préstamo anticipándose la exigibilidad de las cantidades que debieran ser de otro modo pagadas durante el periodo contractual aun no transcurrido.

La cantidad a pagar sería el importe de las cuotas no pagadas más el capital pendiente de vencer y la cantidad resultante se consideraría líquida y exigible y devengaría intereses moratorios al tipo pactado.

La entidad de crédito hizo uso de dicha facultad, según la demanda, en el mes de marzo de 2007, cerrando la cuenta.

Por la propia iniciativa de la causante de la parte actora, el préstamo podía ser reclamado desde el año 2007. Desde marzo de ese año, la entidad de crédito conocía el importe de la deuda, su exigibilidad y a la persona del deudor por lo que habiendo transcurrido con holgura el plazo de 10 años hasta que fue reclamada mediante el procedimiento monitorio (art.121-7), no habiéndose probado la interrupción, procede declarar prescrita la obligación confirmando la sentencia de primera instancia que así lo dispuso.»

7.7. Acesión Invertida

La STSJC 50/22 de 16 de septiembre, (ECLI:ES: TSJCAT:2022:10455) en un supuesto de reclamación de cantidad derivada de accesión invertida.

«En cuanto a la elección del “dies a quo”, el tribunal de apelación razonó que con el certificado final de la obra se supo que el edificio estaba terminado y, en consecuencia, el actor “pudo conocer plenamente el alcance de la ocupación del suelo ajeno y la persona contra la que podía ejercitarse la acción».

Pues bien, esta interpretación es plenamente respetuosa con el art. 121-23.1 CCCat y con nuestra jurisprudencia expuesta *ut supra*, puesto que en el momento en que terminó la construcción del edificio el dueño del terreno supuestamente invadido ya podía advertir razonablemente si se había producido o no dicha invasión, sin que pueda sostenerse razonablemente una solución diferente a la vista de las circunstancias del caso —nada cambia el que la invasión fuera pequeña o grande, mientras fuera perceptible y mensurable— y las de las partes, singularmente, a la vista de la conducta del actor en orden a la reclamación de su eventual derecho — las vicisitudes del procedimiento no permiten al día de hoy considerar probada la invasión de su terreno por la construcción de los demandados—, que dejó transcurrir casi por entero el plazo de prescripción antes de recabar el asesoramiento de un perito para comprobar si se había producido o no la invasión y, desde entonces, se

entretuvo en reclamaciones extrajudiciales y en la solicitud judicial de diligencias preliminares contra todos los que habían tenido algo que ver con la construcción del edificio menos, precisamente, contra los propietarios del mismo, el conocimiento de cuya identidad estuvo a su alcance desde un principio.

Tampoco puede justificarse una solución diferente en base a la naturaleza de la acción ejercitada (art. 542.9.1 CCCat) ni en atención a los usos reconocidos para la actividad de que se trata, puesto que como declaramos en nuestra STSJC 30/1993, de 28 diciembre (FD6), en una situación normativa anterior, respecto a la acción del constructor para reclamar contra el dueño del terreno ajeno sobre el que construyó de buena fe sin su permiso, «el día inicial para el cómputo de la prescripción de los derechos del constructor en terreno ajeno “es el momento en que se produce la incorporación de los materiales al suelo” (fundamento jurídico decimoquinto), extremo que es explícitamente asumido por el recurrente quien dice que en el momento en que los materiales se incorporan al suelo se produce la accesión “según la Ley y su pacífica interpretación”; ahora bien, las obras se prolongan desde el año 1955 al 1963, según estimamos en ejercicio de la facultad integrativa del *factum*, y la demanda inicial fue presentada ante el juzgado de Sant Feliu de Llobregat el 18 de septiembre de 1991, con lo que la acción no había prescrito si se entiende que el cómputo empieza cuando terminan las obras... pues el art. 278 de la Compilación habla de edificación como resultado de una actividad y hasta que la actividad no cesa no podemos saber que es lo edificado y cual su valor...».

7.8. Cooperativas

Las SSTSJC núm. 65/2017 de 21 de diciembre (ECLI:ES: TSJCAT: 2017:10701) y STSJC núm. 34/2018 de 16 de abril (ECLI:ES:TSJCAT:2018:4979) que tratan de la sanción por baja de un taxista en la Cooperativa, establecen que el plazo de prescripción decenal establecido en el art. 121-20 CCCat es el aplicable a la prescripción de las sanciones a falta de una norma que establezca otra distinta; el «dies a quo» para el inicio del cómputo de la prescripción de la sanción impuesta, teniendo presente su naturaleza ejecutiva en el caso examinado, lo es desde la fecha en que se adoptaron en la Asamblea general de la cooperativa.

«Descartada una aplicación analógica del lapso temporal de 3 meses que solicitaba la recurrente, y no siendo procedente en el ámbito civil en el que nos movemos la aplicación del art. 133 del Código Penal, que establece el plazo de un año para la prescripción de las penas leves, como consideró el juez de primera instancia en base a la naturaleza sancionadora del acuerdo, pues, en su caso —de ser aplicable la analogía— se encontraría más próxima al plazo de tres años que establecía el art. 132 de la Ley 30/1992 (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246), de Régimen

jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (vigente en el momento de los hechos enjuiciados) para la prescripción de las sanciones fijadas en la vía administrativa, lo cierto es que el CCCat regula una norma de prescripción —art. 121.20CCCat— aplicable a las “pretensiones de cualquier clase” a salvo que este Código o las Leyes especiales dispongan otras cosa. Lo que aquí no acontece.

Por lo expuesto, en el caso examinado, el plazo de prescripción decenal establecido en el art. 121-20 CCCat es el que resulta de aplicación a la prescripción de las sanciones, a falta de una norma que establezca otra distinta, pues, en definitiva, se trata de una pretensión pecuniaria cuyo lapso temporal para su reclamación por la vía civil, no se encuentra regulado ni en la Ley catalana de Cooperativas, ni en los Estatutos de la cooperativa, procediendo, por ende, a la desestimación del primer motivo, ya que desde el acuerdo de imposición de las sanciones hasta la reclamación extrajudicial y la interposición del proceso monitorio no había transcurrido el plazo decenal aplicable.»

7.9. Enriquecimiento injusto: acción reembolso

El plazo de prescripción de esta clase de acciones es el de 10 años del art. 121-20 del CCCat y no el relativo a las acciones por responsabilidad extracontractual del art. 121-21 del CCCat.

La STSJC núm 45/022 de 14 de julio (ECLI:ES: TSJCAT: 2022:8229):

«2. Ninguna de las partes pone en cuestión que a la acción ejercitada sea de aplicación, en cuanto a la prescripción, la normativa catalana, tal y como ha establecido esta Sala, la cual viene declarando que la normativa prevista en los artículos 121-1 a 121-24 del CCCat es aplicable con carácter general en Cataluña incluso en aquellas relaciones jurídicas no específicamente reguladas en el CCCat.

Así, en las STSJC de 12 de septiembre de 2011 o de 14 de noviembre de 2016 dijimos que el actual sistema de fuentes viene establecido en el art. 111-1 a cuyo tenor “El derecho civil de Cataluña está constituido por las disposiciones del presente Código, las demás leyes del Parlamento en materia de derecho civil, las costumbres y los principios generales del derecho propio, aunque la costumbre solo rige en defecto de ley aplicable», precepto complementado por el artículo 111 – 5 cuando dice que las disposiciones del derecho civil de Cataluña se aplican con preferencia a cualesquiera otras.

3. Lo que se plantea es la naturaleza jurídica de la acción ejercitada y el plazo aplicable según dicha normativa a la misma. (...)

4. Según los hechos en los que se basa la demanda, repetición de los pagos efectuados por la Sra. ... en interés de los herederos del Sr...., la acción podría encuadrarse

en el art. 1158 del CC, el cual dispone que el que pagare por cuenta de otro podrá reclamar del deudor lo que hubiese pagado, a no haberlo hecho contra su expresa voluntad. En este caso sólo podrá repetir del deudor aquello en que le hubiera sido útil el pago.(...)

5. Se trata de una acción de repetición o reembolso que el Tribunal Supremo en la sentencia de 28 de junio de 2010 (ROJ: STS 3954/2010 – ECLI:ES:TS:2010:3954) considera tiene su fundamento en el enriquecimiento injusto que se produciría si el tercero no compelido por una obligación, aunque el deudor lo ignore o se oponga, pagase la deuda del verdadero legitimado quedando éste liberado de su pago y, en consecuencia, enriqueciéndose con su importe al disminuir su pasivo (...).

7. Siendo así que el art. 121-21 del CCCat solo instituye el plazo trienal para las pretensiones relativas a pagos periódicos que deban efectuarse por años o plazos más breves; a la remuneración de prestaciones de servicios y de ejecuciones de obra; al cobro del precio en las ventas al consumo y a las pretensiones derivadas de responsabilidad extracontractual, y no siendo ninguna de ellas la que se ejercita, es obligada la aplicación del art. 121-20 a cuyo tenor: Las pretensiones de cualquier clase prescriben a los diez años, a menos que alguien haya adquirido antes el derecho por usucapión o que el presente Código o las leyes especiales dispongan otra cosa.

8. De igual modo, la doctrina del TS, Sentencia de 19 de diciembre de 1986 (ROJ: STS 7798/1986 (ECLI:ES:TS:1986:7798) o la 7 de noviembre de 2003 (ROJ: STS 6962/2003) (ECLI:ES:TS:2003:6962), viene entendiendo que la acción por enriquecimiento injusto no tiene señalado plazo especial razón por la que aplica el general del art. 1964 del CC.»

9. Procede, en suma, sin necesidad de examinar el motivo segundo del recurso, casar la sentencia de la Audiencia y declarar que la acción no se hallaba prescrita cuando fue presentada por no haber transcurrido desde la realización de los pagos cuya repetición se pretende hasta la presentación de la demanda reconventional el plazo de 10 años previsto en el CCCat.»

7.10. Ordenación de la construcción

La STSJC núm. 77/2015 de 5 de noviembre (ECLI:ES: TSJCAT: 2015:11177) entiende no aplicable los plazos de prescripción del CCCat al sector de los defectos o vicios en la construcción por hechos imputables a sus agentes:

«En els mateixos s'addueix que les normes que haurien d'haver estat aplicades tant per la determinació del dia inicial del còmput de la prescripció com pel termini són les previstes als articles 121-23.1 i 121-21 d) del Codi civil de Catalunya i no les contemplades a la Llei d'ordenació de l'edificació. Al marge de posar de manifest

que aquesta Sala ja ha exposat en les seves sentències SSTSJC 55/2013 (RJ 2014, 517), de 7 d'octubre (Ple) i 10 d'abril de 2014 que el règim de prescripció previst a la normativa catalana no resulta d'aplicació quan la relació jurídica es troba sotmesa a una regulació continguda en una norma de caire especial dictada per l'Estat i que regula la prescripció en un concret sector de la realitat social, com succeeix en l'assegurança per la circulació de vehicles a motor o ara en el règim de responsabilitat per defectes o vicis derivats de l'actuació dels agents de l'edificació, existeix un altre argument rellevant que impedeix l'anàlisi d'aquests dos motius. I aquest és que es tracta de qüestions noves que s'introdueixen per primera vegada en el recurs de cassació, sense que s'hagués qüestionat per la part recurrent en l'oposició al recurs d'apel·lació ni el dies a quo ni el termini de prescripció conforme a les referides normes catalanes, a les que en cap moment es fa esment ni nominativament ni en relació al seu contingut.»

8. Caducidad

8.1. Caducidad sobre relaciones jurídicas disponibles no apreciable de oficio en Cataluña

La STSJC núm. 66/2018 de 27 de julio (ES: TSJCAT: 2018:7231) relativa a una reclamación del «año de viudedad» y de la cuarta viudal, en situación de unión estable de pareja, realiza consideraciones sobre situaciones donde el legislador catalán decide limitar el ejercicio de ciertas pretensiones.

«Des d'una perspectiva sistemàtica, és certament apreciable una clara voluntat del legislador per regular la forma i el termini d'exercici dels drets quan ho creu convenient, de manera que el silenci del legislador en un cas concret significa que la pretensió relativa a aquella titularitat jurídica substantiva està sotmesa al termini ordinari de prescripció (article 121-20) i que no ens trobem en presència d'una acció o poder de configuració jurídica sotmesa a caducitat (article 122-1.1 CCCat).

En aquest sentit, pel que fa a l'exercici del dret a la compensació econòmica per raó del treball l'article 232-11.2 CCCat especifica que s'ha de demanar en el procés —nul·litat del matrimoni, separació o divorci— que causa l'extinció del règim de separació de béns, i que si l'extinció s'ha produït per causa de mort d'un cònjuge, la pretensió per a reclamar la compensació “prescriu” al cap de tres anys de la mort del cònjuge. Quant a la prestació compensatòria, l'article 233-14.2 CCCat també sanciona una causa específica de caducitat del dret en establir que “es perd el dret a reclamar la prestació compensatòria si no se sol·licita en el primer procés matrimonial o no s'estableix en el primer conveni regulador».

L'article 234-13 CCCat dedica una regla específica a l'«exercici dels drets» a la compensació econòmica per raó del treball i a la prestació alimentària en cas d'extinció de la parella estable, establint que aquests drets “prescriuen” en el termini d'un any a comptar de l'extinció de la parella i s'han de reclamar en el mateix procediment en què es determinen els altres efectes de l'extinció de la parella.

Al seu torn, l'article 452-6.2 CCCat disposa que «la pretensió per a reclamar la quarta vidual prescriu al cap de tres anys de la mort del causant».

En el nostre cas, la indicació temporal de l'article 231-31.1 CCCat al·ludeix a la durada d'un dret substantiu de caire familiar, i no a un poder o facultat de configuració jurídica.

En conclusió, la temporalitat del dret sancionat a l'article 231-31 CCCat no es pot confondre amb el termini per al seu exercici, que resta sotmès a les regles generals del capítol I del títol II del llibre primer del Codi.

Sens dubte que la doctrina jurisprudencial elaborada per Tribunal Suprem —en són bona mostra les sentències de cassació invocades pel recurrent i també les SSTS 155/2016 i 257/2016 abans esmentades— és clarament favorable a l'apreciació d'ofici de la caducitat pels tribunals.»

Però aquesta doctrina és inaplicable a Catalunya d'ençà l'entrada en vigor del llibre primer del Codi civil de Catalunya, l'article 122-3.2 del qual estableix que «quan es tracta de relacions jurídiques disponibles, la caducitat no ha de ser tinguda en compte pels tribunals, sinó que ha d'ésser al·legada per una persona legitimada».

La STSJC núm. 26/21 de 13 de abril (ECLI:ES:TSJCAT:2021:5401) dictada en un asunto donde la sentencia de apelación revoca la anterior dictada por el Juzgado de primera instancia en el sentido de declarar operativas y eficaces en el presente procedimiento las capitulaciones matrimoniales otorgadas el día 11 de diciembre de 2002, unos meses antes de contraer matrimonio los litigantes y en las cuales, ambos, en previsión de una ruptura conyugal, renunciaron a reclamarse compensación por razón del trabajo y pensión compensatoria y atribuyeron al Sr. Antón el uso del domicilio familiar que era de su propiedad.

«Debe determinarse cuál era la legislación aplicable teniendo en cuenta que los pactos se suscriben antes de la promulgación y entrada en vigor de la primera ley del CCCat, aprobada por Llei 29/2002 de 30 de dic, mientras que la acción se ejercita en el año 2017.

Por falta de doctrina sobre el hecho que, en todo caso, el término de caducidad estaría suspendido durante la vigencia del matrimonio hasta la separación de hecho de los cónyuges, porque así lo dispone el Libro I CCCat, y tampoco sería apreciable de oficio por tratarse de relaciones disponibles.

Habiéndose iniciado el cómputo del plazo para el ejercicio de la acción de nulidad con anterioridad a la entrada en vigor de las normas del derecho civil catalán que regulan por vez primera la suspensión de los plazos de caducidad por razones subjetivas en las relaciones jurídicas disponibles ex art. 122-3.1 en relación con el art. 121-16, letras b) y c), la legislación aplicable en esta materia era la anterior como dijimos en nuestra S n° 6/2010 de 18 de febrero (ECLI:ES: TSJCAT: 2010:481).

Sin embargo, en cuanto a la posibilidad de apreciar de oficio la excepción de caducidad, no permitida en el art. 122-3.2 del libro I del CCCat si de relaciones disponibles, como es el caso, se trata, debe aplicarse la nueva normativa ya que esta cuestión no se halla comprendida en ninguna excepción de la regla general contenida en la DT única de la Llei 29/2002 de 30 de dic.

Además, la apreciación de oficio por parte de la Audiencia de la excepción de caducidad podía haber causado indefensión a las partes al sustraerles la posibilidad discutir algunos de los elementos importantes de la caducidad como es el “dies a quo” del cómputo del plazo (STS, Sala 1ª de 7-11-2018).»

No es posible invocar prescripción o caducidad cuando el acto impugnado es inexistente.

La STSJC núm. 44/2021 de 8 de septiembre (ECLI:ES: TSJCAT: 2021:9195):

«El recurso de apelación formulado por la parte actora debió prosperar por cuanto como se infiere de la STS de 09 de junio de 2020 (ECLI:ES:TS: 2020:1590) y las que en ella se citan, lo que no existe no puede pasar a tener realidad jurídica por el transcurso del tiempo de modo que no es posible ni apreciar la prescripción ni tampoco la caducidad cuando la acción que se ejercita pretende la declaración de nulidad radical o la inexistencia de un acto con trascendencia jurídica.

Dijimos en el mismo sentido, en la STSJC 49/2012 de 26 de julio, dijimos:

La sentencia recurrida estima, asimismo, la caducidad de la acción de impugnación pues había transcurrido el plazo de dos meses establecidos en el art. 553-31.3 CCCat, pero debe rechazarse dicha caducidad en tanto que, para su estimación, se requerirá la previa existencia de un acuerdo. Y como hemos señalado precedentemente, dicho acuerdo no existió al no reunirse los quórum legales, por lo cual, su impugnación aun habiendo transcurrido el plazo de dos meses (aun cuando no superaba el año) no puede entenderse caducado, siendo que, en todo caso, resultan nulos de pleno derecho, conforme declara reiterada jurisprudencia del TS —SSTS 7 Julio 1989, 15 Febrero 1992, entre otras—, aplicable al caso examinado, los acuerdos adoptados sin las mayorías necesarias —como sucede en el supuesto enjuiciado— al emanar de un quórum que hace inviable, en absoluto, el acuerdo, por haberse adoptado por una mayoría de propietarios que no tenía la mayoría de cuotas (art. 553.25. 5 CCCat), que comporta, por ello, una nulidad de “pleno iure” sin posibilidad de convalidación – SSTS 19 – Julio 1994 y 14 Octubre 2008

–, declarándose por la citada STS 15 Febrero 1992 en lo relativo a la caducidad de las acciones contra acuerdos adoptados en Junta de Propietarios (con cita de las sentencias de 31 de marzo , 4 de abril y 18 de diciembre de 1984) que no resulta aplicable cuando:

“... (la) insubsanabilidad se produce por emanar de un “quorum” que hace inviable en absoluto tal acuerdo, al haber sido adoptado por mayoría cuando se precise unanimidad (o en el supuesto examinado adoptado por mayoría de propietarios y no de cuotas, cuando requería de mayoría de propietarios y cuotas), ya que en tal caso el acuerdo no se produce de modo alguno, ni de hecho, ni jurídicamente, dado que en ese aspecto es de distinguir casuísticamente entre un orden de acuerdos cuya ilegalidad es susceptible de subsanación por efecto de la caducidad sobrevenida de la acción de impugnación y otro orden en que la ilegalidad conlleva la nulidad “pleno iure” sin posibilidad de convalidación por el transcurso del plazo de caducidad...».

8.2. Caducidad acción retracto arrendamiento rustico

La STSJC núm. 6/2020 de 17 de febrero (ECLI:ES: TSJCAT: 2020:6363):

«1. La caducidad imposibilita el ejercicio de la acción. Dice al efecto el art. 121.1 del CCCat que las acciones y los poderes de configuración jurídica sometidos a caducidad se extinguen por el vencimiento de los plazos correspondientes.

2. En orden al cómputo de los plazos el art. 122-5.1 del mismo cuerpo legal dispone que se inicia, en defecto de normas específicas, cuando nace la acción o cuando la persona titular puede conocer razonablemente las circunstancias que fundamentan la acción y la persona contra la cual puede ejercerse.

3. Como hemos dicho en la STSJC 75/2016 de 29 septiembre (ECLI:ES: TSJCAT:2016:8268), con cita de otras anteriores como principio general el derecho civil catalán para el cómputo de la prescripción y caducidad incorpora, junto al criterio de la “actio nata” (nacida) y ejercible, el de la cognoscibilidad razonable, ello siempre que no existan normas específicas.

4. En el presente caso existe una norma específica en el art. 35 de la llei 1/2018 de contratos de cultivo que parte del principio de la cognición real de las circunstancias de la compraventa. No existe ninguna laguna legal que deba ser integrada con otras normas igualmente particulares como son las establecidas en diferentes preceptos del libro V del CCCat regulando otros retractos legales.

5. La llei 1/2008 es posterior a la promulgación del libro V del CCCat que lo fue por llei Ley 5/2006 por lo que el legislador pudo haber regulado el retracto arrendaticio de modo semejante al retracto de comuneros ex art. 552-4.2, al retracto del nudo propietario del art. 561-10.3 o al de colindantes del art. 568-19.1 del libro V precedente, y no lo hizo.

6. Antes bien, el art. 35 de la LCC solo ha sido derogada por el art. 623-29.2 del libro VI del CCCat aprobado por llei 3/2017, de 15 de febrero que entró en vigor el día 1 de enero de 2018 y que es aplicable a los contratos celebrados desde ese día según su DT 3 y derogatoria única de dicha llei.

7. No existe pues razón jurídica alguna para aplicar al retracto arrendaticio rústico nacido bajo la vigencia de la LCC, que contiene una regulación completa de ese derecho en el ámbito sectorial que abarca, un precepto previsto para otra clase de retracto en una ley general anterior, ni menos aún en una ley que no se hallaba en vigor, privando de un derecho atribuido por la legislación a los arrendatarios de fincas rústicas.

8. En el mismo sentido la jurisprudencia del Tribunal Supremo, aplicando el art. 88 de la antigua Ley de arrendamientos rústicos de 31 de diciembre de 1980, similar en este punto al art. 35 de la LCC catalana, no consideró como dies a quo para el cómputo del plazo de caducidad en el retracto el de la fecha de la inscripción de la venta en el Registro de la propiedad del art. 1524 del CC para otros retractos legales, sino la norma específica establecida en la LAR (STS Sala 1ª de 506/2001 de 25 de mayo, 920/2008 de 13 de octubre, o 824/2009 de 14 de dic.)».

La STSJC núm 45/21 de 8 de septiembre de 2021 (ECLI:ES: TSJCAT: 2021:9050), plantea determinar el «dies a quo», del plazo de caducidad de tres meses previsto en el art. 552.4 CCCat. (acción retracto) en un procedimiento de apremio.

«5. Tanto la legislación española como la catalana reconocen el derecho de adquisición preferente a los copropietarios, también aunque existen importantes diferencias; así, en la legislación catalana se permite a los copropietarios que en el título de adquisición, mediante escritura pública, se acuerde la no aplicación de este derecho, cosa que no se contempla en el CC, y en cuanto al plazo para ejercer el derecho de tanteo en ambos ordenamientos se establece el plazo de 1 mes, pero en el retracto la normativa catalana amplía el plazo de 9 días español hasta los 3 meses; en el caso del retracto, desde que el titular del derecho conoce la transmisión o desde la inscripción de ésta en el Registro de la Propiedad.

6. Si como acontece en el presente supuesto, la enajenación se produce sin notificación previa y se celebra la venta (o si ésta se celebra en circunstancias diferentes a las notificadas), el art. 552-4.2 CCCat otorga supletoriamente un derecho de retracto de 3 meses con el inicio del “dies a quo” en el momento del conocimiento de la enajenación y sus circunstancias o de la inscripción registral.

7. En el presente supuesto y de acuerdo con lo razonado por la Audiencia Provincial, concurren los requisitos del art. 552-4 CCCat en relación con el 266 LEC, al ejercitarse el retracto por un comunero, dentro de aquel plazo de caducidad.

En el caso de la subasta la acción nace con su aprobación judicial, al entrañar la perfección del contrato (STS 30.10.1990) o la consumación del mismo (STS 1.7.1991, 11 julio 1992, 25 mayo 2007, 26 febrero 2009), pues con la aprobación del remate y la subsiguiente adjudicación al rematante de la finca subastada, se opera la consumación del contrato, adjudicación aquella con carácter de tradición simbólica o “ficta”, con lo que, consumada la venta por la concurrencia de título (aprobación del remate) y modo (adjudicación al rematante de la finca subastada), con el Auto o Decreto de adjudicación queda consumada la venta judicial (SSTS 842/2013 de 18 de diciembre y 22 de julio de 2013).

En todo caso, el conocimiento de la venta debe ser preciso, claro, completo y ha de incluir todos los pactos y condiciones de la transmisión, para que los interesados puedan decidir si ejercitan o no el retracto, sin ser suficiente la mera noticia de la misma (SSTS 21 marzo 1990, 20 mayo 1991, 7 octubre 1996, 24 septiembre 1997, 3 marzo 1998).(...)

(...) De otro lado, la Sentencia no se aparta de nuestra doctrina en la medida en que, en la STSJC de 29/09/2016 (Rec 42/16), respecto del cómputo del plazo de caducidad establecido para retraer que afirma el recurrente, se dijo:

“(...) A partir de dichas consideraciones previas y teniendo en cuenta que en el derecho civil catalán para el cómputo de la prescripción y caducidad —como en autos— incorpora junto al criterio de la actio nata (nacida) y ejercible, el de la cognoscibilidad razonable, como sucede también para la prescripción conforme declaramos en las SSTSJC 48/2015, de 25 de junio y 30/2016, de 19 de mayo, de conformidad con lo dispuesto en el art. 122-5.1 CCCat, a salvo de normas específicas que en ningún caso pueden amparar la mala fe probada. Por tanto, es dicha cognoscibilidad razonable —a partir de la notificación fehaciente— la que debe tenerse presente en el caso concreto examinado (...).

La «*ratio decidendi*» es la siguiente:

«De este modo, ese “Certificado de Adjudicación”, equivaldría, “mutatis mutandi”, al Auto de Adjudicación (actualmente Decreto expedido por el Secretario Judicial según dispone el citado artículo 674 LECiv), de modo que, hasta que no se dispone del mismo no se puede tener la consideración de “dueño” y ello aconteció, en el caso presente, con la certificación y posterior notificación a la retrayente el 5 de febrero de 2016, siendo presentada la demanda rectora el 29 de marzo siguiente, por lo que el plazo de caducidad no había concluido como pretende el recurso».

La reciente STSJC 2/23 de 9 de enero (RC 86/22) señala la siguiente doctrina sobre la regulación en el CCCat de la caducidad de las acciones de retracto:

«1. En l'article 122-1 i següents, el llibre I del CCCat regula l'institut de la caducitat de les accions. Pel que fa al còmput dels terminis, l'article 122-5.1 estableix que aquests s'inicien, en defecte de normes específiques, quan neix l'acció o quan la persona titular pot conèixer raonablement les circumstàncies que fonamenten l'acció i la persona contra la qual pot exercir-se.

2. Hi ha normes específiques respecte al còmput del termini de caducitat en el llibre IV, en el llibre V i en el llibre VI del CCCat, en relació amb l'acció de retracte.

3. Són les següents:

– L'article 552-4.2 del CCCat regula el retracte de comuners indicant que, si no hi ha notificació per al tempteig o si la transmissió s'efectua per un preu o en circumstàncies diferents de les que hi consten, el tempteig comporta el retracte, que pot exercir-se en el termini de tres mesos comptats des del moment en què els altres cotitulars tenen coneixement de l'alienació i les seves circumstàncies o des de la data en què s'inscriu la transmissió en el registre que correspon.

Pel que fa al termini per al còmput del retracte de cohereus, el llibre IV del CCCat, en l'article 463-6 es remet a l'article 552-4.2.

– L'article 561-10, que tracta del retracte del nu propietari, té la mateixa redacció pel que fa al dies a quo que l'article 552-4.2 i també l'exercici del dret de fatiga ex article 565-24. El mateix ocorre en la regulació del retracte de confrontants, segons l'article 568-19.

– L'article 568-15 quan regula els drets voluntaris de tempteig o retracte diu que:

“1. El dret real de tanteig implica el de retracte si manca la notificació fefaent dels elements essencials de l'acord de transmissió o si la transmissió s'ha fet en condicions diferents de les que constaven en la notificació o abans de vencer el termini per a exercir el tanteig.

2. El dret de retracte s'ha d'exercir en un termini igual al pactat per a l'exercici del dret de tanteig o, si no se n'ha pactat cap, en un termini de tres mesos, en ambdós casos comptats des de la data en què s'inscriu en el Registre de la Propietat o en què es té coneixement de l'alienació”.

En aquest cas, doncs, s'altera l'ordre ja que s'esmenta en primer lloc la inscripció en el registre de la propietat.

– Finalment, el llibre VI del CCCat, últim dels integrats en el CCCat, regula el retracte arrendatíci rústic de la manera següent:

“Article 623-29 CCCat. Dret de retracte.

1. L'arrendatari gaudeix del dret de retracte sobre la finca arrendada si el propietari no li notifica la voluntat d'alienar, donar en pagament o fer aportació a una societat de la finca arrendada, o la transmet a un tercer abans del termini de dos mesos, o ho fa per un preu o unes condicions substancials diferents de les comunicades.

2. L'arrendatari pot exercir el retracte dins els dos mesos següents al moment en què tingui coneixement de l'alienació, o al moment de la inscripció d'aquesta en el Registre de la Propietat, si s'ha produït abans.»

Fija la siguiente doctrina:

«D'aquesta manera, l'article 552-4.2 del CCCat ha d'interpretar-se en el sentit que el dies a quo per al còmput del termini de l'acció de retracte de comuners és el de la inscripció de la venda en el registre de la propietat o bé el del coneixement de les circumstàncies de la venda si fos anterior a la data de la inscripció o si la venda no s'hagués inscrit».

8.3. Caducidad de la acción impugnación de laudo arbitral

La STSJC. núm 31/13 de 22 de abril de 2013 (ECLI:ES: TSJCAT: 2013: 5323) sentó por primera vez, la siguiente doctrina:

«Según vienen entendiendo los diversos tribunales que actualmente ostentan competencias en la materia y que han resuelto cuestiones similares (Vid. ATSJ Navarra 12/2011 de 12 dic. —ROJ ATSJ NAV 15/2011—; AATSJ Comunidad Valenciana 18/2011 de 6 oct. —ROJ ATSJ CV 11872011—, 22/2011 de 10 nov. —ROJ ATSJ CV 137/2011—, y 6/2012 de 6 mar. —ROJ ATSJ CV 22/2012—; y STSJ Comunidad Valenciana 16/2012 de 18 may. —ROJ STSJ CV 3916/2012—), el mencionado plazo de dos meses desde la notificación del laudo para la interposición de la demanda de anulación es —al igual que los previstos para el ejercicio de las acciones de revisión de sentencias judiciales firmes (art. 512 LEC) o de reclamación de indemnización por error judicial (art. 293.1.a LOPJ), entre otras— un plazo de caducidad (no de prescripción) de naturaleza civil o sustantiva (no procesal).

Por su condición de tal y al hallarse fijado por meses, dicho plazo debe computarse de fecha a fecha, según lo previsto en el art. 5 CC, debiendo iniciarse su cómputo el día siguiente al de la recepción de la notificación o comunicación del laudo (art. 5.b LA), sin excluir el mes de agosto —a este respecto véanse, entre otras menos recientes, las SSTs 1ª 171/2010 de 15 mar. FD2, 645/2010 de 21 oct. FD3, 837/2010 de 9 dic. FD1 y 233/2011 de 29 mar. FD2, así como el AT 1ª 15 feb. 2011 (rec. nº 28/2010)—, que únicamente es inhábil a efectos procesales (art. 183 LOPJ), como tampoco los días festivos, sin perjuicio de considerar prorrogado el plazo hasta el primer día laborable siguiente, si el último fuera festivo en el lugar de recepción de la notificación o comunicación (art. 5.b LA), incumbiendo a la parte que demanda la anulación del laudo la alegación y la acreditación de la observancia del plazo en el ejercicio de dicha acción y, en especial, la del dies a quo (AT 1ª 4 dic. 2012 —rec. nº 26/2012— y STS 1ª 43/2013 de 6 feb. FD3).

Además, como tal de plazo de caducidad, no es susceptible de interrupción o suspensión, ni siquiera por el ejercicio de la propia acción ante órgano jurisdiccional incompetente (SSTS 1ª 23 sep. 2004, 11 abr. 2005, 30 abr. 2007, 20 dic. 2010 y 21 sep. 2011) o por error judicial (SSTS 1ª 11 may. 2001, 4 nov. 2002 y 11 abr. 2005).

Finalmente, cabe advertir que la sujeción al breve plazo de caducidad establecido en el art. 41.4 LA alcanza a la acción anulatoria en su conjunto y a todos los motivos de anulación previstos en ella, según se desprende de la doctrina sentada en la STC 288/1993, de 4 de octubre.»

La reciente STSJC núm. 41/22 de del 8 de julio de 2022 (ECLI:ES:TSJCAT:2022:7533) recuerda tal doctrina reiterada:

«La normativa de aplicación viene dada por el artículo 41.4 LA, el cual establece un plazo de caducidad de la acción de anulación de laudos arbitrales de dos meses, a contar (dies a quo) desde la notificación del Laudo a la persona designada en el expediente arbitral hasta el momento (dies ad quem) en que se presente la demanda de anulación ante el Tribunal Superior de Justicia, ya que el mismo dispone que:

La acción de anulación del laudo habrá de ejercitarse dentro de los dos meses siguientes a su notificación o, en caso de que se haya solicitado corrección, aclaración o complemento del laudo, desde la notificación de la resolución sobre esta solicitud o desde la expiración del plazo para adoptarla.

Como ya ha dicho esta Sala en anterior S. 31/2013 de 22 abril, recordada en la más reciente S. 30/2022 de 3 de junio:

«(...) el mencionado plazo de dos meses desde la notificación del laudo para la interposición de la demanda de anulación es —al igual que los previstos para el ejercicio de las acciones de revisión de sentencias judiciales firmes (art. 512 LEC) o de reclamación de indemnización por error judicial (art. 293.1.a LOPJ), entre otras— un plazo de caducidad (no de prescripción) de naturaleza civil o sustantiva (no procesal). Por su condición de tal y al hallarse fijado por meses, dicho plazo debe computarse de fecha a fecha, según lo previsto en el art. 5 CC (...) incumbiendo a la parte que demanda la anulación del laudo, la alegación y la acreditación de la observancia del plazo en el ejercicio de dicha acción y, en especial, la del diez a quo. Además, como tal plazo de caducidad, no es susceptible de interrupción o suspensión, ni siquiera por el ejercicio de la propia acción ante órgano jurisdiccional incompetente.»

9. Adenda

El TSJC no ha tenido, hasta este momento, oportunidad de dictar doctrina respecto del plazo de prescripción de reclamación de cuotas comunitarias.

En Cataluña las Audiencias Provinciales venían aplicando el plazo general de 10 años del art 121-20 CCCat, por considerar que no se estaba ante pagos periódicos que se hayan de hacer por años o por periodos más breves.

El 15 de noviembre de 2019 se celebró una reunión de Presidentes de las Secciones Civiles de la Audiencia Provincial de Barcelona (al amparo de lo previsto en los artículos 264 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 57.1 c) del Reglamento 1/2000, de los Órganos de Gobierno de Tribunales), en la que se adoptó por unanimidad la siguiente decisión sobre unificación de criterios:

«El plazo de prescripción de la acción de reclamación de cuotas de las comunidades de propietarios es el general de 10 años previsto en el artículo 121-20 del Codi Civil de Catalunya. La aplicación del plazo más limitado de 3 años es incompatible con la afección real del inmueble al pago de las cuotas comunitarias, que pone de manifiesto la singularidad de la obligación contributiva de los comuneros».

La STS 3 de junio de 2020 (ROJ: STS 1564/2020 – ECLI:ES:TS: 2020:1564), aplica la doctrina siguiente, tras partir de la consideración de que se trata de «pagos periódicos»:

«El interés casacional de la cuestión jurídica afecta únicamente a las reclamaciones de cuotas impagadas anteriores a la entrada en vigor de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, pues la misma ha modificado el artículo 1964 CC estableciendo un plazo general de prescripción de acciones personales de cinco años, coincidente con el previsto en el artículo 1966-3.º, que no ha sido modificado.

Partiendo de tal afirmación, frente a la discrepancia presente en las resoluciones de las audiencias provinciales, se ha de considerar aplicable a este supuesto el plazo de cinco años previsto en el citado artículo 1966-3.º, referido a las acciones ordenadas a exigir pagos que deban hacerse por años o en plazos más breves, situación en la que resulta plenamente subsumible el caso de la contribución de los comuneros a los gastos comunes establecida como obligación en el artículo 9.1.e) LPH, sin que el hecho de tratarse de una obligación prevista en la propia ley haya de determinar la aplicación de un plazo distinto de prescripción. Los presupuestos de la comunidad son anuales y en el ejercicio económico anual se producen los gastos correspondientes que han de ser satisfechos por los comuneros según la cuota asignada. Precisamente el aplazamiento por mensualidades de los pagos, en este caso de las cuotas de comunidad, responde a la necesidad de no sobrecargar a las economías familiares que podrían ser destinatarias de una reclamación muy cuantiosa. Es cierto que se trata de una obligación esencial para el desarrollo de la vida comunitaria y que cesar en los pagos supone —salvo casos especialmente

justificados— una actuación insolidaria, pero del mismo modo resulta incomprensible que la comunidad deje transcurrir tan largo período de tiempo —en este caso, notablemente superior a los cinco años— para exigir el pago del comunero que reiteradamente falta al cumplimiento de sus obligaciones.

El plazo especial de cinco años pasó del artículo 2277 del Código civil francés al artículo 1971 del Proyecto de 1851 que ordenaba que:

“se prescribe por cinco años la obligación de pagar los atrasos, 1º de pensiones alimenticias; 2º del precio de los arriendos, sea la finca rústica o urbana; 3º de todo lo que debe pagarse por años o en plazos o períodos más cortos”.

De este modo llega al artículo 1966 CC, cuyo texto dice:

“por el transcurso de cinco años prescriben las acciones para exigir el cumplimiento de las obligaciones siguientes: 1º la de pagar pensiones alimenticias; 2º la de satisfacer el precio del arrendamiento de fincas rústicas o urbanas; 3º la de cualesquiera otros pagos que deban hacerse por años o en plazos más breves”.

Como destaca parte de la doctrina, la regla se encuentra íntimamente ligada con la condena de la usura y trata de impedir la capitalización. Se trata de una norma inspirada en el “favor debitoris”, pues a través de ella se pretende impedir que los deudores se vean perjudicados mediante una continua y sucesiva acumulación que puede incluso en ocasiones conducirles, a través de elevadas demandas judiciales y el embargo de sus bienes, a la ruina; porque si el pago distanciado y periódico de las pequeñas sumas es algo que cabe dentro de las posibilidades económicas del deudor, la conversión de un cúmulo de posibilidades temporalmente distanciadas en una única deuda acumulada de mayor importe, por obra de la voluntad del acreedor que deja intencionadamente de reclamar las prestaciones durante algún tiempo, puede conducir a graves perjuicios. Tales consideraciones no han de perder su efectividad por el lógico rechazo social que produce el hecho de la existencia de deudores morosos en las comunidades de propietarios. Son los responsables en cada caso de dichas comunidades —presidente y administrador— quienes han de velar por el cumplimiento adecuado de tales obligaciones y quienes, en su caso, deberán responder ante la comunidad a la que administran y representan.

En consecuencia, la doctrina aplicable ha de ser la de entender que en estos casos resulta de aplicación el plazo de prescripción de cinco años del artículo 1966-3.º CC.»

Las SSTS, Sala Primera, de lo Civil, Pleno, 769/2021, de 4 de noviembre y 182/2021, de 30 de marzo, se pronuncian en el mismo sentido.

Alguns problemes de l'aplicació de les normes del CCCat en matèria de prescripció

Èmfasi especial en el camp de la responsabilitat civil

Sonia Ramos González

Professora agregada de dret civil.

Universitat Pompeu Fabra

Sumari

1. Introducció

2. Relacions entre el dret civil català i el dret estatal

2.1. Aplicació supletòria del dret civil estatal

- a) STSJCat 22/2011, de 26 de maig
- b) La determinació d'una possible llacuna legal en matèria de prescripció: la interrupció de la prescripció davant d'un dels deutors solidaris
- c) Grup de casos seleccionat: les pretensions de responsabilitat civil derivades d'infraaccions del Dret de la Competència basades en l'article 1902 CC.

2.2. Aplicació directa del dret estatal.

- a) Acció directa contra el Consorci de Compensació d'Assegurances i acció de responsabilitat civil contra el conductor del vehicle causant del dany
- b) Pretensió de responsabilitat patrimonial contra l'Administració pública
- c) Acció restitutòria derivada de la nul·litat de clàusules abusives en contractes amb consumidors

2.3. Aplicació del CCCat com a dret civil comú o general respecte a les lleis estatals no civils.

3. Doctrina del TSJCat sobre la cognoscibilitat raonable dels elements de la pretensió

4. Conclusions

5. Bibliografia

1. Introducció

L'1 de gener de 2024 es compliran vint anys de vigència dels arts. 121-1 a 122-5 CCCat, introduïts per la Llei 29/2002, de 30 de desembre. Primera llei del Codi civil de Catalunya. Aquests preceptes preveuen una regulació completa del règim jurídic de la prescripció, que, a més dels terminis, inclou el còmput, la interrupció i la suspensió, entre d'altres aspectes. El treball aborda, a partir de l'anàlisi de la jurisprudència del TSJCat i de la jurisprudència menor d'Audiències Provincials a Catalunya, dos problemes relatius a l'aplicació d'aquesta regulació: la determinació de la llei aplicable al termini de prescripció de la pretensió, quan aquesta està regulada pel dret estatal, civil o no civil; i la determinació del *dies a quo* del termini, d'acord amb la regla general de l'article 121-23 CCCat, que introdueix el criteri de la cognoscibilitat sobre les circumstàncies que fonamenten la pretensió i la persona contra la qual es pot exercir.

Sobre la qüestió relativa als terminis de prescripció, cal tenir en compte que l'article 121-20 CCCat, relatiu al termini general decennal aplicable a les accions i drets que no tenen assenyalat cap termini especial especial —entenc que s'ha de referir a aquells assenyalats pel dret civil català—, va substituir l'article 344 del Text Refós de la Compilació del Dret Civil de Catalunya, aprovada pel Decret legislatiu 1/1984, únic precepte relatiu als terminis de la prescripció, el qual remetia, en primer lloc, als terminis especials de la Compilació; en allò no previst per ella, als especials que determinava el Codi Civil; i, com a regla de defecte, establia el termini general de 30 anys aplicable a les accions i drets, personals o reals que no tinguessin assenyalat cap termini especial, i a les servituds, llevat de les accions i drets reals sobre béns mobles, per les quals establia un termini de 6 anys.

Tot i que amb l'entrada en vigor del llibre I CCCat, es redueix de trenta a deu anys el termini general de prescripció aplicable a les accions i drets que no tenen assenyalat cap termini especial, seguint la tendència en dret comparat

cap a un escurçament dels terminis, la reforma de l'article 1964.2 CC per la Llei 42/2015, de 5 d'octubre, per la qual es va reduir el termini general de les accions personals de quinze a cinc anys, porta a fer una valoració del termini català com a un termini potser excessivament llarg, sobre tot si es té en compte el criteri jurisprudencial d'aplicació restrictiva de la prescripció i el criteri subjectiu que regeix en el còmput del termini (art. 121-23.1 CCCat).

No obstant l'anterior, el termini decennal té un àmbit d'aplicació limitada tenint en compte que els articles 121-21 i 121-22 CCCat preveuen altres terminis generals de prescripció més breus, de gran importància pràctica i similars als previstos pels articles 1966, 1967 i 1968 CC, els quals regeixen només per a determinats tipus genèrics de pretensions: tres anys per a algunes pretensions contractuals (pagaments periòdics, remuneració de prestacions de serveis i d'execucions d'obra, cobrament del preu en vendes de consum), així com per les de responsabilitat civil extracontractual; i un any per a les pretensions protectores exclusivament de la possessió.

Les disposicions sobre prescripció del CCCat, com el conjunt del dret civil català, tenen eficàcia territorial i són preferents sobre qualssevol altres (arts. 111-3.1 i 111-5, primer incís CCCat) i també resulten aplicables quan el dret civil català es crida a aplicar-se com a dret comú a una pretensió regulada per una norma estatal no civil (art. 111-4 CCCat). En el treball es constata que manca doctrina del TSJCat sobre l'efectivitat externa de l'article 111-4 CCCat i que encara hi ha controvèrsia a la jurisprudència menor sobre l'aplicació del termini de prescripció, si el quinquennal del CC o el decennal del CCCat, a les pretensions contractuals derivades del CCom que no tenen un termini especial.

La determinació de la llei aplicable a la prescripció es planteja especialment problemàtica quan el dret estatal, civil o no civil, aplicable a Catalunya, ja sigui de manera supletòria o directa, preveu un termini especial de prescripció respecte als previstos en el CC. Es desprèn de les SSTSCat que un dels límits a la preferència dels terminis catalans és l'existència d'un termini especial previst en una norma estatal. El treball sosté, com a idea fonamental, que el principi de competència i no el d'especialitat hauria de regir les relacions entre el dret civil català i el dret estatal.

2. Relacions entre el dret civil català i el dret estatal

Els problemes relatius a la llei aplicable a la prescripció i, en particular, a la qüestió relativa al termini de prescripció de determinades pretensions,

s'han plantejat en supòsits en què la pretensió no està regulada íntegrament pel dret civil català, ja sigui per manca de competència o perquè, malgrat tenir-la, no s'ha dictat legislació catalana.

La doctrina general seguida per la jurisprudència del TSJCat es pot sintetitzar de la següent manera: la normativa prevista en els articles 121-1 a 121-24 del CCCat és aplicable amb caràcter general i preferent a Catalunya (art. 111-5 CCCat), fins i tot en aquelles relacions jurídiques no específicament regulades en el CCCat o en el dret civil català. És comú trobar en les sentències dos límits a aquesta preferència: l'aplicació de normes de caràcter general que resultin directament aplicables a Catalunya, així com l'aplicació de lleis especials. Les sentències més citades com a referents d'aquesta doctrina són les SSTSJCat 22/2011, de 26 de maig —contracte d'obra—;¹ 93/2016, de 14 de novembre —contracte d'obra amb materials— i 55/2013, de 7 d'octubre, 60 i 61/2017, de 4 de desembre —accidents de circulació—):

«[L]es normes relatives a la prescripció contingudes [en els articles 121-1 a 121-24 del CCCat] [són] d'aplicació general i preferent a Catalunya encara que la totalitat de la relació jurídica a la qual resulti aplicable no sigui regulada al Codi civil català, sinó al CC (...) Tanmateix, el mateix preàmbul de la primera llei del CCCat, en la mesura que es refereix al caràcter preferent de les disposicions del dret civil de Catalunya, estalvia els supòsits en què siguin directament aplicables normes de caràcter general, i en l'STSJCat de 26 de maig de 2011 hem fet referència al fet que els terminis generals dels articles 121-20 a 121-22 no prevalen sobre aquells que són disposats en lleis especials aplicables a Catalunya. [Arran del que s'ha exposat, no és justificable que davant una voluntat legislativa de regulació autònoma i completa de la institució de la prescripció (exceptuant els supòsits de lleis especials) s'opti per obviar l'aplicació de la norma i acudir a una altra regulació vigent en el territori nacional pel sol fet que la institució a la qual s'ha d'aplicar no estigui directament regulada al CCCat.] (per totes, SSTSJCat de 4 de desembre de 2017)».

El problema principal que he advertit a partir de l'estudi jurisprudencial és que els tribunals han reiterat aquesta doctrina de manera uniforme, com si els supòsits que han motivat les SSTSJCat que són de referència plantegessin problemes idèntics de relacions entre el dret civil català i el

1 Reitera la doctrina la STSJCat 39/2011, de 12 de setembre —contracte de préstec civil— però referida a l'article 344 del Text Refós de la Compilació de Dret civil de Catalunya, aprovat per Decret legislatiu 1/1984, de 19 de juliol. Sobre els arguments del TSJCat expressats en aquestes dues sentències: ALEGRET BURGUÉS, Ma. Eugènia, «Els terminis de la prescripció extintiva en el dret d'obligacions a Catalunya: una qüestió polèmica», *Annals de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya*, IV, 2012, pp. 731-740.

dret estatal, quan entenc que no és així. Per exemple, la STSJCat de 26 de maig de 2011 es dicta en un cas d'aplicació supletòria del CC, mentre que les SSTSJCat de 4 de desembre de 2007 resolen un cas d'aplicació directa d'una llei especial estatal —Text refós de la Llei sobre responsabilitat civil i assegurança en la circulació de vehicles a motor, aprovat per RDL 8/2004, de 29 d'octubre, en endavant, TR LRCACVM—. Quant a aquest segon supòsit, és coneguda la doctrina del TS i del TSJCat sobre l'aplicació a Catalunya del termini d'un any previst per a l'acció directa en l'article 7.1 TR LRCACVM, en lloc del termini triennal de l'article 121-21.d) CCCat, aplicable a les pretensions de responsabilitat civil extracontractual, per tractar-se aquella d'una norma dictada en virtut de la competència exclusiva de l'Estat en matèria mercantil (i també perquè l'acció directa enfront l'asseguradora no és una mera pretensió de responsabilitat civil extracontractual, com sembla desprendre's de la jurisprudència del TS i la doctrina mercantil).

La distinció és important perquè si, com es proposa en el treball, el principi que determina les relacions entre el dret autonòmic i el dret estatal és el principi de competència i no el principi d'especialitat, l'existència d'un termini especial de prescripció en una norma estatal que s'apliqués supletòriament a Catalunya no hauria de desplaçar els terminis de prescripció del CCCat.

A més, la referència del fragment citat del TSJCat a les lleis especials com a una excepció separada de la regla competencial és, com a mínim, discutible, i de fet tampoc sembla que quedi clar què inclou, perquè, per exemple, la STSJCat 93/2016, de 14 de novembre, quan recull la doctrina esmentada, introdueix matisos que no són menors: «En la STSJC de 25-5-2011 ya destacábamos que existía una voluntad legislativa de regulación autónoma y completa de la institución de la prescripción sin perjuicio de lo establecido en la legislación mercantil o en leyes civiles especiales (STSJC de 7-10-2013)».

També crec que mereix un tractament diferenciat, com ha destacat la doctrina, el supòsit en què les regles sobre prescripció del CCCat s'apliquen com a part del dret civil comú aplicable a Catalunya, quan una norma estatal no civil remet a les regles del dret comú o, tot i no fer la remissió, la norma estatal no civil presenta una llacuna que l'operador no pot autointegrar amb les normes de la branca del dret corresponent.

El treball dona raó de la jurisprudència més recent del TSJCat i de la jurisprudència menor d'Audiències Provincials a Catalunya sobre alguns grups de casos on s'han plantejat aquests problemes de determinació de la llei aplicable a la prescripció, i els presenta a partir de les distincions

esmentades. Molts d'aquests casos tenen a veure amb pretensions de dret de danys. És, efectivament, un bon banc de proves, perquè fora de la regla de l'article 121-21.d) CCCat, el dret civil català no disposa, en l'actualitat, d'una regulació general sobre la responsabilitat civil i a nivell estatal, juntament amb la regulació general de l'article 1902 CC, existeixen múltiples règims de responsabilitat civil especial dins del CC (p.ex. l'art. 1905 CC) i fora del CC, regulats en lleis civils i/o mercantils (arts. 125 i seg. Text Refós de la Llei General per a la Defensa dels Consumidors i Usuaris i altres lleis complementàries (en endavant, TRLGDCU), art. 33 Llei 1/1970, de 4 d'abril, de caça, el TR LRCACVM o els arts. 71 i seg. Llei 15/2007, de 3 de juliol, de Defensa de la Competència, entre molts d'altres),² alguns dels quals contenen regles especials sobre prescripció. I, en segon lloc, perquè una característica distintiva de la responsabilitat civil és la seva transversalitat, és a dir, que normes de dret públic contenen regles de dret de danys, com succeeix amb els arts. 109 i ss CP, els arts 32 i ss. Llei 40/2015, d'1 d'octubre, de Règim Jurídic del Sector Públic i art. 67.1 Llei 39/2015, d'1 d'octubre, del Procediment Administratiu Comú de les Administracions Públiques, o la Llei 26/2007, de 23 d'octubre, de Responsabilitat mediambiental, algunes de les quals preveuen regles de prescripció.

2.1. Aplicació supletòria del dret civil estatal

Quan el dret subjectiu o la relació jurídica, de les quals derivi la pretensió, s'inclouen dins de la competència en dret civil de la Generalitat de Catalunya i no concorre cap element d'extraterritorialitat, el dret aplicable serà el dret civil català d'acord amb el sistema de fonts previst a l'article 111-1 CCCat. El fet que aquell no reguli tot el règim jurídic de la pretensió portarà a aplicar supletòriament el dret civil estatal (art. 111-5, segon incís CCCat), com a forma d'heterointegració del dret civil català, però aquest continuarà essent preferent en el territori de Catalunya en allò que regula respecte a la pretensió (art. 111-5, primer incís CCCat). Per tant, les normes de prescripció del CCCat

2 ESPIAU ESPIAU, Santiago, «La aplicación de la regulación del Libro I del Código Civil de Cataluña relativa a la prescripción de las pretensiones derivadas de responsabilidad extracontractual», *InDret* 1/2015, p. 21.

s'haurien d'aplicar amb preferència a les normes generals de prescripció del CC³ o a les previstes en lleis civils especials.

Quant a la supletorietat del dret civil estatal, l'article 111-5, primer incís CCCat es limita a recollir la supletorietat prevista en l'article 149.3 CE («(...) El derecho estatal serà, en todo caso, supletorio del derecho de las Comunidades Autónomas»), que estableix una regla d'articulació entre ordenaments jurídics i s'ha de distingir de la supletorietat del CCCat com a dret civil comú a Catalunya, prevista a l'article 111-4 CCCat.^{4, 5}

-
- 3 Ja ho havia defensat amb molta claredat Albert Lamarca Marquès l'any 1999 en un treball sobre el termini de prescripció de trenta anys de l'article 344.2 de la CDCC en què explicava la ineguda inaplicació del termini per part de la major part de les sentències d'Audiències Provincials, a LAMARCA MARQUÈS, Albert, «La prescripció de les accions personals que no tenen assenyalat termini», *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 4, 1999, p. 957-982, p. 965-966: «El termini trentenari s'aplicarà a qualsevol acció personal, derivi d'una institució prevista en el dret civil de Catalunya o no» (p. 965). En el mateix sentit, quant a la regulació del CCCat: «Els terminis de prescripció decennal i triennal en el Codi Civil de Catalunya», *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 1, 2013, p. 11-57. També, ABRIL CAMPOY, Joan Manel, «La prescripció en el dret civil de Catalunya: la normativa catalana només és aplicable quan hi ha una regulació pròpia de la pretensió que prescriu?», *InDret* 2/2011: «el que no es pot dur a terme, perquè constitueix una violació frontal del sistema de fonts del dret civil català, i de l'art. 111-5 CCCat, és menysprear el dret català (...) i, en base a l'argument de què una sola normativa ha de regular tota la relació, inserir la normativa sobre la prescripció del CC» (p. 26).
 - 4 Els articles 111-4 i 111-5 CCCat són acumulables, indica el professor Ferran BADOSA COLL («Comentari a l'article 111-4 CCCat», a: LAMARCA I MARQUÈS, Albert; VAQUER ALOY, Antoni (Eds.), *Comentari al llibre primer del Codi civil de Catalunya. Disposicions preliminars. Prescripció i caducitat*, Atelier, Barcelona, p. 149-172, p. 157.
 - 5 Sobre la distinció entre la supletorietat com a regla d'articulació entre ordenaments i la supletorietat com a regla que estableix les relacions entre matèries d'un mateix ordenament: MIRAMBELL I ABANCO, Antoni, «Comentari a l'article 111-5 CCCat» a: LAMARCA I MARQUÈS, Albert; VAQUER ALOY, Antoni (Eds.), *Comentari al llibre primer del Codi civil de Catalunya. Disposicions preliminars. Prescripció i caducitat*, Atelier, Barcelona, p. 173-204, p. 191; María Paz GARCÍA RUBIO, «Plurilegislación, Supletoriedad y Derecho civil», en José Manuel GONZÁLEZ PORRAS, Fernando P. MÉNDEZ GONZÁLEZ (Coords.), *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, Universidad de Murcia, Servicio de Publicaciones, Vol. 1, 2004, p. 1939-1954, p. 1940-1941.

a) La STSJCat 22/2011, de 26 de maig

A partir de la STSJCat 22/2011, de 26 de maig, dictada en un cas de reclamació de quantitat derivada d'un contracte d'obra on es discuteix si cal aplicar el termini triennal de l'article 121-21.b) del CCCat o el termini decennal del CC aplicable a les pretensions personals, el TSJCat va establir la doctrina segons la qual la preferència de la normativa catalana en matèria de prescripció no es veu afectada perquè la relació jurídica no estigui regulada en el dret civil català. En el procediment, el JPI havia desestimat la demanda per considerar prescrita l'acció subjecta al termini triennal del CCCat. La SAP de Barcelona, Secc. 1^a, de 2 de febrer de 2010, va estimar el recurs del demandant i va estimar la demanda després de considerar que l'acció no estava prescrita, en resultar aplicable a Catalunya l'article 1964.2 CC (en la seva redacció anterior a la Llei 42/2015). Els arguments que va utilitzar la SAP i que havien utilitzat fins al moment altres Audiències Provincials⁶ són erronis: primer, va tenir en compte la interpretació del TC sobre l'article 111-4 CCCat (caràcter de dret comú) en la Interlocutòria 349/2003, de 29 d'octubre,⁷ en el sentit de considerar que el precepte només era aplicable al dret propi català i no al dret civil estatal aplicable en el territori de Catalunya,⁸ quan la supletorietat de la que tracta el cas no és la de l'article 111-4 CCCat, sinó la de l'article 111-5, segon incís CCCat. L'AP, a més, adverteix un conflicte de lleis (estatal i autonòmica) —que no

6 Els arguments són molt similars als que va utilitzar l'anterior SAP Barcelona, Secc. 1^a, de 10 de març de 2010, que va considerar que el termini aplicable a una acció de responsabilitat civil extracontractual derivada d'uns fets que van tenir lloc a Catalunya era el d'un any de l'article 1968.2 CC. Un comentari crític als arguments utilitzats per l'AP es pot veure a: ESPIAU ESPIAU, Santiago, «L'aplicació de la regulació de la prescripció establerta al Codi Civil de Catalunya. Comentari a la sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona de 10 de març de 2010», *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 1-2011, p. 213-220.

7 Va resoldre l'aixecament de la suspensió dels articles del Llibre I objecte de recurs d'inconstitucionalitat.

8 «[L]a aplicación de los preceptos que nos ocupan alcanza, en los términos expuestos en el FJ 4, al ámbito del Derecho Civil de Cataluña, ámbito en el que la existencia de una regulación material propia no puede considerarse de por sí atentatoria contra el principio de seguridad jurídica».

existeix—⁹ que havia de ser resolt d'acord amb l'art. 10.10 CC, que portaria a l'aplicació d'una única llei aplicable al contracte, la que regulés el seu compliment, incompliment, així com la seva extinció i, en aquesta línia, considera que reforça la idea de la unitat del dret aplicable al cas el fet que, per exemple, l'article 12.1.d) del Reglament 593/2008, de 17 de juny de 2008, sobre la llei aplicable a les obligacions contractuals (Roma I) determini que la llei aplicable al contracte regeix també les formes d'extinció. El TSJCat va revocar la SAP i va confirmar la SJPI:

«L'article 10.10 no serà operatiu quan el Codi civil entri en la relació jurídica regulada pel dret civil de Catalunya com a dret supletori en virtut del que estableix l'article 111.5 del mateix CCCat (...). No és justificable que davant d'una voluntat legislativa de regulació autònoma i completa de la institució de la prescripció (llevat lleis especials) s'opti per obviar l'aplicació de la norma i acudir a una altra regulació vigent en el territori nacional pel sol fet que la institució a la qual s'ha d'aplicar no estigui directament regulada en el CCCat» (FJ. 6è).

En canvi, va existir un conflicte de lleis per exemple en el cas resolt per la STSJCat 22/2019, de 14 de març, relatiu a una pretensió de reclamació d'honoraris derivats de part dels serveis d'arquitectura prestats per la societat limitada professional demandant, Rokiski Arquitectos, amb domicili a Castelló, a favor de la part demandada Rio Cenia, S.A, empresa domiciliada a Alcanar. El contracte no preveia clàusula de submissió expressa sobre la llei aplicable. La SAP Tarragona, Secc. 3^a va considerar aplicable el triennal de l'article 121-21.b) CCCat i va determinar com a *dies a quo*, d'acord amb l'article 121-23.1 CCCat, la data en què, d'acord amb la documentació aportada per la demandant, aquesta va finalitzar la primera part de l'encàrrec i coneixia l'import dels honoraris d'aquesta part. El TSJCat

9 En supòsits domèstics o merament interns, l'aplicació del dret civil estatal, en el seu cas, serà pel seu caràcter supletori, però no per efecte de l'aplicació d'una norma de conflicte. FONT SEGURA, Albert, «La utilització del Dret internacional privat com a criteri d'aplicabilitat del Dret civil català a Catalunya», *Revista Catalana de Dret Privat*, vol. 15-1 (2015), p. 77-86, p. 81. En el mateix sentit: ESPIAU ESPIAU, Santiago, «L'aplicació del dret supletori i la regulació de la prescripció en el Codi Civil de Catalunya» *In Dret* 2/2013. Un cop s'hagi determinat, per l'aplicació de les normes de conflicte, quin és el dret aplicable a la pretensió, aquest, incloent les normes sobre prescripció, serà el que regularà íntegrament la pretensió. NASARRE AZNAR, Sergio, *L'abast de la prescripció i de la caducitat del Codi Civil de Catalunya. Estudi de la seva aplicació a les normes estatals vigents a Catalunya*, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Generalitat de Catalunya, 2011, pp. 1-289, pp. 37 i ss.

va cassar la SAP i va retornar les actuacions, perquè l'AP no havia tingut en compte l'element d'extraterritorialitat de la relació jurídica i la necessitat d'aplicar la norma de conflicte de l'article 10.5 CC que porta a l'aplicació del CC «amb les implicacions de tota mena que això comporta» (FJ. 4rt).

Després de la STJCat 22/2011, el TSJCat ha establert jurisprudència en torn a l'aplicació del termini triennal de l'article 121-21 b) CCCat als contractes d'obra amb aportació de materials i de treballadors (SSTSJCat 36/2018, de 19 d'abril —relativa a la rehabilitació d'un local de negoci—, 93/2016, de 14 de novembre o STJCat 54/2015, de 13 de juliol) —sobre una instal·lació de canalitzacions d'aigua, gas, calefacció i aire acondicionat—. En el cas resolt per la SSTSJCat 93/2016, el contractista va reclamar al comitent la contraprestació derivada de la rehabilitació d'un edifici amb subministrament de materials. El JPI va desestimar la demanda. L'AP va estimar el recurs de la part actora i va desestimar l'excepció de prescripció per considerar aplicable el termini decennal de l'article 121-20 CCCat. El TSJCat va estimar el recurs de cassació del demandat i va considerar prescrita l'acció en aplicació de l'article 121-21.b CCCat: «no escau pressuposar que el legislador va voler excloure de l'article 121-21.b CCCat, precisament, els supòsits més freqüents d'execució d'obres com són aquells en què el contractista subministra també el material (reparacions, rehabilitacions o construcció de mobles o immobles) i els seus treballadors, per reduir-la als comptats supòsits en què el contractista només posa directament la seva feina. I si ens remuntem als antecedents històrics, observarem que quan el legislador català va voler regular els termes curts de prescripció sempre va considerar inclosa en la prescripció triennal el contracte d'obra amb subministrament de material» (Amb referència al Projecte d'apèndix del dret català de 1930 i a l'Avantprojecte de Compilació catalana de 1955) —FJ. 5è—.

Allò que es desprèn de la SSTSJCat 22/2011 és que l'aplicació supletòria del dret civil estatal no desplaça el dret civil català en allò que regula.¹⁰ És a dir, no hi ha cap efecte expansiu a favor del dret civil estatal amb la finalitat d'aconseguir una pretesa unitat de la regulació que no està justificada.

Una conseqüència que, al meu parer, es deriva d'aquest raonament, però en el que la sentència no hi entra, és que un cop determinat que el

10 En el mateix sentit, ABRIL CAMPOY, Joan Manel, «La prescripció en el dret civil de Catalunya: la normativa catalana només és aplicable quan hi ha una regulació pròpia de la pretensió que prescriu?», *InDret* 2/2011, p. 26.

dret aplicable a la pretensió és el dret civil català, només hauria de resultar aplicable el dret estatal en allò no regulat i, per tant, si una llei especial civil conté regles específiques de prescripció aquestes no haurien de ser aplicables supletòriament a Catalunya, per molt especial que sigui la norma. Perquè fossin aplicables s'hauria d'acceptar primer que hi ha un buit legal en el dret civil català i aquest buit no existeix en matèria de prescripció. Cal subratllar que el principi d'especialitat no regeix les relacions dret autonòmic —dret estatal, que s'han de regir pel principi de competència.¹¹ Aquesta, però, no és la tesi seguida en algunes sentències: per exemple, el TSJCat es basa en el principi d'especialitat en la STSJCat 77/2015, de 5 de novembre, per tal de considerar aplicable el termini de dos anys previst per l'article 18.1 de la Llei 38/1999, de 5 de novembre, d'Ordenació de l'Edificació, a una pretensió de responsabilitat civil contra agents de l'edificació per defectes o vicis constructius (es tracta, indica el Tribunal, d'una «norma de caire especial dictada per l'Estat i que regula la prescripció en un concret sector de la realitat social» (FJ. 5è)). Cal tenir en compte que la disposició final primera de la Llei 38/1999, quan recull l'article 149.1.8a CE per a fonamentar la competència de l'Estat amb relació a les matèries civils dels capítols I i II i a les obligacions dels agents de l'edificació del capítol III, afegeix «sin perjuicio de los derechos civiles, forales o especiales existentes en determinadas Comunidades Autónomas». En canvi, quan recull aquest precepte en relació a les qüestions de responsabilitats i garanties, del Capítol IV, no fa esment al dret civil de les Comunitats Autònomes. També es pot veure la SAP Girona, Secc. 1^a, 646/2022, de 15 de setembre (càrter de camions) que estableix que «a los plazos generales establecidos en el CCCat, hay que añadir los regulados en leyes y disposiciones estatales especiales que se ocupan de modalidades particulares de dicha responsabilidad [civil extracontractual] estableciendo sus propios plazos de prescripción» i, a continuació, llista tot un seguit de règims especials de responsabilitat

11 Aquesta posició la va defensar el professor Espiau amb relació a les lleis de responsabilitat civil extracontractual que preveuen terminis especials de prescripció (ESPIAU, Santiago, «La aplicación de la regulación del Libro I...»: «el plazo general de prescripción del art. 121-21.d) CCCat excluye los plazos excepcionales establecidos en las leyes especiales» (p. 25). Segons el professor Lamarca: el termini de prescripció de tres anys del CCCat substitueix el termini d'un any de l'article 1968.2 CC, però «no afecta els terminis especials de prescripció» (LAMARCA I MARQUÈS, Albert, «Comentari a l'article 121-21 CCCat» a: LAMARCA I MARQUÈS, Albert; VAQUER ALOY, Antoni (Eds.), *Comentari al llibre primer del Codi civil de Catalunya. Disposicions preliminars. Prescripció i caducitat*, Atelier, Barcelona, p. 523-573, p. 558).

previstos en normes civils i mercantils, sense tenir en compte la distribució competencial Estat-CC.AA.

b) La determinació d'una possible llacuna legal en matèria de prescripció: la interrupció de la prescripció davant d'un dels deutors solidaris

Un problema addicional de l'aplicació supletòria del dret estatal a Catalunya es presenta quan és discutible si la regulació catalana sobre prescripció presenta una llacuna legal, dubte interpretatiu que s'ha donat a la STSJCat 77/2015, de 5 novembre, amb relació a si la interrupció de la prescripció davant d'un dels deutors solidaris perjudica a la resta, a la vista de l'article 121-12.a), segon CCCat, segons el qual perquè la interrupció sigui eficaç, en cas d'exercici de la pretensió, l'acte s'ha d'efectuar davant el subjecte passiu de la pretensió. En el cas resolt per la citada sentència, la propietària d'un immoble va reclamar la responsabilitat civil de diversos agents de la construcció pels danys materials en l'immoble derivats de diversos episodis d'entrada d'aigua cada cop que es produïen pluges significatives. Un dels demandats condemnats per la SJPI, l'arquitecte tècnic, va interposar recurs d'apel·lació al·legant que l'acció s'havia de considerar prescrita perquè els actes d'exercici extrajudicial de la pretensió no s'havien dirigit contra ell. La SAP Tarragona (Secc. 3^a) 356/2014, de 30 d'octubre, va estimar el recurs d'acord amb l'article 121-12.b) CCCat i va descartar l'aplicació de l'article 1974 CC amb base a què «és perfectament factible que la diferencia entre una y otra normativa se hiciera de manera intencionada», és a dir, que no es tractaria d'un «silenci accidental», sinó d'una omisió intencionada del legislador (abans ja ho havia defensat SAP Barcelona, Secc. 16^a, de 20 de novembre de 2012 i després va seguir el criteri la mateixa secció de l'AP de Tarragona a la Sentència 345/2015, de 10 de desembre). La part actora va interposar recurs de cassació que va ser desestimat pel TSJCat. Sobre el motiu consistent en què s'havia infringit l'article 121-12 CCCat, el TSJCat va argumentar d'acord amb la jurisprudència del TS que la responsabilitat dels agents de la construcció, diferents al promotor, és una responsabilitat solidària impròpia i que la comunicació de l'efecte interruptiu de article 1974 CC només s'aplica a la solidaritat pròpia i, per tant, com en el cas no es

realitza el supòsit de l'article 1974 CC no va analitzar si existeix una llacuna legal en el CCCat que habilita a l'aplicació supletòria del CC.¹²

c) Grup de casos seleccionat: les pretensions de responsabilitat civil derivades d'infraccions del Dret de la Competència basades en l'article 1902 CC

Malgrat la claredat de la doctrina expressada en la STSJCat 22/2011, les Audiències Provincials han continuat aplicant el termini de prescripció anual de l'article 1968.2 CC a les pretensions de responsabilitat civil extracontractual consecutives a decisions sancionadores de les autoritats de defensa de la competència (accions *follow on*), quan el fonament de la pretensió era l'article 1902 CC. La qüestió s'ha plantejat amb relació als assumptes dels càrtels de camions¹³ i de l'euríbor¹⁴ en el context de

12 A favor d'interpretar que l'article 121-12 CCCat preveu una interrupció limitada als subjectes actius i passius implicats en la relació jurídica, ANDERSON, Miriam, «La relativitat de la pretensió i la legitimitat per a fer valer la prescripció (art. 121-5 CCCat), amb especial referència a la fiança i a la solidaritat passiva», *Revista Catalana de Dret Privat*, Vol. 7, 2007, p. 9-48, p. 39; i ESPIAU ESPIAU, Santiago, «Comentari a l'article 121-12 CCCat», a LAMARCA I MARQUÈS, Albert; VAQUER ALOY, Antoni (Eds.), *Comentari al llibre primer del Codi civil de Catalunya. Disposicions preliminars. Prescripció i caducitat*, Atelier, Barcelona, 2012, p. 476-483, p. 481. El professor Espiau planteja l'aplicació supletòria del CC en quant a la solidaritat i posa en dubte la competència de la Generalitat per a regular aquesta matèria (p. 481). FRANCISCO RIVERO HERNÁNDEZ considera encertada l'opció del legislador de no regular la interrupció de la prescripció de pretensions en les obligacions solidàries i demès supòsits i interpreta que el legislador català ha remès la qüestió a l'àmbit d'aquestes relacions jurídiques i a la interpretació de les seves normes en el Codi Civil i que, per ara, serà aquest el règim jurídic en dret català («Primera valoración de la regulación de la prescripción y la caducidad en el Código Civil de Cataluña», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 678, 2003, pp. 2099-2167, p. 2128 i 2129).

13 Per decisió de 19 de juliol de 2016 la Comissió europea va declarar que els principals fabricants de camions, entre d'altres PACCAR Inc, D.A.F. Truck N.V., AB Volvo, Renault Truck SAS o Scania AB, entre d'altres, van cometre, entre els anys 1997 i 2011, una infracció de l'article 101 del TFUE per fixació de preus. En la data de la decisió, es va publicar un comunicat de premsa sobre la mateixa. La publicació del resum de la decisió en el DOUE és de data 6 d'abril de 2017 (DO C 108, 6.4.2017, p. 6-8).

14 Per decisió de 4 de desembre de 2013 la Comissió europea va declarar amb relació a Deutsche Bank i altres empreses que havien fixat els preus sobre el tipus d'interès relacionats amb l'euríbor en préstecs hipotecaris i el 30 de juny de 2017 es va publicar la decisió de transacció de la Comissió al DOUE (DO C 206, 6.6.2017, p. 17-20).

pretensions per infraccions comeses amb anterioritat a la implementació de la Directiva 2014/104/UE¹⁵ pel RD-L 9/2017, de 26 de maig, que reforma la Llei 15/2007, de 3 de juliol, de Defensa de la Competència, però exercitades amb posterioritat.

La nova regulació estableix un termini de prescripció de cinc anys (art. 74.1) i un règim especial de compensació de danys. L'article 3 del RD-L 9/2017 pel qual es reforma la Llei de Defensa de la Competència es dicta, d'acord amb la Disposició final tercera del RD-L 9/2017, en virtut de l'article 149.1.13a CE, que atribueix a l'Estat la competència exclusiva de Bases i coordinació de la planificació general de l'activitat econòmica. Per tant, quant a les pretensions nascudes amb posterioritat a l'entrada en vigor de la nova regulació, entenc que no hi ha dubte que estem davant d'un supòsit d'aplicació directa a Catalunya del termini de prescripció quinquennal que desplaça al termini triennal del CCCat aplicable a les pretensions de responsabilitat civil extracontractual.

Amb anterioritat a aquesta reforma, la pretensió de danys i perjudicis per infracció del Dret de la competència es fonamentava en l'article 1902 CC i, per tant, tampoc havia de plantejar dubtes que el termini triennal de l'article 121-21.d) CCCat era l'aplicable a Catalunya, d'acord amb la doctrina del TSJCat. No obstant això, un nombre important de sentències d'Audiències Provincials continuen considerant aplicable el termini anual de l'article 1968.2 CC.

En la major part dels casos analitzats es planteja un problema d'aplicació transitòria del nou termini de prescripció de cinc anys previst per la Llei de Defensa de la Competència. D'acord amb la jurisprudència del TJUE (STSJUE de 22 de juny de 2022, C-267/2020, Volvo AB, DAF Trucks NV i RM —càrtel de camions— i Interlocutòria de 6 de març de 2023, assumptes acumulats C-198/22 i C-199/22, QJ, IP i Deutsche Bank AG —càrtel de l'eüríbor)¹⁶ l'àmbit d'aplicació temporal del termini especial de prescripció de cinc anys, previst per l'article 10 de la Directiva 2014/104/UE, inclou les pretensions per infraccions comeses amb anterioritat a l'entrada en vigor

15 Del Parlament Europeu i del Consell, de 26 de novembre de 2014, relativa a determinades normes per les quals es regeixen les accions per danys en virtut del Dret nacional, per infraccions del Dret de la competència dels Estats membres i de la Unió Europea.

16 Per decisió de 4 de desembre de 2013 la Comissió europea va declarar amb relació a Deutsche Bank i altres empreses que havien fixat els preus sobre el tipus d'interès relacionats amb l'eüríbor en préstecs hipotecaris i el 30 de juny de 2017, es va publicar la decisió de transacció de la Comissió al DOUE (DO C 206, 60.6.2017, p. 17-20).

de la Directiva però exercides amb posterioritat a l'entrada en vigor del dret nacional que la va transposar, si el termini de prescripció aplicable d'acord amb la regulació anterior no s'hagués esgotat abans que la Directiva hagués estat transposada pel dret espanyol.¹⁷ El TJUE també s'ha pronunciat sobre el *dies a quo* del termini de prescripció indicant que l'article 101 TFUE i el principi d'efectivitat del dret comunitari no s'oposa a una interpretació del dret nacional que situï el *dies a quo* en la data de la publicació en el DOUE del resum de la decisió definitiva de la Comissió que declara la infracció.¹⁸

En la jurisprudència menor de les Audiències Provincials consultada, només l'AP de Girona aplica correctament la doctrina del TSJCat:

La SAP, Ple, Lleida, 3 de maig de 2022, que resol una acció relacionada amb el càrtel de camions, considera aplicable el termini anual del CC, perquè «l'article 1968.2 CC (Derecho común al que remite el art. 943 CCom ...), al tratarse de la prescripción de una modalidad de acción de responsabilidad civil en un ámbito del Derecho que queda fuera de las competencias autonómicas, puesto que conforme al art. 149.1, 6ª CE (...) el Estado tiene competencia exclusiva en legislación mercantil». En el mateix sentit es pronuncien, també sobre el càrtel de camions, les SSAP Lleida, Secc. 2ª, 142/2023, de 6 de febrer (particulars c. Man Truck & Bus, AG); 122/2023, de 2 de febrer (Bernardo Garros S.L., Luis Pablo c. Daf Trucks NV); i les SSJPI núm. 6 Lleida, 36/2023, de 23 de febrer (Aridos Seva, S.L. c. Iveco *et al.*); 31/2023, de 13 de febrer (Roma Infraestructuras i Serveis, S.A.U. c. Man Truck & Bus, Renault Trucks SAS); 21/2023, de 1 de febrer (perjudicats c. Renault Trucks SAS); 18/2023, de 21 de

17 «En el ámbito de aplicación *ratione temporis* de una directiva solo pueden incluirse, por regla general, las situaciones jurídicas consolidadas con posterioridad a la expiración del plazo de transposición de esta al Derecho interno (auto de 16 de mayo de 2019, Luminor Bank, C-8/18, no publicado, EU:C:2019:429, apartado 32 y jurisprudencia citada). Tal es a fortiori el caso de las situaciones jurídicas nacidas bajo la vigencia de la norma anterior que continúan surtiendo sus efectos con posterioridad a la entrada en vigor de los actos nacionales adoptados para la transposición de una directiva después de que hubiera expirado el plazo de transposición de esta» (Cons. 33 i 34).

18 Perquè és el moment en què raonablement la persona perjudicada —sigui un professional o un consumidor (Cons. 51 Interlocutòria)— hauria d'haver tingut coneixement dels elements indispensables que li permeten exercir la seva acció per danys sense perjudici de què el tribunal nacional pugui valorar que el perjudicat en tenia coneixement abans. Segons el TJUE, aquest moment és preferible al de la data de publicació del comunicat de premsa de la decisió declarativa de la infracció, perquè aquest últim conté informació menys detallada, aquests comunicats no estan destinats a produir efectes jurídic enfront de tercers i no es publiquen necessàriament en totes les llengües oficials de la UE (Cons. 67, 68 i 69 STJUE de 22 de juny de 2022).

gener (Materiales Farreny, S.L. c. Renault Trucks; 256/2022, de 30 de desembre (Turróns i Mel Alemany S.L. c. IVECO); 230/2022, de 18 de novembre¹⁹ (Transports i Excavacions Teixidó, S.A. c. Daimler), entre d'altres.

Cal advertir que la SAP, Ple, Lleida, 3 de maig de 2022, considera aplicables els mateixos criteris que porten a la preferència dels terminis de prescripció especial del TR LRCACVM (i que ja havia aplicat en resolucions prèvies —SSAP Lleida 541/2015, de 23 de desembre de 2016, i 791/2020, de 4 de maig de 2022—), sense tenir en compte que en el supòsit de responsabilitat civil per infracció del dret de la competència la llei sectorial no establia abans de la implementació de la Directiva 2014/104/UE un termini especial, però a més tampoc no s'entén per què resulta aplicable l'article 943 CCom «Las acciones que en virtud de este Código no tengan un plazo determinado para deducirse en juicio se regirán por las disposiciones del derecho común», quan la compensació dels danys per infracció del dret de la competència s'havia fonamentat en l'article 1902 CC.²⁰

Les SSAP Barcelona i Tarragona consultades no es plantegen l'aplicació del dret civil català i les decisions giren en torn a la qüestió sobre si és aplicable a infraccions comeses i conegudes pel perjudicat abans de l'entrada en vigor de la norma estatal el termini especial de cinc anys o el termini anual de l'art. 1968.2 CC (SAP Barcelona, Sec. 15a, 1279/2022, de 28 de

19 Quant a l'aplicació retroactiva del termini quinquennal, considera que el moment de referència per considerar si l'acció havia prescrit d'acord amb la regulació anterior no és la data màxima de transposició de la Directiva, sinó la data de transposició efectiva per part del dret nacional. Altrament, defensa el jutjat, la falta de transposició generaria efectes directes horitzontals entre particulars, resultat contrari a la jurisprudència del TJUE (FJ. 2.4.3.2). Aquesta advertència també es desprèn de la STJUE de 22 de juny de 2022: «En este contexto ha de recordarse que, según reiterada jurisprudencia, una directiva no puede, por sí sola, crear obligaciones a cargo de un particular y, por consiguiente, no puede ser invocada como tal en su contra. En efecto, ampliar la invocabilidad de una disposición de una directiva no transpuesta, o transpuesta de manera incorrecta, al ámbito de las relaciones entre los particulares equivaldría a reconocer a la Unión la facultad de establecer con efectos inmediatos obligaciones a cargo de los particulares (...) En cualquier caso, habida cuenta de que transcurrieron menos de doce meses entre la fecha de la publicación del resumen de la Decisión C(2016) 4673 final en el Diario Oficial de la Unión Europea y el ejercicio, por parte de RM, de la acción por daños, no parece, sin perjuicio de que ello sea verificado por el tribunal remitente, que tal acción por daños estuviera prescrita *en el momento en el que fue ejercitada*» (Cons. 76 i 78).

20 De fet, l'anterior article 13 de la Llei 16/1989, de 17 de juliol, de Defensa de la Competència, preveia: «El régimen sustantivo y procesal de la acción de resarcimiento de daños y perjuicios es el previsto en las leyes Civiles». El possible caràcter contractual del dany va quedar descartat a la STS, 1ª, 8.6.2012 (cas Acor).

juliol, dictada en l'assumpte del càrtel de l'euríbor, particulars c. Deutsche Bank; i segueixen el criteri, entre d'altres, les SSAP Barcelona 1740/2022, de 13 de desembre i 38/2023, de 19 de gener —càrtel dels camions); en el mateix sentit, SAP Tarragona, Secc. 1^a, 883/2022, de 14 de desembre.

Ignoren també l'aplicació del dret civil català en matèria de prescripció sentències recents del Jutjat Mercantil de Barcelona núm. 10, les quals consideren aplicable el termini de l'any de l'article 1968.2 CC a comptar des de la publicació del resum de la decisió de la Comissió perquè «no hay plazos de prescripción de cinco años para acciones de daños cuya prescripción empezó a correr antes del 28 de mayo de 2017», en virtut de l'aplicació analògica de l'article 1939 CC²¹ i per evitar la prohibida aplicació d'un efecte directe horitzontal de la Directiva [SSJ Merc. Barcelona, núm. 10, 419/2022, de 2 de setembre i múltiples posteriors [entre les més recents, 8/2023, de 28 de febrer, (particulars c. Man Trucks & Bus SAU); 838/2022, de 12 de desembre (Transports Bernadet S.A. c. Volvo i Renault Truck SAS); 784/2022, de 11 de novembre (particular c. Iveco); 777/2022, de 4 de novembre (particular c. Volvo Group España S.A.U., Renault Truck SAS); 727/2022, de 25 d'octubre (TP Porqueres, S.L. c. AB Volvo / Renault)].

A favor de l'aplicació del termini triennal del CCCat, es va pronunciar en canvi la SAP Girona 646/2022, de 15 de setembre (particular c. AB Volvo / Renault) sota l'argument encertat: «Por lo tanto, con anterioridad al Real Decreto Ley 9/2017 de 26 de mayo no existía un plazo especial para reclamar una indemnización de daños y perjuicios por los daños causados por infracción del derecho de la competencia, por lo que se aplicaría el plazo general del Código civil catalán, si el perjuicio se produce dentro del ámbito territorial de Cataluña». Abans de la STJUE, també es va pronunciar a favor del termini triennal la SAP Girona, Secc. 1^a, 221/2022, de 9 de març, amb cita de jurisprudència del TSJCat.²² Les Sentències del Jutjat Mercantil

21 «La prescripción comenzada antes de la publicación de este Código se regirá por las leyes anteriores al mismo; pero si desde que fuere puesto en observancia transcurriese todo el tiempo en él exigido para la prescripción, surtirá ésta su efecto, aunque por dichas leyes anteriores se requiriese mayor lapso de tiempo».

22 Les últimes sentències no es pronuncien sobre el termini de prescripció aplicable vigent la regulació anterior a la transposició de la Directiva perquè consideren que en tot cas el termini d'un any no havia transcorregut (SSAP Girona, Secc. 1^a, 200, 203/2023, de 28 de febrer; 910/2022, de 20 de desembre, entre d'altres).

núm. 1 de Girona (1/2023; 2/2023, 3/2013 i 4/2023, de 12 de gener),²³ dictades amb relació al càrrel de camions, tot i que no es plantegen l'aplicació del termini especial quinquennal d'acord amb la jurisprudència del TJUE, desestimen l'excepció de prescripció al·legada pel demandat relativa a l'aplicació del termini de prescripció anual del CC, perquè consideren que el termini triennal del CCCat substitueix al del CC quant a les pretensions de responsabilitat civil extracontractual derivades de relacions jurídiques que han tingut lloc a Catalunya.

«El plazo de tres años se aplica a todas las pretensiones que derivan de responsabilidad extracontractual, con fundamento en el artículo 1902 del Código Civil o a la legislación sectorial que corresponda, y sustituye el de un año del artículo 1968.2 del Código Civil a todos los efectos en Cataluña» i, amb cita de la Sentència del Jutjat Mercantil de Lleida 36/2021: «Lo primero que hay que resolver es la aplicación del derecho civil propio de Catalunya, que tiene eficacia territorial (art. 111-3 del Codi Civil de Catalunya) y por tanto, salvo que sea una excepción, es aplicable a todas las relaciones jurídicas que se hayan realizado en el ámbito territorial de la Comunidad».

2.2. Aplicació directa del dret estatal

Pot succeir que la matèria vinculada a la pretensió no s'incardini exclusivament en la competència autonòmica en matèria civil, perquè es tracti de matèries civils reservades exclusivament a l'Estat (art. 149.1.8a CE). També pot succeir que la pretensió estigui vinculada a matèries no civils sobre les que l'Estat té una competència exclusiva (per exemple, en matèria de legislació laboral *ex* art. 149.1.7a CE o mercantil *ex* art. 149.1.6a CE). La competència exclusiva de l'Estat pot, a més, ser de caràcter transversal, com la relativa a les bases i coordinació de la planificació general de l'activitat econòmica *ex* art. 149.1.13a CE, o pot recaure sobre la legislació bàsica d'una matèria, com és el cas de la regulació de les bases del règim jurídic de les Administracions públiques i del procediment administratiu comú *ex* art.

23 Es desprèn de la SJMerc 372/2022, de 21 de novembre, que, d'acord amb la STJUE de 22 de juny de 2022, ja s'apliqués el termini triennal o anual, no s'hauria esgotat abans de què expirés el termini de transposició de la Directiva i, per tant, considera aplicable retroactivament el termini especial de cinc anys.

149.1.18a CE.²⁴ Certament, quan la legislació estatal afecta a matèries civils i no civils, l'Estat hauria d'especificar els diferents títols competencials en virtut dels quals es dicta cadascuna de les disposicions, amb excepció de les competències exclusives de caràcter transversal, però si no ho fa i exerceix només el títol competencial de l'Estat, entenc que les disposicions sobre prescripció que contingui la norma estatal, malgrat la seva naturalesa civil, també seran d'aplicació directa a Catalunya,²⁵ sense perjudici de les qüestions o recursos d'inconstitucionalitat que es puguin presentar contra la norma.

Quant a la matèria civil, el preàmbul de la Llei 29/2002, de 30 de desembre, per la qual s'aprova la primera llei del Codi Civil de Catalunya, estableix com a excepció a la preferència del dret civil de Catalunya els supòsits en què siguin d'aplicació directament normes de caràcter general: «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». L'expressió «normes de caràcter general» s'ha d'entendre referida a les normes civils estatals sobre aquelles matèries derivades de l'article 149.1.8 CE sobre les quals el Parlament de Catalunya no pot legislar.²⁶

24 L'article 81.1 de la Llei 26/2010, del 3 d'agost, de règim jurídic i de procediment de les administracions públiques de Catalunya, reconeix el dret dels ciutadans a ésser indemnitzats per les administracions públiques «en els termes que estableix la legislació bàsica».

25 En contra, Santiago Espiau respecte a la matèria mercantil: «que el Estado tenga competencia exclusiva “en materia de legislación mercantil” (...) no significa que las normas de esta legislación mercantil rijan y se apliquen necesariamente en todo el territorio estatal (...) excluyendo la aplicación de la legislación catalana. Las leyes mercantiles no solo regulan “materias mercantiles”, sino que se refieren también a “materias Civiles” y esto es lo que justifica —entre otras razones— la supletoriedad como “derecho común” de la legislación civil respecto de la mercantil» («La aplicación de la regulación del Libro I ...», p. 32). En contra també Ferran Badosa respecte al termini d'un any previst per l'anterior art. 142.5 Llei 30/1992, de 26 de novembre, de Règimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (actual article 67.1 Llei 39/2015, d'1 d'octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas) (BADOSA, Ferran, «Comentari a l'article 111-4 CCCat»..., p. 172). Sergio Nasarre entén que cal distingir els supòsits de responsabilitat de l'Administració derivada de relacions de dret públic d'aquells en què la responsabilitat derivada de relacions de dret privat amb els administrats i proposa que, en aquests últims, cal valorar primer si la l'any de prescripció previst per la normativa administrativa correspon a l'any de l'article 1968.2 CC i, si és així, la prescripció serà la trienal del CCCat (NASARRE AZNAR, Sergio, *L'abast de la prescripció i de la caducitat del Codi Civil de Catalunya. Estudi de la seva aplicació a les normes estatals vigents a Catalunya*, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Generalitat de Catalunya, 2011, pp. 1-289, p. 108).

26 MIRAMBELL I ABANCO, Antoni, «Comentari a l'article 111-5 CCCat», p. 188.

Dos dels sectors del dret de danys en què s'ha resolt, per la jurisprudència del TSJCat, des del meu punt de vista de manera encertada, que és aplicable el termini de prescripció previst per la normativa estatal d'aplicació directa a Catalunya són els accidents de circulació i la responsabilitat patrimonial de l'Administració pública.

Hi hauria d'altres supòsits, com el de l'article 59.1 del Text refós de la Llei de l'Estatut dels Treballadors, aprovat per RDL 2/2015, de 23 d'octubre, que preveu un termini de prescripció d'un any per a les accions derivades del contracte de treball. No és ja una qüestió discutida a la jurisprudència que les accions de responsabilitat civil derivades d'accident de treball exercides pel treballador són accions de naturalesa contractual. Cal fer notar, a més, que la Disposició final primera de la norma estableix que la llei es dicta d'acord amb la competència exclusiva de l'Estat en matèria laboral, sense perjudici la seva execució pels òrgans de les comunitats autònomes.

En l'àmbit del dret de contractes, la pretensió de restitució derivada de la nul·litat de clàusules abusives constitueix un bon exemple d'aplicació de les normes catalanes de prescripció a una pretensió regulada directament pel dret civil estatal en quant al règim d'abusivitat de les condicions generals de la contractació, tenint en compte que el dret estatal aplicable directament no conté cap norma especial de prescripció.

a) Acció directa contra el Consorci de Compensació d'Assegurances i acció de responsabilitat civil contra el conductor del vehicle causant del dany

El Tribunal Suprem té doctrina jurisprudencial sobre el termini de prescripció aplicable a l'acció directa contra el Consorci de Compensació d'Assegurances i ha argumentat per què el termini d'un any previst per l'article 7.1 TR LRCACVM desplaça al de tres anys previst per l'article 121-21.d) CCCat per a les pretensions de responsabilitat civil extracontractual. En SSTs, 1^a, Ple, 533 i 534/2013, de 6 de setembre,²⁷ el Tribunal Suprem va utilitzar dos arguments: en primer lloc, «la acció contra el Consorcio (...) nace precisamente de un derecho de caràcter extraordinario que no confiere al perjudicado la legislació catalana sinó el artículo 11.1.b) de la

27 En el mateix sentit, STS, 1^a, 23/2015, de 4 de febrer.

Ley sobre Responsabilidad civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor». En segon lloc, la norma, en virtut de la Disposició Final Primera de la llei, es va dictar en virtut de la competència exclusiva estatal en matèria mercantil (art. 149.1.6^a CE).²⁸

«Nacida de la ley la obligación del Consorcio de Compensación de Seguros (artículo 1090 Código Civil (...), ha de entenderse aplicable el plazo de prescripción que la propia ley establece para la exigencia del cumplimiento de tal obligación ante los tribunales, que en este caso —como se ha repetido— es el de un año fijado en el propio artículo 7.1 de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor. Así lo establece el artículo 1090 del Código Civil cuando dice que las obligaciones derivadas de la ley “se regirán por los preceptos de la ley que las hubiere establecido”.

La propia Disposición Final Primera de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor refiere que su Texto Refundido se dicta al amparo de lo establecido en el artículo 149.1.6^a de la Constitución Española, según el cual el Estado tiene competencia exclusiva en materia de legislación mercantil, por lo que las normas de dicha ley rigen directamente en todo su territorio sin que pueda operar en este caso el principio de territorialidad para reclamar la aplicación de la norma catalana» (FJ. 4).

Efectivament, l'acció directa contra el Consorci de Compensació d'Assegurances no és una simple acció de responsabilitat civil extracontractual, com tampoc ho és l'acció directa contra l'asseguradora de

28 Tots dos arguments del TS han estat posats en qüestió pel professor Espiau Espiau en el seu comentari a la STS 554/2013 (Santiago Espiau Espiau, «Comentario a la STS de 6 de septiembre de 2013», *CCJC* núm. 94/2014). Contra el primer argument, el professor Espiau defensa que el dret del perjudicat contra l'asseguradora i, en el seu cas, contra el Consorci no neix de l'article 11.1.b) de la Llei i de l'article 11.3 de l'Estatut Legal del Consorci sinó exclusivament de la causació del dany i que la conseqüència que es desprèn dels preceptes és l'ampliació dels subjectes passius de la pretensió de danys, però, en cap cas, aquests preceptes creen una obligació *ex novo* ni atribueixen un nou dret de crèdit al perjudicat, diferent del que té enfront al causant. Sobre el segon argument del TS, el professor Espiau defensa una qualificació individualitzada de les disposicions de la Llei en funció de la matèria que regulen, si civil o mercantil, i conclou, en coherència amb el que ha defensat sobre el primer punt, que les pretensions derivades de la responsabilitat civil subjectes a la Llei són matèria civil i per tant regeix el principi de territorialitat que justifica la preferència de la legislació catalana relativa al termini de prescripció.

la responsabilitat civil.²⁹ També encaixa amb aquesta tesi que el vincle de solidaritat entre asseguradora i assegurat és de tipus legal i que la interrupció del termini de prescripció derivada de la reclamació extrajudicial contra l'assegurat perjudica a l'asseguradora (SSTS, 1^a, 171/2021, de 26 de març, amb cita de la STS, 1^a, 161/2019, de 14 de març). La doctrina jurisprudencial sobre l'acció directa ha reiterat que és una acció autònoma i independent respecte a la que pot tenir el tercer enfront l'assegurat, que el dret del tercer a exigir de l'assegurador l'obligació d'indemnitzar no és el mateix que el que té el tercer davant l'assegurat, causant del dany, i que l'obligació de l'assegurador, tot i que sorgeix també del fet il·lícit, pressuposa l'existència d'un contracte d'assegurança i està sotmesa al règim especial de l'article 76 LCS (per totes, STS, 1^a, Ple, 332/2022, de 27 d'abril).

L'obligació del Consorci de compensació al perjudicat i el reconeixement de l'acció directa a favor d'aquest últim deriven, no només del fet danyós, sinó també de l'art. 10 de la Llei de Responsabilitat Civil i Assegurança que, al seu cop, implementa l'art. 10.1 i 2 de la Directiva 2009/103/CE.³⁰ En el cas de l'asseguradora, l'acció directa ex article 7 de la Llei de Responsabilitat Civil i Assegurança suposa l'aplicació en aquest concret sector d'accidents de l'article 76 Llei del Contracte d'Assegurança.

A Catalunya, la STSJCat 55/2013, de 7 d'octubre de 2013 va ratificar la doctrina del TS en un cas relatiu a una acció directa contra l'asseguradora amb dos arguments a favor de l'aplicació del termini estatal d'un any: l'acció

29 Sobre l'acció directa, la doctrina mercantil considera que tot i que neix del fet il·lícit «tiene como presupuesto la existencia de un contrato de seguro que sirven no sólo para identificar al deudor (el asegurador) sino para señalar los límites de su cobertura (v. gr. la suma asegurada)» ... «La oponibilidad por parte del asegurador de determinadas excepciones frente al asegurado ha dado lugar a la doctrina de la Sala primera del Tribunal Supremo que dice que la acción directa del artículo 76 de la Ley “tiene su fundamento y su límite en el mismo contrato de seguro del que dimana la referida acción” (Sentencia de 1 abril de 1996)» (SÁNCHEZ CALERO, Fernando (Dir.), *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, 4a ed., Aranzadi, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, p. 1721-1799, p. 1741, 1742.

30 Del Parlament Europeu i del Consell, de 16 de setembre de 2009, relativa a l'assegurança de la responsabilitat civil que resulta de la circulació de vehicles automòbils, així com al control de l'obligació d'assegurar aquesta responsabilitat, modificada per la Directiva (UE) 2021/2118: «Cada Estado miembro creará o autorizará un organismo que tendrá por misión indemnizar, al menos hasta los límites de la obligación del aseguramiento, los daños materiales o corporales causados por un vehículo no identificado o por el cual no haya sido satisfecha la obligación de aseguramiento mencionada en el artículo 3 (...) El perjudicado podrá en todo caso dirigirse directamente al organismo (...)».

directa es regula en virtut de la competència exclusiva de l'Estat en matèria mercantil (art. 149.1.6^a CE) i el règim jurídic sobre responsabilitat civil que es regula és una modalitat específica del general del CC:

«Y ello por cuanto si bien dijimos en las STSJC de 25 de mayo y 12 de septiembre de 2011 (RJ 2012, 3072), que las normas del derecho civil de Cataluña constituyen el derecho común de esta comunidad y son de aplicación territorial preferente, como resulta de los artículos 111-3, 111-4 y 111-5 del CCCat, también resaltamos que debe ser respetado el reparto competencial del art. 149,1 de la CE (RCL 1978, 2836) así como las normas contenidas en las leyes especiales, cuya aplicación resulta preferente a la norma general» (FJ. 3r).

L'argument de la incoherència a què portaria aplicar un diferent termini de prescripció a l'acció contra el causant del dany i contra l'assegurat, el qual havia estat utilitzat per la jurisprudència menor i per alguns autors per aplicar a totes dues pretensions el termini de tres anys del CCCat,³¹ el va salvar el TSJCat a les Sentències 60 i 61/2017, de 4 de desembre de 2017 en sentit contrari: el que procedeix per a garantir la immunitat de l'assegurat és que el termini de l'any, considerat com a un termini especial previst per la llei de manera *ad hoc* per a l'acció directa, s'apliqui també a la pretensió de danys i perjudicis contra l'assegurat:

«Ha de entenderse que el art. 7.1 del TRLRCYSCVM, precepto con clara vocación de aplicación universal, elemento de cierre del sistema (...) lo que hace es instituir implícitamente en la ley el mismo término de prescripción anual cuando la acción se dirija contra el resto de los responsables de las consecuencias dañosas del accidente» (FJ. 4rt).

Amb relació a la qüestió competencial, el TSJC destaca que com l'existència de l'assegurança obligatòria és la peça clau del règim jurídic de la responsabilitat civil, la D.F.1^a de la Llei considera la norma amb caràcter general com a mercantil «sin hacer salvedad alguna en relación con ningún precepto (a diferencia de otras leyes) excepto en orden a la normativa fiscal» (FJ. 4rt).

31 LAMARCA, Albert, «Comentari a l'article 121-21 CCCat»..., p. 594-595.

b) Pretensió de responsabilitat patrimonial contra l'Administració pública

Com ja he indicat, entenc que l'argument més fort per afirmar l'aplicació directa a Catalunya del termini de prescripció previst per l'article 67 de la Llei 39/2015 en matèria de responsabilitat patrimonial és que aquest precepte es dicta en virtut de la competència de l'Estat per a legislar sobre las bases del règim jurídic de les Administracions públiques en materia de procedimiento administrativo común y sistema de responsabilidad de todas las Administraciones públicas.

La jurisprudència del TSJCat, sala contenciosa-administrativa, ha considerat que el termini aplicable a la pretensió de responsabilitat patrimonial és el previst per la normativa administrativa perquè «la responsabilidad patrimonial de la Administración pública es un derecho de configuración legal que parte del art. 106.2 de la CE y que se desarrolla legalmente en el art. 139 y s.s. de la Ley 30/1992» (STSJ Cat, Sala contenciosa-administrativa, 129/2010, de 5 de febrer, que confirmà la prescripció de la pretensió, en un supòsit de responsabilitat civil sanitària per falta de consentiment informat, en què el pacient presentà la reclamació després de transcorregut l'any des de l'estabilització de les seqüeles; o STSJCat, Sala contenciosa-administrativa, 5024/2021, de 20 de desembre, on el tribunal considerà que l'actora confonia el termini de prescripció triennal del CCCat aplicable a la responsabilitat civil extracontractual amb el termini anual previst a l'article 67.1 Llei 39/2015, per tant assumint que no hi havia un problema sobre llei aplicable al termini de prescripció i que les pretensions no eren les mateixes).

Afegeix un argument més la STSJCat, sala contenciosa-administrativa, 1841/2022, de 17 de maig, consistent en la cita de l'article 81 de la Llei catalana 26/2010, de règim jurídic i de procediment de les administracions públiques de Catalunya, que remet a la legislació bàsica, i per tant a l'article 67 de la Llei 39/2015 que estableix el termini anual: «Por tanto no es cierto, como sostiene el recurso de apelación que la normativa aplicable no establezca plazo de prescripción alguno, sino que este está claramente establecido y no puede resultar de aplicación lo establecido en el CCCat» (FJ. 2n). Sense modificar el criteri sobre l'aplicació del termini anual de la normativa administrativa, la STSJCat, sala contenciosa-administrativa, 4491/2020, de 5 de novembre, aplicà les regles sobre interrupció de la prescripció de l'article 121-11 CCCat per a atribuir efectes interruptors a un escrit que els demandants van dirigir a l'Administració i considerar que la reclamació no estava prescrita.

c) Acció restitutòria derivada de la nul·litat de clàusules abusives en contractes amb consumidors

El problema de la llei aplicable al termini de prescripció de l'acció restitutòria derivada de la nul·litat de clàusules abusives en contractes amb consumidors està relacionat amb què la normativa sobre condicions generals de la contractació i clàusules abusives del TR LGDCU és d'aplicació directa a Catalunya perquè, segons la jurisprudència del TC aquesta matèria, no forma part de la competència de les CC.AA. d'acord amb l'article 149.1.8è CE.³² Per tant, ens trobem davant d'una regulació estatal civil que és d'aplicació directa a Catalunya i que no conté normes especials sobre prescripció. Entenc que no es tracta aquí d'integrar cap llacuna amb el dret civil estatal, ni d'aplicar el dret civil català, com sosté alguna SAP, com a dret comú general, sinó simplement d'aplicar el dret vigent a Catalunya sobre prescripció, en concret, el termini general de 10 anys aplicable a les pretensions que no estiguin subjectes a un termini especial. No obstant, entre les sentències més recents consultades, encara s'adverteixen dues posicions en la jurisprudència menor d'Audiències Provincials:

A favor del termini general de deu anys de l'art. 121-20 CCCat es pronuncien, per exemple, les següents sentències: la SAP Barcelona, Secc. 15^a, 2024/2021, de 8 d'octubre, que resol una acció de nul·litat i restitutòria derivada de l'abusivitat de la clàusula de despeses d'un contracte de préstec celebrat entre un particular i Banco Popular, reconeix que la qüestió no és pacífica perquè la norma invocada és de caràcter estatal (TRLGDCU),

32 Per totes, STC, Ple, 54/2018, de 24 de maig (recurs d'inconstitucionalitat amb relació a diversos preceptes de la Llei del Parlament de Catalunya 20/2014, de 29 de desembre, de modificació de la Llei 22/2010, de 20 de juliol, del Codi de Consum de Catalunya). La STC va declarar nul, entre d'altres, l'article 13, que afegeix un apartat quart a l'art. 251-6 del Codi de Consum de Catalunya, regulant una sèrie de clàusules que es consideraven abusives en els contractes de crèdits i préstecs hipotecaris: «Desde la STC 71/1982, de 30 de noviembre, hemos dejado sentado que el fenómeno de las cláusulas abusivas, aun siendo capital para la defensa de los consumidores y usuarios, forma parte de la competencia estatal ex artículo 149.1.8 CE (...) La regulación de las condiciones generales de contratación o de las modalidades contractuales corresponde al legislador estatal (FJ 14). En el mismo sentido, la STC 62/1991, de 22 de marzo, FJ 4 b), determinó que establecer a través de un sistema de listado de exclusiones lo que se entiende por cláusulas abusivas en un determinado tipo de contrato, tratándose de un tema capital del derecho de contratación, queda comprendido dentro del título competencial del artículo 149.1.8 CE, que requiere regulaciones uniformes en todo el territorio, por lo que ha de prevalecer sobre el título competencial más genérico de defensa del consumidor y del usuario» (FJ. 8è).

però estima aplicable l'article 121-20 CCCat i no el seu homòleg en el CC «en atenció al caràcter de dret comú a Catalunya de les disposicions del CCCat i de la seva aplicació supletòria (article 111-4 del CCCat)» (FJ. 1r-17). Al meu parer, no és correcte l'argument utilitzat per l'AP: el dret civil no és dret comú respecte a sí mateix, sinó respecte a altres branques de dret privat especials o altres branques del dret públic. En segon lloc, la referència al dret civil català com a dret civil comú pressuposa una llacuna al dret civil estatal, que no existeix ja que l'article 1964.2 CC regula el termini aplicable a les pretensions personals que no tenen un termini especial. La SAP Girona, Secc. 2^a, 101/2023, de 20 de gener, sobre clàusules sòl i de comissió d'apertura d'un contracte de préstec hipotecari subscrit entre un particular i Caixabank, S.A, aplica la doctrina del TSJCat general, esmentada a l'inici del treball tot i que considera que el problema de la llei aplicable a la prescripció no té cap transcendència pràctica perquè, com ha establert la Secc. 1^a d'aquesta AP, l'inici de la prescripció s'ha de situar en el dia que s'ha declarat la seva nul·litat perquè és quan neix per al creditor la possibilitat d'exercitar l'acció en virtut del principi de l'*actio nata* (art. 1969 CC) —per exemple, SAP Girona 237/2019, de 27 de març, FJ. 2n, o 185/2019, de 13 de març, FJ. 2n—.

A favor del termini de prescripció general de cinc anys de l'art. 1964.2 CC, sota l'argument de què «en contractes de préstec mercantil com el préstec bancari no és aplicable la normativa del CCCat, d'acord amb l'article 149.1.6^a CE», es pronuncien les SSAP Tarragona, Secc. 1^a, sobre assumptes relatius a la nul·litat de les clàusules de despeses i de comissió per reclamació de posicions deutores en préstecs hipotecaris amb consumidors: per exemple, les SSAP, Tarragona, 886/2022, de 21 de desembre, FJ. 3r, i 72/2023, de 2 de febrer, FJ. 3r.

Les SSAP Lleida, Secc. 2^a, 754/2020, de 27 de novembre, 424/2022, de 29 de juny, o 481/2022, de 15 de juliol, entre d'altres, no es pronuncien expressament sobre la qüestió perquè consideren que el *dies a quo* s'ha de situar en el moment en què es declara la nul·litat de la clàusula abusiva: «mientras no se declara la nulidad de la cláusula abusiva no es posible la reclamación de las sumas satisfechas indebidamente por la aplicación de esta cláusula nula, de modo que no cabe apreciar ningún retardo malicioso en dicha reclamación ni la prescripción de la misma, conforme la doctrina de la *actio nata* (recogida en el art. 1969 CC y en el art. 121-23. 1 CCCat), que determina el inicio del cómputo de prescripción en el momento en que la pretensión es ejercitable» (FJ. 3r).

No es desconeix que un dels problemes actuals sobre la prescripció de l'acció restitutòria té a veure amb la determinació del *dies a quo* del termini.

El TJUE ja disposa de jurisprudència sobre el *dies a quo* del termini i ha admès que l'acció restitutòria pugui quedar sotmesa a un termini de prescripció, sempre que ni el moment en què aquest termini comença a córrer ni la seva durada facin impossible la pràctica o excessivament difícil l'exercici del dret del consumidor a sol·licitar la restitució (entre altres, SSTJUE, de 16 de juliol de 2020, assumptes acumulats C-224/19 i C-259/19, CY c. Caixabank, S.A. i LG i PK c. BBVA, amb relació a diversos aspectes sobre la nul·litat de les clàusules de despeses de constitució i cancel·lació de la hipoteca i de comissió d'apertura; i 9 de juliol de 2020, Raiffeisen Bank S.A. c. JB i BRD Groupe Société Générale S.A. i KC, assumptes acumulats C-698/10 i 699/18, amb relació al dret romanès).

Els dubtes sobre la interpretació d'aquesta doctrina i la seva aplicació al cas espanyol han motivat dues qüestions prejudicials. La primera ha estat plantejada pel TS a la Interlocutòria de 22 de juliol de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:10157A), amb relació a una acció de nul·litat i una altra de restitució relatives a la clàusula de despeses d'un contracte de préstec hipotecari. El Tribunal Suprem pregunta si és compatible amb els articles 6.1 i 7.1 de la Directiva 93/13/CEE del Consell, de 5 d'abril de 1993, sobre clàusules abusives en els contractes amb consumidors, que el termini de prescripció comenci a córrer a partir de la sentència ferma de nul·litat de la clàusula abusiva i, si aquesta interpretació no fos conforme, si ho seria situar l'inici en la data de les sentències del Tribunal Suprem que van fixar doctrina jurisprudencial sobre els efectes restitutoris (SSTS, Ple, 47-48-49/2019, de 23 de gener de 2019).

A la vista d'aquesta qüestió prejudicial, la Secció 15^a de l'AP Barcelona n'ha presentat una altra (Interlocutòria de 9 de desembre de 2021), amb relació a quatre procediments sobre nul·litat de les clàusules de despeses de contractes de préstecs hipotecaris amb BBVA, Banc Sabadell, Bankia, S.A., i Banc Santander, respectivament.

Aquesta última en concret parteix de l'aplicació del termini de prescripció de 10 anys de l'art. 121-20 CCCat i pregunta si, tenint en compte aquest termini, és compatible amb la Directiva 93/13/CEE, considerar que el *dies a quo* coincideix amb el moment del pagament o si és necessari que el consumidor conegui la valoració jurídica dels fets i, en aquest últim cas, si és necessari l'existència d'un criteri jurisprudencial consolidat sobre la nul·litat de la clàusula o el tribunal pot prendre en consideració altres circumstàncies. Fins ara, la doctrina seguida per la Secció 15^a de l'AP ha consistit en aplicar el termini de 10 anys de l'art. 121-23 CCCat, però tenint en compte que es tracta d'un termini llarg estableix el *dies a quo* en el moment del pagament de les despeses, considerant que des d'aquell moment

podia exercir l'acció³³ (SSAP Barcelona, Secció 15^a, 2625/2020, de 7 de desembre, 251/2021, de 12 de febrer, entre d'altres).³⁴

La STJUE de 25 de gener de 2024 (assumptes acumulats C-810/21 a C-813/21) ha resolt que és contrari al principi d'efectivitat del dret comunitari amb relació als articles 6.1 i 7.1 de la Directiva 93/13 interpretar que el dies a quo de l'acció restitutòria derivada de la nul·litat de la clàusula s'ha de situar en el moment de l'últim pagament de les despeses, sense que es consideri pertinent que el consumidor conegui la valoració jurídica dels fets (Apt. 55):

«[P]ara que las normas por las que se rige un plazo de prescripción sean conformes con el principio de efectividad, no basta con que establezcan que el consumidor debe conocer los hechos determinantes del carácter abusivo de una cláusula contractual, sin tener en cuenta, por un lado, si conoce los derechos que le confiere la Directiva 93/13 ni, por otro lado, si tiene tiempo suficiente para preparar e interponer efectivamente un recurso con el fin de invocar esos derechos.

De ello se sigue que un plazo de prescripción como el plazo de prescripción de la acción restitutoria de los gastos hipotecarios en cuestión en los litigios principales no es conforme con el principio de efectividad, toda vez que las normas por las que se rige no tienen en cuenta estos dos últimos factores» (Apts. 50 i 51).

Així mateix, el TJUE considera que també s'oposa al principi d'efectivitat del dret comunitari en aquesta matèria considerar que l'existència d'una jurisprudència nacional consolidada sobre la nul·litat de clàusules similars a les dels litigis en qüestió constitueix una prova del coneixement per part del consumidor del caràcter abusiu de la clàusula i de les conseqüències que s'hi deriven (Apt. 61):

33 «En este caso, el demandante pudo ejercitar la acción desde el momento en que hizo efectivos los gastos cuya restitución reclama. No estamos ante la nulidad de un contrato como tal sino ante la nulidad de una cláusula por abusiva, cláusula que desplegó y agotó todos sus efectos cuando se abonaron todos los gastos».

34 Un anàlisi a fons d'aquesta qüestió es pot veure a Manuel Jesús MARÍN LÓPEZ, «La doctrina del TJUE sobre el inicio del plazo de prescripción de la acción de restitución de los gastos hipotecarios: influencia del derecho alemán y los efectos en del derecho español», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, N° 42/2022, p. 1-167.

«[C]abe esperar que las entidades bancarias la conozcan y actúen en consecuencia (...) En cambio, no cabe presumir que la información de que dispone el consumidor, menor que la del profesional, incluya el conocimiento de la jurisprudencia nacional en materia de derechos de los consumidores, por más que dicha jurisprudencia esté consolidada (...) habida cuenta del carácter ocasional, o incluso excepcional, de la celebración de un contrato que contenga una cláusula de este tipo» (Apts. 58-60).

2.3. Aplicació del CCCat com a dret civil comú o general respecte a les lleis estatals no civils

Pot succeir també que una llei estatal no civil aplicable directament a Catalunya no inclogui una regla de prescripció i, en alguns casos, remeti al Dret comú per a integrar la regulació. En aquestes situacions la qüestió que cal resoldre és si el dret civil comú que, per la via de l'aplicació supletòria, ha d'integrar aquell buit legal, ha de ser el CCCat (art. 111-4 CCCat) o el CC (art. 4.3 CC). El caràcter supletori del dret civil en aquest sentit obeeix al seu caràcter de dret privat general, en tant que aplicable a qualsevol subjecte i relació jurídica i en tant que bàsic o fonamental, per ocupar-se dels aspectes més fonamentals de les institucions jurídiques de dret privat. En la doctrina civilista, de dins i fora de Catalunya, s'ha sostingut amb arguments sòlids que les referències al dret civil, al dret comú o al dret privat per part d'altres branques de l'ordenament jurídic ha d'incloure els drets civils, estatal i autonòmics.³⁵

35 BADOSA, Ferran, «Comentari a l'article 111-4 CCCat»..., p. 164: «El valor interpretatiu de l'art. 111-4 CCCat té efectivitat interna, dintre del dret català, i externa, a drets no catalans aplicables a Catalunya»; ESPILAU, Santiago, «L'aplicació del dret supletori...» p. 6 i ss.; GARCÍA, María Paz, «Plurilegislación, Supletoriedad...», p. 1948: «se debe insistir en la idea de que es todo el derecho civil y no solo el derecho civil estatal el que tiene el alcance general que se acaba de mencionar (...) En el caso concreto del derecho mercantil se da la circunstancia de que una materia cuya competencia exclusiva corresponde al Estado conforme al artículo 149.1.6ª de la CE ha de ver colmadas sus lagunas con normas civiles procedentes de ordenamientos (estatal o autonómicos) diversos, salvo en el caso de que dichas lagunas lo sean en cuestiones que atañen a las "bases de las obligaciones contractuales", materia que pertenece al núcleo duro de la reserva competencial al Estado en el ámbito de la legislación civil y que cohonesta con la exigencia constitucional de "unidad de mercado"; ROCA TRÍAS, Encarna, «El Código civil como supletorio de los Derechos Nacionales Españoles», *Anuario de derecho civil*, Vol. 31, N.º. 2, 1978, p. 227-286: «[C]uando hay que buscar un Derecho supletorio a otras materias jurídicas distintas, como

En la jurisprudència del TS, és de referència la STS, 1^a, de 28 de juny de 1968 (MP: Francisco Bonet Ramón) que, en un assumpte relatiu a la validesa de l'aval d'una esposa a favor del seu marit en una lletra de canvi, va cassar la SAP i va estimar la demanda de nul·litat en aplicació de l'article 322-1 Compilació del Dret civil especial de Catalunya: «al aplicarse en este caso el Derecho civil especial de Cataluña con preferencia (...) no cabe duda que ese Derecho común [al que es refiere l'article 50 CCom] para los catalanes está integrado por su Compilación».

Això no exclou, no obstant, que en cas de llacuna legal s'activen els sistemes propis d'autointegració de cada branca de l'ordenament jurídic abans de recórrer al dret civil.³⁶

Una interpretació de l'article 111-4 CCCat per part del TSJCat es pot veure a la STSJCat 22/2011, però cal advertir que aquesta sentència tracta

el Derecho laboral, el administrativo, el mercantil, etc., hay que acudir al Derecho catalán, que proporcionará las normas necesarias para solucionar el problema, a través suyo o de su supletorio, el Código Civil (...)» (p. 286); LACRUZ BERDEJO, José Luis *et al.*, *Elementos de derecho civil. Tomo I: Parte general. Volumen primero: Introducción*, Dykinson, 10a ed., 2012: s'indica amb relació al Dret comú del dret mercantil o laboral: «Este "Derecho común" será, en cada caso, el Derecho civil del correspondiente territorio, es decir, para cada uno de los territorios forales, la Compilación y las demás fuentes de su Derecho» (p. 76).

- 36 Per exemple, la Llei 40/2015 no preveu una regla específica sobre el termini de prescripció aplicable a l'acció de regrés de l'Administració en cas de responsabilitat patrimonial. La STSJCat, sala contenciosa-administrativa, 389/2019, de 29 de juny, va establir que aquesta llacuna s'havia d'intentar integrar d'acord amb una interpretació sistemàtica i teleològica de la regulació pròpia i especial de la responsabilitat patrimonial, de manera que va aplicar el termini anual de la Llei 30/1992 vigent en el moment dels fets, en lloc del termini de prescripció triennal de l'article 121.21.d) CCCat que al·legava l'Ajuntament en el seu recurs: «Del art. 145 de la Ley 30/1992 se desprende claramente que la acción de regreso tiene por objeto exigir la Administración "responsabilidad patrimonial" de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas. En ningún momento el legislador califica esta acción como una acción de responsabilidad civil, sino de "responsabilidad patrimonial", acción propia del ámbito administrativo. La elección de esta terminología no es gratuita (...) Así la hemos calificado en nuestra Sentencia nº 416/2015, de 27 de mayo (...) no nos encontramos ante una responsabilidad civil por daños a terceros sino ante una acción específica recogida por la Ley para repetir los daños causados por el funcionario/personal dependiente a la propia Administración (...)» (FJ. 4rt). El que és qüestionable és que la sentència utilitzi el criteri utilitzat pel TS en les SSTS 533/2013 i 534/2013 — termini aplicable a l'acció directa contra el Consorci de Compensació d'Assegurances en casos d'accidents de circulació— per concloure que també en el cas de l'acció de repetició es tracta d'una obligació legal que no neix de la legislació catalana sinó del sistema de responsabilitat patrimonial. El problema en el cas present és de supletorietat del dret civil com a dret comú.

de la supletorietat del dret civil estatal *ex art. 111-5 CCCat*. En tot cas, d'un dels paràgrafs es desprèn que l'article 111-4 CCCat només tindria efectes interns, en contra de la posició manifestada per la doctrina:³⁷ «En todo caso, *el art. 111.4 CCCat*, conforme al cual las disposiciones del Código civil de Catalunya constituyen el derecho común en Catalunya y se aplican supletoriamente a las otras leyes, *no indica nada más que la regulación del CCCat resulta aplicable supletoriamente a otras normas del derecho propio de Catalunya*, pero no excluye, como es lógico, la aplicación del CC, ni en aquello que de acuerdo con la Constitución es materia exclusiva del Estado, ni tampoco podría hacerlo con respecto a aquello que el mismo CCCat no regula, siempre como se ha dicho que no vaya en contra de los principios informadores del derecho civil de Catalunya» (FJ. 6è).

Hi ha múltiples exemples de l'aplicació del CCCat com a dret comú respecte a altres lleis estatals, alguns dels quals han estat extrets de sentències. Per exemple, el règim de prescripció del CCCat —en concret, el termini decennal de l'article 121-20 CCCat— és l'aplicable a l'acció subrogatòria de l'asseguradora reconeguda a l'article 43 LCS (SAP Barcelona, Secc. 19^a, 11/2018, de 15 de gener, que resol una pretensió de responsabilitat contractual exercida per l'asseguradora *ex art. 43 LCS* contra l'instal·lador d'un aparell descalcificador d'aigua) o a l'acció de repetició de les entitats gestores de la Seguretat Social per l'import de l'assistència sanitària prestada, reconeguda a article 168.3 Text refós de la Llei General de la Seguretat Social (TRLGDSS) (SAP Barcelona, Secc. 17^a, 6/2022, de 7 de gener, que resol l'acció del Consorci Hospitalari de Vic contra l'asseguradora amb què els perjudicats havien contractat una assegurança voluntària d'assistència sanitària). També hauria de ser d'aplicació el termini de prescripció decennal de l'article 121-20 CCCat a les pretensions de responsabilitat civil derivada de delictes, en tant que la regulació penal que és la cridada a regular la pretensió segons l'article 1091 CC no preveu cap termini (SAP Tarragona, Secc. 4^a, Penal, 360/2013, de 24 de setembre). I, per la mateixa raó, haurien de ser aplicables les normes sobre el règim de la prescripció relatives, per exemple, a la interrupció i suspensió previstes al CCCat a les pretensions regulades per la normativa administrativa o per la normativa laboral, si aquestes últimes no en preveuen regles pròpies.

El grup de casos seleccionat per a mostrar el debat sobre aquest punt a la jurisprudència és el relatiu a pretensions derivades de contractes

37 ESPIAU ESPIAU, Santiago, «L'aplicació del dret supletori...», p. 1-12.

mercantils. El punt de partida amb què les sentències seleccionades comencen a analitzar la qüestió és l'article 943 CCom, que remet al dret comú: «Las acciones que en virtud de este Código no tengan un plazo determinado para deducirse en juicio se regirán por las disposiciones del derecho común». La determinació de la llei aplicable a la prescripció pot tenir importància pràctica si es tracta de pretensions personals no subjectes a un termini especial per la diferent durada entre els dos terminis que són cridats a aplicar-se com a dret civil comú (10 anys *ex* article 121-20 CCCat i 5 anys *ex* article 1964.2 CC).

La SAP Tarragona, Secc. 3^a, 423/2020, de 5 de novembre, que resol una acció de reclamació del preu derivada d'una compravenda mercantil, exposa detalladament les dues posicions seguides per les Audiències Provincials a Catalunya³⁸ i s'adhereix a la tesi —correcta— d'aplicar el CCCat com a dret civil comú amb l'argument de què l'article 943 CCom no fixa cap termini especial, supòsit en què actuaria com a llei especial amb preferència sobre la normativa pròpia de Catalunya.³⁹ Crec, però, que és erroni utilitzar com a argument, com fa la SAP esmentada, la doctrina del TSJCat sobre l'aplicació general de les disposicions sobre prescripció del CCCat malgrat que la relació jurídica no estigui específicament regulada en el CCCat, perquè el concepte de supletorietat en tots dos àmbits és diferent, com ja s'ha apuntat (FJ. 6è, amb cita d'altres sentències d'Audiències Provincials de Lleida, Girona i Barcelona, com la SAP Lleida, Secc. 2^a, 458/2018, de 29 d'octubre, sobre reclamació de quantitat derivada de diverses compravendes mercantils o la

38 A nivell del TSJ, consta la Interlocutòria TSJCat 95/2019, de 13 de juny, que va inadmetre el recurs de cassació, on cap de les parts discuteix l'aplicació al cas del termini general de 10 anys del CCCat a un contracte de préstec entre una entitat de crèdit i un consumidor: «En todo caso la Sala cuenta ya con doctrina sobre que se aplica a los contratos de préstamo el plazo de prescripción general del CCCat (STSJCat de 12 de septiembre de 2011) que consecuentemente no ha sido infringida por la Sala de apelación». La qüestió discutida és el *dies a quo* del còmput: consta que l'entitat de crèdit va fer ús de la facultat de venciment anticipat del préstec, pactada en el contracte en cas d'incompliment, i el TSJ cassà la SAP, que havia considerat que el *dies a quo* havia de coincidir amb el venciment de l'última quota, per concloure que el termini havia de començar a córrer abans, quan la part actora va exercir la facultat perquè des de llavors coneixia l'import del deute, la seva exigibilitat i la persona del deutor (FJ. 3r).

39 Per exemple, la SAP Tarragona, Secc. 3^a, 60/2022, de 3 de febrer, dictada en un supòsit de reclamació de devolució de part del capital d'un préstec personal, considera aplicable l'article 944 CCom en matèria d'interrupció de la prescripció per ser norma especial de caràcter general.

SAP Girona, Secc. 2^a, 219/2018, de 25 de maig, sobre reclamació del preu derivat d'un contracte de serveis/obra que qualifica de mercantil).

Un segon grup de sentències consideren, en canvi, aplicable els terminis del CC i ho fonamenten en diversos arguments: la competència exclusiva de l'Estat per a regular la matèria mercantil (SAP Tarragona, Secc. 1^a, 493/2018, de 20 de novembre de 2018, resol una acció de reclamació del preu derivada d'un contracte mercantil d'obres i serveis); seria contrari a l'article 149.1.6a CE interpretar que la remissió al dret comú continguda en una llei estatal pogués referir al dret que dimana d'un òrgan sense competència en matèria mercantil perquè això afegiria un particularisme no desitjat entre territoris dins de l'Estat (SAP Tarragona, Sec. 1^a, 18/2019, de 24 de gener, resol una acció d'execució de crèdit derivat d'un préstec mercantil sotmès a la LEC 1881); es fa una lectura [incorrecta] de l'article 111-4 CCCat segons el qual el CCCat constitueix el dret comú *de* Catalunya [quan el precepte utilitza la preposició *a*]; o remetent a la Disposició Final CC juntament amb l'art. 4.3 CC (SAP Barcelona 514/2022, Secc. 11^a, de 18 d'octubre, resol una acció de reclamació de deutes derivats de préstec mercantil, amb cita de la SAP Barcelona, Secc. 14^a, 159/2016, de 6 de maig).⁴⁰

3. Doctrina del TSJCat sobre la cognoscibilitat raonable dels elements de la pretensió

La interpretació restrictiva que ha de regir en matèria de prescripció, que suposa que s'ha de rebutjar tota apreciació rigorista que porti de manera automàtica a estimar la prescripció, es manifesta, entre d'altres aspectes, en la determinació del *dies a quo*. D'acord amb l'article 121-23.1

40 Aquesta interpretació de l'article 111-4 CCCat es la que va adoptar el TC en la Interlocutòria 349/2003, de 29 d'octubre, per la qual es va aixecar la suspensió dels articles del Llibre I CCCat objecte de recurs d'inconstitucionalitat. El TC, en resposta a l'al·legació de l'Advocat general de l'Estat segons la qual el precepte tracta d'eliminar l'aplicació del CC com a dret civil comú, va afirmar: «la lectura del precepto legal impugnado no impone la aplicación expansiva que sugiere el Abogado del Estado, sino que la aplicación supletoria a que se refiere dicha norma puede limitarse a las leyes civiles de la Comunidad Autónoma de Cataluña, y en la medida en que se haga tal aplicación procede el levantamiento de la suspensión». La STSJCat 22/2011 va considerar que, des del moment en què es va desistir del recurs, no és vàlid atorgar efectes jurídics a aquesta interpretació com si el recurs s'hagués mantingut.

CCCat, aquesta determinació requereix examinar un doble aspecte: a) si l'acció era objectivament exigible (teoria de la *actio nata*); i b) si, amb aquest pressupòsit, el titular de la pretensió coneixia o podia conèixer raonablement les circumstàncies que la fonamentaven i la persona contra la qual devia exercir-se. En la STSJCat 93/2016, de 14 de novembre (dictada en un cas sobre reclamació del preu derivat d'un contracte d'obra amb aportació de materials i treballadors), el Tribunal recorda que el legislador català ha reduït els terminis de prescripció, en línia amb les tendències més modernes (§ 195 BGB; articles 14:201 PECL i III:702 DCFR que estableixen un termini general de prescripció de tres anys), i (en contrapartida) ha allargat l'inici del còmput dels terminis en considerar fonamentalment criteris subjectius (FJ. 4rt).

La STSJCat 50/2022, de 16 de setembre, dictada en un cas d'accessió invertida, és rellevant perquè indica que recull la doctrina del TSJCat sobre la determinació del *dies a quo ex art. 121-23.1 CCCat* del termini general de 10 anys. En el cas, el 2.11.2017 l'actor va reclamar als propietaris d'un solar contigu, en virtut de l'acció prevista en l'article 542-9 CCCat, el valor del sol suposadament envaït i els danys i perjudicis derivats d'una edificació que els propietaris van aixecar en el seu solar el 28.6.2007. Consta que no va ser fins l'abril de 2015 quan l'actor va realitzar una sèrie d'actuacions (sense efectes interruptors del termini), com iniciar diligències preliminars contra la constructora i l'Ajuntament de Deltebre —però, no contra els propietaris (com exigeix l'article 121-12.a) CCCat)—, o sol·licitar un informe pericial per conèixer l'abast de l'ocupació.

El Tribunal recorda en primer lloc que el criteri subjectiu basat en el coneixement del titular de la pretensió no és pur, sinó que s'ha d'objectivar de manera que allò rellevant és que existeixi «una possibilitat raonable de coneixement, partint d'estàndards mitjans de conducta diligent» —cognoscibilitat raonable—, possibilitat que s'haurà de valorar tenint en compte «la naturalesa i objecte del contracte, les circumstàncies del cas i els usos i pràctiques de la branca d'activitat» (com havia indicat en la STSJCat 48/2015). No es pot afirmar, diu el Tribunal, que la solució que imposa l'article 121-23.1 CCCat atengui al coneixement efectiu o al convenciment de la persona sobre l'existència dels requisits de la pretensió mitjançant l'obtenció de proves adequades, com pretenia l'actor en aquest cas. El Tribunal afegeix, que, amb caràcter general, els dubtes que pugui tenir el jutge «actuen a favor de qui reclama, sempre que no se li pugui atribuir una certa deixadesa a l'abandonament dels seus drets» i sense perjudici del dret del deutor a invocar els efectes d'un eventual retard deslleial (FJ. 1er). Per

exemple, en el cas resolt per la STSJCat 30/2016, dictada en un supòsit de contracte d'intermediació immobiliària, el TSJ va considerar que sol·licitar una nota simple al Registre de la Propietat, en un temps raonable, per a conèixer les titularitats sobre una finca i les vicissituds de les transmissions que s'havien efectuat formava part de la diligència exigible a l'actor tenint en compte les circumstàncies del cas.

L'empresa BCG va prestar serveis d'intermediació per a l'adquisició d'un solar a favor de Promociones Ausa 2000 SL i van pactar que la retribució de la intermediària consistiria en el lliurament d'un apartament de 60 m² dels que s'havien de construir en el solar i, subsidiàriament, per al cas en què no es fes la construcció i es procedís a la venda del solar a tercers, en el pagament del preu de mercat de l'apartament. La construcció no es va realitzar i Promociones va vendre el solar a Pitança (escriptura pública inscrita el 5 de juny de 2009), pactant-se que el comprador assumia l'obligació de pagament de la retribució de l'intermediari, i Pitança, al seu cop, va vendre el solar a un tercer el 5 d'agost de 2009 sense que constés l'assumpció de l'obligació de pagament anterior per part de l'adquirent. El 28 de setembre de 2009 l'intermediari va sol·licitar nota simple en el Registre de la Propietat sobre la titularitat del solar i les vicissituds de les compravendes. La demanda es va interposar el 12 de juliol de 2012. L'AP va considerar prescrita l'acció perquè va prendre com a *dies a quo* la data d'inscripció de la primera compravenda en el Registre de la Propietat. El TSJ va cassar l'AP i va tornar les actuacions.

En el cas concret de l'accessió invertida, el TSJCat va concloure que el *dies a quo* s'havia de situar, com havia establert l'AP i el propi TSJCat en casos anteriors similars (STSJCat 30/1993, sobre reclamació de constructor contra el propietari de terreny aliè en què va construir de bona fe sense permís), en el moment de finalització de les obres, perquè des de llavors l'edifici estava acabat i es va poder conèixer l'abast de l'ocupació i les persones (els propietaris del solar) contra els qui es podia dirigir l'acció, sense que existís cap circumstància en el cas o relacionada amb la conducta de l'actor que permetés arribar a una solució diferent.

La STSJ 50/2022 és rellevant perquè el Tribunal exposa les circumstàncies del cas i de les parts que es van tenir en compte en sentències anteriors per a determinar el *dies a quo* en casos molt heterogenis que inclouen reclamacions del preu en compravendes (STSJCat 48/2015, 7/2021), reclamació del préstec personal i dels interessos en un supòsit de venciment anticipat del préstec (STSJCat 26/2020), reclamació d'honoraris professionals (SSTSJCat 30/2016, 82/2019, 19/2021 i 55/2021) i accions de responsabilitat civil extracontractual (67/2015, 26/2020). És possible extraure alguns criteris generals en funció dels grups de casos:

La qüestió sobre la determinació del *dies a quo* en reclamacions del preu derivades de contractes de compravenda es concreta en el moment en què l'obligació de pagament és exigible. El supòsit senzill és aquell en què el pagament del preu és exigible des del moment del lliurament dels béns (art. 621-32.1 CCCat, art. 1500.2 CC) —la STSJ Cat 48/2015 concreta que no es pot allargar fins al moment en què el venedor va emetre la factura—, mentre que la determinació del *dies a quo* es pot complicar si la relació jurídica és continuada, de confiança, inclou múltiples compravendes i pagaments a compte i es desprèn una indeterminació del termini de compliment, acceptada per les parts. És el que va valorar el Tribunal en la STSJCat 7/2021 i va fixar, d'acord amb els usos contractuals i la facultat que li reconeix l'article 1128 CC quan de les circumstàncies i naturalesa de la obligació es dedueixi que s'ha volgut concedir un termini al deutor, que l'exigibilitat sorgia a partir de l'últim pagament a compte perquè a partir d'aquí el ritme regular de compres i pagaments s'havia trencat.

En un supòsit de reclamació de les quotes impagades d'un préstec personal en què l'entitat de crèdit havia exercit la facultat de venciment anticipat del préstec al mes de març de 2007, el TSJ va considerar prescrita l'acció perquè el *dies a quo* havia de coincidir amb la data del venciment anticipat i no amb la data de venciment de l'última quota, com havia establert l'AP, perquè en el primer moment l'entitat coneix l'import del deute, la seva exigibilitat i la persona del deutor. No es discuteix per les parts, ni per TSJ, que el termini de prescripció aplicable sigui el decennial de l'article 121-20 CCCat (STSJ Cat, Secció 1^a, 1/2022, de 10 de gener).

Sobre el coneixement dels danys com a criteri per a determinar el *dies a quo* en casos de responsabilitat civil extracontractual, el TSJCat ha aplicat la distinció entre danys continuats i permanents del Tribunal Suprem i ha considerat dues coses: que l'acció és exercible quan el perjudicat coneix els danys, malgrat que aquests s'agreugin amb el pas del temps per circumstàncies que no tenen a veure amb l'acció u omissió del demandat (definició de dany permanent) i que, en canvi, el termini no comença a córrer fins que l'activitat causant del dany no ha cessat o fins que es produeix la determinació (dany continuat). Són rellevants dues sentències del TSJCat, perquè apliquen aquesta doctrina a supòsits de danys materials. En la STSJCat 67/2015, de 28 de setembre, consta que l'actor va haver d'abandonar el seu habitatge per por a les represàlies i pels actes hostils que estaven efectuant contra ells uns veïns com a conseqüència d'haver demandat a un d'ells i reclamava les rendes per l'arrendament de fins a tres habitatges pagades durant els últims quatre anys. El TSJCat va considerar, com l'AP, que l'acció havia prescrit perquè es tractava danys materials permanents, en tant que l'actor no havia acreditat que la causa dels danys és mantinguda des de què va abandonar el seu immoble més enllà de «una referència imprecisa i no datada que suggereix (...) el “tracte vexatori” que els van dispensar els demandats en les esporàdiques ocasions (...) en què van tornar per netejar-la» (FJ. 2n). A la segona sentència escollida, la STSJCat 26/2010, d'1 de setembre, el TSJ va considerar no prescrita l'acció d'una comunitat de propietaris contra el constructor d'un mur de la seva propietat pel valor de la reparació del

despreniment per una deficient construcció imputable a la demandada. En el cas, va considerar raonable situar el *dies a quo* no en el moment en què es va produir l'ensorrament (març de 2011), sinó en la data de la factura relativa a l'execució del projecte de reparació, encarregat per l'actora, en tant que era el primer document on constava l'abast dels danys (maig de 2011): «el mer coneixement dels danys per part de l'actora, fins i tot de la seva causa, però no de l'abast, quantificació i manera en què havien de ser reparats, no s'avé amb la lletra i esperit de la norma invocada [art. 121-23.1 CCCat] que requereix el coneixement de les circumstàncies (detalls o particularitats que envolten el fet substantiu) necessàries per poder iniciar accions judicials» (FJ. 4rt, apt. 7è). De manera similar, el TSJ va situar el *dies a quo* en la data del peritatge que va fixar la naturalesa del dany i el cost de la reparació en la STSJ 36/2020, que resol un cas de filtracions provinents de l'immoble confrontant.

En matèria d'accions de reclamacions d'honoraris vinculats a procediments judicials, la doctrina es recull en les SSTSJ 82/2019, 19/2020 i 55/2021. El TSJ considera escaient amb la regulació catalana la doctrina del TS, recollida a la STS 266/2017 de 4 de maig, que interpreta l'article 1967 in fine CC. Es desprèn una doble regla en funció de si el professional ha assumit la direcció i defensa dels interessos del client en un litigi o si l'actuació professional inclou diversos procediments judicials o assumptes no connectats entre sí. En el primer cas (sobre el que tracten les SSTSJ 82/2019 i 55/2021), la regla general és que «la pretensió del prestador de serveis neix quan l'encàrrec ha estat executat, és a dir, amb la conclusió de l'afer judicial» i això inclou la finalització del procés d'execució de la sentència condemnatòria ferma (STSJ 82/2019) o del procés executiu de reclamació de les costes processals (SSTSJ 68/2018 i 55/2021). El TSJ considera que la doctrina és escaient amb l'article 121-23.1 CCCat perquè atén al coneixement efectiu o raonable dels elements que determinen l'import de la seva retribució («la durada de l'assumpte, complexitat, dedicació o fins i tot el resultat obtingut en el cas que la remuneració hi estigui supeditada», FJ. 3r, apt. 3 STSJ 82/2019). També adverteix que aquesta doctrina té el risc de què aquestes pretensions esdevinguin en la pràctica imprescriptibles quan estiguin vinculades a fases executives inacabables, tot i que el risc és fàcilment neutralitzable amb la introducció del pacte de fragmentació de la facturació dels serveis prestats, o amb la denúncia per part del client per donar per acabada la relació contractual de serveis (FJ. 3r, apt. 3). En canvi, en el segon supòsit, el termini de prescripció de la pretensió de cobrament del honoraris comença a córrer de manera independent per a cadascun dels assumptes des de la seva terminació (STS 266/2017). En tots dos casos, s'admet el pacte en contra de les parts (per exemple, perquè s'hagi pactat una retribució periòdica o per fases processals en el primer supòsit). Per exemple, la STSJ 19/2020 té en compte que s'havia pactat en el contracte que algunes actuacions s'havien de minutar de manera separada i el propi professional va emetre diferents factures (FJ. 4rt, apt. 9è).

4. Conclusions

En el treball es defensa de manera principal que el principi de competència i no el d'especialitat és el que hauria de regir les relacions entre el dret civil català i el dret estatal i, seguint aquest criteri, cal distingir entre l'aplicació supletòria i directa del dret estatal.

Si una pretensió està regulada supletòriament pel dret civil estatal, perquè la Generalitat no ha exercit la seva competència en matèria de dret civil (arts. 149.1.8a CE i art. 149 EAC), creiem que això no hauria d'alterar la preferència del dret civil català en allò que regula, és a dir, en matèria de prescripció, malgrat que el dret civil estatal preveïés un termini especial. Perquè fos aplicable el termini especial estatal s'hauria de constatar primer un buit legal en el dret civil català que no existeix en matèria de prescripció.

Un problema addicional de l'aplicació supletòria del dret civil estatal es presenta quan és discutible si la regulació catalana sobre prescripció presenta una llacuna legal o si el silenci del legislador català s'ha interpretar com a una omisió intencionada. Això és el que es va plantejar a la STSJCat 77/2015 amb relació a l'article 121-12.a) CCCat i l'aplicació supletòria de l'article 1974 CC quant a la possible comunicació dels efectes de la interrupció del termini davant d'un dels deutors solidaris. El TSJCat no resol la qüestió perquè conclou que el supòsit de solidaritat del cas entre agents de l'edificació no és, d'acord amb la jurisprudència del TS, de solidaritat impròpia i per tant queda fora de l'àmbit d'aplicació de l'article 1974 CC.

Quant a l'aplicació directa del dret estatal, s'adverteix que si la pretensió, en canvi, està regulada pel dret estatal, civil o no civil, en virtut d'una competència exclusiva i la norma és d'aplicació general en tot el territori espanyol, la solució proposada en el treball és considerar que la disposició sobre el termini estatal de prescripció hauria de prevaldre sobre el CCCat, malgrat que aquella disposició sigui de caràcter civil. No es desconeix que el legislador estatal hauria d'especificar per a les diferents disposicions d'una norma, civils i no civils, cadascun dels títols competencial que està exercint, però si no ho fa i utilitza únicament un títol que atribueix competència exclusiva a l'Estat en una matèria no civil, creiem que la norma, incloent les disposicions sobre prescripció, s'hauria d'aplicar íntegrament. Això ha passat quan l'Estat ha previst disposicions sobre prescripció en normes que ha dictat en virtut únicament de la seva competència exclusiva en matèria mercantil (arts. 7 i 11 TR LRCSCVM) o laboral (art. 59.1 ET), o la que li permet dictar la legislació bàsica sobre el règim jurídic de les Administracions públiques o del procediment administratiu comú (art. 67.1 Llei 39/2015), o

ha exercit una competència exclusiva de caràcter transversal, com és el cas de les bases i coordinació de la planificació general de l'activitat econòmica (art. 74 Llei de Defensa de la Competència).

La doctrina del TSJCat sobre les relacions entre el dret civil català i estatal en matèria de prescripció ha aclarit algunes d'aquestes qüestions.

Per exemple, és clar que, d'acord amb la STSJCat 22/2011, l'aplicació supletòria del dret civil estatal no imposa que aquest hagi de regular íntegrament la pretensió, perquè no hi ha cap efecte expansiu a favor del dret civil estatal amb la finalitat d'aconseguir una pretesa unitat de la regulació que no està justificada. El cas resolt tenia per objecte una pretensió de reclamació d'un deute derivat d'un contracte d'obra i el potencial conflicte es plantejava entre el termini triennal del CCCat i el termini general de l'article 1968.2 CC. El dret civil estatal no preveia un termini especial de prescripció.

També és rellevant la STSJCat 77/2015, perquè es pronuncia sobre la preferència del termini especial de prescripció estatal, previst en una norma civil, la Llei 38/1999, d'ordenació de l'edificació, perquè, argumenta el Tribunal, es tracta d'una norma de caire especial dictada per l'Estat i regula la prescripció en un concret sector de la realitat social.

Les SSTSJCat 60 i 61/2017 resolen un supòsit d'aplicació directa d'una llei estatal dictada en virtut de la competència exclusiva de l'Estat (el TR LRCACVM, que regula essencialment el contracte d'assegurança de responsabilitat civil en el sector de la circulació de vehicles a motor). El TSJCat utilitza dos arguments per a resoldre a favor de la preferència dels terminis de prescripció previstos a la llei estatal: la competència i el caràcter especial de la legislació respecte a la regulació del CC.

No obstant, s'han identificat els següents problemes en la jurisprudència menor d'Audiències Provincials quan ha aplicat aquesta doctrina:

En primer lloc, malgrat la claredat de la STSJCat 22/2011, la majoria de les Audiències Provincials, excepte la de Girona, han continuat aplicant el termini de prescripció anual de l'article 1968.2 CC a les pretensions de responsabilitat civil extracontractual per infraccions del Dret de Defensa de la Competència basades en l'article 1902 CC, en lloc del termini triennal de l'article 121-21.d) CCCat. En particular, no s'entén per què l'AP de Lleida considera que es tracta d'un supòsit de crida de l'article 1968.2 CC per l'article 943 CCom (accions que en virtut d'aquest Codi no tenen un termini determinat), quan, abans de l'entrada en vigor de la Directiva 2014/104 i de la reforma de la Llei 15/2007 de Defensa de la Competència, aquest tipus d'accions es fonamentaven en l'article 1902 CC.

En segon lloc, també s'adverteix jurisprudència menor contradictòria amb relació al termini de prescripció de l'acció restitutòria derivada de la nul·litat de clàusules abusives en contractes amb consumidors, si ha de ser el general de cinc anys de l'article 1964 CC o el general de deu anys de l'article 121-20 CCCat. Ens trobem davant d'una regulació estatal civil -TR LGDCU- d'aplicació directa, segons la jurisprudència del TC, la qual no conté normes especials sobre prescripció. Per tant, entenc que no es tracta aquí d'integrar cap llacuna amb el dret civil estatal, ni d'aplicar el dret civil estatal com a dret comú general, sinó simplement d'aplicar el dret vigent a Catalunya sobre prescripció, però no com a dret comú a Catalunya, com suggereix la Secció 15^a de l'AP de Barcelona (per exemple, SAP 2024/2021), sinó com a dret preferent amb eficàcia territorial.

En tercer lloc, es constata que el TSJCat no ha emès doctrina sobre l'efectivitat externa de l'article 111-4 CCCat i el caràcter del dret civil català com a dret comú respecte a les lleis estatals no civils. Això propicia que encara sigui controvertit a la jurisprudència menor d'Audiències Provincials si resulta aplicable el termini general del CC o del CCCat a pretensions contractuals derivades del CCom que no tenen un termini especial, tenint en compte la remissió de l'article 943 CCom al dret comú. El principi de competència que utilitzen algunes Audiències per a justificar la preferència del dret civil estatal no té en compte que la supletorietat que s'aplica en aquesta matèria no és la que deriva de l'ordre constitucional de competències Estat-CC.AA. (art. 111-5 CCCat, art. 13.2 CC, art. 149.3 CE) sinó la que resulta del dret civil com a dret privat general, aplicable a qualsevol subjecte i relació jurídica (art. 111-4 CCCat, que substitueix l'art. 4.3 CC).

Algunes de les qüestions plantejades no tenen transcendència pràctica perquè, en virtut del criteri de la cognoscibilitat que regeix per a la determinació del *dies a quo*, segons l'article 121-23.1 CCCat, resulta irrellevant aplicar un termini o altre. A nivell intern, el TSJCat disposa ja d'una doctrina àmplia sobre les circumstàncies del cas i de les parts que s'han tingut en compte per a determinar el *dies a quo* en casos molt heterogenis que inclouen reclamacions del preu reclamacions del preu en compravendes (STSJCat 48/2015, 7/2021), reclamació del capital del préstec personal i dels interessos en un supòsit de venciment anticipat (STSJCat 26/2020), reclamació d'honoraris professionals (STSJCat 30/2016, 82/2019, 19/2021 i 55/2021) i accions de responsabilitat civil extracontractual (67/2015, 26/2020). El treball dóna compte dels criteris generals que es poden extreure en cada grup de casos.

Bibliografia

- ABRIL CAMPOY, Joan Manel, «La prescripció en el dret civil de Catalunya: la normativa catalana només és aplicable quan hi ha una regulació pròpia de la pretensió que prescriu?», *InDret* 2/2011, p. 1-33.
- ALEGRET BURGUÉS, Ma. Eugènia, «Els terminis de la prescripció extintiva en el dret d'obligacions a Catalunya: una qüestió polèmica», *Annals de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya*, IV, 2012, p. 731-740.
- ANDERSON, Miriam, «La relativitat de la pretensió i la legitimació per a fer valer la prescripció (art. 121-5 CCCat), amb especial referència a la fiança i a la solidaritat passiva», *Revista Catalana de Dret Privat*, Vol. 7, 2007, p. 9-48.
- BADOSA COLL, Ferran, «Comentari a l'article 111-4 CCCat», a: Lamarca i Marquès, Albert; Vaquer Aloy, Antoni (Eds.), *Comentari al llibre primer del Codi civil de Catalunya. Disposicions preliminars. Prescripció i caducitat*, Atelier, Barcelona, 2012, p. 149-172.
- ESPIAU ESPIAU, Santiago, «La aplicación de la regulación del Libro I del Código Civil de Cataluña relativa a la prescripción de las pretensiones derivadas de responsabilidad extracontractual», *InDret* 1/2015.
- «L'aplicació del dret supletori i la regulació de la prescripció en el Codi Civil de Catalunya» *InDret* 2/2013.
- «Comentario a la STS de 6 de septiembre de 2013», *CCJC* núm. 94/2014.
- «Comentari a l'article 121-12 CCCat», a Lamarca i Marquès, Albert; Vaquer Aloy, Antoni (Eds.), *Comentari al llibre primer del Codi civil de Catalunya. Disposicions preliminars. Prescripció i caducitat*, Atelier, Barcelona, 2012, p. 476-483.
- «L'aplicació de la regulació de la prescripció establerta al Codi Civil de Catalunya. Comentari a la sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona de 10 de març de 2010», *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 1-2011, p. 213-220.
- FONT SEGURA, Albert, «La utilització del Dret internacional privat com a criteri d'aplicabilitat del Dret civil català a Catalunya», *Revista Catalana de Dret Privat*, vol. 15-1 (2015), p. 77-86.
- GARCÍA RUBIO, María Paz, «Plurilegislación, Supletoriedad y Derecho civil», en José Manuel González Porras, Fernando P. Méndez González (Coords.), *Libro homenaje al professor Manuel Albaladejo García*, Universidad de Murcia, Servicio de Publicaciones, Vol. 1, 2004, p. 1939-1954.

- LACRUZ BERDEJO, José Luis *et al.*, *Elementos de derecho civil. Tomo I: Parte general. Volumen primero: Introducción*, Dykinson, 10a ed., 2012.
- LAMARCA I MARQUÈS, Albert, «Els terminis de prescripció decennal i triennal en el Codi Civil de Catalunya», *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 1, 2013.
- LAMARCA I MARQUÈS, Albert, «Comentari a l'article 120-20 CCCat» a: LAMARCA I MARQUÈS, Albert; VAQUER ALOY, Antoni (Eds.), *Comentari al llibre primer del Codi civil de Catalunya. Disposicions preliminars. Prescripció i caducitat*, Atelier, Barcelona, pp. 523-573, p. 558.
- «Comentari a l'article 121-21 CCCat», a Albert Lamarca i Marquès, Antoni Vaquer Aloy (Eds.), *Comentari al Llibre primer del Codi civil de Catalunya. Disposicions preliminars. Prescripció i caducitat*, Atelier, Barcelona, 2012, p. 574-600.
- «La prescripció de les accions personals que no tenen assenyalat termini», *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 4, 1999, p. 957-982.
- MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, «La doctrina del TJUE sobre el inicio del plazo de prescripción de la acción de restitución de los gastos hipotecarios: influencia del derecho alemán y los efectos en del derecho español», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, N° 42/2022, p. 1-167.
- MIRAMBELL I ABANCÓ, Antoni, «Comentari a l'article 111-5 CCCat» a: Lamarca i Marquès, Albert; Vaquer Aloy, Antoni (Eds.), *Comentari al llibre primer del Codi civil de Catalunya. Disposicions preliminars. Prescripció i caducitat*, Atelier, Barcelona, p. 173-204.
- NASARRE AZNAR, Sergio, *Làbast de la prescripció i de la caducitat del Codi Civil de Catalunya. Estudi de la seva aplicació a les normes estatals vigents a Catalunya*, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Generalitat de Catalunya, 2011, pp. 1-289.
- RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, «Primera valoración de la regulación de la prescripción y la caducidad en el Código Civil de Cataluña», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* núm. 678, 2003, pp. 2099-2167.
- ROCA TRÍAS, Encarna, «El Código civil como supletorio de los Derechos Nacionales Españoles», *Anuario de derecho civil*, Vol. 31, N°. 2, 1978, p. 227-286.
- SÁNCHEZ CALERO, Fernando (Dir.), *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, 4a ed., Aranzadi, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, p. 1721-1799.

Llibre segon del Codi Civil de Catalunya

Jurisprudència del llibre segon del Codi Civil de Catalunya

Maria Eugènia Alegret Burgués

Magistrada de la Sala civil i Penal del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya

Vicepresidenta de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya

Sumari

1. Introducció

2. Les institucions de protecció de la persona (articles 221-1 a 227-9)

3. La protecció dels menors desemparats (articles 228-1 a 228-9 i Llei 14/2010)

4. Règim econòmic matrimonial (articles 231-10 a 232-38)

4.1. En general

4.2. Pactes en cas de ruptura matrimonial

4.3. Liquidació del règim de separació de béns: compensació per raó del treball (articles 232-5 i 232-6)

5. Dels efectes de la nul·litat, separació i divorci del matrimoni (articles 233-1 a 233-25)

5.1. Plans de parentalitat en el CCCat

5.2. Guarda dels fills

5.3. Aliments per als fills

5.4. Atribució del domicili familiar

5.5. Prestació compensatòria

5.6. Modificació d'efectes de sentència anterior per canvi substancial de circumstàncies

6. Convivència estable en parella (articles 234-1 a 234-14)

6.1. Prestació alimentària

6.2. Atribució i exclusió de domicili en unions de fet

7. La filiació (article 235-1 a 235-52)

7.1. Accions de filiació

7.2. Ordre dels cognoms del menor en les accions de filiació

7.3. Reconeixement de complaença i les seves diferències amb el reconeixement de conveniència fet en frau de llei

8. Potestat parental (article 236-1 a 236-36)

- 8.1. Relacions personals entre pares i fills
- 8.2. Relacions personals amb els avis i altres parents
- 8.3. Potestat parental: autorització alternativa dels parents per vendre béns del menor quan només hi ha una branca familiar
- 8.4. Teràpia familiar

9. Disposicions addicionals (tercera, sisena i setena) i disposicions transitòries

- 9.1. Disposició addicional 3a
- 9.2. Disposicions addicionals 6a i 7a
- 9.3. Disposicions transitòries (segona i tercera)

1. Introducció

Catalunya va ser una de les primeres comunitats autònomes en regular les relacions familiars amb la promulgació del Codi de família per la Llei 9/1998, de 15 de juliol, i la Llei 10/1998, d'unions estables de parella.

Amb l'elaboració del llibre II del Codi civil de Catalunya (CCCat) per la Llei 25/2010, de 29 de juliol, el legislador català va abandonar la dissociació del fet familiar i va incorporar al CCCat la regulació dels drets de la persona i les institucions protectores, la família i la resta de relacions de convivència.

Malgrat això, encara trobem a la Llei 14/2010, de 27 de maig, dels drets i les oportunitats en la infància i l'adolescència (LDOIA), la protecció dels menors.

No cal fer esment que el legislador català pretenia i aconsegueix una regulació completa d'aquestes matèries de manera que només cal anar al Codi civil estatal (CC) en matèria d'estat civil.

És remarcable també que la minsa regulació del CC en relació amb el fet familiar ha forçat el Tribunal Suprem a produir una àmplia jurisprudència, part de la qual pren com a referent la regulació catalana.

De la nostra banda, tant respecte del llibre II del CCCat com en relació amb la LDOIA, la jurisprudència del Tribunal Superior de Justícia (TSJC) ha estat, des de la promulgació, molt extensa.

De fet, de les més de 500 sentències de cassació dictades per la Sala Civil i Penal del TSJC en relació amb el CCCat, gairebé 2/3 corresponen a la temàtica de la persona, de la família i dels menors amb una gran repercussió quant als processos de separació i divorci del matrimoni o cessament de les relacions de parella.

L'objecte d'aquest treball és precisament donar a conèixer als operadors jurídics la jurisprudència del TSJC en aquesta matèria, amb l'anàlisi de les sentències més emblemàtiques, atès que és impossible fer esment de totes les sentències dictades per la Sala.

Nogensmenys, totes les sentències del TSJC apareixen publicades a la pàgina web del Poder Judicial, mitjançant el Centre de Documentació Judicial (CENDOJ).

No existeix fins ara cap norma legal que obligui a publicar-les als diaris oficials.

A continuació, relacionarem les sentències més importants pel mateix ordre del llibre II. Únicament es farà referència a la matèria substantiva i processal del dret civil català i s'ometran les qüestions processals de la LEC 1/2000.

2. Les institucions de protecció de la persona (articles 221-1 a 227-9)

En aquesta part només farem referència a dues sentències ja que la regulació de la matèria ha de sofrir una gran transformació després de la promulgació del Decret llei 19/2021, de 31 d'agost, pel qual s'adapta el CCCat a la reforma del procediment de modificació judicial de la capacitat.

La primera sentència fa referència a la remoció del tutor en aplicació dels articles 222-17 i 222-33 del CCCat. No poden ser titulars de la tutela ni de l'administració patrimonial les persones jurídiques o privades que estiguin en una situació de conflicte d'interessos amb la persona protegida. En particular, no poden ser-ho els que en virtut d'una situació contractual prestin serveis assistencials, residencials o de naturalesa anàloga.

Per la situació de conflicte d'interessos entre la residència en què es trobava la incapacitada i la fundació a què s'havia encomanat la tutela, la STSJC 25/2017, de 8 de juny, a partir dels fets provats de la sentència de l'Audiència, que va estimar acreditada la coincidència personal, d'ingressos i d'interessos entre la residència i la fundació, la Sala declara que resulta indiferent que aquesta situació es donés en el moment del nomenament si no consta que el jutge la conegués i l'autoritzés de forma expressa.

Tampoc no és rellevant que no s'hagués provat un mal exercici de la tutela ja que el CCCat considera que existeix una situació de risc de conflicte d'interessos que ha de ser evitada i per això prohibeix que siguin tutors les persones físiques o jurídiques que mitjançant una relació contractual prestin serveis assistencials, residencials o de naturalesa anàloga a la persona protegida, llevat que el jutge ho autoritzi expressament, cosa que no va ocórrer en el cas debatut.

La sentència va comptar amb un vot particular que va entendre que tractant-se de dues persones jurídiques diferents i no provat que s'hagués tractat la tutelada de forma negligent, no s'havia d'acordar la remoció de la tutela.

Respecte de les figures de protecció per a persones amb discapacitats, la STSJC 52/2018, de 4 de juny, va considerar una incapacitació parcial únicament en allò que es refereix al seguiment del seu tractament psiquiàtric, mentre que en no tenir la demandada consciència de la seva malaltia, no podia adoptar decisions que la beneficiessin en aquest aspecte.

La sentència raona que la tutela és la institució que més incideix en la capacitat d'actuar de la persona amb capacitat modificada i que, al contrari, la curatela es concep com una institució complementadora de la capacitat en què és la persona protegida la que actua per si mateixa.

La sentència afirma que les funcions del tutor o el curador no sempre eren tan nítides com pogués semblar. És fonamental per instituir una o una altra figura —sense desnaturalitzar-les— la intensitat de la modificació de la capacitat personal que hagi estat declarada i la classe de protecció que necessiti la persona en funció de les seves característiques particulars i de la patologia que pateixi.

Per a la interlocució amb el personal facultatiu que havia d'atendre la discapacitada, així com per a la deguda prestació del consentiment per als tractaments medicofarmacològics que siguin necessaris la Sala declara que no fa falta un tutor, sinó que n'hi ha prou amb la figura del curador. Es van atorgar àmplies facultats per suplir el consentiment de la interessada perquè li fossin prestats els tractaments deguts, i es podia demanar al Jutjat fins i tot l'internament si hagués estat necessari.

3. La protecció dels menors desemparats (articles 228-1 a 228-9 i Llei 14/2010)

En aquesta matèria podem fer esment de la STSJC 30/2015, de 4 de maig, la qual distingeix entre les figures del desemparament de la situació de risc a l'efecte de trobar la millor mesura de protecció envers els menors.

El desemparament suposa que el menor no té els elements bàsics exigibles per al desenvolupament integral de la seva personalitat sempre que per a la seva protecció efectiva calgui aplicar una mesura que impliqui la separació del nucli familiar, mentre que la situació de risc suposa la situació en què el desenvolupament i el benestar de l'infant o l'adolescent

es veuen limitats o perjudicats per qualsevol circumstància personal, social o familiar, sempre que per a la protecció efectiva de l'infant o l'adolescent no calgui la separació del nucli familiar.

La Sala acorda el retorn del menor amb la mare ja que havien desaparegut els indicadors que van originar la situació de desemparament. L'Administració ha de proporcionar eines i habilitats parentals a la mare.

Malgrat això, la Sala imposa condicions per al retorn per tal d'evitar la desestabilització emocional del menor.

Pel que fa a les habilitats parentals dels progenitors, diu la sentència que no s'exigeix un estàndard màxim sinó mínim. No és rellevant la intel·ligència dels pares ni la seva situació social si no incideixen en la falta d'elements bàsics per als fills. Tampoc no s'ha de comparar la família biològica i la d'acollida en l'acolliment simple o transitori.

Altres de les qüestions interessants que sovint se'ns plantegen són els conflictes de competències entre la Direcció General de la Conselleria de la Generalitat que s'ocupa de la protecció dels menors i a què es troba atribuïda per la llei en primera instància la competència protectora i les decisions dels tribunals.

A la STSJC 11/2020, de 21 de maig, s'analitzen les competències de la DGAIA en relació amb les dels tribunals i es fan les afirmacions següents.

Atès que la declaració de desemparament i la consegüent aplicació d'una mesura de protecció que no sigui l'acolliment preadoptiu no han d'impedir les relacions personals del menor amb els seus familiars, llevat que l'interès superior del menor faci aconsellable limitar-les, suspendre-les o excloure-les, la determinació del règim de comunicació, relació i visites de l'infant o l'adolescent amb els seus familiars és també competència de la DGAIA, per bé que la resolució administrativa que disposa, limita o exclou el règim de relació i visites «és impugnable davant de la jurisdicció civil en els termes establerts per la Llei d'enjudiciament civil», sense necessitat de reclamació prèvia per la via administrativa.

El tribunal, en l'exercici de la seva potestat revisora, no ha de suplantat la funció que correspon a la DGAIA, de manera que si considera que la resolució administrativa impugnada ha de ser revocada totalment o en part per incórrer en una infracció de l'ordenament jurídic que comporta la seva invalidesa, ha de fixar amb claredat quina és la vulneració de la llei comesa per tal que, si calgués dictar una nova resolució en substitució de l'anul·lada, l'organisme públic competent estigui en condicions d'adoptar una nova resolució amb llibertat de criteri però sense incórrer de nou en la vulneració legal que va motivar el pronunciament judicial revocatori, sense

perjudici de la repercussió inevitable que un eventual canvi substancial de circumstàncies hagi de tenir en el moment d'acordar la resolució escaient.

El recurs es va desestimar atès que la sentència de l'Audiència no imposava a la DGAIA un règim concret de visites entre pares i fill que hagi de substituir el règim revocat; simplement prescriu que la resolució administrativa que ha de fixar el nou règim no pot incórrer en la mateixa causa de nul·litat (caràcter excessivament restrictiu) que la que viciava l'anterior, bo i entenent que la nova decisió s'ha d'acomodar a les circumstàncies de tot ordre —subsistència de la situació de desemparament, mesura de protecció més adient, evolució dels progenitors i del menor— existents en el moment de la seva adopció.

A la STSJC 35/2021, de 7 de juny, analitzem les conseqüències jurídiques de la declaració de desemparament tot dient que en el dret civil català, quan es declara el desemparament d'un menor, no són procedents mesures de protecció que impliquin que el menor segueixi amb la família biològica directa.

Per això, els indicadors legals de desemparament han de ser interpretats de forma restrictiva, ja que l'extracció del menor del si de la seva família és l'últim recurs i les mesures que han d'adoptar els poders públics han de tendir al reagrupament familiar, sempre que sigui possible.

En relació amb el canvi de circumstàncies hem dit que si s'aprecia una modificació de les circumstàncies existents des que es va disposar el desemparament fins que es va dictar la resolució judicial que havia de fer la valoració després de la impugnació de la resolució administrativa, el tribunal té competència per fer-ho en no operar en aquesta matèria principis processals, com el de la preclusió.

Es va acordar el reingrés ordenat del menor amb la seva família d'origen, sense perjudici de les potestats de l'Administració per disposar de les mesures adequades per això.

A la STSJC 57/2022, de 7 novembre, es tractava de la declaració de desemparament d'un *nasciturus* quan s'havia permès a la família recuperar uns altres fills menors.

Es declara que constitueix un principi fonamental el de mínima ingerència en la vida familiar. És interès prioritari del menor el de ser educat en el si de la seva pròpia família, per bé que no es tracta d'un dret de caràcter absolut, sinó que cedeix quan el propi interès del menor faci necessària l'adopció d'unes altres mesures.

L'interès del menor és primordial i superior a qualsevol altre interès legítim, per bé que no poden desconèixer-se els drets fonamentals d'altres

persones que poguessin veure's afectades, preservant el manteniment de les seves relacions familiars, sempre que sigui possible i positiu per al menor.

Ha de valorar-se en aquests casos la idoneïtat, necessitat i proporcionalitat de la mesura de protecció del menor de manera que no restringeixi o limiti més drets que els que empara, en funció de la seva edat i maduresa i ponderant també els efectes dels transkurs del temps en el seu desenvolupament i la necessitat d'estabilitat.

4. Règim econòmic matrimonial (articles 231-10 a 232-38)

4.1. En general

Pel que fa al règim econòmic matrimonial, es presenten alguns supòsits controvertits com, per exemple, el que va resoldre la STSJC 43/2015, de 8 de juny, en què es discutia si els dipòsits bancaris a nom dels cònjuges però integrats pels diners d'un només podien considerar-se una adquisició onerosa amb presumpció de donació per al que no era titular dels fons.

La Sala rebutja aquesta tesi ja que la qualificació jurídica del contracte que va vincular els consorts amb l'entitat financera era la de dipòsit irregular, establerta a l'article 1.753 del CC i als articles 309, 310 i 312 del Codi de comerç.

En consonància amb aquesta qualificació, no existeix una adquisició onerosa per part dels consorts, sinó que aquests lliuren un numerari a l'entitat financera durant un termini, de manera que aquesta es compromet a retornar als consorts l'import del capital i els interessos pactats. Per tant, els consorts no esdevenen adquirents sinó titulars del pol actiu d'una relació obligatòria davant l'entitat bancària o, en una altra terminologia, creditors envers aquesta.

Per part seva, la STSJC 73/2019, de 21 de novembre, descarta que les quotes hipotecàries d'un préstec concertat en plena convivència per millorar la llar familiar propietat d'uns dels cònjuges que es van pagar mentre constava el matrimoni, com la resta de les despeses amb aportacions indiscriminades dels ingressos provinents d'ambdós, hagin de retornar-se després de la separació en virtut de la figura de l'enriquiment injust, atès que existia la causa familiar. Només es té dret al reemborsament de les amortitzacions del préstec fetes a partir del cessament de la convivència.

De la mateixa manera, en la STSJC 43/2021, de 27 de juliol, en un supòsit en què ambdós cònjuges havien demanat un préstec bancari per finançar l'adquisició només per part d'un d'ells de l'habitatge familiar, es descarta que entre ells puguin reclamar-se les quotes hipotecàries després de la separació ja que després que el llibre segon del CCCat hagi desconnectat les obligacions concretes per raó de l'adquisició de l'habitatge familiar de les càrregues familiars, restant sotmeses al dret civil pur, el préstec bancari demanat per ambdós cònjuges per finançar l'adquisició només per la muller de l'habitatge familiar ha de ser amortitzat per la propietària exclusiva, atès que és una despesa d'inversió que cal vincular a la titularitat de l'immoble.

La sentència diu que per «títol de constitució» ex article 233-23.1 cal entendre, en la relació interna entre cònjuges, el títol de propietat determinant de la participació en el domini de l'immoble.

4.2. Pactes en cas de ruptura matrimonial

La STSJC núm. 19/2016, de 31 març, analitza els requisits de validesa i eficàcia dels pactes concertats en previsió d'una ruptura matrimonial.

Diu la sentència que a més de la licitud del seu objecte (article 231-19.1, en relació amb els articles 232-7, 233-5, 233-16 i 233-21.3 i amb l'article 6.3 CC) i de la seva forma pública constitutiva (article 231-20.1), el CCCat exigeix una sèrie de requisits específics per a la seva validesa que han de concórrer en el moment de l'atorgament, en la mesura en què tots aquests estan relacionats, directament o indirectament, amb la formació correcta del consentiment negociat dels atorgants, per tal de garantir que aquest sigui lliure, voluntari i suficientment informat.

Aquests requisits es troben referits: a) al temps del seu atorgament en relació amb el de la celebració del corresponent matrimoni (article 231-20.1, modificat per la Llei 6/2015, de 13 maig, en relació amb l'article 231-19.2); b) al compliment de certs deures d'assessorament imparcial del notari autoritzant amb els atorgants (article 231-20.2); c) a la reciprocitat i d) a la claredat d'aquells pactes que comportin l'exclusió o la limitació de drets (article 231-20.3).

El CCCat imposa, a més, la càrrega d'acreditar que l'altra part disposava, en el moment de signar-lo, d'informació suficient sobre el seu patrimoni, els seus ingressos i les seves expectatives econòmiques, sempre que aquesta informació sigui rellevant en relació amb el contingut del pacte que es tracti (article 231-20.4). El compliment del deure d'informació no constitueix, pròpiament, un requisit formal de la validesa, sense perjudici

dels efectes que el seu incompliment pugui tenir sobre la correcta formació del consentiment necessari, aquest sí, per a la seva validesa. En canvi, sí que constitueix un pressupòsit de l'eficàcia vinculant del pacte (article 233-5.1 CCCat), el fet que el notari autoritzant hagués complert adequadament el seu deure d'assessorament (article 231-20.2 CCCat).

Pel que fa als requisits de la informació aquesta ha de ser suficient i rellevant. Ha de ser substancialment fidel a la realitat econòmica que pretén transmetre, cosa que pot fer-se per qualsevol mitjà de comunicació, no necessàriament documental i encara que no respongui a estàndards comptables, sempre que sigui amb el detall i la precisió suficients com perquè els atorgants puguin formar-se recíprocament un coneixement cabal sobre la composició dels seus respectius patrimonis en el moment de l'atorgament dels pactes, sobre la font dels seus ingressos o rendes de qualsevol procedència vigents llavors i sobre les expectatives econòmiques que siguin raonablement previsibles en aquest moment, amb els seus valors aproximats respectius, a fi que aquells puguin valorar fonamentalment si les obligacions que assumeixen o les renunciacions que accepten en previsió de la ruptura de la convivència s'adeqüen o no als específics i respectius plantejaments o intencions de negoci que inspirin el seu consentiment als pactes.

Més recentment, la STSJC 26/2022, de 13 de maig, analitza les classes d'acords que poden concertar els cònjuges per als supòsits de crisi familiar, així com la doctrina del TSJC al respecte.

Diu la sentència que com s'infereix dels articles 231-20, 233-2 i 233-5 del CCCat, el llibre II regula dues classes de pactes que poden concertar els cònjuges: els que tenen en compte una futura ruptura matrimonial i els que es conclouen quan la crisi ha sorgit. Tots aquests han de reunir — lògicament— els requisits generals de validesa dels contractes establerts a l'article 1255 del CC.

Els pactes en previsió de futura ruptura matrimonial poden atorgar-se abans o després de l'inici del matrimoni, en el primer cas, amb una limitació temporal de 30 dies abans de la celebració del matrimoni.

En haver d'aplicar-se en un moment temporal diferent del moment en què es van concloure, sembla evident que els pactes limitadors o excoents de drets no ho són de drets ja adquirits o consolidats o l'abast exacte dels quals es conegui en el moment de la subscripció. Per aquesta raó el legislador vol assegurar-se que el consentiment per concloure aquests pactes es presti amb la deguda informació i imposar uns rigorosos requisits en la formació del consentiment que dissipin qualsevol possible error envers

les circumstàncies econòmiques concretes de cadascun i l'abast de les limitacions o les renunciacions.

Al contrari, els pactes entre les parts que es concerten quan la crisi ja s'ha produït i els drets ja han pogut sorgir coneixent-se el seu abast i contingut es regulen a l'article 233-5.1 i 2, de manera que es poden fer pactes vinculants de drets disponibles, com serien entre els cònjuges majors d'edat la compensació per raó del treball, la prestació econòmica o l'atribució de l'ús del domicili, encara que no es vinculin a un conveni regulador, sempre que ambdues parts haguessin comptat amb assessorament legal independent.

Els pactes de qualsevol classe no inclosos en un conveni regulador i que es refereixin a la renúncia de la prestació compensatòria o a l'atribució de l'ús del domicili familiar no són eficaços si comprometen la possibilitat d'atendre les necessitats bàsiques del cònjuge creditor, ex article 233-16.2 o 233-21.3 *in fine*.

Respecte del requisit de la reciprocitat que es discutia en el cas, diu la sentència que sent la renúncia a la compensació econòmica per raó del treball clara i precisa, la reciprocitat exigible de conformitat amb el principi d'igualtat en què es troben els cònjuges suposa que cap d'ells imposi a l'altre renunciacions o limitacions de drets que no estigui en condicions d'assumir i acceptar si es trobés en la mateixa situació. No implica que l'entitat o rerefons material d'allò que es limita o renúncia hagi de ser quantitativament la mateixa o semblant. Tampoc no es pot tenir en compte aquest supòsit en el resultat final. Entendre el contrari suposaria que només serien eficaços aquests pactes quan la fortuna, ingressos o expectatives econòmiques d'un o un altre cònjuge fossin equivalents en l'origen i en el moment de la ruptura.

Encara més moderna, la STSJC 61/2022, de 12 de desembre, després d'analitzar les diferents classes de pactes, en relació amb els pactes continguts en un conveni regulador signat pels dos cònjuges en vista a demanar el divorci de mutu acord però que després no va ser ratificat per un d'ells, afirma tenint en compte que els pactes es van signar amb una sola defensa lletrada, que es podien deixar sense efecte *ad nutum* si no havien passat els tres mesos que preveu l'article 233-5.2.

4.3. Liquidació del règim de separació de béns: compensació per raó del treball (articles 232-5 i 232-6)

Cal esmentar a aquest efecte la STSJC del Ple de la Sala civil núm. 49/2016, de 27 de juny, i l'aclariment posterior.

En aquesta sentència s'estableix la raó de ser de la nova regulació, en la qual desapareix la idea de l'enriquiment injust.

Així, es declara que la compensació econòmica s'ha regulat a Catalunya per equilibrar les desigualtats patrimonials que poguessin resultar al final de la convivència matrimonial o de la parella estable convivent quan un dels cònjuges justifica que s'ha dedicat substancialment més que l'altre a l'atenció de la família i de la llar sense remuneració o amb una remuneració insuficient, sense participar en el negoci lucratiu de l'altre, de manera que només el cònjuge deutor ha obtingut un patrimoni exclusivament privatiu, en aquelles unions rigides pel règim econòmic de la separació de béns.

Es fonamenta en el desequilibri que es produeix entre les economies dels cònjuges el fet que un desenvolupi una tasca que no genera excedents acumulables i l'altre en faci una altra que sí que els genera.

A aquest efecte, per determinar la compensació econòmica per raó del treball, prèvia presentació d'una proposta d'inventari en els escrits inicials del litigi, cal aplicar les regles establertes a l'article 232-6 CCCat, i fixar com a actiu patrimonial i addicions els béns assenyalats als paràgrafs 1 a) i 1 b) d'aquest precepte, amb minoració d'aquells béns disposats en el paràgraf 1 c).

Com a supòsits concrets s'ha resolt que:

- a) En relació amb els béns subrogats: s'ha de descomptar dels béns privatis l'import d'aquells privatis subrogats que s'hagin col·locat en el seu lloc, adquirits amb anterioritat al matrimoni, per bé que, a aquests efecte, no s'ha de computar si s'hagués satisfet en tot o en part mitjançant el pagament d'un préstec hipotecari, constant matrimoni, quan sigui realitzat amb rendes generades pel cònjuge deutor durant el matrimoni dedicades a l'amortització dels préstecs per finançar l'adquisició de l'habitatge, sigui o no d'ús familiar.
- b) Pel que fa a la liquidació d'una societat familiar, constant matrimoni, titularitat, en tot o en part, del cònjuge deutor, s'ha d'integrar en el seu actiu patrimonial la totalitat de l'import percebut, per bé que, quan es justifiqui que els béns adjudicats haguessin estat adquirits privativament abans del matrimoni, s'ha de descomptar la totalitat del seu import, així com les plusvàlues d'aquests degudes al simple transcurs del temps o a les oscil·lacions dels mercats, llevat que l'increment sigui degut a l'actuació directa del treball d'aquest cònjuge, constant matrimoni.
- c) Respecte de les adquisicions oneroses de béns immobles realitzades, per meitat, per ambdós cònjuges i satisfetes pel cònjuge deutor, en les unions matrimonials, s'ha de computar la meitat del seu valor com a actiu al moment de l'extinció del règim o el cessament de la convivència,

amb dues precisions: s'ha d'addicionar com a donació l'import de la meitat del numerari en el patrimoni del cònjuge deutor, al moment de l'adquisició del bé, i s'ha de descomptar, com a adquisició a títol gratuït, en el patrimoni del cònjuge creditor.

d) Pel que fa als plans de pensions del sistema individual el beneficiari dels quals és el cònjuge creditor quan les aportacions han estat realitzades pel cònjuge deutor, s'ha de computar el valor d'aquest pla al moment de l'extinció del règim o el cessament de la convivència, com a actiu per al cònjuge creditor, amb dues precisions: s'han d'addicionar en el patrimoni del cònjuge deutor, com a donació, els diners satisfets per a les aportacions, al moment en què es facin, i s'ha de descomptar, com a adquisició a títol gratuït aquest import, en el patrimoni del cònjuge creditor.

A la diferència resultant, si escau, a favor del cònjuge deutor, entre els increments patrimonials dels cònjuges, cal aplicar un percentatge que té com a límit la quarta part segons els paràmetres legals establerts a l'article 232-5.4 CCCat, que es pot augmentar si es justifica que la seva contribució ha estat notòriament superior. Cal procedir de conformitat amb l'article 232-6. 2 CCCat, a minorar-se, com a regla d'imputació, amb aquelles atribucions patrimonials rebudes pel cònjuge creditor durant la vigència del matrimoni, pel valor que tenen al moment de l'extinció del règim.

Pel que fa al percentatge per al càlcul de la prestació, hem dit a la STSJC 49/2017, de 26 d'octubre, que el percentatge que cal aplicar per fixar la compensació econòmica per raó del treball només pot revisar-se en cassació quan de forma notòria s'hagin desconegut els criteris legals establerts a l'article 232-5.3 CCCat.

Per part seva, la STSJC 40/2022, de 30 de juny, estableix que per elevar la quantia de la compensació del treball per damunt del 25 % de la diferència entre increments patrimonials, la intensitat o durada de la dedicació a la casa o al treball de l'altre ha d'haver tingut especial incidència en l'increment patrimonial del cònjuge deutor. Excepcionalment, doncs, pot tenir-se en consideració la correlació entre el treball per a la casa o els negocis de l'altre sense remuneració suficient i l'increment patrimonial del cònjuge deutor, i, sobre la base d'aquesta notable contribució, elevar l'import de la compensació per damunt de la 1/4 part de les diferències patrimonials.

A la STSJC 39/2019, de 30 de maig, es recorda la doctrina de la Sala en el sentit que no és necessari que la major dedicació a la llar sigui exclusiva ja

que pot ser compartida entre el treball a la llar i fora del domicili. La mateixa sentència estima que la indemnització per acomiadament obtinguda amb anterioritat al cessament de la conveniència ha d'incloure's en el patrimoni final. Al contrari no és procedent incloure els béns heretats.

La STSJC 71/2019, de 14 de novembre, analitza com s'han de computar els plans de pensions del sistema de treball i es determina que tenen un indubtable contingut econòmic, per la qual cosa els drets consolidats del pla de pensions formen una modalitat d'estalvi que ha d'integrar-se com a patrimoni final del cònjuge deutor ja que encara que no siguin salaris es tracta de retribucions en espècie que incrementen el seu patrimoni.

La STSJC 18/2022, d'1 d'abril, determina que la comprovació de si un cònjuge s'ha dedicat més a la família que l'altre i si s'ha produït un increment patrimonial per a aquest ha de fer-se al cessament de la convivència tenint en compte tot el període d'aquesta i no només una part.

Per últim, la STSJC 56/2022, de 7 de novembre, afirma que comprat un immoble durant la convivència i venut molt abans de la ruptura, no escau computar la plusvàlua obtinguda entre el preu de compra i el de venda tant per no trobar-se en el patrimoni final com perquè les oscil·lacions del mercat no són valorables.

5. Dels efectes de la nul·litat, separació i divorci del matrimoni (articles 233-1 a 233-25)

5.1. Plans de parentalitat en el CCCat

Tracten d'aquesta qüestió les STSJC 20 i 23 de 2014, de 20 de març i de 7 d'abril que adverteixen sobre la seva necessitat i la seva raó de ser.

Aquestes sentències entenen que l'article 233-8.1 exigeix l'aportació als procediments de separació o divorci, siguin o no de mutu acord, d'un pla de parentalitat.

Es tracta d'una norma processal pròpia del dret civil de Catalunya per prevenir i evitar futures disputes entre els progenitors amb la finalitat d'organitzar la vida diària del menor en el seu interès. Facilita compromisos respecte la guarda, cura i educació dels fills.

Davant la finalitat perseguida pels plans de parentalitat i encara que no siguin un requisit de procedibilitat, no significa que pugui prescindir-se'n o deixar d'exigir-se, sinó que prèviament a l'admissió de la demanda, el secretari judicial, ara LAJ —article 404.2.2 LEC— ha de requerir l'instant

per a la seva aportació inicial i subsanació, de la mateixa manera que succeeix en la contestació o reconvençió formulada per la contrapart, si n'hi ha.

En el cas que això no sigui observat per l'òrgan judicial ni requerit perquè s'esmeni i s'admeti la demanda, la contrapart o el Ministeri Fiscal poden denunciar-ho en qualsevol estadi del procés perquè es completi o realitzi adequadament la presentació del pla de parentalitat i ser sotmès a l'oportú debat contradictori, en el procés, tenint present que es tracta de peticions que no necessàriament vinculen el tribunal i que, en tot cas, han de ser aprovades d'acord amb el principi rector del *favor filii* o interès del menor. De la mateixa manera, el jutge ha de sol·licitar-lo, abans de dictar sentència en primera instància, encara que no s'hagi denunciat i no s'hagi aportat al procés, per poder resoldre sobre les qüestions que formin l'esmentat pla de parentalitat.

L'incompliment d'aportació del pla de parentalitat pot donar lloc a la nul·litat d'actuacions segons les circumstàncies del supòsit examinat i valorant la seva transcendència en relació amb l'interès del menor i la conservació dels actes processals.

5.2. Guarda dels fills

5.2.1. Guarda compartida o monoparental

La doctrina general de la Sala estima que la guarda compartida no és el sistema de guarda *preferent* en el dret civil català a diferència d'uns altres ordenaments jurídics, però sí és el *favorit* pel legislador perquè, després del cessament de la convivència dels pares, la vida i rutina dels fills quedin el menys afectades possible.

D'aquesta manera, la STSJC 53/2017, de 6 de novembre, revoca la sentència de l'Audiència que havia disposat la guarda monoparental a favor de la mare per no poder assumir els arguments utilitzats pel que fa a que hagi de ser qui demana la guarda compartida qui hagi d'acreditar la bondat del sistema quan es donen tots els indicadors de l'article 233-11.1 del CCCat per disposar-la.

Tampoc no resulta rellevant que els menors hagin de canviar d'hàbits ja que això és conseqüència de la pròpia separació dels seus progenitors.

Les discrepàncies entre els pares no suposen un obstacle insalvable quan no consta hagin perjudicat els menors.

En la STSJC 28/2021, de 23 d'abril, s'estableix que la preferència en abstracte de la guarda compartida està supeditada a què respongui al

superior interès del menor, aclarint novament que qualsevol escenari de conflictivitat entre els progenitors no és suficient per excloure automàticament la guarda compartida ja que la conflictivitat ha d'haver repercutit negativament en el menor.

La sentència també ratifica sentències anteriors en el sentit que els criteris establerts a l'article 233-11.1 del CCCat han de ser ponderats conjuntament sense que cap d'aquests tingui major rellevància que els altres.

La STSJC 5/2017, de 6 febrer, en un supòsit de guarda compartida rebutja l'ús alternatiu del domicili familiar (*domicili niu*).

Diu la sentència que legalment és possible decidir l'ús alternatiu del domicili a favor d'ambdós progenitors, per torns setmanals que coincideixin amb els que corresponguin en la guarda dels menors (article 233-20-1 *in fine* CCCat), especialment, en aquells supòsits, certament excepcionals, en què l'habitatge a compartir hagués estat adaptat a les necessitats especials dels menors sotmesos a custòdia —per ex. menors amb certes discapacitats, famílies nombroses especials—.

El model d'atribució de *domicili niu* s'ha demostrat conflictiu i insatisfactori per als propis progenitors, per diversos motius. Al contrari, la duplicitat de residències familiars s'ha demostrat consubstancial a la custòdia compartida tant com la no-estabilitat del domicili dels fills.

En la mateixa sentència es tracta el tema de la disponibilitat laboral dels pares com a factor a tenir en consideració per a la guarda compartida.

Encara que el desitjable perquè la custòdia compartida pugui funcionar adequadament és que la disponibilitat horària dels progenitors per a l'atenció dels seus fills sigui total o, almenys, semblant entre ells, a diferència del que passa en algun ordenament jurídic autonòmic, en el nostre no pot considerar-se com a raó per excloure necessàriament la guarda compartida el fet que un o els dos progenitors necessitin l'ajuda de familiars pròxims o, fins i tot, de tercers per poder complir adequadament amb les obligacions d'atenció dels menors que resultin del règim concret disposat, sense perjudici que aquesta necessitat i l'abast de l'ajuda hagin de ser ponderats raonablement a la llum de l'interès superior del menor per determinar si constitueix o no una circumstància objectiva que impedeixi substancialment complir les finalitats del règim disposat (article 233-8.3 i 233-11.1.g CCCat).

El TSJC s'ha pronunciat també sobre si és possible atribuir la guarda compartida quan els progenitors no viuen en la mateixa població, però aquesta no és gaire llunyana.

Cal esmentar a aquest efecte la STSJC 45/2017, de 16 d'octubre, en què vam dir que cal ponderar si la situació dels domicilis dels progenitors, amb els efectes consegüents (mitjans de transport aptes, disponibilitat dels progenitors, despeses i temps dels desplaçaments, així com la repercussió sobre el benestar dels menors), és un entrebanc insalvable per a un règim de guarda compartida. En aquest cas, una distància d'uns 40 quilòmetres no es va considerar impediment per a la continuació de la guarda compartida, atès que no perjudicava de manera apreciable els menors, fortament arrelats al lloc de domicili del pare i de la família paterna extensa i on hi havia el col·legi.

Es pot consultar, a més, la STSJC 106/2017, de 22 de desembre. En aquest cas, la distància era entre Granollers i Barcelona.

5.2.2. Progenitors que viuen en llocs llunyans

Es planteja també sovint el dilema d'atribuir a un o un altre dels progenitors la guarda dels menors quan viuen en poblacions llunyanes, fins i tot en diferents països.

Les sentències més importants recaigudes a aquest efecte són les següents:

La STSJC 86/2015, de 21 de febrer. En aquesta sentència es van establir els criteris a tenir en compte per autoritzar el trasllat d'un dels progenitors juntament amb el menor. Són: a) l'edat i l'opinió del nen; b) el dret del nen a mantenir relacions personals amb els altres titulars de la responsabilitat parental; c) la capacitat i voluntat dels titulars de la responsabilitat parental per cooperar; d) la situació personal dels titulars de la responsabilitat parental; e) la distància geogràfica i les facilitats d'accés; f) la lliure circulació de les persones.

La STSJC 72/2015, de 14 d'octubre, resol un d'aquests supòsits conforme al criteri que la decisió judicial ha de respondre no al més convenient per al menor sinó al que resulti més convenient entre dues opcions possibles. En el cas, segons els informes pericials, el superior interès del menor recomanava que romangués amb la mare encara que aquesta vulgues viure a l'estranger. Les circumstàncies que han de tenir-se en compte per autoritzar el progenitor custodi per residir a l'estranger són les necessitats del guardador, el règim jurídic del país de destí i l'arrelament previ del menor.

La STSJC 1/2020, de 13 de febrer, resumeix la doctrina de la Sala i fa esment de les sentències del Tribunal 72/2015, 86/2015 i 60/2016 en les quals vam abordar el conflicte d'interessos sorgit en la determinació del

lloc de residència dels fills menors en el cas d'atribució de la guarda a un dels progenitors, quan les distàncies entre els domicilis d'un i l'altre progenitor són considerables i més si s'han produït canvis de país de residència.

Es dona la circumstància que els supòsits enjudiciats per les tres sentències esmentades presentaven una gran similitud ja que en tots aquests casos es va considerar justificat el retorn de la mare guardadora dels fills al seu país o regió de procedència (Alemanya, Andalusia i l'Argentina respectivament), on radicava el seu entorn familiar, social i laboral, tot i la gran distància amb el lloc de residència del progenitor no guardador, el dret del qual a relacionar-se amb el fill en tot cas es va preservar amb un règim d'estades adequat a les circumstàncies concurrents.

5.2.3. Guarda i estades dels fills i violència de gènere abans i després de la reforma operada pel Decret llei 26/2021, de 30 de novembre, de modificació del llibre segon del Codi civil de Catalunya en relació amb la violència vicària

Abans de la reforma operada pel Decret llei 26/2021, de 30 de novembre, de modificació del llibre segon del Codi civil de Catalunya en relació amb la violència vicària, la STSJC 3/2015, de 12 gener, resumia la doctrina de la Sala recollida en les nostres sentències 27/2014 (14/4), 35/2014 (19/5) i 77/2014 (1/12).

Els criteris generals eren els següents:

- a) L'interès del menor requereix que, després de la ruptura de la convivència dels seus progenitors, continuï mantenint una relació estable amb ambdós.
- b) Els criteris legals per establir el règim de guarda del menor i, si escau, de comunicació i d'estades amb el progenitor no custodi, es troben presidits i animats tots ells pel principi bàsic de l'interès superior del menor.
- c) Aquest principi bàsic justifica la prohibició legal continguda en l'article 233-11.3 CCCat per als supòsits de «violència familiar o masclista», així com també l'excepció vinculada als casos de «conflictivitat extrema» entre els progenitors, que es desprèn del que preveuen els articles 233-10.2 i 233-11.1.c CCCat.
- d) En absència d'una sentència condemnatòria ferma de la jurisdicció penal, es considera que existeixen «indicis fonamentats» que s'han

comès actes de violència familiar o masclista per un progenitor contra l'altre quan, després d'haver-se obert un procediment penal per raó d'aquests, s'hagués arribat, almenys, a formular un escrit de conclusions provisionals acusatòries pel Ministeri Fiscal.

e) A diferència del que passa en el CC i altres normatives civils autonòmiques, en què és suficient que els actes de violència domèstica o de gènere hagin afectat l'altre progenitor, en la nostra és un pressupòsit indispensable de la prohibició legal (article 233-11.3 CCCat) que el menor també hagi estat o pugui ésser «víctima directa o indirecta» dels actes de violència familiar o masclista.

f) Per establir quan es pot considerar que el menor ha estat víctima indirecta dels actes de violència familiar o masclista, és suficient amb acreditar que els ha presenciats o que els ha percebut sensorialment de qualsevol altra manera, de forma que el menor hagi pres coneixement o adquirit consciència d'aquests per si mateix, és a dir, que hagi estat exposat de qualsevol forma a aquest tipus de violència, sense que en aquest sentit puguin excloure's els menors de curta edat, encara que la determinació de la realitat de la seva afectació depèn de les circumstàncies del cas i pot ser objecte de la prova pericial corresponent que així ho acrediti o que, si escau, ho descarti.

g) Tanmateix, tenint en compte que l'article 233-11.3 CCCat obliga a prendre en consideració els supòsits d'afectació potencial del menor, cal distingir encara entre els casos greus de violència, independentment de la seva reiteració, i els de «violència estructural» o «habitual», independentment de la seva gravetat (article 173.2 CP), en què l'exposició del menor als seus efectes és pràcticament inevitable encara que no els hagi presenciats o percebut per si mateix, i els actes de violència lleus i puntuals —especialment quan mereixin l'aplicació del subtipus atenuat de l'article 153.4 CP—, en què la determinació de si el menor ha estat o pot ser víctima d'aquests depèn de les circumstàncies del cas.

h) En aquests casos de violència puntual i lleu, tanmateix, com en els altres supòsits de conflictivitat extrema que no hagin arribat a traduir-se en actes de violència familiar o masclista, a l'efecte de decidir sobre el caràcter conjunt o individual de la guarda, és necessari ponderar en interès del menor, especialment, si la causa principal d'aquesta conflictivitat i, si escau, de les dificultats de comunicació entre els progenitors, està relacionada amb el seu enfrontament pel tipus de règim de guarda del menor i si, en el cas, ha pogut ser provocada

artificiosament i/o instrumentalitzada intencionadament per qualsevol d'ells per mediatitzar o condicionar la decisió judicial, atès que això té incidència directa en el factor previst en l'article 233-11.1.c CCCat, de manera que, en aquests casos, quan no sigui convenient adoptar en interès del menor la guarda compartida, és aconsellable atribuir la guarda monoparental al progenitor que, tenint en qualsevol cas les aptituds necessàries per a l'atenció del menor, garanteixi millor la relació d'aquest amb l'altre progenitor.

i) En qualsevol cas, la prohibició legal de l'article 233-11.3 CCCat no justifica, amb caràcter general, l'exclusió absoluta del règim de relació corresponent, comunicació i estades del menor amb el progenitor exclòs de la custòdia, en l'adopció del qual han de tenir-se en compte les cauteles exigides per l'interès superior del menor.

j) Malgrat les característiques especials del procediment de família, pel que fa a la determinació del règim de guarda, el recurs de cassació no pot convertir-se en una tercera instància, de manera que només pot ser objecte de recurs de cassació quan la sentència d'instància apliqui incorrectament el principi de protecció de l'interès del menor en vista dels fets provats.

Després de la reforma hem d'entendre dubtosament aplicable la doctrina anterior, i fer referència a la STSJC 8/2023, de 2 de febrer, la qual disposa que :

a) Quan està en joc l'interès del menor cal fugir de decisions reglades o uniformes fins i tot en aquells supòsits especialment greus i que s'han de tenir en compte en el moment d'estipular els drets de visita relatius als fills, en què un progenitor estigui incurs en un procés penal, per atemptar contra l'altre progenitor —sigui cònjuge, parella sentimental o no hi mantingui cap relació sentimental o conjugal— o contra els seus fills, o n'hi hagi indicis fonamentats.

b) Serà l'autoritat judicial qui ha de prendre la decisió de suspendre, de restringir o no el règim de visites i estades i ho ha de fer guiada per la finalitat de vetllar per l'interès del menor (article 39 CE) ponderant totes les circumstàncies concurrents, molt especialment els fets compresos en la o les causes penals obertes, l'eventual caràcter irreversible de la mesura, la proporcionalitat entre el deure d'adoptar mesures eficients i raonables per protegir els nens o nenes d'actes de violència o d'atemptats

contra la seva integritat personal i la pèrdua o suspensió dels drets que deriven de la potestat parental, que també són protegibles.

c) En qualsevol cas, l'article 233-11.4 i la doctrina del TC, exigeixen que, quan un dels progenitors estigui incurs en una causa penal per violència sobre la dona o contra la llibertat i indemnitat sexual de l'altre progenitor o dels seus fills o filles, es motivi la decisió del tribunal respecte del manteniment de les relacions personals amb els menors.

5.2.4. Opinió dels fills i temps de guarda

Cal esmentar la STSJC, 29/2015 de 4 de maig, de conformitat amb la qual la guarda compartida no suposa necessàriament que els temps de permanència amb un o un altre progenitor hagin de ser idèntics sempre que es justifiqui.

No escau desconèixer els desitjos manifestats dels menors, sempre que:

- a) la seva opinió sigui lliurement emesa i la seva voluntat correctament formada, no mediatitzada o interferida per la conducta o la influència d'algun dels pares;
- b) que les seves raons siguin atenedibles perquè no estan inspirades en criteris de comoditat o benestar a curt termini, i
- c) que no estigui desaconsellada per l'especial incidència d'uns altres criteris amb què, segons la norma, ha de ser ponderada conjuntament l'opinió dels menors.

5.3. Aliments per als fills

Cal atènr-se a criteris de proporcionalitat entre els béns i ingressos dels qui han de prestar-los i les necessitats dels qui han de rebre'ls.

Les regles generals pel que fa a la prestació d'aliments a menors d'edat en situacions de crisi familiar han estat recollides en diverses resolucions.

Així, les STSJC 68/2013, 8/2014 i 69/2014 la doctrina de les quals pot sistematitzar-se de la manera següent:

- a) Els obligats al pagament són els progenitors;
- b) el contingut inclou, en qualsevol cas, el deure personal de cuidar-los, de conviure amb ells i d'educar-los facilitant-los una formació integral i, a més, de proporcionar-los tot el que es consideri necessari per al seu

aliment o manutenció, habitatge o habitació, vestit, assistència mèdica i educació;

c) la quantia d'aquesta prestació s'ha de calcular en funció de quines siguin les necessitats dels fills i quins siguin els recursos o mitjans econòmics i possibilitats personals dels progenitors obligats;

d) la distribució d'aquesta obligació entre els dos progenitors ha de fer-se en proporció a l'import dels seus recursos econòmics respectius de qualsevol tipus (rendes, patrimoni) i a la qualitat de les seves possibilitats personals (article 237-7.1 CCCat) però sense que això hagi de resultar d'una operació aritmètica;

e) en principi, la forma de pagament ha de ser en diners i per mensualitats avançades (article 237-10.1 CCCat);

f) de totes maneres, per establir la distribució proporcional de les seves aportacions respectives, ha de tenir-se en compte el temps de permanència dels menors amb cadascun dels seus progenitors i les despeses que cadascun d'ells hagi assumit pagar directament;

g) d'altra banda, l'obligació dels progenitors de procurar o contribuir a què els seus fills menors gaudeixin d'un habitatge adequat, com a part substancial de la seva obligació d'alimentar-los, pot cobrir-se parcialment en espècie, mitjançant l'atribució de l'ús del què hagués estat l'habitatge familiar amb el seu aixovar, sense perjudici de la possibilitat de substituir-ho per l'abonament garantit de la quantia dinerària que permeti cobrir suficientment les necessitats d'habitació d'aquells.

En la STSJC 59/2016, de 14 de juliol, es diu que no hi ha raó jurídica per fer recaure tots els aliments en un dels progenitors si l'altre percep o pot rebre rendes del seu propi patrimoni encara que no tingui ingressos regulars pel treball i en la STSJC 4/2016, de 28 de gener, que el fet que els menors haguessin de traslladar-se a casa dels avis no eximeix el progenitor d'haver de sufragar aliments en tota la seva extensió ja que l'obligació d'aliments no recau en primer lloc sobre els avis sinó sobre els progenitors.

Pel que fa als aliments dels fills majors d'edat però dependents econòmicament, la STSJC 16/2021, de 28 de març, recorda que està legitimat per reclamar-los el progenitor que acull el major d'edat no independent encara que el trasllat del fill o filla de l'habitatge de la mare al del pare s'hagi produït en adquirir la majoria d'edat.

La sentència casa la de l'Audiència, que obligava la filla a reclamar individualment als pares la pensió d'aliments.

També hem assenyalat les diferències entre la prestació d'aliments per als fills menors i per als fills majors d'edat encara que siguin dependents econòmicament, ja que segons la STSJC 50/2017, de 30 d'octubre, el principi de solidaritat familiar i l'obligació legal que pesa sobre els progenitors i que té un fonament constitucional en l'article 39. 1 i 3 CE té un tractament jurídic diferent per als fills menors que per als majors d'edat, ja que en ser menors d'edat més que una obligació pròpiament alimentària el que existeixen són deures indefugibles inherents a la filiació, que resulten incondicionals d'inici independentment de la major o menor dificultat que es tingui per donar-li compliment.

En conseqüència, davant una provada situació de dificultat, indigència o precarietat econòmica no es nega que per imperatiu constitucional, els pares hagin d'oferir assistència de qualsevol ordre als fills haguts dins o fora del matrimoni en tots aquells supòsits que sigui procedent per bé que per als fills menors d'edat s'han d'atendre les circumstàncies econòmiques i necessitats d'aquests en cada moment i amb un mínim vital, mentre que per als fills majors d'edat depèn del patrimoni de qui els dona i les necessitats de qui els rep i si la fortuna de l'obligat s'ha reduït fins al punt de no poder satisfer-los sense desatendre les seves pròpies necessitats, resulta possible declarar el cessament de la satisfacció de la pensió alimentària per als fills.

Pel que fa al pagament dels aliments en els casos de guarda compartida, la STSJC 4/2016, de 28 de gener, recorda la doctrina general de la Sala continguda en les STSJC 68/2013, de 28 de novembre, 22/2014, de 7 d'abril i 71/2015, de 14 d'octubre, de conformitat amb la qual en aplicació de l'article 233-10. 3 CCCat la forma d'exercir la guarda dels menors, en cas de separació o divorci dels progenitors, no altera el contingut de l'obligació d'aliments cap als fills comuns encara que hagi de ponderar-se el temps de permanència dels menors amb cadascun dels progenitors i les despeses que cadascun d'ells hagi assumit pagar directament, de manera que quan s'acredita i justifica que la capacitat econòmica d'un dels cònjuges és molt superior a la de l'altre ha d'establir-se i determinar-se quina quantitat o suma ha de satisfer el progenitor amb major capacitat econòmica sense que hagin d'operar automatismes del 50 % en aquests supòsits, ja que segueix vigent l'obligació de prestar aliments de conformitat amb els mitjans econòmics de cadascun dels pares.

En el cas d'aliments a favor d'una filla major d'edat amb capacitat modificada la STSJC 53/2018, de 7 de juny, estableix que han de computar-se

ponderant-los amb la resta de factors que cal tenir en compte, inclosos els ingressos en forma d'ajudes públiques o privades que rebin els obligats a prestar aliments o el propi alimentista per raó de la seva discapacitat, sigui per reduir l'import de les necessitats d'aquest, sigui per incrementar les possibilitats econòmiques dels obligats a prestar-li aliments. I la STSC 50/2018 de 31 de maig declara que en supòsits de ruptura matrimonial o de parella no s'extingeix l'obligació d'aliments dels progenitors de fills majors d'edat la capacitat dels quals hagi estat modificada judicialment amb potestat parental prorrogada, encara que resideixin habitualment per voluntat dels pares en un centre assistencial.

Pel que fa a les despeses extraordinàries que són conforme el que ha declarat la STSJC, de 14 de juliol de 2016, aquelles que excedeixin la naturalesa de despesa habitual i siguin imprevisibles, no periòdiques i, generalment, necessàries, en la STSJC 53/2021, de 3 de novembre hem dit que quan es justifiqui que la capacitat econòmica d'un dels progenitors és molt superior a la de l'altre, cal determinar la quantitat o la suma que haurà de satisfer cadascun, incloses les despeses extraordinàries, sense que puguin operar automatismes que solen fixar indiferenciadament contribucions del 50 % —moltes vegades sense motivació específica—, ja que també per a aquests regeix l'obligació de prestar aliments proporcionalment als mitjans econòmics de què disposin cadascun dels pares.

Un altre supòsit d'interès en matèria d'aliments per als fills menors és el que analitza la STSJC 14/2016, de 7 març, en la qual s'estima que quan s'acorda que ha de cessar l'ús del domicili familiar al cònjuge guardador per alguna de les raons establertes en el CCCat, és procedent incrementar l'import dels aliments per als fills menors ja que una part —l'habitació— es cobria en espècie, i això tant si s'ha sol·licitat en el procediment com si no.

En la STSJC 36/2022, de 13 de juny, pel que fa a les despeses de desplaçament quan els domicilis dels progenitors són distants, s'acorda que la manera usual d'afrontar aquest repartiment equitatiu dels costos en cas de domicilis allunyats és que el progenitor no guardador reculli els menors en el domicili en què resideixen i l'altre els reintegri des del domicili del no custodi i que cadascú assumeixi el cost d'aquests trasllats. Aquesta forma és la que es va establir, per exemple, en les STSJC 72/2015 i 66/2016.

Tanmateix, cal atènyer-se a les circumstàncies de cada cas, de manera que és possible tenir en compte aquest cost per fixar la pensió d'aliments quan un dels progenitors s'ha compromès a fer tots els desplaçaments per no tenir l'altre vehicle o per qualsevol altra circumstància.

Per finalitzar aquest capítol cal assenyalar que conforme la STSJC 1/2019, de 14 de gener, i en la qual se sol·licitava l'extinció del pagament de la pensió per manca continuada de relació familiar s'indica amb remissió a la STSJC 11/2017, de 2 de març, que el dret a la llegítima i el dret als aliments tenen una naturalesa diferent, de manera que la causa d'extinció dels aliments per manca continuada de relació familiar no pot ser aplicada amb un criteri idèntic a la privació de la llegítima per aquesta mateixa raó.

La manca de relació entre mare i fill no pot imputar-se en exclusiva a aquest darrer quan existeix una circumstància totalment aliena al seu àmbit d'actuació, com és l'incompliment per la progenitora del deure de satisfer els aliments de la forma i quantia establerta anys abans per la sentència del divorci. Aquest incompliment sens dubte havia de condicionar l'actitud del fill envers la mare.

5.4. Atribució del domicili familiar

La STSJC 68/2015, de 5 d'octubre, estableix el concepte d'habitatge familiar com la base física on es desenvolupa la vida familiar, és a dir, l'immoble habitable on conviuen els membres de la família fins al moment que es produeix la crisi matrimonial. Aquell en què habitualment resideix la família i constitueix el centre de la seva convivència.

Atribuït un domicili amb el caràcter de familiar no és possible, amb la nova regulació, concedir l'ús d'altres habitatges a disposició de la família, malgrat la major flexibilització existent en aquesta matèria en el llibre II.

És emblemàtica la STSJC 7/2017, de 16 febrer, la qual resumeix la doctrina sobre l'atribució de domicili familiar en cas de separació o divorci.

Admet que la regulació del CCCat és més flexible que la del CF i concedeix noves facultats als jutges. Els principis a tenir en compte són els següents:

- a) Després del cessament de la convivència marital, si és possible, els immobles haurien de tornar al règim jurídic ordinari que relaciona la disposició de l'ús amb la titularitat del bé;
- b) En aquesta matèria, el legislador segueix tenint en especial consideració l'interès superior dels menors i/o la necessitat de protecció especial que pugui afectar a un dels dos excònjuges;
- c) Per tal de conciliar els dos principis indicats, el legislador ha previst que les necessitats d'habitatge puguin satisfer-se d'una altra manera que no sigui enllaçant la propietat privativa d'un dels cònjuges o la

cotitularitat a aquesta finalitat, a fi que els vincles econòmics que s'havien creat durant el del matrimoni no perdurin més que l'estrictament indispensable.

d) Regla general d'atribució. Per al cas que no existeixi o no s'aprovi l'acord entre els cònjuges, l'atribució de l'ús de l'habitatge familiar s'ha de fer a aquell a qui s'atorgui la guarda dels menors, «mentre duri aquesta» (article 233-20.2 CCCat). Excepcions: 1) Encara que existeixin fills menors, el jutge pot atribuir l'ús de l'habitatge familiar al cònjuge que no té la custòdia dels fills, si té una major necessitat i el cònjuge a qui correspon la guarda té mitjans suficients per cobrir la seva pròpia necessitat d'habitatge i la dels fills (article 233-20.4 CCCat). 2) Es pot substituir l'atribució de l'ús de l'habitatge familiar per la d'altres residències, si són idònies per satisfer la necessitat del cònjuge guardador i dels fills (article 233-20.6 CCCat). 3) A instància d'un dels cònjuges es pot excloure l'atribució de l'ús de l'habitatge familiar si el cònjuge que seria beneficiari de l'ús per raó de la guarda dels fills té mitjans suficients per cobrir la seva necessitat d'habitatge i la dels fills (article 233-21.1.a CCCat). 4) Es pot excloure també si el cònjuge que hauria de cedir l'ús pot assumir i garantir suficientment el pagament de les pensions d'aliments dels fills i, si escau, de la prestació compensatòria de l'altre cònjuge en una quantia que cobreixi suficientment les necessitats d'habitatge d'aquests (article 231-21.1.b CCCat).

e) Limitació temporal de l'atribució. La regla de l'article 231-21.1.a) CCCat permet demanar la limitació temporal de l'atribució del domicili de copropietat fins que algun d'ells insti la divisió de la cosa comuna, per exemple, atorgant un termini perquè el progenitor guardador que compta amb mitjans suficients pugui proveir-se d'un nou habitatge.

f) Modificació de l'atribució inicial. La regla de l'article 233-21.1.a CCCat pot actuar també com a causa de modificació de l'atribució o distribució inicials (article 233-20 CCCat) en aquells casos en què l'adquisició dels «mitjans suficients» per part del progenitor guardador beneficiari de l'ús fos sobrevinguda i aquesta circumstància pogués considerar-se, en atenció a les peculiaritats del cas, una variació substancial de les què van ser considerades en un primer moment (article 233-7.1 CCCat).

g) El dret d'ús del domicili conjugal, fins i tot de caràcter especial i familiar, s'estén a la totalitat d'aquest i comprèn el de les dependències

i els drets annexos segons l'article 562-7 CCCat ja que no hi ha cap raó jurídica per deixar d'aplicar aquest precepte quan la constitució del dret deriva de la normativa pròpia del dret de família continguda en el llibre II del CCCat.

La STSJC 25/2018, de 15 de març, tracta de l'exclusió de l'ús de l'atribució del domicili familiar a canvi d'una contribució econòmica. La prestació dinerària que ha d'abonar-se té una finalitat concreta, que és la substitució de l'atribució de l'ús i no es vincula ni al desequilibri econòmic ni a la dedicació a la família i requereix garanties, si se sol·liciten, per cobrir el lloguer d'un habitatge digne en una quantia que permeti cobrir les necessitats habitacionals.

Finalment, cal esmentar la STSJC 37/2020, de 5 de novembre, en la qual es disposa que el règim vigent relatiu a l'atribució o distribució de l'ús de l'habitatge familiar posa èmfasi en la necessitat de valorar les circumstàncies del cas concret i instaura un règim molt flexible, fins al punt que el legislador admet que l'ús s'atribueixi —amb caràcter temporal i susceptible de pròrroga— al cònjuge més necessitat, que pot no ser aquell a qui s'ha assignat la guarda dels fills. Però el que no admet el legislador, a banda dels supòsits d'exclusió de l'atribució de l'ús, és que quan l'ús de l'habitatge s'atribueix —seguint el criteri que ell mateix considera preferent— al progenitor a qui correspon la guarda dels fills, hom el restringeixi de manera temporal en atenció a una raó que no sigui la durada de la guarda mateixa.

En conseqüència, es casa la sentència de l'Audiència atès que no podia limitar la durada de l'ús atribuït a la muller per sota de la durada de la guarda que exerceix sobre els fills en potestat.

Cal computar com a aportació en espècie del pare els aliments dels fills en potestat de l'ús que aquests fan de l'habitatge de la seva propietat exclusiva.

5.5. Prestació compensatòria

Cal mencionar la doctrina general sobre la matèria exposada en la STSJC 72/2019, de 18 de novembre, que recorda que la finalitat actual de la prestació compensatòria és la readaptació del cònjuge creditor a la vida activa com a conseqüència del desmillorament econòmic consegüent a la dissolució del matrimoni i a la pèrdua d'oportunitats experimentada precisament per causa d'aquesta.

La limitació temporal de la pensió és el principi o regla general i l'atorgament amb caràcter indefinit l'excepció.

Aquesta excepcionalitat s'ha de motivar i només es pot establir la pensió per temps indefinit quan en el cas concret es doni una potencialitat real i acreditada que el beneficiari, com a conseqüència de les seves circumstàncies personals (edat, estat de salut, formació professional, possibilitats d'adquirir ajudes públiques, etc.) i de l'absència de patrimoni, no pot assolir, en un termini major o menor, aquella autonomia pecuniària de què hagi pogut gaudir si no s'hagués produït el matrimoni i que li hagués permès subvenir a les seves necessitats .

En el mateix sentit la STSJC 58/2018, de 25 de juny.

5.6. Modificació d'efectes de sentència anterior per canvi substancial de circumstàncies

5.6.1. En relació amb l'atribució de l'ús del domicili familiar

Esmentarem dues sentències. La STSJC 42/2017, de 9 d'octubre, la qual proclama que en cas que s'hagi atribuït l'habitatge en funció de la guarda dels fills menors, l'article 233-24.1 del CCCat disposa que és una causa d'extinció de l'ús la finalització de la guarda, que es produeix quan s'assoleix la majoria d'edat.

A aquest efecte no resulta transcendent que els majors d'edat no comptin amb independència econòmica, sense perjudici que en cas que encara necessitin aliments hagi de tenir-se en compte per fixar la quantia d'aquests, les necessitats d'habitació. En suma, no cal en aquests casos que l'habitació es presti *in natura*, amb un habitatge determinat, que impedeixi desvincular la seva propietat de la crisi familiar.

D'altra banda, la prolongació de la solidaritat conjugal sempre és temporal i atén a l'especial necessitat d'habitatge d'un dels cònjuges quan no existeixen fills o aquests són ja majors (article 233-20.3 b). Per a la seva determinació han de ser analitzades les circumstàncies de cada cas, tenint en compte les particularitats personals de qui reclama l'habitatge (edat, estat de salut), ingressos, estabilitat laboral i patrimoni.

Analitzem ara la STSJC 31/2021, de 6 de maig. Es tractava d'una demanda de modificació d'efectes d'una sentència anterior per la qual el marit demanava l'extinció de l'ús del domicili familiar concedit al seu moment pel que fa a la guarda dels menors per haver contret matrimoni la mare.

S'acorda el manteniment de l'atribució de l'ús del domicili familiar que va ser atorgat a la mare al seu moment en consideració a la guarda dels fills menors per no haver assolit aquests la majoria d'edat encara que la mare hagi contret nou matrimoni.

S'afirma que a Catalunya no escau extingir l'ús de l'habitatge familiar atribuït a un dels cònjuges en funció de la guarda dels fills menors per haver contret nou matrimoni ja que no es troba prevista com a causa d'extinció de l'ús en l'article 233-24 CCCat, que només la preveu en cas que l'atribució hagués estat en funció de la major necessitat de l'altre cònjuge. Les causes d'exclusió de l'ús poden ser aplicades fins i tot després d'atribuït l'ús a un dels cònjuges si s'haguessin modificat les circumstàncies posteriorment, sempre que s'al·legui i es provi l'existència dels pressupòsits fàctics previstos a l'article 233-21 del CCCat.

5.6.2. Pel que fa a la modificació en matèria d'aliments

Es planteja moltes vegades el moment en què han de retrotreure's els efectes de les sentències on s'estableixen o modifiquen les prestacions alimentàries.

Recull la doctrina general de la Sala la STSJC 34/2019, de 8 de maig, en el sentit següent:

- a) Del contingut de l'article 237.5 del CCCat a.c.s. s'infereix que a Catalunya, perquè es puguin retrotreure els efectes de la sentència dictada a un moment anterior al del seu dictat, sigui al de presentació de la demanda, sigui anterior (reclamació extrajudicial o en el cas dels menors fins al període màxim d'un any) ha de ser sol·licitat per qui reclama el pagament dels aliments.
- b) Qui demana per primera vegada aliments i juntament amb la demanda principal sol·licita mesures provisionals per obtenir judicialment la prestació alimentària mentre se substancia el procediment en primera instància, està demanant, en realitat, que la pensió alimentària sigui satisfeta des de la reclamació judicial en coincidir temporalment ambdues peticions (la principal i la de les mesures coetànies). No tindria sentit que s'hagués de demanar en aquests casos també, la retroacció en la demanda principal ja que la Llei (article 773.3 en relació amb l'article 771.2 de la LEC) assumeix que les mesures provisionals s'adopten als 10 dies i que cobreixen les necessitats alimentàries eventuais mentre es desenvolupa el procés en primera instància. El mateix s'infereix de l'article 233-1.1 del CCCat.

c) De conformitat amb el que preveu l'article 773.5 de la LEC en relació amb l'art 774.5 de la LEC, si es dicten mesures provisionals que estableixen una pensió d'aliments, aquestes són efectives fins que es dicta la sentència de primera instància els pronunciaments de la qual les substitueixen. Si s'apel·la aquesta sentència, el recurs no paralitza l'executivitat dels pronunciaments de primera instància, de manera que els aliments que han de satisfer-se des d'aquesta resolució fins a la publicació de la sentència de segona instància són els que s'han ordenat en la primera sentència que seran substituïts pels establerts en la sentència d'apel·lació des que aquesta sigui dictada.

Per part seva, la STSJC 21/2021, de 22 de març, considera que la possibilitat que atorga l'article 233-7.3 del CCCat per retrotreure els efectes de la sentència de modificació a un moment anterior al de la presentació de la demanda, en concret, a l'inici d'un procés de mediació, no inclou les propostes d'acords extrajudicials ja que la norma es refereix als processos de mediació regulats per la Llei 15/2009, el reglament aprovat per Decret 135/2012 i la Directiva 2008/52/CE.

Finalment, destacar la STSJC 10/2023, de 15 de febrer, la qual indica que l'article 233-7 del CCCat té en compte algunes excepcions, com vam tenir ocasió d'analitzar en la sentència TSJC de 10 de desembre de 2018 i en la STSJC de 22 de març de 2021 en les quals, després de ratificar la doctrina anterior i d'explicar que no és procedent retornar les quantitats concedides per aliments quan es modifiquin quantitativament en una resolució ulterior, també vam dir que la norma estableix algunes excepcions a la irretroactivitat, com ara: a) que les modificacions s'hagin previst en un conveni ex article 233-7.2 CCCat; b) l'intent d'acord extrajudicial previ iniciant un procés de mediació ex article 233-7.3; c) la nova situació derivada, no d'una modificació quantitativa sinó d'un canvi de guarda que s'ha de tractar com si ens trobéssim amb una petició derivada d'una demanda inicial de nul·litat, separació o divorci, o d) els supòsits d'incompliment per l'alimentista del deure d'informar de les modificacions de les circumstàncies que determinin la reducció o l'extinció dels aliments (article 237-9.2 CCCat), sempre que es donin determinades condicions (cf. STSJC 45/2018, de 14 maig, FD3).

5.6.3. Pel que fa a la modificació de la prestació compensatòria

La STSJC 16/2021, de 25 de febrer, recorda la doctrina general expressiva que el desequilibri econòmic entre els cònjuges que determina la prestació

compensatòria és l'existent en la data de la ruptura de la convivència i no pot ser reconsiderat més enllà de la sentència del primer litigi matrimonial.

Amb posterioritat, per raons de seguretat jurídica, només es pot pretendre una reducció de la prestació per a reduir el seu import, mai un increment, en atenció a la variació a la baixa de la situació econòmica de l'obligat o la millora de la del creditor. En aquest moment, no s'ha de fer una comparança entre les situacions patrimonials actuals dels interessats, sinó que ha de valorar-se la millora global del creditor o l'empitjorament del deutor.

En la valoració cal tenir en compte tots els actius de transcendència patrimonial de cadascun dels interessats, entenent com a patrimoni el conjunt de béns, valors i crèdits que posseeix una persona.

La STSJC 31/2019, de 29 d'abril, es refereix a l'adquisició per la preceptora de la pensió d'una herència. Es reitera la doctrina de la Sala en el sentit que excepte previsió de les parts en el moment de pactar-se la pensió compensatòria —convenientment provada— la recepció d'una herència pel receptor de la pensió és una circumstància sobrevinguda susceptible d'incidir favorablement en la situació econòmica del beneficiari de la prestació, incidència que ha de ser examinada, tanmateix, cas per cas, atesa la disponibilitat que al creditor de la pensió li correspon sobre els béns que la integren, i la possibilitat efectiva de rendibilitzar-los econòmicament.

En la STSJC4/2021, de 18 de gener, s'afirma que la prestació compensatòria atorgada abans de la promulgació del llibre II CCCat pot revisar-se de conformitat amb la nova Llei si es modifiquen les circumstàncies, inclosa la durada. El mer transcurs del temps si les circumstàncies no han canviat no permet suprimir la pensió compensatòria que al seu moment es va establir sense termini.

Unes de les causes d'extinció de la prestació compensatòria és la convivència *more uxorio* del creditor de la pensió.

En la STSJC 31/2019, de 29 d'abril, recollim la nostra doctrina pel que fa als requisits exigibles per estimar que existeix la convivència *more uxorio* aclarint que:

- a) És necessari que existeixi «convivència» i que aquesta reuneixi certes característiques que la facin semblant a la «matrimonial», fins i tot sense el vincle jurídic propi del matrimoni.
- b) Admetent que existeixen diverses formes possibles de convivència marital que no passen necessàriament per l'establiment d'un domicili únic i comú, s'exigeix que la relació hagués cristal·litzat en un cert

compromís materialitzat en un projecte de vida en comú, amb el suport o ajuda mútues com fills conductors, i que reunís el grau d'estabilitat, d'intimitat, de comunicació d'afectes i interessos i de publicitat que la fes comparable amb la convivència matrimonial.

c) La necessitat d'aquesta convivència exclou que sigui motiu d'extinció de la pensió les meres relacions amoroses, sentimentals o sexuals del beneficiari.

d) En conseqüència, a diferència del matrimoni del creditor amb una altra persona que extingeix en qualsevol cas l'obligació de prestació de la pensió independentment de la convivència real atesos els deures de suport i ajuda mútua que s'imposen legalment i que substitueix la solidaritat matrimonial prorrogada de l'excònjuge en què es basa la prestació compensatòria, en cas que no es contregui matrimoni, el precepte exigeix «convivència marital».

5.6.4. Acció de divisió de cosa comuna en procés de modificació de mesures

La STSJC 5/2019, de 31 de gener, considera que una interpretació de l'article 232-12.1 CCCat sota la llum dels criteris de l'article 3.1 del CC permet afirmar que l'acció de divisió es pot acumular a un procés de modificació de les mesures del divorci, malgrat que en el procés anterior no s'hagi fet referència a la divisió dels béns en comunitat ordinària. Els processos de modificació de mesures són també «processos matrimonials».

6. Convivència estable en parella (articles 234-1 a 234-14)

6.1. Prestació alimentària

L'analitza la STSJC 89/2018, de 19 de novembre, quan estableix que la prestació alimentària es concedeix per aplicació del supòsit de l'article 234-10. 1 a) CCCat, això és, per la reducció de la capacitat de generar ingressos amb motiu de la convivència. Per tant, ha d'imposar-se una limitació temporal de 3 anys (article 234-11.3 CCCat). A això hem d'afegir que es tracta d'un lapse temporal màxim, imperatiu i que per tant ni és susceptible de pròrroga ni d'estimació de circumstàncies excepcionals

—com succeeix per a la pensió compensatòria en els matrimonis ex article 233-17.4 CCCat— que justifiquin fixar-la de manera indefinida.

De la mateixa manera, la STSJC 55/2018, de 7 de juny, examina la naturalesa d'aquesta prestació alimentària que s'estableix en funció de si qui la necessita pot atendre, en primer lloc, adequadament el seu aliment i, seguidament, afegeix, es concedeix quan es dona algun dels dos casos que es tenen en compte a la norma: a) si la convivència ha disminuït la capacitat del sol·licitant d'obtenir ingressos, i b) si per raó de la guarda dels fills comuns ha disminuït la capacitat d'obtenir ingressos. Per al primer supòsit té una limitació temporal de tres anualitats, i en el segon es pot atribuir mentre dura la guarda.

És una prestació que segons la doctrina més autoritzada s'inspira en la regulació australiana de les parelles de fet i té una naturalesa mixta: alimentària i amb un component compensatori. Per a la seva adopció ha d'examinar-se si existeix una necessitat alimentària —article 237-5 CCCat— i s'estableix aplicant el criteri de proporcionalitat de l'article 237-9 CCCat. En canvi, per al seu pagament, modificació i extinció es remet a les normes de la prestació compensatòria per a les unions matrimonials.

La sentència també tracta dels efectes en el mateix procés de la declaració de l'Audiència sobre que no era procedent atorgar la pensió quan el jutjat l'havia concedit. S'afirma que la declaració de l'Audiència substitueix a la de primera instància ja que el dret no pot tenir-se a la vegada com reconegut i desconegut.

6.2. Atribució i exclusió de domicili en unions de fet

La STSJC 12/2020, de 21 de maig, tracta de l'exclusió de l'atribució de l'ús de l'habitatge tenint en compte que quan existeixen fills menors la regulació és la mateixa que en el cas dels matrimonis.

Seguint el precedent de la STSJC 25/2018, la sentència diu que l'atribució i l'exclusió de l'habitatge són supòsits diferents, regulats en el llibre segon en el marc de la filosofia de flexibilització en la regulació de l'atribució de l'ús de l'habitatge introduïda en el llibre segon, de manera que el deure de prestar habitatge *in natura*, és a dir, amb l'atribució de l'habitatge familiar, perd capitalitat.

La contribució econòmica substitutòria que ha de lliurar-se en forma de prestació dinerària en el supòsit d'exclusió de l'atribució de l'article 233-21.1, b CCCat és una commutació de l'ús de l'habitatge per una prestació dinerària, com a equivalent econòmic.

Escau aplicar al cas el supòsit de la lletra b) de l'article 233-21.1 CCCat atesa l'existència dels requisits legals: la petició de part; el membre de la

parella que hauria de cedir l'ús de l'habitatge de la seva exclusiva propietat a favor de la progenitora que exerceix la guarda dels fills està en condicions de cobrir amb suficiència els aliments d'aquests, en particular les seves necessitats d'habitatge alternatiu, i la prestació de les degudes garanties en forma d'aval al primer requeriment.

7. La filiació (article 235-1 a 235-52)

7.1. Accions de filiació

7.1.1. Impugnació de la paternitat matrimonial per la mare

La STSJC 2/2016, de 21 de gener, analitza la qüestió de la caducitat de l'acció.

Es tractava de determinar si, en consonància amb els fets acreditats, el termini per a l'exercici de l'acció estava o no exhaurit i, per tant, l'acció havia caducat. La sentència diu que cal partir per a la interpretació de l'article 235-24 CCCat respecte al termini de caducitat dels trets principals que informen el règim de la filiació, com són, entre altres, la prevalença de la veritat biològica, que ha estat essencial en el règim històric de la filiació.

L'article 235-24 CCCat admet dos moments inicials del còmput de l'acció d'impugnació de la paternitat matrimonial per part de la mare: un, el del naixement i l'altre, el del descobriment de les proves en què es fonamenta la impugnació. Com ha posat de manifest de forma encertada la doctrina, la possibilitat que reconeix el legislador a la mare d'impugnar la paternitat matrimonial una vegada han aparegut les proves s'enfronta amb la noció de caducitat.

En aquest sentit, s'ha de fer notar que el legislador situa el moment inicial del còmput del termini de dos anys en el descobriment de les proves, de manera que si la mare ja coneixia que la paternitat no corresponia al marit, el termini s'ha de regir pel transcurs dels dos anys des del naixement. Actuar d'una altra manera significaria que restaria a l'arbitri de la mare, i a la seva lliure voluntat, l'inici del còmput de la caducitat des del moment, per exemple, en què decideixi fer les proves biològiques que acreditessin que el fill o filla no eren del marit.

En canvi, ha d'existir un dubte o una situació d'incertesa en la mare i aquests dubtes han d'anar acompanyats d'una actuació diligent o activa per tal de sortir de la sospita o situació d'incertesa, de manera que es pugui

valorar pel tribunal l'actuació i la conducta desenvolupada per a poder esvaïr el dubte o sospita existent.

En el cas, la mare sustentava que, casada des de l'any 1996, va mantenir l'any 2009 relacions extramatrimonials completes i sense protecció amb un company de feina, alhora que les seguia mantenint amb el seu marit, i que, malgrat haver estat diagnosticada d'esterilitat, es va quedar embarassada i va donar a llum una nena en data 4-03-2010. El mes d'abril de 2012 sospita que per la data de concepció, la semblança física i una bronquitis que patia la menor, la nena podia no ser filla del seu marit, sinó del company de feina amb qui havia mantingut relacions extramatrimonials i indica que obté una provà biològica d'un raspall de dents del marit, que és enviada a un laboratori, que exclou la paternitat d'aquest.

El fet que la mare hagi mantingut relacions sexuals amb una persona diferent al seu marit no significava que aquesta disposés ja de la certesa de l'exclusió de la paternitat del marit, sinó d'una sospita o incertesa.

El principi de lliure investigació de la filiació i la prevalença de la veritat biològica s'han de prendre en consideració com a elements hermenèutics del precepte esmentat (article 235-24 CCCat), de manera que la Sala no va compartir la tesi de l'Audiència Provincial que erradica pràcticament la possibilitat d'exercir l'acció d'impugnació des del descobriment de les proves.

L'actuació de la mare des de les concrecions o augment de les seves sospites i la sol·licitud de la provà biològica al laboratori, així com el temps transcorregut, evidencien una actitud adequada de la mare per a sortir del dubte en el qual es trobava. Aquesta actuació no pot ésser objecte de reprovació, encara que es pugui justificar des de posicions ètiques o des d'un interès per a mantenir la salvaguarda de l'*statu quo*. Però això no necessàriament ha de ser més favorable a l'interès del menor, sinó en moltes ocasions perjudicial per conèixer que no és el veritable progenitor i que no ho podrà impugnar fins a la majoria d'edat (article 235-25 CCCat).

Pel contrari, la prevalença de la veritat biològica i la lliure investigació com a paràmetres que han d'informar la interpretació de l'article 235-24 CCCat no pot justificar una interpretació restrictiva, sinó flexible de l'inici del termini de caducitat, sempre des de l'exigència d'una sospita o incertesa de la paternitat del pare, per part de la mare, i una actitud diligent a esvaïr la sospita o incertesa quan aquesta es presenta.

7.1.2. Accions de reclamació de filiació no matrimonial

La STSJC 101/2018, de 28 de desembre, analitza un supòsit de reclamació de la filiació paterna no matrimonial sense intent de reconeixement previ.

Afirma la sentència que l'acció de reclamació de la filiació no matrimonial pot ser exercida durant tota la vida pel pare o la mare en cas que (i) no puguin reconèixer els fills per manca de capacitat natural o perquè consti una filiació contradictòria ja determinada, o (ii) quan el reconeixement previ no ha estat eficaç.

Un règim legal com el de filiacions català, que parteix de la veritat biològica, ha de facilitar la determinació de la filiació no matrimonial mitjançant un expedient àgil com és el reconeixement, per bé que si el reconeixement no es fa en els dies immediats al naixement del fill queda supeditat als requisits d'eficàcia que estableix l'article 235-12.3 CCCat.

L'exigència del reconeixement previ («Abans reconèixer que reclamar», diu un aforisme tradicional) s'introdueix per la Llei de filiacions de 1991, confirmada en aquest apartat pel Codi de família i més tard pel llibre segon del CCCat, amb la finalitat de protegir el fill, preservant-lo de plets innecessaris, de manera que ha de ser considerada plenament justificada.

Ara bé, en coherència amb el sentit de la norma i amb la sanció legal en el dret català d'un principi *pro actione* més ampli possible en l'àmbit de les accions de filiació, aquella exigència prèvia deixa d'operar quan —com és el cas— la mare evidencia amb el seu comportament que s'oposa a tota pretensió de qui pretén ser declarat pare del menor i es fa així ineluctable la formulació de la corresponent acció de reclamació de la paternitat.

7.1.3. Filiació en el cas d'utilització de tècniques de reproducció assistida

La STSJC 35/2017, de 20 de juliol, va resoldre un tema de reclamació de filiació extramatrimonial mitjançant el sistema de tècniques de reproducció assistida aplicades a un membre de la parella de fet formada per dues dones.

La sentència considera que no resulta aplicable a Catalunya l'article 7.1 de la Llei 14/2016 de 26 de maig, i és de preferent aplicació el CCCat per declarar o no la filiació reclamada.

També analitza l'evolució de la normativa catalana sobre els requisits necessaris perquè s'entengui prestat vàlidament el consentiment de l'altre membre de la parella a les teràpies de reproducció assistida empleades sobre la mare gestant, així com la transcendència de la forma en aquests casos. Reitera la doctrina assegurada anteriorment que declara que els fills

nascuts de la fecundació assistida de la mare són fills de l'home o de la dona que ha consentit expressament l'aplicació d'aquestes tècniques dirigides a la procreació, encara que la documentació d'aquest consentiment sigui posterior.

En la STSJC 46/2019, d'1 de juliol, en un cas semblant, es reitera la doctrina anterior i es diu que el consentiment donat per una dona a la fecundació assistida de la seva parella estable en un determinat centre mèdic és vàlid per a la fecundació intentada en un altre centre poc temps després, quan no hi ha solució de continuïtat entre un i altre procés i subsisteixen les circumstàncies concurrents en la prestació d'aquell consentiment.

Atesa la regulació integral de la filiació en el dret català d'ençà la Llei 7/1991, els mitjans de determinació de la filiació del CCCat són els propis del dret català i exclouen els del Codi civil espanyol, entre ells, la possessió d'estat.

A l'efecte de la Llei 14/2006, de tècniques de reproducció humana assistida, l'article 235-13.1 CCCat és «lleï civil» i estableix una via de determinació de la filiació per naturalesa.

7.2. Ordre dels cognoms del menor en les accions de filiació

La STSJC 22/2022, de 25 d'abril, es pronuncia sobre l'ordre dels cognoms del menor en cas de declaració de paternitat sobrevinguda.

Es manté el primer cognom (de la mare) i es canvia el segon cognom imposant el primer del pare per tal de fixar la nova relació de filiació, llevat que s'acrediti un major benefici per al menor d'alterar l'ordre esmentat.

Constitueix doctrina en vista del que es va declarar en la STSJC 42/2018, de 10 de maig, en la qual s'havia afirmat que el criteri determinant per decidir l'ordre dels cognoms d'un menor inscrit en el Registre Civil originàriament només amb els de la mare, després de la declaració judicial de la seva filiació paterna, en la situació normativa anterior a l'entrada en vigor de l'article 49.2 LRC 2011, és el que s'imposa per l'interès superior del menor (article 211-6.1 CCCat) amb correcció, si escau, del que resulta —resultava— de la interpretació literal dels articles 53 i següents de la LRC 1957 i de l'article 194.2 RRC 1958 i al marge dels drets invocats pels progenitors o del seu comportament en relació amb la declaració de la filiació sobrevinguda.

Per això, tenint en compte que la filiació determina necessàriament els cognoms del menor, excepte situacions excepcionals, però assumint que el nom i l'ordre originari de cognoms del menor constitueixen una part

substancial del dret a la seva pròpia identitat, que exerceix a títol personal des del seu naixement, llevat que resulti provat que és més beneficiosa per al menor una altra solució, s'ha de mantenir el primer cognom amb què va ser inscrit, en la mesura en què és el que, dels dos, posseeix una major virtualitat identificadora, i modificar el segon per reflectir la nova relació de filiació, solució que es considera més respectuosa amb la prohibició de discriminació per raó de sexe que resultaria de resoldre la controvèrsia que sorgeix entre els progenitors atorgant la preferència legal al cognom del pare o de la mare.

7.3. Reconeixement de complaença i les seves diferències amb el reconeixement de conveniència fet en frau de llei

Parlen d'aquesta qüestió la STSJ C 47/2019, d'1 de juliol, i la 49/2019, de 8 de juliol.

En els dos casos es declara que la primacia de la veritat biològica, principi tradicional en el dret català, no és absoluta, ja que s'ha de coordinar amb els principis de seguretat jurídica i de protecció de la família i dels menors d'edat.

Així ho palesa la regulació en la Llei 7/1991 i més tard en el Codi de família i actualment en el llibre segon del CCCat de l'acció d'impugnació de la paternitat sotmesa a caducitat (4 anys i més tard 2 anys). A més, la regulació com a via específica de determinació de la paternitat del consentiment a la fecundació assistida de la dona incideix en la dualitat vigent entre la veritat biològica i el pur consentiment, i palesa l'afebliment progressiu del principi de veracitat.

Cal distingir entre la impugnació de la paternitat determinada en virtut del reconeixement, en la qual preval la realitat biològica sempre que l'acció es plantegi dins del termini de caducitat, i la impugnació del propi reconeixement, només admissible per manca de capacitat o per vici del consentiment o, en tot cas, per frau de llei.

De la interrelació entre els articles 235-3, 235-9.1, a/, 235-27.4 i 235-28 CCCat, i del fet que l'eina processal creada per a combatre el frau de llei en els reconeixements de la paternitat sigui una acció de nul·litat imprescriptible i exercible pel Ministeri Fiscal o per qualsevol altra persona amb un interès directe i legítim, se'n pot extreure que el legislador català ha volgut barrar el pas únicament a l'anomenat reconeixement de conveniència, entenent per tal aquell que persegueix una finalitat il·legítima, contrària a l'ordenament jurídic (usualment, l'obtenció indeguda de beneficis econòmics o socials,

la consecució fraudulenta de la nacionalitat o l'elusió de la regulació de l'adopció o de la prohibició dels contractes de gestació per substitució), i que és ineficaç en ser considerat comès en frau de llei, mentre que considera no impugnablable l'acte jurídic de reconeixement fet amb posterioritat al naixement i amb coneixement de la manca de vincle biològic amb la persona reconeguda, sempre però que aquest reconeixement sigui considerat de complaença, és a dir, motivat per una raó legítima (per regla general, el desig d'ajudar o agradar la mare amb qui el reconeixedor manté una relació estable de parella) i que compti amb el recolzament exprés o tàcit de la mare.

La inscripció de naixement pot fer-se fins al dia 30 posterior al naixement, de manera que la inscripció practicada en virtut de reconeixement de complaença per part de la parella de la mare fet dintre d'aquest termini és vàlida, trobant-se sota la salvaguarda dels tribunals, encara que no s'hi faci constar la causa justa motivadora que la inscripció no es fes en els primers vuit dies.

8. Potestat parental (article 236-1 a 236-36)

8.1. Relacions personals entre pares i fills

La STSJC 10/2020, de 21 de maig, en un supòsit en què es discutien les relacions personals entre pare-fill es va dir que el llibre segon del CCCat, a diferència del que feia el seu precedent immediat (l'article 135.1 del Codi de família), tributari d'una regulació dels drets dels menors feta bàsicament des de la perspectiva dels drets dels adults, ja no concep el dret a les relacions personals entre els progenitors i els seus fills com un dret exclusiu d'aquells integrant del contingut de la potestat parental, sinó que també en fa titulars els propis fills.

Així és després de la lletra de l'article 236-4.1, concordant amb el que mesos abans havia formulat la Llei 14/2010, del 27 de maig, dels drets i les oportunitats en la infància i l'adolescència, a sancionar el dret dels infants i els adolescents «a mantenir un contacte directe amb els progenitors amb qui no conviuen» (article 38.2 LDOIA).

Es tracta, doncs, d'un dret recíproc que pretén afavorir no només l'equilibri emocional dels progenitors, sinó també el desenvolupament integral de la personalitat dels fills per la via de potenciar unes relacions entre uns i altres normalitzades, freqüents i de qualitat.

Lògicament, l'efectivitat d'aquest dret recíproc no pot deixar-se a la voluntat discrecional d'una dels parts i més quan es faculta el jutge perquè adopti «en tot cas, les mesures necessàries per garantir l'efectivitat d'aquestes relacions personals» (article 236-4.3 CCCat).

Es casa la sentència de l'Audiència ja que encara que no denega ni suspèn l'exercici del dret del progenitor no guardador a tenir relacions personals amb el seu fill, revalida la decisió del jutjat de fixar un règim de relacions entre pare i fill depenent totalment de la voluntat d'aquest últim, de manera que es buida totalment de contingut el dret del pare, tota vegada que se'l priva de la possibilitat d'exigir-ne el compliment en el cas que el fill no vulgui mantenir cap tipus de relació —estades o simples contactes a distància— amb ell.

En la STSJC 4/2018, de 8 de gener, es va confirmar la decisió de l'Audiència de suspendre el dret del pare a relacionar-se amb la seva filla a causa de les seves addiccions a les drogues i es va afirmar que el jutge pot suspendre les relacions personals entre pares i fills si aquestes poden suposar un risc per a la seva estabilitat emocional. Es va declarar que atesa la gravetat de les addiccions del pare i la seva no-remissió, així com la curta edat de la menor, la decisió del jutjat ratificada per l'Audiència de suspendre de moment les comunicacions entre el pare i la filla protegia suficientment l'interès d'aquesta última ja que no pot assumir-se el risc, sense comprometre l'estabilitat emocional de la nena i en definitiva, les relacions personals presents i futures entre el pare i la filla, que aquest, o bé no acudeixi a les visites quan hagin de tenir lloc, o bé assisteixi a aquestes en unes condicions inadequades per a unes comunicacions saludables entre pare i filla.

La STSJC 98/2016, d'1 de desembre, aborda el dret d'informació del progenitor privat de l'exercici de la potestat però no privat de la seva titularitat i indica que el desplaçament de l'exercici de la potestat parental a un sol progenitor no priva a l'altre, cotitular d'aquesta, del dret d'informació a què es refereix l'article 236-12 del CCCat, sense perjudici que el jutjat disposi les mesures necessàries per impedir la localització de la menor.

Es proclama el principi de proporcionalitat que ha de regir en totes aquelles mesures que comportin una privació o una restricció de drets, de manera que han de ser estrictament limitades a l'imprescindible per protegir iguals o més valuosos béns jurídics, cosa que exigeix un judici de ponderació entre la mesura adoptada i la seva adequació finalment perseguida. La restricció del dret ha de ser qualitativament i quantitativament adequada a aquesta finalitat.

Es reconeix el dret del pare a ser informat per la mare de les qüestions més rellevants de la menor pels mitjans que s'estimin adequats (correu electrònic, telèfon, a través de tercers...) per no desestabilitzar la menor, ni facilitar la seva localització.

8.2. Relacions personals amb els avis i altres parents

Una altra de les qüestions que freqüentment es plantegen a la Sala són les relatives al dret que es reconeix a determinades persones a mantenir relacions personals amb unes altres, singularment entre germans o entre avis i nets.

La STSJ 24/2014, de 7 d'abril, acorda el dret dels avis a relacionar-se amb els seus nets i asseu la doctrina que les males relacions entre un o ambdós progenitors i els avis no conformen per si soles una «justa causa» de denegació d'aquest dret.

Tampoc no pot presumir-se que la conflictivitat transcendeixi als nets ni ve condicionat aquest dret —que és bidireccional en el llibre II del CCCat— a les relacions afectives que mantinguin els nens amb els seus progenitors. Es reconeix el dret dels avis paterns a relacionar-se amb les seves netes, que no coneixien, sense perjudici que el jutge de l'execució hagués d'adoptar les mesures de suport tècnic que estimés oportunes de conformitat amb el que disposa la disposició addicional setena del llibre II del CCCat.

La STSJ 24/2022, de 5 de maig, en la mateixa línia, no aprecia la l'existència de cap causa justa per denegar tota relació personal entre els avis i un net ja que preval l'interès del menor. Es destaca el paper primordial dels avis en la cohesió de la família i com a agents de solidaritat de la societat.

S'afirma també que no constitueix una causa justa la manca de relació prèvia entre avis i net o la conflictiva relació entre aquells i el seu fill o filla quan no repercuteix en el benestar del menor. S'instaura d'un règim progressiu i supervisat de relacions avis-net de 6 anys ajustat a les circumstàncies del cas.

Un cas contrari és el de la STSJ 60/2019, de 10 d'octubre, en la qual es confirma la decisió de l'Audiència per denegar les visites.

Es deneguen les visites per raons plurals que no es troben només en les males relacions de l'àvia amb el pare de les menors, sinó que es basen en uns altres fonaments i criteris com són l'actitud denigratòria de l'àvia al seu fill, la separació dels pares de les menors fet que suposa que en introduir un altre element que pugui distorsionar-les no les afavoriria i l'actitud de l'àvia basada en raons purament biològiques.

En la STSJC 72/2018, de 13 de setembre, es reconeix el dret a mantenir relacions personals entre una persona adulta i el seu nebot menor d'edat com a persona pròxima sense que el simple fet que el menor pateixi una discapacitat psíquica pugui constituir per si sol una «causa justa» per privar-lo de relacions amb la seva família extensa, en particular, amb una tia materna que no presenta cap tipus d'inidoneïtat per a la funció.

8.3. Potestat parental: autorització alternativa dels parents per vendre béns del menor quan només hi ha una branca familiar

Tracta d'aquest problema la STSJC 45/2014, de 7 de juliol, la doctrina de la qual encara que dita en relació amb el Codi de família, és igualment aplicable al CCCat.

La sentència afirma que de la regulació sistemàtica del Codi de família (articles 151 i 153) es pot concloure que l'autorització per part dels dos parents més pròxims del fill o filla no es conceptua com una autorització excepcional a l'autorització judicial, sinó com un expedient alternatiu per poder dur a terme actes d'alienació i gravamen vàlids.

L'interès superior del menor, com a criteri o paràmetre rector que ha de guiar l'actuació dels tribunals en qualsevol decisió que el pugui afectar, no justifica a priori que les famílies monoparentals no puguin emprar el mecanisme de les autoritzacions alternatives.

La sentència aplica l'article 111-2 CCCat per interpretar el dret civil de Catalunya i el veritable sentit de les seves normes per integrar les llacunes o els buits normatius que puguin existir. Així, indica que el dret civil de Catalunya s'ha d'interpretar i integrar d'acord amb els principis generals que l'informin, prenent en consideració la tradició jurídica catalana. I l'article 111-5 determina la preferència de les disposicions del dret civil català respecte de qualssevol altres i que el dret supletori solament regeix en la mesura que no s'oposa a les disposicions del dret civil de Catalunya o als principis generals que l'informin.

Queda clar que la normativa que té en compte l'autorització alternativa per part dels dos parents de diferents línies, que prové de la Llei 12/1996, de la potestat parental, que va passar al Codi de família i que ara es manté en el llibre segon del CCCat es planteja solament per la remissió que s'efectua a la normativa successòria, el supòsit en el qual existeixen dues branques familiars: la materna i la paterna, però no preveu quina és la resposta que s'ha de donar en el cas que es tracti d'una família monoparental.

S'ha de concloure que existeix una similitud jurídica entre els supòsits que s'analitzen: el que regula la norma i el que no disposa de regulació normativa.

I, per tant, quan les dues línies familiars no existeixen (famílies monoparentals) o bé no existeixen parents en una de les línies, existeix la mateixa raó per aplicar la norma i integrar aquesta llacuna legal, entenent que en aquests casos els dos parents més pròxims ho han de ser de l'única línia existent o de la línia en la qual existeixen parents.

8.4. Teràpia familiar

La STSJC 62/2016, de 28 de juliol, estableix que no pot imposar-se judicialment (sí recomanar-se) la submissió forçosa a teràpia familiar encara que s'estimi convenient i oportú per millorar les relacions paternofilials. Cap precepte que conté el llibre II del CCCat, per més generals que siguin els termes que acull l'article 236-3.1 per habilitar l'actuació d'ofici per part de jutges i tribunals, pot compel·lir (excepte supòsits excepcionals) a una persona a rebre, sense el seu consentiment, tractaments terapèutics de caràcter familiar, encara que dubtosament en aquestes condicions podrien ser eficaços. Tot això sense perjudici que els tribunals puguin valorar l'actitud dels progenitors que prescindixin de les seves recomanacions per modificar o arbitrar les mesures oportunes en relació amb els fills.

9. Disposicions addicionals (tercera, sisena i setena) i disposicions transitòries

9.1. Disposició addicional 3a

La STSJC 34/2020, de 26 d'octubre, pel que fa a l'inventari a què es refereix aquesta disposició addicional per al cas de petició de compensació econòmica per raó del treball afirma, reiterant d'altres anteriors, que la llei no exigeix que l'inventari hagi de guardar una forma especial o que es presenti en escrit separat, de manera que n'hi ha prou que es relacionin els béns que es coneguin en el cos de la demanda.

Com vam dir en la nostra STSJC 41/2017, de 28 de setembre, si la relació de béns es conté en la demanda n'hi ha prou per entendre complert aquest requisit. Entendre-ho d'una altra manera suposaria confondre l'inventari amb el seu suport material, amb la conseqüència de la pèrdua sense

fonament d'un dret reconegut en la llei i la vulneració del principi de tutela judicial efectiva reconegut en l'article 24 de la nostra carta magna.

La STSJC 3/2017, de 23 de gener, recorda que de conformitat amb la DA 3a no preclou amb la presentació de la demanda el dret a formar els elements patrimonials necessaris per obtenir la diferència d'increments patrimonials, ja que per al cas que no es disposi —perquè no es conegui-, o no pugui obtenir-se aquesta informació— perquè existeixin inconvenients legals per a això —la norma té en compte que pugui demanar-se en el propi procediment, abans de la vista, i que sigui el Jutjat el que, amb els seus propis mitjans, reculli la informació.

El legislador pretén que no es perjudiqui el dret reconegut legalment per manca de coneixement o bé de possibilitat d'aconseguir les proves necessàries per formar la relació de béns, però sempre amb el límit que l'altra part no pateixi indefensió, això és, que pugui defensar-se de la reclamació i aportar al seu torn les contraproves que al seu dret convinguin, sigui en contestar la reclamació, sigui a l'acte de la vista si la informació s'ha obtingut amb posterioritat.

Per aquesta raó, llevat de l'excepció que regula l'apartat b) del número 1, de la DA 3a, i l'ampliació del termini per preparar la proposta d'inventari de l'apartat a), resulten d'aplicació les altres normes sobre presentació de documents i proves pericials previstes a la LEC 1/2000 i també, finalment, les regles sobre la càrrega de la prova establertes a l'article 217 de la LEC, en tots els seus apartats, per tant també el setè, que té en compte la facilitat probatòria i proximitat a la font d'aquesta, podent valorar-se, en conseqüència, l'actitud obstruccionista per part de qui té majors possibilitats d'acreditar determinats extrems.

9.2. Disposicions addicionals sisena i setena

Sobre la base d'aquestes disposicions addicionals del llibre II del CCCat, la STSJC 11/2015, de 26 de febrer, instaura la possibilitat d'imposar un coordinador de parentalitat per restablir les relacions personals entre pare i fills.

En no poques ocasions es produeixen greus dificultats per a una relació normalitzada entre pares i fills en cas de separació o divorci.

Encara que en el nostre dret no tingui en compte o reguli la figura del coordinador de parentalitat, la disposició addicional sisena del llibre II del CCCat permet la possibilitat que, encara en execució de sentència, en

supòsits excepcionals i de forma transitòria, pugui nomenar-se una persona que consensuï amb els pares el règim d'aproximació en les relacions personals conflictives o bé proposi al jutge de l'execució les mesures més adequades en cas de desacord.

Es considera un pèrit judicial i se li aplica la normativa processal corresponent. L'EATAF pot designar el pèrit de parentalitat però en cas que no pugui fer-se càrrec s'ha de designar un professional expert d'entre els proposats pel col·legi de psicòlegs.

En el mateix sentit la STSJC 49/2021, de 30 de setembre.

9.3. Disposicions transitòries (segona i tercera)

La STSJC 76/2018, de 17 de setembre, resumeix la doctrina general pel que fa a la interpretació de les DT 2 i 3 del llibre II del CCCat partint de la base que la retroactivitat de les lleis, és a dir, la possible aplicació d'una llei nova a situacions sorgides i desenvolupades sota l'imperi d'una altra d'anterior, planteja certs problemes que el conegut com a dret transitori està cridat a solucionar.

Normalment tracta de conjugar dues classes d'interessos: d'una banda, la seguretat jurídica, constitucionalment consagrada a l'article 9.3, que postula el respecte als drets nascuts a l'empara d'una determinada norma; d'una altra, el progrés jurídic, que imposa l'acceptació dels nous principis de justícia, adaptats a la nova realitat social, per afavorir el desenvolupament i l'evolució del dret.

El legislador català ha optat generalment, en la promulgació dels diferents llibres que formen el CCCat, pel que fa als drets en curs, per una retroactivitat de grau mitjà o feble d'acord amb la pretensió que la nova normativa sigui aplicada en el menor temps possible.

L'efecte immediat de la llei suposa que aquesta s'aplica als efectes futurs de fets o relacions jurídiques ja constituïdes, mentre que els efectes pròpiament retroactius afecten els efectes jurídics ja produïts i els drets adquirits.

L'efecte immediat és una excepció a la regla general *tempus regit factum*, que suposa que, tant pel que fa a les seves condicions de forma o fons, com pel que fa a tots els seus efectes passats, presents i futurs, els fets jurídics s'han de regir per la llei existent en el moment de la seva constitució.

D'aquesta manera, l'autèntica retroactivitat afectaria o deixaria sense efecte els efectes jurídics ja produïts o consumats, mentre que la que també es coneix com a retroactivitat de grau mitjà o feble sotmetria a l'imperi de

la nova llei les relacions jurídiques nascudes abans, però per a eventualitats futures, no per als efectes anteriors ja consumats.

Pel que fa als efectes del matrimoni, la DT 2 del llibre II diu que les disposicions dels capítols I i II del títol III s'apliquen als matrimonis contrets i subsistents en el moment de l'entrada en vigor d'aquesta llei, «sens perjudici del que estableix la disposició transitòria tercera quant als processos matrimonials iniciats abans i amb els efectes ja decretats per resolució judicial».

La DT 3a 1 diu que si els procediments ja estiguessin iniciats, s'aplica la normativa vigent en el moment d'iniciar-los, tot i que permet —si ambdues parts hi estan d'acord i ho manifesten en el moment processal oportú—, que les mesures que s'adoptin en aquests procediments i la liquidació dels béns comuns es facin de conformitat amb la nova normativa.

La DT 3a 2 *in fine* estableix que els efectes de les sentències ja dictades amb anterioritat a la vigència del llibre II és mantenen, però «sens perjudici de l'aplicació del Codi civil en els processos matrimonials que es puguin entaular entre els mateixos cònjuges després de l'entrada en vigor d'aquesta llei».

En conseqüència, la regla general d'aplicació d'una o altra llei és la data de la interposició de la demanda judicial.

La promulgació de la norma no comporta, com és lògic, que els efectes de la separació o el divorci disposats en una sentència ferma anterior quedin sense valor o anul·lats, però tampoc que hagi de ser aplicada als litigis que es dedueixin després de l'entrada en vigor del llibre II entre els mateixos cònjuges (cal entendre entre les mateixes parts), sigui de divorci en el cas d'una separació prèvia, sigui de modificació d'efectes d'una sentència anterior (tots poden incloure en la rúbrica «procediments matrimonials»), una normativa ja derogada.

És cert que la DT 3a, en el paràgraf primer, quan afirma que els efectes de la nul·litat del matrimoni, el divorci o la separació judicial decretats a l'empara de la legislació anterior a l'entrada en vigor d'aquesta llei «es mantenen», admet la possibilitat de modificar les mesures «per circumstàncies sobrevingudes en aplicació de les normes vigents en el moment d'adoptar-los», paràgraf que cal entendre que es refereix a la possibilitat de modificar les mesures per causes que tot i estar previstes a la legislació anterior no ho estan en la nova, i no com l'aplicació obligada de la normativa derogada en els procediments de modificació d'efectes de sentència quan la variació de circumstàncies hagi tingut lloc estant en vigor la nova llei.

Així ho hem interpretat en les nostres sentències 36/2014, de 22 de maig; 41/2015, de 29 d'octubre; 46/2015, de 15 de juny, i 41/2016, de 6 de juny, de les quals cal deduir que, per bé que s'ha d'haver produït un canvi substancial de circumstàncies perquè el procediment de modificació de mesures sigui coronat per l'èxit, excepte en les tres matèries que té en compte la DT 3a, en l'apartat 3 («No obstant el que estableix l'apartat 2, a petició de part es pot acordar la revisió de les mesures adoptades amb relació a la cura i la guarda dels fills comuns o el règim de relacions personals, la substitució de la pensió compensatòria acordada amb anterioritat pel lliurament d'un capital en béns o en diners, i la substitució de l'atribució judicial de l'ús de l'habitatge familiar per l'abonament d'una prestació dinerària, d'acord amb el que estableixen els articles 233-10, 233-17 i 233-21 del Codi civil.»), la revisió del qual és possible únicament pel canvi legislatiu, la normativa que s'ha d'aplicar un cop acreditat el canvi de la situació fàctica, és la corresponent al llibre II del CCCat si el procediment judicial s'ha iniciat després de la seva entrada en vigor.

La STSJC 57/2019, de 25 de juliol, es refereix al pagament de les despeses de comunitat, IBI i impostos que graven l'habitatge familiar quan la sentència de divorci dictada sota la legislació anterior no havia establert res sobre ells.

La Sala reitera la seva doctrina sobre que el llibre II del CCCat és aplicable als procediments interposats després de la seva entrada en vigor tenint efectes immediats, fet que suposa que s'aplica per a aquests efectes futurs de fets o relacions jurídiques ja constituïdes. D'aquesta manera, no havent determinat la sentència de divorci anterior com havien de ser satisfetes les despeses de comunitat, IBI i altres impostos que graven la propietat de l'habitatge familiar, a partir de l'entrada en vigor del llibre II han de ser abonats pel cònjuge a qui s'hagi atribuït l'ús de conformitat amb l'article 233-23.2 CCCat.

Finalment, la STSJC 26/2021, de 12 d'abril, resol la validesa de les capitulacions matrimonials que contenen una renúncia a la pensió compensatòria i a la compensació per raó del treball i que es van signar sota la vigència del Codi de família segons les normes del dret transitori del llibre II del CCCat.

Es declara la validesa de les capitulacions perquè reuneixen els requisits exigits pel Codi de família conforme preveu la DT 2 del llibre II, sense que sigui possible aplicar retroactivament els requisits que s'exigeixen ara al llibre II.

Pel que fa a la resolució dels pactes seria possible aplicar les normes del llibre II que prevenen la resolució dels pactes subscrits per l'existència de circumstàncies imprevisibles que modifiquin les tingudes en compte al moment oportú. I en qualsevol cas sempre seria factible la doctrina de la clàusula *rebus sic stantibus*.

Es desestima el recurs ja que la Sala d'apel·lació declara que la demandant coneixia els mitjans de fortuna de l'espòs quan va signar les capitulacions i tampoc no considera que s'hagi produït un canvi imprevisible de les circumstàncies per deixar sense efecte els pactes.

Adquisicions oneroses i titularitats dels cònjuges en el règim de separació de béns i dels convivents en parella estable*

Albert Lamarca i Marquès
Professor titular de dret civil
Universitat Pompeu Fabra

Sumari

- 1. Separació de béns, codificació civil catalana i aplicació judicial**
- 2. Les adquisicions oneroses dels cònjuges i les titularitats sobre els béns en el règim de separació de béns**
 - 2.1. El caràcter propi de tots els béns en el règim de separació de béns
 - 2.2. La titularitat dels béns en les adquisicions oneroses dels cònjuges
 - 2.3. Titularitats dubtoses i separació de béns
 - 2.4. La comunitat ordinària indivisa sobre els béns dels cònjuges i la seva divisió
- 3. L'aplicació judicial del Codi civil de Catalunya sobre adquisicions oneroses i titularitats dels cònjuges en el règim de separació de béns**
 - 3.1. El dret aplicable al fons de la qüestió
 - 3.2. Les adquisicions oneroses i les titularitats sobre béns immobles
 - 3.3. L'adquisició de llicències de taxi i de farmàcia
 - 3.4. Els béns mobles de valor ordinari destinats a l'ús familiar
 - 3.5. La titularitat dels comptes corrents dels cònjuges
 - 3.6. Els actius financers i els títols valors
 - 3.7. Les adquisicions no oneroses

* El treball s'emmarca en el projecte de recerca «Nuevos desarrollos en la autodeterminación personal y familiar: del estatus a la autorregulación» (PID2021-123985NB-I00), finançat pel Ministerio de Ciencia, e Innovación, i en les activitats del Grup de Recerca Consolidat 2021 SGR 00946, finançat pel Departament de Recerca i Universitats de la Generalitat de Catalunya.

- 3.8. La modificació de la titularitat sobre els béns per acord dels cònjuges i per decisió judicial
 - 3.9. El fonament de la normativa explicada pels tribunals
 - 3.10. La presumpció de donació entre els cònjuges com a renúncia a reclamacions futures
 - 3.11. Prescripció i usucapió
 - 3.12. Computació i imputació de les donacions o atribucions dels cònjuges en la compensació econòmica per raó de treball
- 4. El procediment per a la divisió dels béns en comunitat ordinària indivisa**
- 4.1. Comunitat de béns dels cònjuges i règim econòmic matrimonial
 - 4.2. El procediment per a liquidar els règims econòmics i el règim de separació de béns
 - 4.3. L'aplicació judicial de la norma processal del Codi civil de Catalunya
- 5. Adquisicions oneroses i titularitats dels convivents en parella estable**
- 5.1. Els efectes patrimonials de la convivència en parella estable
 - 5.2. L'aplicació judicial del Codi civil de Catalunya i els pactes dels convivents sobre les adquisicions oneroses
- 6. Conclusions**
- Bibliografia citada**

1. Separació de béns, codificació civil catalana i aplicació judicial

La Llei 25/2010, del 29 de juliol, del llibre segon del Codi civil de Catalunya (CCCat), relatiu a la persona i la família, va introduir destacades novetats en la regulació del règim de separació de béns. L'aplicació judicial del Codi de Família (CF), aprovat per la Llei 9/1998, del 15 de juliol, durant més d'una dècada, havia evidenciat els canvis que calia fer al règim econòmic legal supletori a Catalunya. El procés de codificació del dret civil català endegat constituïa una bona ocasió per a implementar aquests canvis, i revisar la normativa vigent, a la vista de la jurisprudència recaiguda.¹

Les novetats es van residenciar majoritàriament, i de manera molt remarcable, en matèria de compensació econòmica per raó de treball.² Tanmateix, les altres disposicions relatives al règim de separació van ser objecte d'una redacció més precisa i completa, i també d'alguna innovació. Per bé que el text dels articles 232-1 i 232-2 CCCat reproduceix

1 Per al coneixement d'aquesta aplicació jurisprudencial del dret precedent al CCCat és d'interès el treball d'abast general de GARCÍA GONZÁLEZ, José Antonio, *Jurisprudencia sobre derecho de familia y de la persona en Cataluña. Aspectos civiles y procesales*, Barcelona, Bosch, 2008; i també ID., *Legislació catalana sobre dret de família. Normativa concordada del Llibre segon del Codi civil de Catalunya amb jurisprudència i formularis*, València, Tirant lo Blanch, 2011. Són de referència les notes de jurisprudència de les diferents edicions del llibre d'EGEA FERNÁNDEZ, Joan; FERRER RIBA, Josep (Ed.); FARNÓS AMORÓS, Esther (Co.), *Codi civil de Catalunya i legislació complementària*, 17a ed., Barcelona, Atelier, 2021.

2 Així resulta del Preàmbul de la Llei 25/2010, en el qual s'afirma que «El capítol II, relatiu als règims econòmics matrimonials, manté el règim de separació de béns com a legal supletori i en conserva, amb algunes modificacions remarcables, els trets definitoris», tot exposant extensament els canvis en matèria de compensació econòmica per raó de treball.

fil per randa el dels articles 37 i 39 del CF, respectivament, sense cap canvi, ni tan sols d'estil o de redacció, l'article 232-3 CCCat, en matèria d'adquisicions oneroses, sí que va reformular tècnicament el contingut de l'article 39 CF, en el primer apartat, sense, però, modificar-ne la regla de fons. A més, en el segon apartat es va introduir una modulació de la regla del primer apartat, basada en el principi de la titularitat formal, per a determinats tipus de béns, els designats com a béns mobles de valor ordinari destinats a l'ús familiar, que ja es podia considerar assumida i vigent a la pràctica, d'acord amb la jurisprudència dels tribunals.³ Al seu torn, l'article 232-4 CCCat va introduir canvis d'estil i de redacció en l'article 40 CF sobre titularitats dubtoses. Pel que fa a la divisió dels béns en comunitat ordinària indivisa, la reformulació de la regla de l'article 43 CF, en el nou article 232-12 CCCat, també semblava una qüestió només d'estil, però calia tenir en compte l'expressa formulació d'una disposició de caràcter processal, a la disposició addicional tercera, apartat 2 *in fine*, de la Llei 25/2010, així com també la nova remissió de l'apartat 6è a l'article 552-11 al precepte, en matèria de divisió de la situació de comunitat, del Llibre cinquè del CCCat.

Els canvis en el règim de separació de béns del CCCat, en relació amb el CF, continuaven la línia de les reformes ja fetes amb anterioritat per la Llei 8/1993, de 30 setembre, de modificació de la Compilació en matèria de relacions patrimonials entre cònjuges, en els articles 20, 21 i 23,⁴ la qual, al seu torn, operava sobre els canvis produïts a la Compilació per la modificació del 1984,⁵ primer amb la Llei 13/1984, de 20 de març, i després pel Decret legislatiu 1/1984, de 19 de juliol.⁶ Totes aquestes

3 Així en la STSJ 28.11.2002 (RJ 10924).

4 Cfr. MIRAMBELL ABANCÓ, Antoni, «Comentari als articles 20 a 22», a: CASANOVAS MUSSONS, Anna; EGEA FERNÁNDEZ, Joan; GETE-ALONSO CALERA, M^a del Carmen; MIRAMBELL ABANCÓ, Antoni (Coords.), *Comentari a la modificació de la Compilació en matèria de relacions patrimonials entre cònjuges*, Barcelona, Generalitat de Catalunya, 1995, p. 181-196, p. 189.

5 Cfr. MIRAMBELL I ABANCÓ, Antoni, «Comentari als articles 49, 50 i 51», a AAVV, *Comentaris a les reformes del Dret civil de Catalunya. Vol. I*, Bosch, Barcelona, 1987, p. 438-476.

6 Per a unes reflexions prèvies a aquesta reforma, sobre la qüestió de les titularitats dels cònjuges, PUIG SALELLAS, Josep M., «La reforma de la Compilació en matèria de relacions econòmiques patrimonials entre cònjuges», a: *Materials de les II Jornades de Dret català a Tossa, celebrades els dies 29 i 30 de setembre i 1 i 2 d'octubre de 1982*, original mecanografiat sense data, p. 255-363, p. 332. Pel que fa a una exposició sobre la regulació compilada

regulacions successives han tingut un gran impacte a la pràctica, i han aprofundit en l'afaiçonament actual del règim de separació de béns en el dret català, superant els debats sobre l'oportunitat de la seva vigència com a règim legal supletori a Catalunya, i establint-ne uns trets definidors fonamentats en els principis de llibertat, igualtat i equitat.⁷

Pel que fa a la realitat de l'aplicació pràctica d'aquest règim de separació de béns català, cal tenir molt en compte, a diferència del que succeeix en la majoria d'ordenaments propers, en els quals és un règim voluntari o paccionat, que presenta la singularitat de ser el règim legal supletori dels matrimonis als que és aplicable el dret civil de Catalunya, d'acord amb l'article 231-10.2 CCCat. Això fa que aquest règim econòmic presenti unes característiques pròpies a considerar especialment en tota regulació i anàlisi de l'aplicació pràctica que se'n pugui fer.

D'una banda, això es manifesta en què l'aplicació d'aquest règim de separació de béns al matrimoni no resulta d'una deliberada voluntat dels cònjuges d'evitar la comunicació patrimonial entre ells durant la convivència, com sí que succeeix quan el règim de separació és convencional, i ha estat pactat en capítols per evitar l'aplicació d'un règim de comunitat o de participació en els guanys.⁸ Per contra, i en relació amb l'anterior, l'experiència demostra que en una gran part de

del 1960, VIRGILI SORRIBES, FRANCISCO, «El régimen legal de separación de bienes en la Compilación del Derecho civil especial de Cataluña», *Anuario de Derecho Civil*, tom 15/1, 1965, p. 3-68; i PUIG FERRIOL, LLUÍS; ROCA TRIAS, ENCARNA, *Fundamentos del Derecho civil de Cataluña. Tomo II. Derecho familiar catalán*, Bosch, Barcelona, 1979, p. 74.

7 Són encara de molt interès les valoracions sobre el règim de separació de béns català en relació amb les reformes dels règims econòmics a Europa, en un context molt diferent de l'actual, de ROCA SASTRE, RAMON M., *Estudios de Derecho civil especial de Cataluña*, Bosch, Barcelona, 1983, p. 102 i 391, qui es refereix a «el sistema de separación de bienes». Com a contrapunt, ja vigent el CCCat, de manera crítica, ROCA TRIAS, ENCARNA, «Els canvis en el règim de béns: de la separació a la comunitat diferida», a: FLORENSA I TOMÀS, CARLES ENRIC (Dir.); FONTANELLES MORELL, JOSEP M. (Coord.), *La codificación del Derecho civil de Cataluña. Estudios con ocasión del cincuentenario de la Compilación*, Madrid – Barcelona, Marcial Pons, 2011, p. 91-102.

8 Pel que fa a les diferències substancials entre el règim de separació de béns i el de participació en els guanys, quant als efectes participatius a què pot donar lloc la compensació econòmica per raó de treball, AGUILERA RULL, ARIADNA, «Gènere i dret de família: una lectura de la compensació econòmica per raó de treball a partir del Llibre segon del Codi civil de Catalunya», *Revista Catalana de Dret Privat*, vol. 15-1, 2015, p. 113-130, p. 121. De manera similar, FARNÓS AMORÓS, ESTHER, «Separació de béns i compensació econòmica per la dedicació abnegada a la família i a l'empresa del marit: la

matrimonis s'adopten pràctiques que clarament porten a la comunicació patrimonial entre els cònjuges, d'acord amb la conducta observada durant la convivència, però sempre partint de la llibertat i la igualtat per a configurar les relacions patrimonials entre ells. Aquesta realitat pràctica del règim de separació com a legal supletori explica la necessitat de preveure una norma que expressament fixi regles sobre les titularitats derivades de les adquisicions oneroses dels cònjuges, diferent d'una mera regla de presumpció de copropietat en cas de titularitats dubtoses, que es pot trobar en la majoria d'ordenaments, i l'afirmació del caràcter propi o no matrimonial de tots els béns dels cònjuges. A més, també exigeix una regulació molt detallada de la compensació econòmica per raó de treball, que implementa criteris d'equitat, i una previsió sobre la manera de posar fi a les situacions de comunitat en ocasió del procés matrimonial. En darrer terme, cal advertir de la relació existent entre la liquidació del règim econòmic, i els efectes que en resulten, i la resta de les mesures patrimonials derivades de la crisi conjugal.

D'una altra banda, cal considerar també, de nou de manera singular per al dret català, que malgrat ser el règim de separació de béns el legal supletori, el legislador català no compta amb totes les competències normatives per concordar o harmonitzar la resta de l'ordenament jurídic amb aquest règim econòmic matrimonial majoritari dels ciutadans de Catalunya. Especialment això hauria de succeir així en matèria de dret tributari o de dret processal. Sí que en els darrers temps hi ha hagut modificacions importants en aquest sentit, per part del legislador estatal, en resposta a les exigències de la realitat catalana, junt amb intents per part del legislador català en exercici de les migrades competències que pugui tenir. Tanmateix, aquesta realitat encara presenta importants deficiències, i la consideració del règim de separació de béns català com el legal supletori en el conjunt de l'ordenament jurídic no s'esdevé de manera completa com caldria.⁹

sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya de 14 de febrer de 2013», *Revista Catalana de Dret Privat*, vol. 14, 2014, p. 161-178, p. 167, afirma que «aquesta funció participativa no és pura», atès que «a més del requisit de la desigualtat patrimonial, cal que el cònjuge creditor hagi contribuït que l'altre assoleixi majors guanys».

9 Dos exemples de l'actuació per part del legislador estatal serien l'article 33.3.d de la *Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residente y sobre el Patrimonio*, pel que fa a la consideració en l'IRPF de l'extinció del règim de separació de

L'anàlisi de l'aplicació judicial del CCCat en la dècada llarga de vigència del Llibre segon permet posar de relleu els encerts i mancances de la nova regulació, pel que fa al règim de separació, específicament en matèria de les titularitats dels béns dels cònjuges, vinculades a les anomenades adquisicions oneroses. Aquesta és una qüestió que s'insereix en el marc del conjunt de l'economia familiar o del règim patrimonial del matrimoni, que inclou l'anomenat règim primari, així com els efectes de la nul·litat del matrimoni, del divorci i de la separació legal. Tota decisió en matèria de relacions patrimonials entre els cònjuges està interrelacionada amb les altres, i no es pot considerar aïlladament.¹⁰

La pràctica judicial més recent evidencia que les controvèrsies sobre la composició del patrimoni dels cònjuges, ço és, la titularitat sobre els béns adquirits a títol oneros, es manifesta amb intensitat en ocasió de la crisi conjugal, si els cònjuges no han assolit un acord que eviti una separació o un divorci contenciosos. Si aquest acord s'ha assolit, aleshores també comprèn majoritàriament la resolució dels conflictes que hi pogués haver sobre la titularitat dels béns, que en un altre cas s'exacerben.

Les anteriors consideracions es poden estendre també al règim patrimonial de la convivència en parella estable. La Llei 25/2010 va introduir-ne una nova regulació al Llibre segon del CCCat, en relació amb la precedent de la Llei 10/1998, de 15 de juliol, d'unions estables de parella (LUEP), sobre la qual també s'ha pronunciat amb intensitat la jurisprudència pel que fa a les titularitats dels convivents derivades de les adquisicions oneroses de béns durant la vida en comú.

Són al voltant de dues-cents cinquanta les resolucions judicials en què es pot identificar el tractament de la qüestió de les adquisicions oneroses i la titularitat dels béns dels cònjuges en el règim de separació

béns, o l'article 437.4a de la *Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil* (LEC), pel que fa a l'acumulació objectiva d'accions en els judicis verbals quant la divisió de la cosa comuna en els plets matrimonials. En sentit contrari, es pot esmentar l'article 194 del *Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal*, quant als drets d'adquisició del cònjuge del concursat en el règim de *gananciales*.

10 LAMARCA I MARQUÈS, Albert, «Comentari als arts. 232-1 a 232-4», a: EGEA I FERNÁNDEZ, Joan; FERRER I RIBA, Josep (Dirs.); FARNÓS AMORÓS, Esther (Coord.), *Comentari al llibre segon del Codi civil de Catalunya. Família i relacions convivencials d'ajuda mútua*, Barcelona, Atelier, 2014, p. 208-226, p. 209.

de béns i dels convivents en parella estable, referides a la normativa del Llibre segon del Codi civil de Catalunya, fins al 31 de desembre de l'any 2022.¹¹ La multiplicitat de supòsits que la pràctica manifesta constitueix una bona base per analitzar la normativa vigent, l'encert de les reformes de l'any 2010, i aquells preceptes que necessitarien d'una reconsideració per part del legislador, per no haver-se assolit tots els objectius proposats o per haver quedat aquests desbordats per la pràctica. En aquesta aplicació judicial del CCCat ha tingut un rol cabdal el Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, com a autèntic tribunal de cassació en dret català.

2. Les adquisicions oneroses dels cònjuges i les titularitats sobre els béns en el règim de separació de béns

2.1. El caràcter propi de tots els béns en el règim de separació de béns

L'article 232-2 CCCat reconeix el caràcter «propi» de tots els béns dels cònjuges en el règim de separació de béns. El text d'aquest precepte és idèntic al de l'article 38 CF, amb la diferència de la rúbrica, que en aquest darrer era la de «Béns privatius», mentre que al CCCat la rúbrica de l'article 232-2 CCCat és la de «Béns propis». Com és ben conegut, amb aquest precepte es vol significar que el règim de separació de béns no genera una massa de béns diferenciada dels altres béns propietat dels cònjuges, adquirits conjuntament per raó del règim econòmic, i que tindria l'origen en el seu caràcter de guanys o de béns adquirits a títol onerosos durant la convivència. Aquesta inexistència d'una tipologia de béns sotmesos a un règim jurídic diferenciat, que es nega a

11 La jurisprudència citada és la referida a les sentències del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, Sala Civil i Penal (STSJC), i de les Audiències Provincials de Barcelona (SAPB), Girona (SAPG), Lleida (SAPL) i Tarragona (SAPT), de les quals se n'indica la Secció (Secc.), la data, i també la referència o marginal de la base de dades d'Aranzadi. Atesa la singularitat de la via processal per a fer valer aquestes pretensions, com es veurà, en el cas de l'AP de Barcelona es recullen sentències de fins a 10 seccions, totes les de l'ordre jurisdiccional civil menys una, amb una evident dispersió de criteris de cara als operadors jurídics. Nogensmenys es fa referència a la jurisprudència del TSJC anterior a l'entrada en vigor del Llibre segon del CCCat.

l'article 232-1 CCCat, també es vol significar amb la idea que l'origen concret dels béns no comporta cap distinció pel que fa al règim jurídic. És a dir, de si han estat adquirits aquests abans o després del matrimoni, o a títol gratuït o oneros, circumstàncies que determinen la naturalesa dels béns en els règims de comunitat, tal com resulta dels articles 232-31 i 232-2 CCCat per a aquest règim.¹² D'aquí també el canvi de la qualificació de privatius a propis del CF al CCCat, terminologia que reforça encara més la idea que no es poden fer distincions pel que fa als béns dels cònjuges en el matrimoni.¹³

Ara bé, que tots els béns siguin «propis» dels cònjuges, i que no es pugui establir una distinció entre ells en funció de quan o com s'han adquirit, no comporta que la titularitat dels mateixos sigui una qüestió exempta de controvèrsia en el règim de separació. En els règims de comunitat són les seves regles les que determinen les titularitats dels cònjuges, per raó de l'element temporal en l'adquisició i del caràcter oneros o gratuït, que converteix els béns en comuns o en privatius. Això no succeeix en el règim de separació i, per tant, els béns seran propis dels cònjuges si efectivament són dels cònjuges. Aquesta afirmació, que pot semblar tautològica, enclou una dificultat cabdal a la pràctica que el règim de separació ha d'afrontar i resoldre satisfactòriament. D'una banda, perquè no existeixen regles del règim quant a l'atribució de titularitats en cas d'adquisició de béns pels cònjuges derivades del caràcter d'aquesta. I, d'una altra, perquè regeixen les regles generals d'adquisició de la propietat del dret patrimonial, amb les seves presumpcions (article 522-1 CCCat), les quals si han de presentar algun tipus de distinció

12 Cfr. MARSAL GUILLAMET, «Comentari als articles 232-30 a 232-38», a: ROCA TRIAS, Encarnación; ORTUÑO MUÑOZ, Pascual, *Persona y Familia. Libro segundo del Código civil de Cataluña*, Madrid, Sepín, 2011, p. 778-803; i GINEBRA MOLINS, M. Esperança, «Comentari als articles 232-30 a 232-38», a: EGEA I FERNÁNDEZ, Joan; FERRER I RIBA, Josep (Dir.); FARNÓS AMORÓS, Esther (Coord.), *Comentari al llibre segon del Codi civil de Catalunya. Família i relacions convivencials d'ajuda mútua*, Barcelona, Atelier, 2014, p. 357-389, p. 362.

13 Una exposició general sobre els efectes del règim de separació de béns és habitual en la jurisprudència sobre adquisicions oneroses i titularitats dels cònjuges, així en la SAPB, Secc. 19, 12.12.2022 (JUR 2023/41436), o en la SAPB, Secc. 12, 4.2.2022 (JUR 140681).

per raó del matrimoni dels adquirents s'han d'establir expressament.¹⁴ I això precisament és el que fa el CCCat a l'article 232-3.¹⁵

2.2. La titularitat dels béns en les adquisicions oneroses dels cònjuges

2.2.1. Els béns dels que consta la titularitat

L'article 232-3.1 CCCat, al primer incís, estableix un regla òbvia en matèria de titularitat dels béns dels cònjuges, que resulta del dret privat general: les coses esdevenen propietat de qui les adquireix. Tanmateix, que les coses siguin del propietari no vol dir que no puguin existir pretensions entre els cònjuges derivades pròpiament d'aquesta adquisició. D'una banda, i d'acord amb l'article 232-2, el CCCat referma la idea que per raó del matrimoni les regles d'adquisició dels béns no queden alterades en el règim de separació, és a dir, que els béns que adquireix un cònjuge són d'ell per raó d'haver-los adquirit, i no per raó del matrimoni i del règim econòmic vigent. El precepte

14 La qüestió també és rellevant i ha estat tractada amb detall per al règim de separació de béns del CCesp, cfr. REBOLLEDO VARELA, Ángel Luis, *Separación de bienes en el matrimonio*, Madrid, Montecorvo, 1983, p. 85; GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente, «La regla de indivisión en régimen de separación de bienes (Art. 1.441 C.C.) y su alteración convencional», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 465, 1984, p. 309-382; ÁLVAREZ OLALLA, M.^a Pilar, *Responsabilidad patrimonial en el régimen de separación de bienes*, Pamplona, Aranzadi, 1996, p. 265; DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina, «La libertad de pacto en el régimen de separación de bienes», a: RAMS ALBESA, Joaquín J.; DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina; SERRANO GÓMEZ, Eduardo; ANGUITA VILLANUEVA, Luis A., *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de familia*, Madrid, Dykinson, 2010, p. 117-272, p. 194; ASUA GONZÁLEZ, Clara, «El régimen de separación de bienes», a: YZQUIERDO TOLSADA, Mariano; CUENA CASAS, Matilde (Dir.), *Tratado de Derecho de Familia*, 2a ed., Vol. IV, Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2017, p. 43-127, p. 52; ESTELLÉS PERALTA, Pilar María, *El régimen de separación de bienes y su liquidación. Problemáticas y soluciones en la praxis de los tribunales*, València, Tirant lo Blanch, 2022, p. 51.

15 Per a ARNAU RAVENTÓS, Lúdia, «Adquisicions oneroses i titularitats dubtoses en el règim de separació. Els articles 232-3 i 4 del Codi Civil de Catalunya», *InDret* núm. 4, 2011, p. 1-25, p. 4, tant l'article 232-3 com el 232-4 CCCat «estarien al servei de l'art. 232-2 CCCat, relatiu a la composició del patrimoni propi de cadascun dels cònjuges; en concret, ajuden a concretar-ne l'abast en cas de béns adquirits després de la celebració del matrimoni».

exigeix, però, que consti la titularitat de l'adquirent, el que impedeix qüestionar-ne l'adquisició.¹⁶

Per tant, en el règim de separació no hi ha una adquisició dels béns per raó de la vigència d'un règim econòmic entre els esposos, i les titularitats que aquests tenen resulten exclusivament de les adquisicions que han fet. El precepte precisa que cal que consti la titularitat del cònjuge i que l'adquisició hagi estat a títol oneros. La regla és important, atès que en els règims de comunitat succeeix el contrari i els guanys dels cònjuges —les adquisicions oneroses— es fan comunes i donen lloc a una comunitat matrimonial sobre els mateixos per part de tots dos cònjuges. A més, i per raó de la vigència del principi de subrogació real, totes les adquisicions oneroses que es facin a càrrec d'aquests béns comuns, també tindran aquest mateix caràcter, com a béns de guanys. En el règim de separació tot això no succeeix, i es respecta el principi de titularitat formal o, senzillament, la titularitat que en el tràfic jurídic ostenta un cònjuge sobre un determinat bé derivada de l'adquisició. Ni els guanys es fan comuns per efecte del règim, ni els béns adquirits a càrrec dels béns dels cònjuges mantenen en tot cas aquest caràcter, si en consta la titularitat formal també de l'altre.

L'anterior és una regla cabdal del règim de separació de béns català: no hi ha adquisició de béns derivada del règim econòmic, i la titularitat formalment adquirida no queda alterada per raó d'aquest. De fet, si l'anterior és cert, també es podria invertir aquesta valoració en negatiu, en

16 Sobre el precepte en l'àmbit del CCCat, ARNAU RAVENTÓS, «Adquisicions oneroses i titularitats dubtoses en el règim de separació...», p. 4; ID, «El régimen de separación de bienes», a: YZQUIERDO TOLSADA, Mariano / CUENA CASAS, Matilde (Dirs.), *Tratado de Derecho de Familia*, 2a ed. Vol. VII, Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2017, 268-296; BAYO DELGADO, Joaquim, «Comentari als articles 232-1 a 232-12», a: ROCA TRIAS, Encarnación; ORTUÑO MUÑOZ, Pascual, *Persona y Familia. Libro segundo del Código civil de Cataluña*, Madrid, Sepín, 2011, p. 683-719; LAMARCA I MARQUÈS, «Comentari als arts. 232-1 a 232-4...», p. 217; PUIG I FERRIOL, Lluís; ROCA I TRIAS, Encarna, *Instituciones del Dret civil de Catalunya. Dret de família II-2*, València, 2014, p. 162; RUBIO GIMENO, Gemma, «Liberalitat i onerositat en les relacions entre cònjuges i convivents i acció de reintegrament del preu en adquisicions oneroses (a propòsit de les sentències del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya 3/2020, de 30 de gener, i 5/2020, de 6 de febrer)», *Revista Catalana de Dret Privat*, vol. 24, 2021, p. 75-96, p. 87; DEL POZO CARRASCOSA, Pedro; VAQUER ALOY, Antoni; BOSCH CAPDEVILA, Esteve, *Derecho civil de Cataluña. Derecho de familia*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, 2022, p. 245. Cal esmentar singularment la tesi doctoral de MORALES MARTÍNEZ, Sergi, *Adquisiciones, negocios fiduciarios y mejoras en relaciones familiares regidas por separación de bienes*, Barcelona, Universitat Pompeu Fabra, 2017, accessible al repositori [www.tdx.cat](http://hdl.handle.net/10803/404754), a <http://hdl.handle.net/10803/404754>.

el sentit que el règim econòmic no altera ni modifica el sistema ordinari d'adquisició dels béns, per formular-la en positiu, de manera que el règim econòmic matrimonial català de separació pressuposa la vigència i aplicació als cònjuges del sistema general d'adquisició de béns en el dret patrimonial. Ara bé, cal tenir en compte que aquesta regla parteix de l'existència d'una titularitat adquirida sobre els béns que es pot demostrar o acreditar, una qüestió no sempre senzilla a la pràctica, en funció dels tipus de béns.

L'adquisició i titularitat d'un bé en el tràfic jurídic hauria de ser una qüestió merament formal: l'adquirent ha de constar com a tal en el títol adquisitiu. Tanmateix, que un cònjuge sigui l'adquirent no exclou que el preu satisfet per a l'adquisició provingui de l'altre cònjuge o d'un tercer, i que per raó d'aquesta alienat en puguin derivar pretensions d'un altre tipus. El que el CCCat ve a deixar clar és que la titularitat resulta del títol, sempre que aquesta consti, és clar, a desgrat de la titularitat de l'origen de la contraprestació pagada.

Pel que fa a aquesta segona qüestió, el CCCat estableix una doble presumpció que ha donat lloc a una rica jurisprudència. D'una banda, es presumeix que la contraprestació satisfeta per un cònjuge per a l'adquisició del bé és del propi cònjuge adquirent. Aquesta presumpció no resulta del text de l'article 232-3.1 CCCat amb la mateixa claredat amb què estava formulada a l'article 39 CF, el qual preveia que «la contraprestació s'entén pagada amb diners de l'adquirent», però igualment regeix, ja que segons el precepte cal provar que la contraprestació es va pagar amb béns o diners de l'altre cònjuge.¹⁷ És a dir, si això no es prova, es presumeix que la contraprestació era de l'adquirent. Enfront aquesta primera presumpció, d'una altra banda, n'existeix una de segona, de manera que si s'aconsegueix provar que els diners o béns de la contraprestació eren de l'altre cònjuge, i la primera presumpció es destrueix, aleshores se'n presumeix la donació a l'adquirent.

Es pot discutir molt sobre la naturalesa d'aquesta regla, i així es reflecteix en la jurisprudència. Jurídicament és clar que els actes gratuïts com una donació no es presumeixen, i d'aquí la importància d'establir-ho expressament

17 Cfr. ARNAU RAVENTÓS, «Adquisicions oneroses i titularitats dubtoses en el règim de separació...», p. 5; BAYO DELGADO, «Comentari als articles 232-1 a 232-12...», p. 687.

la llei, mentre que sí que es presumeix que qui adquireix un bé ho fa amb béns o diners propis si no es prova el contrari.¹⁸

Amb tot, i com es veurà en l'anàlisi de la jurisprudència recaiguda sobre el CCCat, la formulació de la regla té una gran importància. D'una banda per la regulació originària de la qüestió en la CDCC del 1960, en què les donacions fetes entre els cònjuges eren nul·les (article 20), i pel que fa als béns adquirits per la dona constant matrimoni, si no podia justificar la procedència del preu per a l'adquisició es presumia que li havia estat donat pel marit (article 23), com a concreció de la clàssica qüestió de la presumpció muciana.¹⁹ D'una altra, per la vigència del principi de subrogació real en els règims de comunitat, assenyaladament el de *gananciales* del Codi civil espanyol (CCesp), i la influència del model que pot tenir a la pràctica judicial catalana. En darrer terme, perquè són habituals les transferències de fons entre els cònjuges per a l'adquisició de béns en el matrimoni, sobre les quals cal establir regles pròpies per al règim de separació de béns.

El dret català ha arribat a la formulació actual de l'article 232-3.1 CCCat com a conseqüència d'una llarga evolució²⁰ en la que ha tingut un paper cabdal la jurisprudència del TSJC, que en unes primeres sentències va arribar a considerar que els cònjuges es feien préstecs entre ells per a l'adquisició dels béns que compartien, atès el règim de separació.²¹ En aquestes

18 En ocasions s'ha adduït l'existència de la presumpció de l'article 231-11 CCCat sobre llibertat de contractació entre cònjuges. A reserva de la qüestió sobre quina ha de ser la regla de defecte pel que fa a negocis entre cònjuges, ço és, entre persones que han creat una comunitat de vida, que podria ser la gratuïtat, la presumpció del caràcter gratuït del negoci celebrat de l'article 231-11 CCCat cal entendre-la com una regla en favor dels tercers enfront els cònjuges, i no entre ells. De fet, l'article 231-12 CCCat estableix regles especials en cas de declaració de concurs d'un dels cònjuges, el que evidencia clarament el sentit d'aquestes presumpcions en cas d'insolència dels cònjuges. Sobre la qüestió, ARNAU RAVENTÓS, Lúdia, «Adquisicions oneroses i titularitats dubtoses en el règim de separació...», p. 10; GÓMEZ POMAR, Fernando, «Comentari als articles 231-11 a 231-14», a: EGEA I FERNÁNDEZ, Joan; FERRER I RIBA, Josep (Dirs.); FARNÓS AMORÓS, Esther (Coord.), *Comentari al llibre segon del Codi civil de Catalunya. Família i relacions convivencials d'ajuda mútua*, Barcelona, Atelier, 2014, p. 104-121, p. 106.

19 Cfr. STSJC 5.3.1998 (RJ 10049).

20 Cfr. MORALES MARTÍNEZ, «Adquisiciones, negocios fiduciarios y mejoras en relaciones familiares regidas por separación de bienes...», p. 92.

21 D'acord amb el dret aleshores vigent, que era l'anterior a la CDCC 1984, en la STSJC 31.1.1994 (RJ 4587) s'afirmà, en relació amb l'adquisició d'un immoble pels dos cònjuges conjuntament: «El marido adelantó, anticipó, puso dinero de su peculio para su esposa. Desde que lo hizo adquirió un crédito contra ella. Lo reclamó ahora y se condena a la

sentències es formulà jurisprudencialment de manera programàtica la vigència del principi de titularitat formal front el de subrogació real, i la no presumpció de la donació, el que emmenava a considerar l'existència d'un préstec entre els cònjuges en cas d'adquisició d'un bé amb diners de l'altre.²² El legislador va reaccionar a aquesta possible comprensió del règim de separació de béns amb la Llei 8/1993, del 30 de setembre, de modificació de la Compilació en matèria de relacions patrimonials entre cònjuges, que constitueix el fonament del dret actualment vigent.

2.2.2. Els béns mobles de valor ordinari destinats a l'ús familiar

La regla de l'apartat primer de l'article 232-3 CCCat pressuposa l'existència de la constància de la titularitat sobre el bé en favor d'un o de tots dos cònjuges. Tanmateix, l'apartat segon del precepte disposa que quan es tracta de «béns mobles de valor ordinari destinats a l'ús familiar», aleshores aquesta titularitat formal no preval sobre la presumpció legal que estableix de copropietat dels cònjuges per meitats indivises d'aquests béns. Amb això es disposa una tercera presumpció en relació amb la

deudora a su pago. Si no se le concedió antes su importe fue porque no lo pidió. Por lo tanto, no hay aprovechamiento torticero, por lo que la denuncia efectuada carece de consistencia alguna.»

- 22 Gràficament en la STSJC 10.5.1993 (RJ 6323): «Dicho claramente, ni antes, ni ahora, sería de aplicación el principio de la subrogación real, contemplado en el adecuado sentido de presumir que el que pone el dinero (el titular del mismo, no necesariamente el que paga) es el que adquiere, o mejor dicho, se presume que adquiere», amb la màxima que «prima, pues, el principio de adquisición formal respecto del de subrogación real»; també STSJC 19.10.1993 (RJ 10181) i 31.1.1994 (RJ 4587). De manera encara més clara, i amb detall, en la STSJC 5.3.1998 (RJ 10049): «[en] el règim de separació de béns propi del Dret Civil de Catalunya no funciona el principi de la subrogació real respecte al patrimoni del cònjuge que no consta com a titular del bé adquirit, però que pot ésser titular o cotitular de la contraprestació. Aquesta exclusió de la subrogació real opera com una constant en el règim de separació de béns dels cònjuges catalans (...) si existeix títol que justifica l'adquisició del bé, es presumeix adquirit amb diner privatiu de l'adquirent, la qual cosa equival a dir que si es destrueix aquesta presumpció de privacitat de la contraprestació i s'acredita que el diner procedeix del patrimoni privatiu de l'altre consort, no juga el principi de subrogació real respecte al patrimoni del cònjuge no adquirent i titular de la contraprestació, sinó que preval la titularitat formal recolzada en un títol d'adquisició per sobre de la titularitat de la contraprestació.» També en la STSJC 27.6.2002 (RJ 10438), i més posteriorment en la STSJC 7.6.2010 (RJ 3750). Pel que fa a aquesta jurisprudència, cal assenyalar la importància del precedent de la STS 24.4.1991 (RJ 3027).

titularitat dels béns dels cònjuges en el règim de separació de béns. Quan es tracta de béns mobles de valor ordinari destinats a l'ús familiar, la llei presumeix que són copropietat dels cònjuges per meitats. En aquests casos la titularitat formal d'un cònjuge no preval sobre la presumpció legal de copropietat, de manera que per a destruir-la caldrà una prova concloent en un altre sentit, que el precepte no concreta.²³

En efecte, la regla de la presumpció de copropietat no hauria de ser una excepció a la general de l'apartat primer del precepte, de manera que l'únic que s'excepciona és la prevalença de la titularitat formal en béns d'aquesta mena, segurament en la mesura en què no es pot considerar equivalent a la titularitat formal existent per als altres tipus de béns, singularment els immobles. Per la resta, caldria entendre que la presumpció d'haver-se pagat la contraprestació amb diners o béns de tots dos cònjuges regeix igual, com també la de donació en un altre cas. Una altra opció, però, passaria per considerar que el precepte estableix una regla privativa per als supòsits en què no regeix el principi de titularitat formal. En la pràctica són moltes les qüestions que ha suscitat aquesta innovació del CCCat, i que no estan plenament resoltes, singularment la possibilitat de provar una titularitat individual exclusiva d'un cònjuge en contra del criteri legal establert. La importància de la innovació es va proclamar expressament al Preàmbul de la Llei 25/2010, i la doctrina l'ha volgut referir expressament al vehicles per a ús familiar, a banda d'altres béns de consum, el que ha donat lloc a una nodrida jurisprudència sobre la qüestió.²⁴

23 Cfr. LAMARCA I MARQUÈS, «Comentari als arts. 232-1 a 232-4...», p. 222.

24 En concret, el Preàmbul de la Llei 25/2010 afirma: «Es manté el principi que els béns adquirits a títol oneros durant el matrimoni pertanyen al cònjuge que consti com a titular, tradicionalment reforçat amb la presumpció de donació de la contraprestació si s'aconsegueix provar que aquesta prové del patrimoni de l'altre. Com a novetat, però, s'exclouen d'aquest règim els béns mobles destinats a l'ús familiar, com ara els vehicles, el mobiliari, els aparells domèstics o els altres béns que integren el parament de la casa. En aquest tipus de béns, la mera acreditació de la titularitat formal, per exemple per mitjà de rebuts de compra, és sovint poc significativa i, per això, atesa la destinació familiar dels béns, s'ha considerat preferible partir de la presumpció que pertanyen a ambdós cònjuges per meitats indivises, sens perjudici de la possibilitat de destruir aquesta presumpció per mitjans de prova més concloents.»

2.3. Titularitats dubtoses i separació de béns

A diferència de les regles anteriors, pròpies del règim català de separació de béns com a legal supletori, la gran majoria de règims econòmics matrimonials contenen regles presumptives de copropietat sobre determinats béns dels cònjuges durant el matrimoni. Aquesta regla en dret català és l'anomenada de les titularitats dubtoses de l'article 232-4 CCCat, la qual, per bé que s'estén a tota mena de béns, amb la introducció de la prevista a l'apartat 2 de l'article 232-3 CCCat ha vist reduït significativament el seu àmbit d'aplicació. En dret català, però, no té caràcter de presumpció, ans de tancament del sistema i d'atribució de la titularitat, atès que aquesta no s'ha pogut provar.

En l'actualitat, i d'acord amb l'article 232-3, apartat primer, quan hi ha una titularitat formal no existeix dubte sobre la titularitat del bé. Quan es tracta de béns mobles de valor ordinari destinats a l'ús familiar, els quals serien els béns sobre els quals es pot plantejar més dubtes, la llei estableix, a l'apartat 2, una comunitat indivisa *ex lege*, de manera que el dubte sobre la titularitat dels béns dels cònjuges només quedaria restringida als béns que no tinguin aquesta naturalesa, i sobre els quals no hi hagi una titularitat formal.²⁵ L'àmbit de l'article 232-4 CCCat, a banda de supòsits molt concrets i rellevants com es veurà en matèria de comptes corrents, quedaria tal vegada restringit a preveure que els béns mobles d'ús personal d'un cònjuge que no siguin d'extraordinari valor, el contrari del previst a l'article 232-3.2 CCCat, i els que estan directament destinats a l'exercici de la seva activitat, li pertanyen en exclusiva.

2.4. La comunitat ordinària indivisa sobre els béns dels cònjuges i la seva divisió

El darrer precepte relatiu al règim de separació de béns, a banda de la regulació de la compensació econòmica per raó de treball, és l'article 232-12 CCCat, sobre divisió dels béns en comunitat ordinària indivisa. Aquest precepte assumeix la realitat de la pràctica en què, malgrat ésser tots els

25 Sobre els incentius d'aquesta norma sobre el comportament dels cònjuges, GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos, «Gènere i dret de família: una lectura del règim econòmic del matrimoni a partir del llibre segon del Codi civil de Catalunya», *Revista Catalana de Dret Privat*, vol. 15-1, 2015, p. 113-130, p. 121.

béns «propis» de cada cònjuge, això no impedeix que aquests béns siguin «comuns», en el sentit de formar una comunitat ordinària indivisa, i no una comunitat per raó del règim econòmic matrimonial. Tot i que això sigui així, el legislador no desconeix que aquestes comunitats s'han establert per raó del matrimoni dels cònjuges, i que com a tals s'han de considerar. Per això es permet fer-ne una divisió conjunta i en seu del procés matrimonial, excepcionant la regla de la prohibició d'acumulació objectiva d'accions en els judicis verbals, d'acord amb la previsió de l'article 437.4.4a LEC.

Amb aquesta finalitat es va introduir un precepte concordant en seu de procediment de la divisió de la comunitat en l'article 552-11.6 CCCat, primer amb remissió a l'article 43 CF, i des del 2011 a l'article 232-12 CCCat, i també l'esmentada previsió de la DA 3.6 de la Llei 25/2010.²⁶ Amb tot, com es veurà, cal entendre que les expectatives del legislador potser han estat defraudades a la pràctica, i els tribunals no han implementat completament la reforma d'acord amb la finalitat que cal considerar que es volia aconseguir.²⁷ És a dir, evitar que els cònjuges catalans hagin de seguir un altre procés judicial diferent al de nul·litat, divorci o separació, per a liquidar completament l'economia conjugal, per raó de la vigència del règim de separació de béns, que és el legal supletori de l'ordenament.²⁸

26 Clarament així ho manifestava, tot just aprovada la Llei 25/2010, FARNÓS AMORÓS, Esther, «El règim de separació de béns en el nou llibre II del Codi civil de Catalunya», *Activitat Parlamentària*, 2010, p. 9-14, p. 10: «Mitjançant la introducció d'una disposició addicional tercera sobre "Especialitats processals relatives a pretensions liquidatòries de règim econòmic exercides dins dels processos matrimonials", la Llei del llibre II ha volgut oferir una resposta a les posicions jurisprudencials contraposades a què havia conduït la interpretació de l'apartat 2n de l'art. 43, que remet l'acció de divisió al tràmit d'execució de sentència, amb independència que siguin un o diversos els béns a liquidar. En aquest darrer cas, la disposició estableix ara que caldrà seguir el procediment per a la liquidació del règim econòmic matrimonial regulat en els articles 806 a 811 LEC.»

27 Pel que fa a la divisió de cosa comuna en la jurisprudència recent, sobre el dret català, RADUÀ HOSTENCH, Joan-Maria, «La divisió de la cosa comuna: estudi de deu qüestions controvertides resoltes pel Tribunal Superior de Justícia de Catalunya», *Revista Catalana de Dret Privat*, vol 25, 2022, p. 147-157.

28 De fet, en relació amb l'article 43 CF, ORTUÑO MUÑO, Pascual, «Comentari als articles 41 a 43» a: EGEA I FERNÁNDEZ, Joan; FERRER RIBA, Josep (Dirs.); LAMARCA I MARQUÈS, Albert; RUISÁNCHEZ CAPELÁSTEGUI, Covadonga (Coords.), *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d'Unions estables de parella i a la llei de situacions convivencials d'ajuda mútua*, Tecnos, Madrid, 2000, p. 231-271, p. 263, ja havia advertit que aquest precepte el que «preveu és l'exercici de l'acció de divisió exclusivament, sense que resulti procedent l'acumulació al plet de família de cap altre tipus de controvèrsies de major complexitat

Aquesta previsió sobre la divisió de les comunitats de béns de l'article 232-12 CCCat, cal entendre-la clarament com una previsió sobre liquidació del règim econòmic matrimonial de separació de béns, encara que com a tal en rigor així no es pugui considerar. A la pràctica fa la funció de permetre liquidar les relacions econòmiques entre els cònjuges, com succeeix per als règim de comunitat o de participació en els guanys.²⁹ És coherent que així es pugui fer, d'acord amb la finalitat dels processos matrimonials de posar fi a la vida en comú, i a les relacions econòmiques que se n'han derivat, sense considerar altres temes que puguin afectar els cònjuges.³⁰

en relació amb els béns, tals com l'enjudiciament de la naturalesa privativa o comuna dels mateixos, o la inclusió o exclusió de béns, drets o accions determinats, els temes dels quals caldrà dilucidar al judici declaratiu que correspongui». També sobre la qüestió, NASARRE AZNAR, Sergio, «La divisió dels béns en proindivisió en el règim de separació de béns de Catalunya», *Revista Catalana de Dret Privat* vol. 10, 2009, p. 115-156.

29 Sobre la qüestió, ja abans de l'aprovació del CCCat, GARCÍA GONZÁLEZ, José Antonio, «La liquidación de bienes conyugales en el régimen de separación de bienes de Catalunya», *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 2, 2004, p. 457-487; ROCA TRIAS, Encarna, «La liquidació del règim de separació de béns a Catalunya», *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 3, 2008, p. 651-676.

30 En relació amb aquesta regulació, posant-ne de relleu les limitacions, NASARRE AZNAR, Sergio; GARCIA TERUEL, Rosa M., «División de los bienes en proindiviso», a: LLEDÓ YAGÜE, FRANCISCO; FERRER VANRELL, Pilar; MONJE VALMASEDA, Óscar (Dir.), *Las relaciones patrimoniales entre cónyuges y parejas convivientes en los derechos civiles autonómicos*, Madrid, Dykinson, 2021, p. 193-203; també RIBA TREPAT, Cristina, «Tractament processal en el codi civil de catalunya de la divisió de la cosa comuna en els judicis matrimonials», *Revista Catalana de Dret Privat* vol. 12, 2011-2012, p. 11-55, ESTELLÉS PERALTA, «El régimen de separación de bienes y su liquidación...», p. 40.

3. L'aplicació judicial del Codi civil de Catalunya sobre adquisicions oneroses i titularitats dels cònjuges en el règim de separació de béns

Des de l'entrada en vigor del Llibre segon del Codi civil de Catalunya, l'1 de gener de 2011, han estat nombrosos els procediments en els quals s'ha plantejat la qüestió relativa a la titularitat dels béns adquirits pels cònjuges a títol onerós en el règim de separació de béns, i les pretensions que en poden resultar. La qüestió només es manifesta en la jurisprudència en els procediments contenciosos. Si aquests són de mutu acord aleshores els cònjuges ja hi hauran convingut en el conveni regulador, tot i que excepcionalment es poden plantejar litigis amb posterioritat, i malgrat l'acord.³¹

En aquesta jurisprudència ha tingut molta importància el rol del Tribunal Superior de Justícia com a tribunal de cassació.³² De fet, l'existència d'una jurisprudència consolidada sobre la matèria es percep en les resolucions d'apel·lació, les quals hi fan referència per a resoldre la controvèrsia, i ha permès també al propi TSJC inadmetre recursos amb fonament en aquests preceptes.³³ Amb tot, la diversitat de supòsits que es plantegen a la pràctica fa que aquesta jurisprudència no es pugui aplicar d'una manera mecànica, cosa que tampoc no seria raonable, atesa la importància que hi té la prova fornida per les parts.

31 En el període considerat cal tenir en compte un percentatge al voltant d'un 20% de separacions i divorcis contenciosos, d'acord amb l'estadística de l'Institut d'Estadística de Catalunya (www.idescat.cat) i de l'Institut Nacional de Estadística (www.ine.es).

32 Sobre aquesta jurisprudència, amb anterioritat al CF, PUIG I FERRIOL, Lluís, «Comentari als articles 37 a 40», a: EGEA I FERNÁNDEZ, Joan; FERRER RIBA, Josep (Dir.); LAMARCA I MARQUÈS, Albert; RUISÁNCHEZ CAPELÁSTEGUI, Covadonga (Coords.), *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d'Unions estables de parella i a la llei de situacions convivencials d'ajuda mútua*, Tecnos, Madrid, 2000, p. 213-231, p. 222; amb posterioritat al CF, LAMARCA I MARQUÈS, «Comentari als arts. 232-1 a 232-4...», p. 219.

33 Cfr. ATSCJ 7.12.2020 (RJ 2021/1578), 18.7.2019 (JUR 271392), 11.7.2019 (JUR 258610), 21.2.2019 (RJ 981), 19.4.2018 (RJ 3901), 12.4.2018 (JUR 3899), 1.2.2018 (RJ 2063), 22.1.2018 (JUR 81755), 29.3.2016 (JUR 102207), 23.3.2015 (JUR 142659). L'existència d'aquesta jurisprudència i la competència del TSJC també porta al TS a inadmetre recursos de cassació i extraordinaris per infracció processal presentats davant d'ell, cfr. ATS 14.12.2022 (JUR 389894) i 25.1.2022 (RJ 723).

Les sentències que conformen la nombrosa jurisprudència reflecteixen una multiplicitat de supòsits, referits a tipus de béns i a actuacions dels cònjuges, pel que fa a l'adquisició, que poden ser agrupats en diverses tipologies o constel·lacions de casos.³⁴ L'anàlisi de la jurisprudència posa de relleu que les decisions poden ser de base molt casuística, i que l'activitat probatòria desplegada per les parts durant el procés determina sovint la decisió dels tribunals. Sorprenen en molts processos la intensitat probatòria pel que fa a l'economia conjugal, que es refereix a molts anys de convivència continuada, sovint a qüestions molt difícils d'acreditar.³⁵ Sorprenen també les reclamacions d'escassa quantia i en relació amb fets de molts anys enrere, entre persones que han conviscut i han compartit la vida, molt difícils d'explicar altrament si no és per la mala relació existent sobrevinguda entre elles.

3.1. El dret aplicable al fons de la qüestió

3.1.1. El dret aplicable per raons temporals

La regulació vigent del CCCat, com s'ha esmentat, és producte d'una evolució legislativa que ha passat per diferents fases, partint de la precedent de la CDCC, en les versions del 1960, 1984 i 1993, així com la del CF del 1998. La DT 2a de la Llei 25/2010 estableix que les disposicions dels capítols I i II del títol III del Llibre segon del Codi civil s'apliquen als matrimonis contrets i subsistents en el moment de l'entrada en vigor de la llei, és a dir,

34 Sobre aquests també, ÁLVAREZ OLALLA, «Responsabilidad patrimonial en el régimen de separación de bienes», p. 269, que els qualifica com d'inversió de fons d'un cònjuge en les adquisicions de l'altre; i MORALES MARTÍNEZ, «Adquisiciones, negocios fiduciarios y mejoras en relaciones familiares regidas por separación de bienes...», p. 89.

35 Clarament així es reflecteix, entre tantes, en la SAPB, Secc. 19, 13.1.2022 (JUR 125551), en qual s'afirma: «Ante todo señalar que nos encontramos ante un pleito complejo y laborioso, de prolija y abundante prueba, en especial la documental, y en el que se echa en falta dictamen pericial, visto el tipo de acción ejercitada y pretensiones deducidas en los términos ya señalados; que a tenor de los escritos expositivos y prueba practicada valorada en su conjunto resulta a destacar, que los hoy litigantes, casados en el año 1984 bajo el régimen económico de separación de bienes, pretenden la división/liquidación de todo el patrimonio común creado constante el matrimonio y disuelto en virtud de sentencia de fecha 3 de julio de 2015».

l'1 de gener de 2011.³⁶ La DT 2a disposa l'aplicació dels nous articles sobre el règim de separació de béns als matrimonis subsistents a l'entrada en vigor de la Llei 25/2010, d'una manera similar a com ho feia la DT 1a de la Llei 9/1998, de 15 de juliol, del Codi de Família.³⁷ Amb tot, la jurisprudència que s'ha pronunciat sobre l'aplicació de la regla del vigent article 232-3 CCCat, en atenció amb aquesta disposició transitòria, ha considerat que la titularitat sobre els béns adquirits pels cònjuges, s'ha de judicar d'acord amb el dret vigent en el moment del negoci adqvisitiu.³⁸

Aquesta interpretació de la DT 2.1 de la Llei 25/2010 s'ajustaria al principi «tempus regit factum», de manera que l'aplicació immediata del nou dret sobre el règim econòmic matrimonial de separació de béns s'hauria d'entendre referida quant als efectes futurs del matrimoni, però no en relació amb els que ja s'han produït, específicament pel que fa a l'article 232-3 CCCat.³⁹ Tanmateix la qüestió pot plantejar una certa complexitat pel que fa al retorn de crèdits de llarga durada, durant els quals poden haver estat en vigor diverses normatives. Pel que fa a la compensació econòmica per raó de treball dels articles 232-5 i seg. CCCat, el seu caràcter de norma de liquidació del règim comporta una aplicació distinta per raons temporals.

36 Tracten de la qüestió les SAPG, Secc. 1, 24.5.2013 (JUR 281247) i SAPB, Secc. 12, 31.1.2013 (JUR 70494).

37 Cfr. LAMARCA I MARQUÈS, Albert, «Comentari a la Disposició Transitòria 2a (efectes del matrimoni)», a: EGEA I FERNÁNDEZ, Joan; FERRER I RIBA, Josep (Dirs.); FARNÓS AMORÓS, Esther (Coord.), *Comentari al llibre segon del Codi civil de Catalunya. Família i relacions convivencials d'ajuda mútua*, Barcelona, Atelier, 2014, p. 1.104-1.109.

38 Aquesta qüestió ha tingut força importància en el passat, així ja en la primera STSJC 10.5.1993 (RJ 6323), en relació amb el dret de la CDCC reformada l'any 1984 i l'originària del 1960, per a unes adquisicions anteriors al 1984, i l'impacte sobre aquesta normativa de l'entrada en vigor de la CE; també en les STSJC 31.1.1994 (RJ 4587), 26.10.1996 (RJ 1997/7662), 5.3.1998 (RJ 10049), 27.6.2002 (RJ 10438) i 28.5.2007 (RJ2008/2805).

39 Així es diu a la SAPT, Secc. 3, 9.6.2022 (JUR 229984): «la Disposición Transitoria 3 del Libro II del CCCat establece una retroactividad de grado medio o débil al someter a su normativa las relaciones jurídicas nacidas antes, pero para las eventualidades futuras, no para los efectos anteriores ya consumados». També SAPL, Secc. 2, 11.12.2020 (JUR 2021/23444), SAPB, Secc. 14, 14.1.2020 (341390), SAPB, Secc. 4, 13.10.2020 (JUR 328567), SAPB, Secc. 1, 30.4.2019 (JUR 156967), SAPB, Secc. 16, 30.3.2017 (JUR 127273) i SAPL, Secc. 2, 11.3.2015 (JUR 121810). Per bé que l'anterior no n'impedeix una aplicació retroactiva, malgrat la invocació de la norma, SAPB, Secc. 19, 13.1.2022 (JUR 125551). Per contra, en la SAPB, Secc. 4, 30.11.2017 (JUR 2018/19310) s'argumenta en el sentit contrari, i s'apliquen les disposicions del CCCat a una compravenda d'un immoble molt anterior a la seva entrada en vigor, en concret, de l'any 2002, malgrat que el jutjat va aplicar el CF.

Un cop entrat en vigor el Llibre segon del CCCat, en la jurisprudència s'han plantejat qüestions relatives majoritàriament a adquisicions anteriors en el temps a l'1 de gener de 2011, atesa la durada mitjana dels matrimonis abans de sorgir el trencament.⁴⁰ En termes pràctics, però, la qüestió del dret aplicable per raons temporals no sembla especialment rellevant més que per a béns adquirits abans de l'entrada en vigor de la Llei 8/1993.⁴¹ Amb tot, cal tenir en compte, d'una banda, la dificultat d'aplicar en l'actualitat la jurisprudència relativa a les adquisicions anteriors a l'entrada en vigor de la Llei 8/1993, que descartava la presumpció de donació i avalava l'existència de préstecs entre cònjuges, a reserva d'una altra prova.⁴² D'una altra, cal recordar la vigència de la regla de l'article 4.1.b) CF pel que fa a comprendre entre les despeses familiars les relatives a «adquisició i millora, si és de titularitat conjunta, dels habitatges o d'altres béns d'ús de la família i, en tots els casos, les despeses de conservació», i a més, amb la previsió que «les derivades de l'adquisició, de pagament de millores i de préstecs concedits amb la finalitat d'adquirir o fer millores a l'habitatge familiar o a d'altres béns d'ús de la família únicament tenen la consideració de despeses familiars, en la part que correspongui al valor del seu ús, si es tracta de

40 D'acord amb l'estadística de l'INE per l'any 2021, per al conjunt de l'Estat la durada mitjana dels matrimonis fins a la resolució judicial de divorci va ser de 16,5 anys (www.ine.es).

41 En la SAPB, Secc. 13, 24.5.2018 (JUR 170833) s'aplica l'article 39 CF a una adquisició de l'any 1977, amb elevació a document públic l'any 1989, afirmant que per raons temporals no és aplicable el CCCat. En el cas l'esposa havia aportat diners a l'adquisició feta pel marit en exclusiva, atès que el matrimoni es va celebrar el 1980, i el tribunal considera, d'acord amb aquell precepte, que es va tractar d'una donació.

42 Gràficament en la STSJC 5.3.1998 (RJ 10049) es va afirmar: «Com ha posat de relleu amb encert la doctrina actual en relació amb el nou article 21.II de la Compilació Catalana, la presumpció de donació que estableix la proposició darrera del precepte és una solució nova, que s'introdueix en el règim català de separació de béns. Això vol dir per tant que com a solució nova no pot tenir efectes retroactius a manca de disposició expressa i el cert és que la llei esmentada de l'any 1993 en cap moment atorga efectes retroactius a la novetat que introdueix l'article 21.II de la Compilació en el règim català de separació de béns. En consegüent podem aplicar aquí els mateixos arguments que van portar a aquest Tribunal a determinar la irretroactivitat de les modificacions que havia establert l'article 49.III de la Compilació Catalana (text de 1984) en relació amb el règim anterior de la separació de béns, és a dir, que s'ha d'aplicar el principi general d'irretroactivitat de les normes que estableix la disposició transitòria setena de la Compilació (actualment disposició transitòria novena), en relació amb el criteri que informa les disposicions transitòries primera, segona i quarta del Codi Civil, a les quals aquella es remet.»

béns de titularitat d'un dels cònjuges en el règim de separació de béns»,⁴³ la qual ha estat determinant per resoldre el cas en alguns procediments.⁴⁴ Per últim, la regla de l'article 232-3.2 CCCat, sobre béns mobles de valor ordinari destinats a l'ús familiar, ha estat introduïda només formalment a partir de l'any 2011, el que ha permès sovint als tribunals resoldre amb altres criteris les pretensions entre cònjuges relatives a la propietat d'automòbils.⁴⁵

Pel que fa a la regla de la divisió dels béns en comunitat ordinària indivisa, aquesta ja existia al CF a l'article 43, per bé que la llei no preveia una remissió concreta a la LEC quant al procediment corresponent, com fa ara la DA 3.6 esmentada de la Llei 25/2010. Sí que la DT 3.1 d'aquesta Llei 25/2010 preveia que si tots dos cònjuges hi estaven d'acord podien liquidar els béns comuns d'acord amb el CCCat en els processos matrimonials iniciats abans de la seva entrada en vigor. En la pràctica judicial, la transitorietat relativa al dret processal en ocasions s'ha invocat per al·legar la inconstitucionalitat declarada de l'article 43 CF, per la sentència del Tribunal Constitucional 21/2012, de 16 de febrer. En relació amb la qüestió, els tribunals han afirmat que aquesta declaració no s'estén a l'article 232-12 CCCat, per ser normes diferents, a banda que una previsió semblant ha estat recollida a l'article 437.4.4a LEC, d'acord amb la reforma de la *Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*.⁴⁶

43 Sobre la qüestió EGEA I FERNÁNDEZ, Joan, «Comentari als articles 4 i 5», a: EGEA FERNÁNDEZ, Joan; FERRER RIBA, Josep (Dirs.); LAMARCA I MARQUÈS, Albert; RUISÁNCHEZ CAPELÁSTEGUI, Covadonga (Coords.), *Comentaris al Codi de família, la Llei d'unions estables de parella i la Llei de situacions convivencials d'ajuda mútua*, Madrid, Tecnos, 2000, p. 93-114, p. 102.

44 Així es refereix a les STSJ 27.7.2021 (RJ 5876), 21.11.2019 (JUR 2020/44459) i 28.3.2019 (RJ 3085). També expressament així a les SAPT, Secc. 3, 9.6.2022 (JUR 229984), SAPL, Secc. 2, 11.12.2020 (JUR 2021/23444) i SAPB, Secc. 1, 30.4.2019 (JUR 156967).

45 Certament que la norma es pot considerar formalment introduïda l'any 2011, però és cert que amb anterioritat ja es podia considerar vigent arran de la sentència del TSJC de 28.11.2002 (RJ 10924), que va inspirar la modificació legislativa. Contràriament, en la SAPB, Secc. 13, 24.5.2018 (JUR 170833) s'aplica l'article 39 CF per determinar la titularitat sobre un automòbil, de manera que es resol que pertany només a un dels cònjuges, en constar-ne la titularitat formal i presumir la donació dels fons per adquirir-lo per part de l'altre. També així en la SAPL, Secc. 2, 11.3.2015 (JUR 121810).

46 STSJ 3.12.2018 (RJ 6162), SAPL, Secc. 2, 1.10.2019 (JUR 284677), SAPB, Secc. 11, 25.10.2018 (JUR 300122) i SAPB, Secc. 12, 19.1.2013 (JUR 384066).

3.1.2. El dret aplicable per qüestions personals o territorials

Una qüestió diferent, però també quant al dret aplicable, pel que fa a la titularitat dels béns dels cònjuges, pot consistir a la pràctica en la prova que el règim econòmic matrimonial no era el de separació de béns, i sí un de comunitat, per raó de la normativa sobre conflicte de lleis.⁴⁷ Aquesta ha estat una matèria important en la pràctica precedent a Catalunya, i que encara es pot plantejar en supòsits d'adquisició individual per un cònjuge d'un bé, que ha estat inscrita al Registre de la Propietat com a adquisició exclusiva o bé per a la societat de guanys. Tant en un cas com en l'altre, es pot acabar demostrant que aquella adquisició en el règim de separació de béns realment es tractava d'una adquisició d'un bé de guanys o *ganancial* i, per tant, de tots dos cònjuges, o bé a l'inrevés, que l'adquisició que constava com a *ganancial* era realment una adquisició individual d'un cònjuge.

Els tribunals han considerat que es pot acreditar que el règim econòmic matrimonial vigent era diferent del que va suposar el notari i va constar a l'escriptura en fer-se l'adquisició d'un immoble i que, provat el diferent veïnatge civil del que es va considerar per a l'aplicació de la norma de conflicte de l'article 9.2 CCesp, aleshores procedeix modificar la inscripció de la propietat del bé al Registre de la Propietat. De fet, l'article 232-11.1 *in fine* CCCat ha previst la possibilitat que com a qüestió prèvia, la sentència matrimonial es pugui pronunciar sobre el règim vigent si les parts en fan qüestió. Amb anterioritat a aquesta previsió els tribunals consideraven que la determinació del règim econòmic matrimonial era una qüestió que no es podia plantejar en un plet matrimonial, el que condemnava els cònjuges catalans a seguir un altre

47 Recentment, en la doctrina, FONT SEGURA, Albert, «Comentari a l'article 231-10», a: EGEA I FERNÁNDEZ, Joan; FERRER I RIBA, Josep (Dir.); FARNÓS AMORÓS, Esther (Coord.), *Comentari al llibre segon del Codi civil de Catalunya. Família i relacions convivencials d'ajuda mútua*, Barcelona, Atelier, 2014, p. 96 a 104. Tracten de la qüestió la SAPB, Secc. 18, 8.4.2016 (JUR 131420) i SAPB, Secc. 18, 26.2.2016 (JUR 101257). Deixant de banda com encara es constata que en ocasions s'apliquen o s'invoca l'aplicació de preceptes del CCesp a matrimonis sotmesos al règim de separació de béns català, fins i tot pròpies del règim de *gananciales*, cfr SAPB, Secc. 13, 3.6.2022 (JUR 248892), SAPL, Secc. 2, 30.11.2020 (JUR 2021/22063), SAPB, Secc. 14, 5.6.2018 (JUR 181051) i SAPB, Secc. 12, 11.7.2014 (JUR 236945); sobre la qüestió, de manera crítica, BAYO DELGADO, Joaquim, «L'aplicació del dret civil català en la realitat jurisdiccional», *Revista Catalana de Dret Privat*, vol. 15-1, 2015, p. 177-179.

procés per aquesta qüestió.⁴⁸ Cal considerar que de cara al futur aquests procediments seran declinants atesa la reforma de la legislació sobre Registre Civil que obliga a inscriure el règim econòmic matrimonial junt amb la inscripció de matrimoni, d'acord amb l'article 60 de la *Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil*, que malgrat que no impedeix plantejar la qüestió en un procediment posterior, sí que en redueix les probabilitats.

3.2. Les adquisicions oneroses i les titularitats sobre béns immobles

A la pràctica judicial destaquen els conflictes relatius a les titularitats sobre béns immobles, atesa la regla de l'article 232-3.1 CCCat, que fa referència a l'existència d'una titularitat formal, que sol ser incontestable per aquest tipus de béns. Això serà així perquè la titularitat haurà estat inscrita al Registre de la Propietat, amb els efectes de fe pública registral que en resulta (article 38 LH), o bé constarà en una escriptura pública d'adquisició del bé atorgada davant notari.⁴⁹

La tipologia de supòsits que es poden donar és molt variada i, a més, s'hi afegeix la qüestió del finançament extern de la contraprestació o preu per a l'adquisició del bé. Aquest finançament dona lloc a l'existència del pagament d'unes quotes d'un préstec, generalment amb garantia hipotecària, que es van satisfent al llarg d'un període de temps llarg, de manera que la donació que pugui existir d'un cònjuge a l'altre s'hauria de referir a cadascuna de les quotes d'aquest préstec, a reserva d'un pagament a compte inicial, i, fins i tot, d'una eventual amortització anticipada, total o parcial. En qualsevol cas, el que es dona són els diners per a l'adquisició de l'immoble, i no l'immoble mateix. A més, en ocasió de la crisi conjugal, l'habitatge familiar pot ser objecte d'atribució en

48 La qüestió ha estat molt important en el passat, cfr. LAMARCA I MARQUÈS, Albert, «Veïnatge civil, determinació del règim econòmic matrimonial i llei aplicable a la successió. *Check-list* i criteris d'actuació professional», *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 4, 2006, p. 947-982, i núm 1, 2007, p. 33-73. Extensament sobre la qüestió, SAPB, Secc. 12, 22.4.2015 (JUR 156093).

49 Per contra, la jurisprudència considera que la titularitat que pugui constar al Cadastre Immobiliari no planteja cap qüestió en relació amb la del Registre de la Propietat, atès el caràcter de registre administratiu del primer, cfr. SAPB, Secc. 14, 11.4.2022 (JUR 215165) i SAPB, Secc. 4, 30.11.2017 (JUR 2018/19310).

la sentència que posa fi al procés matrimonial, amb independència del que resulti sobre la seva titularitat, però d'una manera que pot impactar sobre les despeses associades a l'ús.

Cal dir que, malgrat l'existència d'una titularitat formal, i la no vigència del principi de subrogació real, els tribunals de justícia poden acordar la modificació d'aquesta titularitat excepcionalment en funció del que resulti del judici seguit.

3.2.1. L'adquisició de béns immobles pels cònjuges en copropietat

El supòsit més habitual en l'adquisició d'immobles, i probablement el menys problemàtic, és el de l'adquisició d'un habitatge, habitual o no, per part dels cònjuges en copropietat per meitats indivises amb finançament extern, mitjançant un préstec amb garantia hipotecària per part d'una entitat financera. Aquest supòsit de fet paradigmàtic encaixaria plenament amb la dicció de l'article 232-3.1 CCCat, i en cas de provar-se que la contraprestació satisfeta per un cònjuge s'ha pagat amb béns o diners de l'altre, se'n presumeix la donació. També, és clar, en cas que no hi hagi finançament extern, supòsit menys habitual.

En aquests casos opera la regla de l'article 232-3.1 CCCat en tota la seva extensió. D'una banda, regeix el principi de la titularitat formal. En segon lloc, la presumpció de pagament del preu o contraprestació amb béns o diners propis del cònjuge adquirent. I, en tercer lloc, en cas de provar-se que aquests béns o diners provenien de l'altre cònjuge, la presumpció de donació. Els efectes de la vigència del principi de la titularitat formal en favor dels cònjuges adquirents només admet discussió en casos molt extrems, com serien els d'una titularitat fiduciària, admesa també molt excepcionalment per la jurisprudència. Pel que fa a l'acreditació de l'origen en l'altre cònjuge de la contraprestació satisfeta, aquesta és possible i a la pràctica pot resultar de diversos mitjans de prova, però haurà de ser concloent.⁵⁰ D'una banda, pot succeir per la prova dels ingressos efectius que han tingut els cònjuges durant el matrimoni, d'una manera que permet constatar que un d'ells no tenia ingressos suficients per a satisfer el preu o contraprestació. D'una altra, pot

50 Cfr. SAPB, Secc. 11, 27.10.2022 (JUR 371634), en la que de manera contundent s'afirma: «En modo alguno ha acreditado el actor que la demandada carecía de ingresos y que la titularidad conjunta de los bienes fue fruto de una donación.»

succeir que el preu s'hagi satisfet a càrrec d'un compte corrent només a nom d'un dels cònjuges, o en el que només s'hi aporten fons d'un d'ells. És clar que aquesta donació pot resultar d'una transferència de diners *ad hoc* per adquirir l'immoble. En darrer terme, es poden donar d'altres supòsits molt residuals, com ara l'aportació de fons de tercers, com serien els pares d'un dels cònjuges. Si aquesta prova prospera, i es destrueix la primera presumpció, la qual cosa no és òbvia, aleshores regirà la segona presumpció que preveu el precepte, ço és, de donació d'aquests béns o diners en què consisteix la contraprestació.

En tots aquests casos es pot afirmar que la pràctica totalitat de decisions judicials apliquen la regla de l'article 232-3.1 CCCat en els seus termes, sense cap opció a l'alteració de la titularitat dels cònjuges, ni menys encara a la reclamació de cap quantitat en concepte de preu o contraprestació satisfeta.⁵¹ Tanmateix, en relació amb aquesta darrera qüestió, sí que molt excepcionalment s'han admès pretensions d'un cònjuge envers l'altre per raó de la contraprestació pagada.⁵²

51 Entre tantes, SAPB, Secc. 19, 12.12.2022 (JUR 2023/41436), SAPL, Secc. 2, 30.11.2020 (JUR 2021/22063), SAPB, Secc. 4, 13.10.2020 (JUR 328567), SAPB, Secc. 18, 27.11.2019 (JUR 2020/24270), SAPB, Secc. 11, 9.5.2019 (JUR 193785), SAPB, Secc. 1, 30.4.2019 (JUR 156967), SAPG, Secc. 2, 19.12.2018 (JUR 2019/4913), SAPB, Secc. 11, 24.1.2018 (JUR 80428). SAPB, Secc. 12, 22.1.2018 (JUR 82382), SAPB, Secc. 16, 29.6.2017 (JUR 275840), SAPG, Secc. 2, 27.3.2017 (JUR 271830), SAPT, Secc. 1, 9.3.2017 (JUR 128717), SAPB, Secc. 12, 3.3.2017 (JUR 42934), SAPB, Secc. 18, 19.1.2017 (JUR 78933), SAPL, Secc. 2, 10.11.2016 (JUR 2017/52342), SAPB, Secc. 12, 27.10.2016 (JUR 31032), SAPB, Secc. 12, 15.9.2016 (JUR 2017/77778), SAPB, Secc. 18, 26.2.2016 (JUR 101257), SAPG, Secc. 1, 30.11.2015 (JUR 22595), SAPL, Secc. 2, 28.10.2015 (JUR 8241), SAPB, Secc. 18, 18.3.2014 (JUR 115083), SAPG, Secc. 1, 24.5.2013 (JUR 281247), SAPB, Secc. 12, 31.1.2013 (JUR 70494), SAPB, Secc. 4, 8.11.2012 (JUR 2013/165924), SAPB, Secc. 14, 18.6.2012 (JUR 257189) i SAPB, Secc. 16, 24.4.2012 (JUR 190840)

52 En la pràctica potser encara ressonen les primeres sentències del TSJC relatives a l'habitualitat dels «préstecs» entre cònjuges, però en la jurisprudència són marginals. De fet, per a què això passi, aquest préstec haurà d'haver estat documentat entre els cònjuges i, per tant, se li hauria de donar validesa i considerar-lo d'aquesta manera, el que pot tenir efectes per al còmput de la compensació econòmica per raó de treball, cfr. SAPB, Secc. 18, 11.7.2018 (JUR 218671). En la SAPB, Secc. 14, 12.5.2022 (JUR 233534) s'afirma, quant als préstecs entre cònjuges: «hi ha diversos elements de convicció que ens permeten considerar acreditat que la intenció de la demandant, quan va fer els ingressos als quals es refereix aquest litigi, no va ser la de fer un préstec a qui aleshores era el seu marit (...) malgrat ser un acte subjecte a l'ITP, encara que exempt,

3.2.2. L'adquisició de béns immobles per només un dels cònjuges

Un segon supòsit menys habitual a la pràctica és el de l'adquisició d'un bé immoble per només un dels cònjuges durant el matrimoni. Aquest fet pot respondre a diversos motius. En primer lloc, per haver adquirit un cònjuge el bé abans del matrimoni, però havent-se'n pagat les quotes del préstec amb posterioritat, en una bona mesura.⁵³ En segon lloc, aquesta adquisició pot respondre a una situació patrimonial dels cònjuges que ho justifiqui, per tenir suficient patrimoni o bé per diversificar les adquisicions per raons diverses, sense que aquestes necessàriament constin.⁵⁴ En darrer terme, l'adquisició individual pot respondre a motivacions derivades de la insolvència d'un dels cònjuges,⁵⁵ al gaudi de determinats beneficis públics, com ara l'adquisició d'habitatges de protecció oficial,⁵⁶ a estratègies

la demandant no havia declarat a Hisenda la realització de cap préstec (la qual cosa, a part de ser un deure fiscal, tot i referir-se a un acte exempt, hauria estat una prevenció molt raonable per evitar que l'AEAT atribuís al prestatari un increment de patrimoni no justificat)».

53 SAPB, Secc. 13, 24.5.2018 (JUR 170833), SAPB, Secc. 1, 18.1.2018 (JUR 38049) i SAPL, Secc. 2, 12.1.2018 (JUR 37989). En ocasions pot succeir que l'entitat bancària que atorga un préstec al cònjuge adquirent imposi que l'altre també tingui la condició de codeutor solidari, malgrat no ser adquirent, com en els casos resolts per la SAPB, Secc. 1, 6.2.2018 (JUR 76734) i SAPB, Secc. 4, 30.11.2017 (JUR 2018/19310).

54 SAPL, Secc. 2, 8.7.2015 (JUR 233430), SAPB, Secc. 17, 26.9.2013 (JUR 383133) i SAPB, Secc. 16, 7.2.2013 (JUR 115258).

55 SAPB, Secc. 18, 25.5.2016 (JUR 191822).

56 En el cas resolt per la SAPB, Secc. 19, 25.6.2014 (JUR 234934) el tribunal reconeix l'existència d'una fidúcia *cum amico* en favor del marit, derivat del fet que va ser l'esposa l'única que va adquirir l'habitatge de protecció oficial l'any 1987, atès que ell no complia els requisit per a l'adquisició. El matrimoni es va celebrar l'any 1990 i els cònjuges es van separar l'any 2007, amb divorci l'any 2010. Ateses les circumstàncies, s'estima la petició de declarar la copropietat sobre l'immoble.

d'optimització fiscal,⁵⁷ o bé per evitar reclamacions de fills d'un primer matrimoni d'un dels cònjuges.⁵⁸

En aquests casos els tribunals podrien ser més sensibles a les raons que puguin esgrimir els cònjuges, tant per a modificar la titularitat que consta sobre el bé, com per a determinar l'existència d'un crèdit en favor d'un cònjuge enfront de l'altre, però tot i així els casos en què les pretensions d'un cònjuge triomfen són molt migrats. La idoneïtat de la regla de l'article 232-3.1 CCCat per al supòsit precedent, és a dir, l'adquisició d'un bé per tots dos cònjuges alhora, és clara. En canvi, es podria qüestionar per al supòsit present, en què l'adquisició és de només un cònjuge, però els fons han estat aportats per l'altre —en part o totalment— per motius que no sempre afloren oportunament.⁵⁹

3.2.3. La construcció sobre un immoble propietat d'un cònjuge

En ocasions pot succeir que els cònjuges construeixen un habitatge sobre un terreny prèviament adquirit només per un d'ells, de manera que l'obra nova també ho serà. Aquestes obres poden ser de construcció completa o només de reforma o de millora en relació amb un immoble ja existent.⁶⁰ En

57 SAPG, Secc. 2, 7.3.2016 (JUR 133589). En el cas resolt per la SAPT, Secc. 3, 18.6.2020 (JUR 230804) tots els béns dels cònjuges estaven a nom de l'esposa per raons fiscals, i malgrat l'al·legació del marit que havien estat pagats per tots dos, i tenir ell més ingressos, el tribunal aplica la regla de l'article 232-3.1 CCCat sense cap modulació. Sobre aquest supòsit també, SAPT, Secc. 1, 26.4.2018 (JUR 129394) i SAPL, Secc. 2, 23.3.2018 (JUR 103135). En el cas resolt per la SAPB, Secc. 12, 21.9.2016 (JUR 2018/4164) el marit sol·licitava una prestació compensatòria amb l'argument que el pis adquirit per l'esposa s'havia pagat amb diners exclusivament de la seva propietat. De manera similar, en la SAPB, Secc. 18, 8.7.2016 (JUR 213985), s'afirma que la compensació econòmica per raó de treball no serveix per compensar les donacions que s'hagin pogut produir entre els cònjuges per raó del previst a l'article 232-3 CCCat, també així en les SAPB, Secc. 18, 10.9.2014 (JUR 268821), SAPG, Secc. 2, 6.6.2013 (JUR 192456) i SAPB, Secc. 12, 31.1.2013 (JUR 70494). De manera similar s'afirma en la SAPT, Secc. 1, 20.4.2015 (JUR 166766) en relació amb la sol·licitud d'una prestació compensatòria.

58 SAPB, Secc. 17, 15.3.2018 (JUR 92440).

59 En la SAPB, Secc. 12, 10.5.2017 (JUR 276452) el tribunal considera que no hi pot haver una donació en el pagament per l'esposa de la meitat de les quotes del préstec per a l'adquisició de l'immoble només propietat del marit, a qui condemna a retornar-les.

60 Sobre la qüestió, MORALES MARTÍNEZ, «Adquisiciones, negocios fiduciarios y mejoras en relaciones familiares regidas por separación de bienes...», p. 229.

aquests supòsits, l'al·legació que la construcció o les reformes i millores han estat pagades per tots dos cònjuges, o exclusivament per l'altre cònjuge no propietari,⁶¹ porta a la reclamació que es declari la copropietat sobre la finca, el que no sol ser atès pels tribunals, o bé, alternativament, la restitució de l'import satisfet.⁶²

Tant aquest supòsit de fet com l'analitzat a l'apartat precedent són clarament diferents del primer, relatiu a l'adquisició d'immobles conjuntament pels cònjuges. En el primer es produeix una comunicació patrimonial entre els cònjuges, la qual dona com a resultat l'adquisició de la propietat d'un immoble en comunitat, és a dir, amb efectes igualitaris entre els dos. En el present supòsit i en el precedent, en canvi, el resultat de l'aplicació de la regla de l'article 232-3.1 CCCat és el contrari, la comunicació patrimonial entre cònjuges té com a resultat l'adquisició de la propietat de béns només per un dels dos.⁶³ I això a desgrat que la inversió en l'immoble hagi estat per part de tots dos o de només d'un d'ells, o fins i tot que un dels cònjuges hi hagi contribuït amb el treball domèstic.⁶⁴

61 També pot succeir que un cònjuge al·legui que les millores han estat fetes directament per ell, atesa la seva condició de professional de la construcció, SAPB, Secc. 18, 9.7.2018 (JUR 212809), el que es considera com una contribució a les despeses familiars, malgrat que les millores quedin en benefici del cònjuge propietari del bé.

62 En la STSJC 10.5.1993 (RJ 6323) es va plantejar la qüestió de l'aplicació al supòsit de fet de la normativa sobre accésio, aleshores de l'article 278 CDCC, que el tribunal va desestimar.

63 En el cas resolt per la STSJC 26.5.2005 (RJ 6880), el terreny era de tots dos cònjuges, però el marit al·legava que havia estat ell només qui havia pagat la construcció de l'habitatge al contractista constructor. El tribunal considera que no és aplicable al cas la regla de l'article 39 CS sobre adquisicions oneroses, atès que es tracta del preu en un contracte, sense presumpció de donació envers l'altre cònjuge, i tampoc no considera aplicable l'article 4.1.b) CF relatiu a despeses familiars, de manera que condemna a l'esposa a satisfer la meitat del preu pagat pel marit.

64 Tracten d'aquests supòsits les SAPB, Secc. 14, 11.4.2022 (JUR 215165), SAPT, Secc. 3, 4.2.2021 (JUR 85485), SAPT, Secc. 3, 18.6.2020 (JUR 230804), SAPT, Secc. 1, 12.6.2020 (JUR 227612), SAPB, Secc. 17, 2.5.2019 (JUR 157795), SAPB, Secc. 4, 30.11.2017 (JUR 2018/19310) i SAPB, Secc. 17, 16.10.2017 (JUR 292246). Un cas singular és el resolt per la SAPB, Secc. 12, 3.7.2018 (JUR 198076), en què un cònjuge va pagar les obres de millora d'un immoble del sogre on van anar a viure els cònjuges, per import de 131.688,10 euros. Les obres es van acabar al febrer-març de 2012 i el trencament conjugal es va produir el juliol de 2012. El tribunal considera que l'ex-sogre ha de restituir aquesta quantitat a l'ex-gendre per tal d'evitar un enriquiment injust. En el cas resolt per la SAPB, Secc. 17, 9.6.2017 (JUR 225641), sí que s'atén la petició del marit de retorn de les quantitats per ell satisfetes per la construcció d'una casa a nom només de la dona per motius fiscals.

En els supòsits considerats, els tribunals de justícia han resolt la controvèrsia en el passat amb recurs al derogat article 4.1.b CF en matèria de despeses familiars, que incloïa entre aquestes, com s'ha vist, a les d'adquisició, de pagament de millores i de préstecs concedits amb la finalitat d'adquirir o fer millores a l'habitatge familiar o a d'altres béns d'ús de la família únicament en la part que correspongui al valor del seu ús, si es tractava de béns de titularitat d'un dels cònjuges en el règim de separació de béns.⁶⁵ Aquesta consideració com a familiars d'aquest tipus de despeses es va suprimir amb l'article 231-5.1.b CCCat, que no les inclou, i només ho fa amb les despeses ordinàries de conservació, manteniment i reparació dels habitatges o altres béns d'ús de la família. En atenció al moment temporal de la despesa feta, els tribunals han recorregut a aquest precepte per barrar el pas a la pretensió d'un cònjuge relativa tant a la titularitat sobre el bé immoble, com a la restitució de les quantitats aportades en benefici de l'altre.⁶⁶

3.2.4. L'adquisició d'un immoble amb anterioritat a la celebració del matrimoni

Un supòsit que també es dona a la pràctica és el d'adquisició de l'immoble pels cònjuges amb anterioritat a la celebració del matrimoni. Això pot respondre a diverses circumstàncies. Una situació recurrent es la dels promesos en matrimoni que adquireixen un pis per a destinar-lo a habitatge familiar un cop es casen, la qual cosa s'esdevé poc temps després

65 SAPT, Secc. 3, 9.6.2022 (JUR 229984), SAPL, Secc. 2, 11.12.2020 (JUR 2021/23444) i SAPL, Secc. 2, 11.3.2015 (JUR 121810).

66 Clarament s'afirma en la SAPT, Secc. 3, 9.2.2022 (JUR 229984): «De la redacción del precepto se infiere, sin necesidad de mayores razonamientos, que en el régimen del Código de Familia los préstamos hipotecarios concedidos para la adquisición de la vivienda familiar, aunque fuese de uno solo de los cónyuges tenían la consideración de gastos familiares en lo que no excediera del valor de uso, o lo que es igual, en la medida en que pudiese considerarse dichos pagos como correspondientes al valor adecuado por el uso que la familia hacía de tales bienes. No obstante, los pagos de las cuotas del préstamo posteriores al 1 de enero de 2011, al tratarse de efectos futuros de relaciones jurídicas anteriores, se rigen por el art. 233-23.1 CCCat (STSJCAT 43/2021)». Tanmateix, els tribunals també es refereixen a la contribució diferent dels cònjuges a aquestes despeses per a concloure que de la mateixa manera es pot produir per a les despeses d'adquisició d'un habitatge, SAPB, Secc. 16, 14.11.2019 (JUR 328664).

a l'adquisició.⁶⁷ Però en molts d'altres casos la situació pot respondre a la voluntat de viure en parella estable els adquirents durant un temps més o menys prolongat, abans o després d'adquirir l'habitatge, i contreure matrimoni amb posterioritat, en ocasions després de tenir fills.⁶⁸

Tots dos supòsits són diferents. El primer respondria a una *ratio* semblant al dels futurs contraents que adquireixen béns a títol oneros amb pacte de supervivència (article 231-15.1 CCCat), que atorguen capítols matrimonials (article 231-19.2 CCCat), pactes en previsió d'una ruptura matrimonial (article 231-20.1 CCCat), donacions per raó de matrimoni (article 231-27 CCCat), o pactes successoris (article 431-2.a CCCat). Davant l'al·legació d'inaplicació de la regla de l'article 232-3 CCCat, per estar referida només als matrimonis, entenc que es podria considerar que el supòsit és anàleg i invocar-se un termini prudencial similar al d'un any previst als articles 231-19.2 o 231-29.a CCCat. Per contra, en la situació successiva de parella estable i matrimoni, aquesta aplicació no seria possible, i caldria recórrer al criteri que té establert la jurisprudència per als supòsits de parella estable, en allò que els sigui aplicable temporalment, desdoblant, però els períodes temporals pel que fa al dret aplicable, malgrat l'evident dificultat pràctica.⁶⁹

Lesmentada diacronia, fins i tot, pot impactar en el títol d'adquisició, atès que en ocasions hi ha hagut la subscripció d'un contracte d'arres o un contracte privat només per un dels cònjuges, mentre que el contracte de compravenda en escriptura pública ha estat subscrit per tots dos cònjuges. Aquesta diferència no planteja cap discordança pel que fa a la propietat en comunitat adquirida pels cònjuges, i més si en el contracte privat subscrit

67 En la SAPB, Secc. 19, 12.12.2022 (JUR 2023/41436) el matrimoni fou posterior en cinc mesos a la compravenda de l'immoble que havia de ser l'habitatge habitual o familiar, i el tribunal afirma: «El contexto en que se produjo la compra de la vivienda unifamiliar fue el de una pareja de novios con el proyecto del futuro matrimonio a contraer, proyecto que tuvo lugar y se materializó a los cinco meses de la escritura pública». En canvi, en el cas resolt per la SAPB, Secc. 18, 4.12.2018 (JUR 2019/821), l'adquisició fou anterior en onze mesos al matrimoni, i el tribunal afirma que no es pot aplicar la presumpció de l'article 232-3 CCCat, tot i que aquí era en termes de considerar-la una donació per al còmput de la compensació econòmica per raó de treball. En la SAPB, Secc. 17, 14.3.2018 (JUR 88759), l'adquisició de l'immoble fou cinc mesos abans del matrimoni, i en la SAPB, Secc. 16, 29.6.2017 (JUR 275840) el document privat d'adquisició de l'immoble fou anterior al matrimoni, mentre que l'atorgament de l'escriptura pública fou posterior.

68 Cfr. SAPT, Secc. 3, 18.6.2020 (JUR 230804), SAPB, Secc. 17, 7.5.2019 (JUR 165374), SAPT, Secc. 1, 9.3.2017 (JUR 128717) i SAPB, Secc. 19, 19.3.2014 (JUR 135533).

69 SAPT, Secc. 3, 7.5.2019 (JUR 160111).

per només un d'ells es permetia la cessió de la posició compradora a una altra persona a l'hora d'atorgar l'escriptura pública de compravenda corresponent.⁷⁰

En qualsevol cas, per a l'aplicació de l'article 232-3.1 CCCat cal que es tracti d'una adquisició dels cònjuges, de manera que no s'hi comprendria el supòsit en què l'adquisició es porta a terme per una societat mercantil de la que el cònjuge en té participacions.⁷¹

3.2.5. La repetició o reemborsament d'allò pagat com a codeutor solidari de les quotes d'un préstec

En ocasions, la pràctica dels tribunals reflecteix que si un cònjuge al·lega, d'acord amb l'article 232-3.1 CCCat, que no va fer donació dels diners del preu o contraprestació satisfet per l'altre per a l'adquisició d'un bé, pot invocar l'article 1145 CCesp per a sol·licitar la repetició o el reemborsament de les quantitats pagades com a deutor solidari a l'entitat bancària creditora.⁷² D'acord amb la jurisprudència, aquesta estratègia d'un cònjuge no enerva l'obligació d'haver de destruir la presumpció de donació de les quantitats que hagi pogut pagar en exclusiva com a codeutor solidari, i que han beneficiat l'altre cònjuge. És a dir, que el dret a la repetició o al reemborsament només és possible si es prova que no hi ha hagut donació entre els cònjuges, d'acord amb l'article 232-3 CCCat, a reserva de considerar que es tracta de la contribució a les despeses familiars, tenint en compte que la solidaritat de deutors només s'ha de considerar quant a efectes externs de la relació, amb independència dels efectes interns entre els cònjuges.⁷³

70 Així en les SAPB, Secc. 19, 12.12.2022, (JUR 2023/41436) i SAPB, Secc. 12, 31.1.2013 (JUR 70494).

71 Cfr. SAPB, Secc. 14, 11.4.2022 (JUR 215165).

72 En la SAPB, Secc. 12, 1.2.2022 (JUR 136537) s'exposa amb molt de detall la doctrina jurisprudencial relativa a l'acció de regrés de l'article 1145 CCesp.

73 Cfr. STSJC 27.7.2021 (RJ 5876), 21.11.2019 (JUR 2020/44459) i 8.6.2015 (JUR 5293), també SAPB, Secc. 14, 28.2.2022 (JUR 166883), SAPB, Secc. 1, 12.3.2021 (JUR 251729), SAPL, Secc. 2, 11.12.2020 (JUR 2021/23444), SAPB, Secc. 14, 14.1.2020 (341390) i SAPG, Secc. 1, 21.3.2018 (JUR 92274), SAPB, Secc. 1, 6.2.2018 (JUR 76734) i SAPL, Secc. 2, 31.1.2022 (JUR 131376), en un cas relatiu a parelles de fet. Sorprenentment, en el cas resolt per la SAPB, Secc. 14, 1.10.2020 (JUR 313242) s'acull la pretensió de l'esposa de reemborsament de les quotes pagades amb l'argument que «El objeto de este proceso no es la división de

La concurrència d'aquest supòsit de fet en la pràctica posa de relleu com la regla de l'article 232-3.1 CCCat, pel que fa a la donació de la contraprestació satisfeta, està sotmesa a importants contingències d'ordre temporal. És a dir, que la donació no es tracta sempre d'un acte únic referit al preu pagat en el moment de fer-se la compravenda, i en bona mesura s'haurà fet mitjançant el pagament de les quotes d'un préstec amb garantia hipotecària. En aquests casos, cal considerar que hi ha donació de cadascuna de les quotes satisfetes, i el percentatge d'aquesta donació sobre el total import satisfet pot variar al llarg dels anys, en funció de la situació patrimonial del cònjuge beneficiari i del donant. Clarament l'adquisició onerosa ja s'ha fet pel cònjuge donatari, i la titularitat és una qüestió que no admet discussió, com tampoc el pagament del preu envers el venedor. El que es posa en qüestió és la propietat dels fons disposats per a satisfer les quotes dels préstecs, la qual s'ha de valorar de manera periòdica.⁷⁴

3.2.6. El pagament de les quotes d'un préstec, i de les despeses associades a l'habitatge, un cop sorgida la crisi matrimonial

La decisió que s'adopti pel que fa a les quotes que un cònjuge ha satisfet en benefici de l'altre durant el matrimoni no obsta a què els tribunals

la cosa común, ni la liquidación del régimen económico matrimonial, sino la reclamación por parte de Doña Rocío a Don Carlos José de un importe de cuotas hipotecarias, que únicamente habría pagado la actora, cuando contractualmente deberían de pagar ambos en virtud del contrato del crédito hipotecario de 28 de febrero de 2007».

74 Singularment, en el cas resolt per la SAPB, Secc. 16, 24.10.2017 (JUR 293759), el tribunal acull la pretensió del marit de restitució de la meitat de la quantitat satisfeta per amortitzar el préstec amb garantia hipotecària l'any 2011, que provenia de la indemnització que va obtenir per un acomiadament d'una empresa automobilística, per un import de 82.665 euros. En aquest cas l'AP considera que no hi ha una adquisició onerosa ans el pagament d'un deute solidari i no es presumeix la donació, atès que els diners s'havien ingressat en un compte corrent conjunt. El divorci s'havia instat per l'esposa l'any 2013. Per a fonamentar la decisió l'AP afirma: «En el caso de autos, sin embargo, no nos hallamos ante una adquisición onerosa, sino ante una deuda solidaria de los dos cónyuges. La vivienda fue adquirida en 1999 y su precio se pagó enteramente entonces. No se discute que son propietarios por mitades indivisas el Sr. Luis Antonio y la Sra. Consuelo. Lo que pagó el actor en 2011 no fue el precio de la vivienda, sino un préstamo bancario del que eran deudores ambos litigantes. No puede confundirse la adquisición de la finca (ni la titularidad dominical sobre esta) con la obligación derivada del préstamo hipotecario, aunque la deuda hipotecaria se asumiera a propósito de la adquisición de la vivienda.»

clarament acullin aquesta pretensió a la repetició o reemborsament, per part de l'altre, de les quotes pagades un cop sorgida la crisi matrimonial. És a dir, la presumpció de donació d'un cònjuge a l'altre durant la convivència clarament decau en cas de crisi matrimonial.⁷⁵ Aquest és un supòsit rellevant a la pràctica, en què les demandes se solen estimar, a diferència dels supòsits de l'apartat anterior. La data de la fi de la presumpció no comença amb la sentència de separació o divorci, ans amb el moment en què cessa la convivència o sorgeix una crisi que trenca la comunitat de vida establerta entre els cònjuges.⁷⁶

En aquests casos, el pagament asimètric que s'hagi pogut donar sobre les quotes del préstec deixa de presumir-se com una donació, i l'altre cònjuge vindrà obligat a restituir les quotes d'acord amb el títol de propietat, és a dir, si el deute és solidari, en les relacions internes la participació al mateix resultarà de les quotes de la comunitat sobre el bé.⁷⁷ En aquests casos sovint s'invoca el model de l'article 233-23 CCCat pel que fa a les obligacions per raó de l'habitatge en casos d'atribució de l'ús per raó de la crisi matrimonial.⁷⁸

75 També, és clar, en cas de dissolució del matrimoni per mort, SAPL, Secc. 2, 15.7.2022 (JUR 314273), en què el marit supervivent reclamava la part corresponent al pagament de dues quotes de 362 euros del préstec hipotecari als hereus de la finada.

76 SAPB, Secc. 4, 1.6.2018 (JUR 181639), SAPL, Secc. 2, 23.3.2018 (JUR 103135), SAPB, Secc. 12, 24.2.2015 (JUR 156368) i SAPB, Secc. 16, 24.4.2012 (JUR 190840). Però també en un moment previ anterior, com al cas resolt per la SAPB, Secc. 12, 1.2.2022 (JUR 136537), en la qual en relació amb l'article 232-3 CCCat s'afirma: «Ahora bien, se trata de una presunción de donación, que tiene sentido cuando el matrimonio es constante y un cónyuge adquiere bienes que destina al matrimonio, pero es totalmente inaplicable al presente caso, pues realmente la actuación del actor iba tendente a extinguir las relaciones patrimoniales del matrimonio, como se deduce de que el crédito hipotecario se liquidó en fecha de 26 de junio de 2015 y la ruptura de la pareja (separación de hecho), según reconoció la demandada en su contestación, fue en julio de 2015, es decir, que si el marido amortizó el préstamo a final de junio de 2015 y se separó de hecho en julio de 2015, difícilmente puede creerse que tenía intención de efectuar la donación de la mitad de 188.306,98 € a su esposa, por lo tanto, no puede admitirse que se efectuara una donación a favor de la demandada.»

77 STSJC 8.6.2015 (JUR 5293) i 21.11.2019 (JUR 2020/44459). El que no exclou un pacte entre els cònjuges per a què un continuï assumint-ne el pagament, SAPG, Secc. 2, 11.6.2019 (JUR 186754), SAPB, Secc. 14, 5.6.2018 (JUR 181051) i SAPL, Secc. 2, 27.5.2016 (JUR 198732), en un cas peculiar en què els cònjuges, malgrat estar separats adquireixen tots dos un immoble, i només el marit en paga el preu i les quotes del préstec per a l'adquisició.

78 SAPB, Secc. 1, 20.4.2021 (JUR 201744), SAPB, Secc. 4, 13.10.2020 (JUR 328567) i SAPB, Secc. 12, 3.3.2017 (JUR 42934).

Les despeses satisfetes per raó de la propietat de l'habitatge diferents de les adquisició sovint també es reclamen en aquests procediments. En aquests casos els tribunals també acullen la pretensió del cònjuge que les ha satisfet, amb la mateixa *ratio* que pel que fa al pagament de les quotes d'un préstec per a l'adquisició del bé.⁷⁹

3.3. L'adquisició de llicències de taxi i de farmàcia

Junt amb els béns immobles, uns altres actius que poden formar part del patrimoni dels cònjuges, amb un valor rellevant, i que en ocasions poden ser objecte de controvèrsia un cop sorgeix la crisi conjugal, són les llicències de taxi i de farmàcia. Cadascuna d'aquestes llicències té especificitats pròpies, estan vinculades a l'activitat professional d'un o de tots dos cònjuges, es podran haver adquirit a títol onerós durant el matrimoni o abans i hi haurà una titularitat administrativa formal en relació amb les mateixes. No es poden considerar com a béns mobles de valor ordinari destinats a l'ús familiar, malgrat tenir una importància cabdal per a l'economia familiar. En aquests termes, no els és aplicable la regla de l'article 232-3.2 CCCat, en el sentit de pressuposar una cotitularitat conjunta, tot i la titularitat formal administrativa.

Pel que fa a les llicències de taxi, en el cas resolt per la SAPT, Secc. 3, 8.9.2022 (JUR 323049) es declara que la llicència és propietat del marit atès que no consta que l'esposa participés econòmicament en l'adquisició, i amb fonament als articles 232-3 i 232-4 CCCat, però sense fer cap altre consideració més que estava a nom del marit i que no constava la inversió per part de l'esposa.⁸⁰ En canvi, en el cas resolt per la SAPB, Secc. 14, 26.3.2021 (JUR 182590), la situació és la contrària, i malgrat constar la llicència a nom de la dona es considera que va ser adquirida per meitats

79 STSJC 8.6.2015 (JUR 5293), també, SAPB, Secc. 1, 12.3.2021 (JUR 251729), SAPB, Secc. 1, 21.12.2020 (JUR 2021/37824), SAPB, Secc. 18, 27.11.2019 (JUR 2020/24270) i SAPB, Secc. 4, 30.11.2017 (JUR 2018/19310).

80 Cal ressenyar que l'esposa es lamenta d'estar sotmesa al règim català de separació de béns i no al de *gananciales* del CCesp, en virtut del qual considera que seria copropietària de la meitat de la llicència, el que considera una discriminació per raó de règim econòmic contrària a l'article 14 CE, al que l'AP respon que «No cabe tampoco aplicar la normativa de un régimen económico matrimonial no adoptado por los cónyuges. No existe ninguna vulneración del derecho a la igualdad, cuando eran las partes libres de haber adoptado

per tots dos cònjuges, atès que els fons amb què es va pagar eren comuns, obtinguts en part amb un préstec a nom de tots dos, i els dos cònjuges treballaven de taxista.⁸¹

En relació amb les llicències de farmàcia, en la jurisprudència es fa referència a la distinció entre la titularitat administrativa i la titularitat civil, la qual pot resultar pròpiament del règim econòmic matrimonial, en el cas el de separació de béns d'acord amb les regles de l'article 232-3 CCCat. En la SAPB, Secc. 16, 31.1.2019 (JUR 48070), s'afirma que la jurisprudència del Tribunal Suprem es refereix als elements que integren el negoci de farmàcia i el seu divers tractament jurídic, amb la distinció de dos vessants. D'una banda, fa referència als elements no patrimonials de l'oficina de farmàcia, regulats en la normativa administrativa, la qual estableix amb caràcter taxatiu que només els farmacèutics podran ser els titulars o propietaris de les oficines de farmàcia. I d'una altra banda, determina l'anomenada base econòmica de la farmàcia, que comprèn el local de negoci en el qual s'assenta físicament, les existències, la clientela, el dret de traspàs i la resta d'elements físics econòmics que configuren l'activitat comercial de la

el régimen de gananciales y no lo hicieron». En el cas resolt per la SAPB, Secc. 18, 4.12.2018 (JUR 2019/821) es considera que la llicència és només del marit, als efectes del càlcul de la compensació econòmica per raó de treball, atesa la titularitat formal i no constar res en contrari.

- 81 En el cas es dona la circumstància que essent-ne l'esposa la titular va vendre la llicència sense comunicar-ho al marit, el qual demana poder participar de la meitat del preu obtingut amb la venda. En el cas resolt per la SAPB, Secc. 16, 14.11.2019 (JUR 328664) es considera que no es pot deduir que la llicència de taxi a nom del marit no es pogués considerar copropietat de tots dos cònjuges, per no haver-se acreditat que va ser adquirida amb fons exclusius d'ell. En la SAPB, Secc. 18, 12.5.2016 (JUR 180307), en canvi, la titularitat formal era del marit, i la dona la discuteix, i malgrat considerar el tribunal que regeix aquest principi, no es pronuncia sobre el fons atès que considera que en el plet matrimonial no es pot discutir sobre la titularitat dels béns dels cònjuges, per al que és necessari acudir a un procediment *ad hoc*. En la SAPB, Secc. 11, 21.4.2016 (JUR 126875) es manté la titularitat formal de la llicència a favor del marit, però se'l condemna a restituir les aportacions que hagi pogut fer l'esposa per a l'adquisició considerades com a «rescabament de l'aportat a una societat o comunitat irregular com a capital inicial per part del soci o comú que reclama la seva part efectiva inicial i que renuncia de facto a reclamar els fruits del negoci que resta en mans exclusives de l'altre.»

farmàcia. Ara bé, aquesta cotitularitat sobre la farmàcia per part de tots dos cònjuges s'haurà de demostrar en el cas concret.⁸²

3.4. Els béns mobles de valor ordinari destinats a l'ús familiar

La innovació de l'apartat segon de l'article 232-3 CCCat, relativa als béns mobles de valor ordinari destinats a l'ús familiar, ha tingut molt de ressò a la pràctica dels tribunals, en ocasió de les crisis matrimonials. La majoria dels cònjuges al·leguen aquest precepte pel que fa a la propietat dels vehicles familiars, però també, escadusserament, en relació amb d'altres béns. La jurisprudència s'ha referit a la regla que estableix aquest precepte com a una «comunitat legal» o «comunitat *ex lege*», és a dir, que la llei pressuposa una comunitat o copropietat dels cònjuges en relació amb determinats tipus de béns, que ho són per la seva naturalesa i destinació, singularment els automòbils.

En efecte, en relació amb l'apartat 1, l'apartat 2 de l'article 232-3 CCCat distingeix quant a la regla de la titularitat formal i la doble presumpció en funció de si es tracta de béns mobles, que tenen un valor ordinari i que estan destinats a l'ús familiar. Aquests tres requisits hauran de concórrer en el cas per tal de poder aplicar aquesta segona regla, la qual estableix una presumpció de copropietat dels cònjuges envers aquest tipus de béns, sense que pugui prevaldre sobre aquesta presumpció la mera prova de la titularitat formal.⁸³

82 En l'esmentada SAPB, Secc. 16, 31.1.2019 (JUR 48070) el marit havia comprat al seu sogre el local i el negoci de farmàcia, com a únic titular, sense que consti la contribució de l'esposa. Ja amb anterioritat en la STSJC 26.10.1996 (RJ 1997/7662), es dona raó de la decisió en apel·lació pel que fa a considerar que la farmàcia adquirida s'ha de considerar cotitularitat dels cònjuges.

83 Per a l'establiment d'aquesta nova regla sobre les titularitats dels cònjuges va ser determinant la STSJC 28.11.2002 (RJ 10924), en la qual es va recollir l'argumentació de la SAPB, Secc. 1, 16.11.2001, en el sentit que «Sigui quin sigui, el cònjuge a nom del qual va ser lliurada la factura, i que consta com a titular a la documentació del vehicle (matriculació, impostos...), les proves i al·legacions efectuades en el procediment demostren que la caravana va ser adquirida pels dos cònjuges els quals, com a unitat familiar, havien d'usar un vehicle especialment dissenyat per poder gaudir d'una comoditat, i en definitiva, d'una determinada forma de viure l'esbarjo familiar», al que afegeix el TSJC: «Argumentando a continuación la sentencia que tales situaciones son normales en la familia, que participa en el uso común de unos bienes aunque la titularidad de los mismos se adscriba a uno solo de sus miembros. Sólo después, la sentencia alude a que tal situación viene hoy ya

Quan es tracta de béns mobles que tenen un valor ordinari i que estan destinats a l'ús familiar, aleshores la titularitat formal coneguda cedeix davant una presumpció legal de copropietat. Amb aquesta innovació l'àmbit d'aplicació de l'apartat 1 relatiu a la titularitat formal queda força restringit, tal vegada pràcticament als béns immobles, i algun altre cas concret. Cal, però, que es tracti de béns mobles i, cumulativament, que aquests tinguin un valor ordinari i estiguin destinats a l'ús familiar. El valor ordinari dels béns cal entendre'l en termes relatius i no absoluts, és a dir, en relació amb béns de la mateixa classe, i aquesta classificació ve determinada també pel destí. Si es tracta de béns destinats al consum familiar però de valor extraordinari, en relació amb béns de la mateixa classe, i no en relació amb la renda o patrimoni de la família de què es tracti, aleshores regirà la regla de l'apartat primer i, per descomptat, si es tracta de béns mobles que no estan destinats a l'ús familiar. La regla sembla clara, però a la pràctica pot plantejar dubtes. A banda d'haver restringit l'àmbit d'aplicació de l'apartat 1 sobre titularitat formal, aquesta regla especial també ho ha fet en relació amb la de l'article 232-4 CCCat, sobre titularitat dubtoses, atès que pressuposa la copropietat dels cònjuges sobre una bona part dels béns mobles de les famílies catalanes. Tècnicament, però, l'article 232-4 CCCat no estableix tant una presumpció de comunitat com una determinació d'aquesta comunitat.⁸⁴

Ara bé, tal com s'ha apuntat, la llei no resol si operen també les presumpcions de l'apartat 1 de l'article 232-3 CCCat per aquest tipus de béns. La qüestió és dubtosa i a la pràctica no hi ha una solució unívoca. És a dir, el precepte disposa que la mera prova de la titularitat formal no preval sobre la presumpció de copropietat dels cònjuges. Però aquesta presumpció de copropietat de què resulta? És una presumpció *ex lege*? O resulta de la mera possessió de tots dos? O per haver-los adquirit amb diners propis? O regeix la presumpció de donació en cas de contraprestació

normativamente contemplada en el Codi de Família y cita los preceptos 2 y 8 del texto legal», per acabar reblant el TSJC que «hay que entender, como hace el Tribunal “a quo”, que la adquisición del bien de uso común se hizo por ambos cónyuges, aunque figure a nombre de uno solo de ellos; titularidad común que, a mayor abundamiento, se daría en caso de duda por aplicación del art. 40 del mismo Codi. Las gestiones realizadas indistintamente por uno y otro cónyuge cerca de las entidades demandadas antes de acudir al pleito así lo fijan de manera incontestable.»

84 PUIG I FERRIOL, «Comentari als articles 37 a 40...», p. 227, la qualifica com a norma de tancament del règim econòmic de separació.

amb béns o diners de l'altre cònjuge? Es pot distingir sobre l'origen dels fons de la contraprestació? Té un paper rellevant en la determinació de la titularitat l'origen de la contraprestació satisfeta? És a dir, en el cas d'un vehicle que estigui a nom només d'un cònjuge, i que consti que l'ha pagat íntegrament aquest amb els seus ingressos, la presumpció de copropietat desvirtua l'efecte de tot l'anterior? El precepte fa referència a «la mera prova de la titularitat», el que sembla indicar que la prova d'altres circumstàncies permet també destruir la presumpció de copropietat. Cal entendre que aquesta mera prova de la titularitat es refereix a registres administratius, a factures, rebuts o altres justificants d'adquisició a nom d'un sol cònjuge, com podria ser el pagament del preu amb una targeta bancària.⁸⁵ Si l'adquisició és de tots dos cònjuges aleshores sembla que la regla de la titularitat formal i la presumpció de donació regeix sense possibilitat de més prova que no hi havia voluntat de donar la contraprestació. Però també pot succeir que consti a nom només d'un ells i que la prestació s'hagi satisfet amb diners de l'altre.

Pel que fa a aquest tipus de béns, cal tenir en compte el solapament que es pot produir amb la normativa sobre direcció de la família i despeses familiars, localitzada en seu d'efectes del matrimoni, dels articles 231-4 a 231-8 CCCat. En aquests preceptes es preveu una legitimació dels cònjuges per actuar en el tràfic jurídic per adquirir béns de valor ordinari, amb un efecte de responsabilitat solidària, en relació amb béns que queden inclosos entre les despeses familiars. Amb la lògica d'aquests preceptes, és clar que la copropietat dels béns adquirits per un de sol ha de resultar en favor de tots dos cònjuges.⁸⁶ La jurisprudència ha establert una relació entre aquests preceptes del règim primari amb els corresponents del règim de separació

85 Tracta amb molt de detall de la qüestió, SAPB, Secc. 18, 22.4.2021 (JUR 204419), que nega que l'origen dels fons amb què s'ha adquirit el bé sigui determinant de la titularitat, la qual només podrà resultar del destí no familiar del bé.

86 Sobre la qüestió, recentment, LAMARCA I MARQUÈS, Albert, «Direcció de la família i responsabilitat dels cònjuges per les necessitats i les despeses familiars», a: BADOSA COLL, Ferran (Ed.), GINEBRA MOLINS, Esperança; LAUROBA LACASA, Elena (Coords.), *Estudis de dret català. Llibre homenatge al Prof. Antoni Mirambell i Abancó*, Barcelona, Atelier, 2022, p. 559-583, p. 579.

de béns, entre els quals no sembla possible una nítida distinció de l'àmbit d'aplicació.⁸⁷

3.4.1. Els vehicles dels cònjuges

La pretensió per a la declaració de la propietat sobre cotxes i altres vehicles dels cònjuges és una qüestió recurrent en els plets matrimonials, que en ocasions va acompanyada d'una pretensió d'atribució de l'ús com a efecte de la separació o el divorci.⁸⁸ Aquesta darrera pretensió no es considera admissible que sigui acordada judicialment, llevat que respongui a un acord dels cònjuges. Excepcionalment hi ha pretensions relatives a altres tipus de vehicles a motor.⁸⁹

87 Així en la SAPB, Secc. 18, 9.6.2021 (JUR 268043) s'afirma: «L'article 232-3.2 CCCat conté una regla de titularitat que formula un proindivís *ex lege*, una presumpció legal de cotitularitat que guarda coherència i dona continuïtat a la previsió de l'art. 231-4.2 CCCat que recull la presumpció d'actuació individual consentida per l'altre cònjuge en el marc de l'atenció a les necessitats i despeses familiars ordinàries d'acord amb els usos i el nivell de vida de la família, i presumeix que el cònjuge que actua té el consentiment de l'altre». En el mateix sentit la SAPB, Secc. 18, 8.4.2016 (JUR 131420). En la SAPB, Secc. 18, 22.4.2021 (JUR 204419) s'arriba a afirmar que «cabe presumir que uno de los cónyuges ha adquirido el bien de valor ordinario a nombre de los dos y por lo tanto ejerciendo la representación del otro».

88 La negativa, entenen els tribunals, resulta de l'article 233-4 CCCat, que no contempla aquesta atribució de l'ús, i la qüestió s'ha de decidir d'acord amb les normes de la comunitat de béns, SAPB, Secc. 18, 21.10.2022 (JUR 377975); també sobre la qüestió, SAPB, Secc. 18, 18.6.2021 (JUR 274771), SAPB, Secc. 12, 21.11.2014 (JUR 2015/34249) i SAPB, Secc. 12, 29.7.2014 (JUR 237801). Per contra, en la SAPB, Secc. 18, 12.2.2014 (JUR 85199), s'afirma: «Ciertamente es que se acordó el "uso" de los vehículos y no su adjudicación, pero en aquel momento no estaba en vigor el art. 232-3.2 CCCat, que incluye la afectación de los vehículos a la presunción de que son bienes indivisos (Preámbulo, II, c), por lo que hay que entender que tal atribución, especialmente para productos que son perecederos, implicaba la adjudicación y el poder de disposición.»

89 Com ara motos, SAPG, Secc. 2, 14.3.2018 (JUR 92082), SAPB, Secc. 12, 6.5.2016 (JUR 196772) i SAPB, Secc. 14, 14.1.2020 (341390) referida a una parella estable. Són habituals les pretensions relatives al que en la jurisprudència es designen com a caravanes i autocaravanes, STSJC 28.11.2002 (RJ 10924), SAPB, Secc. 18, 20.10.2022 (JUR 393953), SAPB, Secc. 18, 23.7.2020 (JUR 253407) i SAPL, Secc. 2, 25.5.2018 (JUR 168390). Sorprenentment, en el cas resolt per la SAPB, Secc. 12, 1.3.2021 (JUR 152951) es considera que una autocaravana valorada en 17.300 euros no està inclosa en l'àmbit d'aplicació de l'article 232-3.2 CCCat, atès que cal entendre-hi compresos només «los enseres de la vivienda familiar, pero no una propiedad que no solo es de titularidad administrativa de la esposa, sino que además fue pagada con dinero de la misma».

Pel que fa a la pretensió dels cònjuges de declaració de la propietat controvertida sobre un automòbil, la decisió judicial pivota sobre diverses variables, amb un biaix favorable a la copropietat, d'acord amb la dicció de l'article 232-3.2 CCCat, que es qualifica pels tribunals com un supòsit de «comunitat *ex lege*».⁹⁰ Ara bé, caldrà provar primer que es tracta d'un vehicle destinat a l'ús familiar, essent molt difícil demostrar el contrari.⁹¹ És a dir, que es tracta d'un vehicle destinat de manera directa i exclusiva a l'activitat professional d'un cònjuge, en els termes de l'article 232-4 CCCat, i també que aquest pugui acreditar que ha estat adquirit exclusivament amb fons que li pertanyen.⁹² En segon lloc, es pot fer referència al registre administratiu de trànsit, quant a la titularitat formal i, en darrer terme, a la propietat o origen dels fons esmerçat en l'adquisició.⁹³ Per descomptat que si el vehicle s'ha adquirit abans del matrimoni no és aplicable la presumpció de l'article 232-3.2 CCCat.⁹⁴ A més, el caràcter del vehicle com a bé comú dels cònjuges, si així es declara, impedeix acollir pretensions relatives als préstecs que s'hagin pogut satisfer per adquirir-los.⁹⁵

Cal dir que en un percentatge considerable la qüestió es reenvia a un procediment declaratiu ordinari, amb l'argument que el procediment matrimonial no admet l'acumulació d'aquesta acció, i que el recurs al procediment dels articles 806 a 811 LEC, que preveu la DA 3.6 de la Llei 25/2010, només es possible si hi ha acord dels cònjuges pel que fa a la titularitat dels béns a dividir, com més endavant s'analitzarà.⁹⁶ Això no impedeix, però, que hi hagi un bon nombre de procediments matrimonials on la qüestió es resol igualment, amb arguments diversos, a desgrat de

90 SAPB, Secc. 18, 18.6.2021 (JUR 274771), SAPB, Secc. 18, 9.6.2021 (JUR 268043), SAPB, Secc. 18, 22.4.2021 (JUR 204419), SAPB, Secc. 18, 8.4.2016 (JUR 131420), SAPB, Secc. 18, 28.5.2014 (JUR 227145) i SAPB, Secc. 18, 9.10.2013 (JUR 354512).

91 Però no impossible, SAPL, Secc. 2, 18.3.2022 (JUR 189926), en el cas l'esposa no tenia carnet de conduir i no n'havia provat l'ús familiar, a més que el vehicle estava només a nom del marit i no es prova que es va pagar amb fons de tots dos. També en la SAPB, Secc. 18, 18.3.2014 (JUR 115083).

92 Cfr. SAPT, Secc. 3, 1.12.2022 (JUR 2023/38392) i SAPG, Secc. 2, 14.3.2018 (JUR 92082).

93 SAPB, Secc. 18, 22.4.2021 (JUR 204419), SAPT, Secc. 3, 11.3.2021 (156511), SAPT, Secc. 1, 12.6.2020 (JUR 227612) i SAPB, Secc. 18, 30.5.2014 (JUR 227440).

94 SAPB, Secc. 18, 17.5.2019 (JUR 174522).

95 SAPB, Secc. 12, 25.5.2018 (JUR 164285).

96 SAPB, Secc. 12, 26.1.2018 (JUR 82303), SAPB, Secc. 12, 22.11.2016 (JUR 2017/79585), SAPB, Secc. 12, 22.11.2016 (JUR 2017/79585) i SAPB, Secc. 18, 8.4.2016 (JUR 131420).

l'anterior, sobretot per l'existència d'una presumpció legal, i malgrat la controvèrsia entre els cònjuges.⁹⁷ Per descomptat que si no hi ha oposició dels cònjuges, o prova que desvirtuï fonamentadament la copropietat, la divisió serà possible en el plet matrimonial.⁹⁸ I també són diversos els plets que consten adreçats específicament a la declaració de la titularitat sobre el bé i la seva divisió.⁹⁹

Pel que fa a la consideració dels automòbils com a béns mobles de valor ordinari¹⁰⁰ destinats a l'ús familiar, de manera determinant es fa referència pels tribunals, com a argument d'autoritat o interpretació autèntica, al

97 SAPB, Secc. 18, 21.10.2022 (JUR 377975), SAPT, Secc. 3, 9.6.2022 (JUR 229984), SAPL, Secc. 2, 18.3.2022 (JUR 189926), SAPB, Secc. 18, 23.7.2020 (JUR 253407), SAPB, Secc. 18, 17.5.2019 (JUR 174522), SAPL, Secc. 2, 28.7.2017 (JUR 269873), SAPB, Secc. 18, 28.5.2014 (JUR 227145), SAPB, Secc. 12, 19.1.2013 (JUR 384066) i SAPB, Secc. 18, 9.10.2013 (JUR 354512). En la SAPB, Secc. 18, 22.4.2021 (JUR 204419) s'afirma «en definitiva, hay una presunción legal de cotitularidad que no ha sido desvirtuada lo que determina la estimación del motivo que se examina y la procedencia de declarar su división que se hará efectiva en ejecución de la presente resolución». Caldrà, però, que el cotxe sigui titularitat d'un dels cònjuges, aquesta divisió no és possible si és a nom d'un dels fills, per exemple, per raó d'una discapacitat, SAPB, Secc. 18, 2.5.2019 (JUR 159599), o com a conseqüència d'una donació a la filla, SAPB, Secc. 12, 15.3.2018 (JUR 92051).

98 SAPB, Secc. 18, 10.4.2019 (JUR 143120).

99 SAPT, Secc. 3, 1.12.2022 (JUR 2023/38392), SAPG, Secc. 1, 31.5.2021 (JUR 259481), SAPG, Secc. 2, 19.11.2019 (JUR 319479) i SAPB, Secc. 1, 22.1.2019 (JUR 47940).

100 Sorprenentment en la SAPB, Secc. 12, 22.11.2016 (JUR 2017/79585) es diu que un cotxe no és un bé de valor ordinari i s'aplica l'article 232-3.1 CCCat per a la determinació de la titularitat, en concret s'afirma: «pues bien, este precepto se refiere a bienes muebles “de valor ordinario” y está pensado para los bienes familiares de uso cotidiano como por ejemplo el mobiliario del hogar ó los electrodomésticos, pero no para un vehículo que, después de la vivienda, suele ser el gasto más importante de una familia; en estos casos hay que acudir al artículo 232-3.1 que indica que en el régimen de separación de bienes como el que nos ocupa los bienes adquiridos a título oneroso durante el matrimonio pertenecen al cónyuge que conste como titular. En cualquier caso, al encontrarnos con un régimen de separación de bienes ninguna referencia se puede hacer sobre el uso de los bienes familiares, más allá del uso del domicilio conyugal, si no existe acuerdo entre las partes, debiendo las mismas solventar las discrepancias que puedan tener sobre la titularidad de los vehículos ante la jurisdicción civil ordinaria.» També aplica l'article 232-3.1 CCCat la SAPG, Secc. 1, 14.2.2014 (JUR 88108).

Preàmbul de la Llei 25/2010, el qual expressament els inclou.¹⁰¹ També s’afirma reiteradament que la titularitat formal en matèria de vehicles, per la inscripció en el registre administratiu de trànsit, no té cap efecte sobre la titularitat material.¹⁰² Així s’ha afirmat per al dret català anterior en la coneguda sentència del TSJC de 28.11.2002 (RJ 10924), però expressament es recull en el Preàmbul del *Real Decreto 2822/1998, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Vehículos*.¹⁰³ Cal tenir en compte que la modificació operada per la *Ley 18/2009, de 23 de noviembre, por la que se modifica el texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, aprobado por el Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, en materia sancionadora*, ha tingut un fort impacte a la pràctica, en la mesura en què va modificar l’article 59 del RDLeg 339/1990, en el sentit que «en las autorizaciones administrativas de circulación únicamente constará un titular», el que ha incidit en la titularitat dels automòbils dels cònjuges, que només consta a nom d’un d’ells, amb efectes a partir del 24 de maig de 2010. Aquesta mateixa previsió es conté en l’article 59.3 del vigent *Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba*

101 En la SAPB, Secc. 12, 15.12.2022 (JUR 2023/57665) s’afirma: «no hay duda de que los coches o vehículos automóviles se consideran por el legislador de “valor ordinario” y que se incluyen en el régimen de proindivisión los vehículos automóviles de uso familiar», també així, SAPB, Secc. 18, 9.6.2021 (JUR 268043), SAPL, Secc. 2, 3.5.2021 (JUR 201506), SAPB, Secc. 18, 22.4.2021 (JUR 204419), SAPT, Secc. 3, 11.3.2021 (156511), SAPB, Secc. 4, 22.2.2021 (JUR 134736), SAPB, Secc. 4, 25.1.2021 (JUR 72918), SAPL, Secc. 2, 30.11.2020 (JUR 2021/22063), SAPB, Secc. 18, 23.7.2020 (JUR 253407), SAPG, Secc. 2, 19.11.2019 (JUR 319479), SAPB, Secc. 11, 17.7.2019 (JUR 263115), SAPB, Secc. 18, 10.4.2019 (JUR 143120), SAPL, Secc. 2, 25.5.2018 (JUR 168390), SAPL, Secc. 2, 15.5.2015 (JUR 166718), SAPL, Secc. 2, 11.3.2015 (JUR 121810) i SAPL, Secc. 2, 3.5.2012 (JUR 240710).

102 SAPB, Secc. 18, 5.5.2021 (JUR 206527), SAPT, Secc. 3, 11.3.2021 (156511), SAPB, Secc. 1, 29.6.2020 (JUR 247791) i SAPB, Secc. 11, 23.1.2014 (JUR 51149).

103 De fet, aquest RD 2822/1998 fa referència al Preàmbul al caràcter «puramente administrativo» d’aquest registre, de manera que «Los datos que figuran en el Registro de Vehículos carecen pues de efectos sustantivos civiles, según se desprende además de una abundantísima jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, entre otras, de la sentencia de 6 de marzo de 1984, en la que se declara que el derecho de la propiedad “está desvinculado en términos generales —Sentencias de 19 de diciembre de 1966, 16 de noviembre de 1967 y 14 de diciembre de 1983— de lo que se halla dispuesto en el Código de la Circulación (artículos 241 y siguientes, principalmente) sobre matriculación, permiso de circulación, registro-archivo de la Jefatura Provincial y Registro General de la Jefatura Central de Tráfico, y transferencias, como ya entendieron las sentencias de esta Sala de 22 de diciembre de 1954, 20 de diciembre de 1956, 5 de noviembre de 1965 y 17 de enero de 1967”».

el texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, que ha derogat la normativa anterior del 1990.¹⁰⁴

En darrer terme, l'origen dels fons amb què s'ha pagat el vehicle pot tenir molta importància, si aquest es pot acreditar, qüestió no sempre possible atesa l'entitat del preu pagat, i que tampoc no ha de ser determinant, del tenor del precepte, en virtut del qual cal aplicar la presumpció de donació.¹⁰⁵ A la pràctica, en ocasions, la determinació de la titularitat dels vehicles pot fer les funcions d'atribució del seu ús, en la mesura en què es tracta de béns que perden valor amb el temps i tenen una utilitat temporalment limitada.¹⁰⁶

Una altra qüestió recurrent, en les pretensions entre cònjuges derivades de la titularitat sobre vehicles és la relativa a la disposició un cop sorgida la crisi matrimonial. Per raó de la titularitat exclusiva que resulta al registre administratiu, pot succeir que el cònjuge titular n'hagi disposat sense informar-ne l'altre. En aquests casos no és possible la impugnació de la compravenda feta per la protecció de què gaudeix el tercer adquirent, que ja implica uns fets consumats sobre la titularitat controvertida. Però sí

104 El que no succeïa d'acord amb la normativa anterior, la qual permetia la cotitularitat dels cònjuges, cfr. SAPB, Secc. 12, 15.12.2022 (JUR 2023/57665), SAPB, Secc. 14, 6.10.2022 (JUR 344557), SAPG, Secc. 2, 19.11.2019 (JUR 319479) i SAPL, Secc. 2, 11.3.2015 (JUR 121810).

105 Clarament així en el cas resolt per la SAPB, Secc. 14, 6.10.2022 (JUR 344557): «No hi fa res que el preu de l'adquisició es faci efectiu de manera exclusiva amb diners d'un dels dos, perquè aleshores s'interpreta, tal com disposa l'article 232-3.1 del mateix Codi, que li ha donat a l'altre els diners de la part que correspon a la seva meitat (...) Per tant, si parlem d'un cotxe que es destinava, si més no en part, a dur la filla comú del matrimoni, hem de concloure, encara que no s'hagi acreditat amb quins diners es va pagar, que era de tots dos cònjuges», també SAPB, Secc. 18, 21.10.2022 (JUR 377975), SAPB, Secc. 18, 22.4.2021 (JUR 204419), SAPG, Secc. 2, 19.11.2019 (JUR 319479), SAPB, Secc. 11, 17.7.2019 (JUR 263115) i SAPL, Secc. 2, 28.7.2017 (JUR 269873). Per contra, en la SAPB, Secc. 17, 23.3.2021 (JUR 194641) el fet que es provés que els fons amb què es va pagar el cotxe propietat del marit fossin d'ell fa que es consideri que es destrueix la presumpció de l'article 232-3.2 CCCat, d'una manera que sembla contradictòria amb la lletra i finalitat del precepte, també així en la SAPB, Secc. 4, 25.1.2021 (JUR 72918).

106 En el cas resolt per la SAPB, Secc. 12, 15.12.2022 (JUR 2023/57665) es procedeix a la divisió de la cosa comuna mitjançant l'adjudicació d'un cotxe al marit, el qual ha de lliurar a la dona 820 euros per la seva meitat indivisa.

que s'acullen les reclamacions relatives a la meitat del preu obtingut per aquesta venda.¹⁰⁷

3.4.2. Altres béns mobles i el parament domèstic

Són pocs els casos d'invocació de l'article 232-3.2 CCCat per a d'altres béns mobles que no siguin vehicles a motor,¹⁰⁸ a reserva del fet que en ocasions els cònjuges litiguen en relació amb el parament domèstic o d'altres béns que estaven dins d'un habitatge.¹⁰⁹

Pel que fa al parament domèstic, els tribunals recorren a la regla de l'article 233-20.1 CCCat que determina que l'atribució de l'ús de l'habitatge familiar comporta el del parament, la qual cosa n'impedeix la divisió present, a banda que dificulta provar la propietat exclusiva sobre aquests béns.¹¹⁰ Tanmateix, les controvèrsies entre els cònjuges poden versar sobre béns que es considera que no estan compresos dins del parament, com ara objectes personals, d'origen familiar, de valor extraordinari, joies,¹¹¹ obres

107 SAPT, Secc. 3, 1.12.2022 (JUR 2023/38392), SAPB, Secc. 14, 6.10.2022 (JUR 344557), SAPB, Secc. 4, 22.2.2021 (JUR 134736), SAPL, Secc. 2, 25.5.2018 (JUR 168390), SAPB, Secc. 12, 22.11.2016 (JUR 2017/79585) i SAPL, Secc. 2, 31.1.2022 (JUR 131376), en un cas relatiu a parelles de fet.

108 En el cas resolt per la SAPT, Secc. 3, 9.6.2022 (JUR 229984) es tractava d'un simulador de vol, a nom del marit i pagat a càrrec d'un compte comú, de manera que s'aplica la regla de l'article 232-3.1 CCCat. En la SAPB, Secc. 18, 17.5.2019 (JUR 174522) es tractava de diversos utensilis de bricolatge.

109 No es poden considerar tots els béns mobles com a formant part del parament domèstic, SAPB, Secc. 18, 21.10.2022 (JUR 377975).

110 SAPB, Secc. 12, 15.12.2022 (JUR 2023/57665), SAPL, Secc. 2, 16.11.2022 (JUR 2023/50), SAPB, Secc. 18, 9.6.2021 (JUR 268043), SAPG, Secc. 2, 14.1.2021 (JUR 38179), SAPT, Secc. 1, 12.6.2020 (JUR 227612), SAPB, Secc. 18, 28.11.2018 (JUR 326939), SAPB, Secc. 12, 7.4.2017 (JUR 196915) i SAPL, Secc. 2, 18.2.2016 (JUR 63540).

111 SAPT, Secc. 1, 12.6.2020 (JUR 227612) i SAPB, Secc. 18, 3.11.2016 (2017/53383).

d'art,¹¹² en els termes en què s'hi refereix l'article 231-30.2 CCCat,¹¹³ i per exclusió el propi article 232-3.2 CCCat.¹¹⁴ També la controvèrsia pot derivar del fet que un dels cònjuges s'hagi emportat béns mobles que es podien considerar comuns o formant part del parament domèstic.¹¹⁵ En ocasions es pot tractar de béns destinats a l'activitat professional dels cònjuges,¹¹⁶

112 En el cas resolt per la SAPG, Secc. 2, 6.11.2020 (JUR 360183) els hereus del pare litigaven contra l'esposa en relació amb la propietat d'uns quadres que estaven ubicats al restaurant que havia estat propietat del causant. L'esposa al·legava l'aplicació de l'article 232-3.2 CCCat, però el tribunal considera que aquests béns no recauen en l'àmbit d'aplicació d'aquest precepte ni tampoc es podien considerar com una titularitat dubtosa, i conclou que eren propietat exclusiva del causant.

113 Cfr. RUBIO GIMENO, Gemma, «El dret de predetracció del cònjuge vidu», *Revista Catalana de Dret Privat*, vol. 2, 2003, 235-256, p. 250; SOLÉ FELIU, Josep, «Comentari als articles 35 i 36», a: EGEA FERNÁNDEZ, Joan; FERRER RIBA, Josep (Dir.); LAMARCA I MARQUÈS, Albert; RUISÁNCHEZ CAPELÁSTEGUI, Covadonga (Coords.), *Comentaris al Codi de família, la Llei d'unions estables de parella i la Llei de situacions convivencials d'ajuda mútua*, Madrid, Tecnos, 2000, p. 202-212, p. 203; ARNAU RAVENTÓS, Lúcia, «Comentari als articles 231-30 i 231-31», a: EGEA I FERNÁNDEZ, Joan; FERRER I RIBA, Josep (Dir.); FARNÓS AMORÓS, Esther (Coord.), *Comentari al llibre segon del Codi civil de Catalunya. Família i relacions convivencials d'ajuda mútua*, Barcelona, Atelier, 2014, p. 196-207, p. 198.

114 En la SAPT, Secc. 3, 1.12.2022 (JUR 2023/38392) s'afirma: «El ajuar familiar es el conjunto de bienes muebles afectos al servicio de la vivienda familiar, es decir, los enseres que son propios y necesarios para el uso y habitabilidad de la vivienda y el listado de los bienes reivindicados se refieren en su mayoría a objetos relativos a la profesión del actor». Sobre els objectes personals també, SAPB, Secc. 18, 9.2.2021 (JUR 90162).

115 En ocasions s'arriben a sol·licitar danys morals per no poder disposar d'aquests béns, SAPB, Secc. 12, 15.12.2022 (JUR 2023/57665) i SAPT, Secc. 3, 1.12.2022 (JUR 2023/38392).

116 En el cas resolt per la SAPL, Secc. 2, 3.5.2021 (JUR 201506) es tractava de maquinària agrícola, en relació amb la qual el tribunal considera que pertany a tots dos cònjuges per meitats, a desgrat d'una possible titularitat formal, atès que tots dos la fan servir per a l'activitat professional i ha estat adquirida a càrrec d'un compte corrent conjunt, en relació amb el qual és molt difícil distingir-ne la titularitat dels béns, de manera que es considera que opera la regla de les titularitats dubtoses. En la SAPB, Secc. 16, 8.7.2016 (JUR 213156) es tractava d'una retroexcavadora, formalment a nom del marit, que la utilitzava per a la seva activitat professional, cas en el qual el tribunal considera que si es van esmerçar diners de l'esposa per a l'adquisició cal aplicar la regla de l'article 232-3.1 CCCat i considerar que hi ha hagut una donació.

però també a aficions que només són d'un d'ells, com les antiguitats o els objectes de col·leccionista.¹¹⁷

En aquests casos, el destí del bé, el seu origen o naturalesa pot permetre als tribunals declarar que la propietat és només d'un dels cònjuges i justificar-ne la retenció o recuperació de la possessió. Per contra, com ja s'ha comentat, en la majoria dels casos s'afirma que aquests béns segueixen el destí de l'habitatge familiar. En algun cas molt puntual, de reclamació per part de persones diferents dels cònjuges, s'ha invocat la regla del dret de predetracció de l'article 231-30 CCCat, com a dret vidual familiar, per a evitar aquesta reclamació, per exemple, de pares o altres parents del cònjuge difunt.¹¹⁸ I de la mateixa manera que succeeix per a d'altres béns, en la jurisprudència s'ha considerat també en ocasions que les reclamacions sobre la titularitat no poden ser objecte d'un procediment matrimonial.¹¹⁹

D'acord amb tot l'anterior, la regla de les titularitats dubtoses de l'article 232-4 CCCat té a la pràctica actual un àmbit d'aplicació força reduït, i s'aplica com a tancament del sistema si no regeix la regla de la titularitat formal de l'apartat 1 de l'article 232-3 CCCat, o la de la copropietat sobre béns mobles de valor ordinari destinats a l'ús familiar de l'apartat 2.¹²⁰ A banda de prescriure que són propietat exclusiva de cada cònjuge els bens mobles d'ús personal que no siguin d'extraordinari valor, i els directament destinats a l'exercici de la seva activitat, que s'ha d'entendre professional.¹²¹

117 SAPB, Secc. 18, 17.5.2019 (JUR 174522). Clarament en el cas resolt per la SAPL, Secc. 2, 24.2.2016 (JUR 63257), pel que fa a vehicles antics i maquinària també antiga, que no es poden considerar béns d'ús familiar, i no regeix la presumpció de l'article 232-3.2 CCCat; en fer-ne ús només un cònjuge s'ha de considerar que li pertanyen, i podrien encabir-se en la regla de l'article 232-4 CCCat relativa a objectes personals.

118 SAPL, Secc. 2, 2.2.2015 (JUR 116366). En el cas resolt per la SAPB, Secc. 19, 25.9.2013 (JUR 354811) l'esposa mor un cop separats de fet els cònjuges, de manera que els pares reclamen la meitat dels mobles propietat dels cònjuges al marit, i el tribunal accedeix a què aquest els pagui la meitat del valor, uns 479 euros, mentre que no reconeix cap dret a la restitució de la meitat de les quotes dels préstec hipotecari satisfetes durant la convivència per a l'adquisició de l'habitatge comú.

119 SAPB, Secc. 18, 29.2.2016 (JUR 101876).

120 En la SAPB, Secc. 12, 17.11.2020 (JUR 2021/215956) es dedueix la copropietat dels cònjuges sobre els béns del parament domèstic de l'article 232-3.2 CCCat.

121 Entre aquets darrers béns no es pot incloure l'immoble on es porta a terme l'activitat professional, en contra del principi de la titularitat formal, SAPL, Secc. 2, 30.11.2020 (JUR 2021/22063).

Cal esmentar que en algun cas s'ha plantejat l'aplicació d'aquests preceptes sobre titularitat de béns dels cònjuges a gossos i altres animals de companyia. Davant l'absència encara d'una regulació específica en dret català, i a reserva d'una atribució de l'ús, s'ha qüestionat si es podia determinar la propietat dels animals de companyia en ocasió d'un plet matrimonial. De nou, el registre administratiu que hi pugui haver no es considera determinant de la titularitat, i es pot considerar que existeix una presumpció de cotitularitat per part de tots dos cònjuges.¹²²

3.5. La titularitat dels comptes corrents dels cònjuges

Les controvèrsies sobre la titularitat dels béns dels cònjuges es manifesten també sovint de manera intensa en relació amb els saldos dels comptes corrents. Junt amb l'habitatge familiar i els vehicles, els diners constitueixen un dels actius més rellevants i comuns dels matrimonis, els quals donen lloc a pretensions en ocasió dels procediments matrimonials. En relació amb els diners dels comptes corrents, els cònjuges litiguen tant sobre la propietat dels mateixos, com sobre disposicions que s'hagin pogut fer en un període de temps coetani al trencament de la relació.¹²³

La jurisprudència dels tribunals catalans es basa en una doctrina consolidada del Tribunal Suprem pel que fa a la titularitat sobre els fons dels dipòsits bancaris. Segons aquesta, la titularitat indistinta no pressuposa una copropietat sobre els diners dipositats, la qual es determina en funció del seu origen, sempre que es pugui acreditar i d'acord amb les circumstàncies de cada supòsit de fet. De manera que, en la titularitat dels comptes corrents, cal distingir entre les relacions externes, dels cònjuges

122 En l'AAPB, Secció 14, 23.6.2021 (JUR 2780) es fa referència a la SAPB, Secc. 12, 10.7.2014 (JUR 236945), que inclou un detallat vot particular, però com que en el cas es tractava d'una parella estable es considera no aplicable l'article 232-3.2 CCCat i, per tant, com que el gos estava inscrit a favor de la dona convivent no es considera que es puguin adoptar mesures relatives a estades entre els convivents. També en la SAPG, Secc. 1, 2.7.2020 (JUR 227957) es discuteix sobre la propietat d'un gos entre convivents d'una parella estable, el tribunal confirma la decisió del jutjat de considerar que és copropietat de tots dos, atès que va ser adquirit per tots dos.

123 En la jurisprudència del TSJC, per al dret anterior al CCCat, destaca la STSJC 4.10.1999 (RJ 8039) i també les de 28.10.2004 (RJ 7462) i 8.6.2015 (RJ 5293).

titulars front l'entitat bancària, i les internes o dels cònjuges titulars entre ells pel que fa a la propietat dels fons dipositats.¹²⁴

Als efectes del dret català de família, i en atenció a les al·legacions dels cònjuges, és molt important destacar l'afirmació dels tribunals que la imposició de fons en un compte corrent titularitat de tots dos cònjuges no es pot considerar com una adquisició onerosa, en els termes de l'article 232-3 CCCat, i de les presumpcions que estableix i, per tant, aquest precepte no li és aplicable.¹²⁵ És a dir, que tenir un compte corrent titularitat de tots dos cònjuges, i fer-hi imposicions o ingressos de diners no implica donar-ne la meitat a l'altre cònjuge. Per a què es pugui considerar que aquesta donació s'ha produït s'ha de poder provar expressament, d'acord amb el principi que les donacions no es presumeixen.¹²⁶ A la pràctica aquesta regla té molta importància, i esvaeix els dubtes que es puguin plantejar sobre la generalització d'una presumpció de donació en qualsevol actuació patrimonial entre cònjuges sotmesos al règim de separació de béns, en virtut de l'article 232-3 CCCat, la qual, d'altra banda, podria resultar de

124 STSJC 8.6.2015 (RJ 5293), SAPB, Secc. 1, 31.3.2022 (JUR 206455), SAPB, Secc. 19, 13.1.2022 (JUR 125551), SAPG, Secc. 2, 17.11.2021 (JUR 2022/42856), SAPB, Secc. 16, 18.10.2021 (JUR 375513), SAPL, Secc. 2, 3.5.2021 (JUR 201506), SAPB, Secc. 1, 20.4.2021 (JUR 201744), SAPT, Secc. 1, 12.6.2020 (JUR 227612), SAPB, Secc. 18, 10.1.2020 (JUR 54065), SAPB, Secc. 11, 17.7.2019 (JUR 263115), SAPG, Secc. 2, 14.3.2018 (JUR 92082), SAPB, Secc. 13, 22.9.2016 (JUR 238326), SAPL, Secc. 2, 11.3.2015 (JUR 121810), SAPB, Secc. 19, 19.3.2014 (JUR 135533), SAPB, Secc. 18, 18.3.2014 (JUR 115083), SAPB, Secc. 18, 9.10.2013 (JUR 354512) i SAPB, Secc. 11, 26.9.2013 (JUR 335482).

125 Expressament en la STSJC 8.6.2015 (RJ 5293), també SAPB, Secc. 13, 3.6.2022 (JUR 248892), SAPB, Secc. 14, 12.5.2022 (JUR 233534), SAPB, Secc. 19, 13.1.2022 (JUR 125551), SAPB, Secc. 16, 18.10.2021 (JUR 375513), SAPL, Secc. 2, 30.11.2020 (JUR 2021/22063) i SAPB, Secc. 18, 14.7.2017 (JUR 48769).

126 En el cas resolt per la SAPB, Secc. 13, 3.6.2022 (JUR 248892) el compte corrent on es va fer la imposició pel marit era només titularitat de la dona, fet que va ser rellevant per considerar la naturalesa de la donació dels diners, que per descomptat el tribunal considera que pot resultar d'una donació no formalitzada per escrit, d'acord amb l'article 531-12.2 CCCat; també ho era en el cas resolt per la SAPB, Secc. 14, 12.5.2022 (JUR 233534), però del marit, i el tribunal considera que no hi va haver un préstec, atès que aquest no s'ha provat, però tampoc necessàriament una donació, ans per qualsevol altra motivació derivada de l'economia familiar. A favor de considerar que ha existit una donació, SAPG, Secc. 2, 17.11.2021 (JUR 2022/42856). En contra de la donació SAPB, Secc. 16, 18.10.2021 (JUR 375513), SAPB, Secc. 16, 24.10.2017 (JUR 293759), SAPB, Secc. 18, 14.7.2017 (JUR 48769), SAPB, Secc. 12, 19.1.2013 (JUR 384066) i SAPB, Secc. 11, 26.9.2013 (JUR 335482).

la voluntat dels cònjuges de compartir el patrimoni.¹²⁷ Cal tenir molt en compte, pròpiament, que el fet que els cònjuges estiguin casats en separació de béns permet distingir sobre la propietat dels diners, a diferència del que pot succeir en el règim de *gananciales*, per efecte de la comunicació que es produeix entre els cònjuges d'allò guanyat per ells, assenyaladament el sou o retribució per l'activitat professional, que s'ingressen a un compte corrent conjunt. Per efecte d'aquest règim no es produeix una donació entre cònjuges i sí una comunicació de la propietat sobre aquests diners guanyats i que s'ingressen al compte corrent.¹²⁸

La resolució dels supòsits que es plantegen a la pràctica dels tribunals en matèria de comptes corrents depèn de molts factors. En primer lloc, és cabdal que el compte estigui a nom de tots dos cònjuges,¹²⁹ i també conèixer l'origen dels diners ingressats i les despeses que s'han fet amb càrrec al compte corrent.¹³⁰ També ho és la durada de la relació matrimonial i el fonament de la pretensió d'un cònjuge envers l'altre.¹³¹ Dificilment els tribunals acullen pretensions entre els cònjuges de disposicions de fons molt antigues, mentre que sí que és més habitual que això succeeixi pel que fa a les recents. Al mateix temps, cal tenir en compte les despeses que s'han fet amb càrrec al compte corrent en qüestió, especialment si

127 Així clarament en el cas resolt per la SAPB, Secc. 16, 24.10.2019 (JUR 327781), relatiu a pretensions entre els cònjuges sobre els saldos dels comptes corrents: «hay que examinar la conducta de los cónyuges y, si resulta que lo compartían todo, o casi todo, resultará imposible no deducir la presunción de una voluntad de compartir el patrimonio de la pareja y, por tanto, de que el mejor situado económicamente, donase al otro lo necesario para que tuviese lugar ese fenómeno de compartir el patrimonio.»

128 SAPL, Secc. 2, 30.11.2020 (JUR 2021/22063). Cal tenir en compte que l'article 171 de la *Ley 58/2003, de 17 diciembre, General Tributaria*, sobre «Embargo de bienes o derechos en entidades de crédito o de depósito», a l'apartat segon preveu: «Cuando los fondos o valores se encuentren depositados en cuentas a nombre de varios titulares sólo se embargará la parte correspondiente al obligado tributario. A estos efectos, en el caso de cuentas de titularidad indistinta con solidaridad activa frente al depositario o de titularidad conjunta mancomunada, el saldo se presumirá dividido en partes iguales, salvo que se pruebe una titularidad material diferente», qüestió que es tracta de manera diferent en l'àmbit concursal en l'article 197 del *Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal*.

129 En un altre cas no es pot plantejar la qüestió de la copropietat sobre els fons, SAPB, Secc. 13, 22.9.2016 (JUR 238326).

130 SAPB, Secc. 11, 17.7.2019 (JUR 263115).

131 En el cas resolt per la SAPB, Secc. 1, 20.4.2021 (JUR 201744) s'aporten més de 10.000 moviments bancaris relatius a la vida en comú durant 14 anys.

són les referides a les despeses familiars, la contribució a les quals no es fa necessàriament per parts iguals entre els cònjuges.¹³² Pel que fa a l'origen dels fons dipositats, a reserva del més habitual que fa referència al sou per l'activitat laboral o els guanys per l'activitat professional, pot ser rellevant al·legar-ne el caràcter «privatiu», d'acord amb la classificació típica dels règims de guanys (article 232-32 CCCat), que sovint corresponen amb els béns a descomptar per al càlcul de la compensació econòmica per raó de treball de l'article 232-6.1.c) CCCat, com ara diners rebuts per herència, indemnitzacions per accidents i danys personals, però també indemnitzacions rebudes per la finalització d'una relació laboral, com a guany excepcional.¹³³ En el cas que la controvèrsia entre els cònjuges, en ocasió del plet matrimonial, impedeixi al tribunal resoldre sobre la qüestió, també es pot produir el reenviament a un plet ordinari adreçat a decidir-la.¹³⁴

Sí que els tribunals són sensibles a atendre pretensions relatives a disposicions unilaterals de diners coetànies al trencament de la relació matrimonial. En aquests casos caldrà acreditar que els fons eren propietat del cònjuge que, d'acord amb el contracte amb l'entitat bancària, ha pogut disposar-ne unilateralment, estant el compte corrent a nom de tots dos, sense comunicar-ho a l'altre. En cas contrari, si els diners eren de tots dos o de l'altre cònjuge, els haurà de restituir en la part corresponent.¹³⁵

En darrer terme, cal considerar que si bé l'obertura d'un dipòsit bancari conjunt i l'ingrés de diners no suposa una adquisició onerosa pels cònjuges, sí que ho és la que es porta a terme amb aquests diners, cas en el qual

132 SAPB, Secc. 18, 10.1.2020 (JUR 54065) i SAPG, Secc. 2, 14.3.2018 (JUR 92082).

133 SAPB, Secc. 17, 18.11.2022 (JUR 2023/43108), SAPB, Secc. 12, 4.2.2022 (JUR 140681), SAPB, Secc. 18, 18.3.2014 (JUR 115083).

134 SAPB, Secc. 18, 9.10.2013 (JUR 354512).

135 Ja a la STSJC 4.10.1999 (RJ 8039), també SAPT, Secc. 3, 1.12.2022 (JUR 2023/38392), SAPB, Secc. 17, 18.11.2022 (JUR 2023/43108), SAPB, Secc. 16, 18.10.2021 (JUR 375513), SAPB, Secc. 1, 14.5.2021 (JUR 236341), SAPL, Secc. 2, 3.5.2021 (JUR 201506), SAPB, Secc. 1, 20.4.2021 (JUR 201744), SAPB, Secc. 18, 9.2.2021 (JUR 90162), SAPL, Secc. 2, 30.11.2020 (JUR 2021/22063), SAPT, Secc. 1, 12.6.2020 (JUR 227612), SAPB, Secc. 18, 2.5.2019 (JUR 159599), SAPL, Secc. 2, 17.10.2017 (JUR 2018/13375) i SAPB, Secc. 19, 19.3.2014 (JUR 135533). Cal que es tracti d'una pretensió a una disposició concreta, a diferència del que s'afirma en el cas resolt per la SAPT, Secc. 3, 9.6.2022 (JUR 229984): «La demanda no trata del reembolso de disposiciones de la cuenta común realizadas por un cónyuge para atender una finalidad ajena a la prevista por ambos, sino de la pretensión de la revisión de los pagos efectuados a través de dicha cuenta común a lo largo de la vida del matrimonio, desligando su pretensión del pacto tácito existente entre las partes respecto a la contribución a la economía común.»

s'apliquen les presumpcions de l'article 232-3 CCat, com tot seguit es veurà. Per bé que la presumpció de donació no regeix per als comptes corrents, sí que regeix la regla de les titularitats dubtoses de l'article 232-4 CCCat, de manera que si la prova de l'origen dels fons del dipòsit no reïx, aquests fons s'hauran de considerar copropietat de tots dos cònjuges.¹³⁶ Això és el que succeeix a la pràctica en relacions de llarga durada, amb comptes corrents en què es carreguen bona part de les despeses familiars, a les quals els cònjuges no han de contribuir necessàriament per parts iguals.¹³⁷ El de la titularitat dels diners dels comptes corrents és probablement en l'actualitat l'àmbit material en què l'aplicació de la regla de les titularitats dubtoses és més important a la pràctica.¹³⁸

3.6. Els actius financers i els títols valors

L'anterior jurisprudència podria fer pensar que totes les titularitats relatives a «diners» i «entitats financeres», en un sentit molt ampli, quedarien excloses de la presumpció de donació entre cònjuges de l'article 232-3 CCCat, per no poder-se qualificar com a adquisicions oneroses. Tanmateix, els tribunals restringeixen la regla de la titularitat dels diners en comptes corrents pròpiament a aquests. En aquests termes, l'adquisició d'actius financers de tota mena pels cònjuges, amb càrrec a aquests fons, sí que es pot considerar com una adquisició onerosa, i aleshores, en cas d'acreditar-se'n la titularitat, regeix la presumpció de donació de l'article 232-3 CCCat.¹³⁹ La qüestió pot arribar a ser complexa, atesa la titularitat formal que efectivament pugui constar sobre aquests actius financers, ja

136 SAPT, Secc. 3, 9.6.2022 (JUR 229984), SAPG, Secc. 2, 17.11.2021 (JUR 2022/42856), SAPL, Secc. 2, 3.5.2021 (JUR 201506), SAPB, Secc. 18, 10.1.2020 (JUR54065) i SAPG, Secc. 2, 14.3.2018 (JUR 92082). Diferentment, pel que fa als préstecs subscrits pels cònjuges amb una entitat bancària, s'ha de considerar que regeix el principi de titularitat formal, SAPB, Secc. 18, 8.4.2016 (JUR 131420), malgrat que es pot entendre aplicable la regla de la responsabilitat solidària per les despeses familiars, segons els casos, de l'article 231-8 CCCat, derivada de l'article 231-4.2 CCCat.

137 SAPB, Secc. 1, 31.3.2022 (JUR 206455).

138 En ocasions també es fa referència a l'article 231-13 CCCat, sobre comptes indistints, adreçat a les relacions dels cònjuges envers tercers, SAPL, Secc. 2, 11.3.2015 (JUR 121810), sobre el precepte, GÓMEZ POMAR, «Comentari als articles 231-11 a 231-14...», p. 117.

139 Però també amb fons, per exemple, exclusius d'un dels cònjuges rebuts per herència, si els fons s'adquireixen per parts iguals entre els cònjuges, SAPB, Secc. 12, 22.1.2018 (JUR 82382).

que no es poden considerar com a béns mobles de valor ordinari destinats a l'ús familiar, malgrat l'evident importància en l'economia domèstica en una majoria de casos.

L'adquisició de fons d'inversió o d'accions cotitzades en borsa, de deute públic,¹⁴⁰ o la resta de productes o actius financers als que, per exemple, fa referència l'article 427-27 CCCat en seu de llegats, sí que es qualifica per la jurisprudència com una adquisició onerosa. Quan els diners dipositats en un compte corrent conjunt dels cònjuges han servit per adquirir aquests actius aleshores operen les presumpcions de l'article 232-3 CCCat i en cap cas regeix el principi de la subrogació real, aliè a la dinàmica patrimonial dels matrimonis catalans en separació de béns.¹⁴¹

3.7. Les adquisicions no oneroses

En els règims de comunitat, en què hi ha una *vis atractiva* pel caràcter comú o de guanys dels béns adquirits pels cònjuges (article 1361 CCesp), fins i tot s'arriben a preveure regles de presumpció de la mateixa en cas d'adquisicions no oneroses dels cònjuges (article 1353 CCesp). Per al dret català, en canvi, l'article 232-3 CCCat es refereix exclusivament a les adquisicions oneroses, assumint que en les gratuïtes no hi ha contraprestació i, per tant, la titularitat resulta del títol adquisitiu, sense necessitat de cap altra consideració ni presumpció.¹⁴² Sí que l'article 232-2

140 Així, en el cas resolt per la STSJ 4.10.1999 (RJ 8039) es tractava de l'adquisició conjunta pels cònjuges de lletres del tresor a càrrec dels fons d'un compte conjunt dels cònjuges, en el qual el marit havia dipositat una quantitat important derivada de la venda d'unes participacions d'una societat de la seva propietat.

141 Amb molt de detall tracta la qüestió, en un cas molt complex, la SAPB, Secc. 19, 13.1.2022 (JUR 125551), que tanmateix determina que tots els actius financers dels cònjuges, incloses assegurances de vida o plans de pensions, tenen caràcter conjunt, a desgrat de la titularitat formal que correspongui, per haver estat adquirits d'acord amb fons comuns. També sobre la qüestió SAPB, Secc. 16, 18.10.2021 (JUR 375513), SAPT, Secc. 1, 12.6.2020 (JUR 227612), SAPB, Secc. 16, 24.10.2019 (JUR 327781), SAPB, Secc. 1, 30.4.2019 (JUR 156967), SAPB, Secc. 18, 14.7.2017 (JUR 48769), SAPB, Secc. 16, 30.3.2017 (JUR 127273), SAPB, Secc. 16, 8.7.2016 (JUR 213156), SAPB, Secc. 19, 10.2.2016 (JUR 96774) i SAPG, Secc. 1, 30.11.2015 (JUR 22595). En la SAPB, Secc. 18, 7.2.2018 (JUR 83404) es considera que el rescat d'una assegurança de vida té caràcter «privatiu» d'un cònjuge.

142 De manera crítica, pel que fa a l'apartat 2 del precepte, BAYO DELGADO, «Comentari als articles 232-1 a 232-12», p. 688.

CCCat indica que les adquisicions gratuïtes constitueixen en tot cas béns propis dels cònjuges. En seu del règim de separació, però, l'article 232-6 CCCat fa referència a les adquisicions a títol gratuït, i també a les donacions fetes, per a les regles de càlcul de la compensació econòmica per raó de treball, qüestió molt rellevant de la que es tracta més endavant.

En la jurisprudència són molt pocs els casos en què la qüestió es planteja, només referits a donacions dels pares d'un dels cònjuges, cas en el qual, si s'arriba a provar, es considera que l'adquisició és exclusiva del fill donatari.¹⁴³

3.8. La modificació de la titularitat sobre els béns per acord dels cònjuges i per decisió judicial

En els casos analitzats existeix una controvèrsia entre els cònjuges pel que fa a la titularitat dels béns. De fet, els cònjuges pretenen en seu judicial que es declari que un bé els pertany en exclusiva, i es negui la titularitat de l'altre, o que també els pertany en comunitat amb l'altre cònjuge.¹⁴⁴ Per això sol·liciten del tribunal la declaració de la titularitat sobre el bé, per raó d'una adquisició onerosa. A aquesta controvèrsia hi pot posar fi un acord entre els cònjuges, que permet alterar la titularitat formal existent. De fet, els tribunals validen no només les atribucions fetes entre els cònjuges per a posar fi a la crisi matrimonial, com també les declaracions relatives a la titularitat sobre els béns en acords o transaccions que s'incorporen en els convenis reguladors. Aquests acords també poden constar en documents privats subscrits en ocasió de la crisi o bé anteriorment, i suposen un reconeixement de l'alteració de la titularitat formal que consta al Registre de la Propietat, que s'admet pels tribunals, atès que no suposa cap vulneració del que preveu l'article 232-3 CCCat, ni comporta considerar que hi ha una transmissió.¹⁴⁵ Cal entendre que aquesta és una declaració entre els cònjuges que arriben a un acord derivat de la vigència del règim econòmic matrimonial

143 SAPB, Secc. 4, 22.2.2021 (JUR 134736).

144 Clarament així en la SAPG, Secc. 2, 10.2.2021 (JUR 81961), en un cas referit a una parella estable.

145 Sobre l'anomenat «juego de la confesión en separación de bienes», ÁLVAREZ OLALLA, «Responsabilidad patrimonial en el régimen de separación de bienes», p. 378; també DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina, «La libertad de pacto en el régimen de separación de bienes», p. 211; ASUA GONZÁLEZ, «El régimen de separación de bienes», p. 66.

i de la comunitat de vida que genera el matrimoni.¹⁴⁶ Al mateix temps, i com s'ha vist, encara que sigui excepcional, és clar que la decisió dels tribunals també permet modificar la titularitat existent sobre els béns, en funció del que resulti de la prova desplegada pels cònjuges en el procediment.

3.9. El fonament de la normativa explicada pels tribunals

L'existència d'aquestes disposicions sobre titularitats dels béns dels cònjuges derivades de les adquisicions oneroses durant el matrimoni, té un sentit i una finalitat pròpies en el règim de separació de béns, com a règim legal supletori en el dret civil català.¹⁴⁷ La jurisprudència que s'ha ocupat de l'aplicació d'aquestes disposicions ha fet un esforç molt important per fixar-ne l'operativa pràctica d'aplicació, quant a la distinció entre els principis de titularitat formal i subrogació real, així com sobre el caràcter de les presumpcions que estableixen, distingint entre les legals o *iuris tantum*, que suposen una regla d'inversió de la càrrega de la prova,

146 Així succeeix en el cas resolt per la SAPB, Secc. 1, 21.12.2020 (JUR 2021/37824), en què, per raons diverses, l'habitatge familiar estava inscrit al Registre de la Propietat només a nom del marit, i posteriorment en document privat aquest reconeix la copropietat de tots dos cònjuges. També en la SAPB, Secc. 16, 20.10.2016 (AC 2017/67), relativa a un contracte privat recollint un pacte d'adjudicació dels béns del matrimoni, en què un d'ells compel·leix a l'altre a elevar-lo a públic. En la STSJC 9.1.2004 (RJ 1789) es fa referència a un document privat signat entre els cònjuges en què reconeixien que tots els béns adquirits durant el matrimoni els pertanyien per meitats en haver-los adquirits amb els ingressos familiars comuns.

147 Sí que en d'altres ordenaments i règims jurídics existeixen normes de presumpció de titularitats com a normes de tancament del règim, en ocasions referides a béns del parament domèstic o per a decidir entre tipus de béns en els règims de comunitat, com ara als articles 1361 i 1441 CCesp, 206 i 217 CDF aragonès, 4.2 CDC Illes Balears, Leyes 88 i 101 FN navarrès, i també els articles 1538 CC francès, 2.3.62 CC belga, 219 CC italià, 1736 CC portuguès, 1:94.6 CC holandès o § 1362 BGB, cfr. ÀLVAREZ OLALLA, «Responsabilidad patrimonial en el régimen de separación de bienes», p. 406; també NAVAS NAVARRO, Susana, *El régimen de separación de bienes y la protección de los terceros*, València, Tirant lo Blanch, 1996, p. 16; DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, «La libertad de pacto en el régimen de separación de bienes», p. 204. Per a una perspectiva de dret comparat, BOELE-WOELKI, Katharina; FERRAND, Frédérique; GONZÁLEZ BEILFUSS, Cristina; JÄNTERÄ-JAREBORG, Maarit; LOWE, Nigel; MARTINY, Dieter; PINTENS, Walter, *Principles of European Family Law Regarding Property Relations Between Spouses*, Intersentia / CEFL, Cambridge —Antwerp— Portland, 2013, p. 162. En relació amb els *implied trust* del dret anglès, MORALES MARTÍNEZ, «Adquisiciones, negocios fiduciarios y mejoras en relaciones familiares regidas por separación de bienes...», p. 213.

i les processals o *hominis*, en el marc de les normes processals en què s'apliquen (articles 385 i 386 LEC, respectivament).¹⁴⁸ Tanmateix, en la jurisprudència també es manifesten importants esforços per explicar el sentit i la finalitat d'aquestes normes del règim econòmic matrimonial de separació béns, en el conjunt de l'economia familiar i la comunitat de vida que genera el matrimoni, que en constitueixen el fonament en l'aplicació pràctica per a supòsits controvertits, d'acord amb els criteris d'interpretació que estableix l'article 111-2 CCCat per al dret català.

3.9.1. Les disposicions correctores del règim de separació de béns

La jurisprudència ha fonamentat les innovacions en el règim de separació de béns del Llibre segon del CCCat com a mesures correctores del mateix, especialment pel que fa a la compensació econòmica per raó de treball, però també en la regla de l'article 232-3 CCCat sobre adquisicions oneroses. De fet, en bona mesura s'afirma que el que fa el legislador amb aquestes disposicions sobre titularitats i adquisicions és reconèixer el que succeeix a la pràctica en una majoria de matrimonis catalans, pel que fa a compartir voluntàriament els guanys els cònjuges.¹⁴⁹ Per això, de manera generalitzada, la jurisprudència considera inadmissible revisar les decisions preses durant la vida en comú, quan aquesta es basava en una comunitat de vida establerta voluntàriament, un cop la comunitat es

148 Clarament ja en les STSJ C 10.5.1993 (RJ 6323), 19.10.1993 (RJ 10181), 5.3.1998 (RJ 10049), 28.5.2007 (RJ 2008/2805), 7.6.2010 (RJ 3750) i 8.10.2018 (RJ 6128).

149 Així en la SAPB, Secc. 4, 8.11.2012 (JUR 2013/165924): «De esa manera se impide que el cónyuge de quien proceden los fondos con los que se compró intente, a posteriori, entrar a discutir la titularidad o a pretender una compensación por razón del origen del dinero con el que se compró. Por esa vía, evidentemente, se hace común una parte de las ganancias y se acentúa el principio de solidaridad económica familiar convencimiento del legislador catalán de que el principio nominalista en la adquisición de bienes durante el matrimonio en el sistema de separación de bienes, tiene que corregirse desde la experiencia de que, constante matrimonio, ambos componentes de la pareja colaboran en común desarrollo de la vida, redistribuyendo ordinariamente los distintos tipos de gastos con cargo a unas cuentas u otras, por lo que el hecho de que los fondos de determinada adquisición provengan mayormente de determinada cuenta y no de otra, pierde gran parte de sus significación; al mismo tiempo, esta rectificación del principio nominalista impide poner patas arriba la economía de las familias, lo que ocurriría si, a posteriori de las adquisiciones hechas, hubiese que entrar en averiguaciones sobre el origen del dinero, para acordar compensaciones o subrogaciones reales, que sembrarían

trenca i sorgeixen els conflictes.¹⁵⁰ La regla de les adquisicions oneroses, amb les presumpcions que estableix, opera com una defensa, una excepció o *estoppel* front a qualsevol reclamació posterior, amb caràcter retrospectiu dels cònjuges dirigida a desdir-se dels consensos i compromisos absoluts voluntàriament durant la convivència.¹⁵¹

En ocasions, en aplicació de la norma, els tribunals fan referència a l'existència d'una caixa comuna de l'economia familiar, que impedeix fer distincions entre els patrimonis dels cònjuges, els quals comparteixen

la inseguridad entre quienes no sabrían si lo que adquieren hoy a su nombre, mañana tendrán que devolverlo o compartirlo, con la secuela inevitable de los pleitos y conflictos que se generarían en caso de no existir la presunción, que es precisamente a lo que se ha legado absurdamente en el presente caso.»

150 De manera gràfica la SAPB, Secc. 12, 24.2.2015 (JUR 156368): «Pretender que más de doce años después se realice una liquidación de los sucesivos ingresos y reintegros de la cuenta, o de la naturaleza de los pagos realizados con cargo a la misma, con la finalidad de reconstruir «ex post» una contabilidad del entramado de derechos, obligaciones, cobros y pagos realizados con este instrumento financiero, detrayendo lo que fue destinado a atender gestos comunes con el objeto de establecer el saldo de los remanentes privativos de uno y otro, escapa totalmente a lo que es razonable. (...) Respecto a este extremo no es razonable, como ya se ha señalado, hacer un análisis de cada uno de los apuntes contables que, en todo caso, estuvo en las manos del demandado confeccionarlo y aportarlo al proceso para destruir la presunción de copropiedad.»

151 Així en la SAPL, Secc. 2, 15.7.2022 (JUR 314273): «En este sentido, como dice, entre otras muchas, la SAP de Barcelona, sec. 16 de 24 de abril de 2012 («(...) Se trata de un precepto que parte de la vigencia del régimen de separación de bienes, pero mitiga el rigor del principio nominalista en dicho régimen económico, estableciendo la presunción contraria a la que rige como general en materia de donaciones porque ésta, a diferencia del criterio general, se presume. De esa manera se impide que el cónyuge de quien proceden los fondos con los que se compró intente, a posteriori, entrar a discutir la titularidad o a pretender una compensación por razón del origen del dinero con el que se compró. Por esa vía, evidentemente, se hace común una parte de las ganancias y se acentúa el principio de solidaridad económica familiar». També en la SAPB, Secc. 16, 29.6.2017 (JUR 275840): «La ley presume la donación y la presume porque considera correcto, como lo considera buena parte de la sociedad, fomentar la solidaridad económica de los cónyuges. Porque, de alguna manera, ha querido extender a los dos integrantes del matrimonio las consecuencias de la mayor riqueza de uno de ellos (...) Es por ello completamente inadmisibles que cuando la relación se rompe se pretenda ponerlo todo patas arriba y someter a revisión todo lo que se hizo en el pasado sin protesta ni reserva alguna y con entera libertad.»

voluntàriament allò que guanyen en la mesura en què lliurement consideren.¹⁵²

3.9.2. Arguments de fons i excepcions: enriquiment injust, actes propis, fidúcia i simulació

Per a contradir el sentit d'aquestes regles sobre titularitat i adquisicions, i la seva finalitat en el règim de separació de béns, a la pràctica sovint es recorre a principis generals com els de l'enriquiment injust o el dels actes propis i, eventualment, a l'afirmació de l'existència d'una relació fiduciària que enclou una simulació negocial.

Pel que fa a l'al·legació d'un enriquiment injust del cònjuge beneficiari de les donacions que presumeix l'article 232-3 CCCat, els tribunals de justícia rebutgen aquesta al·legació sovintejada amb diversos arguments, un cop enunciats els tres requisits necessaris de la institució consistents en: a) l'enriquiment d'una persona, com a increment patrimonial; b) el correlatiu empobriment d'una altra, com a pèrdua o perjudici patrimonial; i c) la inexistència de causa que justifiqui l'atribució patrimonial de l'enriquit. Per als tribunals és determinant que el precepte estableix una presumpció legal de donació, la qual es pot destruir, certament, però que si no s'aconsegueix fer-ho la donació s'ha de considerar existent i vàlida i, és més, volguda com

152 SAPB, Secc. 19, 13.1.2022 (JUR 125551). També en algun cas els litigants fan referència a l'existència d'una comunitat de béns entre els cònjuges, com a la SAPL, Secc. 2, 16.11.2022 (JUR 2023/50), o fins i tot a una «societat civil universal de béns i guanys», constituïda a l'empara dels articles 1666 i 1675 CCesp, SAPT, Secc. 3, 8.9.2022 (JUR 323049), en la SAPT, Secc. 3, 9.6.2022 (JUR 229984) a «una economía conjunta», o en la SAPB, Secc. 1, 20.4.2021 (JUR 201744) a un «fons comú». En la SAPB, Secc. 16, 18.10.2021 (JUR 375513), s'afirma que és possible que els cònjuges puguin arribar a constituir una situació de copropietat sobre tots els béns, el que suposa una derogació de fet del règim econòmic de separació de béns, però això ha de resultar amb claredat, i han de compartir tots els béns. En la SAPT, Secc. 3, 9.6.2022 (JUR 229984), s'afirma: «existía un pacto tácito, que suponía que durante la convivencia las aportaciones personales concurrían con las económicas, y esa dinámica de pagos durante el periodo de convivencia no puede sino considerarse en beneficio común, al margen de los excesos en las aportaciones meramente económicas que hubiera realizado uno de los convivientes y, en su consecuencia, no pueden someterse a revisión las aportaciones hechas, mediante la reclamación de lo que lo que se pagó. Sería someter a revisión el conjunto de acuerdos que, por la vía de los hechos, adoptan las parejas en el curso de su convivencia diaria.» Sobre la qüestió, entre tantes, SAPB, Secc. 4, 13.10.2020 (JUR 328567) i SAPB, Secc. 16, 14.11.2019 (JUR 328664).

a tal pel legislador. De manera que no és procedent considerar que hi ha un enriquiment injust o sense causa, perquè pròpiament la donació és la causa d'aquest enriquiment que s'al·lega.¹⁵³ Addicionalment la jurisprudència addueix el caràcter subsidiari de les pretensions d'enriquiment injust, tal com té establert la jurisprudència del TS, és a dir, que quan s'exerceix una pretensió amb aquest fonament és perquè no hi ha d'haver una regla de dret aplicable en un altre sentit, cosa que en el cas no succeeix.¹⁵⁴

En un altre ordre, i en sentit contrari, s'al·lega també la doctrina dels actes propis, recollida a l'article 111-8 CCCat, en el sentit que resulta inadmissible la revisió de la conducta portada a terme i assumida voluntàriament pels cònjuges durant la convivència matrimonial.¹⁵⁵ Malgrat que s'hi fa referència reiterada en la jurisprudència, els tribunals no necessiten recórrer a aquest

153 Cfr. STSJC 11.12.2009 (RJ 2010/1483). Paradoxalment en canvi, quan no es podia considerar l'existència d'una donació, atès que la normativa no ho preveia, ni tampoc d'un préstec o cap altre negoci entre els cònjuges, aleshores els tribunals sí que havien recorregut a la doctrina de l'enriquiment injust per resoldre les controvèrsies entre els cònjuges, clarament a la STSJC 5.3.1998 (RJ 10049): «el manteniment d'aquest desplaçament patrimonial suposaria un enriquiment del marit a expenses de la seva esposa, que cal esmenar d'acord amb els principis que informen l'enriquiment injust; ço que determina que les quantitats esmerçades per l'esposa venen subjectes al règim legal dels deutes de valor, és a dir, que s'ha de valorar l'enriquiment actualitzant l'import de les quantitats que va esmerçar l'esposa actualitzat el dia del pagament, atesa la finalitat que s'assigna a l'enriquiment injust d'evitar la persistència d'un desequilibri patrimonial injustificat».

154 Així a la STSJC 21.11.2019 (JUR 2020/44459), també a les SAPT, Secc. 3, 9.6.2022 (JUR 229984), SAPL, Secc. 2, 18.3.2022 (JUR 189926), SAPG, Secc. 2, 10.2.2021 (JUR 81961), SAPL, Secc. 2, 11.12.2020 (JUR 2021/23444), SAPL, Secc. 2, 30.11.2020 (JUR 2021/22063), SAPB, Secc. 1, 30.4.2019 (JUR 156967), SAPB, Secc. 14, 28.9.2018 (JUR 273627), SAPB, Secc. 11, 24.1.2018 (JUR 80428), SAPB, Secc. 4, 30.11.2017 (JUR 2018/19310), SAPB, Secc. 17, 16.10.2017 (JUR 292246), SAPB, Secc. 16, 29.6.2017 (JUR 275840) i SAPG, Secc. 2, 27.3.2017 (JUR 271830). Excepcionalment en la SAPB, Secc. 12, 10.5.2017 (JUR 276452), s'aprecia l'existència d'un enriquiment injust, en haver contribuït l'esposa al pagament del préstec per a l'adquisició de l'immoble només propietat del marit, que no considera una donació i sí un préstec.

155 Entre tantes, la SAPB, Secc. 19, 12.12.2022 (JUR 2023/41436): «Si la voluntad de las personas se manifiesta por sus actos en un determinado sentido, no puede prescindirse de esa voluntad por el hecho de que luego se produzca la ruptura que motivó aquella titularidad conjunta de compartir el bien. Los actos propios del actor resultan determinantes. De la realidad antes expuesta no puede sino deducirse que hubo una voluntad de compartir la titularidad de la finca en razón del proyecto de vida en común por razón del matrimonio contraído además a los pocos meses, julio de 2004, de la que no puede prescindirse por el hecho de que, ahora, cuando la relación está rota, se haya arrepentido uno de los dos, de lo

principi com a únic fonament de la resolució, en la mesura en què, també amb un argument semblant a l'anterior, ja existeix una norma de dret que atribueix el caràcter de donació a la conducta dels cònjuges, en relació amb la qual no cal invocar aquest principi general quan hi ha un precepte que ja regula i resol el supòsit de fet.¹⁵⁶

En darrer terme, i per contradir també l'efecte de les presumpcions establertes a l'article 232-3 CCCat, i la vigència del principi de titularitat formal, s'invoca, de manera més escadussera, l'existència d'una relació fiduciària entre els cònjuges,¹⁵⁷ que cal aflorar per tal de modificar allò simulat en el tràfic jurídic i convertir les titularitats dissimulades o reals també en les formals.¹⁵⁸ Molt ocasionalment aquesta pretensió triomfa, només quan realment s'aconsegueix demostrar que hi havia un motiu real per a què constés només el nom d'un cònjuge com a propietari del bé, en lloc de fer-ho tots dos o a l'inrevés, ja que la fidúcia no es presumeix i s'ha de provar per qui l'al·lega.¹⁵⁹ Alhora, atesa la constatació de la fidúcia cal apreciar també l'existència d'una simulació relativa en el negoci adqüisitiu.¹⁶⁰ Clarament aquesta fidúcia és *cum amico*, i els motius en el cas

que voluntariamente hizo antes y se materializó de modo expreso.» També SAPB, Secc. 19, 13.1.2022 (JUR 125551), SAPB, Secc. 4, 22.2.2021 (JUR 134736), SAPB, Secc. 16, 23.6.2020 (JUR 23600), SAPB, Secc. 16, 14.11.2019 (JUR 328664), SAPB, Secc. 14, 28.9.2018 (JUR 273627), SAPB, Secc. 11, 24.1.2018 (JUR 80428) i SAPL, Secc. 2, 27.5.2016 (JUR 198732).

156 En la SAPB, Secc. 14, 11.4.2022 (JUR 215165) s'afirma: «No estimamos de aplicación la doctrina de los actos propios en cuanto la jurisprudencia requiere, entre otros extremos, actos concluyentes para crear, modificar o extinguir una relación jurídica. La esencia vinculante del acto propio en cuanto significativo de la expresión del consentimiento es que se realice con el fin de crear, modificar o extinguir algún derecho, con la exigencia de que origina un nexo causal eficiente entre el acto realizado y su incompatibilidad con la conducta posterior; fundamento en un comportamiento voluntario concluyente e indubitable de tal modo que defina de modo inalterable la situación del que lo realiza».

157 Amb detall sobre la qüestió, MORALES MARTÍNEZ, «Adquisiciones, negocios fiduciarios y mejoras en relaciones familiares regidas por separación de bienes...», p. 165.

158 Així s'explica en la STSJC 7.6.2010 (RJ 3750).

159 D'aquesta manera en la SAPG, Secc. 2, 10.2.2021 (JUR 81961), en què la fidúcia no s'aconsegueix provar, també SAPB, Secc. 1, 22.1.2019 (JUR 47940), i STSJC 7.6.2010 (RJ 3750). En la STSJC 28.10.2004 (RJ 7462) l'al·legació de l'existència de la fidúcia era una qüestió nova en cassació, però tot i així el tribunal considera que no concorre.

160 Sobre la qüestió, ASUA GONZÁLEZ, «El régimen de separación de bienes», p. 59, la qual també fa referència a la clàssica figura de la «donación de bien» (p. 54).

poden ser per a l'adquisició d'un habitatge de protecció oficial,¹⁶¹ per motius tributaris¹⁶² o de responsabilitat d'un cònjuge.¹⁶³

Vinculat amb l'existència d'una simulació relativa en l'adquisició dels béns, en algun cas s'ha arribat a considerar pels tribunals que hi havia una donació dissimulada i, com a tal, nul·la, per tractar-se d'un bé immoble, d'acord amb la jurisprudència del TS. És clar, però, que la simulació s'ha d'entendre existent pel que fa a l'adquisició onerosa del bé només a nom d'un cònjuge, quan en el fons s'està volent adquirir a nom de tots dos, el que s'hauria dissimulat. En tot cas, la donació entre els cònjuges sempre

161 SAPB, Secc. 19, 25.6.2014 (JUR 234934), tal com ja s'ha referit a l'apartat 3.2.2.

162 En el cas resolt per la SAPB, Secc. 4, 22.2.2021 (JUR 134736) es considera que la fidúcia era en relació amb un cotxe, per a l'adquisició del qual el marit havia rebut una donació del pare, però es posa a nom de la dona per raó de la discapacitat que donava lloc a una bonificació fiscal important, la qual no tenia carnet de conduir. El tribunal reconegué l'existència d'una fidúcia *cum amico* i la propietat exclusiva del marit sobre el bé.

163 En la SAPB, Secc. 13, 3.6.2022 (JUR 248892), el marit al·legava que el «traspaso de 34.300.-euros (gastos descontados) a la cuenta exclusiva de la demandada el 16 de septiembre de 2014, aun teniendo la apariencia de donación, fue en realidad un negocio simulado, pues esa apariencia no respondía a la verdadera voluntad de las partes, ya que se trataba de una mera entrega sin ánimo de transmitir realmente la titularidad del dinero, para sacar del patrimonio del actor ese dinero y ponerlo a salvo de posibles ejecuciones de sus acreedores dado que no se hallaba al corriente de los pagos de su hipoteca.»

En el resolt per la SAPB, Secc. 14, 11.4.2022 (JUR 215165), consta que els cònjuges havien subscrit un document amb el següent contingut: «I. – Que desde la celebración de su matrimonio, en fecha 2 de octubre de 1987, los esposos han adquirido diferentes bienes y derechos que por motivos fiscales han sido puestos a nombre de la esposa doña Loreto. II. – Que en este acto, los cónyuges reconocen que todo el patrimonio adquirido desde la celebración del citado matrimonio es propiedad en régimen de proindiviso al 50% entre ambos esposos. III. – Que doña Loreto se compromete a formalizar y suscribir, a requerimiento de don Agapito, todo tipo de documentos, contratos o escrituras, tendentes a distribuir el patrimonio del matrimonio al cincuenta por ciento entre ambos.» En la SAPB, Secc. 14, 28.2.2022 (JUR 166883) l'actor argumentava el següent, recollit en un burofax enviat a la demandada: «A pesar de que figuras como propietaria de la mitad indivisa de la finca descrita en el punto 1, tal circunstancia es una simple apariencia, puesto que has venido actuando hasta la fecha como titular meramente fiduciaria. Ello queda acreditado desde el momento en que el préstamo hipotecario que ha servido para la adquisición de la finca de referencia recae sobre una finca que es de mi entera propiedad. Asimismo, y como bien sabes, las cuotas de esa hipoteca estén siendo sufragadas exclusivamente por mí. Por todo lo anteriormente expuesto, te requiero para que en el improrrogable plazo de 48 horas a contar desde la recepción del presente, te pongas en contacto conmigo en orden a preparar la firma de cuantos documentos públicos o privados sea necesario otorgar para que yo pase a ostentar la titularidad exclusiva y plena de la propiedad del inmueble indicado.»

vindria referida als diners amb què s'ha adquirit onerosament l'immoble, i no l'adquisició del propi immoble.¹⁶⁴

3.10. La presumpció de donació entre els cònjuges com a renúncia a reclamacions futures

El sistema de titularitats dels cònjuges en el règim de separació de béns compleix una clara funció d'evitar qualsevol pretensió futura entre ells, per raó dels béns adquirits a títol oneros durant el matrimoni. La vigència del principi de la titularitat formal, acompanyada de la doble presumpció, majoritàriament en el cas d'immobles, desincentiva i frena clarament els conflictes que *ex post* es puguin plantejar.¹⁶⁵

Certament que l'article 231-11 CCCat sanciona la llibertat de contractació entre els cònjuges, i el caràcter oneros de la transmissió no es presumeix en cas d'impugnació judicial, de manera que la presumpció de donació de l'article 232-3 CCCat hi seria plenament coherent. Tanmateix, la donació que presumeix l'article 232-3 CCCat encaixaria molt millor en altres qualificatius. Des d'una perspectiva funcional es podria considerar com una renúncia a una reclamació futura per raó de l'organització patrimonial del matrimoni.¹⁶⁶ Des d'un punt de vista material, en canvi, es presenta com una norma de règim econòmic matrimonial, quant als efectes del mateix en l'ordre patrimonial derivats de la comunitat existent.¹⁶⁷ Dificilment, per contra, es pot considerar com una donació pura ordinària, moguda per un

164 Cfr. SAPT, Secc. 1, 26.4.2018 (JUR 129394).

165 Així clarament s'afirma en la jurisprudència, com ara en la SAPB, Secc. 19, 12.12.2022 (JUR 2023/41436): «La conducta del aquí recurrente no deja lugar a dudas a tenor de lo descrito. Y los avatares del destino a nivel familiar no pueden hacer variar una titularidad pro indivisa adquirida a título oneroso a nombre de los hoy litigantes por mitades indivisas antes de contraer matrimonio, figurando ambos como cotitulares al igual que coprestatarios aun la procedencia del dinero por parte de uno de ellos.»

166 RUBIO GIMENO, «Liberalitat i onerositat en les relacions entre cònjuges i convivents...», p. 92, de manera oportuna fa referència a què en els supòsits considerats «el motiu autèntic de la reclamació no és la manca d'ànim liberal que va acompanyar el desplaçament, sinó la discrepància familiar sobrevinguda que motiva el penediment del donant respecte a la donació pretèrita.»

167 MORALES MARTÍNEZ, «Adquisiciones, negocios fiduciarios y mejoras en relaciones familiares regidas por separación de bienes...», p. 120, d'acord amb el model anglosaxó fa referència a la *familiarization*.

ànim liberal, en la majoria dels casos. Aquest ànim pot existir en supòsits concrets, però clarament la donació que preveu la llei és un efecte del règim econòmic matrimonial de separació de béns, d'acord amb la llibertat i igualtat dels cònjuges i el principi d'equitat en les seves relacions, que resulta de la comunitat matrimonial. L'efecte de la voluntat dels cònjuges de compartir els guanys respectius, en la mesura en què decideixin, s'aconseguiria amb la formulació d'aquesta presumpció de donació.¹⁶⁸

En aquests termes, la singularitat d'aquesta atribució per causa o per raó del matrimoni, de la convivència creada,¹⁶⁹ i ja no per la celebració del matrimoni, que és la donació de l'article 232-3 CCCat, hauria d'impedir l'aplicació del règim jurídic ordinari de les donacions, el qual no està exclòs expressament. Pel que fa a les donacions entre cònjuges, l'article 231-14 CCCat es refereix a les fetes fora de capítols, i les declara revocables en els casos generals de revocació de donacions, per bé que per la causa de superveniència de fills només si es tracta de fills comuns. Pel que fa a les donacions capitulars, l'article 231-25 CCCat disposa que només són revocables per incompliment de càrregues, i l'article 231-29 CCCat estableix les causes de revocació en les donacions per raó de matrimoni, que sempre cal entendre anteriors a aquest, i que inclouen l'incompliment de càrregues i la ingratitude del donatari. L'article 531-15 CCCat regula la revocació de les donacions, i estableix un termini de caducitat de l'acció al cap d'un any, comptat des del moment en què es produeix el fet que motiva la revocació o des del moment en què el donant coneix el fet ingrat. Cal entendre que es tracta d'una relació jurídica disponible i s'apliquen les causes de suspensió dels articles 121-15 a 121-19, d'acord amb l'article 122-3 CCCat.

Malgrat que es pot afirmar que una de les finalitats de la regla de l'article 232-3 CCCat és fer l'atribució entre els cònjuges irrevocable per raó de la separació, divorci o nul·litat posteriors, excepcionalment s'ha plantejat

168 Alternativament, i des d'un altre punt de vista, també es podria considerar que hi ha una retribució o una compensació per la contribució en treball domèstic a l'economia familiar del cònjuge, o per qualsevol altre motiu, així en la SAPB, Secc. 12, 8.6.2018 (JUR 170385), en la qual es parla de l'existència d'una «societat civil tàcita», pel que fa a l'explotació conjunta del negoci del marit, de manera que les adquisicions conjuntes de béns que s'han produït al llarg del matrimoni no es poden considerar com una donació pel que fa a l'esposa, en concret s'afirma que «Tales atribuciones patrimoniales han de ser computadas como pago por el trabajo realizado, y tenerlas en cuenta para el calculo de sus activos patrimoniales», per a la compensació econòmica per raó de treball.

169 En el cas resolt per la STSJ 21.11.2019 (JUR 2020/44459), el tribunal es refereix a la «causa familiar» dels negocis de finançament subscrits pels cònjuges.

a la pràctica la revocació d'aquestes donacions per causa d'ingratitude. En qualsevol cas, no sembla que sigui admissible plantejar que el divorci o la separació entre els cònjuges sigui una causa d'ingratitude que es pugui al·legar per revocar la donació, la qual altrament s'haurà d'haver provat.¹⁷⁰ Això implicaria introduir una limitació inadmissible a aquest dret dels cònjuges.¹⁷¹

3.11. Prescripció i usucapió

Molt excepcionalment en les pretensions referides a la qüestió objecte d'anàlisi es fa referència a la prescripció de la pretensió exercida, o bé a la usucapió de la propietat dels béns en litigi.¹⁷² Pel que fa a la prescripció, cal tenir en compte la possible suspensió del còmput del termini per raó del matrimoni, mentre dura aquest, entre els cònjuges, fins a la separació legal o de fet, com també entre els membres de la parella estable mentre dura

170 En la SAPB, Secc. 11, 27.10.2022 (JUR 371634), s'analitza la qüestió. Es fa referència a la possibilitat de revocació, amb esment a l'article 231-14, en la SAPB, Secc. 4, 13.10.2020 (JUR 328567), també SAPG, Secc. 2, 7.3.2016 (JUR 133589).

171 En la SAPB, Secc. 12, 29.6.2016 (JUR 236984) s'afirma: «No es posible tras el divorcio revertir las donaciones entre cónyuges puesto que su régimen jurídico excluye la institución histórica de la inoficiosidad del negocio jurídico lucrativo, ni tampoco puede ser ejercida la facultad revocatoria que hoy no ha sido recogida por el artículo 531-15 del CCCat para los tasados casos de ingratitud entre los que no se puede incluir el divorcio puesto que pugnaría con derechos constitucionales y con el principio general de la seguridad jurídica.» En la SAPB, Secc. 12, 24.2.2015 (JUR 156368): «El donante pretende revisar en un momento posterior la naturaleza de un acto que realizó en una época pacífica de la convivencia, en la que no podía imaginar que la generosidad para con su cónyuge sería en vano, generándose un beneficio en favor de una persona que con el devenir del tiempo, y en la apreciación del donante, no lo merecía, evocándose con ello la histórica inoficiosidad de las mismas o la facultad revocatoria que hoy no ha sido recogida por el artículo 531-15 del CCCat, salvo en los tasados casos de ingratitud entre los que no se puede incluir el divorcio puesto que pugnaría con derechos constitucionales y con el principio general de la seguridad jurídica.» També, SAPB, Secc. 14, 28.9.2018 (JUR 273627).

172 En ocasions com a qüestió nova en apel·lació, SAPT, Secc. 3, 9.6.2022 (JUR 229984). També, SAPB, Secc. 14, 28.9.2018 (JUR 273627).

la convivència, en els termes de l'article 121-16.b) i c) CCCat.¹⁷³ De manera similar succeeix per a la usucapció a l'article 531-26.1.b) CCCat.

En atenció a aquestes causes de suspensió és difícil que concorrin supòsits en què es pugui apreciar l'existència de prescripció, per a la pretensió, per exemple, de restitució de quotes d'un préstec, i molt menys encara si es considera que el termini aplicable és el de deu anys de l'article 121-21 CCCat.¹⁷⁴ Pel que fa a la usucapció es pot fer la mateixa consideració, també per al termini de tres anys de l'article 531-27.1 CCCat per als béns mobles.¹⁷⁵

3.12. Computació i imputació de les donacions o atribucions dels cònjuges en la compensació econòmica per raó de treball

La qualificació de les atribucions entre cònjuges com a donacions, en ocasió de les titularitats que resulten de les adquisicions oneroses durant el matrimoni en el règim de separació de béns, té un impacte rellevant en una altra institució pròpia d'aquest règim com és la compensació econòmica per

173 A aquesta suspensió es refereix la SAPL, Secc. 2, 15.7.2022 (JUR314273), per bé que, en el cas, atès que no ha estat al·legada per l'interessat, es considera que no es pot apreciar d'ofici, i ho fa en els següents termes desfavorables a la previsió legal: «Pues bien ciertamente que en la doctrina es discutible que el hecho del matrimonio suspenda la prescripción en las reclamaciones entre cónyuges y mientras exista convivencia, toda bajo el argumento de preservar la paz familiar, puesto que tanto en los Principios de Derecho Contractual Europeo como en las reglas del Marco Común de Referencia (DCFR) se opta por no considerar tal posibilidad, entre otras razones porque, como de hecho sucede en el caso de autos, la prescripción no soluciona los problemas, sino que simplemente los oculta. No es sensato que los herederos del cónyuge deudor se vean sorprendidos por reclamaciones del cónyuge supérstite que nacieron hace muchos años, y que tienen su origen en hechos que ellos desconocen y de los que difícilmente podrán defenderse de forma adecuada. Pero sea como fuere la legislación catalana así lo recoge, como de hecho hace la legislación de Alemania (§ 207 BGB), Suiza (art. 134.3 del Código de Obligaciones), Italia [art. 2941.1) CC], Holanda [art. 3:321.1.a) CC], Austria (§ 1494 ABGB), Grecia (§ 256 CC) o Portugal [art. 318.b) CC].»

174 En la referida SAPL, Secc. 2, 15.7.2022 (JUR314273) es considera que el termini de 10 anys és l'aplicable, i la SAPG, Secc. 2, 11.6.2019 (JUR 186754) també l'aplica en absència de contradicció entre les parts, apreciand-se la prescripció parcialment, i fins i tot es fa referència a la doctrina de la *Verwirkung* o del retard deslleial.

175 Així resulta en les poques sentències en què s'ha tractat el tema, SAPB, Secc. 12, 15.12.2022 (JUR 2023/57665) i SAPB, Secc. 1, 29.6.2020 (JUR 247791).

raó de treball. Amb la nova regulació de les regles de càlcul dels increments patrimonials dels cònjuges de l'article 232-6 CCCat, la referència que s'hi fa a les disposicions i adquisicions de béns a títol gratuït, als efectes d'incrementar o disminuir el patrimoni de cada cònjuge, sembla que també hauria d'incloure aquestes donacions de l'article 232-3 CCCat. A més cal tenir en compte la referència expressa a les atribucions patrimonials entres els cònjuges de l'apartat 2 de l'article 232-6 CCCat.

En una valoració prudencial de la quantia de la compensació econòmica per raó de treball, un cop valorats els patrimonis dels cònjuges i les altres circumstàncies rellevants i requisits per a reconèixer-la, en els termes de l'antic article 41 CF, i abans de l'article 23 CDCC, tot indica que les donacions subjacents a les adquisicions oneroses podien ser considerades oportunitament per l'autoritat judicial. Amb la introducció d'unes regles de càlcul que obliguen a quantificar els patrimonis dels cònjuges per tal de comparar-los de manera precisa, aleshores s'ha de decidir com es computen aquestes donacions, les quals, deixant de banda la qualificació material que se'n pugui fer, són disposicions i adquisicions a títol gratuït, en els termes de l'article 232-6 CCCat, segons la presumpció que resulta de l'article 232-3 CCCat.¹⁷⁶

La qüestió ha generat una important controvèrsia en el si de l'AP de Barcelona, que ha donant lloc a decisions contradictòries i a diferents vots particulars. D'entrada, cal tenir en compte que, als efectes del càlcul, la donació sempre haurà estat dels diners o de la contraprestació satisfeta per adquirir onerosament un bé, i no del bé mateix adquirit, ja que si es considera que s'ha donat un bé el que s'ha d'haver produït és l'adquisició directament de l'altre cònjuge, que n'havia de ser propietari.¹⁷⁷ En canvi, però, el que hi haurà al patrimoni del cònjuge donatari a la dissolució del règim serà el bé immoble, usualment, i no els diners donats, que s'hauran esmerçat com a contraprestació en l'adquisició d'aquest bé. Per tant, en el patrimoni del cònjuge donant s'hauria d'afegir el valor dels diners disposats a títol gratuït, calculat en el moment de la transmissió. En el patrimoni del cònjuge donatari, per contra, s'hauria d'incloure l'immoble adquirit amb el

176 Cfr. FERRER RIBA, Josep, «Fixació de la compensació econòmica per raó de treball i donacions als fills comuns», a: BADOSA COLL, Ferran (Dir.); GINEBRA MOLINS, Esperança; LAUROBA LACASA Elena (Coords.), *Estudis de dret català. Llibre homenatge a Antoni Mirambell i Abancó*, Barcelona, Atelier, 2022, p. 543-558, p. 554.

177 Així correctament a la SAPB, Secc. 18, 4.12.2018 (JUR 2019/821). També sobre la qüestió, la SAPB, Secc. 12, 5.3.2014 (JUR 113292).

seu valor present, amb deducció dels diners rebuts per a la contraprestació pagada, com a adquisició a títol gratuït. Amb aquesta operació de càlcul, la plusvàlua que s'hagi pogut generar amb l'adquisició de l'immoble amb el pas del temps sí que es computa en el patrimoni del cònjuge que reclama la compensació, atès que aquesta plusvàlua serà la diferència de valor entre els diners rebuts i el valor de l'immoble. Al seu torn, el valor dels diners rebuts, i no l'immoble, s'ha de considerar com una atribució patrimonial a imputar a la compensació. D'aquesta manera, les donacions són objecte de computació i d'imputació per a determinar la procedència i la quantia de la compensació econòmica per raó de treball. Una alternativa passaria per considerar que el que s'ha donat és el bé adquirit, i així ha succeït sovint en la pràctica dels tribunals, d'un manera probablement més realista, però no ajustada a la lletra de la llei.

Per contra, un altre sector judicial ha considerat que no era raonable computar aquestes donacions en aquests termes, atès que no es tractava pròpiament de donacions, i sí d'una mena de bestreta de la compensació econòmica a la qual s'han d'imputar posteriorment. És a dir, aquestes donacions són a la pràctica una manera de compartir els guanys entre els cònjuges, i no es poden computar com a tals disposicions o adquisicions a títol gratuït. Si bé la qualificació legal de donació serveix per impedir que prosperin reclamacions amb base en les mateixes, això no ha de permetre alhora que incrementin la quantia d'una compensació econòmica per raó de treball que pròpiament ja s'ha fet o anticipat amb aquestes donacions. Per aquest sector judicial, no seria raonable computar doblement en sentit positiu i negatiu, com a addició i detriment, un mateix bé donat en el patrimoni dels cònjuges, per a després imputar-lo a la compensació així calculada. És raonable imputar aquesta atribució a la compensació, però no computar-la a la base de càlcul per obtenir-ne la quantia.¹⁷⁸

S'ha de dir que en la majoria de casos aquesta qüestió no es considera en la mesura en què els cònjuges no al·leguin l'existència d'aquesta donació, és a dir, que aflora en els casos en què la pretensió sobre la compensació va junt amb una pretensió relativa a la titularitat dels béns dels cònjuges per

178 El debat entre les dues posicions es manifesta en les SAPB, Secc. 18, 29.9.2015 (JUR 281425), 30.4.2015 (JUR 165235), 10.2.2015 (JUR 116465), i 17.12.2013 (JUR 21358), amb els corresponents vots particulars que contraargumenten la posició de la majoria, no sempre igual en totes les sentències, en funció de la correlació dels magistrats concurrents que integren la Secció. També sobre la qüestió SAPB, Secc. 18, 26.6.2015 (JUR 227587).

raó d'adquisicions oneroses.¹⁷⁹ El TSJC va posar fi a la controvèrsia, optant per la primera opció descrita, en la sentència de 27.6.2016 (JUR 173443), la qual, d'altra banda, és la que resulta de la lletra de la llei.¹⁸⁰ A reserva del caràcter que calgui donar a aquestes donacions, en termes de genuïnes disposicions a títol gratuït, el cert és que se n'ha de mantenir aquest caràcter en els diferents àmbits del règim de separació de béns. L'opció per un o altre còmput impacta en una diferència pel que fa a la quantia de la compensació econòmica per raó de treball, en més en la primera opció, atès que la donació s'afegeix al patrimoni del cònjuge donant i es resta del donatari, produint una major diferència patrimonial. En aquests termes, és clar que el cònjuge donatari en surt afavorit. Si, de manera no prou exacta, es considera que efectivament la donació és d'un immoble, el valor es computa en el patrimoni del cònjuge donant i es resta del patrimoni del cònjuge donatari.¹⁸¹ Mentre que en un altre cas, en no considerar-se una donació com a tal, no se n'afegiria el valor al patrimoni del cònjuge donant i sí que, per contra, se'n mantindria el valor en el del cònjuge donatari.¹⁸²

En darrer terme, cal assenyalar que, en ocasions singulars, els tribunals desestimen la reclamació d'una compensació econòmica per raó de treball si es pot acreditar l'existència d'una donació de diners entre els cònjuges,

179 Clarament en el cas resolt per la SAPB, Secc. 18, 28.11.2018 (JUR 326939), s'afirma que de l'article 232-3.1 CCCat en resulta, en primer lloc, una presumpció que cada cònjuge ha adquirit els béns dels quals és titular amb fons propis, de manera que si això no ha estat així s'ha de provar expressament, supòsit d'alienitat de la contraprestació en el qual podrà operar la segona presumpció, de donació. En el cas resolt per SAPB, Secc. 18, 24.2.2021 (JUR 143165) es computa en el patrimoni de l'esposa el preu d'adquisició d'un cotxe pagat pel marit, que amb posterioritat s'imputa a la compensació que li correspondria percebre.

180 També en les STSJC 25.3.2022 (RJ 4703), 26.11.2018 (RJ 5898) i 5.11.2021 (RJ 5908). Aplicant el criteri de la sentència esmentada, SAPB, Secc. 18, 16.11.2016 (JUR 2017/54240).

181 Per contra, en cas dels vehicles, per raó de la regla de l'article 232-3.2 CCCat, s'ha afirmat la seva neutralitat en termes del càlcul de la compensació, SAPB, Secc. 18, 21.10.2022 (JUR 377975).

182 Aquest debat sobre la computació de les donacions en la compensació econòmica per raó de treball també s'ha reflectit en la doctrina, ABRIL CAMPOY, Joan Manel, «La compensació econòmica com a norma de liquidació del règim econòmic matrimonial de separació de béns: especialitats processals, pressupòsits i càlcul», *InDret*, núm 2, 2016, p. 1-29, p. 19; RIBOT IGUALADA, Jordi, «El càlcul de la compensació per raó de treball: primer balanç de jurisprudència», a: BADOSA COLL, Ferran (Dir.); GINEBRA MOLINS, Esperança; LAUROBA LACASA Elena (Coords.), *Estudis de dret català. Llibre homenatge a Antoni Mirambell i Abancó*, Barcelona, Atelier, 2022, p. 585-601, p. 592; FERRER RIBA, «Fixació de la compensació econòmica per raó de treball ...», p. 555; també FARNÓS

la qual ha donat lloc a l'adquisició d'un immoble, d'acord amb l'article 232-3 CCCat. En aquests casos es considera que aquesta donació clarament supera el que per raó de la compensació es podria sol·licitar, d'acord amb la regla de la quarta part de l'article 232-5.4 CCCat.¹⁸³

4. El procediment per a la divisió dels béns en comunitat ordinària indivisa

4.1. Comunitat de béns dels cònjuges i règim econòmic matrimonial

Les controvèrsies sobre les titularitats dels béns dels cònjuges no són exclusives del règim de separació de béns, ans al contrari. La singularitat d'aquest règim rau, però, en què no es forma una massa de béns de caràcter matrimonial diferent dels béns dels cònjuges, de manera que les titularitats sobre els béns són totes de la mateixa naturalesa. Certament que en el règim de guany es poden plantejar supòsits similars als que

AMORÓS, «Separació de béns i compensació econòmica...», p. 166; SOLÉ RESINA, Judith, «La quarta domèstica o crèdit de participació reduït», *InDret*, num. 2, 2010, p. 1-29, p. 13; ARRÉBOLA BLANCO, Adrián, *La compensación del trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes*, Madrid, Reus, 2019, p. 183.

183 Clarament en la SAPB, Secc. 12, 29.6.2016 (JUR 236984) s'afirma: «el hecho de que la mayor parte del patrimonio obtenido durante la convivencia sea de titularidad común, por mitades indivisas, significa que el actor ha venido realizando durante la convivencia atribuciones patrimoniales a la recurrente que superan en mucho el 25 % de la porción que hipotéticamente pudiera corresponder a la esposa en caso de haberlas escriturado únicamente a su propio nombre.» També en la SAPT, Secc. 1, 12.6.2020 (JUR 227612), en què es computen les donacions en relació amb el patrimoni de la dona, però no en el del marit, i es resol per denegar la compensació calculada amb l'afirmació que la xifra de la diferència patrimonial «supera la cuarta parte de las atribuciones patrimoniales». De manera similar, SAPB, Secc. 18, 19.6.2019 (JUR 206907), SAPL, Secc. 2, 10.11.2016 (JUR 2017/52342), SAPB, Secc. 18, 12.5.2016 (JUR 180307), SAPB, Secc. 18, 26.6.2015 (JUR 227587), SAPB, Secc. 12, 22.4.2015 (JUR 156093), SAPB, Secc. 12, 11.7.2014 (JUR 236945), SAPB, Secc. 12, 26.6.2014 (JUR 233493) i SAPB, Secc. 12, 19.1.2013 (JUR 384066). En el cas resolt per la SAPB, Secc. 18, 3.6.2015 (JUR 188947), sorprenentment el tribunal no té en compte els béns adquirits abans del matrimoni pels cònjuges mentre eren convivents en parella estable, els quals es van casar l'any 2000, i des de l'any 1991 conviuen en parella. En concret, per a les regles de càlcul, s'afirma: «No se computa como patrimonio inicial del esposo, ni de la esposa, lo adquirido antes del matrimonio, pero durante la convivencia como pareja estable.»

s'han tractat en aquest treball, és a dir, de pretensions entre els cònjuges per les contribucions fetes a l'adquisició dels béns durant la convivència. Però en aquest règim no es tracta tant de saber de qui són els béns sinó quin és el seu caràcter, és a dir, si privatiu o de guanys, el que certament en determinarà la titularitat.¹⁸⁴ De manera que si es plantegen les accions anomenades de reemborsament o de reintegrament, d'acord amb l'article 1358 i concordants CCesp, és perquè s'han esmerçat fons privatius per a l'adquisició de béns de guanys o a la inversa, d'acord amb la vigència del principi de subrogació real.¹⁸⁵

Aquesta no és la qüestió que es dona en el règim de separació de béns català, en el qual regeix el principi de titularitat formal i la presumpció de donació, i en què la regla de l'article 232-3 CCCat pretén pròpiament consolidar la comunicació —voluntària— dels guanys dels cònjuges durant el matrimoni, i excloure possibles pretensions entre els cònjuges.¹⁸⁶ En el règim de separació català es tracta d'adquisicions oneroses dels cònjuges, sense distinció sobre la naturalesa de la contraprestació esmerçada, atès que tots els béns són «propis».

El que sí que és propi del règim de separació és que com a tal no és necessari liquidar el règim en termes de dividir una massa comuna de béns. És a dir, una massa de béns que va associada a l'existència del matrimoni, que té el fonament en aquest, i que es determina en funció de les normes d'atribució de titularitats del règim econòmic, segons la naturalesa o caràcter dels béns. Sí que el règim de separació és objecte de dissolució per raó de

184 Cfr. MONTÉS PENADÉS, Vicente «Comentari als articles 1435 a 1445», a: PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido; Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN Luis; BERCOVITZ, Rodrigo; SALVADOR CODERCH, Pablo (Dirs.), *Comentario del Código Civil*, Tom II, Madrid, Ministerio de Justicia, Madrid, 1992, p. 850-887, p. 861 i 878.

185 La qüestió ha donat lloc a una jurisprudència recent del TS, que no és extrapolable al règim de separació de béns català, atès que en aquests casos els cònjuges reclamen el reintegrament de quantitats pròpies esmerçades en l'adquisició de béns dels dos, en la mesura en què aquestes quantitats eren privatives, enteses com a béns adquirits a títol d'herència, donació o abans del matrimoni, i el règim les preserva de la comunicació generalitzada de la resta d'adquisicions durant el matrimoni. Així, en les STS 23.11.2022 (JUR 370121), 2.11.2022 (RJ 4902), 21.9.2022 (RJ 4902), 16.9.2022 (RJ 4359), 28.6.2021 (RJ 3039), 3.11.2020 (RJ 4213) i 27.5.2019 (RJ 2143); sobre aquesta jurisprudència, entre d'altres, recentment, VILELLA LLOP, Pilar, «El derecho de reembolso de la sociedad de gananciales por aportaciones privativas de los cónyuges conforme a la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo», a: ORTEGA BURGOS, Enrique; ECHEVARRIA DE RADA, Teresa (Dirs.), *Derecho de Familia 2022*, València, Tirant lo Blanch, 2022, p. 407-421.

186 Sobre la qüestió SAPB, Secc. 18, 27.11.2019 (JUR 2020/24270) i SAPL, Secc. 2, 1.10.2019 (JUR 284677).

la crisi matrimonial, amb la qual deixa de regir entre els cònjuges un règim econòmic, i també pot ser objecte de liquidació en la mesura en què hi hagi una pretensió a la compensació econòmica per raó de treball. En el règim de participació tampoc no és necessari dividir cap comunitat de béns, però sí que s'ha de procedir a una liquidació per a determinar si hi ha lloc al crèdit de participació (article 232-18 CCCat).

Ara bé, com s'ha vist, en el règim de separació és molt habitual l'adquisició pels cònjuges de béns en comunitat, amb donació d'un a l'altre de la contraprestació, d'una part d'ella, o sense cap donació. En aquests casos, l'adquisició s'ha produït durant el matrimoni, o per raó del matrimoni, és a dir, de la comunitat de vida creada, ja que altrament no hi hauria hagut aquesta adquisició en copropietat. A més, i d'acord amb l'article 232-3 CCCat, sí que aquesta adquisició té el fonament en el matrimoni, en tant que estableix una presumpció que no regeix per a les persones no casades, i d'una manera o altra aquesta adquisició resulta de les regles del règim econòmic de separació. Sembla raonable, doncs, que un cop els cònjuges posen fi a la vida en comú mitjançant un plet matrimonial, també puguin posar fi a les comunitats sobre els béns que comparteixen. Aquesta divisió certament es pot produir per acord dels cònjuges, amb conveni regulador o sense, però en cas de controvèrsia sobre com procedir a fer la divisió, o fins i tot sobre la titularitat dels béns a dividir, s'hauria de poder decidir en el mateix procediment en què es posa fi a la relació matrimonial, ja que en aquest s'hi decideix sobre tot allò que afecta els cònjuges per raó del matrimoni, tant en l'ordre personal com patrimonial.

4.2. El procediment per a liquidar els règims econòmics i el règim de separació de béns

La dissolució del règim econòmic constitueix un efecte *ope legis* dels procediments matrimonials (article 95 CCesp). Un cop decretada aquesta dissolució, els cònjuges han de poder liquidar el règim econòmic, i així es preveu en la normativa (articles 233-2.5.d) i 233-4.2 CCCat). L'afirmació que el règim econòmic de separació no genera una comunitat de béns matrimonial o per raó del matrimoni, perquè no hi ha un dret a participar dels guanys respectius, exclouria la possibilitat de liquidar el règim en aquests termes, amb la divisió dels béns matrimonials comuns, que només ho són en copropietat indivisa ordinària. Deixant de banda el possible origen en el règim econòmic matrimonial de les comunitats de béns creades, per raó de l'article 232-3 CCCat, i la necessitat de liquidar el règim per raó d'una pretensió a la compensació econòmica per raó de treball dels articles 232-5

i seg. CCCat, en un bon nombre de casos els cònjuges voldran posar fi a aquesta situació junt amb la resta d'aspectes de la relació matrimonial.¹⁸⁷

S'ha d'entendre que amb la voluntat de permetre aquesta divisió de les comunitats de béns en el propi procediment de separació, divorci o nul·litat, el legislador català va establir en la DA 3.6 *in fine* de la Llei 25/2010, sobre les «especialitats processals relatives a pretensions liquidatòries de règim econòmic exercides dins dels processos matrimonials», que s'ha d'aplicar el procediment previst en els articles 806 a 811 de la LEC, en matèria de liquidació del règim econòmic matrimonial, «per a dividir els béns en comunitat ordinària indivisa en el supòsit a què fa referència l'article 232-12.2». Aquest article diu, en el primer apartat, que «qualsevol dels cònjuges pot exercir simultàniament l'acció de divisió de cosa comuna respecte als béns que tinguin en comunitat ordinària indivisa», és a dir, que es tracta d'una pretensió que pot exercir un cònjuge amb l'oposició de l'altre, ja que en això consisteix aquesta acció, la qual permet dividir o posar fi a la comunitat. La innovació del dret català, establerta ja a l'article 43 CF, a més, consisteix en què en aquesta divisió dels béns comuns en separació de béns es permet considerar-los com un conjunt a efectes de formar lots i adjudicar-los. En termes similars ho preveu l'article 437.4 de la LEC, que excepciona la prohibició d'acumulació objectiva d'accions en els judicis verbals.

Cal pensar, doncs, que en ocasió de l'actualització i reforma del CF que va portar a l'aprovació del Llibre segon del CCCat, el legislador català va reforçar la norma que permetia acumular la divisió dels béns en comunitat dels cònjuges, considerant-los com un conjunt, als efectes de formar lots,¹⁸⁸ i que va determinar el procediment que s'havia de seguir per a la divisió, i que va ser el propi de la liquidació dels règims econòmics matrimonials dels articles 806 a 811 LEC, de la mateixa manera que succeeix per als matrimonis en què regeix qualsevol altre règim econòmic.¹⁸⁹

187 Així ho reconeix la pròpia STSJ/C 3.12.2018 (RJ 6162): «Tot i que formalment el règim de separació no exigeix un tràmit liquidatori ja que no comporta per si mateix la creació d'una massa de béns comuns (article 232-1 CCCat), en cas de crisi matrimonial és altament convenient que els cònjuges gaudeixin de la possibilitat de desfer, en el mateix procés matrimonial, les situacions de comunitat ordinària que hagin pogut originar-se en el curs de la vida conjugal.»

188 El que òbviament no exclou l'exercici de la mateixa pretensió si els cònjuges només tenen un bé en comú, SAPB, Secc. 18, 21.10.2022 (JUR 377975).

189 Ja així, com a precedent, GARCÍA GONZÁLEZ, «La liquidación de bienes conyugales en el régimen de separación de bienes...», p. 457-487.

4.3. L'aplicació judicial de la norma processal del Codi civil de Catalunya

Malgrat que l'anterior sembla la interpretació més coherent amb la regulació aprovada, la realitat pràctica dels matrimonis catalans, i el conjunt de decisions, sovint complexes, que adopten els tribunals en els processos matrimonials —les quals pressuposen conèixer el patrimoni dels cònjuges—, l'opinió dels tribunals de justícia ha anat per un altre cantó. En efecte, els tribunals han considerat que aquesta divisió de les comunitats ordinàries existents entre els cònjuges només és possible si hi ha acord entre ells sobre la titularitat dels béns, i que el desacord només es pot produir pel que fa a la manera de dividir-los. A la pràctica, això suposa que si un cònjuge vol posar fi a les comunitats de béns en ocasió del plet matrimonial l'altre pot evitar-ho al·legant que no està d'acord amb l'inventari fet, és a dir, amb les titularitats sobre els béns adquirits a títol onerosos durant el matrimoni. D'aquesta manera caldria prèviament seguir un procediment dirigit en exclusiva a determinar la titularitat sobre els béns.¹⁹⁰

En aquest sentit, ha estat determinant la doctrina fixada pel TSJC en la sentència de 8.10.2010 (RJ 11158), en relació amb l'antic article 43 CF en afirmar: «l'acció esmentada de divisió de la cosa comuna, perquè en resultés procedent l'acumulació en un procés matrimonial, d'acord amb el que disposa l'art. 43 CF, aplicable per una qüestió de dret intertemporal en aquest procés (no ho és en el vigent Codi civil de Catalunya —art. 232-12 CCCat—), no ha d'ésser utilitzat, com s'assenyalava per la resolució que s'ha recorregut, encara que posteriorment no ho porta fins a les seves últimes conseqüències, per debatre controvèrsies complexes com ara la natura dels béns (si és privativa o comuna), la inclusió o exclusió dels béns en l'inventari, o la proporcionalitat, qüestions que quedaven fora del procés matrimonial, conforme a l'ordenació normativa del CF (art. 43 CF).» Amb la conclusió que «les parts litigants, hauran d'acudir al declaratiu

190 EJARQUE PAVIA, Albert, «Aspectos procesales de la liquidación del régimen económico matrimonial de separación de bienes del Código civil de Cataluña cuando existen varios bienes en comunidad ordinaria indivisa», *Revista Catalana de Dret Privat*, vol 25, 2022, p. 159-164, planteja la diversitat de supòsits que es poden donar, de manera important, la divisió d'un únic bé, que no exigeix el recurs al procediment especial dels articles 806 i ss. LEC, i el supòsit de diversos béns, en relació amb els quals no sempre és possible fer lots, de manera que el recurs tampoc seria necessari, tot això deixant de banda la controvèrsia sobre la titularitat sobre els béns.

corresponent, en aquest cas, per dilucidar les seves pretensions respecte a la titularitat i repartiment dels comptes i productes financers controvertits.»¹⁹¹

La sentència del TSJC de 3.12.2018 (RJ 6162), ja referida al CCCat, ha mantingut aquest criteri pel que fa a la qüestió bàsica de la decisió sobre la titularitat dels béns en la sentència que posa fi al procés matrimonial, de manera que: «l'acció de divisió dels béns en proindivís acumulable en un procés matrimonial és incompatible amb el plantejament de qüestions alienes a la pròpia divisió, com ara el debat sobre la mateixa titularitat del bé (privativa o comuna i en aquest segon cas en quins percentatges).» Malgrat que el TSJC considera que el que procedeix, en aquests casos, és el recurs al procediment previst als articles 806 a 811 LEC, que inclou també la resolució de discrepàncies sobre la titularitat dels béns i que, cal entendre, que s'hauria d'aplicar també en la separació de béns, com un procediment incidental del matrimonial, la contundència de la màxima jurisprudencial del 2010, i també el fragment referit de la del 2018, sembla haver condicionat l'aplicació judicial de la previsió legal.¹⁹² Aquesta doctrina, entesa en termes literals, ha estat seguida a la pràctica en un bon nombre de casos per desestimar la pretensió de divisió dels béns en ocasió d'un plet matrimonial, atès que per raó de la sol·licitud de la mateixa per un

191 Prèviament també sobre l'article 43 CF, la STSJC 7.5.2007 (JUR 2009/6409), en la qual ja es va afirmar: «Tot i que, efectivament, en el procediment divorci es pot exercir simultàniament l'acció de divisió de la cosa comú (art. 43.1 CF), el cert és que només es pot donar lloc a aquesta acció en el supòsit que hagi quedat degudament acreditat quins són els béns que componen el patrimoni comú ja que l' art. 43 CF, al seu apartat segon, deixa per execució de sentència el tràmit de divisió dels béns a través del corresponent procediment, béns que, lògicament, hauran d'haver quedat fixats a la pròpia Sentència que s'haurà d'executar.»

192 El TSJC afirma: «Una interpretació integrada dels dos apartats de l'article 43 CF suggeria que la formació i l'adjudicació dels lots s'havia de fer en execució de sentència, amb tots els problemes d'incertesa que comportava per la manca d'una regulació executiva específica. Això explica la posició doctrinal contrària que considerava que la divisió mitjançant lots havia de fer-se seguint els tràmits dels articles 806 i següents LEC, tot i que aquests preceptes només es referien a la liquidació dels règims de guanys i de participació però no al de separació.» I això darrerament és el que entén ha succeït amb la Llei 25/2010, atès que afirma que «La redacció del segon paràgraf de l'apartat 2 de la disposició addicional tercera és clara i remet en la seva integritat al procediment per a la liquidació dels règims econòmics matrimonials de comunitat i de participació previst en els articles 806 a 811 LEC.»

cònjuge l'altre en qüestionava la titularitat, el que es considera pel tribunal que exigeix seguir un procediment específic a l'efecte.¹⁹³

En qualsevol situació de comunitat de béns que s'ha de liquidar és necessari prèviament determinar la titularitat sobre els béns dels comuns i fer l'inventari dels béns a dividir. Això també pot succeir en el règim de separació de béns català, atesa l'aplicació dels articles 232-2, 232-3 i 232-4 CCCat.¹⁹⁴ I així pròpiament succeeix en el procediment dels articles 806 a 811 LEC per als règims en què per capítols matrimonials o per disposició legal determinen «l'existència d'una massa comuna de béns i drets subjecta a determinades càrregues i obligacions».¹⁹⁵ Cal esmentar que aquest procediment comprèn en l'article 811 la liquidació del règim de participació en els guanys, que no genera aquesta massa comuna de béns i drets. De fet, la mateixa DA 3.1 de la Llei 25/2010 disposa que «per a determinar, en el procediment matrimonial, la compensació per raó de treball, *i també la titularitat dels béns*, si cal per a establir la procedència i la quantia de la compensació», les parts han de formar un inventari del patrimoni respectiu, sobre el qual s'haurà de pronunciar l'autoritat judicial.¹⁹⁶ Aquesta

193 SAPL, Secc. 2, 16.11.2022 (JUR 2023/50), SAPG, Secc. 2, 25.1.2021 (75746), SAPB, Secc. 18, 18.6.2018 (JUR 209078), SAPL, Secc. 2, 23.3.2018 (JUR 103135), SAPL, Secc. 2, 12.1.2018 (JUR 37989), SAPB, Secc. 18, 8.4.2016 (JUR 131420), SAPB, Secc. 12, 4.9.2014 (JUR 268821) i SAPB, Secc. 12, 19.3.2014 (JUR 112994).

194 Clarament s'afirma en la STSJc 3.12.2018 (RJ 6162): «La remissió al procediment dels articles 806 i següents LEC està feta amb plena consciència que el primer dels tràmits essencials del procediment liquidatori especial consisteix en la formació —convencional o contradictòria— d'inventari, la qual cosa permet qualificar-lo de procés universal, ja que recau sobre un patrimoni concebut globalment, no sobre els béns concrets que l'integren, de manera que aquest primer pas no pot ser eludit, per més que en el litigi matrimonial previ s'hagués establert el caràcter indivís entre els cònjuges d'un o més béns.»

195 Sobre la no exclusió dins aquesta delimitació del règim de separació, amb diversos arguments, GARCÍA GONZÁLEZ, «La liquidación de bienes conyugales en el régimen de separación de bienes de Catalunya...», p. 459; ROCA TRIAS, Encarna, «La liquidació del règim de separació de béns a Catalunya», *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 3, 2008, p. 651-676, p. 673. Sobre el procediment, PÉREZ DAUDÍ, Vicente, «Las Especialidades del Código civil catalán en el proceso de familia», a: ID. (Coord.), *El proceso de familia en el Código Civil de Cataluña. Análisis de las principales novedades civiles y los aspectos fiscales*, Barcelona, Atelier, 2011, p. 176-207, p. 178.

196 De fet, el TSJC en la sentència de 3.12.2018 (RJ 6162) utilitza l'argument d'aquesta previsió expressa per entendre que el legislador no ho ha disposat així expressament per a la divisió de béns en comunitat. Sobre aquesta regla i la distinció, SAPB, Secc. 18, 12.5.2016 (JUR 180307). En la SAPB, Secc. 12, 4.11.2014 (JUR 2015/34732) i SAPB, Secc. 12, 4.9.2014 (JUR

exigència per a la determinació de la compensació econòmica per raó de treball es pot estendre a la resta d'efectes dels processos matrimonials, en els quals tota decisió que s'adopti pressuposa determinar i conèixer els béns que integren el patrimoni dels cònjuges, és a dir, les titularitats sobre els béns respectius.¹⁹⁷ Altrament no és possible fixar els aliments als fills, ni la prestació compensatòria, ni l'atribució de l'habitatge familiar, ni, per descomptat, la compensació econòmica per raó de treball.¹⁹⁸ Si en els règims de comunitat l'article 809.2 LEC preveu la manera de resoldre les controvèrsies que es poden presentar entre els cònjuges sobre la titularitat dels béns a dividir, no s'entén que aquest mateix procediment no es pugui aplicar per als cònjuges en separació de béns,¹⁹⁹ i els tribunals els remetin

268821), s'argumenta aquesta distinció amb l'argument que «Precisamente porque la titularidad de los bienes es un elemento esencial para calcular la diferencia patrimonial, el punto 1 de la disposición adicional tercera del Libro II CCCat permite, si se reclama una compensación del artículo 232-5 CCCat, acumular como cuestión previa la titularidad de bienes, que por el contrario no es posible, por ausencia de previsión legal, cuando solo se ejercita la acción de división del artículo 232-12 CCCat.» També, SAPL, Secc. 2, 1.10.2019 (JUR 284677) i SAPL, Secc. 2, 26.10.2018 (JUR 296131).

197 En la SAPB, Secc. 19, 12.12.2022, (JUR 2023/41436), es recull la idea que els efectes de la separació o el divorci es fixen amb fonament al patrimoni dels cònjuges determinat en el judici.

198 De manera gràfica, el TS en la sentència de 20.2.2018 (RJ 568) cassa la sentència d'apel·lació que va considerar que la compensació econòmica de l'article 1438 CC no es podia reclamar en un plet matrimonial, i s'havia de plantejar en un procediment declaratiu posterior. Pel TS l'article 1438 CC es tracta d'una norma de liquidació del règim econòmic matrimonial de separació de béns, tot afirmant: «La pretendida complejidad de la determinación de la indemnización del art. 1438 del C. Civil, no es justificación suficiente, pues en el propio juicio verbal se dilucidan cuestiones tan trascendentes como la custodia de los hijos, la vivienda familiar, la pensión de alimentos y la pensión compensatoria, lo cual exige una amplia prueba sobre la capacidad económica de cada cónyuge, que también aprovecha y afecta a la institución del art. 1438 del C. Civil. También se debe tener en cuenta que el art. 806 de la LEC, establece: (...) Este precepto que es común a la liquidación de todos los regímenes económicos matrimoniales, no excepciona al de separación de bienes ni a las cargas derivadas del mismo, por lo que si el procedimiento de liquidación es común a todos los regímenes, también debe serlo el de disolución, cuando ninguna especialidad normativa se establece.»

199 A favor que això sigui així, GARCÍA GONZÁLEZ, José Antonio, *La liquidació del règim econòmic de separació de béns de Catalunya. Aspectes civils i processals (Compensació patrimonial, inventari i liquidació)*, Barcelona, Atelier, 2004, p. 115.

a un procediment ordinari diferent, en ocasions fins i tot a l'exercici d'una acció reivindicatòria.²⁰⁰

A la pràctica dels tribunals es donen supòsits molt diferents pel que fa a aquesta qüestió. D'una banda, es percep que en molts processos matrimonials es resol sobre la titularitat dels béns sense obstacles, ni el reenviament a un procés ulterior, especialment quan es tracta de vehicles o d'altres béns mobles, i sense una al·legació a l'efecte d'un dels cònjuges.²⁰¹ Fins i tot, també en ocasió d'un ulterior procediment de modificació de mesures.²⁰² També en alguna ocasió s'ha afirmat que la mera oposició no prou fonamentada a l'inventari fet per un cònjuge, i a la pretensió de divisió de la comunitat, no és raó suficient per impedir-la, ja que cal acreditar suficientment que hi ha motius per oposar-se a la titularitat que consta sobre el bé o de les presumpcions legals.²⁰³ En d'altres casos, els

200 En la STSJ 3.12.2018 (RJ 6162), es fa referència a aquest procediment de la LEC en els següents termes: «Aquest procediment té la naturalesa d'incident processal o peça separada del procediment principal de separació, nul·litat o divorci, ja que es tramita en paral·lel o a continuació del procés matrimonial on es demana la dissolució del règim econòmic matrimonial, però no pot entrar en la fase liquidadora fins que guanyi fermesa la resolució que declari aquesta dissolució (articles 808.1 i 810.1 LEC). S'inicia amb la formació d'inventari «con arreglo a la legislación civil», i en cas de controvèrsia sobre la inclusió o exclusió d'algun bé s'ha de resoldre en sentència després de la tramitació d'un incident en forma de judici verbal (article 809 LEC); un cop aprovat l'inventari, segueix amb la divisió del romanent «en la proporción que corresponda, teniendo en cuenta, en la formación de los lotes, las preferencias que establezcan las normas civiles aplicables», la qual segona fase del procediment pot acabar també amb sentència incidental en cas de manca de conformitat de les parts sobre les concretes operacions divisòries (article 810 i per remissió article 787.5 LEC).» De fet, GARCÍA GONZÁLEZ, «La liquidación de bienes conyugales en el régimen de separación de bienes de Catalunya...», p. 463 afirmava, sota la vigència del CF, que si un dels cònjuges pretenia discutir, mitjançant un procediment ordinari, «las materias que son propias del procedimiento de inventario y liquidación del régimen económico conyugal; dicho planteamiento debe decaer de plano, y ello es así por la inadecuación del procedimiento en razón de la materia, puesto que existe un procedimiento específico (regulado en los arts. 806 y ss. de la LEC).»

201 SAPB, Secc. 12, 15.12.2022 (JUR 2023/57665) i SAPB, Secc. 18, 22.4.2021 (JUR 204419).

202 Cfr. BAYO DELGADO, «Comentari als articles 232-1 a 232-12...», p. 718.

203 Així a la SAPB, Secc. 18, 9.6.2021 (JUR 268043): «L'acció de divisió de cosa comú es pot acumular als procediments de família. Si hi ha controvèrsia sobre la naturalesa comuna dels béns es deriva la decisió a un altre procediment com es diu al recurs, però la controvèrsia no es pot basar en una mera al·legació, és a dir, no basta per dubtar de l'aplicació de la presumpció de cotitularitat d'un bé d'ús familiar i de valor ordinari, la simple al·legació d'una de les parts de que el bé és privatiu».

tribunals exigeixen la interposició d'una acció reivindicatòria amb tots els requisits que li són propis,²⁰⁴ o bé d'una acció declarativa del domini i d'impugnació de la titularitat que consta al Registre de la Propietat, en els termes de l'article 38.2 LH,²⁰⁵ i s'exclou així la possibilitat de plantejar altres pretensions per raó de la titularitat dels béns entre els cònjuges.²⁰⁶

Singularment, pot passar que aquests plets per a discutir la titularitat dels béns, o per negar la donació que presumeix l'article 232-3 CCCat, es plantegin, en ocasions, un cop finit el procés matrimonial, i algun temps després, no de manera immediata. Amb tot, també es poden donar de manera simultània, atesa la discrepància entre els cònjuges.²⁰⁷ L'anterior no només resulta de la doctrina jurisprudencial que reenvia la qüestió divisòria a un plet declaratiu específic, ans també de la consideració que no existeix preclusió quant a l'acció de divisió per haver-se seguit en el passat entre els cònjuges un procediment d'aquest tipus, si hi ha hagut béns que n'han quedat exclosos.²⁰⁸ Tanmateix, això sovint genera una reacció contrària en els tribunals, els quals inadmeten el que qualifiquen com una revisió de la vida en comú, a banda de recordar que no s'ha plantejat la qüestió en ocasió del plet matrimonial, és a dir, en aprovar-se el conveni regulador, o en les manifestacions i peticions fetes pels cònjuges, la qual cosa condiona la decisió en el judici *ad hoc*.²⁰⁹ Cal dir que en ocasions les pretensions dels cònjuges poden ser vistes com a oportunistes o sense gaire fonament, i potser per això en algun cas els jutges en deneguen la substanciació en el plet matrimonial, el que desincentiva l'exercici d'una acció posterior, amb tots els costos associats.

En qualsevol cas, des d'un punt de vista de la unitat i coherència de l'ordenament jurídic, i en comparació amb d'altres sistemes i ordenaments, no sembla que sigui raonable ni tingui sentit obligar els cònjuges catalans en separació de béns a seguir un doble procediment per raó d'una matèria

204 Requisits que s'han de relaxar en cas de béns mobles de caràcter personal o domèstic, SAPT, Secc. 3, 1.12.2022 (JUR 2023/38392). També sobre l'acció reivindicatòria, SAPB, Secc. 1, 21.12.2020 (JUR 2021/37824) SAPB, Secc. 18, 20.12.2018 (JUR 2019/15129), SAPB, Secc. 12, 15.3.2018 (JUR 92051) i SAPB, Secc. 18, 29.2.2016 (JUR 101876).

205 SAPT, Secc. 3, 4.2.2021 (JUR 85485), SAPT, Secc. 3, 18.6.2020 (JUR 230804) i SAPB, Secc. 12, 6.5.2016 (JUR 196772).

206 SAPL, Secc. 2, 1.10.2019 (JUR 284677) i SAPG, Secc. 2, 14.3.2018 (JUR 92082).

207 SAPG, Secc. 1, 31.5.2021 (JUR 259481) i SAPL, Secc. 2, 3.5.2021 (JUR 201506).

208 SAPB, Secc. 12, 15.12.2022 (JUR 2023/57665).

209 SAPB, Secc. 4, 22.2.2021 (JUR 134736) i SAPT, Secc. 3, 4.2.2021 (JUR 85485).

clarament vinculada a la relació matrimonial i que té l'origen en la vida en comú creada. De manera que aquesta qüestió exigiria una reconsideració per part del legislador català, en la qual, però, probablement es veu constrenyit pel repartiment de competències en matèria de dret processal amb l'Estat.

5. Adquisicions oneroses i titularitats dels convivents en parella estable

5.1. Els efectes patrimonials de la convivència en parella estable

El règim jurídic de les unions estables de parella establert per la LUEP del 1998 va ser modificat per la Llei 25/2010, del 29 de juliol, del Llibre segon, en establir per a la convivència en parella, d'una manera rellevant pel que fa als seus efectes durant la convivència, que aquests passaven a quedar regulats «exclusivament pels pactes dels convivents». En aquests termes, i deixant de banda els requisits de constitució, les normes del CCCat sobre les parelles estables tenen majoritàriament un caràcter liquidatori de la relació.²¹⁰ L'exclusió de l'aplicació general de les normes del matrimoni, per remissió, per als efectes de la convivència en parella durant aquesta, llevat dels casos expressament previstos, junt amb el principi que el caràcter gratuït dels actes de disposició no es presumeix, llevat de previsió expressa, com succeeix entre cònjuges en l'article 232-3 CCCat, ha abonat el terreny per a què a la pràctica els tribunals puguin arribar al punt d'afirmar que les atribucions entre convivents, per raó d'adquisicions oneroses, cal entendre que enclouen un préstec i no una donació.²¹¹

En efecte, a la pràctica són diversos els supòsits que es poden plantejar, pel que fa a les adquisicions oneroses i titularitats dels convivents en parella estable. Per a resoldre els conflictes que es poden donar cal partir de la dada que no hi ha una norma similar aplicable com la de l'article 232-3

210 EGEA FERNÁNDEZ; FERRER RIBA, «Codi civil de Catalunya i legislació complementària», p. 220.

211 Analitza amb profunditat la qüestió, amb referència de la jurisprudència recaiguda, RUBIO GIMENO, «Liberalitat i onerositat en les relacions entre cònjuges i convivents...», p. 90 i ss.; també MORALES MARTÍNEZ, «Adquisiciones, negocios fiduciarios y mejoras en relaciones familiares regidas por separación de bienes...», p. 148.

CCCat. És més, a banda de l'exclusió de l'aplicació analògica generalitzada de les normes sobre els matrimonis a les parelles estables, expressament el CCCat disposa que els efectes de la convivència en parella es regeixen *exclusivament* pels pactes a què han arribat els convivents. Així que, sigui per considerar que no procedeix l'aplicació analògica de les normes sobre el matrimoni per manca d'identitat raó, com perquè expressament l'article 234-3 CCCat refereix la decisió sobre les qüestions relatives als efectes durant la convivència a allò que pròpiament els convivents hagin pactat, no es pot aplicar la regla de la presumpció de donació de l'article 232-3.1 CCCat als convivents en parella estable.²¹²

Certament que sí que procedeix aplicar la regla de la vigència del principi de titularitat formal, com també la presumpció que la contraprestació per a l'adquisició del bé ha estat satisfeta amb diners o béns de l'adquirent, d'acord amb el dret patrimonial general. Pel que fa a la regla de les titularitats dubtoses, cal entendre que de manera similar regeix per als béns mobles, d'acord amb el principi que la possessió equival a títol, és a dir que els posseïdors dels béns són titulars del dret en concepte del qual posseeixen el bé (article 522-1 CCCat). Probablement el mateix cal concloure pels altres béns mobles de valor ordinari destinats a l'ús familiar, assumint que els registres administratius no són determinants de la titularitat en l'ordre civil. Ara bé, és cert que per a aquests darrers béns caldrà estar al que demostrin els convivents en cada cas concret, i el que es pugui deduir de la seva conducta.

5.2. L'aplicació judicial del Codi civil de Catalunya i els pactes dels convivents sobre les adquisicions oneroses

A la pràctica judicial, el supòsit que ha plantejat més controvèrsia, amb solucions diverses, és el de l'alienitat dels fons amb què els convivents han portat a terme l'adquisició d'un immoble. És a dir, quan un convivent ha

212 STSJC 6.2.2020 (JUR 134266), SAPB, Secc. 14, 28.2.2022 (JUR 166883) SAPL, Secc. 2, 31.1.2022 (JUR 131376), SAPB, Secc. 16, 23.6.2020 (JUR 23600), SAPG, Secc. 1, 22.6.2020 (JUR 228096), SAPB, Secc. 14, 19.11.2019 (JUR 336118), SAPB, Secc. 17, 7.5.2019 (JUR 165374), SAPB, Secc. 1, 19.6.2018 (JUR 208344), SAPB, Secc. 4, 20.3.2018 (JUR 92421), SAPB, Secc. 11, 14.2.2018 (JUR 81501), SAPB, Secc. 17, 6.11.2017 (JUR 2018/22007), SAPB, Secc. 4, 20.10.2017 (JUR 292674), SAPT, Secc. 3, 8.7.2015 (JUR 2017/52528), SAPB, Secc. 17, 17.9.2014 (JUR 2015/42113) i SAPL, Secc. 2, 18.9.2012 (JUR 352022). Tracta amb molt de detall de la qüestió, SAPL, Secc. 2, 15.5.2015 (JUR 166718) i SAPB, Secc. 16, 5.2.2015 (JUR 115376).

adquirir un immoble sense disposar de fons propis, o disposar-ne només molt per sota de l'import satisfet. Entenc que en aquests casos no procedeix afirmar sense més, com s'ha fet en alguna decisió, que com que no regeix la presumpció de donació de l'article 232-3.1 CCCat cal concloure que aquesta donació no s'ha produït i que hi ha un préstec entre els convivents, a reserva d'una prova concloent de donació per part d'un d'ells.²¹³ Al contrari, considero que de la conducta observada pels convivents durant la convivència s'ha de poder concloure fàcilment, i sense dubtes, aquesta voluntat de donar un a l'altre els fons amb els quals s'han adquirit els immobles.²¹⁴ L'automatisme del préstec en tota adquisició dels convivents no és admissible. A més, l'eventual donació haurà estat sempre dels diners, i mai de l'immoble, per al que caldria una escriptura pública de donació a l'efecte.²¹⁵ I en cas de considerar-se que hi ha hagut un préstec, el que

213 SAPB, Secc. 1, 1.3.2021 (JUR 141704), SAPB, Secc. 17, 7.5.2019 (JUR 165374), SAPB, Secc. 1, 19.6.2018 (JUR 208344) i SAPB, Secc. 4, 20.10.2017 (JUR 292674). Cal esmentar, en un cas relatiu a l'adquisició d'un immoble abans del matrimoni, la SAPB, Secc. 19, 12.12.2022 (JUR 2023/41436) en la qual s'afirma de manera eloqüent: «el querer compartir los bienes con proyección de una vida común no tiene por qué limitarse a ese ámbito regulado expresamente por las normas legales en relación a las adquisiciones onerosas constante matrimonio por ambos cotitulares.»

214 SAPG, Secc. 2, 10.2.2021 (JUR 81961), SAPB, Secc. 14, 28.9.2018 (JUR 273627), SAPB, Secc. 11, 14.2.2018 (JUR 81501) i SAPG, Secc. 2, 6.4.2011 (JUR 295167). Clarament en el cas resolt per la SAPB, Secc. 16, 23.6.2020 (JUR 23600), en què es parla de «unos más que evidentes facta concludentia que no quedan desvirtuados porque sean cuestionados cuando precisamente se pierde el afecto conyugal y se produce la ruptura de la convivencia».

215 És remarcable, en aquest sentit, la SAPB, Secc. 17, 6.11.2017 (JUR 2018/22007), en un supòsit relatiu a una parella estable en què els convivents havien comprat dos pisos i dos aparcaments i un traster. L'home al·lega que tot havia estat pagat per ell, de manera que el fet que constés a nom de tots dos era per raó de la donació que li havia fet a la dona, el que feia que es tractés d'una compravenda simulada i, per tant, d'una donació d'immobles dissimulada, i d'acord amb la jurisprudència del TS havia de portar a declarar-ne la nul·litat per manca de compliment dels requisits de forma de les donacions d'immobles. L'AP acull aquest argument, d'acord amb la no aplicació analògica a les parelles estables de la normativa sobre adquisicions oneroses vigents pels matrimonis, i nega l'existència d'una comunitat econòmica conjunta entre els convivents, de manera que considera que ha existit una donació dissimulada d'immobles que és nul·la, i declara la propietat exclusiva sobre els béns per part de l'home. En el cas, podria existir una donació dels diners, però no una donació dels immobles que han estat adquirits per raó dels contractes de compravenda amb tercers. Per a què existeixi una donació el donant ha de ser propietari del bé donat, i aquí només era adquirent. L'AP conclou que «Y lo cierto es que, del análisis realizado en el anterior fundamento, debe extraerse la clara conclusión de que la Sra. Elisenda no abonó cantidad

caldria és el retorn d'allò rebut, que pot coincidir amb les quotes satisfetes del préstec amb garantia hipotecària, fins al límit temporal del trencament de la convivència.²¹⁶

El TSJC, en la sentència de 6.2.2020 (JUR 134266), ha tingut l'oportunitat de pronunciar-se específicament sobre la qüestió. Tanmateix, la resolució només versa sobre l'aplicabilitat de l'article 232-3 CCCat a les parelles estables, o l'anterior article 39 CF. D'acord amb diversos arguments, el TSJC resol que aquesta aplicació no és possible, en concret, per al dret

alguna por la compra de ninguno de los inmuebles de los que es cotitular registral. (...) No habiendo abonado la Sra. Elisenda cantidad alguna a ninguno de los vendedores de los bienes inmuebles objeto de litigio, el demandado y actor reconvenional ha acreditado que se produjeron dos negocios simulados que escondían sendas donaciones del Sr. Victorio a la que entonces era su pareja sentimental, y posteriormente pareja de hecho.» El clar error d'aquesta sentència contrasta amb l'encert tècnic de la STSJ 22.5.2003 (RJ 5396), en què entre els membres de la parella estable s'havia celebrat una compravenda de la meitat d'una finca propietat de la dona, en constatar-se que no s'havia pagat cap preu per l'home, el TSJC aprecia l'existència d'una donació dissimulada i, com a tal, nul·la, per manca dels requisits formals essencials esmentats. Per contra, en la STSJ 28.10.2004 (RJ 7462), relativa a un matrimoni, es considera que en la compravenda d'un immoble amb donació dels diners del preu a l'esposa hi ha una donació dissimulada de l'immoble, la qual però no es considera nul·la d'acord amb una doctrina més flexible i menys formalista sobre la qüestió.

216 SAPB, Secc. 4, 20.3.2018 (JUR 92421) i SAPL, Secc. 2, 15.5.2015 (JUR 166718). També mereix remarcar-se el cas resolt per la SAPB, Secc. 17, 17.9.2014 (JUR 2015/42113), en què en una relació de parella del 1997 al 2011, en relació amb la compra d'un pis l'any 2001, el tribunal considera que no es pot presumir la donació i, havent-se provat que tot el preu del pis va ser pagat per un dels convivents, condemna l'altra a restituir-li la quantitat de 64.337,38 euros. En la SAPG, Secc. 1, 9.11.2022 (JUR 381397), s'argumenta d'acord amb els preceptes del CCesp, en concret, l'article 1274, pel que fa a la causa dels contractes, i l'article 1289, sobre interpretació dels contractes, en el sentit que, d'acord amb una inveterada jurisprudència, la causa gratuïta no es presumeix i s'ha de provar; ateses les circumstàncies del cas, en què tampoc s'afirma que hi havia una parella estable, però es pot suposar, i davant la manca de prova, l'AP afirma: «con base a lo dispuesto en el artículo 1289 del Código Civil, cuando existe duda sobre el carácter o naturaleza de la causa de un determinado negocio jurídico (onerosa o gratuita), aquella ha de resolverse a favor de la menor transmisión de derechos e intereses, sin que quepa invocar la presunción de liberalidad, dado que la donación requiere la expresión de la causa de liberalidad y el animus donandi. Por lo tanto, no puede sostenerse la mera liberalidad sin que la parte que la alega pruebe la misma. Es principio jurisprudencial que un negocio jurídico tan sólo es gratuito, si consta la causa de liberalidad probándose el animus donandi, de tal modo que la falta de tal animus donandi impide mantener la tesis de la donación y menos aun de un negocio inexistente como sostiene la recurrente, con lo cual la única interpretación correcta no puede ser otra que la entrega del dinero para el pago del precio de la compraventa, aunque se hiciera directamente a la vendedora, es la de préstamo.»

català, atesa la regulació específica amb què compten les parelles estables i, singularment, l'article 234-3 CCCat pel que fa als efectes o relacions durant la convivència, els quals «es regulen exclusivament pels pactes dels convivents». Pel TSJC és clar que quan el legislador ha volgut aplicar alguna regulació del matrimoni a les parelles estables així ho ha fet expressament, com ara als apartats 2 i 3 del mateix article 234-3 CCCat. En aquestes termes, entén que s'ha d'excloure l'aplicació automàtica per via analògica de l'article 232-3.1 CCCat. En la meua opinió, el TSJC no es pronuncia sobre la resolució del cas concret, referit a la reclamació del marit a l'esposa de la part corresponent a les quantitats pagades per ell per a adquirir un immoble abans del matrimoni, quan eren parella estable, ans només sobre l'aplicabilitat per resoldre el cas de l'article 232-3 CCCat o l'article 39 CF, que era pròpiament el que considerava l'esposa recurrent. Crec que tot l'anterior no perjudica la possibilitat que, en funció dels casos, s'arribi a la conclusió que ha existit una donació entre els convivents en aquestes situacions. De la mateixa manera considero que no cal extreure de la decisió del TSJC que en supòsits similars s'ha de presumir l'existència d'un préstec entre els convivents en ocasió de l'adquisició d'un immoble o qualsevol altre bé amb sobrecontribució d'un d'ells.²¹⁷

Allò que resulta en la majoria dels casos és que els convivents han volgut fer comuns els guanys i els béns que adquireixen durant la convivència i, amb la seva conducta concloent portada a terme, manifesten que hi ha hagut un pacte de regular els efectes de la convivència en aquest sentit. Aquest pacte en cap cas ha de ser per escrit.²¹⁸ Per tant, considero un error aplicar a totes les parelles estables una mena de presumpció de préstec, que només es pot destruir amb una prova concloent d'un negoci de donació com a tal. *L'id quod plerumque accidit* milita en contra d'aquesta opció feta

217 RUBIO GIMENO, Gemma, «Liberalitat i onerositat en les relacions entre cònjuges i convivents...», p. 77, es refereix als «excessos contributius».

218 Així en la STSJC 30.1.2020 (RJ 4332), pel que fa a la pretensió d'un convivent de reclamar a l'altre el reemborsament de les quotes pagades del préstec hipotecari, en relació amb un habitatge adquirit per tots dos. Per al TSJC es pot deduir que els convivents han assolit un pacte pel que fa a la gestió de l'economia conjunta, de manera que «no pueden someterse a revisión las aportaciones hechas, mediante la reclamación de lo que uno pagó. Sería someter a revisión el conjunto de acuerdos que, por la vía de los hechos, adoptan las parejas en el curso de su convivencia diaria», en el cas era aplicable la LUEP.

per alguns tribunals.²¹⁹ A més, és clar que el procediment per a la liquidació dels efectes de la convivència en parella no es pot convertir en una ocasió per a revisar tota la convivència en comú des d'un punt de vista econòmic.²²⁰

Cal destacar, però, que hi ha diverses resolucions judicials en què s'aplica l'article 232-3 CCCat a les parelles estables, sense fer-ne qüestió de l'aplicabilitat, o bé s'aplica per analogia, amb l'efecte d'aplicar la regla de la titularitat formal i la presumpció de donació, pel que fa als béns immobles, i de copropietat per als mobles de valor ordinari destinats a l'ús familiar.²²¹ A més, també existeixen força resolucions en què es considera que el que procedeix és deduir l'existència d'una donació entre els convivents.²²²

En darrer terme, pel que fa a les parelles estables, és molt important assenyalar que en la jurisprudència s'han distingit nítidament aquests supòsits dels de les meres relacions sentimentals entre els litigants, que no

219 En la SAPB, Secc. 14, 29.11.2021 (JUR 2022/74294) s'afirma «No existe ninguna prueba que permita considerar acreditado que la aportación dineraria realizada por el Sr. Rómulo para la adquisición de la vivienda tuviese por causa un contrato de préstamo, siendo del todo plausible que las disposiciones se realizaran de consuno para la “unidad familiar” (...) Si realmente hubiera existido un préstamo no se entiende que cuando procedieron a la venta de la vivienda el 19 de mayo de 2010, siendo pareja de hecho formal en tal momento, por un precio superior (375.000 euros) al de su adquisición (320.000 euros), el Sr Rómulo no compensara en dicho momento el préstamo que ahora sostiene haber realizado». També en termes similars SAPT, Secc. 3, 7.5.2019 (JUR 160111) i SAPB, Secc. 16, 5.2.2015 (JUR 115376).

220 Així s'afirma en la SAPB, Secc. 14, 19.11.2019 (JUR 336118), en el sentit que el procediment no pot consistir en «una especie de auditoria general de las relaciones de la pareja desde el principio de su relación».

221 SAPG, Secc. 1, 4.2.2022 (JUR 140340), SAPB, Secc. 19, 19.3.2014 (JUR 135533) i SAPB, Secc. 17, 11.5.2011 (JUR 259041). En la SAPB, Secc. 14, 29.11.2021 (JUR 2022/74294) s'arriba a aplicar per analogia, per bé que en el cas la parella encara no es podia considerar constituïda per no portar dos anys de convivència, també en el cas resolt per la SAPB, Secc. 14, 14.1.2020 (341390) s'aplica per analogia, però es considera que es pot destruir la presumpció de donació i es conclou que hi hagué un préstec. En la SAPB, Secc. 19, 5.11.2014 (JUR 2015/64648) es cita la STSJC 22.5.2003 (RJ 5396), per fonamentar l'aplicació analògica de la normativa sobre adquisicions oneroses dels cònjuges en el règim de separació de béns a les parelles estables.

222 De manera sorprenent, i amb fonament a l'absència de normativa expressa sobre la qüestió, la SAPG, Secc. 1, 22.6.2020 (JUR 228096), resol pel que fa al parament domèstic que si es pot provar l'adquisició per part d'un sol dels convivents això en determinarà la propietat.

impliquen convivència,²²³ i també les que impliquen convivència en parella però sense complir els requisits que preveu el CCCat als articles 234-1 i 234-2 CCCat, qüestió que sovint és objecte de controvèrsia i prova en el procediment.²²⁴ Com ja s'ha fet referència, són força els plets en què els convivents es casen amb posterioritat, i això ha permès en ocasions als tribunals modular la seva decisió amb aquest element temporal als efectes de deduir l'existència d'un préstec o d'una donació.²²⁵

En relació amb el procediment per a la divisió de les comunitats de béns que s'hagin pogut establir entre els convivents, la situació és la mateixa que pel que fa als matrimonis, atès que l'article 552-11.6 *in fine* fa remissió a l'article 232-12 CCCat per a les parelles de fet, i també el que expressament disposa la DA 5 de la Llei 25/2010, relativa a «procediments relatius a la ruptura de la parella estable», que en l'apartat segon reproduïx per a les parelles el mateix contingut de l'article 232-12 CCCat. Malgrat que es pugui al·legar que per a aquests procediments regeixen les mateixes limitacions que per als matrimonis, la qüestió és més que opinable, atès que per als plets entre convivents no regeixen expressament, llevat que així es vulgui derivar de l'aplicació que disposa l'esmentada DA 5 Llei 25/2010, per als processos matrimonials, per a la tramitació dels procediments judicials relatius a la ruptura de la parella estable.²²⁶

223 Supòsits en els quals clarament la donació no es presumeix i sí l'onerositat de la transmissió, SAPB, Secc. 18, 3.6.2019 (JUR 182419), SAPL, Secc. 2, 12.1.2018 (JUR 37989) i SAPB, Secc. 4, 30.11.2017 (JUR 2018/19639).

224 És singular el supòsit resolt per la SAPB, Secc. 4, 17.11.2020 (2021/9278), en què s'afirma que la «relación con el actor era mixta, consistente en una relación contractual como escort, o sea acompañante remunerada, una relación laboral y otra afectiva; que con el tiempo surgió un sentimiento que traspasaba los límites del contrato profesional, expresando el actor su deseo de convivir juntos como pareja sentimental», en aquest cas una transferència de diners a la demandada per a adquirir un pis es considera com un préstec i no una donació, atès que aquesta no es presumeix i no és aplicable al cas la regla de l'article 232-3.1 CCCat.

225 SAPG, Secc. 2, 14.3.2018 (JUR 92082). De manera singular, en el cas resolt per la SAPG, Secc. 2, 11.11.2013 (JUR 2014/55281), un cop divorciats, els cònjuges continuen convivint atenent el fill comú, raó per la qual el tribunal considera que han passat a constituir una parella estable, que es regeix pels pactes dels convivents, i entén que no es pot presumir l'existència d'una donació entre ells.

226 En la jurisprudència, però, no hi ha pronunciaments expressos en aquest sentit, i sí tot just algun cas d'aplicació de la doctrina jurisprudencial relativa als matrimonis, SAPB, Secc. 18, 29.9.2022 (JUR 341234). Pel que fa a la qüestió, SERRANO MASIP, Mercedes, «Los procedimientos relativos a la ruptura de la pareja estable. Regulación vigente en Cataluña»,

6. Conclusions

L'aplicació judicial, durant una dècada llarga, de les disposicions del Llibre segon del Codi civil de Catalunya, relatives a les titularitats dels cònjuges derivades d'adquisicions oneroses, permet valorar els encerts de les reformes fetes en relació amb el Codi de Família, així com les mancances que la vigent normativa pot presentar. Alhora, la nombrosa jurisprudència recaiguda permet avaluar quins són els aspectes més conflictius, en ocasió de les crisis matrimonials, i quines mesures legislatives es poden adoptar per tal de contribuir al benestar dels ciutadans i reduir la litigiositat, la qual s'ha de posar en relació amb el nombre de separacions i divorcis anuals.

El principi de la titularitat formal, combinat amb la doble presumpció de propietat de la contraprestació i de la donació d'aquesta, en cas contrari, manifesta una important fortalesa per a ordenar l'economia del matrimoni en el règim de separació de béns, d'acord amb un capteniment majoritari dels cònjuges catalans, els quals decideixen compartir voluntàriament els guanys obtinguts durant el matrimoni, d'acord amb el que consideren oportú en cada ocasió. La regla vigent de l'article 232-3 CCCat sembla incontestable a la pràctica pel que fa als béns immobles, i no admet pràcticament excepció en les decisions judicials. Pel que fa als béns mobles de valor ordinari destinats a l'ús familiar, i malgrat algunes imprecisions normatives, cal valorar positivament la iniciativa del legislador tendent a no donar prevalença a una mera titularitat formal, que en aquests casos no reuneix les mateixes característiques que la que pot resultar d'un registre de naturalesa civil, i no merament administratiu. Al seu torn, la norma sobre titularitats dubtoses manté un important àmbit d'aplicació i eficàcia en matèria de titularitats sobre els fons dipositats en comptes corrents. En tots els casos, es tracta de normes del règim econòmic de separació de béns prou assumides a la pràctica, les quals determinen les titularitats dels cònjuges sobre els béns, modificant les regles ordinàries del dret patrimonial, sense implicar formalment una distinció entre tipus de béns ni una adquisició per raó del matrimoni, tot i que això darrer tal vegada materialment es pugui considerar així.

a: FLORENSA I TOMÀS, Carles Enric (Dir.); FONTANELLAS MORELL, Josep M. (Coord.), *La codificación del Derecho civil de Cataluña. Estudios con ocasión del cincuentenario de la Compilación*, Madrid – Barcelona, Marcial Pons, 2011, p. 163-185, p. 176.

Pel que fa a les mancances de la nova legislació, cal referir-les especialment als aspectes processals de la liquidació del règim econòmic de separació, quant a la divisió de les comunitats de béns creades durant el matrimoni, per raó de les disposicions esmentades. En aquest cas, cal entendre que el legislador pretenia acumular l'exercici d'aquestes pretensions als processos matrimonials, també en ocasió de discrepàncies entre els cònjuges en relació amb la titularitat sobre els béns, d'acord amb el procediment dels articles 806 a 811 LEC. La negativa dels tribunals a què això es faci així exigeix una reconsideració per part del legislador de per quin motiu la mesura no ha estat eficaç a la pràctica, i si convé i és possible procedir a implementar alguna modificació legislativa.

Al seu torn, la comprensió que els tribunals han fet de la normativa vigent per a les parelles estables tampoc no sembla gaire raonable en atenció a la realitat pràctica d'aquestes a Catalunya. Que l'aplicació per analogia o remissió a les normes sobre el matrimoni no sigui possible, no exclou que en la majoria de casos es pugui concloure que els convivents han convingut compartir els respectius patrimonis o guanys en relació amb una determinada adquisició d'un bé, moble o immoble, ja que presumir el contrari sembla anar contra la naturalesa de les coses, d'allò que succeeix habitualment en la majoria de casos. Certament que les resolucions són molt casuístiques, però no sembla raonable considerar que cal partir d'una presumpció generalitzada d'un préstec en relació amb dues persones que han decidit constituir una relació que dona lloc a una comunitat de vida anàloga a la matrimonial, en els termes de l'article 234-1 CCCat.

La llarga evolució del règim de separació de béns en el dret civil de Catalunya fa pensar que aquest no serà el darrer episodi en una matèria de vigència i aplicació constant per a la gran majoria de matrimonis, i per a la qual és previsible que el legislador pugui actuar en el futur. El mateix cal dir sobre la normativa relativa a les parelles estables, que a Catalunya ja té un quart de segle d'existència. Tant per a una com per a l'altra, l'estudi i l'anàlisi de l'aplicació judicial del dret civil de Catalunya, la qual compta amb una llarga tradició, ha estat cabdal per poder avaluar la vigència real de la normativa aplicable a les relacions patrimonials entre els cònjuges i els convivents en parella estable catalans, i poder-ne plantejar la revisió en el futur.

Bibliografia citada

- ABRIL CAMPOY, Joan Manel, «La compensació econòmica com a norma de liquidació del règim econòmic matrimonial de separació de béns: especialitats processals, pressupòsits i càlcul», *InDret*, núm 2, 2016, p. 1-29.
- AGUILERA RULL, Ariadna, «Gènere i dret de família: una lectura de la compensació econòmica per raó de treball a partir del Llibre segon del Codi civil de Catalunya», *Revista Catalana de Dret Privat*, vol. 15-1, 2015, p. 113-130.
- ÁLVAREZ OLALLA, M.^a Pilar, *Responsabilidad patrimonial en el régimen de separación de bienes*, Pamplona, Aranzadi, 1996.
- ARNAU RAVENTÓS, Lúdia, «Adquisicions oneroses i titularitats dubtoses en el règim de separació. Els articles 232-3 i 4 del Codi Civil de Catalunya», *InDret* núm. 4, 2011, p. 1-25.
- ARNAU RAVENTÓS, Lúdia, «Comentari als articles 231-30 i 231-31», a: EGEA I FERNÀNDEZ, Joan; FERRER I RIBA, Josep (Dir.); FARNÓS AMORÓS, Esther (Coord.), *Comentari al llibre segon del Codi civil de Catalunya. Família i relacions convivencials d'ajuda mútua*, Barcelona, Atelier, 2014, p. 196-207.
- ARNAU RAVENTÓS, Lúdia, «El régimen de separación de bienes», a: YZQUIERDO TOLSADA, Mariano / CUENA CASAS, Matilde (Dir.), *Tratado de Derecho de Familia*, 2a ed. Vol. VII, Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2017, 268-296.
- ARRÉBOLA BLANCO, Adrián, *La compensación del trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes*, Madrid, Reus, 2019.
- ASUA GONZÁLEZ, Clara, «El régimen de separación de bienes», a: YZQUIERDO TOLSADA, Mariano; CUENA CASAS, Matilde (Dir.), *Tratado de Derecho de Familia*, 2a ed., Vol. IV, Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2017, p. 43-127.
- BAYO DELGADO, Joaquim, «Comentari als articles 232-1 a 232-12», a: ROCA TRIAS, Encarnación; ORTUÑO MUÑOZ, Pascual, *Persona y Familia. Libro segundo del Código civil de Cataluña*, Madrid, Sepín, 2011, p. 683-719.
- BAYO DELGADO, Joaquim, «L'aplicació del dret civil català en la realitat jurisdiccional», *Revista Catalana de Dret Privat*, vol. 15-1, 2015, p. 177-179.
- BOELE-WOELKI, Katharina; FERRAND, Frédérique; GONZÁLEZ BEILFUSS, Cristina; JÄNTERÄ-JAREBORG, Maarit; LOWE, Nigel; MARTINY, Dieter; PINTENS, Walter, *Principles of European Family Law Regarding Property Relations Between Spouses*, Intersentia / CEFL, Cambridge – Antwerp – Portland, 2013.

- DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina, «La libertad de pacto en el régimen de separación de bienes», a: RAMS ALBESA, Joaquín J.; DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina; SERRANO GÓMEZ, Eduardo; ANGUITA VILLANUEVA, Luis A., *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de familia*, Madrid, Dykinson, 2010, p. 117-272.
- DEL POZO CARRASCOSA, Pedro; VAQUER ALOY, Antoni; BOSCH CAPDEVILA, Esteve, *Derecho civil de Cataluña. Derecho de familia*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires – Sao Paolo, 2022.
- EGEA I FERNÁNDEZ, Joan, «Comentari als articles 4 i 5», a: EGEA FERNÁNDEZ, Joan; FERRER RIBA, Josep (Dir.); LAMARCA I MARQUÈS, Albert; RUISÁNCHEZ CAPELÁSTEGUI, Covadonga (Coords.), *Comentaris al Codi de família, la Llei d'unions estables de parella i la Llei de situacions convivencials d'ajuda mútua*, Madrid, Tecnos, 2000, p. 93-114.
- EGEA FERNÁNDEZ, Joan; FERRER RIBA, Josep (Ed.); FARNÓS AMORÓS, Esther (Co.), *Codi civil de Catalunya i legislació complementària*, 17a ed., Barcelona, Atelier, 2021.
- EJARQUE PAVIA, Albert, «Aspectos procesales de la liquidación del régimen económico matrimonial de separación de bienes del Código civil de Cataluña cuando existen varios bienes en comunidad ordinaria indivisa», *Revista Catalana de Dret Privat*, vol 25, 2022, p. 159-164.
- ESTELLÉS PERALTA, Pilar María, *El régimen de separación de bienes y su liquidación. Problemáticas y soluciones en la praxis de los tribunales*, València, Tirant lo Blanch, 2022.
- FARNÓS AMORÓS, Esther, «El règim de separació de béns en el nou llibre II del Codi civil de Catalunya», *Activitat Parlamentària*, 2010, p. 9-14.
- FARNÓS AMORÓS, Esther, «Separació de béns i compensació econòmica per la dedicació abnegada a la família i a l'empresa del marit: la sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya de 14 de febrer de 2013», *Revista Catalana de Dret Privat*, vol. 14, 2014, p. 161-178.
- FERRER RIBA, Josep, «Fixació de la compensació econòmica per raó de treball i donacions als fills comuns», a: BADOSA COLL, Ferran (Dir.); GINEBRA MOLINS, Esperança; LAUROBA LACASA Elena (Coords.), *Estudis de dret català. Llibre homenatge a Antoni Mirambell i Abancó*, Barcelona, Atelier, 2022, p. 543-558.
- FONT SEGURA, Albert, «Comentari a l'article 231-10», a: EGEA I FERNÁNDEZ, Joan; FERRER I RIBA, Josep (Dir.); FARNÓS AMORÓS, Esther (Coord.), *Comentari al llibre segon del Codi civil de Catalunya. Família i relacions convivencials d'ajuda mútua*, Barcelona, Atelier, 2014, p. 96-104.

- GARCÍA GONZÁLEZ, José Antonio, *La liquidació del règim econòmic de separació de béns de Catalunya. Aspectes civils i processals (Compensació patrimonial, inventari i liquidació)*, Barcelona, Atelier, 2004.
- GARCÍA GONZÁLEZ, José Antonio, «La liquidación de bienes conyugales en el régimen de separación de bienes de Catalunya», *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 2, 2004, p. 457-487.
- GARCÍA GONZÁLEZ, José Antonio, *Jurisprudencia sobre derecho de familia y de la persona en Cataluña. Aspectos civiles y procesales*, Barcelona, Bosch, 2008.
- GARCÍA GONZÁLEZ, José Antonio, *Legislació catalana sobre dret de família. Normativa concordada del Llibre segon del Codi civil de Catalunya amb jurisprudència i formularis*, València, Tirant lo Blanch, 2011.
- GINEBRA MOLINS, M. Esperança, «Comentari als articles 232-30 a 232-38», a: EGEA I FERNÁNDEZ, Joan; FERRER I RIBA, Josep (Dirs.); FARNÓS AMORÓS, Esther (Coord.), *Comentari al llibre segon del Codi civil de Catalunya. Família i relacions convivencials d'ajuda mútua*, Barcelona, Atelier, 2014, p. 357-389.
- GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos, «Gènere i dret de família: una lectura del règim econòmic del matrimoni a partir del llibre segon del Codi civil de Catalunya», *Revista Catalana de Dret Privat*, vol. 15-1, 2015, p. 113-130.
- GÓMEZ POMAR, Fernando, «Comentari als articles 231-11 a 231-14», a: EGEA I FERNÁNDEZ, Joan; FERRER I RIBA, Josep (Dirs.); FARNÓS AMORÓS, Esther (Coord.), *Comentari al llibre segon del Codi civil de Catalunya. Família i relacions convivencials d'ajuda mútua*, Barcelona, Atelier, 2014, p. 104-121.
- GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente, «La regla de indivisión en régimen de separación de bienes (Art. 1.441 C.C.) y su alteración convencional», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 465, 1984, p. 309-382.
- LAMARCA I MARQUÈS, Albert, «Veïnatge civil, determinació del règim econòmic matrimonial i llei aplicable a la successió. Check-list i criteris d'actuació professional», *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 4, 2006, p. 947-982, i núm 1, 2007, p. 33-73.
- LAMARCA I MARQUÈS, Albert, «Comentari als arts. 232-1 a 232-4», a: EGEA I FERNÁNDEZ, Joan; FERRER I RIBA, Josep (Dirs.); FARNÓS AMORÓS, Esther (Coord.), *Comentari al llibre segon del Codi civil de Catalunya. Família i relacions convivencials d'ajuda mútua*, Barcelona, Atelier, 2014, p. 208-226.
- LAMARCA I MARQUÈS, Albert, «Comentari a la Disposició Transitòria 2a (efectes del matrimoni)», a: EGEA I FERNÁNDEZ, Joan; FERRER I RIBA, Josep (Dirs.); FARNÓS AMORÓS, Esther (Coord.), *Comentari al llibre segon*

del Codi civil de Catalunya. Família i relacions convivencials d'ajuda mútua, Barcelona, Atelier, 2014, p. 1.104-1.109.

- LAMARCA I MARQUÈS, Albert, «Direcció de la família i responsabilitat dels cònjuges per les necessitats i les despeses familiars», a: BADOSA COLL, Ferran (Ed.), GINEBRA MOLINS, Esperança; LAUROBA LACASA, Elena (Coords.), *Estudis de dret català. Llibre homenatge al Prof. Antoni Mirambell i Abancó*, Barcelona, Atelier, 2022, p. 559-583.
- MARSAL GUILLAMET, «Comentari als articles 232-30 a 232-38», a: ROCA TRIAS, Encarnación; ORTUÑO MUÑOZ, Pascual, *Persona y Familia. Libro segundo del Código civil de Cataluña*, Madrid, Sepín, 2011, p. 778-803.
- MIRAMBELL I ABANCÓ, Antoni, «Comentari als articles 49, 50 i 51», a AAVV, *Comentaris a les reformes del Dret civil de Catalunya. Vol. I*, Bosch, Barcelona, 1987, p. 438-476.
- MIRAMBELL ABANCÓ, Antoni, «Comentari als articles 20 a 22», a: CASANOVAS MUSSONS, Anna; EGEA FERNÁNDEZ, Joan; GETE-ALONSO CALERA, M^a del Carmen; MIRAMBELL ABANCÓ, Antoni (Coords.), *Comentari a la modificació de la Compilació en matèria de relacions patrimonials entre cònjuges*, Barcelona, Generalitat de Catalunya, 1995, p. 181-196.
- MONTÉS PENADÉS, Vicente «Comentari als articles 1435 a 1445», a: PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido; Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN Luis; BERCOVITZ, Rodrigo; SALVADOR CODERCH, Pablo (Dir.), *Comentario del Código Civil*, Tom II, Madrid, Ministerio de Justicia, Madrid, 1992, p. 850-887.
- MORALES MARTÍNEZ, Sergi, *Adquisiciones, negocios fiduciarios y mejoras en relaciones familiares regidas por separación de bienes*, Barcelona, Universitat Pompeu Fabra, 2017, encara inèdita, accessible al repositori [www.tdx.cat](http://hdl.handle.net/10803/404754), a <http://hdl.handle.net/10803/404754>.
- NASARRE AZNAR, Sergio, «La divisió dels béns en proindivisió en el règim de separació de béns de Catalunya», *Revista Catalana de Dret Privat* vol. 10, 2009, p. 115-156.
- NASARRE AZNAR, Sergio; GARCIA TERUEL, Rosa M, «División de los bienes en proindiviso», a: LLEDÓ YAGÜE, FRANCISCO; FERRER VANRELL, Pilar; MONJE VALMASEDA, Óscar (Dir.), *Las relaciones patrimoniales entre cónyuges y parejas convivientes en los derechos civiles autonómicos*, Madrid, Dykinson, 2021, p. 193-203.
- NAVAS NAVARRO, Susana, *El régimen de separación de bienes y la protección de los terceros*, València, Tirant lo Blanch, 1996.

- ORTUÑO MUÑO, Pascual, «Comentari als articles 41 a 43» a: EGEA I FERNÀNDEZ, Joan; FERRER RIBA, Josep (Dirs.); LAMARCA I MARQUÈS, Albert; RUISÁNCHÉZ CAPELÁSTEGUI, Covadonga (Coords.), *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d'Unions estables de parella i a la llei de situacions conviencials d'ajuda mútua*, Tecnos, Madrid, 2000, p. 231-271.
- PÉREZ DAUDÍ, Vicente, «Las Especialidades del Código civil catalán en el proceso de familia», a: ID. (Coord.), *El proceso de familia en el Código Civil de Cataluña. Análisis de las principales novedades civiles y los aspectos fiscales*, Barcelona, Atelier, 2011, p. 176-207.
- PUIG I FERRIOL, Lluís, «Comentari als articles 37 a 40», a: EGEA I FERNÀNDEZ, Joan; FERRER RIBA, Josep (Dirs.); LAMARCA I MARQUÈS, Albert; RUISÁNCHÉZ CAPELÁSTEGUI, Covadonga (Coords.), *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d'Unions estables de parella i a la llei de situacions conviencials d'ajuda mútua*, Tecnos, Madrid, 2000, p. 213-231.
- PUIG FERRIOL, Lluís; ROCA TRIAS, Encarna, *Fundamentos del Derecho civil de Cataluña. Tomo II. Derecho familiar catalán*, Bosch, Barcelona, 1979.
- PUIG I FERRIOL, Lluís; ROCA I TRIAS, Encarna, *Institucions del Dret civil de Catalunya. Dret de família II-2*, València, 2014.
- PUIG SALELLAS, Josep M., «La reforma de la Compilació en matèria de relacions econòmiques patrimonials entre cònjuges», a: *Materials de les II Jornades de Dret català a Tossa, celebrades els dies 29 i 30 de setembre i 1 i 2 d'octubre de 1982*, original mecanografiat sense data, p. 255-363.
- RADUÀ HOSTENCH, Joan-Maria, «La divisió de la cosa comuna: estudi de deu qüestions controvertides resoltes pel Tribunal Superior de Justícia de Catalunya», *Revista Catalana de Dret Privat*, vol 25, 2022, p. 147-157.
- REBOLLEDO VARELA, Ángel Luis, *Separación de bienes en el matrimonio*, Madrid, Montecorvo, 1983.
- RIBA TREPAT, Cristina, «Tractament processal en el codi civil de catalunya de la divisió de la cosa comuna en els judicis matrimonials», *Revista Catalana de Dret Privat* vol. 12, 2011-2012, p. 11-55.
- RIBOT IGUALADA, Jordi, «El càlcul de la compensació per raó de treball: primer balanç de jurisprudència», a: BADOSA COLL, Ferran (Dir.); GINEBRA MOLINS, Esperança; LAUROBA LACASA Elena (Coords.), *Estudis de dret català. Llibre homenatge a Antoni Mirambell i Abancó*, Barcelona, Atelier, 2022, p. 585-601.
- ROCA SASTRE, Ramon M., *Estudios de Derecho civil especial de Cataluña*, Bosch, Barcelona, 1983.

- ROCA TRIAS, Encarna, «La liquidació del règim de separació de béns a Catalunya», *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 3, 2008, p. 651-676.
- ROCA TRIAS, Encarna, «Els canvis en el règim de béns: de la separació a la comunitat diferida», a: FLORENSA I TOMÀS, Carles Enric (Dir.); FONTANELLAS MORELL, Josep M. (Coord.), *La codificació del Derecho civil de Cataluña. Estudios con ocasión del cincuentenario de la Compilación*, Madrid – Barcelona, Marcial Pons, 2011, p. 91-102.
- RUBIO GIMENO, Gemma, «El dret de predetracció del cònjuge vidu», *Revista Catalana de Dret Privat*, vol. 2, 2003, 235-256.
- RUBIO GIMENO, Gemma, «Liberalitat i onerositat en les relacions entre cònjuges i convivents i acció de reintegrament del preu en adquisicions oneroses (a propòsit de les sentències del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya 3/2020, de 30 de gener, i 5/2020, de 6 de febrer)», *Revista Catalana de Dret Privat*, vol. 24, 2021, p. 75-96.
- SERRANO MASIP, Mercedes, «Los procedimientos relativos a la ruptura de la pareja estable. Regulación vigente en Cataluña», a: FLORENSA I TOMÀS, Carles Enric (Dir.); FONTANELLAS MORELL, Josep M. (Coord.), *La codificació del Derecho civil de Cataluña. Estudios con ocasión del cincuentenario de la Compilación*, Madrid – Barcelona, Marcial Pons, 2011, p. 163-185.
- SOLÉ FELIU, Josep, «Comentari als articles 35 i 36», a: EGEA FERNÁNDEZ, Joan; FERRER RIBA, Josep (Dir.); LAMARCA I MARQUÈS, Albert; RUISÁNCHEZ CAPELÁSTEGUI, Covadonga (Coords.), *Comentarios al Codi de família, la Llei d'unions estables de parella i la Llei de situacions convivencials d'ajuda mútua*, Madrid, Tecnos, 2000, p. 202-212.
- SOLÉ RESINA, Judith, «La quarta domèstica o crèdit de participació reduït», *InDret*, núm. 2, 2010, p. 1-29.
- VILELLA LLOP, Pilar, «El derecho de reembolso de la sociedad de gananciales por aportaciones privativas de los cónyuges conforme a la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo», a: ORTEGA BURGOS, Enrique; ECHEVARRIA DE RADA, Teresa (Dir.), *Derecho de Familia 2022*, València, Tirant lo Blanch, 2022, p. 407-421.
- VIRGILI SORRIBES, Francisco, «El régimen legal de separación de bienes en la Compilación del Derecho civil especial de Cataluña», *Anuario de Derecho Civil*, tom 15/I, 1965, p. 3-68.

L'actualització del dret de filiació a la llum de la jurisprudència*

Esther Farnós Amorós

Professora Tenure-Track de dret civil

Universitat Pompeu Fabra

Sumari

1. Objecte, apunt metodològic i errors de nota estratègics o en l'aplicació de la norma
2. Cap al debilitament del principi «reconèixer abans de reclamar»: el principi *favor filii* i la possibilitat (excepcional) d'exercici directe de l'acció judicial de reclamació de paternitat no matrimonial
3. Impacte d'una paternitat sobrevinguda en els cognoms del fill o filla
4. El *dies a quo* per a l'exercici de l'acció d'impugnació de la paternitat: de les «meres sospites» al «coneixement cert» de la no paternitat
5. Impugnabilitat dels reconeixements de complaença i distinció amb els fets en frau de llei o de conveniència
6. Sobre la persistència de la negativa injustificada a la pràctica de la prova biològica en els plets de reclamació de paternitat i la transcendència de les presumptions de paternitat no matrimonial
 - 6.1. Antecedents
 - 6.2. Negativa de la mare i representant legal del menor
 - 6.3. Negativa de l'home a qui es reclama la paternitat
 - 6.4. Negativa dels hereus de l'home la paternitat del qual es reclama
 - 6.5. Quins efectes ha de tenir la negativa a la pràctica de la prova biològica en les accions d'impugnació de la paternitat?

* Aquest treball s'emmarca en el projecte de recerca «Nuevos desarrollos en la autodeterminación personal y familiar: del estatus a la autorregulación» (PID2021-123985NB-I00), finançat pel Ministeri de Ciència, Innovació i Universitats i dirigit pel Prof. Josep Ferrer Riba.

7. La filiació derivada de reproducció assistida

- 7.1. Consolidació de la voluntat procreacional: només excepcionalment el requisit de forma ho és amb caràcter constitutiu i condiona la validesa de l'acte
- 7.2. Efectes, en l'Estat d'origen del progenitor o progenitors d'intenció, de la filiació resultant d'un acord de gestació per substitució realitzat a l'estranger

8. Filiació adoptiva

9. Un apunt final sobre el paper del defensor judicial en els plets de filiació

10. Conclusions: el dret de filiació d'avui i el dret de filiació que vindrà

Bibliografia

1. Objecte, apunt metodològic i errors de nota estratègics o en l'aplicació de la norma

En aquest treball s'analitzen les sentències i interlocutòries de les Audiències Provincials catalanes i de la Sala Civil-Penal del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya dictades en aplicació de les normes de filiació del Llibre segon del Codi civil de Catalunya, bé perquè l'acció s'interposa amb posterioritat a l'1 de gener de 2011, bé perquè transitòriament resulta aplicable aquest text legal.¹ A aquests efectes, la DT 5a de la Llei 25/2010, del 29 de juliol, del llibre segon del Codi civil de Catalunya, relatiu a la persona i la família, estableix que «Les disposicions del capítol IV del títol III del llibre segon del Codi civil tenen efectes retroactius, sigui quina sigui la data de determinació de la filiació.» (apt. 1) i que «Les accions de filiació nascudes a l'empara de la legislació anterior a l'entrada en vigor d'aquesta llei s'han d'ajustar als terminis que fixa la dita legislació, llevat que el termini corresponent fixat pel Codi civil sigui més llarg. Pel que fa al règim jurídic i a la transmissibilitat, s'han de regir per la legislació que resulti més favorable al fill o a les persones legitimades per a exercir l'acció.» (apt. 2).²

El recull jurisprudencial comprèn les resolucions dictades fins a febrer de 2023, un total de setze del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya i al voltant de setanta d'Audiències. No s'hi inclouen les sentències de Jutjats, atès que els cercadors jurisprudencials no les recullen de forma

1 Aquest és el cas de la SAP Barcelona, sec. 18a, de 19.11.2012 (ECLI:ES:APB:2012:13504), confirmada per la STSJCAT de 7.11.2013 (ECLI:ES:TSJCAT:2013:14800), que aplica les normes de filiació del Llibre segon en atenció al principi *favor filii* i que és objecte d'anàlisi en l'apt. 7.1.

2 La disposició conté un apartat 3r, segons el qual «Les sentències fermes sobre filiació dictades a l'empara de la legislació anterior a l'entrada en vigor d'aquesta llei no impedeixen que es pugui exercir de nou una acció que es fonamenti en una disposició del Codi civil o en un fet o una prova només admissible a l'empara d'aquest.».

sistemàtica i, per tant, la representació obtinguda resultaria esbiaixada. Un cop processades les decisions del Tribunal Superior i de les Audiències s'identifiquen els temes que presenten més interès acadèmic i pràctic, que conformen la sistemàtica del present treball.

En l'anàlisi jurisprudencial que s'ha portat a terme crida l'atenció que una petita proporció de les decisions de les Audiències es dirigeixi a esmenar errors de nota dels Jutjats, consistents per exemple en estimar una acció de reclamació de la paternitat no matrimonial exercitada pel presumpte pare d'un menor quan existia una altra paternitat contradictòria que l'actor no va sol·licitar que fos impugnada (art. 235-19.1 CCCat), amb els consegüents perjudicis per al menor, que es va haver de sotmetre innecessàriament a la prova biològica (SAP Barcelona, sec. 12a, d'1.7.2015, ECLI:ES:APB:2015:8035). En alguns casos aquests errors denoten un desconeixement profund del dret català i, en particular, de la norma que estableix que «En l'exercici de les accions de filiació no cal la presentació de cap principi de prova» (art. 235-15.1 CCCat), que fa inaplicable a Catalunya l'art. 767.1 LEC. Així succeeix, per exemple, quan el Jutjat desestima una acció de reclamació de la paternitat no matrimonial exercitada pel presumpte pare perquè no havia aportat prova en què fonamentar la demanda (SAP Tarragona, sec. 1a, de 6.7.2017, ECLI:ES:APT:2017:802),³ o bé quan s'inadmet la demanda pel mateix motiu (interlocutòries AP Barcelona, sec. 12a, de 29.1.2020, ECLI:ES:APB:2020:478A; i sec. 18a, de 27.5.2020, ECLI:ES:APB:2020:4401A). De vegades qui al·lega, sense cap tipus de suport ni de recorregut, que la demanda de reclamació de paternitat no s'havia fonamentat en cap principi de prova és el propi demandat, qui recorre en apel·lació contra la sentència del Jutjat que en declara la paternitat (SAP Barcelona, sec. 18a, de 31.7.2013, ECLI:ES:APB:2013:9389; i de 17.6.2016, ECLI:ES:APB:2016:6020; i Girona, sec. 2a, de 14.12.2016, ECLI:ES:APGI:2016:1505). També està condemnat al fracàs el recurs del demandat que, un cop inscrita en el Registre Civil la seva paternitat respecte d'un menor i decretades judicialment mesures de guarda a favor de la mare, relacions personals al seu favor i aliments al seu càrrec, simplement s'oposa a la paternitat que consta en el Registre, sense exercitar cap acció d'impugnació (SAP Barcelona, sec. 18a, de 19.5.2015, ECLI:ES:APB:2015:4884). En altres ocasions la tasca de les Audiències

3 L'Audiència esmena l'error però acaba desestimant la demanda perquè l'acció de reclamació no s'acumulava a la d'impugnació, la qual cosa era essencial en existir una altra paternitat contradictòria determinada, cosa que el Jutjat tampoc va advertir.

ha consistit en admetre el recurs del demandat contra l'admissió d'una demanda de sol·licitud de mesures en relació a dues menors que no constaven inscrites en el Registre Civil com les seves filles (SAP Barcelona, sec. 12a, de 29.4.2014, ECLI:ES:APB:2014:3283). Finalment, trobem exemples d'errors estratègics bàsics en plantejar la demanda en les SAP Barcelona, sec. 12a, de 10.1.2014 (ECLI:ES:APB:2014:399) i 23.4.2021 (ECLI:ES:APB:2021:4203). En la primera l'Audiència confirma la caducitat de l'acció d'impugnació de la paternitat matrimonial exercitada pel pare respecte d'una filla de trenta-tres anys amb discapacitat, respecte de qui es pretenien extingir les mesures decretades en el procediment de divorci de la mare. Sorpren que l'actor exerciti l'acció trenta anys després de tenir el resultat de la prova biològica que n'excloïa la paternitat. La segona confirma la desestimació d'una demanda interposada per un home que exercirà una acció d'impugnació de la paternitat no matrimonial d'un menor nascut durant la convivència amb la mare sense cap tipus de certesa sobre la seva manca de paternitat, atès que la prova biològica practicada en el curs del procés donà un índex de coincidència entre ell i el menor superior al 99,9999 %.

2. Cap al debilitament del principi «reconèixer abans de reclamar»: el principi *favor filii* i la possibilitat (excepcional) d'exercici directe de l'acció judicial de reclamació de paternitat no matrimonial

En aplicació del Llibre segon del Codi civil de Catalunya el Tribunal Superior de Justícia de Catalunya s'ha pronunciat en dues ocasions a favor que la pretensió de l'home que interposa una acció judicial de reclamació de la paternitat no matrimonial sense haver-ne intentat prèviament el reconeixement extrajudicial en el Registre Civil (art. 235-9.1.a CCCat) pugui prosperar. S'advoca, per tant, a favor que en determinades circumstàncies càpiga una interpretació flexible de l'apartat 2 de l'art. 235-21 CCCat, segons el qual «El pare i la mare poden exercir, durant tota la vida, l'acció de reclamació de paternitat o maternitat no matrimonial, en nom i interès propis, *si no poden reconèixer els fills o si el reconeixement no ha estat eficaç per manca de consentiment dels fills o d'aprovació judicial.*». L'incís destacat dona notícia del caràcter subsidiari de l'acció judicial de reclamació vers la via extrajudicial del reconeixement, i només obre la via directa a la reclamació

en aquells casos en què el reconeixement és impossible per manca de capacitat de la persona que reconeix (art. 235-11), perquè ja hi ha una filiació contradictòria determinada (art. 235-19), o bé perquè el reconeixement no ha observat els requisits de consentiment dels fills majors o emancipats, o d'aprovació judicial, referit al reconeixement de fills menors o discapacitats fet més enllà del termini fixat per a la inscripció del naixement⁴ o de fills ja morts amb descendents menors o discapacitats (art. 235-12, apt. 1, 3 i 4). El requisit del reconeixement previ de la filiació no matrimonial, que va ser introduït per primer cop en l'art. 11.3 de la Llei 7/1991, de 27 d'abril, de filiacions (en endavant, LF), en tant que la Compilació només legitimava al fill per a reclamar (art. 4.2 CDCC), té origen en el principi *favor filii*, atès que neix amb la finalitat de preservar el fill de plets innecessaris quan la determinació de la paternitat o maternitat es pot portar a terme per un procediment més àgil i adequat a l'objecte pretès.

El primer cas en què la qüestió arriba al Tribunal Superior és el resultat per la STSJC núm. 55 de 30.6.2016 (ECLI:ES:TSJCAT:2016:4540). El cas té origen en una demanda de reclamació de paternitat no matrimonial interposada pel pare biològic contra la mare i una menor de quatre anys. L'actor al·legava que, atesa la relació conflictiva que tenia amb la mare, no havia pogut reconèixer prèviament la paternitat de la nena. La mare, en base a l'art. 235-21.2 CCCat, oposà la manca de legitimació activa de l'actor, en tant que no es donava cap de les situacions que impossibiliten el reconeixement previ. Tant el Jutjat com l'Audiència declararen la paternitat d'acord amb la prova d'ADN que acreditava, amb una fiabilitat propera al 100 %, que l'actor era el pare biològic. Atesa la manca de jurisprudència sobre el tema, la mare interposà recurs de cassació. El Tribunal Superior té en compte que la recurrent sabia que l'actor no va poder reconèixer la menor com a filla en el Registre Civil en el termini previst per la legislació registral «precisament pel fet declarat provat per l'Audiència, en el sentit que les relacions entre els litigants eren de suma conflictivitat». Aquest context és decisiu, en tant que el Tribunal no veu de quina manera s'hauria agilitzat el procés si s'hagués optat per la via del reconeixement extrajudicial, en

4 Vid. art. 46 i 47 Llei 20/2011, de 21 de juliol, del Registre Civil (en endavant, LRC), que atorguen respectivament un termini de setanta-dues hores i de deu dies per a la inscripció de naixement. Cal tenir en compte que el Decret de 14 de novembre de 1958 pel qual s'aprova el Reglament de la Llei del Registre Civil no ha estat formalment derogat, amb la qual cosa es mantindria vigent l'art. 166.I, que atorga un termini de 30 dies «cuando se acredite justa causa, que constará en la inscripción.».

especial tenint en compte que l'actor no tenia una certesa absoluta sobre la paternitat (la pròpia mare havia reconegut molt poc temps de convivència i una relació no gaire estable), de manera que la prova de paternitat s'hagués hagut d'acabar practicant i, per tant, el procés judicial hagués estat inevitable (FD 5). La sentència és rellevant perquè se n'extreuen els supòsits en què, excepcionalment, l'exigència legal de reconeixement previ no pot operar: i) quan existeix una relació de suma conflictivitat entre la mare del menor i la persona que pretén ser declarada pare; ii) quan els dubtes del pretès pare sobre la seva paternitat fan necessària la pràctica de proves d'ADN; iii) quan és molt improbable que la mare consenti al reconeixement; i, en definitiva, iv) quan no es donen les condicions per endegar qualsevol dels mecanismes d'inscripció de la filiació no matrimonial de l'art. 44.6 LRC.⁵

La STSJC núm. 101 de 28.12.2018 (ECLI:ES:TSJCAT:2018:10521) resol sobre uns fets molt similars, als quals fa extensible el raonament anterior. En el cas, el pare biològic també interposà l'acció judicial de reclamació quan el menor tenia quatre anys, amb l'oposició aferrissada de la mare, qui li havia notificat el naixement una setmana més tard, inscrigué el fill sense pare conegut, impugnà l'admissió de la demanda per manca de reconeixement eficaç previ, negà frontalment la paternitat en la seva contestació, s'oposà a la prova biològica i n'obstruí la pràctica no compareixent amb el fill al Jutjat el dia fixat. A diferència del cas que dona origen a la sentència anterior, en aquest el Jutjat havia desestimat la demanda precisament perquè l'actor no havia intentat prèviament el reconeixement. Per contra, l'Audiència tingué en compte que no és possible dictar una resolució favorable al reconeixement sense la conformitat de la mare i, atesa la seva oposició, anul·là la sentència del Jutjat i obligà a dictar-ne una altra que entrés en el fons de la qüestió. De nou, la mare recorregué en cassació denunciant que s'havia vulnerat l'art. 235-21.2 CCCat. El Tribunal Superior confirma la tesi de la STSJC de 30.6.2016, que qualifica de «precedent directament aplicable al cas», i la matisa en atenció al principi *favor filii*. Així, després d'afirmar que el reconeixement és un expedient àgil, que atesa la base biològica del règim legal de filiacions català es pot sotmetre a determinats requisits d'eficàcia, conclou que «la manca d'aprovació judicial del reconeixement no pot constituir un obstacle insalvable per a

5 Art. 44.7 en la versió anterior a la reforma introduïda en la LRC, per la Llei 4/2023, de 28 de febrer, per a la igualtat real i efectiva de les persones trans i per a la garantia dels drets de les persones LGTBI (en endavant, «Llei trans»).

l'acció de reclamació de la filiació (...), si bé en aquest cas, en funció que es consideri justificat o no el retard en el reconeixement, ressorgirà el principi favor filii, de manera que la sentència que declari la filiació ho farà amb plenitud d'efectes o de manera restringida segons el que hom consideri més favorable a l'interès del fill.» (FD 2.2). Aquesta segona sentència, més rica en matisos, permet també posar en context les raons que expliquen l'opció legislativa més restrictiva que suposa l'exigència de reconeixement previ, que es basen en la innecessarietat de presentar cap principi de prova en l'exercici de les accions de filiació (art. 235-15.1). Al respecte, la sentència s'encarrega de subratllar que els elements que configuren l'exercici de l'acció de reclamació d'acord amb l'art. 235-21.2 no són veritables requisits d'admissió de la demanda: «La manca d'un reconeixement ineficax previ no suposa doncs un obstacle per a l'apertura del procés, però tampoc pot ser qualificat de requisit d'eficàcia merament 'formalista'» (FD 2.4). En les circumstàncies concurrents, la possibilitat de recurs directe a l'acció de reclamació de la paternitat es justifica en la necessitat d'evitar al menor «un intent de reconeixement previ abocat al fracàs.» (FD 2.5). Si bé aquesta segona sentència confirma l'anterior i permet, en el cas concret, reclamar una paternitat el reconeixement de la qual no s'havia intentat prèviament, en certa manera ve a confirmar l'excepcionalitat dels supòsits en què això és possible i, per tant, a consolidar el principi tradicional «reconèixer abans de reclamar».

En tant que en els casos que han accedit al Tribunal Superior de Justícia de Catalunya els dos actors no havien pogut intentar el reconeixement de paternitat per causa totalment aliena a ells, entenc que la sentència que l'acabi determinant en cap cas ho pot fer amb eficàcia limitada, en contra del que es desprèn de l'art. 235-12.3 CCCat en relació a l'eficàcia del reconeixement d'una persona menor que no es realitza en el termini legal per a la inscripció de naixement i que no obté aprovació judicial. Si es pot provar, com és el cas, la raó que justifica la manca de reconeixement previ, la sentència que determini la paternitat no ho pot fer sense cap altre efecte, com succeeix quan es prova la raó que justifica el retard en el reconeixement (art. 235-12.2 *in fine*).

Poc abans que la qüestió accedís al Tribunal Superior, la SAP Barcelona, sec. 18a, de 17.6.2016 (ECLI:ES:APB:2016:6020) havia arribat a la mateixa conclusió en un cas molt similar, de negativa clara al reconeixement per part de la mare (FD 1). També hi arribà, amb posterioritat, la SAP Tarragona, sec. 1a, de 27.11.2016 (ECLI:ES:APT:2015:1290), si bé en aquest cas la flexibilització del principi «reconèixer abans de reclamar» planteja

molts dubtes. El cas té origen en una acció de reclamació de paternitat no matrimonial interposada sense èxit per la mare contra el pare, qui no va comparèixer en primera instància. En segona instància el demandat, qui aleshores convivia amb la mare i el menor, es va aplanar i va reconèixer la paternitat. Malgrat això, l'Audiència estima l'acció, limitant-se a declarar que la filiació es pot determinar per sentència d'acord amb els art. 235-3 i 235-9.1.c) CCCat.

Amb posterioritat la jurisprudència del Tribunal Superior de Justícia ha trobat una bona acollida entre les Audiències, que l'han seguida com a mínim en quatre ocasions. Així, l'ha aplicada la SAP Barcelona, sec. 12a, de 14.11.2019 (ECLI:ES:APB:2019:13652), que confirma l'estimació d'una acció de reclamació de paternitat no matrimonial interposada pel pare contra la mare respecte d'un menor de quatre anys. L'Audiència desestima el recurs de la mare, que considerava el reconeixement previ de l'art. 235-21.2 CCCat com un requisit de procedibilitat, i té en compte la seva oposició al reconeixement per part de l'actor, que per molt que no es manifestés davant del Registre Civil resulta de les seves actuacions prèvies a la demanda i de la contestació, en què a més es va negar a practicar cap prova biològica al menor, com també de la seva estratègia en apel·lació, on sol·licità sense èxit que li fos atribuïda en exclusiva la potestat parental del menor. Resol en la mateixa línia la SAP Tarragona, sec. 1a, de 13.5.2020 (ECLI:ES:APT:2020:598), en un cas en què el Jutjat havia desestimat l'acció de reclamació de paternitat no matrimonial interposada per l'actor, tot fent referència a la necessitat de reconèixer abans de reclamar. Si bé en el cas l'oposició de la mare al reconeixement de paternitat tampoc constava expressament en el Registre Civil, l'Audiència la dedueix de la seva contestació a la demanda i considera que en aquest context la desestimació de l'acció per a iniciar un expedient registral que conclourà sense que es pugui efectuar el reconeixement per manca de col·laboració impedeix assolir la tutela judicial efectiva (FD 3.1 *in fine*). A la mateixa conclusió arriba la interlocutòria AP Barcelona, sec. 18a, de 27.5.2020 (ECLI:ES:APB:2020:4401A) en un cas similar en què, a més, retreu al Jutjat haver inadmetès la demanda per no estar fonamentada en cap principi de prova. En la SAP Barcelona, sec. 18a, de 9.6.2020 (ECLI:ES:APB:2020:4600) és la mare qui recorre contra la sentència del Jutjat que estimà l'acció de reclamació de la paternitat no matrimonial exercitada per l'actor amb la seva oposició. El recurs no prospera, en tant que l'Audiència té de nou en compte l'oposició frontal de la mare a la demanda, així com la seva negativa a la pràctica de la prova al menor. Segons l'Audiència aquestes circumstàncies expliquen que l'actor ni tan

sols intentés la incoació d'un expedient de reconeixement, preservant així el menor d'un intent de reconeixement previ abocat al fracàs.

Si bé la qüestió no és motiu de recurs en el cas que dona origen a la SAP Barcelona, sec. 12a, de 8.6.2018 (ECLI:ES:APB:2018:5650), en resoldre el recurs motivat pel canvi en l'ordre dels cognoms del menor l'Audiència recrimina al Jutjat que estimés l'acció, en tant que l'actor no havia instat primer el reconeixement de la paternitat: «no consta que previamente a demandar judicialmente acudiera al Registro Civil a intentar el reconocimiento fuera de plazo a través del oportuno expediente tal como establece el art. 235-12.3 del CCCat, intento de reconocimiento registral administrativo que es previo a la reclamación judicial de la paternidad conforme a dicho precepto y el art. 235-21 del mismo texto (de hecho el juzgado no debió admitir la demanda hasta que por el actor se acreditase que no había podido reconocer a su hijo en vía administrativa);» (FD 2). Aquesta qüestió tampoc és motiu de recurs en el cas resolt per la SAP Barcelona, sec. 18a, de 9.11.2022 (ECLI:ES:APB:2022:12184), en què l'Audiència, fent-se ressò de la doctrina de les STSJC de 30.6.2016 i 28.12.2018, confirma la procedència de l'acció de reclamació de paternitat no matrimonial exercitada de forma directa pel pare i, davant l'actitud obstativa de la mare a fer les proves a la menor, declara la paternitat a partir d'indicis (FD 3).

3. Impacte d'una paternitat sobrevinguda en els cognoms del fill o filla

Vigent el Llibre segon del Codi civil de Catalunya el Tribunal Superior de Justícia s'ha ocupat en tres sentències, la núm. 42 de 10.5.2018 (ECLI:ES:TSJCAT:2018:5655), la núm. 22 de 25.4.2022 (ECLI:ES:TSJCAT:2022:3910) i la núm. 52 de 3.10.2022 (ECLI:ES:TSJCAT:2022:10458), dels efectes que ha de tenir, en els cognoms d'un menor, una acció de reclamació de paternitat exercitada amb èxit pel seu pare biològic quan aquell ja estava escolaritzat i era conegut socialment amb els dos cognoms de la mare (STSJC 10.5.2018 i 25.4.2022), o bé amb el primer cognom del marit de la mare, seguit del primer d'aquesta (STSJC 3.10.2022).

La qüestió es planteja a Catalunya en absència de norma específica que reguli la qüestió. Més enllà de l'art. 235-48 CCCat, una norma sobre els cognoms de les persones adoptades, l'art. 235-2, sobre efectes de la filiació,

tan sols estableix en matèria de cognoms que «La filiació determina (...) els cognoms (...)» (apt. 2) i que «El pare i la mare poden establir de comú acord l'ordre dels cognoms en la inscripció del naixement o de l'adopció del primer fill. Els fills, en arribar a la majoria d'edat o en emancipar-se, poden alterar l'ordre dels cognoms.» (apt. 3). L'art. 235-2 és, per tant, una norma de caràcter general que no dona resposta als casos, com els que són objecte d'aquest apartat, de filiació sobrevinguda. Això explica que en els tres recursos la norma de dret català que es considerava infringida fos l'art. 211-6.1, que consagra l'interès superior del menor com a principi inspirador de qualsevol decisió que l'afecti. A això cal afegir que els tres recursos, com moltes de les sentències analitzades en aquest apartat, tenien origen en demandes interposades amb anterioritat a la plena entrada en vigor de la Llei 20/2011, de 21 de juliol, del Registre Civil (en endavant, LRC), el que determinava que no resultés d'aplicació el seu art. 49.2, en vigor des del 30 de juny de 2017.⁶ Segons el paràgraf tercer de l'article citat, «En cas de desacord o quan no s'hagin fet constar els cognoms en la sol·licitud d'inscripció, l'encarregat del Registre Civil ha de requerir els progenitors, o els qui tinguin la representació legal del menor, perquè en el termini màxim de tres dies comuniquin l'ordre de cognoms. *Transcorregut el dit termini sense comunicació expressa, l'encarregat ha d'acordar l'ordre dels cognoms atenent l'interès superior del menor.*». L'incís destacat, que atorga a l'encarregat del Registre Civil un cert marge d'actuació per a decidir l'ordre dels cognoms en atenció a l'interès del menor, ha estat decisiu en molts dels casos que s'han plantejat. Abans de l'entrada en vigor de l'art. 49.2 LRC els art. 53 a 62 LRC (1957) es limitaven a proclamar que la filiació determina els cognoms i que aquests havien de correspondre a ambdós progenitors. Per la seva banda, l'art. 194 del Decret de 14 de novembre de 1958 pel qual s'aprova el Reglament de la Llei del Registre Civil (en endavant, RRC), després d'una reforma del 2000,⁷ disposava que si la filiació estava determinada per ambdues línies —i llevat de l'opció prevista en l'art. 109 CCesp— el primer cognom d'un espanyol és el primer del pare, i el segon el primer de la mare. L'art. 109.II CCesp disposava, per la seva banda, que si la filiació està determinada per ambdues línies, el pare i la mare de comú acord podran decidir l'ordre de transmissió del seu respectiu primer cognom, abans de

6 Par. I DF 10a LRC.

7 Introduïda per RD 193/2000, d'11 de febrer, de modificació de determinats articles del Reglament del Registre Civil en matèria relativa al nom i cognoms i a l'ordre dels cognoms.

la inscripció registral, i en cas que no s'exerciti aquesta opció regirà allò disposat en la llei,⁸ de manera que remetia al mencionat art. 194 RRC, mentre que en l'actualitat la remissió és al també mencionat art. 49.2 LRC.

La STSJC de 10.5.2018 resol el recurs interposat per la mare, basat en l'art. 211-6.1 CCCat, contra la modificació dels cognoms del menor imposada per les sentències inferiors, que havien estimat la reclamació de la paternitat exercitada pel pare biològic. En absència de norma específica aplicable, el Tribunal considera que el cognom de l'home que ha reclamat amb èxit la paternitat no pot precedir el de la mare. Per a això es fa ressò de la doctrina de la Sala 1a del Tribunal Suprem sobre la interpretació de l'art. 109 CCesp quan l'art. 49.2 LRC encara no estava en vigor, que exemplifica a partir de la STS, 1a, de 20.2.2018 (ECLI:ES:TS:2018:568), segons la qual en cas de desacord entre els progenitors sobre l'ordre dels cognoms cal decidir d'acord amb l'interès superior del menor. En conseqüència, si no resulta cap benefici d'avantposar el cognom del pare caldrà mantenir en primer lloc el de la mare (FD 5.3):⁹ «no s'ha d'atendre per a decidir sobre l'ordre del cognom del menor ni a la diligència mostrada pel pare des que va tenir lloc i va conèixer el naixement en ordre a aconseguir el reconeixement de la seva paternitat, ni molt menys a les raons que pogués tenir la mare per oposar-se a o per a retardar aquest reconeixement. No es tracta ni de premiar-lo ni de sancionar-la en cas de desacord, sinó de descobrir quin ordre de cognoms és el que beneficia el menor en la nova situació filiatòria.» (FD 3). En el cas concret, en no haver-se acreditat cap benefici per al menor derivat d'avantposar el primer cognom del pare al primer de la mare, que és el que posseeix una major virtualitat identificadora dels dos, el motiu del recurs és estimat: «aquesta solució té la virtut de permetre identificar, cas per cas, aquelles situacions en què una opció diferent impliqui un benefici comprovat per al menor a fi d'invertir l'ordre.» (FD 3). Segons el Tribunal, la solució es considera més respectuosa amb la prohibició de discriminació per raó de sexe que la que resultés de resoldre la controvèrsia que sorgís

8 La «Llei trans» ha modificat aquest precepte, en el sentit de canviar la referència al «pare i la mare» per la referència als «progenitors».

9 Aquesta és només una de les sentències en què, en un cas de reclamació exitosa de paternitat no matrimonial pel pare respecte d'un menor que només tenia la filiació materna determinada, la Sala 1a resol d'acord amb aquesta doctrina jurisprudencial. Havien resolt en el mateix sentit, en casos similars, entre d'altres les STS, 1a, de 10.11.2016 (RJ 2016\5463), de Ple, i les d'1.12.2017 (ECLI:ES:TS:2017:4266) i de 17.1.2018 (ECLI:ES:TS:2018:47). En el mateix sentit vid. també la STC 167/2013, de 7 d'octubre (BOE núm. 267, de 7 de novembre).

entre els progenitors atorgant preferència legal al cognom del pare o de la mare.

La STSJC de 25.4.2022 confirma la línia iniciada a Catalunya per la de 10.5.2018, en la qual es basa.¹⁰ De nou, l'alt Tribunal considera que l'ordre dels cognoms d'un menor inscrit originàriament només amb els cognoms de la mare, després de la determinació judicial de la filiació paterna s'ha d'inspirar en l'interès superior del menor (art. 211-6.1 CCCat), al marge dels drets invocats pels progenitors o del seu comportament en relació amb la declaració de la filiació sobrevinguda (FD 3). En el cas, dos anys i tres mesos després que el pare biològic reclamés judicialment la paternitat del menor, l'home que era la nova parella de la mare en reconegué extrajudicialment la paternitat, raó per la qual el pare biològic interposà una segona demanda, que s'acumulà a la primera, contra la mare i contra la seva parella, impugnant el reconeixement de paternitat i sol·licitant que s'estimés la reclamació de paternitat. Davant la negativa de la mare a practicar les proves biològiques al menor, el Jutjat estimà les dues demandes i ordenà que el cognom patern s'avantposés al matern, extrem que l'Audiència confirmà i contra el qual la mare recorregué amb èxit en cassació.¹¹ La plasmació de l'interès superior del menor en el cas concret porta el Tribunal a mantenir com a primer cognom el primer de la mare, tal i com va ser inscrit, en la mesura que és el que posseeix una major virtualitat identificadora dels dos, i a modificar el segon per reflectir la nova relació de filiació. Al respecte, és rellevant que durant els seus primers vuit anys de vida el menor va ser conegut a nivell de relacions socials, escolars i familiars amb el primer cognom de la mare, que a més el permetia identificar com a familiar directe de la seva germana de mare.

El cas resolt per la STSJC 3.10.2022 es distancia dels dos anteriors en tant que qui recorre en cassació és l'actor i pare biològic, qui immediatament després del naixement de la menor interposà amb èxit una acció d'impugnació de la paternitat matrimonial i de reclamació de la pròpia contra la mare i el seu marit. Si bé el Jutjat desestimà l'acció perquè no es va poder practicar la prova d'ADN per incompareixença de l'actor en el dia

10 El Tribunal salva la manca d'interès cassacional del recurs interposat per la mare, que no citava cap precepte de dret civil català, invocant l'interès superior del menor, qüestió d'ordre públic. Per a això té en compte que, a diferència de la mare, el Ministeri Fiscal, en el seu escrit de contestació al recurs, sí que invocà els art. 211-6 i 235-2.2 CCCat.

11 El recurs de la seva parella va ser inadmès en la seva totalitat.

fixat, l'Audiència l'estimà¹² però mantingué els cognoms de la menor en l'ordre inicialment establert (el del marit de la mare, seguit del d'aquesta), en tant que considerà que l'ús dels cognoms derivats de la presumpció de paternitat matrimonial ja era prolongat. En contra del criteri de l'Audiència i del Ministeri Fiscal, el Tribunal Superior considera que la menor no pot mantenir el cognom del marit de la mare seguit del d'aquesta. Fent-se ressò de les STSJC de 10.5.2018 i 25.4.2022, el Tribunal té en compte que la qüestió dels cognoms és d'ordre públic i, per tant, no poden prevaler les pretensions dels progenitors, sinó exclusivament el benefici real del fill menor (FD 2.3). En atenció a l'interès superior de la menor, el Tribunal estima en part el recurs de l'actor qui, basat en la infracció de l'art. 235-2.2 CCCat,¹³ al·legava que havia interposat l'acció de filiació just després del naixement, per molt que la menor tingués nou anys quan el cas va arribar a cassació. Segons el Tribunal, que es basa en els art. 235-2.2 CCCat i 49.2 LRC, la menor ha de portar el primer cognom patern, que ha de substituir el del marit de la mare: «un cop declarada judicialment la paternitat, el cognom del pare biològic ha de ser ostentat per la filla, doncs així ho reclama, a més de la legislació civil, el dret a la pròpia imatge (art. 18.1r CE)». Qüestió diferent és la relativa a l'ordre dels cognoms que, en aplicació de l'art. 235-2.3 CCCat, el Tribunal remet a acord dels progenitors en execució de sentència: «l'única forma de preservar adequadament l'interès de la menor, en un supòsit com el que justifica el present recurs, conjugant la necessitat que els seus cognoms reflecteixin les dues línies de filiació i el respecte del dret innat a la seva pròpia identitat, consisteix en què siguin els dos progenitors els que acordin l'ordre dels cognoms de la menor Melisa en fase d'execució de sentència, i en cas de desacord, serà el jutge de l'execució el que l'haurà de fixar en atenció a l'interès superior de la menor.» (FD 3.9). Tot fa pensar que en el cas concret aquest interès ha de conduir a posar com a segon el cognom del «nou» pare i primer el de la mare, que és el que la menor ja ostenta, encara que sigui en segon lloc, des del seu naixement fa més de nou anys.

La doctrina que resulta d'aquestes tres sentències té molt interès respecte d'aquells casos als quals, pel moment d'interposició de la demanda, no

12 Tot i que la prova tampoc es va poder practicar, en aquesta ocasió perquè la mare no va comparèixer amb la menor. Sobre les conseqüències de la negativa injustificada a la pràctica de la prova biològica, vid. apt. 6.

13 «La filiació determina (...) els cognoms (...)».

resultava d'aplicació l'art. 49.2 LRC. Aquest interès es fa especialment patent si tenim en compte que fins aleshores la línia seguida per les Audiències catalanes era dispar. Així, algunes Audiències havien considerat que, amb independència de l'edat del menor quan se'n determinava la paternitat reclamada, el cognom del pare s'havia d'avantposar al de la mare. En aquesta línia, val a dir que minoritària, trobem les SAP Tarragona, sec. 1a, de 3.2.2015 (ECLI:ES:APT:2015:132), que confirma el criteri del Jutjat que determinà la paternitat reclamada pel pare biològic quan la menor tenia quatre anys; i la SAP Barcelona, sec. 18a, de 8.5.2015 (ECLI:ES:APB:2015:4851), sobre un cas gairebé idèntic, en què si bé el Jutjat havia establert que es mantingués primer el cognom de la mare, el recurs del pare prosperà.

En absència de norma aplicable són majoria, en canvi, les sentències contràries a què l'èxit de l'acció de reclamació de la paternitat suposi l'alteració de l'ordre dels cognoms si d'això no en resulta cap benefici per al menor. Així, per exemple, les SAP Barcelona, sec. 12a, de 16.2.2016 (ECLI:ES:APB:2016:1049) i 21.9.2017 (ECLI:ES:APB:2017:13474), amb una base fàctica gairebé idèntica a la de les sentències citades en el paràgraf anterior, desestimen el recurs del pare contra la sentència del Jutjat que havia determinat que el menor havia de seguir portant el cognom de la mare en primer lloc. En aquesta mateixa línia diverses sentències a les quals tampoc era d'aplicació l'art. 49.2 LRC fan una interpretació correctora de la norma aplicable en aquell moment, en interès superior del menor. Encapçala aquesta tendència la SAP Barcelona, sec. 12a, de 26.1.2016 (JUR 46396), en relació a un menor que tenia sis anys en dictar-se la sentència del Jutjat que estimà l'acció de reclamació de la paternitat interposada pel pare, amb alteració de l'ordre cognoms, i nou en resoldre's el recurs interposat amb èxit per la mare contra aquesta alteració. En sentit idèntic es pronuncia la SAP Barcelona, sec. 12a, de 20.2.2017 (ECLI:ES:APB:2017:3462), respecte d'una menor que tenia onze anys en dictar-se la sentència del Jutjat que en declarà la paternitat, en aquest cas a partir d'una acció de reclamació exercitada per la mare, qui també recorre amb èxit contra l'alteració de l'ordre dels cognoms. Ja dictada la STSJC de 10.5.2018 se situa en aquesta mateixa posició, ara reforçada per la doctrina del Tribunal Superior, la SAP Barcelona, sec. 12a, de 8.6.2018 (ECLI:ES:APB:2018:5650), que resol una acció de reclamació de paternitat no matrimonial interposada pel pare contra la mare. El Jutjat estima la demanda i ordena avantposar el cognom del pare al de la mare, atesa la curta edat del menor (poc més d'un any). Malgrat que el menor encara no tenia tres anys quan es resolgué el recurs

interposat per la mare, l'Audiència té en compte que el pare coneixia des del primer moment la seva paternitat però va acceptar que el menor constés únicament com a fill de la mare, com també que en interposar l'acció de paternitat no sol·licità un ordre concret dels cognoms (FD 2). L'Audiència ordena que s'imposi en primer lloc el primer cognom de la mare i no el segon d'aquesta, com constava des del seu naixement, per tal de facilitar-ne la identificació. La SAP Tarragona, sec. 1a, de 13.5.2020 (ECLI:ES:APT:2020:598), que estima el recurs interposat pel pare contra la desestimació de l'acció de reclamació de la paternitat exercitada per aquest, té en compte la petició de la mare demandada per al cas d'admetre's el recurs, consistent en què la determinació de la paternitat no impliqués el canvi d'ordre del primer cognom del menor, atès que es tractava d'un menor de vuit anys a qui el canvi no resultava beneficiós en res. Tot i que per la data del procediment sembla que l'art. 49.2 LRC ja estava en vigor quan es va interposar la demanda, l'Audiència no hi fa cap referència. Sí que fan referència explícita, en canvi, al ja vigent art. 49.2, les SAP Barcelona, sec. 12a, de 30.10.2020 (ECLI:ES:APB:2020:11157) i Tarragona, sec. 1a, de 23.11.2022 (ECLI:ES:APT:2022:1893), les quals resolen en la mateixa línia. La primera té un interès especial perquè, excepcionalment, confirma el canvi d'ordre dels cognoms acordat pel Jutjat respecte d'una menor la paternitat de la qual havia estat reclamada amb èxit pel pare. En contra del criteri de la mare recurrent, l'Audiència té en compte que la menor té una germana de pare amb qui comparteix el primer cognom i que, atesa la seva curta edat (dos anys), el canvi no és contrari al seu interès, sense perjudici que més endavant es pugui sol·licitar un canvi de cognoms (FD 2 *in fine*). En la segona sentència l'Audiència estima el recurs interposat per la mare i actora contra la desestimació d'una acció de reclamació de la paternitat no matrimonial exercitada contra un home que es negava a la pràctica de la prova biològica. En resoldre el recurs l'Audiència afirma que la determinació de la paternitat no comporta alterar l'ordre dels cognoms perquè la menor ja té vuit anys i, per tant, existeix un ús social, escolar i familiar continuat del primer cognom de la mare en primer lloc. En altres casos, com els resolts per les SAP Lleida, sec. 2a, de 12.4.2016 (ECLI:ES:APL:2016:310), i Barcelona, sec. 12a, de 27.7.2016 (ECLI:ES:APB:2016:12953), ambdós anteriors a l'entrada en vigor de l'art. 49.2 LRC, l'èxit de l'acció de reclamació de la paternitat interposada per la mare respecte d'un menor de dotze anys en el primer cas i de tres en el segon ja comporta que el Jutjat en declari la paternitat amb tots els efectes però mantenint el cognom de la mare en primer lloc,

sense que aquesta última decisió hagi estat motiu de recurs. En la SAP Barcelona, sec. 12a, de 31.7.2018 (ECLI:ES:APB:2018:7724),¹⁴ molt similar a les dues anteriors, és l'Audiència que, en contra del Jutjat, estima l'acció de reclamació de paternitat exercitada per la mare respecte d'una nena de tretze anys, declarant que atès que la menor era coneguda socialment amb els cognoms de la mare procedia mantenir-los tal i com constaven en el Registre (FD 5). Finalment, la SAP Barcelona, sec. 12a, de 18.1.2019 (ECLI:ES:APB:2019:164), resol un cas amb elements de dret internacional sense entrar en el fons de la qüestió. En el cas l'exercici exitós de l'acció de reclamació de la paternitat no matrimonial exercitada pel pare va implicar que el Jutjat acordés el canvi d'ordre dels cognoms respecte d'una menor de dos anys de nacionalitat italiana resident a Espanya. En resoldre el recurs interposat per la mare contra, entre d'altres qüestions, l'alteració dels cognoms, l'Audiència considera que d'acord amb la norma de conflicte de l'art. 9.4.I CCesp els tribunals espanyols, competents d'acord amb l'art. 22 LOPJ atesa la residència habitual de la menor, no podien entrar a decidir sobre l'ordre dels cognoms per tractar-se d'una qüestió d'estat civil. Això determina que el primer cognom matern, amb el qual la filla és coneguda des del seu naixement, només pugui ser modificat a partir de les accions corresponents davant les autoritats italianes per a la correcció de les inscripcions registrals (FD 3).

Si bé en la majoria de casos en què es planteja la qüestió de l'impacte d'una paternitat sobrevinguda en els cognoms del fill o filla es reclama la paternitat d'un menor que no la tenia prèviament determinada, també hi ha algunes sentències d'Audiències en què, com en la citada STSJC de 3.10.2022, l'acció de reclamació de la paternitat s'acompanya de la d'impugnació de la contradictòria, o on tan sols s'impugna una paternitat prèviament determinada. El fet que es tracti de sentències anteriors a la STSJC de 3.10.2022 podria justificar el caràcter més erràtic d'aquesta jurisprudència. La SAP Lleida, sec. 2a, de 12.12.2014 (ECLI:ES:APL:2014:994) té per objecte una doble acció de reclamació de la paternitat no matrimonial i impugnació de la matrimonial exercitada pel pare biològic contra la mare, el seu marit i un menor que en aquell moment tenia deu anys. El Jutjat estima l'acció i considera oportú el canvi de cognom del menor, situant el del «nou» pare en primer lloc, i l'Audiència desestima el recurs del marit contra l'estimació de

14 Objecte d'anàlisi en detall en l'apartat 7.1, en tractar-se d'un supòsit de filiació derivada de reproducció assistida.

l'acció, sense que la qüestió dels cognoms ni tan sols aflori. La SAP Girona, sec. 2a, de 9.3.2018 (ECLI:ES:APGI:2018:157), relativa a una menor (*no consta edat*) en situació d'acolliment preadoptiu tutelada per la Generalitat, confirma l'acumulació d'accions d'impugnació i reclamació de paternitat exercitada pel pare biològic contra la mare i el pare legal, i la remissió a l'art. 49.2 LRC quant a la determinació de l'ordre dels cognoms, sense que s'especifiqui que suposa això en el cas concret.¹⁵ Un cas límit, perquè el fill tenia vint-i-tres anys en dictar-se la sentència de l'Audiència, és el resultat per la SAP Tarragona, sec. 1a, de 30.6.2021 (ECLI:ES:APT:2021:989), en què poc després de ser reconegut com a fill pel marit de la mare, a partir d'un reconeixement de complaença, el pare biològic acumulà a l'acció de reclamació de la seva paternitat la d'impugnació de la paternitat respecte del marit, ja difunt, raó per la qual junt amb el menor i la mare demandava els altres fills i hereus d'aquest. En contra del criteri del Jutjat, que desestimà la demanda, l'Audiència declara impugnada la paternitat i té en compte la negativa injustificada de la mare a practicar la prova al menor, el que sumat als indicis de paternitat existents permet declarar la paternitat a favor de l'actor. El fet que l'Audiència dictés sentència un cop el fill ja era adult porta a considerar que aquest ha de conservar els cognoms inicials, per molt que pugui decidir alterar-los o modificar-los d'acord amb la Llei 20/2011, de 21 de juliol, del Registre Civil.¹⁶

Per la seva banda, en les SAP Lleida, sec. 2a, d'11.2.2016 (ECLI:ES:APL:2016:147) i Tarragona, sec. 1a, de 21.1.2022 (ECLI:ES:APT:2022:92) la qüestió dels cognoms es refereix exclusivament a casos d'impugnació d'una paternitat prèviament determinada. En el primer cas, en què el pare exercità amb èxit una acció d'impugnació de la paternitat matrimonial (art. 235-23 CCCat), l'Audiència inadmet el recurs del fill en què al·legava que l'acció havia caducat i sol·licitava conservar el cognom patern, atès que no havia fet cap referència a aquesta qüestió en la seva contestació a la demanda. La segona, que també és objecte d'anàlisi en l'apartat 6.5, fa referència a un menor que tenia quatre anys quan prosperà l'acció exercitada pels hereus del pare difunt. Per molt que ni els actors ni la mare

15 El recurs d'apel·lació va ser interposat per la Generalitat, al·legant manca de competència territorial del Jutjat i de legitimació passiva perquè no se la va demandar. L'Audiència desestima el recurs en considerar que la Generalitat era coneixedora del procediment de filiació i que, malgrat això, mai es va personar. Entén, a més, que mai es va causar cap perjudici a la menor, a diferència del que succeiria si es retrotraguessin les actuacions.

16 La sentència també és objecte d'anàlisi en els apt. 5 i 6.2.

demandada ho haguessin sol·licitat, l'Audiència considera que en tractar-se d'una qüestió d'ordre públic el menor ha de conservar el cognom del difunt, en tant que «l'ús dels cognoms derivats de la presumpció de paternitat matrimonial ja és perllongat» (FD 2.6). En aquest cas es pot qüestionar que l'èxit de l'acció d'impugnació de la paternitat no hagi de comportar la desaparició del cognom de qui havia estat el pare legal, no només per la curta edat del menor, per molt que ja en pogués portar un escolaritzat, sinó especialment perquè qui havia estat pare legal ja havia mort, cosa que dificulta el manteniment de tot vincle posterior entre els dos.

4. El *dies a quo* per a l'exercici de l'acció d'impugnació de la paternitat: de les «meres sospites» al «coneixement cert» de la no paternitat

La STSJC núm. 2 de 21.1.2016 (ECLI:ES:TSJCAT:2016:469) ocupa una posició destacada entre les sentències del Tribunal Superior que apliquen la normativa sobre filiació del Llibre segon. Les principals qüestions que suscita són dues: la de quin ha de ser el *dies a quo* per a l'exercici de l'acció d'impugnació d'una paternitat matrimonial quan qui exercita l'acció és la mare (art. 235-24 CCCat), i la del valor que cal donar, en el curs del procés, a una prova biològica obtinguda unilateralment i sense garanties. Sobre la primera qüestió, l'art. 235-24, que és el precepte al voltant del qual es va articular el recurs de cassació, fa referència «[a]l termini de dos anys a partir de la data del naixement del fill o del descobriment de les proves en què es fonamenta la impugnació». Aquest darrer incís és objecte d'anàlisi per part del Tribunal.

Resulta de la sentència que el 2009, després de més de tretze anys de matrimoni, la mare va mantenir relacions sexuals sense protecció amb un company de feina, alhora que les seguia mantenint amb el seu marit. Malgrat haver estat diagnosticada d'esterilitat, quedà embarassada i l'abril de 2010 donà a llum una nena. Dos anys més tard, en atenció a la data de la concepció, la semblança física i una bronquitis que patia la menor, la mare sospità que aquesta podia no ser filla del marit. Per sortir de dubtes, envià a un laboratori una mostra biològica extreta d'un raspall de dents del marit i una de la menor, amb resultat d'exclusió de la paternitat. Sis mesos després la mare exercita una acció d'impugnació de la paternitat matrimonial, que el Jutjat desestima i l'Audiència confirma, en considerar l'acció caducada. Per contra, el Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, en la línia del

Ministeri Fiscal, considera que l'acció es va exercitar dins de termini, en tant que mantenir relacions sexuals amb un home diferent del marit no es pot considerar una certesa en relació amb l'exclusió de la paternitat d'aquest: «la prevalença de la veritat biològica i la lliure investigació de la paternitat com a paràmetres que han d'informar la interpretació de l'article 235-24 CCCat no pot justificar una interpretació restrictiva, sinó flexible de l'inici del termini de caducitat, sempre des de l'exigència d'una sospita o incertesa de la paternitat del pare, per part de la mare, i una actitud diligent a esvaïr la sospita o incertesa quan aquesta es presenta.» (FD 2 *in fine*). Ara bé, l'alt Tribunal acaba tancant la porta a l'acció pel fet d'estar basada en una prova biològica invàlida, en tant que en el curs del procés el marit es negà a la pràctica de prova biològica i la presentada per la mare va ser obtinguda unilateralment sense garanties, de manera que no es podia assegurar que les mostres enviades i analitzades fossin dels implicats, com tampoc el compliment de la cadena de custòdia de les mostres. En conseqüència, en no haver-se pogut acreditar de manera concloent que el presumpte pare no era progenitor, en els termes de l'art. 235-28.1, l'acció no pot prosperar. El propi Tribunal admet que aquest resultat pot perjudicar la menor «per conèixer que [el seu pare] no és el veritable progenitor i que no ho podrà impugnar fins a la majoria d'edat (art. 235-25 CCCat).» (FD 2 *in fine*).

Si bé la prova obtinguda de forma unilateral i extrajudicial per la mare no té per al Tribunal cap valor en relació al fons de la qüestió (és a dir, per a impugnar amb èxit la paternitat), sí que el té per assenyalar el termini d'inici del còmput del *dies a quo* per a l'exercici de l'acció, en tant que el moment en què la mare rep els resultats s'equipara al *del descobriment de les proves en què es fonamenta la impugnació*, en els termes de l'incís final de l'art. 235-24. La qüestió de quin ha de ser el *dies a quo* quan s'exercita una acció d'impugnació de la paternitat és molt rellevant en la pràctica, en especial quan qui exercita l'acció és la mare, qui per norma general sempre sabrà si durant el període de la concepció va mantenir relacions sexuals amb un home o homes diferents d'aquell al qual va ser atribuïda la paternitat. Això podria portar a considerar, en la línia mantinguda pel Jutjat i l'Audiència, que quan l'actora és la mare l'únic *dies a quo* a tenir en compte ha de ser el del naixement, però aquesta interpretació deixaria buit de contingut l'incís final de l'art. 235-24 i, amb ell, el principi de lliure investigació de la paternitat, com el propi Tribunal afirma: «El principi de lliure investigació de la filiació i la prevalença de la veritat biològica s'han de prendre en consideració com a elements hermenèutics del precepte esmentat (art. 235-24 CCCat), de manera que no es pot compartir la tesi de l'Audiència Provincial que

erradica pràcticament la possibilitat d'exercir l'acció d'impugnació des del descobriment de les proves en les quals es fonamenta la mateixa.» (FD 2). Ara bé, si atenem al moment del «descobriments de les proves» és suficient una *mera sospita* o cal, com l'alt Tribunal sembla exigir, un *coneixement cert* de la no paternitat? En determinades circumstàncies, la tesi del «coneixement cert de la no paternitat» podria justificar accions oportunistes d'impugnació de la paternitat exercitades per mares o pares que tenien sospites serioses de la no paternitat des de molt abans però que mai van fer res per sortir de dubtes i que, per exemple, només exerciten l'acció quan la parella es trenca (per exemple, en el cas de la mare, per tal d'evitar que el pare pugui obtenir la guarda o relacions personals amb el menor o, en el cas del pare, per no haver de fer front a les pensions d'aliments a favor del menor després de la ruptura). Tenint en compte això, la STSJC 21.1.2016 exigeix a la mare una conducta que esvaeixi els dubtes existents des del moment en què comencen les sospites. En el cas el Tribunal considera que l'actuació de la mare des de les concrecions o augment de les sospites i la sol·licitud de prova biològica al laboratori evidencien una actitud adequada d'aquesta per sortir de dubtes: «s'ha de fer notar que el legislador situa el moment inicial del còmput del termini de dos anys en el descobriment de les proves, de manera que si la mare ja coneixia que la paternitat no corresponia al marit, el termini s'ha de regir pel transcurs dels dos anys des del naixement. Actuar d'una altra manera significaria que restaria a l'arbitri de la mare, i a la seva lliure voluntat, l'inici del còmput de la caducitat des del moment, per exemple, en què decidís fer les proves biològiques que acreditessin que el fill o filla no eren del marit. En canvi, ha d'existir un dubte o una situació d'incertesa en la mare i aquests dubtes han d'anar acompanyats d'una actuació diligent o activa en ares a sortir de la sospita o situació d'incertesa, de manera que es pugui valorar pel Tribunal l'actuació i la conducta desenvolupada per a poder esvaïr el dubte o sospita existent.» (FD 2).

La sentència té interès perquè és la primera del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya que interpreta l'art. 235-24, que conté un criteri idèntic al de l'art. 107 CF¹⁷ però diferent del de l'art. 12.2 LF, en què el termini de la mare per a impugnar la paternitat matrimonial s'iniciava des de la

17 «Impugnació per la mare de la paternitat matrimonial. La mare, en nom propi o en interès i representació del fill o filla, si és menor o incapaç, pot impugnar la paternitat matrimonial durant els dos anys comptadors des de la data del naixement d'aquells o del descobriment de les proves en les quals es fonamenta la impugnació.».

suspensió de la vida en comú o en els supòsits de crisi matrimonial.¹⁸ El principal repte a què s'enfronta la sentència, per evitar que el període de dos anys de l'acció resti obert indefinidament fins que l'actora decideixi realitzar les proves pertinents, consisteix en acreditar si aquesta tenia o no coneixement cert de la no paternitat. I aquesta és una qüestió que només pot ser analitzada cas a cas, com evidencia la SAP Lleida, sec. 2a, d'11.2.2016 (ECLI:ES:APL:2016:147), dictada pocs dies després de la del Tribunal Superior. En el cas qui exercitava l'acció d'impugnació de la paternitat matrimonial era el pare, qui es dirigia contra la mare en relació a un fill aleshores menor d'edat (art. 235-23 CCCat). El fill, ja major, recorre contra l'estimació de l'acció, al·legant-ne la caducitat, però l'Audiència confirma el criteri del Jutjat segons el qual la demandada no va provar que l'actor sabés que el fill no era seu abans de la data referida en la demanda. Per contra, l'Audiència atorga rellevància al fet que l'actor havia estat condemnat penalment per impagament de pensions d'aliments del fill i ingressà a presó per aquest motiu, sense al·legar en cap moment que no era el pare.

Si l'inici del còmput per a l'exercici de l'acció d'impugnació s'ha de donar a partir del coneixement cert de la no paternitat o de les meres sospites és una qüestió sobre la qual existia divisió en les Audiències. El Tribunal Superior s'ha encarregat d'esclarir la qüestió en la sentència analitzada, tesi que s'ha vist confirmada per les interlocutòries núm. 50 de 27.5.2020 (ECLI:ES:TSJCAT:2020:292A) i núm. 20 de 17.2.2022 (ECLI:ES:TSJCAT:2022:121A), ambdues relatives a accions d'impugnació de la paternitat matrimonial exercitades pel marit a l'empara de l'art. 235-23 CCCat. En el primer cas, si bé el Jutjat acollí l'excepció de caducitat invocada per la mare *ex* art. 235-23.1 CCCat, qui argumentava que el marit sabia que no era el pare des del mateix moment de l'embaràs, l'Audiència

18 «1 L'acció d'impugnació de la paternitat matrimonial pot ésser exercida pel marit en el termini d'un any a comptar de la data en què conegui el naixement del fill, i es transmet als seus fills o descendents i als seus hereus si mor després d'haver interposat l'acció o abans que fineixi el termini. En aquest darrer cas, l'acció pot ésser exercida per qualsevol dels legitimats, dins el temps que resti per a completar el dit termini; si el marit mor sense tenir coneixement del naixement, l'any es compta des de la data en què el conegui la persona legitimada per a impugnar.

2 La mare, en nom propi i en nom del fill, si és menor d'edat o incapaç i es troba sota la seva guarda i custòdia, pot impugnar la presumpta paternitat en el cas que s'hagi suspès la vida en comú i en els casos de nul·litat, separació o divorci. L'acció d'impugnació pot ésser exercida pel fill, en els mateixos supòsits, dins l'any següent a l'obtenció de la plena capacitat.».

tingué en compte els dubtes seriosos sobre si l'actor sabia o no des d'aquell moment que el menor no era fill seu, atès que en el període de la concepció (2006) la parella havia reprès la relació després d'una crisi conjugal, amb nova convivència. D'acord amb això, l'Audiència atorgà més credibilitat al testimoni de l'actor, segons el qual va ser un altre fill de la parella qui el 2018 l'informà de que no era el pare biològic del seu germà, moment a partir del qual començaren els seus dubtes, per molt que ja abans pogués tenir indicis de la seva no paternitat. Atès que només a partir d'aquest moment l'actor tingué o va poder tenir un coneixement cert sobre la seva no paternitat, es considerà que l'acció no havia caducat i el recurs de l'actor prosperà. El Tribunal inadmet en la seva integritat els recursos interposats per la mare, confirmant el criteri de l'Audiència: «No és que les proves biològiques determinin 'per se' l'inici del còmput sinó que la resta dels mitjans de prova practicats no resulten determinants per afirmar que amb anterioritat a aquestes proves biològiques l'actor hagi conegut que era el seu pare biològic.» (FD 3.3). També apel·la al coneixement cert sobre la no paternitat, exemplificat per una prova biològica amb resultats coneguts per l'actor, per damunt de les meres sospites, la interlocutòria de 17.2.2022. En el cas, el pare va exercitar el 2019 l'acció d'impugnació contra un fill nascut el 1969, durant el matrimoni amb la mare. A la seva demanda l'actor acompanyava una prova excloent de paternitat, realitzada l'any 2018, i feia constar que consentia que el demandat seguís fent ús del que fins aleshores havia estat el seu primer cognom. El demandat oposava la caducitat de l'acció, tot afirmant que ell va conèixer la no paternitat de l'actor el 2013, perquè així li va revelar la seva mare, i que en aquest moment va parlar amb l'actor, qui ja n'estava al cas. Afirmava, a més, que el 2014 s'havia realitzat una prova biològica junt amb l'actor, tot i que existia contradicció sobre qui en tenia els resultats. El Jutjat considerà l'acció caducada, donant més credibilitat a la tesi del demandat i considerant que si el 2014 l'actor havia quedat amb dubtes no era raonable que esperés quatre anys per a exercir l'acció. Per contra, l'Audiència estimà el recurs de l'actor, al qual s'adherí el Ministeri Fiscal, en tant que no es podia concloure de forma rotunda que l'actor hagués conegut en aquell moment el resultat de les proves. Aquestes no només no li van ser lliurades, ja que no les havia sol·licitat ell, sinó que per les circumstàncies en què es van realitzar (no contenien totes les dades d'identitat de les parts) mancaven de valor legal. El demandat recorre en cassació però el Tribunal Superior de Justícia, amb cita de la interlocutòria de 27.5.2020, considera que el recurrent pretén una nova valoració de la prova practicada i confirma la decisió de l'Audiència.

5. Impugnabilitat dels reconeixements de complaença i distinció amb els fets en frau de llei o de conveniència

En un context social marcat per les ruptures, en ocasions successives, i la recomposició familiar¹⁹ s'explica que diverses de les sentències analitzades tinguin per objecte la impugnació d'un reconeixement de complaença. En molts d'aquests casos l'estratègia, sovint dissortada, de la part actora ha consistit en articular l'acció a partir de la impugnació del reconeixement de paternitat fet en frau de llei o de conveniència (art. 235-27.4 CCCat), una acció a la qual el Llibre segon atorga per primer cop un règim jurídic propi²⁰ i que no es troba regulada en el Codi civil espanyol, per bé que la jurisprudència de la Sala 1a del Tribunal Suprem l'ha reconeguda.²¹ L'interès d'articular l'acció per la via del reconeixement fet en frau de llei és clar, atès que la norma el sanciona amb la nul·litat, raó per la qual l'acció es qualifica d'«imprescriptible»²² i compta amb una legitimació més àmplia. Per contra, la impugnació del reconeixement de complaença, en què qui reconeix un menor com a fill ho fa sabent que no n'és el pare biològic, més motivat per

-
- 19 D'acord amb les últimes dades publicades per l'INE, el 2020 les parelles, casades o no, que conviuen amb fills no comuns representaven un 6,3 % del total de parelles que conviuen amb fills tots comuns i un 3,6 % del total de parelles. Font: INE, «Número de parejas según tipo de unión y convivencia con hijos», *Encuesta Continua de Hogares (ECH)*. Dades de 2014 a 2020, disponibles a: <https://www.ine.es/jaxi/Tabla.htm?path=/t20/p274/serie/def/p01/l0/&file=01020.px&L=0> (últim accés: 29.4.2023). A Catalunya les darreres dades estadístiques sobre famílies reconstituïdes són de 2007 i donen notícia de que el 68 % del total d'aquestes famílies vivien amb fills no comuns a la llar. Font: IDESCAT, «Nuclis de famílies reconstituïdes segons nombre de fills presents a la llar», disponible a: <https://www.idescat.cat/pub/?id=ed&n=2623> (últim accés: 1.5.2023).
- 20 Vid. el meu comentari a l'art. 235-27 CCCat, a EGEA FERNÁNDEZ, Joan; FERRER RIBA, Josep (Dir.); FARNÓS AMORÓS, Esther (Coord.), *Comentari al llibre segon del Codi civil de Catalunya. Família i relacions conviencials d'ajuda mútua*, Barcelona, Atelier, 2014, pp. 660-668, a p. 665.
- 21 Vid. STS, 1a (Ple) de 15.7.2016 (ECLI:ES:TS:2016:3192), confirmada per la de la mateixa Sala de 28.11.2016 (ECLI:ES:TS:2016:5222).
- 22 No obstant, aquesta terminologia és impròpia, ja que es tracta de caducitat. Al respecte, vid. el meu comentari als art. 235-20 i 235-27 CCCat, a EGEA FERNÁNDEZ, FERRER RIBA, FARNÓS AMORÓS, «Comentari al llibre segon...», pp. 633-638, a p. 638, i pp. 660-668, a p. 666.

la relació que manté amb la mare que per la voluntat d'eludir la llei,²³ se sotmet al règim general de les accions generals d'impugnació de la filiació (art. 235-23 a 235-26) i, per tant, al termini de caducitat de dos anys. En aplicació de la Llei 7/1991, de 27 d'abril, de filiacions, les STSJC núm. 31 de 16.12.1997 (RJ 1998\7761) i núm. 17 de 29.6.1998 (RJ 10058) ja havien atribuït legitimació activa per a impugnar la paternitat determinada mitjançant un reconeixement de complaença tant al marit reconeixedor com a la mare.²⁴

Ja en aplicació del Llibre segon, la STSJC núm. 47 d'1.7.2019 (ECLI:ES:TSJCAT:2019:5694) resol sobre la impugnació, per la mare i representant legal d'uns bessons nascuts el 2013, d'un reconeixement de paternitat resultant d'un procés de reproducció assistida amb esperma de donant anònim. Dels fets del cas resulta que entre 2010 i 2014 l'actora i el demandat van formar una parella estable. Ateses les complicacions que hi va haver durant el part l'home reconegué els bessons com a fills davant del Registre Civil vint-i-tres dies després del naixement, dins del termini més ampli de trenta dies que preveu l'art. 166.I RRC si s'acredita «justa causa».²⁵ Ho va fer sense oposició de la mare, per molt que aquesta abans de sotmetre's al procés de reproducció assistida hagués realitzat una declaració notarial per la qual hi accedia en solitari. El 2016, quan els menors tenien dos anys i mig, la mare demandà el pare davant del Jutjat de VIDO, sol·licitant que es declarés la nul·litat de ple dret del reconeixement de paternitat efectuat per aquest darrer, per tractar-se d'un reconeixement fet en frau de llei o de conveniència (art. 235-27.4 CCCat), en tant que es va fer fora del termini legal sense expressar la «justa causa» que requereix l'art. 166.I RRC. Subsidiàriament, la mare pretenia la impugnació de la paternitat *ex* art. 235-26.1. Tant la demanda com el subseqüents recursos de la mare van ser desestimats. Segons el Tribunal Superior, és rellevant que la paternitat, tot i resultar de fecundació assistida, no es va determinar per la via del consentiment específic

23 Vid. el meu comentari a l'art. 235-27 CCCat, a EGEA FERNÁNDEZ, FERRER RIBA, FARNÓS AMORÓS, «Comentari al llibre segon...», pp. 660-668, a p. 665.

24 L'art. 14 LF només permetia impugnar el reconeixement fet mitjançant error, violència o intimidació, raó per la qual el Tribunal Superior de Justícia de Catalunya considerà per primer cop que en els casos de reconeixement de complaença podien resultar aplicables les accions dels art. 12 i 13, que permetien la impugnació de la paternitat matrimonial i no matrimonial si concorrien determinades condicions. En el Codi de Família, l'acció d'impugnació del reconeixement viciat es trobava regulada en l'art. 110, mentre que la general d'impugnació de la filiació en els art. 106 a 109.

25 Vid. nota al peu 4.

a aquesta fecundació (art. 235-13.1), sinó per l'ordinària del reconeixement de la filiació no matrimonial davant la persona encarregada del Registre Civil (art. 235-9.1), el que evita que entri en joc l'aplicació en sentit contrari de l'art. 235-28.2, que en cas de filiació derivada de fecundació assistida impedeix que l'acció d'impugnació prosperi si la persona la paternitat o la maternitat de la qual s'impugna va consentir la fecundació d'acord amb els articles 235-8 o 235-13, i tampoc, en cap cas, si és progenitor biològic del fill. Això determina que s'hagi d'entrar a analitzar si el reconeixement és, en el cas concret, impugnable per tractar-se d'un reconeixement fet en frau de llei o de conveniència (art. 235-27.4), o d'un reconeixement de complaença fet sense capacitat o amb vicis del consentiment (art. 235-27.3, en relació amb art. 235-27, apt. 1 i 2).²⁶ En aquest punt el Tribunal, que encara no compta amb jurisprudència pròpia sobre la impugnació dels reconeixements de complaença, els distingeix dels fets en frau de llei o de conveniència amb cita de la STS, 1a (Ple) de 15.7.2016: mentre que en els primers l'autor «sabiendo o teniendo la convicción de que no es el padre biológico del reconocido, declara su voluntad de reconocerlo con el propósito práctico de tenerlo por hijo biológico suyo: con la finalidad jurídica de construir entre ambos una relación jurídica de filiación paterna como la que es propia de la paternidad por naturaleza», en els segons la finalitat és la «de crear una mera apariència jurídica de que existe una relación de filiación, en orden a conseguir la consecuencia jurídica favorable de una norma (sobre nacionalidad, permisos de residencia, beneficios sociales, etc.) cuyo supuesto de hecho la requiere» (FD 3, motiu 1r recurs cassació, punt 5). Segurament conscient del límit que suposa l'art. 111-2.2 CCCat,²⁷ el Tribunal Superior emfatitza que aquesta

26 L'apt. 3 de l'art. 235-27 permet impugnar el reconeixement de la paternitat expressat a partir del consentiment a la fecundació assistida realitzat sense capacitat o amb vicis del consentiment, i sotmet aquesta acció al mateix règim jurídic de la general d'impugnació del reconeixement de paternitat fet sense capacitat o amb error, violència, intimidació o dol que contenen els apt. 1 i 2 del mateix precepte, que legitima a l'atorgant i als seus representants legals i sotmet l'acció de nul·litat a un termini de caducitat de dos anys que comencen a computar en un moment o altre en funció de la causa que determini la impugnació. Aquesta acció s'intentà per la mare no gestant, sense èxit, en un altre cas de filiació derivada de reproducció assistida, que dona lloc a la SAP Barcelona, sec. 18a, de 12.5.2021: vid. apt. 7.1. *in fine*.

27 «De manera especial, en interpretar i aplicar el dret civil de Catalunya s'han de tenir en compte la jurisprudència civil del Tribunal de Cassació de Catalunya i la del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya no modificades per aquest Codi o altres lleis. L'una i l'altra poden ésser invocades com a doctrina jurisprudencial als efectes del recurs de cassació.»

sentència pren en consideració la normativa catalana,²⁸ per acabar descartant que el reconeixement portat a terme pel demandat estigués fet en frau de llei i que, en conseqüència, procedeixi —com pretenia la mare— l'acció de nul·litat que, com a tal, és imprescriptible i exercitable «pel propi reconeixedor o terceres persones». Per contra, l'alt Tribunal té en compte que la mare, en la declaració notarial en què afirmà sotmetre's al tractament en solitari no es va pronunciar sobre el possible reconeixement dels fills que poguessin resultar del tractament; que el demandat el va conèixer en tot moment, tot i no consentir-lo formalment; que la mare va aprovar la declaració de paternitat feta per aquest en el moment de la inscripció del naixement; que va sol·licitar ajuts reconeixent la paternitat i la maternitat que constava en el Registre; i que en el procediment de família que va promoure el 2015 reclamava la guarda dels fills amb un reconeixement d'un règim d'estades dels menors amb el demandat i una contribució alimentària al seu càrrec. D'aquestes circumstàncies el Tribunal dedueix que el que va portar a terme el demandat va ser un reconeixement de complaença, «motivat per una raó legítima (per regla general, el desig d'ajudar o agradar la mare amb qui el reconeixedor manté una relació estable de parella) i que compti amb el reconeixement exprés o tàcit de la mare» (FD 3, motiu 1r recurs cassació, punt 5). El fet que en el cas concret aquest reconeixement no es portés a terme sense capacitat o amb vicis del consentiment n'explica la inimpugnabilitat, per molt que sí que pogués ser impugnada la filiació resultant per manca de vincle biològic, tal com pretenia la mare amb caràcter subsidiari. No obstant, en aquest punt el Tribunal confirma el criteri de les instàncies inferiors, que van apreciar la caducitat de l'acció d'impugnació de la paternitat en haver-se promogut dos anys i mig després del naixement dels menors.

Aquesta sentència guarda una estreta relació amb la núm. 49 de 8.7.2019 (ECLI:ES:TSJCAT:2019:6124), dictada pel mateix Tribunal i diferent ponent una setmana més tard. En el cas qui exercitava l'acció d'impugnació del reconeixement de la paternitat fet en frau de llei o de conveniència (art. 235-27.4) era l'home que quatre anys abans, just després de tenir una filla comú amb la mare, reconegué la paternitat d'una altra filla d'aquesta, la qual tenia quatre anys en aquell moment. L'actor inicià el procediment de filiació després de la ruptura de la parella i de sol·licitar, sense èxit, la guarda

28 «[n]o és sobrer significar que el Tribunal Suprem fa servir en la seva presa de posició argumentacions d'indubtable aplicació en el nostre cas ja que provenen de textos legals vigents a Catalunya» (FD 3, motiu 1r recurs cassació, punt 6).

exclusiva de les dues menors i, subsidiàriament, la compartida. El Tribunal Superior de Justícia de Catalunya confirma les sentències desestimatòries del Jutjat i l'Audiència. Amb referència expressa a la doctrina de la seva sentència d'1.7.2019 (FD 3.1), i sense desconèixer «l'argument d'autoritat» que suposa la STS, 1a (Ple) de 15.7.2016, el Tribunal Superior sustenta la seva tesi en la normativa catalana «sens perjudici òbviament que la competència per a la unitat d'interpretació del dret civil de Catalunya correspon a aquesta Sala» (FD 4.11) i traça de nou una distinció entre reconeixements de complaença i de conveniència. Respecte dels segons entén que «no s'encaminen a establir vincles de filiació, sinó que persegueixen una finalitat il·legítima, contrària a l'ordenament jurídic (usualment, obtenció indeguda de beneficis econòmics o socials, la consecució fraudulenta de la nacionalitat, l'elusió de la regulació de normes imperatives sobre adopció o de la prohibició dels contractes de gestació per substitució)» (FD 4.8). Això comporta que el reconeixement portat a terme en el cas es qualifiqui com a de complaença, el qual també pot ser impugnat. Ara bé, en no concórrer manca de capacitat o vicis del consentiment en prestar-lo, només se'n pot impugnar la filiació resultant «durant els breus terminis de caducitat establerts amb caràcter general en l'article 235-26 del CCCat», ara exhaurits, el que determina que no sigui impugnable (FD 4.13). El Tribunal qualifica aquesta solució com a «moderada», en tant que «conjuga adequadament els interessos en joc» (FD 4.10 *in fine*). Com a argument de reforç el Tribunal al·ludeix al principi de bona fe (art. 111-7 CCCat), «que no es limita a l'àmbit contractual (...) i que impedeix que puguin prosperar pretensions com aquesta, deduïda després de la ruptura afectiva amb la mare i de que es desestimés judicialment la pretensió que se li concedís la guarda de la menor (...)» (FD 4.14).²⁹

A diferència de les dues anteriors, la STSJC núm. 25 de 27.7.2020 (ECLI:ES:TSJCAT:2020:5998) no conté un pronunciament sobre el fons, en tant que la discussió sobre si el reconeixement va ser o no de complaença depèn d'un fet que el Tribunal considera que no ha quedat provat davant

29 La referència exclusiva al principi de bona fe i no als actes propis (art. 111-8 CCCat) suposa, al meu parer, una evolució positiva respecte d'altres sentències en matèria de filiació del mateix Tribunal, com les de 27.9.2007, 22.12.2008 i 7.11.2013, que són objecte d'anàlisi en l'apt. 7.1. El recurs, per part del Tribunal Superior, a la doctrina dels actes propis en matèria de filiació havia estat objecte de crítica, atès que el camp d'actuació que li és més propi és el patrimonial i no tant el dret de la persona o de l'estat civil: vid. 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, 27.10.2011, pp. 5-71, a p. 70.

dels tribunals inferiors, en concret de si l'actor podia no saber, pel moment de la concepció, que era el pare de la menor nascuda el 2010. El 2013, un mes després de reconèixer la menor com a filla, l'actor contragué matrimoni amb la mare, amb qui tenia un altre fill en comú. El 2017, practicada la prova biològica que declarà que no era el pare de la menor, l'actor interposà acció «d'impugnació del reconeixement de complaença fet en frau de llei», a l'empara de l'art. 235-27.4.³⁰ La mare sostenia que l'actor sempre havia sabut que la menor no era filla seva, atès que va iniciar les relacions amb ella quan la nena tenia poc més d'un any. Basats en això, tant el Jutjat com l'Audiència desestimaren l'acció. Atès que els tribunals inferiors van inadmetre testificals i documentals dirigides a provar que l'actor havia iniciat les relacions amb la mare abans del naixement, el Tribunal Superior estima el recurs de cassació interposat per l'actor i demana l'anul·lació de la resolució recorreguda, ordenant la reposició de les actuacions al moment de denegació de la prova. El cas va ser finalment resolt per la SAP Barcelona, sec. 12a, de 29.3.2021 (ECLI:ES:APB:2021:4580) que, un cop practicada la prova, declarà que el pare va portar a terme el reconeixement de paternitat per error i, en conseqüència, en permeté la impugnació a l'empara de l'art. 235-27, apt. 1 i 2, CCCat. Es tracta d'un cas certament excepcional, en tant que és l'únic de tots els analitzats en aquest apartat en què procedeix la impugnació del reconeixement.

En apel·lació la qüestió també s'ha discutit en la SAP Tarragona, sec. 1a, de 30.6.2021 (ECLI:ES:APT:2021:989), en què l'home que afirmava ser el pare biològic acumulà l'acció de reclamació de paternitat no matrimonial contra el fill i la mare, a la d'impugnació de la paternitat derivada de reconeixement de complaença efectuat per qui havia estat el pare legal (art. 235-22), ja difunt, raó per la qual també demandava els seus fills i hereus.³¹

30 La mateixa configuració de l'acció com a «d'impugnació del reconeixement de complaença fet en frau de llei» evidencia la confusió de conceptes que de vegades hi ha al darrere d'aquest tipus d'accions.

31 També està basada en una acumulació de pretensions de l'art. 235-22 CCCat la sentència del Jutjat de Primera Instància i Instrucció de Vic de 10.6.2021 (ECLI:ES:JPII:2021:441), una de les poques sentències de jutjats dins del període analitzat disponible a les bases de dades en matèria de filiació. El cas té origen en el reconeixement d'un menor de set anys realitzat en escriptura pública el setembre de 2017 per l'home que mantenia una relació amb la mare des de feia tres anys. L'abril de 2019, un cop es produí la ruptura, la mare exercí una acció d'impugnació del reconeixement de paternitat fet en frau de llei (art. 235-27.4 CCCat), tot al·legant que el demandat li havia manifestat que reconeixia al menor «per a pagar menys impostos», acumulant aquesta acció a la de reclamació de

Dels antecedents de fet resulta que la mare i l'actor havien mantingut una relació amb convivència fins poc abans del naixement, el 1998. En aquest moment, el nen va ser registrat únicament amb la filiació materna i amb el nom del presumpte pare, qui acudí a la clínica el dia del naixement. El 2007 la mare contragué matrimoni amb un altre home, qui reconegué el menor com a fill en el Registre Civil. De la sentència resulta que l'actor exercirà la doble acció poc després de la mort del pare legal.³² El Jutjat desestimà la demanda, en no haver-se pogut practicar la prova biològica per causes imputables a l'actor. L'Audiència, en canvi, en declara la paternitat a partir de la negativa injustificada de la mare a que es practiqués la prova a l'aleshores menor, un cop impugnada la derivada del reconeixement de complaença. En el cas és clau que l'acció de reclamació de la paternitat s'exercitava de forma acumulada a la d'impugnació del reconeixement el que, d'acord amb l'art. 235-22, comporta que aquesta segona esdevingui accessòria de la primera i, per tant, no es vegi sotmesa a caducitat. No corre la mateixa sort, per no estar basat en una acumulació de pretensions, el cas que dona lloc a la SAP Barcelona, sec. 12a, de 17.1.2022 (ECLI:ES:APB:2022:720), tot i que també té origen en un reconeixement de complaença, en aquest cas portat a terme pel marit després de la separació de fet dels cònjuges. Dels fets resulta que aquests reprengueren la relació trobant-se l'esposa embarassada i sabent el marit que no era el pare biològic, malgrat el que no s'oposà a que la mare inscrivés la nena nascuda com a filla matrimonial. El marit convisqué amb la mare i la menor de forma interrompuda durant uns tres anys, fins que interposà demanda de divorci. En el procediment, si bé reconegué que no era el pare de la menor, en sol·licità infructuosament la guarda pels problemes que presentava la mare. Després que la menor fos finalment

paternitat al pare biològic. El Jutjat distingeix el reconeixement que es va portar a terme del realitzat en frau de llei, en tant que no ha quedat provat que el demandat reconegués el menor com a fill per tal d'aconseguir alguna conseqüència jurídica aliena a la mera formació de la relació de filiació (FD 2), considera que el termini per a l'exercici de l'acció d'impugnació no ha caducat i estima la reclamació per trobar-se el demandat en rebel·lia i existir indicis de la seva paternitat, tals com convivència amb la mare en el període de la concepció i conductes assenyalades per testimonis que donen a entendre que després del naixement va actuar com a pare. Si bé l'home la paternitat del qual és impugnada sol·licita relacions personals amb el menor, el Jutjat considera que aquest no és el procediment per decretar-les.

32 Crida l'atenció la durada del procés, tenint en compte que l'actor exercirà l'acció el 2007, quan el fill tenia nou anys, i que l'Audiència dictà sentència el 2021, quan en tenia vint-i-tres.

declarada en situació de desemparament per la DGAIA, la mare interposà una acció d'impugnació del reconeixement de la paternitat matrimonial, en base a l'art. 235-27.4 CCCat. El Jutjat desestimà l'acció, en considerar que es trobava caducada, i l'actora recorregué al·legant que l'acció de reconeixement fet en frau de llei és imprescriptible. L'Audiència confirma la sentència d'instància i, amb cita expressa de la STSJC de 8.7.2019, esclareix que l'art. 235-27.4 no resulta aplicable al cas, en tant que el reconeixement portat a terme pel marit va ser un reconeixement de complaença realitzat de forma lliure i conscient, per raons afectives vers la menor i la seva mare, sense que d'altra banda s'hagi invocat ni en la demanda ni en el recurs quina va ser la norma legal imperativa eludida en reconèixer la menor com a filla (FD 4). En comparació amb els reconeixements de complaença, cada cop més freqüents, en la pràctica són excepcionals els reconeixement fets en frau de llei o de conveniència, per molt que com s'ha vist l'estratègia de qui els pretén impugnar sovint consisteixi en intentar, sense èxit, classificar-los com a tals. En el cas resolt per la SAP Tarragona, sec. 1a, de 9.12.2020 (ECLI:ES:APT:2020:1761), si bé la qualificació del reconeixement com a de complaença o de conveniència no és objecte de discussió perquè l'acció d'impugnació de la paternitat no matrimonial exercitada pel pare contra la mare en base a l'art. 235-26 CCCat no es trobava caducada, dels fets es dedueix, en la línia defensada per la mare, que es tractava d'un reconeixement fet en frau de llei o de conveniència. En el cas l'actor, el maig de 2016, un cop produïda la ruptura de la parella, impugnà amb èxit la seva paternitat respecte de dos menors fills de la mare, als quals va reconèixer com a tals l'agost de 2014, després d'uns mesos de relació amb la mare, quan aquests tenien deu i vuit anys, per tal de permetre que fossin traslladats a Espanya. Si bé no conté un pronunciament sobre el fons, també sembla estar basada en un reconeixement d'aquest tipus la STSJC núm. 11 de 10.2.2021 (ECLI:ES:TSJCAT:2021:2751). La sentència resol un cas complex, amb elements internacionals, que podria encobrir una gestació per substitució. Dels antecedents de fet resulta que el 2014 Matilde, una dona en situació precària, va donar a llum un nen de pare desconegut a l'Argentina. Com que no es veia capaç de cuidar adequadament del menor, la cura i la guarda va ser assumida sense contraprestació econòmica per Joaquina, qui durant la gestació s'havia fet càrrec de l'atenció mèdica i despeses de Matilde. Un cop nasqué el menor, aquest va ser inscrit com a fill de Matilde i del germà de Joaquina, sota la creença que això facilitaria que l'actora n'obtingués la tutela. Els tribunals argentins homologaren un conveni pel qual Matilde renunciava a la guarda del menor a favor de qui

constava com a pare, alhora que ambdós delegaven a Joaquina la potestat parental sobre el menor. El 2015 Joaquina es traslladà amb el menor i la seva parella a Barcelona, on fixaren la residència. Un temps després el seu germà viatjà a Barcelona amb la intenció d'emportar-se el menor de nou a l'Argentina, raó per la qual Joaquina interposà una acció d'impugnació de la paternitat en base a l'art. 235-26 CCCat, al que el demandat oposà la caducitat de l'acció i la manca de legitimació activa de l'actora. El Jutjat, en base a l'art. 235-27.4, estimà la demanda en tant que el reconeixement s'havia d'entendre fet en frau de llei, i considerà que la manca de legitimació activa de l'actora quedava suplerta per la intervenció en el procediment de la mare biològica, qui al·legà que els fets de la demanda eren certs, com també per la intervenció del Ministeri Fiscal. Per contra, l'Audiència, que posà el cas en coneixement de la DGAIA, aprecia manca de competència dels tribunals espanyols, entengué que el frau de llei no s'havia provat i concloué que en qualsevol cas no pot impugnar la paternitat qui ha estat partícip del frau. El Tribunal Superior, en base a l'art. 22 *quater* d) LOPJ entén que els tribunals espanyols són competents, atès que el menor la filiació del qual es discutia tenia la seva residència habitual a Espanya en el moment d'interposar-se la demanda, i considera d'aplicació la llei catalana, en tant que el menor tenia la seva residència habitual a Catalunya (art. 9.4.I CCesp).³³ No obstant, l'alt Tribunal no entra en el fons del cas i, per tant, prescindeix d'analitzar si era d'aplicació l'art. 235-27.4. Per contra, declara la nul·litat de les actuacions,

33 Aquest article al·ludeix a la llei de la residència habitual del fill «en el moment d'establiment de la filiació», el que d'acord amb una interpretació literal portaria a entendre que es va establir en néixer el menor, quan aquest residia a l'Argentina. Atès que ens trobem davant d'una norma de conflicte que genera un conflicte mòbil, en tant que ens pot conduir al moment estricte d'establiment de filiació o bé al moment en què aquesta és qüestionada davant dels tribunals, els tribunals es decanten per aquest segon i entenen que la llei del país de la residència habitual del fill en el moment de la interposició de la demanda és una llei d'«aplicació previsible» per a les parts. Sobre el particular, vid. CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, «Ley aplicable a la filiación por naturaleza: de la ley nacional a la ley de la residencia habitual del hijo», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 68/2, 2016, pp. 157-182, a pp. 163-164 (punt 10); i CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, «Capítulo XIII. Filiación natural», a CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier (Dir.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, t. II, 2a ed., València, Tirant lo blanch, 2022, pp. 1859-1895, a pp. 1878-1879. El Tribunal Superior, en la sentència comentada, s'alinea amb la tendència que entén que la residència habitual del fill és una «connexió social»: «el legislador espanyol opta per un criteri més neutral (no privilegia a cap dels progenitors) i realista que atén en primer lloc a la “connexió social” representada per la residència habitual del fill, que el dret espanyol fixa en el moment d'establiment de la filiació, el que pressuposa

amb reposició al moment de l'audiència prèvia, per tal que el Jutjat nomeni un defensor judicial que assumeixi la defensa del menor, en tant que aquest no va ser demandat ni comparegué al procediment per mitjà de cap dels seus representants legals, ni el Ministeri Fiscal n'assumí la representació i defensa. Torno a referir-me a aquest cas en l'apartat 9.

6. Sobre la persistència de la negativa injustificada a la pràctica de la prova biològica en els plets de reclamació de paternitat i la transcendència de les presumpcions de paternitat no matrimonial

6.1. Antecedents

Abans que les conseqüències de la negativa injustificada a la pràctica de la prova biològica es trobessin recollides en l'art. 767.4 LEC, les STC 7/1994, de 17 de gener (BOE núm. 41, de 17 de febrer) i 95/1999, de 31 de maig (BOE núm. 42, de 29 de juny) ja s'havien pronunciat sobre el valor probatori de la negativa a permetre la pràctica de proves biològiques respectivament en cas d'oposició del presumpte pare i de la mare que actuava en representació d'un fill menor d'edat. Amb posterioritat la STC 29/2005, de 14 de febrer (BOE núm. 106, de 4 de maig de 2006) precisa que aquesta negativa no té valor de *ficta confessio* per ella mateixa, i la STC 177/2007, de 23 de juliol (BOE núm. 200, de 21 d'agost) condiona l'aplicació de la doctrina que permet declarar la paternitat en cas de negativa injustificada a la pràctica de prova al fet que l'òrgan judicial l'hagués acordada en el procés. A Catalunya, en aplicació de la legislació anterior, el Tribunal Superior de Justícia s'havia pronunciat en diverses ocasions en el mateix sentit.³⁴

Un cop consolidada la doctrina jurisprudencial sobre les conseqüències de la negativa injustificada a la pràctica de la prova biològica, sobretot

una major vinculació amb l'ordenament de la societat en la qual està integrat el fill quan es va a determinar la filiació. La nacionalitat del fill passa a tenir un paper secundari, i resulta d'aplicació quan el fill no té residència habitual o quan la llei del país de la seva residència habitual no permet determinar la filiació.» (FD 4.4).

34 Vid. les STSJC de 6.7.1992 (RJ 10277), 25.1.1993 (RJ 2247), 1.6.1995 (RJ 8175), 21.3.1996 (RJ 1997\7278), 12.11.1998 (RJ 1999\1339), 22.2.1999 (RJ 2000\4123), 6.9.1999 (RJ 2000\8033), 4.10.1999 (RJ 2000\8038) i 14.7.2003 (RJ 7254).

ateses les facilitats per a la seva obtenció, sorprèn el número de sentències d'apel·lació en què alguna de les parts del procés encara s'hi oposa, tot i que sense cap mena de recorregut. Amb finalitat sistemàtica, a continuació s'analitzen les conseqüències de la negativa en funció de si la va portar a terme la mare que actua en representació del menor la paternitat del qual es reclama; l'home contra el qual s'exercita l'acció, en ocasions de forma acumulada amb una acció d'impugnació de la paternitat prèviament establerta; o els hereus de l'home la paternitat del qual es reclama, com succeeix en molts menys casos.

6.2. Negativa de la mare i representant legal del menor

Les sentències d'Audiències en què es planteja quina repercussió ha de tenir la negativa de la mare i representant legal del menor a la pràctica de la prova biològica són freqüents i sovint estan exemptes de controvèrsia, en tant que la doctrina al respecte està plenament assentada. Així, en la majoria de les sentències que se citen en aquest apartat, la negativa de la mare es considera injustificada perquè, per exemple, no va expressar cap raó per negar-se a la pràctica de la prova, com succeïa en la SAP Barcelona, sec. 18a, de 9.6.2020 (ECLI:ES:APB:2020:4600), o perquè va afirmar que s'hi oposava simplement perquè sabia del cert que l'actor no era el pare, com era el cas en la SAP Tarragona, sec. 1a, de 13.5.2020 (ECLI:ES:APT:2020:598). En algun cas, com en el resolts per la SAP Barcelona, sec. 18a, de 9.11.2022 (ECLI:ES:APB:2022:12184), més que una negativa injustificada s'afirma que la demandada va mantenir una actitud obstativa, ja que malgrat afirmar reiteradament que estava disposada a practicar la prova al menor no va comparèixer al Jutjat en cap de les múltiples ocasions en què se la va citar.

Aquestes circumstàncies, unides a l'al·legació exitosa d'algun —o diversos— dels tres supòsits que permeten presumir la paternitat no matrimonial de l'art. 235-10.1 CCCat,³⁵ expliquen que l'autoritat judicial

35 Així, és presumeix que és pare del fill no matrimonial l'home que ha conviscut amb la mare o que hi ha tingut relacions sexuals en el període legal de la concepció, o que ha reconegut tàcitament la paternitat o de forma diferent a les legalment establertes en l'art. 235-9, tals com reconeixement en testament, codicil, escriptura pública o registral, expedient registral o sentència ferma. Es tracta de presumpcions que, a diferència de la de paternitat matrimonial (art. 235-5 CCCat), no operen de forma automàtica, sinó que han de ser al·legades en el curs d'un procés. Allà on no és d'aplicació el dret català aquestes presumpcions es troben

declari la paternitat reclamada. Així, en cap de la dotzena de sentències que tenien per objecte una acció de reclamació de la paternitat exercitada pel presumpte pare amb negativa injustificada de la mare a practicar la prova biològica al menor aquesta ha aconseguit desvirtuar la presumpció, per a la qual cosa, en els termes de l'art. 235-10.2, s'admeten «tota classe de proves». En conseqüència, la paternitat s'ha acabat determinant en tots els casos perquè junt amb la negativa injustificada s'aprecia:

a) *Convivència entre les parts en el període de la concepció*, com resulta de la SAP Barcelona, sec. 18a, de 24.5.2017 (ECLI:ES:APB:2017:4932), en què qui reclamava la paternitat era l'ex marit i la mare durant el procés no va poder desvirtuar la prova de la convivència en el període de la concepció.³⁶ Aquesta convivència pot ser intermitent i posterior a la ruptura de la parella, i de vegades s'hi sumen altres indicis de paternitat que n'evidencien el reconeixement tàcit, com ara l'assistència del pare al naixement i a diferents visites i proves realitzades a la mare durant l'embaràs (SAP Barcelona, sec. 18a, de 22.7.2022, ECLI:ES:APB:2022:9435). La convivència estable entre les parts també explica l'èxit de l'acció de reclamació i impugnació de la paternitat d'un menor exercitada per l'actor contra la mare i qui havia estat el seu marit, de qui estava separada de fet en el moment de la concepció, en la SAP Barcelona, sec. 12a, de 4.10.2018 (ECLI:ES:APB:2018:9676). L'Audiència confirma el criteri del Jutjat, tot i que en aplicació del dret català sobta que faci referència a la «possessió d'estat» entre el menor i l'actor (FD1.2.a), qui es va comportar com a pare des del naixement, i no per exemple als actes tàcits a què al·ludeix l'art. 235-10.1.c) CCCat.

b) *Manteniment de relacions sexuals entre les parts en el període de la concepció*, encara que puguin resultar d'una relació sentimental del tot esporàdica, sempre que s'entengui provada. Al respecte, en la SAP Barcelona, sec. 18a, de 17.6.2016 (ECLI:ES:APB:2016:6020) l'existència d'aquesta relació s'infereix de les declaracions de la mare, germana i parella actual de l'actor. L'existència d'aquesta relació també s'infereix

recollides, amb alguna lleugera variació, en l'art. 767.3 LEC, segons el qual «Aunque no haya prueba directa, podrá declararse la filiación que resulte del reconocimiento expreso o tácito, de la posesión de estado, de la convivencia con la madre en la época de la concepción, o de otros hechos de los que se infiera la filiación, de modo análogo.».

36 Es tracta d'un cas en què, tot i que el matrimoni no estava dissolt quan es va produir el naixement, no va entrar en joc la presumpció de paternitat matrimonial de l'art. 235-5 CCCat.

de testificals en els casos resolts per les SAP Barcelona, sec. 18a, de 9.11.2022 (ECLI:ES:APB:2022:12184), i Girona, sec. 1a, de 20.5.2016 (ECLI:ES:APGI:2016:475), en què a aquest fet s'hi sumen diversos indicis que posen en relleu un reconeixement tàcit de paternitat, com les visites al menor durant els seus primers mesos de vida, l'existència de vídeos i missatges en què la mare reconeixia l'actor com a «bon pare», fotografies d'ambdós amb el menor, la manca d'una explicació raonable de per què el menor no portava el cognom de l'actual espòs de la mare o de per què se li pagava una pensió.

c) *Reconeixement tàcit de la paternitat*, més enllà de les formes d'establiment previstes en l'art. 235-9 CCCat. Així resulta, per exemple, de l'interrogatori de les dues parts; de missatges en què la mare reconeixia a l'actor com a pare; de la constància del cognom patern en la polsera de l'hospital en què va néixer el menor, en informes pediàtrics, en la targeta de la Seguretat Social o en documents de la llar d'infants i de l'escola (SAP Barcelona, sec. 12a, de 14.11.2019, ECLI:ES:APB:2019:13652; sec. 18a, de 9.6.2020, ECLI:ES:APB:2020:4600); de la presència del pare a l'hospital el dia del naixement (SAP Barcelona, sec. 12a, de 14.11.2019; Tarragona, sec. 1a, de 30.6.2021, ECLI:ES:APT:2021:989); de les referències de la mare durant la vista a la manca de compliment de l'actor de les seves responsabilitats com a «pare» (SAP Barcelona, sec. 12a, de 14.11.2019); de cartes en què la demandada i la seva mare reconeixien la paternitat (SAP Tarragona, sec. 1a, de 13.5.2020, ECLI:ES:APT:2020:598); de fotografies de l'actor amb el menor i la mare (SAP Barcelona, sec. 12a, de 14.11.2019; Tarragona, sec. 1a, de 13.5.2020,); del fet que en un expedient seguit per la DGAIA ambdues parts van reconèixer ser els progenitors del menor, com també de WhatsApp en què la mare reconeixia que l'actor era el pare³⁷ i de les seves declaracions policials (SAP Barcelona, sec. 18a, de 9.6.2020); o del fet que el fill fos inscrit en el Registre Civil amb el nom de l'actor, unit a algun dels altres indicis de paternitat mencionats (SAP Tarragona, sec. 1a, de 30.6.2021).

37 Sobre la cada cop més freqüent aportació de WhatsApp en els procediments de família i els nombrosos problemes que planteja, vid. ABEL LLUCH, Xavier, «El uso y el abuso de WhatsApps en el proceso de familia. Orientaciones prácticas para la proposición y admisión de WhatsApps», *La Ley-Probática*, núm. 11, 2023, pp. 1-10.

Com es pot observar, la majoria de casos en què s'ha aplicat amb èxit l'art. 235-10 CCCat estan basats en aquest darrer supòsit, ja apreciat de forma autònoma, ja conjuntament amb algun dels altres supòsits de l'art. 235-10. La constatació té certa lògica si tenim en compte que la majoria d'accions de reclamació de la paternitat no matrimonial no es plantegen entre parts que conviuen en el període de la concepció, atès que en aquests casos per norma general la paternitat s'haurà establert per qualsevol de les vies que preveu l'art. 235-9.1. Per la seva banda, el supòsit del manteniment de relacions sexuals entre les parts en el període de la concepció està sovint condemnat al fracàs quan s'al·lega de forma autònoma, en especial ateses les dificultats per provar uns fets que es donen en l'esfera íntima. Per això no és d'estranyar que en els casos en què s'ha invocat s'hagi vist sovint acompanyat d'indícis que evidencien un reconeixement tàcit de la paternitat. Si bé l'art. 235-10.1 CCCat estableix que «Es presumeix que és pare del fill no matrimonial: (...) c) *L'home que ha reconegut la paternitat tàcitament* o d'una manera diferent de la que estableix l'article 235-9.»,³⁸ a partir d'algunes de les sentències anteriors es constata que els tribunals també donen pes al reconeixement tàcit de la paternitat que realitza la mare demandada o, fins i tot, alguna persona propera a aquesta.

En relació amb l'anterior, sobta la rellevància que els tribunals atorguen, per decidir sobre l'aplicació de les presumpcions de paternitat no matrimonial de l'art. 235-10, als testimonis de persones de l'entorn dels litigants. Així, per exemple, en la ja mencionada SAP Barcelona, sec. 18a, de 17.6.2016, l'existència d'una relació sentimental esporàdica entre ells en el període de la concepció s'infereix de les declaracions de la mare, germana i parella actual de l'actor, i en la també analitzada SAP Barcelona, sec. 18a, de 22.7.2022, de les declaracions de les dues parts i les respectives mares, totalment oposades, l'Audiència pren en consideració la que li sembla menys interessada i més digna de crèdit, per la qual cosa entén que no cal provar l'existència d'una relació sentimental activa durant el període de la concepció, sinó la simple relació de coneixement. El pes atorgat als testimonis és especialment patent en la també citada SAP Barcelona, sec. 18a, de 19.12.2019, en què a diferència del Jutjat, que va considerar que no es podia declarar la paternitat, l'Audiència l'infereix de la declaració del propi

38 Cfr. amb art. 767.3 LEC, més genèric: «(...) podrá declararse la filiación que resulte del reconocimiento expreso o tácito, de la posesión de estado, de la convivencia con la madre en la época de la concepción, o de otros hechos de los que se infiera la filiación, de modo análogo.»

actor i dels testimonis que afirmaven que la demandada havia reconegut que el fill era d'ell i que les parts van mantenir relacions esporàdiques després del seu divorci, coincidint amb el període de la concepció. El cas dona peu per a la reflexió també perquè la relació entre les parts era conflictiva, fins al punt que l'home tenia una ordre d'allunyament, el que podria explicar que la mare ni tan sols l'informés del naixement. En casos com aquest, seguir fent dependre sempre i en tot cas l'èxit d'una acció de filiació de la veritat biològica planteja dubtes. Per tal d'evitar resultats no desitjats en situacions límit com la descrita es podria pensar en ampliar els supòsits de l'art. 235-14 CCCat que permeten que la filiació es determini amb eficàcia limitada, en si alternativament o cumulativa caldria introduir un sistema no causal, basant només la configuració dels efectes de la filiació en interès dels fills, o bé en si seria preferible apostar per la introducció d'accions de filiació merament declaratives.³⁹

6.3. Negativa de l'home a qui es reclama la paternitat

Encara que són menys nombroses, la qual cosa podria ser un bon indicador des d'un punt de vista de gènere, en un total de vuit sentències qui es nega injustificadament a la pràctica de la prova biològica és l'home a qui es reclama la paternitat. En aquests casos la paternitat també s'acaba determinant, en tant que es dedueix de la convivència o del manteniment de relacions sexuals entre els litigants en el període de la concepció, que tant en un cas com en l'altre sovint s'acompanya d'actes tàctics que impliquen un reconeixement de la paternitat per part del demandat, circumstància que per si sola ja seria suficient per declarar la paternitat reclamada.

En diverses sentències la paternitat resulta *de la convivència entre les parts en el període de la concepció*, per molt que el demandat la negui. En aquests casos els tribunals infereixen la convivència, que no cal que sigui estable —com s'observa, per exemple, quan el demandat manté simultàniament una relació matrimonial—, d'indícis com la compra conjunta i finançada d'un vehicle, amb constància d'un domicili comú (SAP Lleida, sec. 2a, de 12.4.2016, ECLI:ES:APL:2016:310), o el fet que estiguin donats d'alta —a nom del

39 Amb caràcter general, vid. FERRER RIBA, Josep, «Los efectos de la filiación y su restricción o exclusión», a BARBER CÁRCAMO, Roncesvalles; QUICIOS MOLINA, Susana; VERDERA SERVER, Rafael (Coord.), *Retos actuales de la filiación*, Madrid, Asociación de Profesores de Derecho civil-Tecnos, 2018, pp. 297-327, en especial pp. 303-317.

demandat— certs subministraments de l'habitatge en què vivia la mare (SAP Barcelona, sec. 12a, de 13.12.2019, ECLI:ES:APT:2019:1652).⁴⁰ La convivència en el mateix domicili també és la raó que permet inferir la paternitat en el cas resolt per la SAP Barcelona, sec. 18a, de 10.7.2020 (ECLI:ES:APB:2020:6413), sobre una acció de reclamació de paternitat exercitada per la mare contra l'exmarit, amb qui tenia quatre fills. De la convivència de les parts en el mateix domicili, per molt que ja no fossin formalment una parella i existís una ordre d'allunyament contra el demandat en un context de maltractament, el Jutjat en dedueix, i l'Audiència confirma, la paternitat.

En altres casos la paternitat resulta *del manteniment de relacions sexuals entre les parts en el període la concepció*, el que sovint s'acompanya d'actes tàcits del demandat que impliquen un reconeixement de la paternitat. Així, per exemple, en el cas resolt per la SAP Tarragona, sec. 1a, de 12.5.2016 (ECLI:ES:APT:2016:550), en què no hi havia hagut convivència perquè el demandat estava casat, l'existència d'una relació sentimental es dedueix, entre d'altres extrems, de la declaració d'una amiga de l'actora, i la paternitat del demandat d'actes tàcits com la visita a l'hospital el dia del naixement o l'assistència a una festa familiar quan la menor tenia dos anys. En altres ocasions, com la que dona lloc a la SAP Girona, sec. 2a, de 22.11.2017 (ECLI:ES:APGI:2017:1169),⁴¹ l'existència d'una relació entre les parts durant el període de la concepció es dedueix de les estades de l'actora a Espanya durant aquest període, en hotels reservats pel demandat, així com de les fotografies d'aquest amb l'actora durant l'època de la concepció, al que s'hi uneixen actes tàcits del pare que impliquen l'assumpció de la paternitat, com correus electrònics entre les parts en què la mare es referia a la menor com la filla del demandat, sense que aquell s'hi oposés, com també la referència, per part del pare, a la seva parella i filla en el contracte d'arrendament d'habitatge que va subscriure. Les fotografies, els missatges i les converses

40 Aquest és un cas estrany, atès que la mare acumula l'acció de reclamació de la paternitat d'una menor de cinc anys a la d'impugnació respecte de l'amic que constava com a pare, atès que el demandat estava casat en el moment del naixement.

41 Aquest és un cas amb elements de dret internacional que el fan especialment complex: interposada l'acció de reclamació de paternitat no matrimonial per la mare, el demandat invoca l'excepció de manca de legitimació passiva perquè considera que hi havia una altra paternitat determinada, tal com constava al certificat de naixement ucraïnès, raó per la qual es nega a la pràctica de la prova. No obstant això, el Jutjat estima i l'Audiència confirma: en aplicació de la legislació ucraïnesa, quan no s'ha establert la filiació paterna la mare pot fer constar com a pare del menor l'avi matern als mers efectes de cobrir una exigència formal de la legislació nacional, el que no contravé l'art. 235-19 CCCat.

entre les parts també serveixen per inferir l'existència d'una relació durant el període de la concepció en el cas resolt per la SAP Tarragona, sec. 1a, de 4.12.2019 (ECLI:ES:APT:2019:1652), al que s'hi suma el reconeixement tàcit de la paternitat per part del demandat, a partir d'actes com referir-se al nadó en camí com a «nostre», rebre ecografies del fetus o fotografies d'un bressol sense mostrar oposició, o vetar el nom del nadó proposat per la mare i proposar-ne un altre més conforme als seus orígens familiars. En el cas resolt per la SAP Tarragona, sec. 1a, de 23.11.2022 (ECLI:ES:APT:2022:1893), en contra del criteri del Jutjat que desestimà la demanda i en absència d'actes tàcits que comportin l'admissió de la paternitat, l'Audiència dedueix l'existència d'una relació sexual esporàdica amb l'actora en l'època de la concepció dels missatges de complicitat intercanviats entre les parts i del fet que el demandat no accepta la paternitat però admet la relació sexual. Menys explícita és la SAP Girona, sec. 2a, de 14.12.2016 (ECLI:ES:APGI:2016:1505), que simplement determina la paternitat a partir de la relació de parella que considera provat que les parts mantenien tres mesos abans de la concepció.

6.4. Negativa dels hereus de l'home la paternitat del qual es reclama

Les SAP Barcelona, sec. 18a, de 31.7.2013 (ECLI:ES:APB:2013:9389), i Tarragona, sec. 1a, de 10.3.2016 (ECLI:ES:APT:2016:224) resolen dos casos en què la negativa a la pràctica de la prova biològica prové dels hereus de l'home la paternitat del qual es reclamava, ja difunt. En el primer cas és el fill qui, un cop major d'edat, exercitè l'acció de reclamació contra els hereus (la segona esposa i vídua, i un altre fill que el pare biològic havia tingut amb una primera esposa). L'Audiència desestima el recurs del fill demandat, tot considerant que la seva negativa a la pràctica de prova biològica és injustificada atesos els indicis de paternitat, que venen especialment donats pel tracte de fill que el difunt havia donat en vida a l'actor, que es dedueix d'una sèrie de fotografies aportades en el procediment. En el segon cas el fill, un cop major d'edat, acumulà l'acció d'impugnació de la paternitat respecte de qui constava com a pare legal a la de reclamació contra la filla i hereva del pare biològic, qui recorregué la decisió estimatòria del Jutjat al·legant que la prova biològica practicada no era vàlida perquè no es va realitzar amb les degudes garanties. L'Audiència desestima el recurs, en tant que no es va acreditar que la prova es practiqués sense garanties, al que afegeix que la paternitat es pot deduir dels indicis aportats que permeten

provar l'existència d'una relació de parella entre els pares de l'actor en el període de la concepció.

6.5. Quins efectes ha de tenir la negativa a la pràctica de la prova biològica en les accions d'impugnació de la paternitat?

L'art. 767.4 LEC aporta pautes a l'autoritat judicial per tal de resoldre el cas en supòsits de negativa injustificada a la pràctica de la prova biològica de paternitat o maternitat en relació a les accions de reclamació de la filiació («permetirà al tribunal *declarar la filiació reclamada*, sempre que existan otros indicios...»). És respecte d'aquestes accions que existeix abundant jurisprudència, tal com s'ha posat en relleu.

No obstant, la STSJC núm. 2 de 21.1.2016, analitzada en l'apartat 4, dona a entendre que la negativa a la pràctica de la prova biològica també pot tenir efectes en relació a les accions d'impugnació. Recordem que en aquella ocasió el marit contestà l'acció d'impugnació interposada per la mare negant-se a la pràctica de prova biològica, i el fet que la presentada per la mare s'hagués obtingut unilateralment sense garanties acabà motivant que el recurs de cassació interposat per aquesta no pogués prosperar i l'acció s'acabés desestimant: «Consta a les actuacions que el marit de la part recurrent es va negar a la pràctica de la prova biològica, *sense que la resposta jurídica que la Sala d'apel·lació atribueix a aquesta negativa hagi estat qüestionada en cassació*, de manera que només existeix un document aportat per la part agent, en el que ella indica que va prendre una mostra biològica del seu marit i una de la menor Natividad i les va enviar al laboratori (...)» (FD 3). De l'incís que ressalta en cursiva es pot deduir que la manca d'atribució d'efectes a aquesta negativa per part de l'Audiència hagués pogut ser objecte de recurs de cassació, el que dona a entendre que s'hagués pogut declarar impugnada la paternitat a partir de la negativa del marit a comprovar amb la prova corresponent si era o no el pare biològic de la menor. No obstant, aquesta deducció entra en tensió amb el citat art. 767.4 LEC, com també amb l'art. 235-28 CCCat que, sota el títol «La prova en la impugnació de la paternitat», estableix: «1. Perquè prosperi qualsevol acció d'impugnació de la paternitat matrimonial i no matrimonial, s'ha de provar *d'una manera concloent* que el presumpte pare no és progenitor de la persona la filiació de la qual s'impugna». Per tant, tot indica que quan es tracta de l'acció d'impugnació de la paternitat no hi ha presumpció ni indicatiu que valgui. No obstant això, en la SAP Tarragona, sec. 1a, de 21.1.2022 (ECLI:ES:APT:2022:92), que resol un cas singular, la negativa injustificada de la mare a la pràctica de prova biològica al menor la paternitat del qual es

pretenia impugnar, unida als indicis de no paternitat, permet a l'Audiència declarar impugnada la paternitat matrimonial establerta per presumpció. En el cas l'acció d'impugnació l'exercitaven, *ex art.* 235-23.2 CCCat, els fills que el difunt marit havia tingut d'un anterior matrimoni, respecte d'un fill que aquest va tenir amb la seva segona esposa el 2018, pocs dies abans de morir com a conseqüència d'una llarga malaltia. Atès que l'home havia demanat ser incinerat, els actors es van presentar al tanatori amb un pèrit per tal d'extreure'n mostres biològiques, amb l'oposició de la vídua, el que va permetre confirmar la paternitat del difunt amb una fiabilitat superior al 99,9999 %. El Jutjat desestimà la demanda però l'Audiència estima el recurs dels actors i declara impugnada la paternitat: si bé, en contra del criteri del Jutjat, considera que la prova biològica extrajudicial es practicà amb totes les garanties,⁴² atorga un pes decisiu a la negativa injustificada de la vídua a la pràctica de la prova al menor en el curs del procés.⁴³ Per a això, l'Audiència es basa en una sèrie d'indicis rellevants, com que el marit tenia seixanta-vuit anys en el moment de la concepció; les seves dificultats per mantenir relacions sexuals durant aquest període, atès el delicat estat de salut en què es trobava, que fins i tot requeria de l'ajut d'un respirador; el retard de l'esposa en comunicar l'embaràs als familiars; les seves manifestacions, en l'acte d'acceptació d'herència, de que no havia tingut fills amb el difunt, sense reservar-se la llegítima del fill; o el fet que hagués avortat en el passat, atesa la negativa del marit a tenir més fills.

7. La filiació derivada de reproducció assistida

7.1. Consolidació de la voluntat procreacional: només excepcionalment el requisit de forma ho és amb caràcter constitutiu i condiona la validesa de l'acte

Les STSJC núm. 28 de 27.9.2007 (RJ 8520) i núm. 44 de 22.12.2008 (ECLI:ES:TSJCAT:2008:14519), dictades en aplicació del Codi de Família, van ser les primeres en flexibilitzar el requisit de forma del consentiment a la filiació derivada de reproducció assistida. En elles es plantejava la impugnació

42 Malgrat això, l'Audiència recrimina als actors que no valoressin altres mitjans de prova menys onerosos que haguessin permès assolir el mateix resultat, com per exemple l'anàlisi de la compatibilitat entre possibles germans.

43 L'Audiència es pronuncia també sobre el cognom patern del menor, que en aquell moment ja tenia quatre anys: vid. apt. 3.

d'una paternitat prèviament establerta sense que el consentiment s'hagués formalitzat en escriptura pública, tal com aleshores exigia l'art. 92.1 CF, sinó tan sols en el document sanitari de consentiment informat a la pràctica de la tècnica corresponent amb esperma de donant. L'acció es plantejà, per part del marit i pare en el primer cas i per part de la mare en el segon, en ambdós casos, un cop trencada la relació de parella. En la STSJC de 27.9.2007 l'alt Tribunal conclogué que la conducta del marit d'acceptar la donació d'esperma i consentir a la pràctica de la tècnica per després impugnar la paternitat suposava una deslleialtat vers l'esposa en perjudici de la menor, així com una mutació injustificada de l'estat civil (FD 8.5 i 9). En el cas resolt per la STSJC de 22.12.2008 el Tribunal conclogué que el requisit de forma del consentiment no pot convertir-se en un obstacle insuperable quan dels fets provats resulta que ambdós progenitors «van tenir la voluntat procreacional (...) van acceptar la donació de semen de donant anònim, van consentir conscientment i lliure l'ús de la tècnica que es va implementar a la dona en el moment en què va tenir lloc la concepció i, per tant, ambdós han d'assumir de manera irrevocable les conseqüències jurídiques d'aquesta decisió» (FD 11). En paraules del Tribunal, iniciant una doctrina que com veurem ha estat seguida per sentències posteriors, «La seguretat jurídica i l'interès del menor no es poden deixar a l'atzar de les relacions afectives dels pares» (FD 11). En ambdues sentències el Tribunal reforça la seva posició amb el recurs al principi de bona fe (art. 111-7 CCCat) i la doctrina dels actes propis (art. 111-8 CCCat): «De la mateixa manera, el principi de la bona fe impregna el dret civil català amb caràcter de principi general i no només en l'àmbit del dret contractual, com resulta de la seva posterior concreció legislativa en l'art. 111-7 (...). Aquest Codi recull igualment la doctrina dels actes propis, d'anterior formulació jurisprudencial, de la manera següent: Ningú no pot fer valer un dret o una facultat que contradigui la conducta pròpia observada amb anterioritat si aquesta tenia una significació inequívoca de la qual deriven conseqüències jurídiques incompatibles amb la pretensió actual.» (FD 8.5 de la STSJC de 27.9.2007; en termes gairebé idèntics, FD 10 de la STSJC de 22.12.2008).⁴⁴

El Tribunal Superior de Justícia de Catalunya ha consolidat la tesi espiritualista, ja en aplicació del Llibre segon, en les sentències núm. 62 de 7.11.2013 (ECLI:ES:TSJCAT:2013:14800), núm. 35 de 20.7.2017 (ECLI:ES:TSJCAT:2017:5926) i núm. 46 d'1.7.2019

44 Al respecte, vid. nota al peu 29.

(ECLI:ES:TSJCAT:2019:5693), que resolen respectivament un cas d'impugnació de la paternitat i dos de reclamació d'una segona maternitat en què ni tan sols hi havia constància del consentiment a la reproducció assistida en els documents proporcionats pel centre de fertilitat. En aquests casos ja era d'aplicació el dret vigent que, junt amb el consentiment exprés formalitzat en document públic, consolida el formalitzat en un document estès davant d'un centre autoritzat. La raó per la qual el Tribunal Superior segueix atorgant valor a un consentiment diferent de l'exigit legalment es troba, de nou, en l'existència d'indicis suficients de la «voluntat procreacional» de la persona la filiació de la qual es discutia. Així, en la sentència de 7.11.2013, que versa sobre la interpretació que s'ha de donar a l'art. 235-13.1 CCCat, 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 i òvuls de donants i que morí poc abans del naixement. En el cas el Tribunal 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. Per al Tribunal allò realment rellevant és la «voluntat procreacional» dels dos membres de la parella, que sí que es va poder constatar i, gairebé parafrasejant la seva sentència de 22.12.2008, conclou que «La seguretat jurídica i l'interès del menor no poden trobar-se a l'atzar de circumstàncies posteriors no desitjades com la mort prematura d'un d'ells» (FD 5).⁴⁵ La sentència, que també reforça els seus arguments amb el recurs als art. 111-7 i 111-8 CCCat,⁴⁶ afirma amb especial contundència que «El recurrent confon prestació del consentiment amb documentació del consentiment» i que «Tampoc no és admissible identificar els metges que practiquen aquestes tècniques amb fedataris públics ni els centres sanitaris amb notaries (...)» (FD 5). En els dos casos restants, que també giren al voltant de la interpretació de l'art. 235-13.1 CCCat, no es pretenia impugnar

45 El Tribunal Superior de Justícia de Catalunya confirma així la SAP Barcelona, sec. 18a, de 19.11.2012 (ECLI:ES:APB:2012:13504) que, en contra del criteri del Jutjat, considerà que la paternitat no podia ser impugnada, en aplicació del Llibre segon (i, en particular, de l'art. 235-13.1 CCCat) per ser més favorable al fill d'acord amb la DT 5a, 2n, *in fine*: «Pel que fa al règim jurídic i a la transmissibilitat, s'han de regir per la legislació que resulti més favorable al fill o a les persones legitimades per a exercir l'acció.». Segons l'Audiència, «La nova regulació relaxa les exigències formals per a la determinació de la filiació per reproducció assistida recollint la doctrina del Tribunal Superior de Justícia (...) i des d'aquesta perspectiva es considera més favorable al fill.» (FD 2).

46 Al respecte, vid. nota al peu 29.

una filiació prèviament establerta, sinó reclamar la de la dona que havia conviscut en parella estable amb la mare, un cop trencada la relació entre ambdues. En tots dos es recorre a la mateixa tesi espiritualista del Tribunal Superior de Justícia, tot i que ara per a determinar una filiació que no havia pogut ser prèviament establerta. El cas resolt per la sentència de 20.7.2017 té origen en el naixement de bessons concebuts amb esperma i òvuls de donants, els quals només havien pogut ser inscrits en el Registre Civil com a fills de la dona gestant, atès que les dues dones només van aportar un certificat emès per la doctora que havia practicat la tècnica, que assegurava que la gestant hi accedí, consentint-la, amb qui afirmava ser la seva parella.⁴⁷ No obstant, després de la ruptura de la parella, en un procediment verbal en què es van adoptar mesures relatives a la guarda i aliments dels menors, el Jutjat declarà, i l'Audiència confirmà, la segona maternitat.⁴⁸ La mare gestant recorregué la sentència davant del Tribunal Superior, el qual fent ús, un cop més, de les tesis espiritualistes, considera que el consentiment de la dona no gestant a la pràctica de la tècnica i a l'assumpció de la maternitat va quedar acreditat per actes tàcits i per l'existència de vida familiar. A aquests efectes, entén rellevant el consentiment prestat oralment per la dona no gestant, que resultava del document emès per la doctora que va tractar la seva parella, i l'assumpció de la maternitat que va ser documentada davant de l'Encarregat del Registre Civil a partir de la declaració de les dues dones (FD 6).

La sentència d'1.7.2019 té origen en un cas similar. Dels fets es desprèn que durant la relació les dues dones van recórrer a reproducció assistida conjuntament, per tal que la parella de l'actora fos inseminada, i que amb aquest fi ambdues van signar fins a tres documents successius de consentiment informat en un centre privat el gener, març i juny de 2007. Atès que cap dels tres tractaments va tenir èxit, la parella decidí canviar de centre i la receptora se sotmeté a un nou tractament el desembre de 2007, com a conseqüència del qual nasqué un nen. En aquest cas, però, l'actora no havia signat el consentiment corresponent, en tant que en aquell moment el centre encara no disposava de models de consentiment

47 Això es deu, segurament —a partir del que es desprèn del FD 6 de la pròpia sentència—, a que malgrat que les dues dones van accedir a la tècnica el 2011, en aquell moment el centre encara no disposava dels impresos de consentiment informat a la reproducció assistida per parelles de dones i els en va presentar un referit a parella de diferent sexe que, com a tal, no va ser signat per la dona no gestant. Vid. també referències en nota al peu 49.

48 Vid. SAP Barcelona, sec. 12a, de 27.6.2016 (ECLI:ES:APB:2016:13957).

per parelles de dones.⁴⁹ Tot i la manca de consentiment formal de l'actora, el Tribunal Superior —en contra del criteri del Jutjat i en la mateixa línia de l'Audiència—,⁵⁰ considera que els consentiments atorgats prèviament a l'anterior centre són suficients per justificar la seva maternitat legal a l'empara de l'art. 235-13.1 CCCat, atès que entre un tractament i l'altre encara no s'havia produït la ruptura de la parella, i no li era imputable el fet de no haver signat el document de consentiment al tractament que va resultar exitós.⁵¹

Les Audiències catalanes han recorregut a la tesi espiritualista del Tribunal Superior de Justícia tant en casos d'impugnació com de reclamació d'una paternitat o d'una segona maternitat, com també de determinació d'una filiació «post mortem». El primer és el resolts per la SAP Barcelona, sec. 12a, de 31.7.2018 (ECLI:ES:APB:2018:7724), que té per objecte una acció de reclamació de la paternitat interposada per la mare —a partir de l'art. 235-13 CCCat— contra el presumpte pare d'una nena de tretze anys. Dels antecedents de fet de la sentència es desprèn que l'any 2002 l'actora se sotmeté a un tractament de fecundació «in vitro» amb òvuls i esperma

49 D'acord amb la DF 4a de la Llei 10/2008, de 10 de juliol, del Llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions, a Catalunya la reforma dels art. 92.1 i 97.1 CF introduïda per la DF 3a d'aquesta llei, que permetia determinar la doble maternitat derivada de reproducció assistida, va entrar en vigor el 18 de juliol de 2008, més de mig any després que la parella del cas que ens ocupa recorregués a la tècnica que va resultar exitosa. A la resta de l'Estat, si bé el precepte que permetia la doble maternitat derivada de reproducció assistida (art. 7.3 Llei 14/2006, de 26 de maig, sobre tècniques de reproducció humana assistida) havia entrat en vigor el 17 de març de 2007, un dia després de la publicació al BOE de la Llei 3/2007, de 15 de març (DF 5a), que modifica la Llei 14/2006 en aquest punt, aquest precepte es referia exclusivament a les parelles de dones *casades*, i la parella del cas no ho estava. Cal tenir en compte que des de l'entrada en vigor de la «Llei trans» el 2 de març de 2023 aquesta realitat ha canviat, ja que la Llei reforma, entre d'altres, els art. 44.4 LRC i 120.1r CCesp que, més enllà del recurs a l'adopció, obren la possibilitat de determinació d'una segona maternitat a parelles de dones no casades. Sobta, però, que l'art. 7.3 de la Llei 14/2006 es mantingui inalterat: una anàlisi crítica a BARBER CÁRCAMO, Roncesvalles, «De la doble filiació materna a la filiació sin madre: los progenitores de la Ley Trans», *CESCO*, març 2023, pp. 1-7. Disponible a: <https://centrodeestudiosdeconsumo.com/> (últim accés: 30.4.2023).

50 SAP Lleida, sec. 2a, de 29.1.2018 (ECLI:ES:APL:2018:42).

51 Contraposo aquesta jurisprudència sobre doble maternitat amb la línia argumental seguida per la Sala 1a del TS espanyol, basada en el recurs a la possessió d'estat, a *El dret de filiació avui. Una reflexió sobre el paper de la biologia, la voluntat i els conceptes «pare» i «mare»*, Barcelona, Atelier, 2023, pp. 82-87.

de donants, acompanyada de l'home amb qui aleshores mantenia una relació estable de parella, qui en aquell moment estava casat amb una altra dona. Possiblement per aquesta circumstància la signatura de l'home no constava en cap dels documents de consentiment informat al tractament, encara que en qualitat de parella va acompanyar l'actora a totes les cites mèdiques, com també el dia del tractament. Això darrer va ser rellevant perquè en el curs del procés el facultatiu que va assistir l'actora declarés que el tractament era conseqüència d'una decisió conjunta. D'altra banda, l'home va signar el document de cessió dels embrions sobrants a tercers amb fins reproductius, va estar present el dia del naixement de la nena i en dies posteriors, i va veure amb regularitat a la menor fins que la parella es va trencar després de més de catorze anys de relació, quan la menor en tenia cinc. El Jutjat desestimà l'acció de la mare en aplicació de l'art. 97.2 CF, que exigia que el consentiment a la fecundació assistida es documentés en escriptura pública. Per contra, l'Audiència, en la línia del Ministeri Fiscal, entén que d'acord amb la DT 5a de la Llei 25/2010 és d'aplicació el Llibre segon i, en particular, l'art. 235-13.1 CCCat, per ser més favorable al fill.⁵² En conseqüència, un cop constatada l'existència d'una «voluntat procreacional» en aplicació de la jurisprudència del Tribunal Superior de Justícia, estima l'acció (FD 3-4).

Amb posterioritat la SAP Barcelona, sec. 12a, de 21.7.2020 (ECLI:ES:APB:2020:6467) recorre a la mateixa tesi espiritualista en un cas de reclamació d'una segona maternitat també fonamentada en l'art. 235-13.1 CCCat. L'Audiència confirma la sentència del Jutjat que havia estimat l'acció exercitada, respecte de dos menors, per la dona que havia conviscut en parella estable amb la mare. En el cas, tot i que no es va poder provar el consentiment escrit a la tècnica com a conseqüència de la qual van néixer els menors, sí que constava que amb anterioritat al naixement l'actora havia acompanyat la mare durant tot el procés i que, amb posterioritat, s'havia implicat en la cura dels menors, per exemple acudint a les visites al pediatre i instant el procediment registral que havia de conduir a determinar la seva maternitat legalment, el qual no va poder concloure amb èxit perquè en l'interim la parella es va trencar i la mare dels menors no consentí el procediment, en un intent més per allunyar l'actora dels menors.

La SAP Barcelona, sec. 18a, de 23.9.2020 (ECLI:ES:APB:2020:6467) es val de la mateixa tesi en un cas de fecundació «post mortem» en què es planteja

52 En el mateix sentit, vid. la citada STSJC de 7.11.2013 i la SAP que confirma, citada en nota 45.

per primer cop si és possible determinar la paternitat derivada del recurs a aquesta tècnica practicada amb el consentiment exprés del marit més enllà del termini màxim que preveu l'art. 235-8.2.c) CCCat.⁵³ Fins aleshores en els casos sobre fecundació «post mortem» que havien accedit als tribunals catalans en aplicació de la legislació anterior s'havia plantejat si cabia determinar la filiació resultant quan no existia un consentiment específic a la fecundació «post mortem» expressat pel difunt en vida (sinó només, per exemple, consentiment a la crioconservació de material genètic per raó del tractament mèdic seguit), o bé si procedia la determinació de la filiació quan, malgrat existir consentiment, aquest no s'havia expressat estrictament en la forma exigida per la llei. També en aquests casos els tribunals havien recorregut a la mateixa tesi espiritualista del Tribunal Superior sobre consentiment a la reproducció assistida.⁵⁴ El cas resolt per la citada SAP Barcelona, sec. 18a, de 23.9.2020 va un pas més enllà, en tant que es planteja si cap el recurs a la fecundació «post mortem» un cop esgotat el termini legal. L'actora exercitava una acció de reclamació de la filiació perquè es determinés la paternitat de la seva filla, nascuda el 2018, respecte del seu marit mort el 2012 com a

53 Segons aquest precepte, el procés de fecundació s'ha d'iniciar «en el termini de 270 dies a partir de la mort del marit. L'autoritat judicial pot prorrogar aquest termini per una causa justa i per un temps màxim de 90 dies.».

54 Vid., per exemple, el cas resolt per la interlocutòria AP Barcelona, sec. 18a, de 12.7.2011 (ECLI:ES:APB:2011:6090A) o els resolts per les interlocutòries JPI núm. 43 i 51 Barcelona, de 22.9.2010 i 9.2.2016 (*no consten publicades*). La interlocutòria JPI núm. 51 Barcelona de 18.11.2019 (*no consta publicada*) va un pas més enllà, en tant que eleva a la seva màxima expressió la tesi espiritualista aplicada pels tribunals catalans en matèria de filiació derivada de reproducció assistida per a permetre fer ús del material reproductor per a fecundació «post mortem» en un cas en què el material genètic va poder ser extret i crioconservat després de la mort de l'home en accident de trànsit, de manera que no constava cap tipus de consentiment en vida per tal que la dona amb qui formava una parella estable en pogués fer ús. És rellevant que en el procediment de jurisdicció voluntària ni els pares del difunt ni el Ministeri Fiscal s'oposaren a la sol·licitud. En estimar la petició el jutjat deixa clar que l'autorització té exclusivament per objecte la utilització del material genètic i no la determinació de la filiació resultant, en tant que no concorrien els requisits legals per fer-la possible. En canvi, empenen un criteri més restrictiu —més en línia amb les tesis dels tribunals espanyols— i no apliquen, incomprensiblement, dret català, les interlocutòries AP Barcelona, sec. 12, de 16.9.2004 (JUR 292813), que denegà la sol·licitud de l'actora per a poder ser inseminada amb esperma del seu difunt marit, en tant que no concorrien els requisits que imposava l'art. 9.2 de la Llei 35/1988, sobre tècniques de reproducció assistida (FD 3 i 4), i de 17.5.2011 (ECLI:ES:APB:2011:2480A), en què només constava l'autorització de l'home a la crioconservació del seu esperma per raó de la leucèmia que patia. En aquest darrer cas l'AP denega la sol·licitud a partir d'una interpretació literal de l'art. 9.2 Llei 14/2006 (FD 2). Analitzo amb més detall aquests i altres casos a *El dret de filiació avui...*, pp. 50-65.

conseqüència d'una malaltia que li va ser diagnosticada pocs mesos abans i en el transcurs de la qual el marit va autoritzar la crioconservació del seu esperma amb finalitats «post mortem». El 2015 el centre de fertilitat es va negar a practicar la tècnica a l'actora atès el transcurs del termini legal. En contra del criteri del Jutjat, l'Audiència entén que l'incompliment dels requisits legals per accedir a la fecundació «post mortem» no impedeix l'exercici de l'acció de reclamació de la paternitat quan no hi ha dubte que l'home la filiació del qual es reclama és el pare biològic, en tant que «El fonament de les accions de reclamació de la filiació és precisament la veritat biològica (art. 235-28, 2 in fine CCCat)» (FD 1). En la decisió és segurament molt rellevant el fet que els pares del difunt van donar suport a la pretensió de l'actora, així com l'informe favorable del Ministeri Fiscal. En la meua opinió, la sentència planteja dues qüestions essencials: en primer lloc, la de si per a determinar o impugnar una filiació derivada de reproducció assistida s'ha de poder recórrer a les accions de filiació, pròpies de la filiació per naturalesa, o bé únicament a les normes especials en matèria de filiació derivada de reproducció assistida, el que reobre el debat sobre la necessitat de reformar la filiació i apostar per normes pròpies en cada àmbit;⁵⁵ i, en segon lloc, la de quin és l'abast real dels art. 235-8.2 i 235-13.2 CCCat si en la pràctica els tribunals en flexibilitzen el contingut cada cop més i, més enllà dels requisits formals del consentiment, aquesta flexibilització permet fins i tot prescindir dels terminis màxims que fixa la legislació en matèria de fecundació «post mortem».

Finalment, la SAP Barcelona, sec. 18a, de 12.5.2021 (ECLI:ES:APB:2021:5144) resol un cas atípic de comaternitat derivada de reproducció assistida, atès que no tenia per objecte una acció de reclamació de maternitat per part de la mare no gestant, sinó d'impugnació per part de la mare gestant respecte de la no gestant, qui havia consentit prèviament a la tècnica com a conseqüència de la qual el 2018 van néixer bessons que van ser inscrits com a fills de les dues dones.⁵⁶ Sorpren que, en contestar la demanda, la mare no gestant s'alineà amb la gestant i afirmà que va prestar el consentiment a la reproducció assistida amb error, no amb la intenció de ser mare, sinó perquè al centre li van afirmar que el seu consentiment era preceptiu, amb la qual cosa pretenia

55 S'ho planteja, en relació a la reforma que comporta la «Llei trans» en les regles de filiació del CCesp, BARBER CÁRCAMO, «De la doble filiació materna...», *CESCO*, 2023, p. 6. Vid. també el meu treball *El dret de filiació avui...*, p. 81.

56 Fora de Catalunya, també resol una acció d'impugnació d'una segona maternitat exercitada per la mare gestant respecte de la no gestant, la SAP Illes Balears, sec. 4a, de 31.3.2014 (ECLI:ES:APIB:2014:758).

impugnar la maternitat *ex art. 235-27.3 CCCat*. El Jutjat desestimà l'acció, en interès dels menors,⁵⁷ i l'Audiència confirma la sentència tot fent referència al principi de bona fe i la prohibició d'anar contra els actes propis (art. 111-7 i 111-8 CCCat), en tant que «No hi havia inicialment cap problema per portar a terme l'embaràs i el part en solitari, amb les úniques dades d'identitat de la Sra. Noelia i, no obstant, va figurar en tot el procés la Sra. Ofelia, per molt que ara se'n desdigui, va assumir una maternitat que, en benefici dels menors, ha de ser mantinguda mentre no concorri causa suficient per a impugnar-la.» (FD 1). L'Audiència també té en compte que les dues dones i els menors van estar donades d'alta al padró com a membres de la mateixa unitat familiar i que, si com al·legava la demandada en la contestació, el consentiment es va prestar per error, la legitimitació per a la seva impugnació *ex art. 235-27* li corresponia a ella, per ser qui el va prestar. L'Audiència no entra a analitzar la manca de vincle afectiu entre la demandada i els menors al·legada per l'actora: «Hi hagi o no vincle emocional entre Àngel Daniel i Tomasa i la Sra. Ofelia, la seva maternitat s'ha establert seguint les regles legals. No hi ha causa suficient d'impugnació de la filiació, ni d'impugnació de la filiació contradictòria. L'interès superior dels menors passa, sense perjudici de que la seva mare B no exerceixi si és el cas les seves funcions, per mantenir respecte a ella els vincles que garanteixen el seu dret d'aliments i els seus eventuais drets hereditaris.» (FD 5).

7.2. Efectes, en l'Estat d'origen del progenitor o progenitors d'intenció, de la filiació resultant d'un acord de gestació per substitució realitzat a l'estranger

Des de l'entrada en vigor del Llibre segon diversos tribunals catalans s'han hagut d'ocupar dels efectes que ha de tenir a Espanya la filiació resultant d'un acord de gestació per substitució realitzat a l'estranger. Els casos que es presenten en aquest apartat són els que s'han judicialitzat, atès que la inscripció de la filiació s'ha vist prèviament denegada en seu registral.

Des de l'auge de l'accés a gestació per substitució transfronterera per part de ciutadans espanyols, en especial a partir de la Instrucció de la Direcció

57 Crida l'atenció que el Jutjat cita indistintament com a fonament els art. 8 Llei 14/2006 i 235-3 i 235-13 CCCat.

General dels Registres i del Notariat de 5.10.2010 (BOE núm. 243, de 7 d'octubre), les autoritats registrals i judicials nacionals, en la mateixa línia que les d'altres països, s'han hagut d'enfrontar a la qüestió de l'eficàcia *ex post* d'aquests acords, per tal de donar cobertura legal a una realitat fàctica en la qual existeix un menor l'interès del qual és prevalent. Des de 2014, arrel dels afers *Mennesson* i *Labassee c. França*,⁵⁸ en què s'establí que la manca de reconeixement per l'Estat francès de la relació de filiació entre unes menors i els seus progenitors d'intenció (en ambdós casos, el pare biològic i la seva esposa) era contrària al dret de les primeres al respecte per la seva vida privada reconeguda en l'art. 8 del Conveni Europeu de Drets Humans, la jurisprudència del Tribunal Europeu de Drets Humans ha jugat un paper decisiu en aquest sentit.⁵⁹ A partir de l'afer *Mennesson*, la *Cour de Cassation* francesa plantejà a la Gran Sala quina havia de ser la forma de reconèixer, en el dret intern, la relació entre un menor i la mare d'intenció sense vincle genètic amb aquest però que n'era la mare legal d'acord amb la legislació estrangera. La Gran Sala emeté una Opinió Consultiva de 10.4.2019, segons la qual allò rellevant en aquests casos és que existeixi alguna forma de reconeixement de la filiació en el dret intern, atès que el dret del menor a la seva vida privada i familiar no requereix que aquest reconeixement adopti una forma específica. Atès que l'art. 8 CEDH no imposa una obligació general als estats de reconèixer *ab initio* la filiació entre el menor i la mare d'intenció (FD 52), s'entén que més enllà de la possibilitat de reconeixement del document emès per les autoritats estrangeres declarant la filiació a favor de la mare d'intenció els estats tenen cert marge d'apreciació per a confiar en altres mitjans, com la possessió d'estat o l'adopció, sempre que la relació legal entre el menor i la mare d'intenció es pugui establir dintre d'un termini raonable, per tal d'evitar així una situació d'incertesa jurídica en el menor (FD 53-55).

Atès que a Espanya els acords de gestació per substitució se sancionen amb la nul·litat de ple dret, en els termes de l'art. 10.1 de la Llei 14/2006, de 26 de maig, sobre tècniques de reproducció humana assistida, dues són les principals vies utilitzades per les autoritats per «recomposar» aquestes situacions pel que fa a la filiació resultant: d'una banda, el reconeixement de la resolució judicial estrangera que estableix la filiació a favor del o dels

58 Núm. 65192/11 i 65941/11, ambdós decidits per sentència de 26.6.2014.

59 Una anàlisi recent d'aquesta jurisprudència en el meu treball «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la relevancia del vínculo genético: una revisión de la jurisprudencia sobre gestación por sustitución transfronteriza», *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 56, 2022, pp. 29-54.

progenitors d'intenció;⁶⁰ i, de l'altra, quan aquesta resolució no existeix o no compleix els requisits per ser reconeguda, la determinació de la filiació respecte del pare biològic, en els termes que permet l'art. 10.3 de la Llei 14/2006, seguida de l'adopció per part del seu cònjuge o parella, com a Catalunya preveu l'art. 235-32.1.a) CCCat. En els últims anys algun tribunal hi ha sumat la via fàctica —com veurem, molt qüestionada— de la possessió d'estat. Des de l'entrada en vigor del Llibre segon s'han localitzat una desena de resolucions d'Audiències en aquest sentit, que analitzo en funció de la via a partir de la qual s'ha intentat la «recomposició», pel que fa a la filiació, de la situació creada a l'estranger, i del recorregut que ha tingut la pretensió davant dels tribunals catalans.

En un parell de casos la via per a l'establiment de la filiació derivada del recurs a gestació per substitució transfronterera ha estat el reconeixement de la resolució judicial estrangera que declara la filiació resultant a favor dels progenitors d'intenció, en aplicació de la citada Instrucció de la DGRN de 5.10.2010. Així succeeix en les interlocutòries AP Barcelona, sec. 12a, de 18.12.2019 (ECLI:ES:APB:2019:10320A), i sec. 18a, de 17.3.2021 (ECLI:ES:APB:2021:2015A). En el primer cas, l'actor sol·licitava el reconeixement d'una resolució judicial estrangera que determinava la filiació resultant d'un acord de gestació per substitució (*no consta més informació*). El Jutjat inadmeté la demanda al·legant que l'acord en qüestió era nul de ple dret (art. 10.2 Llei 14/2006), decisió que l'Audiència revoca demanant l'admissió de la demanda i la tramitació del procediment en la forma prevista legalment, ja que la nul·litat de ple dret de l'acord de gestació per substitució no pot comportar la inadmissió de la sol·licitud de reconeixement de la resolució estrangera. A aquests efectes, l'Audiència invoca l'art. 46 de la Llei

60 Al respecte, la citada Instrucció de la DGRN de 5.10.2010, exigeix que es controli la regularitat i autenticitat formal de la resolució judicial estrangera; que la competència judicial internacional del tribunal d'origen estigui basada en criteris equivalents als contemplats en la legislació espanyola; que s'hagin garantit els drets processals de les parts, en particular, de la mare gestant; que no s'hagi produït una vulneració de l'interès superior del menor i dels drets de la mare gestant; i que la resolució judicial sigui ferma i els consentiments prestats irrevocables (en cas d'estar subjectes a un termini de revocabilitat d'acord amb la legislació estrangera aplicable, s'exigeix que aquest hagi transcorregut sense que qui tingués reconeguda la facultat de revocar l'hagi exercitada). Aquesta Instrucció es va deixar sense efecte per la del mateix òrgan de 14.2.2019, que no es va arribar a publicar al BOE i que al seu torn es va deixar sense efecte quatre dies després per la 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), amb la qual cosa es manté la vigència de la de 2010.

29/2015, de 30 de juliol, de cooperació jurídica internacional en matèria civil, que estableix que no han de ser reconegudes les resolucions contràries a l'ordre públic, de manera que perquè pugui fer-se un judici d'ordre públic i garantir la tutela judicial efectiva cal que la sol·licitud sigui admesa.⁶¹ En el segon cas se sol·licitava el reconeixement d'una sentència colombiana que declarava la paternitat de l'actor a favor d'una menor concebuda per gestació per substitució, declarant alhora que la gestant no n'era la mare. Si bé el Jutjat s'havia oposat al reconeixement en considerar que contravenia l'ordre públic espanyol, l'Audiència permet a l'actor dirigir-se al Registre Civil i instar la inscripció de la seva paternitat a Espanya.

Dels cinc casos en què la determinació de la filiació s'ha intentat a partir de la via de l'adopció,⁶² aquesta només ha fracassat en el resultat per la interlocutòria AP Barcelona, sec. 18a, de 16.10.2018 (ECLI:ES:APB:2018:6494A), en tant que no es complien els requisits de l'art. 235-32.1.a) CCCat perquè l'home que vivia en parella estable amb el pare biològic pogués adoptar els fills d'aquest, gestats a Tailàndia, en tant que la mare gestant no va ser part en el procediment ni hi va comparèixer per tal d'assentir a l'adopció un cop transcorregudes sis setmanes des del part, com exigeix l'art. 235-41.2 CCCat (FD 5.2). Per contra, la pretensió ha acabat prosperant en els casos resolts per diverses interlocutòries AP Barcelona, sec. 18a, com la d'11.2.2020 (ECLI:ES:APB:2020:1175A), que en contra del criteri del Jutjat decreta l'adopció, per part del marit del pare biològic, respecte de dues menors gestades a Mèxic, un cop acreditat l'assentiment

61 «Causas de denegación del reconocimiento. 1. Las resoluciones judiciales extranjeras firmes no se reconocerán: a) Cuando fueran contrarias al orden público. (...)».

62 Un recull dels casos resolts en aquesta línia pels tribunals espanyols a QUICIOS MOLINA, Susana, «La respuesta de los ordenamientos jurídicos, que prohíben la gestación por sustitución, a las demandas de inscripción de los hijos de nacionales nacidos en el extranjero. El caso español», a GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria (ed. lit.), *Filiación, gestación por sustitución, responsabilidad parental e interés superior de la niñez: perspectivas de derecho comparado*, MÉXICO, UNAM, 2021, pp. 175-208, a pp. 202-205; i MÚRTULA LAFUENTE, Virginia, «La determinación de la filiació 'contra legem' del nacido en el extranjero por gestación por sustitución: otra forma de tener hijos atendiendo a la voluntad procreacional, la posesión de estado y el interés superior del menor», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 16 bis, 2022, pp. 3424-3465, a pp. 3447-3449. Vid. també el meu treball «La gestación por sustitución de nuevo ante el Tribunal Supremo: la STS, 1ª (Pleno), de 31 de marzo de 2022, como ejemplo de la encrucijada actual», *Anuario de Derecho Civil*, fasc. 3, 2022, pp. 1281-1314, a pp. 1296-1301.

del marit i de la mare gestant, qui el va confirmar per videoconferència,⁶³ la de 28.9.2020 (ECLI:ES:APB:2020:7928A), que no aprecia impediment per tal de donar curs a l'adopció sol·licitada per l'actora respecte de dues nenes (*no consten més dades*); la de 26.7.2021 (ECLI:ES:APB:2021:7631A), que accedeix a l'adopció sol·licitada per l'esposa del pare biològic, un cop prestat l'assentiment per la mare gestant davant de l'autoritat judicial; i la d'1.3.2022 (ECLI:ES:APB:2022:2476A), referida a una menor nascuda a Ucraïna el 2018 que pretenia ser adoptada a Espanya per l'esposa del pare biològic. El Jutjat denegà la constitució de l'adopció, tot considerant que la renúncia de la mare biològica contravenia l'art. 235-41.2 CCCat, que requereix que aquesta assenti a l'adopció *davant l'autoritat judicial* un cop transcorregudes com a mínim sis setmanes del part. Segons el Jutjat, tant la declaració notarial de la mare biològica consentint a que s'inscrigués com a pare a l'espòs i a que la menor sortís d'Ucraïna per a residir a Espanya, com la declaració de la mare biològica davant l'Ambaixada espanyola assentint a l'adopció per l'esposa eren declaracions invàlides, en tant que no s'havien portat a terme davant de l'autoritat judicial. L'Audiència, amb informe favorable a l'adopció per part del Ministeri Fiscal, adopta un criteri més flexible, segurament en interès del menor, i accepta l'assentiment obtingut mitjançant comissió rogatòria, sense que la mare biològica comparegui davant l'autoritat judicial però ho faci davant de l'autoritat notarial en forma admesa pel tribunal ucraïnès.

Només una de les resolucions analitzades ha permès que en un cas d'aquest grup, un cop descartades les vies del reconeixement de la resolució judicial estrangera i de l'adopció, la filiació s'acabi determinant per possessió d'estat. No obstant, es tracta d'una via polèmica —en especial a Catalunya, on la possessió d'estat és una figura desconeguda— que el Ple de la Sala 1a del TS, en sentència de 31.3.2022 (ECLI:ES:TS:2022:1153), ha rebutjat expressament per determinar una filiació resultant d'un acord de gestació

63 El citat art. 235-41.2 només requereix que la mare biològica presti l'assentiment transcorregudes sis setmanes des del part, sense cap referència a la forma de prestació d'aquest assentiment ni a l'autoritat davant de la qual s'ha de prestar. En la pràctica, s'admet que es presti per videoconferència, en tant que allò essencial és que es ratifiqui davant de l'autoritat judicial espanyola: *vid.* PEREDA GÁMEZ, Francisco Javier, «Maternidad subrogada: nuevas reflexiones desde la práctica judicial», 2022, pp. 1-39, a p. 19 (document inèdit, facilitat amb motiu de la participació al curs *La filiación y la gestación subrogada*, organitzat pel CGPJ entre el 27 d'abril i el 5 de maig de 2022).

per substitució realitzat a l'estranger.⁶⁴ La SAP Barcelona, sec. 12a, de 6.4.2021 (ECLI:ES:APB:2021:4280) resol una pretensió de reconeixement de la paternitat matrimonial «per possessió d'estat» (*no consta fonament jurídic*) interposada pel pare biològic contra el seu marit. Resulta dels fets que el pare biològic no havia pogut inscriure la seva paternitat a Espanya per reconeixement de sentència canadencan perquè no tenia la nacionalitat espanyola,⁶⁵ el que se sumava al fet que l'adopció no es podia portar a terme dins d'un «temps raonable» (FD 4). Tenint en compte que el menor es trobava plenament integrat a la família, amb la qual residia a Catalunya des de gener de 2017 (FD 5), i que «La restitució del nen al Canadà resulta inviable en tant que la mare gestant no el va reconèixer com a fill propi d'acord amb la seva legislació nacional» (FD 3), l'Audiència resol en contra del criteri del Jutjat i estima la demanda.⁶⁶

64 La STS, 1a, de 16.5.2023 (ECLI:ES:TS:2023:1958) també s'ha mostrat contrària a determinar la paternitat resultant del recurs a gestació subrogada a l'estranger per possessió d'estat, en un cas més complex en què l'actor exercitava una doble acció de reclamació de paternitat *ex art.* 131 CCesp per ser considerat pare dels bessons que el seu aleshores company va tenir d'aquesta forma, alhora que reclamava que aquest fos considerat pare dels bessons que el propi actor havia tingut set mesos després a partir del recurs a la mateixa pràctica. El Tribunal confirma la decisió de l'Audiència i té en compte que durant la relació els dos homes, podent-ho fer, no van realitzar cap actuació perquè tots quatre menors tinguessin la doble filiació paterna: «El vínculo socio afectivo de los niños entre sí y con quien fue pareja de su respectivo padre no es por sí título para el establecimiento de un vínculo legal de filiación. Para este tipo de supuestos el ordenamiento establece el cauce de la adopción, que no se ha querido seguir.» (FD 6.5). Això no impedeix que el Tribunal avali l'ampli règim de relacions personals entre els quatre menors i cadascun dels dos homes establert pel Jutjat i confirmat per l'Audiència, tal com l'actor sol·licitava amb caràcter subsidiari. Ara bé, partint d'un altre supòsit de fet, han acabat determinant la filiació, basades en la possessió d'estat, a favor de la mare d'intenció que accedí a gestació per substitució en solitari i sense aportar el seu material genètic, les SAP Madrid, sec. 22a, d'1.12.2020 (ECLI:ES:APM:2020:14547), cassada per la citada STS, 1a (Ple) de 31.3.2022, i Illes Balears, sec. 4a, de 27.4.2021 (ECLI:ES:APIB:2021:660), ambdues objecte d'anàlisi en el meu comentari a la citada STS de 31.3.2022: «La gestación por sustitución...», pp. 1291-1296.

65 Sorprès per aquesta afirmació, atès que quan tant l'adoptant com l'adoptand tenen la residència habitual a Espanya no suposa un obstacle a l'inici d'un expedient d'adopció el fet que el naixement de l'adoptand no s'hagi practicat en el Registre Civil espanyol, FONT I SEGURA, Albert, «Filiación», a FONT I SEGURA, Albert; ARENAS GARCÍA, Rafael, «Crónica de Derecho interterritorial», *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XXII, 2022, pp. 730-732.

66 A més del que s'apunta en nota anterior, la fonamentació jurídica de la sentència resulta qüestionable perquè determina la filiació d'acord amb els art. 235-5 i 235-13 CCCat, referits respectivament a la presumpció de paternitat matrimonial i a la determinació de la filiació resultant de reproducció assistida i, per tant, no aplicables al supòsit discutit.

8. Filiació adoptiva

Més enllà dels casos en què la filiació resultant d'un acord de gestació per substitució transfronterera s'ha determinat per la via de l'adopció, un cop el menor ja es troba a Catalunya amb els seus progenitors o progenitor d'intenció, la filiació adoptiva com a tal només ha estat objecte de discussió per part dels tribunals catalans en un dels casos estudiats, el que dona lloc a la STSJC núm. 54 de 26.9.2012 (ECLI:ES:TSJCAT:2012:9226). El cas té origen en la tensió entre una decisió de les autoritats de Bolívia, que només permetien que una senyora de 49 anys i el seu marit de 45 adoptessin un menor bolivià de més de tres anys, i la resolució de l'ICAA que considerava que els cònjuges en qüestió no eren idonis per adoptar un menor dins d'aquesta franja d'edat. En la seva resolució l'ICAA tingué en compte les dificultats dels cònjuges per adaptar-se a un menor de més de tres anys, en especial atesa la baixa empatia de la dona per a implicar-se en els problemes aliens i per establir vincles afectius segurs. En tant que la resolució entrava en conflicte amb la de les autoritats bolivianes, l'ICAA denegà als cònjuges la sol·licitud d'adopció i el seu recurs va ser desestimat per l'Audiència. En cassació els recurrents argumentaren que si d'acord amb la resolució de l'ICAA podien adoptar un menor de menys de tres anys, amb més raó havien de poder adoptar-ne un de major però el Tribunal Superior de Justícia de Catalunya considerà, confirmant el criteri de l'Audiència, que el contingut dels dictàmens no era arbitrari, sinó conforme a l'art. 10 de la Llei estatal 54/2007, de 28 de desembre, d'adopció internacional, sobre idoneïtat dels adoptants, el qual prioritza les necessitats dels menors a adoptar. En el seu raonament el Tribunal destaca que el concepte d'idoneïtat és dinàmic i relacional, de manera que poden existir famílies que estiguin preparades per adoptar un menor però que siguin inadequades en relació amb un altre (FD 3). El Tribunal també té en compte l'art. 235-45.2.f) CCCat que, en relació amb l'adopció internacional i per tal de garantir el ple respecte als drets dels menors, estableix que l'entitat pública competent ha de determinar el perfil del menor en concordança amb el de la persona o la família adoptant. Finalment, afegix que el fet que l'art. 88.3 del Decret 2/1997, de 7 de gener, pel qual s'aprova el Reglament de protecció dels menors desemparats i de l'adopció, estableixi que per a la declaració d'idoneïtat s'han de tenir en compte, a més de les circumstàncies dels sol·licitants, els requisits i les circumstàncies que concorrin en el país al qual es formularà la petició d'adopció, no comporta —en contra del criteri dels recurrents— que s'hagin de deixar sense efecte els requisits exigits per la legislació espanyola.

9. Un apunt final sobre el paper del defensor judicial en els plets de filiació

L'última qüestió que vull posar sobre la taula és la de si els drets dels menors la filiació dels quals es discuteix es troben adequadament protegits en aquest tipus de plets, en especial atès el seu potencial per al conflicte d'interès entre el progenitor que és el representant del menor i l'adult la filiació del qual està en joc, o bé entre el progenitor que és el representant legal del menor i el propi menor. La qüestió de si els menors en aquestes situacions haurien de tenir dret a representació especial és, sense cap dubte, un dels temes emergents del dret de família actual.⁶⁷ Una revisió de la jurisprudència recent del Tribunal Europeu de Drets Humans permet constatar que la qüestió aflora molt sovint en casos de protecció de menors —i, en particular, d'adopcions no consentides pels progenitors biològics—⁶⁸ però també en els que es discuteixen els efectes de la ruptura familiar, com ara la guarda i relacions personals amb els menors.⁶⁹

67 Per tots, SCHRAMA, Wendy; FREEMAN, Marilyn; TAYLOR, Nicola; BRUNING, Marielle (ed.), *International Handbook on Child Participation in Family Law*, Cambridge, Intersentia, 2021; PARÉ, Mona; BRUNING, Mariëlle; MOREAU, Thierry; SIFFREIN-BLANC, Caroline (ed.), *Children's Access to Justice: A Critical Assessment*, Cambridge, Intersentia, 2022; MOL, Charlotte, *The Child's Right to Participate in Family Law Proceedings. Represented, Heard or Silenced?*, Cambridge, Intersentia, 2022.

68 En el cas *Strand Lobben i altres c. Noruega*, decidit el 10.9.2019 (ECLI:CE:ECHR:2019:0910JUD003728313), la Gran Sala considerà que les autoritats noruegues havien violat el dret a la vida familiar d'una mare biològica (primera recurrent) i el seu fill (segon recurrent) en decretar l'adopció d'aquest darrer, que tenia deu anys en el moment dels procediments, sense garanties processals suficients. La sentència compta amb un vot particular conjunt dels magistrats Koskelo i Nordén sobre la representació legal del menor: «Si els drets i l'interès superior del menor s'han de prendre seriosament, el menor necessita representació independent per una persona que no estigui implicada en el conflicte de fons i que sigui capaç d'assumir la perspectiva del menor en el conflicte.» (§7) (traducció pròpia a partir de la versió original en anglès).

69 Vid., per exemple, *A.M. i altres c. Rússia*, decidit per la Sala 3a el 6.7.2021 (ECLI:CE:ECHR:2021:0706JUD004722019), que té origen en la privació de drets parentals i relacions personals entre un progenitor, A.M., i els seus dos fills menors després que el primer portés a terme un procés de transició de gènere. El TEDH condemna Rússia per haver violat els drets d'A.M. a la seva vida familiar i a la prohibició de discriminació, però inadmet el recurs pel que fa als menors, en tant que entén que en els conflictes entre progenitors el que té la guarda dels menors és l'encarregat de salvaguardar-ne l'interès superior. En aquestes situacions, raona el Tribunal, la posició com a progenitor natural no

En dret català, per primer cop l'estableix que «En les accions de filiació, el lletrat de l'Administració de justícia pot nomenar un defensor judicial si el fill ha d'intervenir per mitjà d'un representant legal i ho justifica el seu interès.». Malgrat el marge per al conflicte d'interès que hi ha en aquest tipus de plets, de l'anàlisi jurisprudencial es desprèn que els casos en què aquest ha estat nomenat o s'ha plantejat l'oportunitat de nomenar-lo són certament excepcional. Això s'ha de relacionar amb la constatació segons la qual en la pràctica judicial, i molt en particular en els procediments de família, no és freqüent el recurs a aquesta figura, per molt que és aconsellable en situacions de ruptura especialment traumàtiques, on s'acostumen a donar situacions de conflicte d'interès que també són molt comuns en els plets de filiació.

L'oportunitat de nomenament de defensor judicial es discuteix en la STSJC núm. 42 de 10.5.2018, que té origen en una acció de reclamació de la filiació interposada amb èxit pel pare biològic, en què la mare recorregué, també amb èxit, contra la modificació dels cognoms del menor.⁷⁰ De la sentència resulta que el pare, en interposar l'acció, sol·licità nomenament de defensor judicial, que va ser designat pel Jutjat. En oposar-se al recurs interposat per la mare, el pare al·legà que la inacció del defensor judicial vers el canvi de cognom no permetia accedir a la sol·licitud de la mare recurrent. El Tribunal Superior entén que l'al·legació del pare no té cap fonament, en tant que l'art. 224-1, que regula la figura del defensor judicial en seu d'institucions de protecció de la persona, en relació amb l'art. 236-18.2.c) CCCat, que exclou de la representació legal dels fills els actes en què hi hagi conflicte d'interessos, disposa que l'autoritat judicial ha de nomenar defensor judicial al menor si existeix conflicte d'interès amb els progenitors que ostentin la potestat parental però en les accions de filiació només si «ho justifica el seu interès» (art. 235-16.3 CCCat), cosa que no priva els progenitors de la possibilitat d'invocar i representar l'interès del menor, al marge de la postura processal del defensor judicial (FD 2.1). En última instància, el Tribunal té en compte que també havia intervingut en el procediment el Ministeri Fiscal, amb un

és suficient per presentar un recurs en representació d'un menor (§42-44). El vot concurrent conjunt dels magistrats Ravarani i Elósegui, com també el concurrent formulat només per aquesta última, denuncien precisament el problema general de representació legal que afecta sobretot els menors en procediments en què els dos progenitors estan enfrontats, en tant que per molt que un d'ells en tingui atribuïda la guarda no hi ha acord sobre què és l'interès superior dels menors en el cas concret.

70 Vid. apt. 3.

informe segons el qual en no haver-se acreditat cap benefici per al menor derivat del canvi de cognom, no s'havia d'autoritzar el canvi.

En el complex cas que dona lloc a la STSJC núm. 11 de 10.2.2021 la manca de nomenament de defensor judicial explica que l'alt Tribunal declari la nul·litat de les actuacions i la seva retroacció.⁷¹ Recordem que en el cas l'actora, qui es va traslladar a Barcelona després que li fos delegada la potestat parental d'un menor nascut a l'Argentina, exercí una acció per impugnar-ne la paternitat respecte del seu germà, qui havia reconegut el menor com a fill en néixer, quan la mare biològica va renunciar a la guarda. En tant que el menor no va ser demandat ni comparegué al procediment per mitjà de cap dels seus representants legals,⁷² i que el Ministeri Fiscal no n'assumí la representació i defensa, el Tribunal Superior de Justícia entén necessari el nomenament de defensor judicial, atès que «es tracta de suprimir una filiació legalment determinada en el seu moment en circumstàncies singulars» (FD 5.7), amb la qual cosa declara la nul·litat d'actuacions i la seva reposició al moment d'audiència prèvia. La SAP Barcelona, sec. 12a, de 13.5.2015 (ECLI:ES:APB: 2015:5057) arriba a la mateixa conclusió en un cas en què la situació de conflicte d'interès resultava de l'exercici, per part del pare, d'una acció d'impugnació de la paternitat no matrimonial amb oposició de la mare, qui considerava que l'actor sabia des de l'embaràs que no era el pare biològic i, per tant, al·legava la caducitat de l'acció. A diferència del que resulta de les dues sentències del Tribunal Superior, aquí l'Audiència destaca que la funció del Ministeri Fiscal no pot suplir la del defensor judicial, en tant que els seus rols són diferents. Aquesta línia argumental també s'observa en les sentències de la mateixa Audiència i secció de 10.4.2015 (ECLI:ES:APB:2015:3622) i 26.5.2015 (ECLI:ES:APB:2015:5205), que arriben a conclusions molt similars. Ambdues tenen origen en una acció de reclamació de paternitat no matrimonial interposada pel pare contra la mare d'una menor (de cinc anys, en el primer cas, i recent nascuda en el segon). En ambdós casos el Jutjat estimà la demanda, per la qual cosa la mare recorregué al·legant, entre d'altres extrems, manca de litisconsorci passiu necessari, en no haver estat demandada la filla, en contra del que disposa l'art. 235-16.1 CCCat. En ambdós casos l'Audiència entén que procedia el nomenament de defensor judicial en els termes de l'art. 236-20 CCCat, atesa la possibilitat de contraposició d'interessos entre la menor i

71 Vid. apt. 5.

72 En contra del que estableixen els art. 12.2 i 766 LEC, com també l'art. 235-16.1 CCCat.

la mare. En el cas que dona origen a la SAP Barcelona, sec. 12a, d'1.7.2015 (ECLI:ES:APB:2015:8035) l'Audiència es limita a recriminar al Jutjat que no nomenés defensor judicial, en tant que l'actor reclamà la paternitat sense impugnar la prèviament determinada. El nomenament de defensor judicial hagués pogut estalviar sotmetre al menor a una prova biològica que va resultar inútil, en tant que el Jutjat va determinar la filiació reclamada erròniament (FD 4 *in fine*). Només en el cas resolt per la SAP Tarragona, sec. 1a, de 5.10.2022 (ECLI:ES:APT:2022:1901), que té origen en una acció exitosa de reclamació de paternitat no matrimonial exercitada pel pare biològic, la manca de nomenament de defensor judicial es considera justificada. Un dels motius del recurs de la mare, al qual s'oposava el ministeri fiscal, sol·licitava que es declarés la nul·litat de les actuacions processals per existir un conflicte d'interessos entre ella i la menor. L'Audiència desestima el recurs desatén el motiu, en no apreciar un conflicte objectiu d'interessos entre la menor i la seva mare i representant, més enllà de la negativa injustificada d'aquesta a la pràctica de la prova biològica a la menor. L'Audiència entén, a més, que els interessos de la menor van ser defensats adequadament pel ministeri fiscal i per la mare com a representant. El cas resolt per la SAP Barcelona, sec. 12a, de 10.2.2016 (ECLI:ES:APB:2016:3779) és, en canvi, un cas atípic, en tant que segurament el fet que s'hagués nomenat un defensor judicial a favor del menor explica que el Jutjat que va estimar l'acció de reclamació de la paternitat no matrimonial exercitada pel pare biològic, amb oposició de la mare que es negà injustificadament a la pràctica de prova biològica al menor, ordenés mantenir com a primer el cognom d'aquesta, tot i que no consten ni es dedueixen dels fets l'edat ni les circumstàncies del menor.

10. Conclusions: el dret de filiació d'avui i el dret de filiació que vindrà

L'estudi de les resolucions del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya i de les Audiències portat a terme, que fa balanç de l'aplicació de les regles de filiació del Llibre segon més de dotze anys després de la seva entrada en vigor, permet identificar diversos temes centrals del dret de filiació contemporani i orientar futures reformes legislatives, tal com va succeir amb la jurisprudència sobre filiació dictada en aplicació del Codi de Família. La flexibilització, sempre justificada per les circumstàncies concretes del cas, del principi tradicional «reconèixer abans de reclamar» és un d'aquests temes. També ho és, com a mínim fins l'entrada en vigor de l'art. 49.2 LRC, l'any 2017, l'impacte que ha

de tenir la determinació d'una paternitat sobrevinguda en el primer cognom que venia ostentant el fill o filla, així com la fixació del *dies a quo* per a l'exercici d'una acció d'impugnació, bé des del moment de les meres sospites, bé des del coneixement cert sobre la no paternitat. En aquest darrer supòsit, l'atenció a les circumstàncies concretes del cas pretén conciliar seguretat jurídica i interès del menor, evitant interpretacions que deixen l'exercici d'una acció d'impugnació a la plena discreció de l'actora, com també interpretacions que buiden de contingut el doble *dies a quo* (naixement o descobriment de les proves) que estableixen les regles sobre impugnació de la filiació.

Des de l'entrada en vigor del Llibre segon els tribunals catalans també han contribuït a esclarir les diferències entre reconeixement de complaença i reconeixement fet en frau de llei o de conveniència. Atesa la novetat que representa l'art. 235-27.4 CCCat respecte de la normativa anterior, aquesta delimitació —que té conseqüències rellevants pel que fa a la possibilitat d'impugnar el reconeixement i/o la filiació que en deriva— ha esdevingut bàsica, per molt que el Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, en absència de jurisprudència pròpia sobre la qüestió, s'hagi recolzat inicialment en la de la Sala 1a del Tribunal Suprem. En un context social marcat per les ruptures, en ocasions successives, i la recomposició familiar la possibilitat d'impugnar la filiació resultant d'un reconeixement de complaença esdevindrà cada cop més habitual, per la qual cosa és positiu que els tribunals, i en particular el Tribunal Superior, hagin clarificat el règim de les accions d'impugnació del reconeixement de la filiació.

Tot i que els efectes de la negativa a la pràctica de la prova biològica es preveuen des de l'any 2000 en la legislació processal, que recull la doctrina d'una jurisprudència consolidada, crida l'atenció l'elevat número de plets de filiació en què encara avui es dona aquesta negativa, ja sigui per la mare i representant legal del menor la paternitat del qual es reclama, ja per l'home a qui es reclama la paternitat, ja pels seus hereus. Segurament aquest fenomen té una explicació més antropològica que jurídica que va més enllà de l'àmbit d'aquest treball. En algun cas, certament excepcional, la negativa injustificada no s'ha tingut en compte per a determinar la paternitat que es reclama, sinó per a impugnar-ne una de ja determinada. Es tracta, però, d'una possibilitat que no s'infereix ni de la legislació processal ni de la normativa catalana en matèria de filiació.

En aquests anys, la tesi espiritualista del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, favorable a una interpretació flexible dels requisits formals per a la prestació del consentiment a la filiació derivada de reproducció assistida, ha tingut una bona acollida en les Audiències catalanes. Aquesta

tesi, que atorga preeminència a la «voluntat procreacional» i considera que només excepcionalment el requisit de forma ho és amb caràcter constitutiu i condiona la validesa de l'acte, s'ha aplicat tant a casos en què es pretén la impugnació d'una filiació ja determinada, com a aquells en què es pretén la reclamació d'una filiació no determinada, ja es tracti d'una paternitat o d'una segona maternitat. En tant que aquests casos resolen accions articulades a partir de normes específiques de la filiació derivada de reproducció assistida (art. 235-8 i 235-13 CCCat) es pot qüestionar quina és la via correcta per a l'exercici d'aquestes accions, el que reobre el debat sobre la necessitat d'una reforma. En el context de la filiació derivada de reproducció assistida en els últims anys, en línia amb el que succeeix en molts d'altres ordenaments, també han anat guanyant terreny els casos en què es planteja quins efectes ha de desplegar en l'Estat d'origen del progenitor o progenitors d'intenció —si és que ha de desplegar-ne algun— la filiació resultant d'un acord de gestació per substitució realitzat a l'estranger. Al respecte, junt amb la via del reconeixement de la resolució judicial estrangera que estableix la filiació s'ha anat obrint pas la de l'adopció del fill o filla del pare biològic i, només excepcionalment, s'ha considerat la possessió d'estat com a recurs —no exempt de crítiques, en especial a Catalunya— per a determinar la filiació en l'Estat d'origen del progenitor o progenitors d'intenció.

A la vista dels casos analitzats, el dret de filiació del futur segurament s'haurà d'ocupar de la posició dels menors en aquest tipus de plets i, en particular, de la qüestió de la seva representació legal. Si bé en la immensa majoria de resolucions analitzades ni tan sols es planteja l'oportunitat de nomenar un defensor judicial, no es pot ignorar que els debats més recents del dret de família a Europa s'orienten en aquesta direcció. Amb tota seguretat, el dret de filiació que ve també s'haurà d'enfrontar a la qüestió de l'eficàcia d'acords reproductius privats, tant de renúncia a una filiació com d'assumpció d'aquesta, originats en el marc de relacions sexuals o de pràctiques d'autoinseminació o inseminació domèstica que tenen lloc al marge d'un centre de reproducció assistida. En absència de legislació aplicable, aquests acords poden ser útils per formalitzar, encara que sigui amb un abast merament privat —i «mentre les coses funcionen»—, relacions anàlogues a les de filiació que poden sorgir en el context de la recomposició familiar entre un menor i la parella del pare o mare, o en el marc de relacions dirigides a criar fills en comú entre més de dues persones, el que ens situa en escenaris de multiparentalitat. Mentre la legislació no reconegui cap rol parental a aquestes persones, els acords descrits també poden ser els instruments idonis per atorgar algun tipus de reconeixement legal a, per exemple, els homes que havien estat progenitors legals un cop la seva

filiació és impugnada amb èxit. En l'actualitat, algunes d'aquestes situacions es canalitzen a través de plets posteriors als de filiació en què s'atorguen relacions personals i, excepcionalment, la guarda dels menors a aquests homes. Finalment, en un futur encara menys llunyà el dret de filiació català, seguint la línia recentment iniciada per la «Llei trans» a nivell estatal —però tant de bo amb més rigor tècnic—, haurà d'adaptar els conceptes legals «pare» i «mare» i la normativa general en matèria de filiació a la possibilitat que homes donin a llum i dones contribueixin a la concepció aportant el seu esperma.

Bibliografia

- ABEL LLUCH, Xavier, «El uso y el abuso de WhatsApps en el proceso de familia. Orientaciones prácticas para la proposición y admisión de WhatsApps», *La Ley-Probática*, núm. 11, 2023, pp. 1-10.
- BARBER CÁRCAMO, Roncesvalles, «De la doble filiación materna a la filiación sin madre: los progenitores de la Ley Trans», *CESCO*, març 2023, pp. 1-7. Disponible a: <https://centrodeestudiosdeconsumo.com/> (últim accés: 30.4.2023).
- CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, «Ley aplicable a la filiación por naturaleza: de la ley nacional a la ley de la residencia habitual del hijo», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 68/2, 2016, pp. 157-182.
- , «Capítulo XIII. Filiación natural», a CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier (Dir.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, t. II, 2a ed., València, Tirant lo blanch, 2022.
- 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, 27.10.2011, pp. 5-71.
- EGEA FERNÁNDEZ, Joan; FERRER RIBA, Josep (Dir.); FARNÓS AMORÓS, Esther (Coord.), *Comentari al llibre segon del Codi civil de Catalunya. Família i relacions convivencials d'ajuda mútua*, Barcelona, Atelier, 2014.
- FARNÓS AMORÓS, Esther, «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la relevancia del vínculo genético: una revisión de la jurisprudencia sobre

- gestación por sustitución transfronteriza», *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 56, 2022, pp. 29-54.
- , «La gestación por sustitución de nuevo ante el Tribunal Supremo: la STS, 1ª (Pleno), de 31 de marzo de 2022, como ejemplo de la encrucijada actual», *Anuario de Derecho Civil*, fasc. 3, 2022, pp. 1281-1314, a pp. 1296-1301.
- , *El dret de filiació avui. Una reflexió sobre el paper de la biologia, la voluntat i els conceptes «pare» i «mare»*, Barcelona, Atelier, 2023.
- FERRER RIBA, Josep, «Los efectos de la filiación y su restricción o exclusión», a BARBER CÁRCAMO, Roncesvalles; QUICIOS MOLINA, Susana; VERDERA SERVER, Rafael (Coord.), *Retos actuales de la filiación*, Madrid, Asociación de Profesores de Derecho civil-Tecnos, 2018, pp. 297-327.
- FONT I SEGURA, Albert, «Filiación», a FONT I SEGURA, Albert; ARENAS GARCÍA, Rafael, «Crónica de Derecho interterritorial», *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XXII, 2022, pp. 730-732.
- MOL, Charlotte, *The Child's Right to Participate in Family Law Proceedings. Represented, Heard or Silenced?*, Cambridge, Intersentia, 2022.
- MÚRTULA LAFUENTE, Virginia, «La determinación de la filiación 'contra legem' del nacido en el extranjero por gestación por sustitución: otra forma de tener hijos atendiendo a la voluntad procreacional, la posesión de estado y el interés superior del menor», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 16 bis, 2022, pp. 3424-3465.
- PARÉ, Mona; BRUNING, Mariëlle; MOREAU, Thierry; SIFFREIN-BLANC, Caroline (ed.), *Children's Access to Justice: A Critical Assessment*, Cambridge, Intersentia, 2022.
- PEREDA GÁMEZ, Francisco Javier, «Maternidad subrogada: nuevas reflexiones desde la práctica judicial», 2022, pp. 1-39, a p. 19 (document inèdit, facilitat amb motiu de la participació al curs *La filiació y la gestación subrogada*, organitzat pel CGPJ entre el 27 d'abril i el 5 de maig de 2022).
- QUICIOS MOLINA, Susana, «La respuesta de los ordenamientos jurídicos, que prohíben la gestación por sustitución, a las demandas de inscripción de los hijos de nacionales nacidos en el extranjero. El caso español», a GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria (ed. lit.), *Filiación, gestación por sustitución, responsabilidad parental e interés superior de la niñez: perspectivas de derecho comparado*, MÉXICO, UNAM, 2021, pp. 175-208.
- SCHRAMA, Wendy; FREEMAN, Marilyn; TAYLOR, Nicola; BRUNING, Mariëlle (ed.), *International Handbook on Child Participation in Family Law*, Cambridge, Intersentia, 2021.

Llibre quart del Codi Civil de Catalunya

Sucesión contractual e intestada: práctica notarial, experiencia jurisprudencial y doctrina de la DGDEJM

Jesús Gómez Taboada

Notario

Profesor de Derecho civil (UIC)

Sumario

1. La sucesión contractual

- 1.1. Experiencia notarial: conveniencia, interés y oportunidad del otorgamiento de pactos sucesorios
- 1.2. La doctrina de la DG y la Jurisprudencia sobre los pactos sucesorios y de sobrevivencia

2. La sucesión intestada

- 2.1. Acreditación de la existencia de unión estable de pareja o de la separación de hecho
- 2.2. Renuncia a la sucesión intestada, pero conservación de la legítima por parte de los legitimarios
- 2.3. Provocación de la ineficacia de la institución de heredero con la finalidad de que se abra la sucesión intestada
- 2.4. Nulidad de declaración de herederos por «preterición» de dos hijos
- 2.5. Indignidad en la sucesión intestada
- 2.6. El laberinto del *ius transmissionis* en la sucesión intestada: usufructo universal intestado del viudo

1. La sucesión contractual

1.1. Experiencia notarial: conveniencia, interés y oportunidad del otorgamiento de pactos sucesorios

1.1.1. Esencia. Su irrevocabilidad

La sucesión mortis causa voluntaria «habitual» está sumergida en la idea de revocabilidad: el *ambulatoria est voluntas* romano es un concepto claro para la mayoría de los otorgantes: el testamento puede modificarse siempre y el único eficaz es el último. Además, en nuestro derecho de contratos, no estaba bien visto que los mismos versasen sobre la transmisión *post mortem* de los bienes: recordemos que el artículo 1271 CC; así como el rechazo que merecen los acuerdos que presuponen la muerte futura de un tercero no interviniente, para repartirse su patrimonio entre los sobrevivientes —*pacto corvino* o de los cuervos—.

Pero, frente a lo anterior, también se ha cuestionado el carácter pernicioso o arriesgado, de pactar una sucesión futura. Por lo pronto, los acuerdos sobre la sucesión *ya abierta* no provocan rechazo: los herederos pueden partir la herencia como gusten, prescindiendo de la partición testamentaria (hoy, art. 464-6CCCat), regla que se apoya en el argumento de que, si el testador conocía bien los deseos e intereses de los herederos, mejor aún los conocerán estos.

En los casos reales que enseguida se expondrán, lo que inclina a los otorgantes a formalizar un pacto sucesorio —sea este de institución de heredero, de atribución particular o de sobrevivencia— es su irrevocabilidad.

En efecto, una vez que dos o más personas se han comprometido a una determinada conducta, lo acordado sólo puede modificarse concurriendo la voluntad de las mismas personas que otorgaron el contrato inicial, reglam general («[l]a validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de una de las partes contratantes» art. 1256 CC—) que tiene su

manifestación concreta en el art. 431-12 CCCat, según el cual «[e]l pacto sucesorio y las disposiciones que contiene se pueden modificar y dejar sin efecto mediante el acuerdo de los otorgantes formalizado en escritura pública».

Esto es lo esencial, el arco de bóveda de la sucesión contractual: todas las expectativas que puede cubrir, los intereses que es capaz de satisfacer o las precauciones a que puede atender tendrán siempre, como denominador común, que aquello que se está pactando no tiene marcha atrás.

1.1.2. Dos cautelas especiales por tratarse de una disposición irrevocable: la capacidad y la forma

Precisamente por lo anterior —la irrevocabilidad— la sucesión contractual presenta, frente a la unipersonal (testamentaria), dos particularidades que la hacen más exigente y más rígida: la capacidad y la forma.

En lo referente a la capacidad, para ser otorgante *disponente* de un pacto sucesorio es indispensable la mayoría de edad (art. 431-4 CCCat), condición que, como sabemos, no se exige en el testamento, para el cual son suficientes los catorce años (art. 421-4 CCCat), salvo para el ológrafo, en el que es necesario que el otorgante sea mayor de edad o menor emancipado (art. 421-7.1 CCCat), posibilidad esta última —la del emancipado— que no rige para el pacto sucesorio.

La razón de la diferencia radica, precisamente, en la irrevocabilidad del pacto, que supone que, desde el momento del otorgamiento, surgen limitaciones y restricciones (en particular, prohibiciones de disponer): el disponente (art. 431-4 CCCat) asume compromisos de eficacia actual que no tienen marcha atrás y que impiden, a partir de la formalización del contrato, enajenaciones —todas o algunas, dependiendo de la modalidad— a favor de terceras personas si no es con el consentimiento de los demás otorgantes (arts. 431-25, 2 y 3; art. 431-30 CCCat),

Tales restricciones, eficaces desde el otorgamiento, por principio, no pueden ser materia de testamento, cuyos efectos quedan diferidos, en todo caso, al momento de la muerte del otorgante: las disposiciones testamentarias, por esencia, jamás podrán perjudicar al futuro causante, cosa que, sin embargo, puede ocurrir con un pacto sucesorio. No olvidemos, por otra parte, la idea —al menos, la tradicional, que comparto— de que las normas sobre capacidad están pensadas, sobretodo, para proteger al propio incapaz.

En relación a la forma del negocio jurídico *mortis causa*, casi todas las legislaciones admiten el testamento en documento privado: el conocido testamento ológrafo o manuscrito...Sometido, sí, a férreos requisitos formales; pero documento privado, al fin y al cabo.

Esta posibilidad no se admite en el pacto sucesorio, siempre sujeto, sin excepción, a la exigencia, como requisito *ad solemnitatem*, a escritura pública (art. 431- 7 CCCat).

No es una excentricidad, ni un capricho. Como sabemos, nuestro ordenamiento jurídico en muy pocos casos se aparta del principio espiritualista que consagra la libertad de forma (artículo 1278 CC). Pero si nos detenemos en rastrear el denominador común de esos supuestos excepcionales encontraremos la idea de irrevocabilidad —compromiso sin posibilidad de deshacer el vínculo— unida a la de una actual o eventual disposición gratuita u onerosa en posible perjuicio del disponente.

Ambos elementos concurren en la donación de inmuebles (arts. 531-8 y 531-12 CCCat); en las capitulaciones matrimoniales (arts. 231-23 y 231-22), pues dependiendo de las rentas de cada cónyuge, acordar someterse a gananciales o a separación de bienes puede suponer un grave perjuicio para uno de ellos; poderes para el caso de incapacidad (artículo 222-2 CCCat); y pactos en previsión de ruptura matrimonial (art. 231-20 CCCat) o de unión estable de pareja (art. 234-5 CCCat) o renuncia a la herencia (art. 461-1 CCCat).

La exigencia de la escritura como elemento esencial nos lleva a la siguiente conclusión: si desde el nacimiento del negocio jurídico —por ejemplo, el pacto sucesorio— no se observa esa formalidad, el negocio jurídico no ha visto la luz, y en consecuencia, no es válido ni eficaz, y *sin que quepa acudir* —esta idea es crucial— a la facultad atribuida por el art. 1279 CC, consistente en que si la ley exige la escritura para hacer efectivos los derechos u obligaciones derivados del negocio jurídico, los otorgantes podrán compelerse —incluido por vía judicial, por supuesto— recíprocamente a elevarlo a público. Por tanto, este derecho no existe cuando la forma es *ad solemnitatem*, de manera que un donatario no podrá blandir un documento privado «de donación» (entre comillas) de inmueble para obligar al donante a que lo eleve a escritura pública. De la misma forma, un beneficiado por un «pacto sucesorio» (también entre comillas) formalizado en documento privado, no podrá exigir, nunca, su conversión en escritura. Esa donación, como ese pacto, *no es nada*, por no concurrir, en el mismo momento de su gestación, el control que el legislador considera obligado, de manera inexcusable, por parte de un funcionario —el notario—.

1.1.3. Conveniencia u oportunidad de su otorgamiento: intereses a que puede atender el pacto sucesorio

Todos los supuestos que a continuación se exponen son casos reales vividos en la notaría.

Hijo continuador de empresa ganadera

Comparece en el despacho un joven ganadero de treinta y cinco años de una población de la comarca de la Selva, en Girona. Me informa de que, desde hace siete, es el único hijo, de tres, que continúa la explotación de su padre. Se ha casado hace dos años y reside en una de las dos viviendas que se integran en el complejo de la industria pecuaria.

Cuando contrajo matrimonio, su padre manifestó su voluntad de instituirle heredero y, al efecto, otorgar el correspondiente testamento. Los otros dos hermanos, según sus manifestaciones, tenían su vida profesional solucionada, tras una considerable ayuda económica de sus padres.

Sin embargo, el compareciente, que ahora dedica todo su tiempo, esfuerzo y dinero a la explotación —y que constituye, por tanto, su medio de vida— ve con suspicacia el testamento: tiene miedo a que un cambio de voluntad de su padre provoque que él —y, en su caso, su cónyuge, y sus hijos— se queden sin aquella, todavía de titularidad de su padre.

Se le sugiere el pacto sucesorio, que puede ser de atribución particular o de institución. Optan por el de atribución particular, designándose no solo al hijo sino también a la nuera (y sustitutos vulgares, los hijos), pero introduciéndose como causa de resolución de la atribución a aquella, la crisis matrimonial (separación —judicial o de hecho—, nulidad, divorcio) entre ella y el hijo.

Simultáneamente, el padre otorga testamento en el que instituye herederos a los tres hijos, sustituidos por sus descendientes.

Interés protegido o fin perseguido, gracias a la irrevocabilidad: el mantenimiento de la empresa familiar, con garantía para el hijo de que, fallecido el padre, será sucesor en la explotación.

Madre viuda con cuatro hijos ya mayores

Una señora de ochenta años, con plenas facultades mentales, y con cuatro hijos, dispone de un patrimonio dinerario considerable Y una vivienda grande en el Ensanche de Barcelona.

Tres de sus hijos son pequeños empresarios con la vida encauzada. El cuarto, con titulación universitaria, no tiene oficio ni beneficio. No ha trabajado nunca, ni parece en disposición de que lo hará algún día: es perezoso y carente de arranque. Ha vivido siempre con la madre; y *de* la madre.

No obstante, ella no está dispuesta a que este aprovechamiento continúe más allá de la muerte, al menos con ventaja respecto a sus hermanos. Por eso otorgó, ya hace años —cuando enviudó—, testamento. Pero sabe — es algo que todos suelen tener claro— que el testamento siempre puede modificarse; y que el único que produce efectos es el último...Teme, pues, que su hijo, que la conoce bien y al que conoce bien, la manipule, convenza y presione para otorgar nuevo testamento a su favor; introduciendo, como poco, un legado importante a su favor, sea de dinero o de la vivienda.

Decide designar herederos, por vía contractual, a sus cuatro hijos. Sabe que, una vez otorgado el pacto, podrá disponer de sus bienes a título oneroso, pero no gratuito (artículo 431-25.1 CCCat). El hijo que convive con ella, sin embargo, se niega a firmar el pacto. Este se acaba celebrando, y concurren, como otorgantes, la madre y los tres hijos restantes. Y, como favorecido no otorgante, el cuarto hijo. A su vez, los cuatro hijos son sustituidos por sus descendientes.

Configurado así el contrato, hasta el fallecimiento de la disponente, con el concurso de los otorgantes, podrá modificarse o revocarse la atribución que se le ha hecho al cuarto hijo en el contrato sucesorio. En realidad, al no haber participado, su posición queda en el aire, pues podrá alterarse su participación sin su consentimiento.

Una vez fallecida la madre, no será necesaria la aceptación por parte de los hijos otorgantes, pues ya han aceptado, si bien podrán acogerse al beneficio de inventario (art. 431-28 CCCat); y sí será necesaria la aceptación del cuarto hijo, pues no concurrió al otorgamiento.

El objetivo perseguido por los otorgantes, en este caso, radica en enervar el riesgo de captación de voluntad de la disponente por persona próxima, siendo uno de los fines de los que con más frecuencia se atribuyen al pacto sucesorio: en el caso concreto, hay que subrayar que la iniciativa, la solicitud para preparar el pacto sucesorio, procede de la propia disponente que, temiendo su futura vulnerabilidad, decide autoprotgerse, blindando su voluntad y dejándola al abrigo de futuros influjos.

Cónyuges casados en segundas nupcias con hijos no comunes

En este caso, comparecen dos cónyuges que ya han estado casados anteriormente —con terceros—, y tienen cada uno de ellos dos hijos de su anterior relación.

Su idea es otorgar testamento ordinario: instituirse recíprocamente con una sustitución vulgar a favor de los cuatro hijos por partes iguales, como si fueran hijos comunes (es decir, el testamento ordinario entre matrimonios bien avenidos con hijos de ambos).

Se les informa de que, fallecido uno de los cónyuges, el otro puede modificar el testamento e instituir herederos sólo a sus propios hijos —los del sobreviviente—. Hay obligación por parte del notario —y de cualquier otro asesor jurídico— de explicar con claridad cómo funciona la sustitución vulgar: se piensa, a veces, que el sustituto vulgar es una suerte de sustituto fideicomisario, de manera que, por estar citado en el testamento, es titular de algún derecho o expectativa. Y no olvidemos que, una vez que el primer heredero ha aceptado la herencia, la sustitución vulgar jamás tendrá efectos: es papel mojado. De manera que tales sustitutos sólo serán herederos si, abierta la segunda sucesión —la del cónyuge sobreviviente— este no ha alterado el testamento. Pero si ese testamento inicial ha sido modificado, designando el cónyuge sobreviviente solo a sus propios hijos, los del cónyuge premuerto verán limitados sus derechos a la legítima del primer causante (su padre o madre), con el agravante de que ha podido prescribir el plazo de diez años previsto en el artículo 451-27 CCCat.

Recordemos que, en el derecho catalán, que ha eliminado toda reversión o reserva (art. 411-8 CCCat), no existe la reserva viudal a favor de los hijos del cónyuge primeramente fallecido, figura que sí se mantiene en el derecho común (artículos 968 a 980 del Cc).

Estos casos pueden encauzarse también mediante el fideicomiso de residuo, y así se les propone. De manera que el cónyuge sobreviviente es heredero fiduciario y goza de importantes facultades (426-52 CCCat), pero no ilimitadas, pues solo podrá realizar los siguientes actos:

- a) «Enajenar, gravar o disponer de otra forma de los bienes fideicomisos y de sus subrogados, libres del fideicomiso, por actos entre vivos a título oneroso. Y,
- b) transformar, emplear o consumir los bienes fideicomisos y sus subrogados a fin de satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin tener que reponerlos».

No olvidemos, sin embargo, que el heredero gravado con esta sustitución es titular de un doble patrimonio, el suyo y el fideicomitado, con las dificultades que ello puede comportar (respecto al fideicomitado, actúa la subrogación real, en beneficio de los sustitutos), pues siempre habrá que determinar si aquello de lo que dispone es suyo o del cónyuge premuerto. Con su patrimonio hará lo que quiera. Con el fideicomitado, no.

No convencidos totalmente de la figura del fideicomiso, se les propone el pacto sucesorio de institución (heredamiento), que puede mejorar a aquel. Las facultades (legales) del primer heredero son similares pues (art. 431-25 CCCat) «[e]l heredamiento simple, así como el cumulativo respecto a los bienes exceptuados de la adquisición de presente y a los adquiridos posteriormente por el heredante, no limitan la facultad de este para disponer de sus bienes a título oneroso entre vivos». Eso sí, conviene significar en el pacto que, habiendo heredado el superviviente, sus facultades serán las mismas en relación a su patrimonio y el heredado, de forma que todo será uno, sometido al mismo régimen en beneficio de los siguientes favorecidos, los cuatro sustitutos vulgares.

El interés protegido o fin perseguido en este caso radica en dar un trato igualitario a hijos (o parientes) no comunes, sin riesgo de que la revocabilidad del testamento frustre dicha igualdad.

Padre con dos hijos discapacitados

En este caso, comparece en la notaría un padre, de setenta y cinco años, viudo y con tres hijos: uno capaz, funcionario, con la vida encauzada; los otros dos, discapacitados psíquicos y físicos. Y con la capacidad modificada judicialmente.

Estos dos últimos están siendo atendidos y cuidados, desde hace seis años, por una fundación asistencial de carácter mixto (pública y privada), de forma domiciliaria, en la propia casa del padre, lo cual —es algo que no se cuestiona— resulta beneficioso para ellos, que se mantienen en su hábitat; y también para la fundación, que no ha utilizar sus propias instalaciones, dejando dos plazas vacantes para otras personas que no dispongan de domicilio apto para residir. Me visita en la notaría la directora y me comenta que las condiciones de habitabilidad de la vivienda no son buenas; y que la institución a la que representa está dispuesta a afrontar, a su cargo, una serie de obras (instalación de ascensor, reforma de los cuartos de baño, modernización de la cocina); pero siempre y cuando exista la garantía de que los dos hijos discapacitados serán, en el futuro, los titulares de la vivienda, lo cual asegurará el mantenimiento de la

asistencia en la forma que actualmente se desempeña. Idea que el padre comparte: de hecho, así lo tiene recogido en su testamento, que incluye un legado de la casa, en proindiviso, a favor de esos dos hijos, siendo heredero su otro hijo.

La fundación, me dice la directora —lo tiene muy claro— no afrontará las obras mientras no se realice una atribución irrevocable a favor de los dos mencionados hijos, quedando dicha disposición blindada ante posibles cambios de voluntad del propietario —el padre—.

Redactamos, entonces, un pacto de atribución particular sobre esta vivienda a favor de sus dos hijos discapacitados. Como ninguno de ellos puede intervenir por sí mismo, en el pacto interviene, en su nombre, el representante legal (art. 431-4 CCCat), que es el padre. Dado que se trata de un contrato en el que ambos discapacitados tienen solo la condición de favorecidos y no les es impuesta ninguna carga (art.431-4 CCCat), no es necesaria la autorización judicial (arts. 236-27 y 461-9 CCCat) o la alternativa que pueden prestar los parientes (art. 236-30 CCCat).

Con todo, se nos plantea la concurrencia de un eventual conflicto de intereses que nos obligue a reclamar un defensor judicial (art. 236-20 CCCat). Aunque el perjuicio eventual para los beneficiarios es prácticamente nulo, la precaución nos lleva a solicitar al juez la designación de un defensor, nombramiento que recae sobre un amigo de la familia. Cuatro meses después de la visita de la directora, se otorga el pacto sucesorio a favor de los dos hijos, con sustitución ejemplar, a favor del tercer hijo. Simultáneamente, el disponente formaliza su testamento en el que designa heredero a este último hijo, sustituido por sus descendientes.

Una de las particularidades que ofrece este caso radica en que es una tercera persona (la fundación) ajena al pacto, la que insta su celebración.

El interés protegido o fin perseguido consiste en asegurar de forma irrevocable la sucesión de discapacitados que requieren cuidados especiales.

Hermanas donantes de un tercer hermano. La madre compensa la donación

Este supuesto está protagonizado por tres hermanos, dos mujeres y un varón. Uno de ellos, profesional en apuradísima situación por la crisis del sector de la construcción acaecida a partir del año 2008, solicita ayuda a sus hermanas. Ayuda que consistirá en donarle una cantidad de dinero con la que cancelar una póliza de crédito ya vencida y exigible, a la que de ninguna manera puede hacer frente, y cuyo acreedor ha iniciado los trámites judiciales de reclamación, con embargo de su vivienda.

Las hermanas están dispuestas a ayudarle, sufragando íntegramente la deuda; pero quieren garantías de compensación futura. El hermano no puede aportar ni una cosa ni la otra. Pero se les ocurre la idea de que entre en juego la —eventual— futura herencia de su madre, ya viuda. Así que le proponen que modifique el testamento, en el que están los tres instituidos herederos y les haga un prelegado, consistente en un inmueble situado en Zaragoza, a las dos hijas, a cambio de la donación de estas a su hermano.

La madre se aviene a modificar el testamento...Pero a las hermanas cedentes les surgen las dudas: el testamento es revocable —la donación que ellos realizan, no—, por lo que si su madre cambia el testamento, su compensación podrá volatilizarse. Así que comparecen en la notaría consultando acerca de la posibilidad de atribuir a este prelegado el carácter de irrevocable, lo cual, se les informa, se consigue transformando el mismo en una atribución particular sobre el inmueble citado. El pacto sucesorio a favor de las hijas se celebra simultáneamente a la entrega del dinero, a título de donación —hubo que prever los impuestos correspondientes— que las hermanas realizaron a favor de su hermano.

Obsérvese que aquí la persona más interesada en el pacto, el hijo deudor, el que gracias al contrato sucesorio verá amortizada su deuda, no solo no es otorgante, sino ni siquiera favorecido...Salvo por la vía oblicua de obtener el dinero que necesitaba. Asimismo, la disponente —la madre— resuelve un problema siendo, totalmente ajena a la relación jurídica que provoca el otorgamiento (la donación).

La operación no deja de asemejarse al pago de una deuda hecho por terceros las hermanas (art. 1158), cuya recuperación no se obtiene ni de manera inmediata (queda aplazada al tiempo del fallecimiento), ni del deudor (el hermano), sino por un tercero, que es la madre (de nuevo, 1158).

Interés protegido o fin perseguido: proporcionar una compensación a quien satisface una deuda ajena.

1.2. La doctrina de la DG y la Jurisprudencia sobre los pactos sucesorios y de sobrevivencia

1.2.1. Los pactos de sobrevivencia

La renunciabilidad del pacto de sobrevivencia

El pacto de supervivencia no está regulado en el libro IV, sino en el libro II (artículos 231-15 y siguientes) del CCCat, en atención a que su formalización está limitada a los cónyuges o convivientes. No obstante, tampoco los pactos sucesorios regulados en el libro IV pueden solemnizarse extramuros de la familia. A la postre, la ubicación sistemática no deja de tener cierto componente aleatorio; y, en este caso, muy acorde con la tradición.

En cualquier caso, por sus efectos, el pacto de sobrevivencia es de carácter sucesorio. En su virtud, los cónyuges o los miembros de las uniones estables de pareja, al tiempo de adquirir un objeto en proindiviso, pactan que, al fallecimiento del primero, su cuota corresponderá al sobreviviente, con independencia del destino del resto de los bienes, de acuerdo con el título sucesorio, sea este un pacto —que no haya revocado el pacto de sobrevivencia—, el testamento, o la declaración de herederos.

Hay, con todo, una diferencia entre este pacto y el de atribución particular: mientras que este no permite la renuncia —salvo que explícitamente, se hubiese incorporado al propio contrato, en virtud del principio de libertad civil: artículos 111-6 CCCat— la ejecución del de supervivencia es susceptible de ser renunciada (artículo 231-18 CCCat).

La resolución de la DGEJ 3 de octubre de 2011[DOGC núm. 6013, de 25.11.2011] abordó el siguiente problema: la viuda, designada heredera en el testamento, renunció a la herencia, abriéndose la delación a favor de los sustitutos vulgares, que eran sus tres hijos. Frente a la nota de calificación, que aduce la necesidad de renunciar, en su caso, al pacto de sobrevivencia, el notario alega que la no mención implicaba renuncia tácita de la viuda a la ejecución del mismo.

Sin embargo, la DGEJ entiende que para considerar eficaz una renuncia —si quiera tácitamente— es indispensable tener conocimiento de aquello a lo que se renuncia. Y, en la escritura, en ningún momento había rastro del pacto de sobrevivencia —ni siquiera en el apartado cargas, tras la descripción de la finca—: en consecuencia, no se puede aceptar una renuncia implícita o tácita, porque ni la titular del derecho (la viuda) ni los hijos eran conscientes de la existencia de dicho contrato.

El problema de la separación de hecho en los pactos de sobrevivencia

Como es sabido, tras la aprobación del libro II del CCCat, este pacto es susceptible de ser acordado no solo por los cónyuges, sino también por aquellas personas que están vinculadas en relación de afectividad análoga a la conyugal (uniones estables de pareja)

La resolución de la DGEJ de 24 de enero de 2018 [JUS/126/2018; DOGC núm 7553, de 7.2.201] atendió un supuesto en el que, amén de la dificultad que puede plantear la separación de hecho como elemento determinante de la ineficacia del pacto de supervivencia —y de los demás pactos sucesorios, había involucrado un elemento de derecho internacional privado.

Los otorgantes habían adquirido el inmueble con pacto de sobrevivencia por ser pareja de hecho, pero sin que quedase claro cuál era el régimen al que la pareja estaba sometida: ambos eran de nacionalidad francesa y residían en Francia. Ni en la escritura, ni en la inscripción, se indicó cuál era la ley aplicable. Con posterioridad, se presentó en el registro una escritura unilateral, formalizada por uno solo de los integrantes de la pareja, en la que, de acuerdo con el artículo 234-4 CCCat, se declaraba la extinción de la misma, acreditándose, asimismo, la notificación de su otorgamiento al otro integrante de la pareja. (Ojo a una confusión habitual: existe la posibilidad —art. 234-4d CCCat— de extinguir la unión estable de pareja unilateralmente, y sin necesidad de comunicación al otro integrante. De hecho, notarialmente, es una vía muy utilizada, y que accede al registro de uniones estables de pareja).

Presentada la escritura en el registro de la propiedad, el registrador aplica la regla general prevista para la cancelación de los asientos en el artículo 82 de la Ley Hipotecaria, exigiendo, por tanto, la concurrencia de ambos titulares registrales, o en su caso, la correspondiente resolución judicial. La DG da la razón al registrador: de acuerdo con los principios rectores de nuestro derecho internacional privado todo parece indicar que la unión estable de pareja de los adquirentes estaba sometida al derecho francés, por lo que —concluye la DG— debe acreditarse, de acuerdo con las normas francesas reguladoras de la pareja de hecho, si la extinción formalizada por uno de los integrantes está prevista en la legislación francesa como causa de disolución de aquella. Aun cuando estas consideraciones son anteriores a la entrada en vigor del Reglamento Europeo de Uniones Registradas de 2016, lo cierto es que, tras su vigencia, a falta de elección por los interesados, la solución sería la misma: en defecto de una sujeción especial, se aplica la ley del lugar de residencia.

En consecuencia, debería acreditarse —eso sostiene la registradora y la DG— que el derecho francés prevé como causa de extinción la declaración unilateral con comunicación al otro integrante, que es el procedimiento que siguió la solicitante de la cancelación.

Tras obtener esa respuesta, el notario recurrente insistió, presentando al registro de la propiedad varios documentos franceses acreditativos de que los integrantes de la pareja estaban separados de hecho. La negativa del registrador —basada en los mismos argumentos esgrimidos en su inicial calificación— provoca un nuevo recurso, que la lugar a la resolución de 30 de julio de 2018 [JUS/1857/2018; DOGC núm. 7680, de 7.8.2018] que mantiene intacta su doctrina: no se trataba de acreditar que los miembros de la pareja estaban separados —hecho que ahora se prueba— sino si la mera voluntad de uno es suficiente, de acuerdo con la ley francesa, para declarar extinguida la pareja de hecho, extremo que posibilitaría que la cancelación del pacto de sobrevivencia pudiera practicarse por el solo consentimiento de uno de los otorgantes.

La DG, además, sostiene la naturaleza sucesoria del pacto de sobrevivencia, frente a las alegaciones de Notario, que lo considera de carácter familiar. Del mismo, deduce el fedatario una eventual entrada del orden público internacional, que impida la aplicación de una ley extranjera que no permita la extinción de la pareja —como sí lo hace el CCCat— por la mera voluntad de uno de sus integrantes cuando se ha producido una quiebra de la confianza entre ellos.

La DG —sin mucho convencimiento— señala que la cuestión del orden público debe ser decidida por los tribunales. Y reitera que la materia debe regirse no por la norma conflictual de derecho de familia, sino por el artículo 9.8 Cc., referente a la sucesión mortis causa. Con todo, en este punto, Miriam Anderson [Indret, 1/2019], citando a la registradora María Tenza, entiende, con razón, que, dado que el caso se producía ya vigente (desde el 17 de agosto de 2015) el Reglamento Sucesorio Europeo, de 4 de julio de 2012, la ley aplicable no vendría determinada por la nacionalidad (9.8 Cc), sino por la residencia de los otorgantes (artículo 21 del RSE). El resultado, con todo, sería el mismo: los otorgantes del pacto residían en Francia.

1.2.2. Prevalencia del heredamiento sobre el testamento

Por su parte, la RDGEJ de 6 de octubre de 2021 [JUS/3096/2021; DOGC 8528, de 22.10.2021] resuelve un caso que, seguramente, no tendría que haberse planteado.

En el supuesto de hecho, la registradora no practica la inscripción de unas atribuciones derivadas de un pacto sucesorio con institución de heredero, pues había un testamento posterior; y, dice la registradora, dado que el testamento es un título válido, debe resolverse la prioridad entre ellos por los tribunales de justicia.

La resolución, ante lo evidente, no complica la respuesta: *In claris non fit interpretatio*. La jerarquía entre títulos sucesorios es nítida, de acuerdo con el art. 411-3 CCCat. La ineficacia de un testamento *posterior*, por existir un pacto sucesorio previo, no impide calificar a aquel de título formalmente válido y correctamente autorizado, sino que, sencillamente, *ex lege*, la existencia de un heredamiento anterior le priva de eficacia. En efecto: un heredamiento posterior *revoca* el testamento anterior. Y un heredamiento anterior no puede ser *revocado* por un testamento posterior. El pacto sucesorio, dada su irrevocabilidad, deviene hermético y queda blindado respecto a eventuales modificaciones unilaterales; salvo, como la propia resolución indica, que el propio pacto sucesorio —la autonomía de la voluntad todo lo permite— se haya previsto la posible modificación por parte del disponente, bien por ser preventivo (revocable por testamento), bien por reservarse aquel la facultad de disponer de ciertos bienes.

1.2.3. Pacto sucesorio y derechos de adquisición preferente

Por su parte, la resolución de la DGEJ 6 de octubre de 2021 [JUS/3096/2021; DOGC núm.8528, de 22.10.2021] se refiere solo de modo tangencial a los pactos sucesorios: analiza si un derecho de adquisición preferente establecido en un pacto de atribución particular por el disponente se aplica solo a la venta —supuesto previsto literalmente en dicho pacto— o cabe la posibilidad de extenderlo al supuesto de aportación a la sociedad. Como en otras ocasiones, la DG se inclina por no ceñir este derecho de adquisición preferente a las transmisiones a título de compraventa, considerando que debe reconocerse también en las demás transmisiones a título oneroso: la regla de que las restricciones o gravámenes en las disposiciones sucesorias deben interpretarse en sentido estricto no se impone sobre la voluntad del disponente (art. 421-6.3 CCCat).

1.2.4. Pacto sucesorio y crisis matrimonial

La sentencia de 5 de noviembre de 2020 de la sección 11, en la Audiencia de Barcelona [Número de Resolución: 413/2020. Ponente: Gonzalo Ferrer Amigo], resuelve un caso aparentemente sencillo. El juzgado de instancia, ante la demanda, por parte de uno de los cónyuges, cuyo matrimonio había sido disuelto por divorcio, declara extinguido un pacto de atribución particular que habían formalizado ambos. Sin embargo, el otro cónyuge sostiene su irrevocabilidad, entendiendo que la finalidad del pacto era la transmisión del patrimonio familiar a los descendientes comunes. La Audiencia, sin embargo, subraya dos elementos relevantes que desvirtúan la pretendida transmisión del patrimonio a las hijas como objetivo esencial del pacto: el primero, el carácter de cónyuges de los otorgantes, que convivían juntos y eran los destinatarios finales de los bienes que componen la atribución particular; y, segundo, la posibilidad de libre disposición del superviviente antes de la transmisión a las hijas, extremos que, a juicio del tribunal, suponen que el divorcio entre los otorgantes se imponga —como causante de la extinción— sobre la pretendida vocación familiar, que avalaría su eventual subsistencia.

A tal efecto, la Audiencia invoca el artículo 431-17.2 CCCat, que establece que los pactos sucesorios hechos a favor del cónyuge o conviviente en pareja estable o de los parientes de estos, devienen ineficaces en los supuestos establecidos por el artículo 422-13.1,2 y 4 (hipótesis todas ellas de crisis matrimonial o de pareja), salvo que se haya convenido lo contrario, o ello resulte del contexto del pacto. Sin embargo, en ningún momento, ni del tenor del contrato ni de las circunstancias que lo rodean, se desprende la voluntad de los otorgantes de mantener su vigencia en los supuestos de crisis matrimonial.

1.2.5. Pactos sucesorios y legítima

La sentencia de 22 de septiembre de 2015, de la sección 1, en la Audiencia de Barcelona [N. Resolución: 400/2015. Ponente: Dolors Portella Lluch] afronta el problema de determinar si la cuota indivisa de uno de los cónyuges —el fallecido— adquirido en su día con sujeción al pacto de sobrevivencia, se integra en la herencia a efectos del cálculo de la legítima.

La cuestión estaba solucionada por el artículo 44.3 del código de familia (Ley 9/1998), norma que, por derecho transitorio, correspondía aplicar, y

según la cual «[e]n los bienes comprados por ambos cónyuges con pacto de sobrevivencia, la adquisición de la participación del premuerto se ha de computar en la herencia de este, los efectos del cálculo de la legítima, y, si es el caso, se ha de imputar en pago a cuenta de la cuarta viudal».

Este es, hoy, el tenor literal del actual artículo 231-15.3 CCCat. Se trata, pues, de un supuesto que directamente se resuelve aplicando el texto legal sin necesidad, salvo de *lege ferenda*, de consideraciones, doctrinales ni jurisprudenciales.

Sí hay que decir que está extendida la creencia de que los pactos sucesorios y el pacto de sobrevivencia pueden ser mecanismos de elusión legal de la legítima. Procede, pues, una labor didáctica en el sentido: que los bienes sujetos a unos y otro se computan siempre a efectos del cálculo de aquella.

Una puntualización: no son computables, sin embargo, los bienes objeto de pacto sucesorio de atribución particular, con transmisión actual de bienes, si el mismo se ha formalizado con una antelación superior a diez años, respecto al fallecimiento del causante, y sin que hayan sido declarados imputables por este: como sabemos, tales pactos son donaciones, y quedan sometidos a su régimen jurídico (artículo 431-30.3 del CCCat).

2. La sucesión intestada

2.1. Acreditación de la existencia de unión estable de pareja o de la separación de hecho

Como sabemos, el CCCat atribuye exactamente los mismos derechos sucesorios a la unión estable de pareja y al cónyuge sobreviviente. Lo cual plantea, a la hora de formalizar declaraciones de herederos, una serie de problemas (también soluciones). Veamos algunos casos.

2.1.1. Acreditación de la pareja de hecho

De acuerdo con el artículo 234-1 CCCat, la unión estable de pareja existe, bien cuando se ha formalizado en escritura pública; bien por la convivencia *more uxorio* de dos años ininterrumpidos; bien por la convivencia, sin sujeción a plazo, pero con existencia de un hijo común.

La escritura pública ofrece pocos problemas. Y, aun cuando existe en Cataluña un registro de parejas de hecho [Orden JUS/44/2017, de 28 de marzo, por la que se aprueba el Reglamento del Registro de parejas

estables de Cataluña], la inscripción no es constitutiva, por lo que, para su acreditación, es suficiente la exhibición de la copia auténtica.

Cosa distinta es la subsistencia de esa pareja a la fecha del fallecimiento: en principio, debe presumirse (de la misma manera que se presume la subsistencia de los efectos del matrimonio, mientras no se acredite el divorcio, la separación judicial, la nulidad o la separación de hecho); pero tanto el requirente —sea o no el conviviente—, como los testigos (indispensables al menos dos en toda declaración de herederos: artículo 56 de la Ley del Notariado y artículo 209 bis del Reglamento Notarial) deben declarar, explícitamente, que, al tiempo del fallecimiento, la pareja subsistía.

Consideraciones análogas pueden hacerse para el caso de un hijo en común —fácil de acreditar—, si bien deberá demostrarse, mediante las declaraciones de testigos y otros medios de prueba a que enseguida nos referiremos la existencia de la convivencia (puede haber habido hijo común sin convivencia), así como su subsistencia de la misma a la fecha de la defunción

En el caso de mera convivencia, es decir, sin escritura, ni hijo en común, la prueba debe ser más cumplida.

De acuerdo con las normas citadas (artículos 56 LN y 209 bis RN), se admiten todo tipo de pruebas. Entre las documentales, aunque el certificado de empadronamiento tiene una especial relevancia, lo cierto es que no es, ni debe ser, la única vía de acreditación: entre otras razones, porque el hecho de que dos personas vivan juntas no quiere decir que lo hagan en una relación de afectividad análoga a la conyugal. O que está no haya cesado. No olvidemos, como puntualizaba hasta no hace mucho el CC español, que el cese efectivo de la convivencia conyugal (aquí, de la pareja no casada) «es compatible con el mantenimiento o la reanudación temporal de la vida en el mismo domicilio, cuando ello obedezca en uno o en ambos cónyuges a la necesidad, al intento de reconciliación o al interés de los hijos y así sea acreditado por cualquier medio admitido en derecho en el proceso... correspondiente» (art.87 párrafo primero CC, previo a la reforma operada por la Ley 15/2005. No hay óbice para seguir considerando muy fundada esa afirmación: la realidad así lo certifica).

Y, viceversa: es posible que dos personas tengan una convivencia *more uxorio* y, sin embargo, vivan en diferentes domicilios: en particular, en aquellos casos en los que deban residir en ciudades diferentes, por razones laborales, profesionales o familiares (por ejemplo, cuidar a un progenitor).

Así que, además del certificado de empadronamiento —tampoco indispensable: un medio más— cabe la posibilidad de presentar otras pruebas como el DNI o NIE del que resulta el mismo domicilio; el contrato de arrendamiento en el que ambos son los inquilinos; cuentas corrientes conjuntas; viajes; fotografías; copropiedades. Siempre ratificadas por las manifestaciones testificales.

Este fue el caso de la sentencia de 4 de noviembre de 2021, de la sección 17, de la Audiencia de Barcelona [Número de resolución: 436/2021. Ponente: Ester Vidal Carou], que ratifica la del juzgado de instancia. La resolución subraya que no es indispensable que los integrantes de la unión estable de pareja vivan juntos de manera permanente, sino que «como convivencia de vida análoga a la matrimonial hemos entendido la existencia de relaciones afectivas entre dos personas cristalizadas en un cierto compromiso materializado en un proyecto de vida en común, que, aunque no pasa necesariamente por el establecimiento de un único y común domicilio, sí ha de tener como hilo conductor la ayuda, soporte y responsabilidad mutua y reunir el grado de estabilidad, de intimidad, de comunicación, de afectos, intereses y de publicidad parangonables con la convivencia matrimonial» (fundamento jurídico 3).

En el supuesto de hecho, el recurso lo presentan los hijos del causante. La sobreviviente estaba empadronada en Madrid, pero frecuentaba Barcelona, hasta el punto de que residía más tiempo en esta última ciudad. La sentencia considera acreditado este extremo, así como que en algunos de los viajes a Madrid iba acompañada del causante. Asimismo, destaca la estrecha relación que mantenía la sobreviviente con los padres de su pareja, lo cual no podía ser explicado si hubiera visitado Barcelona de forma esporádica.

Esta resolución reviste importancia, entre otras muchas cosas, por relativizar los efectos del certificado de empadronamiento, dulcificando el carácter sacramental que últimamente se le atribuye: existen otros medios de prueba.

El tribunal, a la postre, subraya es que cabe la posibilidad de que dos personas sean pareja de hecho si mantienen una relación de afectividad análoga a la conyugal, aunque no vivan todo el tiempo juntas, circunstancia que también concurre en algunos matrimonios.

Desde luego, simplifica la acreditación de la pareja o convivencia el hecho de que concurren al requerimiento de la declaración de herederos los eventuales perjudicados por la subsistencia de aquella: hijos o descendientes del causante, primeros en la línea sucesoria —arts 442-1 y

442-2 CCCat— que habrán de soportar el usufructo universal del mismo; o los llamados, en defecto de hijos y descendientes, y de pareja de hecho, que entrarían cómo herederos: ascendientes o colaterales. Esa manifestación será determinante: son los «damnificados» por la concurrencia de la pareja, por lo que su declaración adquiere el carácter de confesión: (la *summa probatio*).

No obstante, la ausencia de las manifestaciones de estas personas no determina que no pueda declararse la notoriedad (de que la pareja existía al fallecimiento): el propio conviviente, si ofrece un sólido principio de prueba, está legitimado para formalizar el acta de declaración de herederos. Incluso sin intervención de los hijos; sin perjuicio, como es natural, de que los mismos puedan utilizar la vía prevista en el art. 56.3.3 LN, pues el notario hará «constar en el acta la reserva del derecho a ejercitar su pretensión ante los Tribunales de los que no hubieran acreditado a juicio del Notario su derecho a la herencia y de los que no hubieran podido ser localizados. También quienes se consideren perjudicados en su derecho podrán acudir al proceso declarativo que corresponda.»

2.1.2. La separación de hecho, en la pareja matrimonial o no matrimonial

El reverso de la existencia y subsistencia de la pareja de hecho es, precisamente, la separación de hecho. Si existe constancia de que aquella se constituyó, y se aduce la separación, deberá acreditarse la misma, mediante las pruebas opuestas a las de la convivencia: certificados de empadronamiento en lugares distintos (lo cual, de acuerdo con lo que antes hemos expuesto, tampoco sería determinante); eventuales relaciones con otras personas; y, por supuesto, las manifestaciones testificales de familiares, amigos o vecinos.

Al respecto, no olvidemos que los testigos podrán «ser, en su caso, parientes del fallecido, sea por consanguinidad o afinidad, cuando no tengan interés directo en la sucesión» (artículo 56.2.1 LN).

Salgamos al paso de la idea que considera que no pueden ser testigos, cualquiera que sea la naturaleza de estos, los familiares. Debe quedar claro que, en cuestiones notariales, la prohibición de que los familiares actúen como testigos, afecta especialmente a los llamados *instrumentales*; es decir, aquellos que concurren, sin más, a la solemnización o formalización del acto (por ejemplo, en un testamento, son inhábiles los parientes de los beneficiados: 421-11 CCCat); pero no a los denominados testigos *de*

conocimiento, que son aquellos que, o bien identifican los comparecientes (artículo 17 LN), o bien emiten manifestaciones relativas a determinados hechos, como puede ser, en una declaración de herederos, los relativos a circunstancias esenciales de la vida del causante (por ejemplo, si este constituía, o no, pareja de hecho con otra persona). Es más: cuanto más próximo sea el familiar, mayor presunción de solidez: qué mejor identificación de un hijo que la que emite su madre... De hecho, el artículo 56 LN permite que sean testigos los familiares que no tengan interés *directo* en la declaración de herederos.

En relación al matrimonio, la separación de hecho, además de la existencia de una demanda de separación, divorcio o nulidad, excluye al cónyuge del llamamiento intestado (art. 442-6 CCCat). Es decir, queda expulsado de la sucesión (al igual que ocurre en los dos títulos sucesorios voluntarios: el heredamiento y el testamento) el cónyuge que, al tiempo del fallecimiento del causante, se encontrara separado de hecho del mismo.

En este sentido, la prueba de la separación de hecho adquiere especial relevancia, pues enerva los efectos sucesorios de un estado civil, el de casado. Sin duda, la mejor prueba en estos casos la constituye la propia manifestación del cónyuge, reconociendo dicha separación de hecho (de nuevo, la confesión como prueba más sólida). Pero, a falta de tal manifestación —con la que no se suele contar— deberán extremarse las pruebas, pues se le está privando del usufructo universal; o, incluso —a falta de hijos y descendientes: artículo 442-3.2 CCCat— de llamamiento como heredero.

Muy clara y didáctica, por las pautas que el tribunal proporciona en lo relativo a la separación de hecho, como excluyente del cónyuge supérstite en la sucesión intestada, lo constituye la sentencia de 4 de febrero de 2020, de la Sección 13, de la Audiencia de Barcelona [Número Resolución: 73/2020. Ponente María Pilar Ledesma Ibáñez], que estima el recurso presentado frente a la de instancia, revocándola.

El juzgado había considerado insuficientemente probada, a la fecha del fallecimiento del causante, la separación de hecho de los cónyuges alegada por la madre del difunto, la cual, en tal caso, resultaría declarada heredera: su hijo y su nuera, afirmaba, estaban separados desde febrero de 2016, falleciendo el primero —por suicidio— el 26 de junio del mismo año. La Audiencia procede a una nueva valoración de la prueba. Pero, antes, deja sentado qué debe entenderse por separación de hecho, trayendo a colación la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 21 de febrero de 2019, según la cual la ley ha optado por «una definición objetiva de los

presupuestos de aplicación de la norma: basta con la ruptura efectiva de la convivencia, incluso por separación de hecho, o la interposición de una demanda en proceso matrimonial, siempre y cuando posteriormente no haya habido reanudación de la convivencia o reconciliación, para hacer valer la ineficacia de las disposiciones otorgadas a favor del cónyuge o con viviente» aunque se trataba de una sucesión testamentaria, pero la Audiencia lo considera —con razón— plenamente aplicable a la legal.

Así, frente a la insistencia de la supérstite, negando que se encontrasen separados en el momento del fallecimiento, la Audiencia puntualiza: a) en relación a las pruebas testimoniales, contradiciendo a la magistrada de instancia, ve un denominador común a todas las declaraciones: la supérstite, al tiempo del fallecimiento, se encontraba ya residiendo en otra vivienda del mismo inmueble; y b) respecto a las pruebas documentales, existe en los autos un contrato de arrendamiento de la citada vivienda, suscrito por la sobreviviente, datado el 1 de febrero del año 2016; y, asimismo, la cónyuge se empadronó en dicho inmueble el 3 de junio de 2016, constituyendo —dice la Audiencia— «un acto propio de la demandada», lo que lo reviste de especial importancia. Concluye el tribunal (fundamento jurídico 3) que «de este modo, consideramos que la falta de convivencia evidencia la existencia de una situación de separación de hecho, pues consideramos probado que los cónyuges residían en domicilios diferentes, y que la demandada no ha acreditado que los esposos siguieran juntos o pretendieran una reconciliación». Ojo, pues: la separación de hecho produce sus efectos incluso habiéndose producido apenas unos meses antes.

Tampoco consideran los magistrados prueba suficiente la alegación de la sobreviviente, consistente en haber sufragado los gastos de entierro y funeral, pues «no nos parece un dato concluyente para desvirtuar los hechos probados que extraemos del resto de la prueba examinada, pues esta acción [el abono de dichos gastos] no es unívoca, sino que puede responder a diversas motivaciones y no permite las inferencias que se realizan en la sentencia apelada», que había atribuido a tales pagos el carácter de prueba del mantenimiento de la convivencia matrimonial (fundamento jurídico 3). Tampoco consideran prueba suficiente —ni siquiera pertinente— el hecho de que algún testigo declarase que la noche anterior al fallecimiento del marido, ambos cónyuges habían acudido a una fiesta, como un matrimonio «aparentemente feliz»: el desenlace inmediato —suicidio del causante— contradice frontalmente esa pretendida apariencia.

En un caso (notarial) reciente, la prueba de la separación de hecho devino innecesaria. El requirente —hijo— alegaba la separación de hecho

del causante y su cónyuge (cuyo matrimonio se acreditaba debidamente), ambos de nacionalidad vietnamita. Dado que el fallecido residía en España (artículo 21 del Reglamento de sucesiones europeo —RSE—) se aplicaba la ley española, y, dentro de ella, la catalana (art. 37 RSE). Sin embargo, el cónyuge viudo nunca había llegado a residir aquí, extremo que solo resultaba de las manifestaciones de los testigos. Y de muy difícil prueba documental, pues había que acreditar hechos negativos (la *diabólica probatio*). Se consultó acerca de cuál era el patrimonio hereditario; y la respuesta fue la solución: ninguno. Lo que se perseguía con la declaración de herederos era la atribución de la condición de llamados, como herederos, a los hijos, para poder percibir la indemnización de un seguro de vida. Recordemos que dichas indemnizaciones no forman parte de la herencia, de manera que, a falta de designación explícita en la póliza, los beneficiarios son los herederos (en sentido estricto: art. 411-1 CCCat); en este caso, los hijos. Era, pues, totalmente irrelevante la separación de hecho, pues, acreditada o no, el viudo no tendría ningún derecho efectivo sobre el patrimonio del causante. En consecuencia, se le atribuyó el (bien que vacío de contenido) usufructo universal, designando herederos a los hijos.

En otro supuesto referente a un causante y a su cónyuge, ambos filipinos, y residentes en Cataluña, de las manifestaciones iniciales de los hijos, se desprendía que el supérstite no ostentaría ningún derecho, toda vez que, decían, al tiempo de su fallecimiento, el causante estaba divorciado. De hecho, presentaban un documento judicial filipino, en inglés, del que resultaba la disolución del vínculo. Sin embargo, esta resolución no disponía de apostilla (ni de ninguna otra legalización internacional), alegando, además, los interesados que era muy difícil la obtención de la misma, por lo que se cerraba el paso a la necesaria prueba documental del divorcio. Sin embargo, sí era posible acreditar la separación de hecho: los dos cónyuges vivían en Barcelona, y se pudo probar la residencia, desde hace años, en casas separadas, así como la vida totalmente independiente de ambos. Con lo cual, quedaba excluido el llamamiento al sobreviviente, no por divorcio —que no se pudo acreditar— sino por separación de hecho. El derecho son efectos: se obtuvo el mismo resultado (exclusión del llamamiento intestado) por una vía distinta (separación de hecho) de la inicialmente pretendida (divorcio): los cónyuges —seguramente— estaban divorciados, pero *también* separados de hecho.

Al respecto, recordemos que los documentos extranjeros relativos al estado civil, de acuerdo con Reglamento 2016/1191 del Parlamento europeo y del Consejo de 6 de julio de 2016, por el que se facilita la libre

circulación de los ciudadanos simplificando los requisitos de presentación de determinados documentos públicos en la Unión Europea (DOUE, 26 de julio de 2016), no necesitan, dentro de los países de la Unión Europea, ni apostilla ni otra forma de legalización. Tampoco los documentos procedentes de Rusia, en virtud de un canje de notas entre España y ese país de 24 de febrero de 1984 (BOE de 18 de abril de 1985). Pero, respecto a los demás países, sigue siendo indispensable la apostilla, o la legalización internacional.

2.2. Renuncia a la sucesión intestada, pero conservación de la legítima por parte de los legitimarios

Es relativamente frecuente la renuncia a la herencia los hijos del causante, llamados como herederos en la correspondiente declaración, para, en virtud del «rebote» previsto en el artículo 442-2.2 CCCat, resulte llamado el cónyuge sobreviviente —o conviviente—, que sea a su vez, progenitor de los renunciantes. Pero, en algunas ocasiones, estos desean, no obstante su renuncia, conservar sus derechos legitimarios. Y no necesariamente por razones tributarias, para reducir la base imponible del viudo heredero, pues, *de facto*, cónyuge o conviviente están prácticamente exentos, salvo en sucesiones de valores elevados muy elevados. No parece que haya obstáculo para que así sea. En primer término, por virtud del principio de libertad civil que rige el derecho catalán (artículo 111-6 CCCat). Y, en segundo lugar, porque los llamamientos son diferentes: sistemáticamente vienen regulados de manera separada (títulos IV y V); y el artículo 451-7.1 CCCat, después de señalar que la institución de heredero a favor de legitimario implica la atribución de la legítima, incluso en el supuesto de que repudie la herencia, añade que en estos casos «se entiende» que legitimario renuncia también a la legítima, presunción que puede ser contradicha mediante manifestación en contrario, consistente en que el renunciante se reserva la legítima. En cualquier caso, los supuestos, varios, que he tenido en la notaría, no implicaban desacuerdo entre hijos y cónyuge supérstite (todo lo contrario): de hecho, ya la iniciativa de los hijos de renunciar supone una voluntad de beneficiar a su progenitor.

2.3. Provocación de la ineficacia de la institución de heredero con la finalidad de que se abra la sucesión intestada

En ocasiones, los herederos llamados en testamento provocan la ineficacia de la institución con la finalidad de abrir la sucesión intestada, pues esta se adapta mejor a su voluntad. No olvidemos que «[e]l llamado que repudia la herencia testamentaria puede aceptar la intestada, pero sujetándose a los legados, los fideicomisos, las condiciones y las otras cargas que el testador haya impuesto» (artículo 461-11.1 CCCat).

Expondré dos casos recientes.

En el primero, el título sucesorio era un testamento formalizado en el año 1968; sujeto, por tanto, a las normas interpretativas de la Compilación (disposición transitoria 4ª del libro IV del CCCat). En dicho testamento se designaba, sin más, nominativamente, a los dos hijos del causante, siendo así que, al tiempo del fallecimiento, uno de ellos le había premuerto, dejando, a su vez, dos hijos —nietos del causante—. De acuerdo con el actual artículo 423-8 CCCat, dicha cláusula implicaría la apertura del llamamiento a favor de los respectivos descendientes, por el orden de la sucesión intestada. Sin embargo, si aplicásemos —como teníamos que hacer— el criterio interpretativo de la Compilación, el efecto sería el acrecimiento. Con todo, el hijo sobreviviente estaba dispuesto a facilitar la interpretación consistente en la apertura del llamamiento a favor de sus sobrinos; lo cual, no obstante, podría chocar con una eventual interpretación hecha por la Hacienda autonómica (ATC), que podría entender que, en realidad, eso implicaba una aceptación y renuncia a favor de sus sobrinos, hijos del hijo del muerto. Es cierto que los herederos están facultados para interpretar la voluntad causante; pero aquí tenemos un tercero —Hacienda— que podría, hacer valer —legítimamente— la interpretación de la Compilación, liquidando dos hechos impositivos: la aceptación, por el hijo sobreviviente, y —una vez titular de los derechos— renuncia a favor de sus sobrinos (hijos del hijo premuerto). La solución que se propuso, para sortear esta eventualidad, fue la renuncia por parte del hijo sobreviviente, dando lugar a la ineficacia del testamento, por falta de herederos; y provocando, por tanto, la apertura de la sucesión intestada (art. 441-1CCCat): la declaración de herederos designa al hijo sobreviviente y, por derecho de representación, a los hijos del premuerto.

Más alambicado fue el caso en el que el testador había designado herederos a sus hijos, sustituidos vulgarmente por sus descendientes. Los primeros, sin embargo, pretendían, mediante una renuncia de todos los llamados, que fuera heredero —tras la apertura de la intestada— el

cónyuge supérstite. Los hijos eran mayores edad; pero no los nietos del causante. Se acudió, en consecuencia, a al expediente previsto en el art. 236-30 CCCat, sustitutivo de la autorización judicial: consentimiento de los nietos mayores de dieciséis años —había varios— y, en los demás casos, de los dos parientes más próximos, uno por parte de padre y otro por parte de madre.

La duda que se les podía plantear a los parientes, a la hora de prestar su anuencia, es cómo era admisible la renuncia a una herencia solo beneficiosa para los menores. Sin embargo, el argumento era concluyente: estos menores, en calidad de sustitutos, solo recibían el llamamiento porque sus padres renunciaban para beneficiar al cónyuge vivo: en ningún caso se abriría la delación —vía sustitución vulgar— a favor de los nietos si sus padres —hijos del causante y herederos en primer término— no tuvieran la certeza de que, a su vez, sus hijos renunciarían, dando así lugar a la apertura de la intestada: la unidad de acto era esencial.

La renuncia de los nietos era, pues, puramente instrumental, a los solos efectos de abrir la sucesión intestada, y que esta —tras una nueva cadena de renunciaciones, que también se formalizaban en la escritura de renuncia a la sucesión testada— beneficiase al cónyuge sobreviviente. En definitiva: los nietos solo llegaron a ser llamados como herederos porque los padres renunciaban si sus hijos lo hacían. Su posición, a la postre, era neutra: jamás hubieran recibido la delación si no estaba asegurada su renuncia a la misma.

Distinto supuesto hubiese sido, sin embargo, que la renuncia por parte de los progenitores de los menores en su calidad de representantes legales de estos, aun mediando el consentimiento de los parientes o el del propio menor (art. 236-30 CCCat) *beneficiase al progenitor representante*, como consecuencia de la apertura de la sucesión intestada.

Fue el caso de la viuda que pretendía renunciar, en nombre de su hijo, a la herencia del padre de este, con la anuencia de los parientes: aquí, el conflicto de intereses excluye la representación legal. Así lo subrayó la RDGEJ de 28 de febrero del año 2012 [DOGC núm. 6015, de 1.04.2012] según la cual (fundamento jurídico 3º) una cosa es que los parientes más próximos *completan* una determinada declaración de voluntad —emitida por la madre en representación del hijo—, y otra *suplir* esta manifestación de voluntad, cuando la madre, por mediar conflicto de intereses, no puede tomar la decisión. Hay un principio general, agrega la DGEJ, extraíble de numerosos preceptos del CCCat, consistente en que los títulos de representación ceden en los casos en los que media un conflicto de intereses

entre representante y representado; en particular, para la potestad parental, así lo determina el artículo 236-18 CCCat.

En cualquier caso, debemos tener claro que la ineficacia de la institución de heredero testamentaria por renuncia (o premoriencia, o inhabilidad) de todos los llamados, no supone la resurrección de un testamento anterior, sino la apertura de la sucesión intestada. En este sentido, la RDGEJ 15 de octubre de 2015 [JUS/2437/2015; DOGC núm. 68993, de 9.11.2015] salió al paso de un intento de hacer revivir un testamento previo sobre cuya base se formalizó una adjudicación hereditaria. En estos casos, la ineficacia de la institución de heredero por renuncia del mismo no implica la ineficacia total del testamento, que conservará intacta su fuerza en lo relativo a los legados —si existen—, y a su eficacia derogatoria de los testamentos anteriores (fundamento jurídico 2.1).

2.4. Nulidad de declaración de herederos por «preterición» de dos hijos

La sentencia de 9 de marzo de 2018, de la sección 17, de la Audiencia de Barcelona [N. Resolución: 273/2018. Ponente: Ana María Ninot Martínez] resuelve un supuesto de nulidad de acta de declaración de herederos.

La sentencia confirma, en todos sus extremos, la resolución recurrida, del juzgado de primera instancia número 6 de Mataró, que había declarado nula la declaración de herederos en la que se designaba como tal exclusivamente a una hija del causante, siendo así que éste tenía, además, otros dos hijos (fruto de su primer matrimonio).

De forma inmediata, la declarada heredera había renunciado pura y simplemente a la herencia, abriéndose la delación —siempre de acuerdo con esa declaración herederos— a favor de su madre, que era la recurrente; la cual, sin negar los hechos ahora probados —la existencia de dos hijos más—, solicitaba una mera adición de la declaración de herederos; y, subsidiariamente, la nulidad del acta (basándose en la concurrencia de vicios del consentimiento), y de la renuncia de su hija, así como de la aceptación de la herencia, por parte de ella. Y agrega una petición, consistente en que se le deben abonar todos los pagos del préstamo hipotecario que correspondían al causante y que fueron satisfechos por parte de ella desde el momento del fallecimiento.

En relación al acta, la Audiencia declara que la misma es nula, no porque se haya otorgado con error, dolo u otro vicio del consentimiento —causas alegadas por la recurrente—, sino porque contraviene el orden legal

de suceder (art. 6.3 CC). Y para ello no son óbice ni las alegaciones de la recurrente, sobre su desconocimiento de la existencia de otros descendientes (eso solo evidencia su buena o mala fe, al tiempo del otorgamiento), ni tampoco que se haya cumplido el procedimiento previsto en el Reglamento Notarial, pues ello no sana el motivo de nulidad denunciada.

La Audiencia rechaza, por improcedente en ese juicio, la nulidad de la renuncia por parte de la hija, sin perjuicio de que pueda ser presentada dicha reclamación en el juicio declarativo correspondiente. También rechaza, aunque también pueda reclamarse donde corresponda, que en ese proceso se exijan las cuotas hipotecarias satisfechas por la recurrente desde la muerte del causante.

2.5. Indignidad en la sucesión intestada

La sentencia de 24 de noviembre de 2014, de la sección 1ª, de la Audiencia de Barcelona [Resolución: 536/2014. Ponente: Amelia Mateo Marco] resuelve un supuesto de indignidad en el marco de la sucesión intestada.

El hermano del causante alegaba, como causa de indignidad concurrente en su padre —progenitor del causante—, el supuesto previsto en el artículo 765.1 del Cc español, que considera indignos a los padres que «abandonaren, prostituyeren o corrompieren a sus hijos».

El tribunal salva el error del demandante, que aduce una causa prevista en el Cc, cuando el aplicable es el CCCat (arts. 16.1 y 9.8 Cc); y analiza si la conducta del progenitor encaja en la causa prevista actualmente en el artículo 412-3 CCCat, cuya letra f considera indignos de suceder a «los padres que han sido suspendidos o privados de la potestad respecto al hijo causante de la sucesión, por una causa que les sea imputable».

La sentencia declara que «todavía no existe jurisprudencia sobre la interpretación de esta causa de indignidad, tal y como ha quedado redactada en la actualidad, pero la doctrina mayoritaria señala que, aunque el precepto no lo exige, es necesaria una resolución judicial en que se suspenda o prive de la patria potestad, aunque no tenga que ser penal, como sí se exige en los apartados anteriores «del precepto». Sobre esa base, añade que la suspensión de las funciones parentales había sido acordada por una resolución de 1997 de la Dirección General de atención a la infancia, pero no mediante una decisión judicial. En consecuencia, el tribunal considera que no ha mediado la causa de indignidad, por lo que la delación a favor del progenitor será eficaz.

En el presente caso, el causante no tenía patrimonio, pero la importancia de la declaración de herederos radicaba en la percepción del seguro que se iba a percibir por los herederos, toda vez, cuenta de que el fallecido, de 22 años, había muerto a consecuencia de un accidente. En tales casos, recordemos, no es necesaria la aceptación de la herencia, sino sencillamente tener la consideración de herederos «legales» (entre los cuales, si hay testamento, deben entenderse los testamentarios): no olvidemos que la indemnización por seguro no forma parte de la herencia.

2.6. El laberinto del *ius transmissionis* en la sucesión intestada: usufructo universal intestado del viudo

En los ordenamientos jurídicos que, como el catalán, consideran que nadie puede enriquecerse contra su voluntad, es indispensable el consentimiento del llamado a una herencia para la adquisición de esta. Lo cual no impide que ese llamado, tras el fallecimiento de su causante, muera *antes* de hacer aceptado (o repudiado) dicha sucesión. En tal caso, ese derecho no ejercitado de aceptar o repudiar la herencia (*ius delationis*) se transfiere al heredero del primer llamado, el cual podrá aceptar la herencia de su causante; y, si lo hace, aceptar —o no— la sucesión del primer fallecido.

Participan, pues, en esta doble herencia tres personas: el *primer causante*; el primer heredero, que fallece sin aceptar o repudiar la herencia del primer causante, que se denomina *transmitente*; y el heredero del segundo causante al que se le califica como *transmisario*

A este último, por la muerte del transmitente *sin aceptar ni repudiar la herencia* del primer causante, le llega el llamamiento a esta, *que se le transmite*. Por eso, más que un derecho de transmisión, esta figura podemos identificarla como la aptitud del *ius delationis* de ser desplazado, desde un sujeto inicialmente llamado —transmitente— a otro —transmisario—, por tener este la condición de heredero del primer sucesor: se trata, pues, de la transmisibilidad del derecho de aceptar o repudiar la herencia, de manera que «[s]i el llamado muere sin haber aceptado ni repudiado la herencia deferida, el derecho a suceder mediante la aceptación de la herencia y el de repudiar se transmiten siempre a sus herederos» (art. 461-13 CCCat).

Como es natural, para acceder a la herencia del primer causante, ha de aceptarse la del transmitente; y una vez aceptada esta, se podrá aceptar o repudiar aquella; pero de ninguna manera puede accederse a esta si no se

acepta la del transmitente: es más, la aceptación de la del primer causante implicaría la aceptación tácita de la del transmitente.

El *ius transmissionis* opera con independencia de que la sucesión sea testamentaria o intestada. La contractual ofrece peculiaridades, pues la aceptación, por regla general, se verifica por el heredero en el pacto sucesorio (si es otorgante del mismo, claro)

El juego del *ius transmissionis* no ha sido pacífico, dando lugar a dos grandes interpretaciones o líneas doctrinales: la que, conocida como *tesis clásica*, considera que el transmisario, sucede al primer causante siempre a través del transmitente, insertando la herencia de primer fallecido en la del segundo; y la denominada *moderna*, que considera que el transmisario, aceptadas ambas herencias, sucede, por un lado al transmitente, y por otro, de modo directo, al primer causante, identificándose como de doble transmisión.

El caballo de batalla lo constituyen los derechos que ostentan terceros (cónyuge viudo, legitimarios, legatarios, sustitutos fideicomisarios) *sobre el patrimonio hereditario del transmitente*. Si seguimos la tesis clásica, este patrimonio estará «engordado» con los bienes recibidos de la herencia del primer causante; y los derechos de esos terceros (por ejemplo, cónyuge viudo en la sucesión intestada del transmitente) recaerán *también* sobre esos bienes o su valor. En caso contrario —tesis moderna— tales derechos recaerán solo sobre los bienes del transmitente.

En un supuesto de sucesión intestada, la Resolución DGEJ de 28 de septiembre de 2018 [JS/2291/2018; DOGC núm. 7724, de 11.10.2018] acoge la tesis moderna.

En el caso que resuelve, la hija (transmitente) había fallecido intestada sin haber aceptado la herencia de su padre (primer causante), dejando a su vez una hija (transmisaria). La registradora entiende que el usufructo universal abintestato del viudo de la transmitente se extiende a la herencia del primer causante, razón por la cual debería comparecer en la adjudicación hereditaria de ese primer causante. La DG es categórica deslindando las dos herencias: no repara en las diferencias entre la legítima catalana y la del Código Civil español de forma que cualquiera que sea la naturaleza del derecho reclamado (un usufructo o un crédito), o su origen (voluntario o legal), no podrá recaer sobre el patrimonio hereditario del primer causante, integrado por bienes que el transmitente nunca llegó a adquirir.

La sucesión testada en Catalunya: práctica notarial, jurisprudencia y doctrina de la DGDEJM

Pablo Vázquez Moral

Notario de Sant Feliu de Guíxols

Sumario

Introducción

1. Herencia yacente
2. Indignidad sucesoria
3. Inhabilidad sucesoria
4. Capacidad para otorgar testamento
5. Testigos instrumentales
6. Ineficacia sobrevinida por crisis matrimonial o de convivencia
7. Eficacia revocatoria de los testamentos
8. Designación de heredero por fiduciario
9. Cancelación y régimen transitorio de los fideicomisos *si sine liberis decesserit*
10. Sustitución preventiva de residuo
11. Toma de posesión de legado
12. Cuarta Falcidia
13. Incidencia de los seguros de prima única en la legítima y la partición
14. Influencia del ajuar en el cálculo de la legítima
15. Cálculo de la legítima en herencias sucesivas
16. Computación de donaciones
17. Forma de pago del legado simple de legítima

18. Imputación de donaciones
 19. Cautela socini
 20. Preterición errónea
 21. Desheredación
 22. Extinción de la legítima de los progenitores
 23. Cuarta viudal
 24. Administración de bienes dejados a menores
 25. Partición
 26. Derecho transitorio: reserva viudal
 27. Derecho transitorio: institución genérica a favor de los hijos
- Bibliografía

Introducción

Para los notarios que ejercemos en Cataluña es realmente un privilegio poder realizar nuestro trabajo con un derecho civil moderno como es el del CCCat. Un derecho civil que a los notarios nos permite prestar un mejor servicio al ciudadano pues, manteniendo los principios esenciales de la tradición jurídica catalana, ha sido puesto al día teniendo en cuenta, entre otras cuestiones, los problemas que se planteaban en el quehacer diario de las notarías, en este caso en materia sucesoria. Tenemos la suerte de haber contado con muchos notarios que han participado en su elaboración a través de la Comisión de Codificación de Cataluña. Esta institución fue dirigida por Joan Carles Ollé i Favaró, notario de Barcelona y Decano durante doce años del Colegio Notarial de Cataluña, al que agradezco su confianza durante el tiempo que compartimos Junta Directiva. En palabras de Ollé en el año 2009, *«la ley 10/2008, de 10 de Julio, reguladora del Libro cuarto de Sucesiones del Código Civil de Cataluña, ha supuesto, en general, una reforma prudente y equilibrada del Derecho Civil catalán, pues ha sabido conservar lo mejor de las instituciones propias y de los principios característicos de un derecho que tiene una muy larga tradición histórica que le avala y, a su vez, renovar y modernizar aquellos aspectos del mismo que se habían quedado obsoletos y que la evolución de la sociedad y la familia aconsejaba replantear»*. No puedo estar más de acuerdo con estas palabras y creo que catorce años después de las mismas, el Libro cuarto ha cumplido las expectativas y sirve para resolver mejor que nunca las cuestiones sucesorias que se plantean en los despachos notariales.

En este trabajo he realizado una ordenación sistemática de las sentencias del TSJC y de las resoluciones de la DGDEJM relativas al Libro cuarto y de las que he tratado de extraer su contenido fundamental. Me he centrado en aquellas que resolvieron cuestiones cuyo supuesto litigioso se planteaba en una sucesión testamentaria, si bien en ocasiones la institución estudiada

puede darse también fuera del ámbito testamentario. Estoy pensando por ejemplo en la legítima de los ascendientes, que también tiene lugar en la sucesión intestada, o en cuestiones relativas a herencia yacente, inventario, indignidad, inhabilidad sucesoria. En cualquier caso, en este trabajo sólo se estudian estas instituciones si han estado enmarcadas en una sucesión testada.

Como notario, soy un jurista práctico y por ello no se encontrarán en este trabajo sesudas y profundas reflexiones sobre un tema jurídico. Nuestra actividad profesional consiste en solucionar los problemas de la gente y para ello he pretendido ordenar las decisiones jurisprudenciales en materia de derecho sucesorio testamentario, extraer sus ideas fundamentales y comentarlas desde un punto de vista notarial, tras casi 20 años de ejercicio profesional en Cataluña, de modo que puedan servir de guía para el aplicador del derecho. En las notas a pie de página se encontrarán algunos comentarios que he considerado relevantes de doctrina catalana y en especial de notarios que han hecho del derecho sucesorio catalán un *corpus iuris* del que podemos estar muy orgullosos. Ello no obstante, estas citas no son abundantes, pues he querido dar el protagonismo al propio contenido jurisprudencial, que es el que finalmente decide la interpretación del derecho y acaba guiando el contenido de nuestras escrituras. En cuanto a su estructura, los epígrafes de este trabajo no han sido ordenados ni alfabéticamente ni cronológicamente por la fecha de las sentencias o resoluciones emitidas, sino siguiendo la estructura del Libro cuarto, que me parecía más adecuada. El lector encontrará un resumen de cada sentencia o resolución con el problema jurídico planteado, la solución de la autoridad y algún breve comentario de este notario, fruto de su experiencia.

Finalmente expresar mi agradecimiento a las Jornades de Tossa por su confianza en encargarme este trabajo, que espero sea de interés y utilidad para los profesionales del derecho.

1. Herencia yacente

Artículo 411-9. Herencia yacente

...4. Siempre que los llamados a la herencia sean diversos, la aceptación de uno de ellos extingue la situación de herencia yacente. Mientras la totalidad de los llamados no acepta o no se produce la frustración de las llamadas, la

administración ordinaria de la herencia corresponde al heredero o herederos que han aceptado, con aplicación, si existe más de uno, de las normas de la comunidad hereditaria. El aceptante o aceptantes pueden, bajo su responsabilidad, pagar las deudas de la herencia y las cargas hereditarias, satisfacer las legítimas y cumplir los legados.

Este precepto, tal como reconoce el preámbulo del Libro cuarto del CCCat, constituye una de sus novedades sustantivas. Supone que la situación de herencia yacente se extingue cuando alguno de los herederos acepta la herencia, aunque existan otros llamados que no se han pronunciado aún. En estos casos corresponderá la administración ordinaria de la herencia a los que aceptan, a la espera de que el resto también lo haga o se frustren los llamamientos¹.

La DGDEJM, en resolución JUS/6/2018, de 8 de enero resolvió sobre una calificación de acuerdo con este novedoso precepto. Se trataba de una herencia testada abierta en el año 2015. El testador legó un local comercial a su pareja e instituyó herederos a otras tres personas. Uno de esos herederos aceptó la herencia ante notario y con el número siguiente de protocolo hizo entrega del legado del local comercial a la pareja del testador. El registrador de la propiedad calificó negativamente la escritura exigiendo en principio que se acreditara que el resto de llamados a la herencia no habían aceptado la herencia. Sin embargo, dada la dificultad de acreditar hechos negativos, exigió al menos la previa notificación a los otros dos llamados a la herencia, de la voluntad del heredero aceptante de realizar la entrega del legado. El registrador basó esta interpretación tan restrictiva del artículo 411-9.4 en la protección de los legitimarios y del derecho de los otros herederos a detraer la cuarta falcidia.

La DG resolvió ordenando la inscripción de la escritura, atendiendo al claro tenor del artículo 411-9.4, del que resulta que nada se tiene que oponer que una sola de las personas llamadas, la única que puede acreditar que ha aceptado la herencia, entregue, bajo su responsabilidad, el legado.

1 ADOLFO LUCAS ESTEVE denomina esta situación «herencia parcialmente aceptada». La califica como «*situació intermèdia i transitòria: per una banda, l'herència no ha fet trànsit als successors i, per tant, no s'ha format la comunitat hereditària, i per altra banda, l'herència jacent s'ha extingit, perquè ja no és un patrimoni sense titular, doncs ha trobat algun o alguns dels futurs titulars. L'herència parcialment acceptada té una finalitat pràctica evident: evitar el bloqueig del procés successori per part d'algun dels cohereus pel fet de no acceptar l'herència, ja que permet administrar l'herència i executar les disposicions testamentàries pels hereus que sí han acceptat.*»

Un legado que cumplirá bajo su responsabilidad, evaluando el perjuicio que puede causar a él mismo y a las otras personas llamadas que aceptan, pero sin ningún otro requisito. El hecho de que se pueda considerar que el legislador habría tenido que establecer cautelas, tal como defiende el registrador, no autoriza a éste a establecerlas por sí mismo exigiendo el cumplimiento de requisitos que la ley no prevé, como la notificación al resto de llamados a la herencia.

Con esta norma el derecho civil catalán se separa del derecho civil común, en el que de existir varios herederos, es preciso que todos ellos consientan la entrega del legado (RDGRN de 5 de abril de 2016, BOE 27 de abril de 2016), salvo el caso de que el testador haya autorizado a la toma de posesión del legado y no haya legitimarios. La norma catalana permite desencallar operaciones y firmar escrituras de entrega de legado en las que alguno de los herederos adopta una actitud obstruccionista o no se le puede localizar. En este sentido también fue muy bienvenida por la corporación notarial la competencia de poder realizar interpelaciones a los llamados recogida en el artículo 461-12 del CCCat y 1005 del CC, así como el nombramiento notarial del contador partidor dativo del artículo 1057 del CC. Nombramiento notarial que no existe en derecho civil catalán y que supondría una solución rápida a supuestos de falta de entendimiento entre los herederos o pasividad de alguno de ellos como los que el legislador civil catalán resolvió en la herencia parcialmente aceptada.

2. Indignidad sucesoria

Artículo 412-3. Indignidad sucesoria

Son indignos de suceder: ...g) El que ha inducido al causante de forma maliciosa a otorgar, revocar o modificar un testamento, un pacto sucesorio o cualquier otra disposición por causa de muerte del causante o le ha impedido hacerlo, así como el que, conociendo estos hechos, se ha aprovechado de los mismos.

En materia de capacidad sucesoria analizaremos posteriormente la sentencia del TSJC 36/2019, de 20 de mayo. Esta sentencia también trata la posible indignidad para suceder de uno de los hijos de la causante, fallecida en 2016. El TSJC confirmó la sentencia de la Audiencia Provincial, declarando la falta de capacidad natural de la causante para otorgar testamento y por tanto la nulidad del último otorgado en el año 2006, en que se había instituido heredero únicamente a uno de los hijos y que había

revocado uno anterior en que se había favorecido a todos los hijos por igual. En las dos instancias previas, además de declarar la incapacidad de la testadora y la consiguiente nulidad del testamento, también se declaró indigno de suceder al hijo instituido heredero en el testamento declarado nulo. El TSJC casa esa parte de la sentencia y por tanto le libra de la indignidad, siendo interesante su razonamiento y los argumentos relativos al derecho transitorio.

Comencemos por esta última cuestión. El testamento se otorgó en 2006, bajo la vigencia del CS, mientras que la apertura de la sucesión tuvo lugar en 2016, estando ya vigente el Libro cuarto del CCCat. EL TSJC, en aplicación de las Disposiciones Transitorias 1 y 2 del Libro cuarto, concluye que la regla general es que la sucesión del causante se rija por las normas en vigor a la apertura de la sucesión, pero que cuando se trata de enjuiciar la validez del acto jurídico voluntario que motiva la sucesión, en este caso un testamento, se establece una doble validez, en tanto que son válidos los testamentos realizados bajo el amparo de la ley anterior en orden a sus requisitos materiales y formales, incluidos los requisitos de capacidad, e igualmente serán válidos, aun cuando no lo fueran entonces, en el caso de que deban regir una sucesión abierta posteriormente, si fuesen conformes a la ley vigente en el momento del fallecimiento del causante. Sin embargo, para las causas de indignidad habrá que estar a las normas en vigor en el momento de la delación, en este caso el Libro cuarto del CCCat, pues es entonces cuando debe enjuiciarse la capacidad sucesoria del heredero. Así resulta tanto de la DT primera del libro cuarto², como de su art 412-8.2.³

Resuelto el tema transitorio, entremos ya en el fondo del asunto. La Audiencia Provincial, partiendo de la base de que la causante carecía de capacidad para otorgar el testamento por su deterioro cognitivo, concluyó que el hijo instituido heredero incurrió en la causa de indignidad, dado que era plenamente consciente de las carencias cognitivas que presentaba su madre, era su cuidador y fue quien la indujo a otorgar el último testamento. El TSJC resuelve que el juicio de inferencia que hace la Audiencia respecto de estos extremos no se ajusta a lo dispuesto en el art. 386.1 de la LEC, el cual dice que a partir de un hecho admitido o probado, el tribunal podrá

2 DT primera del Libro cuarto del CCCat: Principio General. *Se rigen por el libro cuarto del Código civil las sucesiones abiertas y los testamentos, codicilos, memorias testamentarias y pactos sucesorios otorgados después de que haya entrado en vigor.*

3 Artículo 412-8.2 del CCCat: *Los efectos de la indignidad o inhabilidad se retrotraen al momento de la delación.*

presumir la certeza, a los efectos del proceso, de otro hecho, si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano. Para llegar a esta conclusión, el TSJC argumenta que el hijo declarado indigno no era su cuidador permanente, estando al causante a cargo de una persona asalariada. Además, careciendo de capacidad la testadora, mal pudo ser inducida por un tercero a realizar un acto no querido realmente. A ello hay que añadir que no podía asegurarse que el hijo declarado indigno conociera plenamente la situación cognitiva de su madre, pues no era un profesional de la medicina. Se reafirma este argumento teniendo en cuenta que ni el notario autorizante del último testamento, ni los testigos instrumentales del mismo apreciaron la falta de capacidad.

El Tribunal repasa en la sentencia la naturaleza jurídica de la indignidad sucesoria y recuerda que parte de la doctrina considera que se trata de una sanción a la infracción grave de deberes y obligaciones familiares, mientras que para otros autores nos hallaríamos ante la presunción del legislador de que el causante no habría querido que le sucediese una persona que hubiese incurrido en tales conductas⁴. Cualquiera que sea la postura adoptada, considera que las causas de indignidad han de ser probadas de manera suficiente por quien sostiene su concurrencia y veracidad, debiendo ser declarada judicialmente cuando existe oposición a su reconocimiento. Y la interpretación debe ser restrictiva en tanto que supone privar a una persona de las atribuciones sucesorias dispuestas en forma voluntaria y por la ley.⁵ En consecuencia, en el presente caso no considera que el hijo fuera indigno para suceder.

En el ámbito notarial las causas de indignidad tienen nulo recorrido, pues el notario no es una autoridad que pueda declararla, correspondiendo

-
- 4 M^a DEL CARMEN GETE-ALONSO y CALERA enumera dos posiciones: las que consideran que el fundamento de la indignidad es subjetivo, basado en presuponer que si el *decius* hubiese previsto el hecho que realiza la persona indigna, le habría excluido de la herencia; y las que le atribuyen un fundamento objetivo, en virtud de las cuales son razones de moralidad las que obligan al legislador a privar de la herencia a quienes se han hecho indignos de ella, según la común apreciación social. La autora se inclina por el fundamento objetivo, dado que la probable o presunta voluntad del causante es un criterio incierto y arbitrario. Además, la indignidad podría producir sus efectos en contra de la voluntad del causante, en la hipótesis de que éste perdonara la causa de indignidad de manera distinta a la legal.
- 5 Art 412-6.1 del CCCat: *Las atribuciones sucesorias que correspondan por cualquier título a una persona indigna de suceder son ineficaces. También lo son las disposiciones hechas a favor de una persona inhábil.*

a los juzgados y tribunales su examen y resolución. Tampoco he conocido una herencia en que los herederos lleguen a un acuerdo amistoso en que se reconozca que uno de ellos es indigno de suceder y se le deje fuera de la herencia. Entiendo que no es imposible, si bien habría que tener en cuenta las posibles implicaciones fiscales, en especial si se trata de una herencia prescrita fiscalmente en que se trate de evitar que una renuncia se repunte como donación.⁶

3. Inhabilidad sucesoria

Artículo 412-5. Inhabilidad sucesoria

1. Son inhábiles para suceder: ...b) Los testigos, facultativos, expertos e intérpretes que intervengan en el otorgamiento del instrumento sucesorio, así como la persona que escribe el testamento cerrado a ruego del testador.

De un supuesto de inhabilidad sucesoria tuvo ocasión de pronunciarse el TSJC en su sentencia 17/2018, de 26 de febrero. El caso en cuestión se refiere a un testamento notarial en el que un abogado se encargó de asesorar previamente al testador, contactar con el notario, explicar a éste la voluntad del causante en orden a la preparación del testamento y concertar la hora para el otorgamiento en una clínica de Barcelona donde el testador se encontraba ingresado, todo ello en el año 2009, ya vigente el Libro cuarto del CCCat. El abogado también estuvo presente en el otorgamiento y fue favorecido por el testamento. La parte recurrente pretende su inclusión en el concepto «facultativo», inhábil para suceder según el artículo 412-5.

El TSJC resuelve negativamente y no considera al abogado inhábil para suceder. Lo contrario, argumenta, supondría realizar una interpretación extensiva del concepto «interviniente» en el otorgamiento de un testamento notarial, lo cual no se aviene con la normativa civil y notarial que desarrolla este concepto específico, ni tampoco se ajusta al criterio de interpretación estricta aplicable a las normas prohibitivas reguladoras de la inhabilidad sucesoria. Por tanto, el concepto «intervención» al que se refiere la norma (*«que intervengan en el otorgamiento...»*) no puede

⁶ Artículo 28.3 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre sucesiones y donaciones: *La repudiación o renuncia hecha después de prescrito el impuesto correspondiente a la herencia o legado se reputará a efectos fiscales como donación.*

entenderse en su acepción vulgar (tomar parte, meterse en un asunto), sino en su genuino sentido técnico-jurídico, referida a todas aquellas personas que por razones diversas cumplen una determinada función en el otorgamiento del instrumento notarial, cuya intervención se traduce principalmente en la firma por su parte del documento notarial, junto con el resto de intervinientes. Así resulta también para los testigos (artículos 421-10, 421-11 y 421-13.2); para los facultativos (421-9), para los intérpretes (421-12) y para el redactor del testamento cerrado (421-14.1). La intervención en el testamento únicamente abarca la de estos técnicos que enumera la ley (facultativos, expertos e intérpretes) con la respectiva función asignada a cada uno de ellos. Debido a su posición, quedan privadas *ex lege* de la posibilidad de recibir atribuciones sucesorias en él. La norma trata de evitar que cualquiera de ellos lleve a cabo la función que tiene encomendada, condicionado por su condición de favorecido, sin atender el interés por que prime la voluntad íntegra del testador.

En el caso concreto, aunque al letrado se le pueda considerar experto en la ciencia jurídica, esa condición no le convierte en interviniente en el otorgamiento. Según el TSJC, la intervención no supone cualquier actividad más o menos intensa de asesoramiento o asistencia previa que pueda llevar a cabo cualquier persona, sea o no profesional del derecho. Además, es al notario a quien corresponde, en su vertiente de profesional del derecho, la función de asesorar a quienes reclaman su ministerio (art. 1 del Reglamento Notarial). En consecuencia, el TSJC no consideró a este abogado inhábil para suceder.

Los notarios, con ocasión de la autorización de un testamento, solemos tener un trato directo con el testador desde el primer momento en que acude a la notaría para realizar la consulta hasta el momento en que firma el testamento y se le entrega una copia. Sin embargo, es cierto que en ocasiones acude en primer término una persona intermediaria, bien por motivos de salud del testador, bien por la confianza que éste le tiene a un profesional del derecho, normalmente un abogado, que es quien realiza el encargo. Esta intermediación, obviamente, no impide que el notario explique todo el contenido del testamento al otorgante el día de su autorización y de forma directa.⁷ Tal como resuelve el TSJC, ese mediador

7 El notario MARTÍN GARRIDO MELERO afirma lo siguiente: El testador expresa directamente su voluntad al notario. Si en la fase inicial las instrucciones para la redacción del testamento pueden haber sido hechas por un tercero, ahora es el propio testador el que tiene que expresar directamente esa voluntad. La experiencia personal de muchos años me indica

que realiza el encargo no es un interviniente, incluso aunque llegue a estar presente en el momento del otorgamiento porque así lo consienta el testador. Presencia que los notarios no permitimos si existe cualquier viso de influencia indebida o amenaza a la libertad de testar. En cualquier caso, no siendo un interviniente en términos notariales, no estará afectado por la causa de inhabilidad prevista en la norma.

4. Capacidad para otorgar testamento

Artículo 421-7. Identificación y juicio de capacidad del testador

El notario debe identificar al testador y debe apreciar su capacidad legal en la forma y por los medios establecidos por la legislación notarial.

Artículo 421-9. Intervención de facultativos

1. *Si el testador no está incapacitado judicialmente, el notario debe apreciar su capacidad para testar de acuerdo con el artículo 421-7 y, si lo considera pertinente, puede pedir la intervención de dos facultativos, los cuales, si procede, deben certificar que el testador tiene en el momento de testar suficiente capacidad y lucidez para hacerlo.*

2. *Si el testador está incapacitado judicialmente, puede otorgar testamento notarial abierto en un intervalo lúcido si dos facultativos aceptados por el notario certifican que el testador tiene en el momento de testar suficiente capacidad y lucidez para hacerlo.*

3. *En los casos a que se refieren los apartados 1 y 2, los facultativos deben hacer constar su dictamen en el propio testamento y deben firmarlo con el notario y, si procede, con los testigos.*

En materia de capacidad del testador, este precepto del libro cuarto supone una novedad, estableciendo un régimen dual para la intervención de los facultativos, según el testador esté o no incapacitado judicialmente. El anterior CS regulaba la intervención de dos facultativos en su artículo

que no siempre el encargo inicial, que como decimos puede haber sido hecho por un tercero, corresponde con la voluntad última del testador, que debe ser modulada por la intervención notarial.

116,⁸ si bien sin establecer una distinción según existiera o no incapacidad del testador. El libro cuarto establece un doble régimen: si el testador no está incapacitado judicialmente, el notario debe apreciar la capacidad en la forma y por los medios establecidos por la legislación notarial, sin más especialidad que la posibilidad, si lo considera pertinente, de solicitar la intervención de dos facultativos, los cuales, si procede, deben certificar que el testador tiene en el momento de testar suficiente capacidad y lucidez para hacerlo. En cambio, cuando el testador se encuentre incapacitado judicialmente, puede otorgar testamento notarial en un intervalo lúcido si dos facultativos aceptados por el notario certifican que el testador tiene en el momento de testar suficiente capacidad y lucidez para hacerlo. En los casos de intervención de facultativos, deben hacer constar su dictamen en el propio testamento y firmarlo con el notario y, si procede, con los testigos. Esta norma supone que la presencia de facultativos, que deben ser aceptados por el Notario, es inexcusable para el supuesto del incapacitado judicialmente.

En cualquiera de los casos, la capacidad para otorgar testamento es la capacidad natural.⁹ También hemos de reseñar que una vez desaparecidas las incapacitaciones judiciales tras la adaptación de nuestra legislación a la Convención de Nueva York, este régimen dual que prevé el artículo 421-9 del CCCat parece condenado a su desaparición, quedando siempre a la prudente apreciación del notario exigir la presencia de los dos facultativos.

El TSJC ha dictado ya tres sentencias referidas a la regulación del Libro cuarto del CCCat en materia de capacidad del testador: la 25/2014 de 7 de abril, la 31/2014 de 8 de mayo y la 36/2019, de 20 de mayo.

El caso que motivó la sentencia 25/2014, de 7 de abril, era el de un testador sometido a un proceso de incapacidad, si bien aún no había sido incapacitado judicialmente, por lo que no era obligada la presencia de los

8 Artículo 116 del CS: *Cuando el testador tenga habitualmente disminuida su capacidad natural por cualquier causa, esté o no incapacitado, podrá otorgar testamento notarial abierto en intervalo lúcido si dos facultativos aceptados por el notario certifican que el testador tiene, en el momento de testar, bastante lucidez y capacidad para hacerlo. Los facultativos harán constar su dictamen en el propio testamento y lo firmarán junto con el notario y, en su caso, los testigos.*

9 El notario Miguel Ángel Campo Güerri señala que es capaz para testar quien puede gobernarse por sí mismo. Se trata de un concepto relativo, lo cual justifica que se pueda hablar de distintas intensidades de capacidad para testar. No se puede exigir la misma capacidad para un testamento en el que el otorgante es viudo y dispone de su patrimonio a favor de sus hijos sin distinción, que aquél en que se pretende el establecimiento de cláusulas complejas como fideicomisos, albaceazgos, arbitrajes, particiones o regulaciones de legítimas.

facultativos que ordena el artículo 421-9. Según la sentencia, la apreciación de la capacidad por el notario supone una presunción iuris tantum que puede quedar enervada por el acervo probatorio que conste en autos. De los informes médicos, la pericial practicada, la exploración judicial, el informe médico-forense realizado al testador un mes antes del otorgamiento del testamento y del hecho de que se encontraba sustanciándose un proceso de incapacidad interpuesto por el Ministerio Fiscal, se dedujo que, al momento del otorgamiento, el testador no tenía la capacidad natural para testar, destruyendo la presunción iuris tantum del juicio de capacidad realizado por el Notario.

La sentencia del TSJC 31/2014, de 8 de mayo, manteniendo la misma doctrina, resolvió a favor de la capacidad del testador. La sentencia recalca que no pueden existir discriminaciones por razón de edad, proscritas por la Constitución, o presunciones de incapacidad, contrarias a los entonces vigentes artículos 199 y 200 del CC y actualmente a todo el nuevo régimen legal derivado de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006, que ya formaba parte de nuestro ordenamiento jurídico al dictarse la sentencia, pese a su entonces falta de reflejo legislativo.

Es de destacar que esta sentencia 31/2014, al igual que la siguiente que se comentará 36/2019, de 20 de mayo, hacen cierta crítica de la regulación notarial al afirmar que es sostenible, en defensa de la seguridad jurídica y de la actuación y responsabilidad del estamento notarial, la conveniencia de actualizar el vigente artículo 167 del Reglamento Notarial¹⁰ al que se remite el artículo 421-7 del CCCat. El Tribunal argumenta que a diferencia de lo que ocurre con los medios de identificación del otorgante, que están especialmente regulados y detallados por la normativa notarial, el artículo 167 del Reglamento Notarial no ofrece medio o pauta alguna al notario para verificar la capacidad del otorgante. El TSJC afirma que el fedatario confirma la capacidad según su leal saber y entender, lo que le obliga y sobre todo compromete, con un juicio que es exclusivamente propio y personal, con el riesgo de que pueda ser combatido posteriormente mediante prueba en contra. E incluso muestra cierta preferencia por la regulación anterior recogida en el artículo 116 del CS, que no distinguía

10 Artículo 167 del Reglamento Notarial: *El Notario, en vista de la naturaleza del acto o contrato y de las prescripciones del Derecho sustantivo en orden a la capacidad de las personas, hará constar que, a su juicio, los otorgantes, en el concepto con que intervienen, tienen capacidad civil suficiente para otorgar el acto o contrato de que se trate.*

entre personas incapacitadas o capacitadas, cuando permitía que las personas que tuviesen habitualmente disminuida su capacidad natural por cualquier causa pudiesen testar, siempre que dos facultativos certificasen que el testador tenía, en aquel momento, bastante lucidez y capacidad para hacerlo. Esta argumentación denota cierta desconfianza hacia la labor del notario en la apreciación de la capacidad del testador. El Tribunal muestra su preferencia por la exigencia de un dictamen facultativo siempre que haya cierta disminución de facultades, coincidente con una interpretación maximalista del anterior artículo 116 del CS. Como notario, no estoy de acuerdo con esta postura. Debe recordarse que el notario es, además de un profesional del derecho, también un funcionario público, como lo son los jueces y magistrados. Un funcionario público al que el Estado atribuye la facultad de dar fe de los actos extrajudiciales, entre ellos los testamentos abiertos. En su actuación como funcionario, el notario somete el otorgamiento a un control de legalidad que incluye necesariamente verificar que el testador tiene capacidad para emitir un consentimiento libre e informado. Si este consentimiento no puede emitirse, el notario denegará el otorgamiento. Recordemos además que no existen incentivos económicos que empujen al notario a admitir un consentimiento dudoso, pues los honorarios notariales de un testamento no llegan ni a 35 euros, lo que supone un documento deficitario por el trabajo y responsabilidad que conlleva. Los notarios son especialmente cuidadosos cuando detectan que el testador puede tener mermado su discernimiento. Exigir la presencia de dos facultativos, en cualquier caso, a partir de determinada edad del testador o por la mera presencia de cualquier pequeño déficit de aptitud, conllevaría una discriminación para estas personas y un freno a su libertad civil. En el año 2021, sólo en Cataluña, se otorgaron 128.010 testamentos notariales, siendo ínfimos los casos que los tribunales consideran nulo el testamento por falta de capacidad. Los supuestos patológicos, que son los que llegan a los tribunales, no deben evitar constatar que el sistema funciona correctamente para la generalidad de la población, incluidas aquellas personas con cierta disminución de facultades.

Pasemos a analizar la tercera sentencia en materia de capacidad, la 36/2019, de 20 de mayo, que desestima el recurso, confirmando las sentencias de las dos instancias previas, en que se probó la incapacidad de la testadora. En relación al juicio notarial de apreciación de capacidad, reafirma su doctrina de que no cuenta con presunción *iuris et de iure* de veracidad, sino que puede ser desvirtuado con prueba en contrario. En el caso planteado, del acervo probatorio que constaba en autos, resultó la

enervación de esta presunción *iuris tantum*. Ese acervo probatorio estaba constituido por el historial médico anterior y posterior al otorgamiento del testamento y por una prueba pericial. El TSJC consideró que dichas pruebas fueron analizadas y valoradas de forma minuciosa por las instancias previas, por lo que esta valoración debe ser respetada en casación. Afirma que no es necesario que los certificados médicos se refieren exactamente al momento del otorgamiento, pues lo contrario llevaría al resultado absurdo de que nunca se pudiese probar la incapacidad del testador si no constase su estado real en el preciso momento de otorgar el testamento, cosa que habitualmente no se comprueba médicamente. De las pruebas obrantes, la Sala pudo extraer la conclusión de la incapacidad de la testadora en el momento de testar.

En el supuesto enjuiciado, la testadora era invidente, por lo que conforme a la legislación vigente en dicho momento, concurren dos testigos instrumentales al otorgamiento. Se ha de recordar que tras la reforma operada por la Ley 6/2019, de 23 de octubre, ya no es necesario, en derecho catalán, la presencia de testigos instrumentales cuando el testador tenga una discapacidad sensorial. La sentencia resolvió que las conclusiones técnicas no podían ser desvirtuadas por las declaraciones de los testigos instrumentales que asistieron al otorgamiento del testamento por causa de la ceguera de la testadora, ya que no corresponde a los testigos instrumentales en el testamento del ciego calificar la capacidad del testador, sino que es una competencia exclusiva del Notario. La presencia de los testigos tiene como finalidad que estos suplían el sentido del que carece el testador, de modo que puedan leer por sí mismos el testamento y comprobar que coincide con la voluntad expresada. En el caso concreto la sentencia entendió, además, que los testigos no podían desvirtuar las pruebas de incapacidad debido a su memoria selectiva sobre los extremos que les fueron preguntados y porque prácticamente no habían tenido trato anterior con la testadora, por lo que su juicio solo pudo ser superficial y externo. También calificó como superficial y externo el juicio del notario, equiparándolo al de los testigos. Considero poco acertada esta apreciación del TSJC. En la práctica notarial es habitual que en la autorización de un testamento por una persona vulnerable, por razón de edad o cualquier otra circunstancia, el notario esté a solas con el testador con anterioridad al otorgamiento y entable una conversación con dicha persona, libre de cualquier tipo de influencias y elementos externos. En esa charla el notario pregunta de forma amable por cuestiones cotidianas de la vida del testador para comprobar si realmente realiza razonamientos lógicos, se ubica en

el tiempo y lugar y tiene una voluntad real de testar. Por tanto, me parece desafortunado calificar de forma generalizada el juicio notarial de capacidad como superficial y externo.¹¹

Finalmente hacer una breve mención de la sentencia 20/2021, de 16 de marzo, referida a la capacidad para otorgar pactos sucesorios, pues este trabajo se refiere a la jurisprudencia en sucesión testada. Simplemente quería comentar que el TSJC considera que la capacidad del otorgante de estos pactos debe ser la plena capacidad de obrar, superior a la del testador, en la que es suficiente una capacidad natural de querer y entender que conforma una voluntad formada que entienda la realidad y trascendencia del acto jurídico testamentario y que se exprese convenientemente al momento del otorgamiento. La razón de la diferencia es que el testamento es un acto personalísimo y esencialmente revocable por el que el causante dispone de sus bienes para después de su muerte. No se impide que pueda traficar con ellos antes de la defunción si así conviene a sus intereses ni tampoco que pueda cambiar de opinión y favorecer a personas distintas. Por el contrario, el pacto sucesorio implica el concurso de dos o más voluntades, es vinculante para sus otorgantes y en concreto en cuanto a los pactos de atribución particular cercenan la facultad del causante tanto para disponer en vida de los bienes objeto del pacto (artículo 431-30.1 del CCCat) como de modificar libremente su voluntad para después de su muerte, pues para ello necesita del consentimiento de la parte favorecida con la sucesión contractual.

En materia de capacidad también contamos con dos resoluciones de la DGDEJM para supuestos aparentemente parecidos y con soluciones opuestas. Se trata de las resoluciones JUS/2904/2015, de 26 de noviembre, y JUS/3526/2019, de 9 de diciembre. En ambas se trata de testamentos otorgados por personas incapacitadas judicialmente que otorgaron testamento abierto notarial sin la intervención de los dos facultativos que ordena el artículo 421-9. En la primera resolución se trataba de un incapacitado judicialmente sometido a tutela y en la segunda de un

11 Según el notario Martín Garrido Melero, en la inmensa mayoría de los casos la persona quiere disponer de sus bienes a favor de una o varias personas pero no sabe cómo hacerlo y espera del servicio notarial un consejo. El notario interroga al particular, le pregunta sobre su situación familiar, y va poco a poco construyendo su voluntad. Si el particular tuviera que redactar su testamento en muy poco se parecería al redactado por el notario y, sin embargo, este es el que expresa con más exactitud su voluntad. Los términos vulgares son transformados en términos jurídicos y se va conformando la planificación sucesoria que el testador intuía pero no sabía técnicamente como expresarlo.

incapacitado parcialmente sometido a curatela. La DGDEJM confirma la calificación negativa en el primer supuesto y la revoca en el segundo.

El supuesto de la primera resolución se refería a un testamento otorgado en 2013 por una persona incapacitada desde el 2007, sometida a tutela, lo cual resultaba de los asientos del registro de la propiedad. La DG considera que la presencia de los dos facultativos es un elemento formal de obligado cumplimiento. El fundamento de la norma no es reforzar el juicio de capacidad del notario, sino que es una exigencia legal necesaria para dar al notario más elementos para hacerlo en el caso de una persona que está previamente incapacitada por sentencia judicial. El precepto es plenamente coherente con los dos principios que procura armonizar: libertad de testar y seguridad jurídica. El legislador quiere garantizar que efectivamente hay un intervalo lúcido para testar a través de la intervención de dos facultativos, el dictamen de los cuales no suple el juicio de capacidad que corresponde al notario, pero tiene que ser tomado en consideración por éste a la hora de hacer aquel juicio. El CCCat impone un requisito formal añadido para que el incapaz por sentencia judicial pueda otorgar testamento, a la vez que posibilita que lo pueda hacer sin necesidad de revisar la sentencia judicial de incapacitación. La DG afirma que este artículo pone en valor el juicio de capacidad legal que hace el notario, sin el cual el testamento nunca se podría otorgar. Incluso afirma que podría darse el supuesto que el testamento incluyera el dictamen de los dos facultativos contrario a la capacidad de la testadora, pero que el notario considerara que sí que tenía bastante lucidez para testar, supuesto quizás arriesgado para la responsabilidad civil del notario, pero en el cual el testamento sería formalmente válido. La DG, en contra de lo que argumenta el notario, resuelve que el artículo 421-9 del CCCat es de aplicación pese a que el notario autorizante no conozca la incapacitación judicial de la testadora. Aunque el notario no puede investigar caso por caso, este debe hacer las indagaciones o preguntas que hagan falta para asegurarse de la capacidad natural del testador y, también, si procede, hacer las indagaciones que le parezcan oportunas para saber si ha sido incapacitado. Si una persona incapacitada en un momento del todo lúcido, otorga testamento sin el cumplimiento de los requisitos formales del artículo 421-9, el testamento será nulo no tanto por carencia de capacidad, porque quizás en aquel momento tenía capacidad natural más que suficiente, sino por defecto de forma. También afirma la DG que la nota de calificación del registro de la propiedad no declara nulo el testamento, sino que simplemente entiende que a los efectos de la inscripción no puede considerarse título

apto para fundamentar la transmisión hereditaria que ahora se pretende. Los notarios podremos realizar más fácilmente esta labor de indagación recomendada o exigida por la DG, el día que finalmente podamos consultar telemáticamente todos los registros civiles, de modo que de forma rápida, antes de cada otorgamiento y no sólo de testamentos, se pueda detectar la existencia no ya de incapacitaciones judiciales, en extinción, sino de nombramientos de asistentes y otras medidas de apoyo.

En la segunda resolución, la testadora tenía una incapacitación parcial y por tanto no estaba sometida a tutela, sino a curatela. En la sentencia de modificación de capacidad se hacían constar una serie de actos en los que era necesario el complemento de capacidad del curador, no mencionándose ninguna limitación a la capacidad de testar. A diferencia del supuesto anterior, el notario era consciente de la modificación judicial de la capacidad y al testamento se incorporó un certificado médico de un facultativo (no de dos) que determinaba que la demencia leve de la testadora no le imposibilita otorgar testamento. Ningún facultativo compareció ni firmó el testamento, como ordena el artículo 421-9.3 del CCCat. La registradora argumentaba que este artículo no distinguía entre sometimiento a tutela o curatela, exigiendo para ambos casos de incapacitación la certificación de dos facultativos como requisito *ad solemnitatem*. La DG revoca la calificación negativa declarando que cuando el artículo 421-9 habla de «incapacitado judicialmente» hay que entender esta previsión en el sentido que tiene que estar incapacitado judicialmente para testar. Esta doctrina de la DG parte del principio fundamental de libertad de testar que informa el ordenamiento jurídico catalán y se plasma en los artículos 421-3¹² y 421-4¹³. También lo argumenta con el artículo 211-3.3¹⁴ y la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. Concluye que el juez, al dictar la sentencia de modificación judicial de capacidad, en un procedimiento con garantías, con examen personal de la interesada, con informes médicos y forenses, con intervención del fiscal, ya entendió que esta persona tenía capacidad de testar y, a partir de aquí, ante la ley, era igual que cualquier

12 Artículo 421-3 del CCCat: *Pueden testar todas las personas que, de acuerdo con la ley, no sean incapaces para hacerlo.*

13 Artículo 421-4 del CCCat: *Son incapaces para testar los menores de catorce años y los que no tienen capacidad natural en el momento del otorgamiento.*

14 Artículo 211-3.3 del CCCat: *Las limitaciones a la capacidad de obrar deben interpretarse de forma restrictiva, atendiendo a la capacidad natural.*

otra. También explica el distinto modo de resolver en esta resolución y en la antes examinada (JUS/2904/2015), justificándolo en el hecho de que en esta última se partía de una persona con incapacidad absoluta, sometida a tutela, cuya incapacitación pasó inadvertida al notario. En cualquier caso, la resolución resuelve sobre la inscripción de la escritura de herencia, dejando obviamente a salvo el derecho de los perjudicados a impugnar la capacidad de testar de la sometida a curatela.

5. Testigos instrumentales

Artículo 421-10. Testigos (redacción vigente hasta el 28/10/2019)

1. En el otorgamiento del testamento notarial, no es precisa la intervención de testigos, salvo que concurran circunstancias especiales en el testador o que este o el notario lo soliciten.

2. Concurren circunstancias especiales en el testador si es ciego o sordo y si por cualquier causa no sabe o no puede firmar o declara que no sabe o no puede leer por sí solo el testamento.

Artículo 421-10. Testigos (redacción vigente desde el 29/10/2019)

1. En el otorgamiento del testamento notarial, no es precisa la intervención de testigos, salvo que concurran circunstancias especiales en el testador o que este o el notario lo soliciten.

2. Concurren circunstancias especiales en el testador si por cualquier causa no sabe o no puede firmar. No se considera que concurran circunstancias especiales por el hecho de que tenga una discapacidad sensorial.

La sentencia 19/2021, de 16 de marzo, del TSJC tiene un gran interés desde el punto de vista notarial. Tanto el juzgado de primera instancia como la audiencia provincial anularon un testamento abierto notarial otorgado el año 2013, dado que no concurrieron testigos pese a que el testador, sin ser totalmente ciego, tenía graves problemas de visión que le impedían leer el testamento. En esa fecha el artículo 421-10 del CCCat disponía que era precisa la intervención de testigos si el testador era ciego o declaraba que no podía leer por sí el testamento. Este artículo fue modificado por la Ley 6/2019, de 23 de octubre, en vigor desde el 29 de octubre de 2019, de modo

que suprimió la necesidad de testigos en los casos en que el testador tuviera una discapacidad sensorial.

El TSJC casa la sentencia de instancia admitiendo la validez del testamento, pues pese a que su autorización tuviera lugar antes de la reforma de la Ley 6/2019, el testador podía realizar actos jurídicos con plena eficacia, dado que la discapacidad sensorial que progresivamente fue afectando a su sentido de la vista no restringía su autogobierno, pudiendo manifestar su voluntad consciente y libremente con la debida comprensión y discernimiento y así lo había hecho en anteriores ocasiones en actos dispositivos *inter vivos*. La situación del testador, afirma el TSJC, no era equiparable jurídicamente a la del ciego en orden a su capacidad y formalidades para otorgar testamento, aunque sus limitaciones visuales fuesen tan importantes que le impidieran leer si no era con aparatos especiales, que no consta que fueran utilizados. En cualquier caso, declara el TSJC que no cabe una interpretación extensiva de lo que suponía una restricción. Teniendo en cuenta que el testador no era propiamente ciego y sí podía firmar y que no consideró necesario expresar o declarar a la notaria que no podía leer el documento por sí mismo, ya que juzgaba que con la lectura del testamento por parte de la fedataria pública era suficiente para recoger su manifestación de voluntad, resultaba por ello innecesaria la presencia de dos testigos para la plena validez del acto.

La sentencia llega a estas conclusiones interpretando la norma a la luz de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. Es cierto que tanto el testamento como la sentencia son anteriores a la reforma operada por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica; y también, en el ámbito catalán, al Decreto Ley 19/2021, de 31 de agosto, por el que se adapta el CCCat a la reforma del procedimiento de modificación judicial de la capacidad. Ello no obstante, no debemos olvidar que la Convención de Nueva York entró en vigor en España el 3 de mayo de 2008, formando parte desde entonces de nuestro ordenamiento jurídico, por lo que los tribunales debían ya interpretar las normas vigentes bajo los principios de la Convención.¹⁵ La Convención impone a los Estados Parte que prohíban toda discriminación por motivos de discapacidad (art. 5.2) y que reconozcan que las personas

15 En este sentido la sentencia del Tribunal Supremo 654/2020, de 3 de diciembre.

con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida (art. 12.2). Teniendo en cuenta estos principios y la situación del testador, no totalmente ciego, el TSJC considera que su testamento no debe ser anulado.

A día de hoy, tras la Ley 6/2019, en Cataluña ya no es necesaria la intervención de testigos cuando el testador es ciego. Tal como afirma el TSJC en esta sentencia, esa obligatoriedad fue percibida por el legislador catalán como una medida de apoyo innecesaria y discriminatoria en tanto que la persona que por razones sensoriales carece de la capacidad de leer por sí misma el documento, puede enterarse de su contenido con la lectura hecha por el notario y, si lo cree pertinente, puede solicitar, de conformidad con la disposición adicional segunda de la Ley 6/2019, que se le arbitren otras medidas técnicas que puedan suplir el impedimento. A raíz de esta reforma, el Colegio Notarial de Cataluña adquirió aparatos que permiten la lectura del testamento en braille y que se envían a cualquier notaría de Cataluña si el testador con discapacidad sensorial quiere leer el testamento por sí mismo. Esta nueva normativa, en mi opinión, supone un voto de confianza a la labor del notario, acorde con la progresiva supresión de los testigos instrumentales en los otorgamientos notariales. No hay que olvidar que hasta hace poco más de 30 años, era obligatoria la intervención de dos testigos en la autorización de cualquier testamento notarial, que suponían un control adicional y a todas luces innecesario. En cualquier caso, y ya superada la cuestión en esta materia por el citado cambio legal, me parece de gran interés y a destacar la claridad con la que el TSJC aplica la Convención de Nueva York a testamentos otorgados desde la fecha de su entrada en vigor en España y antes de la adaptación de nuestras leyes.

6. Ineficacia sobrevenida por crisis matrimonial o de convivencia

Artículo 422-13. Ineficacia sobrevenida por crisis matrimonial o de convivencia

1. La institución de heredero, los legados y las demás disposiciones que se hayan ordenado a favor del cónyuge del causante devienen ineficaces si, después de haber sido otorgados, los cónyuges se separan de hecho o legalmente, o se divorcian, o el matrimonio es declarado nulo, así como si en el momento de la muerte hay pendiente una demanda de separación, divorcio o nulidad matrimonial, salvo reconciliación.

2. Las disposiciones a favor del conviviente en pareja estable devienen ineficaces si, después de haber sido otorgadas, los convivientes se separan de hecho, salvo que reanuden su convivencia, o se extingue la unión por una causa que no sea la defunción de uno de los miembros de la pareja o el matrimonio entre ambos.

3. Las disposiciones a favor del cónyuge o del conviviente en pareja estable mantienen la eficacia si del contexto del testamento, el codicilo o la memoria testamentaria resulta que el testador las habría ordenado incluso en los casos regulados por los apartados 1 y 2.

4. El presente artículo también se aplica a los parientes que solo lo sean del cónyuge o conviviente, en línea directa o en línea colateral dentro del cuarto grado, tanto por consanguinidad como por afinidad.

Es de gran interés la sentencia del TSJC 14/2019, de 21 de febrero, relativa a la ineficacia sobrevenida de las disposiciones *mortis causa* por crisis matrimonial o de convivencia. La interpretación que hace del artículo 422-13 restringe su aplicación, dejando fuera de su ámbito supuestos que el aplicador del derecho puede pasar por alto.

Para entender la cuestión, fijemos los hechos objeto del litigio: se trataba de un ciudadano que en julio de 2000 otorgó testamento a favor de otro ciudadano con el que desde hacía 8 años le unía una relación sentimental. En ese momento estaba vigente en Cataluña la Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja, cuyo artículo 21 exigía como requisito constitutivo para la eficacia de las uniones estables homosexuales el otorgamiento conjunto de escritura pública. Esta escritura de unión estable de pareja no fue otorgada hasta octubre de 2000, unos meses después de autorizarse el testamento. Contrajeron matrimonio el año 2006, se divorciaron en 2011 y falleció el causante en 2014, ya bajo la vigencia del artículo 422-13 del CCCat.

El TSJC considera que la institución de heredero contenida en el testamento no deviene ineficaz en virtud del divorcio ocurrido en 2011, pues es requisito primario para la aplicación del artículo 422-13 que el testador haya ordenado una disposición a favor de la persona con la cual ha establecido un vínculo matrimonial o de convivencia en unión estable de pareja. Si resulta que la disposición testamentaria fue otorgada por el causante en un momento anterior a la constitución de la pareja estable, como ocurre en este caso, aun cuando posteriormente se formalizara la pareja conforme a la Ley 10/1998 o contrajeran matrimonio y posteriormente se decretara la extinción del vínculo, no resulta ineficaz la institución de heredero, puesto que lo definitivo es si al momento de otorgar el testamento, tenía o no el heredero la consideración de pareja estable.

Rechaza el TSJC la posibilidad de aplicar de forma retroactiva el Libro II del CCCat, que unificó la regulación de la unión estable de pareja homosexual y heterosexual y no exigía ya para su eficacia el otorgamiento de escritura, bastando la convivencia durante dos años (artículo 234-1), requisito que sí se cumplía en el año 2000 cuando se otorgó el testamento. El TSJC afirma que la normativa aplicable para regular la existencia de efectos civiles en la pareja no es la del momento de la apertura de la sucesión (2014), sino la del otorgamiento del testamento (julio de 2000), sin que se deba confundir la normativa sucesoria y aquella relativa a las uniones estables de pareja. La normativa sucesoria aplicable al abrirse la sucesión en 2014 es el libro cuarto del CCCat; mientras que para la consideración de si eran o no pareja estable ha de estarse al momento en que se otorga el testamento, como se puede desprender del artículo 422-13.

En mi opinión, no sería descabellado hacer una interpretación menos restrictiva del artículo 422-13 y entender que cuando el precepto se refiere al cónyuge o a la pareja, estos puedan haber adquirido dicha condición con posterioridad al otorgamiento del testamento. Pensemos en unos novios que por no haber otorgado escritura, ni convivir todavía durante 2 años ni tener un hijo en común, no constituyen una pareja estable reconocida civilmente, y los efectos tan diversos que supondría el hecho de que otorgaran su testamento, el uno a favor del otro, el día antes o el día después de contraer matrimonio. En el primer caso, el futuro divorcio no haría ineficaz la institución de heredero, cuestión que sí sucedería en el segundo. Entiendo que *de lege ferenda* se debería modificar este artículo, de modo que incluya en su ámbito de aplicación situaciones como las de la presente sentencia. La ineficacia de la disposición *mortis causa* debería tener también lugar cuando en el momento de otorgarse el testamento hubiera ya una relación sentimental con la persona favorecida, que finalmente conduzca a una pareja estable con efectos civiles o a una relación matrimonial. Esta solución es más acorde con un principio elemental de justicia y con la presunta voluntad del testador, de la que la regulación actual se aleja en supuestos como el objeto de esta sentencia. En derecho civil común no existe una norma equivalente al artículo 422-13 del CCCat. Ello no obstante, el Tribunal Supremo, en sentencia 539/2018 de 28 de septiembre, resolvió la ineficacia de la institución de heredero a favor del cónyuge en un supuesto en que a la apertura de la sucesión la causante y el heredero se habían divorciado. Para ello recurrió al artículo 767 del CC relativo a la falsedad de la causa. Al emplearse el término «esposo» en la institución de heredero, el divorcio supone un cambio de circunstancias del que resulta que la testadora

no habría hecho tal institución de haber conocido el divorcio. En el mismo sentido y también para derecho común, la sentencia del TS 531/2018, de 26 de septiembre, para un supuesto de pareja de hecho y un legado. Nos planteamos si en derecho catalán, en supuestos como el de la sentencia 14/2019 que hemos comentado, podrían extrapolarse los razonamientos del TS recurriendo al artículo 422-2 del CCCat, que establece la nulidad de las disposiciones testamentarias otorgadas por error en los motivos, si resulta del propio testamento que el testador no las habría otorgado si se hubiese dado cuenta del error.¹⁶

Del artículo 422-13 también se ocupó la DGDEJM en su resolución JUS/2666/2016, de 21 de noviembre. Se trataba de un testamento otorgado en 1979 a favor de la cónyuge del testador. La separación se produjo en 1987, el divorcio en 1992 y la apertura de la sucesión en 2016. Nos recuerda la DG que el apartado dos de la DT segunda del Libro cuarto¹⁷ dispone la aplicación del artículo 422-13 a estas sucesiones (con la matización que hace la DG que luego trataremos), pese a que el testamento se hubiera otorgado con anterioridad a la vigencia de esta norma. La DG resuelve que las disposiciones a favor del cónyuge son ineficaces, desplegando todos sus efectos la sustitución prevista por el testador y manteniendo por tanto su eficacia el resto del testamento. Y aclara que la ineficacia se produce

-
- 16 Puig Ferriol, en un trabajo publicado por el Colegio Notarial de Cataluña con ocasión del otorgamiento a su autor del Premio Puig Salellas 2015, afirmaba lo siguiente: «*En relació amb les coordenades temporals esmentades es pot presentar el cas de disposició testamentària atorgada a favor de persona que no té la condició de cònjuge o de convivent del testador, amb la particularitat que aquest després contrau matrimoni o estableix una unió estable de parella amb l'afavorit, unió que posteriorment entra en situació de crisi que perdura a la mort del testador. En qualsevol d'aquests casos, i d'acord amb la configuració jurídica que s'ha donat amb anterioritat de l'art. 422.13, es pot apuntar com a solució més escaient que el problema s'ha de resoldre al marge de les prevencions que estableix aquest precepte, que portaria a establir l'eficàcia inicial de la disposició testamentària. Perquè el motiu que la fonamentava no era la condició de cònjuge o convivent de destinatari de l'atribució quan es va ordenar, sinó la concurrència en el destinatari de l'atribució d'unes altres condicions, que varen determinar la voluntat del testador en aquest sentit. Sens perjudici d'aplicar també les normes generals sobre interpretació de les disposicions de darrera voluntat, adaptades a les particularitats de cada cas concret.*»
- 17 Apartado 2 de la DT segunda del Libro cuarto del CCCat: *En las sucesiones abiertas después de la entrada en vigor de la presente ley, pero regidas por actos otorgados antes, se aplican las reglas meramente interpretativas de la voluntad del causante que establecía la legislación derogada. Sin embargo, debe aplicarse a estos actos lo establecido por los artículos 422-13, 427-21 y 427-27 del Código civil de Cataluña.*

ope legis, a diferencia de lo que ocurría con el artículo 132 del CS,¹⁸ que estipulaba una presunción de revocación, que suponía que la alegación de la ineficacia de la disposición testamentaria por parte de los beneficiarios de la misma no era necesaria para que esta ineficacia se produjese, sino para que las consecuencias que derivan de ella fueran oponibles frente a terceros y, en especial, frente a quien, de mala fe, pretendiera desconocerla.

En el supuesto objeto del recurso gubernativo la heredera declaró en la escritura que era viuda del causante, ocultando que se habían divorciado. A la registradora de la propiedad se le acreditó el divorcio por medio de certificación del registro civil y además también resultaba este estado civil de otros asientos del registro de la propiedad. Ante estas circunstancias, la DG reconoce que la registradora de la propiedad podía apreciar la ineficacia de la institución de heredero a favor de la excónyuge y denegar la inscripción de la escritura de herencia.

Además, entiende que no se aplica a este supuesto el apartado tercero del artículo 422-13, ya que carece de eficacia retroactiva, a pesar de lo dispuesto en la DT segunda antes citada. También carecería de eficacia retroactiva la norma equivalente recogida en el artículo 132 del CS, pese a lo también dispuesto en el apartado primero de la su DT tercera. De ese modo la registradora puede denegar la inscripción sin que quepa alegar que del contexto del testamento resultase que el testador habría mantenido la disposición a favor de su excónyuge. La DG lo argumenta diciendo que solo en los testamentos otorgados a partir de la entrada en vigor del CS (21 de abril de 1992) el testador conocía o podía conocer al otorgarlo la legislación que sanciona la ineficacia sobrevenida de las disposiciones testamentarias a favor del cónyuge en los supuestos de crisis matrimonial. En cambio, en los testamentos anteriores, en los que la ineficacia sobrevenida se produce por la aplicación retroactiva de esta legislación, el testador otorgó su testamento de acuerdo con una regulación testamentaria que no establecía

18 Artículo 132 del CS: *La institución, el legado y demás disposiciones ordenadas a favor del cónyuge del testador se presumirán revocadas en los casos de nulidad, divorcio o separación judicial posteriores al otorgamiento y en los supuestos de separación de hecho con ruptura de la unidad familiar por alguna de las causas que permiten la separación judicial o el divorcio, o por consentimiento mutuo expresado formalmente. La disposición será eficaz si del contexto del testamento, codicilo o memoria testamentaria se desprende que el testador habría ordenado la disposición de última voluntad a favor del cónyuge incluso en los casos citados en el apartado anterior. Será de aplicación a los supuestos previstos en el presente artículo lo dispuesto en el artículo 335.*

la ineficacia sobrevenida de las disposiciones testamentarias en caso de crisis matrimonial y, por tanto, ni sabía ni podía saber que, de producirse tal crisis, esta circunstancia determinaría la ineficacia de las disposiciones a favor de su cónyuge, razón por la cual no se preocuparía tampoco en exteriorizar una voluntad, deducible del contexto del testamento, a favor del mantenimiento de la disposición a pesar de la crisis.

Contrasta esta resolución con la de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 9 de agosto de 2019 (BOE 30/10/2019) en el ámbito del derecho vasco, en el que sí existen algunas disposiciones que determinan la ineficacia de las disposiciones mortis causa en caso de divorcio, pero restringidas a los testamentos mancomunados, poder testatorio y legítima, pero no referidas al testamento unipersonal. Se trataba de la inscripción de una escritura de herencia cuyo título sucesorio era un testamento unipersonal otorgado en 1996, en el que la testadora instituyó heredero a su marido. Con posterioridad se divorciaron. La sucesión se abrió en 2018 sin haber modificado la causante su testamento. El exmarido aceptó la herencia y se adjudicó los bienes. En contra de la calificación del registrador, la DGRN resolvió a favor de la inscripción de la escritura de herencia a favor del exmarido, reconociendo que la posible ineficacia de la disposición testamentaria sólo puede ser apreciada judicialmente, en procedimiento contradictorio, con una fase probatoria que no cabe en el ámbito del recurso contra la calificación registral, ni en las actuaciones notarial y registral, debiendo prevalecer mientras tanto la interpretación favorable a la eficacia de la institución, en congruencia con el principio de conservación de las disposiciones de última voluntad que late en diversas normas del CC.

7. Eficacia revocatoria de los testamentos

Artículo 422-9. Alcance de la revocación de los testamentos

1. *La revocación es expresa si el testador la ordena en testamento.*
2. *El otorgamiento de un testamento válido y eficaz revoca de pleno derecho el testamento anterior. Consecuentemente, no producen efectos revocatorios los testamentos a que se refieren los artículos 422-1 y 422-7, sin perjuicio de lo establecido por el artículo 422-3.2 y 3, ni los testamentos caducados. Tampoco tienen eficacia revocatoria los testamentos destruidos sin posibilidad de reconstrucción...*

La resolución JUS/2437/2015, de 15 de octubre, se ocupó de la eficacia revocatoria de los testamentos en el Libro cuarto del CCCat. Se trataba

del siguiente supuesto: en testamento otorgado en 2003, el causante instituyó heredera a su esposa. En el año 2011, este causante otorga un nuevo testamento en que instituye heredera a una sobrina, sustituida vulgarmente por sus descendientes y revoca expresamente cualquier otra disposición de última voluntad anterior. Abierta la sucesión, tanto la sobrina como todos sus descendientes renuncian a la herencia a la que habían sido llamados en el testamento del año 2011. Posteriormente se autoriza una escritura en el que la esposa acepta y se adjudica la herencia en virtud de la institución hereditaria recogida en el testamento del año 2003. El notario se basaba en que el Libro cuarto del CCCat había cambiado radicalmente de criterio de manera que en el supuesto de ineficacia de la institución o de renuncia del heredero instituido en el último testamento, recobraba su eficacia el testamento anterior, sin que fuera procedente la declaración de herederos intestados sobre la base de lo que disponen los artículos 422-9.2, 422-6 y 422-4, de los cuales deduce que «la nulidad formal del testamento determina que la sucesión se rija por el testamento anterior válido y la nulidad o ineficacia sobrevenida por falta de institución de heredero provoca la conversión del testamento en codicilo, no pudiendo revocar nunca la institución de heredero establecida en un testamento anterior».

El registro de la propiedad califica negativamente esta escritura y la DGDEJM confirma la calificación. Afirma que el libro cuarto no supone ningún cambio de criterio respecto del CS, más allá de una sistemática más clara y una terminología académicamente más aceptada. Prosigue diciendo que fuera de los casos previstos claramente por la Ley, el testamento posterior revoca el anterior, incluso si el posterior queda vacante o destituido por frustración de la delación a favor del heredero instituido por premoriencia, renuncia o indignidad, de manera que esta falta de eficacia *a posteriori* o sobrevenida de la institución de heredero no provoca la reviviscencia del testamento anterior. A falta de otros herederos designados o de sustituciones vulgares, frustrado el llamamiento, habrá que abrir la sucesión intestada, sin perjuicio de que mantengan su vigencia el resto de disposiciones del último testamento. No es que el testamento posterior revocatorio se convierta en codicilo, como se afirma a menudo equiparando la falta originaria de institución con la sobrevenida, sino que la frustración de la delación en favor del heredero no tiene repercusión sobre el resto del contenido del testamento ni sobre la validez de los legados ni, obviamente, sobre su eficacia derogatoria. Así pues, serán los herederos abintestato los que tendrán que dar cumplimiento a los legados y otras disposiciones del último testamento.

8. Designación de heredero por fiduciario

Artículo 424-6. Requisitos de la elección o la distribución

1. *En la designación de heredero por los parientes, en defecto de previsión por el testador o de regulación por la costumbre, rigen las siguientes normas:*

a) *La facultad de elección o de distribución corresponde a los dos parientes consanguíneos, uno de cada línea de progenitores, con el vínculo de parentesco más próximo con los hijos o los descendientes. Dentro de cada línea tiene preferencia el de más edad...*

En esta materia disponemos de la sentencia TSJC 45/2014 de 7 de julio. No era un caso propiamente sucesorio, sino relativo a la venta de un bien inmueble de un menor, en la que se suplió la autorización judicial por la autorización alternativa de dos parientes del artículo 424-6 del CCCat, en virtud de la remisión realizada por los artículo 151 y 153 del entonces vigente Código de Familia (actual artículo 236-30 del CCCat).¹⁹ En cualquier caso, dado que se trata de un artículo del Libro cuarto, entiendo oportuno tratarlo en este trabajo por las implicaciones que tiene en la designación de heredero por estos parientes fiduciarios.

La particularidad que planteaba el supuesto es que sólo estaba determinada la filiación materna, por lo que la venta, formalizada en escritura autorizada el 14 de mayo de 2010, sólo fue consentida por los dos parientes más próximos de la rama materna. El Registro de la Propiedad calificó negativamente la escritura, pues entendía que a falta de parientes de ambas ramas, materna y paterna, se debía recurrir a la autorización judicial. Interpuesto recurso gubernativo por el notario, la DGDEJM lo desestimó mediante resolución de fecha 30 de marzo de 2011. Tras el oportuno recorrido judicial, el TSJC, en la citada sentencia 45/2014 de 7 de julio, resolvió en contra de la calificación registral y la DGDEJM, admitiendo la autorización alternativa por dos parientes en estos casos de familias monoparentales.

Podemos resumir la argumentación del TSJC en los siguientes puntos:

19 Artículo 236-30 del CCCat: *Autorizaciones alternativas. Puede sustituirse la autorización judicial por el consentimiento del acto, manifestado en escritura pública: a) Del hijo, si tiene al menos dieciséis años. b) De los dos parientes más próximos del hijo, en la forma establecida por el artículo 424-6.1.a).*

- La autorización por los dos parientes no es una vía excepcional, sino alternativa a la judicial para llevar a cabo actos de enajenación o gravamen. No debe ser objeto de una interpretación restrictiva.
- La ausencia de previsión normativa para las familias monoparentales no ha de suponer que éstas no puedan recurrir a autorizaciones alternativas. No lo exige así el interés superior del menor. Todas las familias son dignas de protección y el consentimiento de dos parientes de una única rama en las monoparentales no supone menor grado de control al acto de disposición del menor.
- El legislador catalán no ha querido impedir a las familias monoparentales recurrir a estas autorizaciones alternativas, sino que involuntariamente no ha contemplado este supuesto. Para integrar esta laguna es admisible recurrir a la analogía, ya que además existe una similitud jurídica entre el supuesto regulado (familias con ramas paterna y materna) y el del supuesto de hecho (familia monoparental). Existe una heterogeneidad del hecho familiar, pero ambas son familias que merecen idéntica protección legal. Además, existe una misma razón para aplicar la norma, que es desplazar el control del ámbito judicial al familiar.

Además de la resolución revocada por esta sentencia, la DGDEJM se ocupó de este precepto en la resolución JUS/2425/2014 de 9 de octubre. Se trataba de una renuncia de herencia por parte de una menor. Se suplió la autorización judicial que exige el artículo 236-27.1.e) por la autorización de los dos parientes previstos en el artículo 424-6.1.a) en virtud de la remisión que hace el 236-30.b). El registro de la propiedad calificó negativamente la escritura por los siguientes defectos:

1. El primero de ellos, con fundamento en el artículo 236-28.1 del CCCat,²⁰ por no haberse justificado debidamente la utilidad o necesidad del acto respecto del cual se requiere la autorización judicial o parental. La DG estima el recurso del notario y entiende que por más que el precepto establezca esta autorización sólo en «caso de utilidad o necesidad justificadas debidamente», lo cierto es que no exige que esta justificación, cuyo destinatario es el juez o los parientes que tienen que prestar la

²⁰ Artículo 236-28.1 del CCCat: *La autorización judicial se concede en interés de los hijos en caso de utilidad o necesidad debidamente justificadas, previa audiencia del ministerio fiscal.*

autorización, se recoja en el mismo documento en que consta el acto autorizado.

2. Y el segundo defecto se refiere a la existencia de un conflicto de intereses entre la menor que repudia la herencia por medio de su representante legal (madre) y la pariente de la línea paterna (prima hermana de la menor) que consiente la repudiación, al ser ésta hija de la persona (tía paterna de la repudiante) que, como consecuencia de la renuncia, pasa a ser heredera intestada en lugar de mera legitimaria, obteniendo así un beneficio por la repudiación de la menor. Este conflicto de intereses exigiría, según el registrador, la intervención de un defensor judicial. Se ha de tener en cuenta que la pariente más cercana de la línea paterna inicialmente llamada a consentir era la propia tía paterna beneficiaria de la renuncia, pero precisamente por ese conflicto de intereses se la sustituyó por el siguiente pariente más cercano, la hija de dicha tía y prima de la menor. La DG da la razón al notario y argumenta que para apreciar la existencia de un conflicto de intereses, la contradicción o colisión se tiene que suscitar entre las personas que intervienen en el acto controvertido como representante y representado, pero no con relación a las personas que emiten una declaración complementaria o accesoria (parientes de la rama materna y paterna) y mucho menos en este supuesto, en el que el conflicto no es con esos parientes, sino con otras personas ajenas (la tía), que no intervienen en esta renuncia. La DG añade que el interés de la menor se salvaguarda además por la intervención del pariente de la otra línea, que, de apreciar un eventual perjuicio para la menor por un conflicto con el pariente de la otra línea, se abstendría de autorizar el acto.

En cualquier caso, los notarios hemos de ser especialmente cuidadosos en estos otorgamientos. En primer lugar, para determinar cuáles son los dos parientes más próximos en defecto de previsión por el testador o de regulación por la costumbre. Esto exige pedir una serie de pruebas, básicamente tres libros de familia cuando hablamos de suplir la autorización judicial (el de los padres del menor y los dos de sus cuatro abuelos). En ocasiones no se encuentran los libros de familia de los abuelos y se ha de recurrir a certificaciones del registro civil e incluso a levantar un acta de notoriedad con pruebas suplementarias para solventar las dudas que pueda haber sobre el parentesco. Y en cuanto a los posibles conflictos de intereses, en mi opinión los notarios debemos detectar no sólo los que pueda haber entre el menor y su representante legal, sino también entre el pariente llamado a consentir y el menor. En el supuesto objeto de la resolución analizada, el notario lo tuvo en cuenta y llamó al siguiente pariente más

próximo en grado, lo cual no fue reprochado por la DG. También quiero poner de manifiesto una idea errónea que a veces nos encontramos en algunas operaciones que llegan a las notarías. Es la de entender que en caso de conflicto de intereses entre el menor y su representante legal, es posible salvarlo mediante la intervención en el acto de los dos parientes previstos en el artículo 424-6 del CCCat. En mi experiencia personal he debido parar varias firmas ante la ausencia de un defensor judicial, tal como ordena el artículo 236-20 del CCCat,²¹ cuando el conflicto existe entre el menor y su único progenitor vivo. Hay cierta tendencia a pensar que la actuación de los dos parientes salva el conflicto de intereses, cuando únicamente suple la autorización judicial exigida por el artículo 236-27, que nada tiene que ver con los casos de conflicto de intereses, que tienen su propia regulación ajena a los dos parientes.

9. Cancelación y régimen transitorio de los fideicomisos *si sine liberis decesserit*

Artículo 426-12. Extinción del fideicomiso

Los fideicomisos se extinguen en los siguientes casos.

- a) *Si no queda ningún fideicomisario con derecho al fideicomiso, ni por vía de sustitución vulgar.*
- b) *Si se llega a los llamamientos de fideicomisarios que superan los límites legales permitidos.*
- c) *Si todos los posibles fideicomisarios renuncian a su derecho.*
- d) *En los fideicomisos condicionales, si se incumple la condición.*

21 Artículo 236-20 del CCCat: *Conflicto de intereses. Si en algún asunto existe conflicto de intereses entre los hijos y los progenitores, y ambos progenitores ejercen la potestad, el hijo es representado por el progenitor con el que no tiene conflicto de intereses. Si la contraposición es con ambos a la vez o con el que ejerce la potestad, debe nombrarse al defensor judicial establecido por el artículo 224-1.*

Disposición transitoria cuarta. Fideicomisos

1. Los fideicomisos se rigen por el derecho vigente en el momento de la muerte del fideicomitente.

2. Las normas del libro cuarto del Código civil relativas a los efectos del fideicomiso mientras está pendiente se aplican a los fideicomisos ordenados en sucesiones abiertas antes de la entrada en vigor de la presente ley. Se exceptúan los fideicomisos de residuo y las sustituciones preventivas de residuo, que se rigen por las normas vigentes en el momento de la apertura de la sucesión.

3. Los asientos en el Registro de la Propiedad referentes a fideicomisos condicionales pueden cancelarse, sin necesidad de expediente de liberación de cargas, en los siguientes casos:

a) Si se acredita, mediante acta de notoriedad, el incumplimiento de la condición, siempre y cuando los hechos que lo producen puedan acreditarse por este medio.

b) Si se acredita, mediante acta de notoriedad con las pruebas documentales y testificales pertinentes, que han transcurrido más de treinta años desde la muerte del fiduciario y que sus herederos o sus causahabientes han poseído de forma pública, pacífica e ininterrumpida los bienes gravados con el fideicomiso, siempre y cuando no conste en el Registro de la Propiedad ninguna inscripción o anotación a favor de los fideicomisarios tendente a hacer efectivo su derecho.

Al preparar una escritura de compraventa, en las notarías nos encontramos en ocasiones con un gravamen fideicomisario sobre la finca. Obviamente, los compradores pretenden que sea cancelado para adquirir el inmueble libre de esta carga. Muchas de esas sustituciones son del tipo *si sine liberis decesserit*, es decir, condicionadas a que el fiduciario fallezca sin hijos, en cuyo caso los bienes harían tránsito al fideicomisario.

Ya vigente el libro cuarto, la DGDEJM ha tratado la cancelación de estas sustituciones en su resolución JUS/953/2017, de 26 de abril. El caso es el siguiente: en el año 2006 se autorizó un testamento con un legado de un inmueble a favor de un hijo, gravado con una sustitución fideicomisaria *si sine liberis decesserit*. En caso de cumplirse la condición (fallecimiento sin hijos), los bienes harían tránsito a los fideicomisarios, que eran la esposa del fiduciario (nuera del fideicomitente) y todos los nietos del fideicomitente (hijos de su única hija y hermana del fiduciario). La sucesión se abrió ese mismo año 2006, bajo la vigencia del CS. En el

año 2016 el fiduciario, que no tiene hijos, dispone del bien. Consienten la extinción del fideicomiso todos los fideicomisarios vivos en ese momento, que son la esposa del fiduciario y su dos únicos sobrinos, hijos de su hermana. Mediante un acta se declara notorio que la hermana del fiduciario está imposibilitada físicamente para tener más hijos. La registradora de la propiedad inscribe la venta, pero deja subsistente el fideicomiso.

La DG, conforme a la DT cuarta antes transcrita, declara que los fideicomisos se rigen por el derecho vigente en el momento del fallecimiento del fideicomitente, en este caso el CS. Y conforme al apartado dos, se aplicará el libro cuarto a los efectos del fideicomiso mientras está pendiente, aunque se haya ordenado en sucesiones abiertas antes del 1 de enero de 2009. En consecuencia, la sustitución fideicomisaria condicional se rige, pendiente el fideicomiso, por las disposiciones del Libro cuarto del CCCat y a estas mismas disposiciones se tiene que atender para determinar la procedencia o no de la extinción del gravamen.

En la resolución se afirma que el precepto aplicable es el artículo 426-12 del CCCat (extinción del fideicomiso) y no tanto el 426-41 (disposición de los bienes fideicomitidos). El primero es el que se ha de tener en cuenta para determinar si se puede cancelar el fideicomiso en el Registro de la Propiedad y el segundo para considerar la validez del acto de disposición, algo que en este caso no se discute, pues la venta se inscribe, pero con la finca gravada con el fideicomiso.

La DG confirma la calificación del registro de la propiedad, pues la renuncia efectuada no es la de «todos los posibles fideicomisarios» que prevé el artículo 426-12.c. El momento en que se tiene que valorar la concurrencia de todos los fideicomisarios no es el actual en que se vende el inmueble, sino el del fallecimiento del fiduciario vendedor. La evidencia de que no haya más nietos del testador como «posibles fideicomisarios» sólo se producirá en el caso y a partir del fallecimiento del fiduciario,²² porque la imposibilidad de su hermana para tener descendencia no es suficiente para excluirla. Se ha de pensar en una eventual adopción futura por su parte, en la cual el hijo o los hijos adoptados tendrán también la consideración de

22 Artículo 426-6.1 del CCCat: *El fideicomiso se defiende en el momento en que vence el plazo o se cumple la condición a favor del fideicomisario inmediatamente llamado que no haya renunciado antes a su derecho.*

nietos del testador²³ y ostentarán la condición de fideicomisarios. Por tanto, el acta de notoriedad no se considera tampoco suficiente para cancelar la sustitución, al no cumplir los requisitos exigidos por la letra a) del apartado tercero de la DT cuarta.

Esta doctrina me parece la correcta, si bien es cierto que entorpece el tráfico inmobiliario en supuestos como éste, en que la posibilidad de que aparezcan nuevos fideicomisarios es muy remota, pero no imposible. Se trata de un inconveniente que ha sucedido históricamente con los gravámenes fideicomisarios. El legislador del libro cuarto, tal como reza su exposición de motivos, ha facilitado su cancelación en la DT cuarta mediante actas de notoriedad que no hagan necesario recurrir al expediente de liberación de cargas y gravámenes.

Existe otra resolución sobre la materia, JUS/1203/2017, de 17 de mayo, que aplica la misma doctrina. Se trataba de una instancia presentada en el Registro de la Propiedad el año 2016 por la que se solicitaba que se cancelara el gravamen de sustitución fideicomisaria ordenada en un heredamiento. Era una sucesión abierta en 1976, durante la vigencia de la Compilación.

10. Sustitución preventiva de residuo

Artículo 426-59. Sustitución preventiva de residuo

1. En la sustitución preventiva de residuo, el testador, en previsión de que algún heredero o legatario muera sin dejar sucesor voluntario, llama a una o más personas para que, cuando mueran aquellos, hagan suyos los bienes que el heredero o el legatario hayan adquirido en la sucesión del testador y de los que no hayan dispuesto por actos entre vivos, por cualquier título, o por causa de muerte...

Desde el punto de vista notarial resulta muy interesante la resolución de la DGDEJM JUS/702/2022. Se trata de dos cónyuges que, para mayor claridad, llamaremos Antonio y María, los cuales carecen de descendientes y otorgan sendos testamentos el año 1986 en los que se instituyen recíprocamente herederos. Cada uno de ellos previó además una sustitución vulgar y

23 Artículo 235-47.1 del CCCat: *La adopción origina relaciones de parentesco entre el adoptante y su familia y el adoptado y sus descendientes, y produce los mismos efectos que la filiación por naturaleza.*

preventiva de residuo con distintos sustitutos, conforme al artículo 216 de la Compilación del derecho civil de Cataluña. Ambos dispusieron en su testamento que, a efectos de la sustitución preventiva de residuo ordenada, sólo se tiene que entender que el heredero instituido ha dispuesto de los bienes de la herencia cuando lo verifique después de haberla aceptado. Los dos testadores fallecen el año 2020, primero María y 22 días después Antonio. Los herederos de Antonio aceptaron la herencia de éste y por derecho de transmisión la de María, adjudicándose todos los bienes de los dos causantes. El registro de la propiedad calificó negativamente la escritura de herencia porque entendía que Antonio no dispuso de los bienes heredados de María tal como se ordenó en la sustitución preventiva de residuo, que exigía que lo hiciera después de haber aceptado la herencia. Realmente Antonio no otorgó ningún acto *mortis causa* disponiendo de los bienes de María después de fallecer ésta, por lo que el registrador entendía que los bienes heredados por Antonio procedentes de la herencia de María debían hacer tránsito a los sustitutos preventivos de residuo previstos en el testamento de ésta, y no a los herederos de Antonio.

La DG aclara en primer lugar la ley aplicable a las sucesiones. Al abrirse en 2020, se rigen por el libro cuarto del CCCat.²⁴ Ello no obstante, teniendo en cuenta que la DT segunda del libro cuarto establece que a las sucesiones abiertas después de su entrada en vigor, pero regidas por actos otorgados antes, se le aplican las reglas meramente interpretativas de la voluntad del causante que establecía la legislación derogada, habrá de estarse también a lo dispuesto en el artículo 216 de la Compilación, precepto mencionado por los causantes en sus testamentos. Dicho artículo es muy similar al actual 426-59 del Libro cuarto.

Fijada la ley aplicable, la cuestión a resolver en el supuesto planteado es cómo interpretar el requisito necesario para que opere la sustitución preventiva de residuo: que el heredero instituido «*muera intestado o sin testamento*» del artículo 126 de la Compilación o que «*muera sin dejar sucesor voluntario*» del artículo 426-59.1 del CCCat; y en particular, si la existencia de un testamento otorgado por Antonio el mismo día que el testamento en el que María le instituye como heredero y establece la sustitución preventiva de residuo excluye esta muerte «*intestada o sin testamento*» o «*sin dejar sucesor voluntario*» de Antonio y, por lo tanto, excluye también la aplicación de la

24 DT primera del Libro cuarto del CCCat. *Principio General. Se rigen por el libro cuarto del Código civil las sucesiones abiertas y los testamentos, codicilos, memorias testamentarias y pactos sucesorios otorgados después de que haya entrado en vigor.*

sustitución preventiva de residuo. Se debe resolver si el testamento otorgado por Antonio que evita esta sustitución tiene que ser posterior a la apertura de la sucesión de María o si, por el contrario, es suficiente que haya un testamento, aunque sea anterior.

El notario recurrente sostiene que el fundamento de la sustitución preventiva de residuo es evitar la sucesión intestada con respecto a los bienes procedentes del patrimonio del causante, por lo que la delación a favor de los sustitutos preventivos de residuo sólo ocurre si el heredero instituido muere intestado, algo que no sucede con Antonio. Con respecto a la disposición testamentaria que establece que, *a los efectos de la sustitución preventiva de residuo ordenada, sólo debe entenderse que el heredero instituido ha dispuesto de los bienes de la herencia cuando lo verifique después de haberla aceptado*, entiende que es una condición de imposible cumplimiento, dado que entre la muerte de la María y la de Antonio hubo tan sólo 22 días de diferencia y no era factible que este último aceptara la herencia y posteriormente dispusiera de los bienes recibidos en este corto plazo, por cuya razón afirma que la condición debería tenerse por no puesta.²⁵

La DG no atiende a estos argumentos y da la razón al registrador de la propiedad, en contra de lo que parece ser la literalidad de los artículos 126 de la Compilación (*muera intestado o sin testamento*) o del artículo 426-59.1 del CCCAT (*muera sin dejar sucesor voluntario*). Antonio no muere intestado, muere con testamento y con sucesor voluntario. Quiero pensar que la DG se aparta de dicha literalidad, puesto que nos encontramos ante una disposición testamentaria que modula en cierto modo el funcionamiento ordinario de la sustitución preventiva de residuo, al disponer el testamento que a efectos de la sustitución ordenada, sólo se tiene que entender que el heredero instituido ha dispuesto de los bienes de la herencia cuando lo verifique después de haberla aceptado. Sin esta frase en el testamento, entiendo que la solución de la DG habría sido distinta. Sin embargo, esto no se desprende de los razonamientos recogidos en la resolución. Según ésta, es evidente que estos actos de disposición –sean *inter vivos* o *mortis causa*– tienen que ser posteriores a la apertura de la primera sucesión y que el requisito de que el heredero instituido «*muera intestado o sin testamento*» del artículo 216 de la CDCC y que «*muera sin dejar sucesor voluntario*» del 426-59 del CCCat, hace referencia a la ausencia de un testamento posterior a la adquisición de

25 Artículo 423-16 del CCCat: *Condiciones imposibles, irrisorias y perplejas. Las condiciones imposibles, las irrisorias y las perplejas se tienen por no formuladas.*

los bienes del causante por parte del heredero, en el que este disponga de los bienes que adquiere. Por lo tanto, según sigue afirmando la DG, lo que excluye la sustitución preventiva de residuo no es que el heredero instituido muera habiendo otorgado testamento, sin más, sino que muera habiendo otorgado un testamento posterior a la adquisición de los bienes procedentes del causante que ordena la sustitución y que dispone de dichos bienes. Sí es cierto que en el párrafo segundo del artículo 216 de la Compilación hay un argumento a favor de la interpretación de la DG. Este precepto aludía expresamente al supuesto en que el heredero hubiera muerto con heredero instituido en heredamiento que llegare a serlo, caso en que no opera la sustitución; con todo, si el heredero sustituido fuera cónyuge del causante que, junto con este, había otorgado heredamiento preventivo, entonces sí que prevalece la sustitución. Este último supuesto es equivalente al del cónyuge instituido como heredero que designa a un heredero al mismo tiempo que el causante ordena la sustitución preventiva de residuo que lo afecta y, por lo tanto, con anterioridad a la adquisición de los bienes que se le atribuyen en virtud del heredamiento; en este caso, sí que opera la sustitución.

La DG concluye afirmando que a su juicio y tal como revela la cláusula transcrita del testamento, la voluntad de María y Antonio, que otorgan un testamento de contenido idéntico, era que, teniendo en cuenta la confianza que tenían el uno en el otro, el cónyuge superviviente pudiera disponer de los bienes de su consorte a favor del sobrino o de los sobrinos de cualquiera de sus respectivas ramas familiares que lo cuidaran y trataran mejor: si pertenecía a la rama de procedencia de los bienes, no tenía que disponer *mortis causa*; en cambio, si pertenecía a su misma rama familiar, podía disponer *mortis causa* de los bienes a favor suyo, o bien, en igualdad de caso, podía disponer a favor de todos los sobrinos.

Insisto en que en mi opinión la solución habría sido la contraria de no haber mediado la cláusula especial del testamento que disponía expresamente que sólo se tenía que entender que el heredero instituido había dispuesto de los bienes de la herencia cuando lo verificara después de haberla aceptado. Así los resolvió la DGDEJM en la resolución JUS/2137/2014, de 18 de septiembre, en que reconoció la ineficacia de la sustitución preventiva en un supuesto sujeto al CS. En cualquier caso, los notarios hemos de tener en muy en cuenta la resolución comentada cuando asesoremos a nuestros clientes. Si un heredero gravado con una sustitución preventiva de residuo desea dejar ésta sin efecto, le debemos aconsejar que otorgue un nuevo testamento, aunque sea de idéntico contenido a otro otorgado antes de su adquisición hereditaria. El primero no sería suficiente en relación a los bienes gravados

para dejar inoperativa la sustitución preventiva de residuo, asimilándose en este aspecto a un fallecimiento intestado. Al cliente le parecerá extraño otorgar un testamento con exacto contenido a otro previo, en que sólo variará la fecha y el número de protocolo, pero más vale para evitar controversias o problemas de inscripción posteriores.

11. Toma de posesión de legado

Artículo 427-22. Acciones del legatario y toma de posesión del legado

...3. Sin consentimiento de la persona gravada o, si procede, de la facultada para la entrega, el legatario no puede tomar posesión, por su propia autoridad, de la cosa o el derecho legados.

4. No obstante lo establecido por el apartado 3, el legatario puede tomar por sí solo la posesión del legado si el causante lo ha autorizado, si se trata de un prelegado o si el legado es de usufructo universal, así como en Tortosa si toda la herencia está distribuida en legados...

Artículo 427-34. Legado de usufructo universal

...2. El legado de usufructo universal, salvo que la voluntad del causante sea otra, se extiende a todos los bienes relictos, salvo los que hayan sido objeto de donación por causa de muerte, sin perjuicio de lo que el presente libro establece sobre las legítimas.

También es de gran interés notarial el supuesto planteado en la resolución JUS/1366/2020 de 5 de junio de la DGDEJM. Se trataba de un testamento otorgado en 2016, en el que a la cónyuge se le lega el usufructo universal y vitalicio sobre toda la herencia, excepto dos plazas de aparcamiento que se legan a los hijos de un primer matrimonio. El testador fallece en 2018 y en 2019 se otorga escritura en la que la cónyuge viuda toma posesión por sí sola del usufructo universal, sin que intervengan todos los herederos. La registradora de la propiedad califica negativamente la escritura porque entiende que no estamos ante un usufructo universal, al haber quedado dos bienes excluidos del mismo. Por tanto, no puede la legataria tomar por sí sola posesión del legado, quedando este supuesto fuera del ámbito del artículo 427-22.4 y siendo necesario la intervención de todos los herederos para su entrega a la legataria.

La DG revoca la calificación y resuelve que sí estamos ante un usufructo universal, por lo que la legataria puede tomar por sí sola posesión del legado. La DG ofrece los siguientes argumentos:

- Lo dispuesto por el artículo 427-34 antes transcrito, que permite que en el usufructo universal se excluyan determinados bienes por voluntad del testador. El hecho de ser un llamamiento de tipo universal hace que se extienda a todo aquello que no se ha excluido de manera expresa, pero no a aquello que se ha excluido.²⁶
- Al ser los legatarios de los bienes excluidos del usufructo a su vez legitimarios del testador, la exclusión la ordena la misma ley. El usufructo universal voluntario no se extiende nunca a las legítimas,²⁷ salvo el juego que pueda dar la *cautela socini*, a diferencia del usufructo legal abintestato.²⁸ Si de conformidad con el artículo 451-7.1 el legado a favor de quien resulte ser legitimario implica atribución de la legítima, los legados hechos por el testador a favor de dos de sus legitimarios tenían que quedar excluidos del usufructo y es evidente que por eso el usufructo no deja de ser universal, porque en otro caso ningún legado de usufructo universal ordenado por una persona con legitimarios lo sería.
- El valor de los bienes excluidos del usufructo representa escasamente, en este caso concreto, el siete por ciento del valor de la herencia, de manera que nada puede hacer sospechar que la usufructuaria universal esté cometiendo ningún fraude a los herederos ni actuando contra el principio de la buena fe.²⁹

26 El notario Ángel Serrano de Nicolás señala que el testador puede excluir bienes mediante las vías pertinentes, es decir, haciendo disposiciones (legados sobre bienes concretos) o atribuciones particulares, pero no se puede pretender que sea universal si se llega a su contenido a base de disposiciones particulares, aunque agoten todo el patrimonio relicto.

27 Artículo 451-9.1 del CCCat: *El causante no puede imponer sobre las atribuciones hechas en concepto de legítima o imputables a esta condiciones, plazos o modos. Tampoco puede gravarlas con usufructos u otras cargas, ni sujetarlas a fideicomiso. Si lo hace, estas limitaciones se consideran no formuladas.*

28 Artículo 442-4.1 del CCCat: *El usufructo universal del cónyuge o del conviviente en pareja estable se extiende a las legítimas, pero no a los legados ordenados en codicilo, a las atribuciones particulares ordenadas en pacto sucesorio a favor de otras personas ni a las donaciones por causa de muerte.*

29 Artículo 111-7 del CCCat: *Buena fe. En las relaciones jurídicas privadas deben observarse siempre las exigencias de la buena fe y de la honradez en los tratos.*

- Para la interpretación del testamento nos tenemos que atener a la verdadera intención del testador y nada hace pensar que hubiera excluido del usufructo dos plazas de parking para que los hijos del primer matrimonio tuvieran algún control sobre la entrega del usufructo.
- El legado de usufructo universal es de eficacia real (artículo 427-34-1), por la muerte del causante el legatario adquiere su derecho (427-15.1) y si el artículo 427-22.2 establece que tiene acción para exigir la entrega, es en relación con los bienes que no estén en posesión de la persona legataria en el momento de la defunción del causante. Y en el caso presente no se ha contradicho que la finca, vivienda habitual del causante y de la viuda, está en posesión física de ésta, por lo cual nada se tendría que oponer a la inscripción de su derecho.
- A día de hoy, el único sentido práctico de la exigencia de la entrega de la cosa legada por parte del heredero es el de preservar la paz social, protegiendo la posesión física de la cosa legada y evitando que el legatario actúe unilateralmente, sobre todo cuando se trate de bienes muebles. En el caso presente, la posesión de la finca la tenía la viuda usufructuaria y, por lo tanto, no se daba esta razón. No se debe buscar ya el fundamento de esta norma en proteger la cuarta falcidia o la legítima frente a legados inoficiosos, pues el legatario puede evitar la reducción abonando al heredero o legitimario su importe (artículos 427-45.2 y 451-22.4).

12. Cuarta Falcidia

Artículo 427-43. Imputación y compatibilidad con otros derechos

1. Se imputa a la cuarta falcidia o cuota hereditaria mínima todo cuanto se atribuye al heredero en la sucesión, estimado en el momento de la muerte del causante, incluido lo que obtiene por vía de sustitución vulgar, por derecho de acrecer o por absorción de legados ineficaces, pero no los prelegados otorgados por el testador al propio heredero, sin perjuicio de que puedan reducirse, si procede. Tampoco se imputan a la misma las donaciones por causa de muerte ni las atribuciones particulares en pacto sucesorio.

La cuarta falcidia o cuota hereditaria mínima ha sido tratada por el TSJC en su reciente sentencia 20/2022, de 8 de abril. El objeto del recurso es meramente resolver si deben imputarse a la cuarta falcidia los prelegados. En

contra de lo que parece disponer el artículo 427.43.1 del CCCat, una de las partes entendía que sí debían imputarse a la misma cuando los herederos habían percibido más de una cuarta parte de la herencia por medio de prelegados. Argumenta que conforme al artículo 427-40, el presupuesto básico para que nazca este derecho es que al heredero no se le deja libre una cuarta parte del activo hereditario líquido. Si con los prelegados el heredero supera el 25 % de ese activo, no debería nacer el derecho a la cuarta falcidia, pues no se le impide retener en propiedad una cuarta parte de la herencia.

EL TSJC no acoge esta pretensión, ante la claridad de los términos del artículo 427-43.1, que dispone expresamente que no se imputarán a la misma los prelegados a favor del propio heredero. Reconoce que la original finalidad de esta institución era incentivar al heredero para aceptar la herencia gravada con legados con el fin de evitar que, por su renuncia, se produjera la total ineficacia del testamento y de todas las disposiciones particulares contenidas en él. Se trataba por tanto de preservar la voluntad del causante y el testamento. Sin embargo, la institución carece ahora de su sentido originario, a la vista de la posibilidad de que mantengan su eficacia las disposiciones particulares del testador pese a la repudiación del heredero testamentario y la subsiguiente apertura de la herencia intestada. Ahora lo que se pretende proteger es la necesaria institución de heredero, sin perjuicio del respeto a la voluntad del causante, a fin de evitar que quede reducida al simple *nomen iuris*, lo que constituye una inequívoca señal de identidad del derecho sucesorio catalán, como se puso de manifiesto en las discusiones parlamentarias.³⁰

Con independencia de su razón de ser en la actualidad, de mi experiencia profesional he concluido que los clientes ajenos al mundo jurídico desconocen completamente el concepto de cuarta falcidia, cuyo nombre suele llamarles la atención. En aquellos testamentos con legados o prelegados cuyo valor pueda exceder del 75 % del caudal hereditario, siempre es necesaria una explicación detallada de su significado y efectos.

30 Francisco de Paula Puig Blanes entiende que sí se deberían imputar los bienes prelegados a la cuarta falcidia en aquellos casos en los que el propio testador haya previsto un legado expresamente con la indicación de que fuere para el pago de la falcidia. Al tratarse de un legado a favor del heredero sería un prelegado y por ello una interpretación estricta de la norma comportaría que tal legado no produciría los efectos que con su institución se buscaron...Dado que ello choca con la voluntad del causante (norma esencial en la sucesión), cabría estimar que este prelegado de falcidia sí que se debería tomar en consideración, si bien con la peculiaridad de que su existencia no privaría de la facultad de reclamar lo que faltare de falcidia, si de los cálculos así resultare, salvo voluntad contraria del testador.

Normalmente se suele proponer al testador la inclusión de una cláusula para prohibir detraer la cuarta falcidia con la que el testador siempre está conforme, tras el oportuno asesoramiento, y que la percibe como un medio para que se cumpla su voluntad, que es que los legados y prelegados se respeten, cualquiera que sea su importe, quedando siempre a salvo las legítimas, dado su régimen imperativo.

13. Incidencia de los seguros de prima única en la legítima y la partición

En los últimos años he podido comprobar que en ocasiones, determinados contratos bancarios atípicos llegan a tener una incidencia de mayor magnitud en la sucesión que las cláusulas del último testamento, defraudando las expectativas del heredero testamentario.

De un supuesto como éste se ocupó la sentencia 1/2014, de 2 de enero. Examinemos los hechos: La causante contrató el año 1999 un producto financiero llamado «Libreta de Renta Garantizada» con una prima de 40.000.000 de pesetas, designando como beneficiarios a sus cuatro hijos. En 2005 la causante modificó el contrato: su denominación pasó a ser «BS renta vitalicia con garantía total del capital aportado», y su única beneficiaria una de sus cuatro hijos. De la documentación del año 2005 resulta que se trataba de un capital asegurado para el caso de muerte de 241.004,84 euros, produciendo el contrato una renta mensual de 959,46 euros desde 1999 hasta 2014, y a partir de esa fecha una renta mínima de 198,18 euros. La causante falleció el 11 de enero de 2009, ya en vigor el Libro cuarto del CCCat, habiendo otorgado el último testamento el 5 de febrero de 2008, en el que instituyó herederos a tres de sus hijos, entre ellos la beneficiaria del contrato bancario. El Banco, a la muerte de la causante, entregó a la hija beneficiaria de dicho contrato la cantidad de 240.404,84 euros. Dos de los hermanos reclamaban que esa cantidad fuera imputable a la legítima de la hija beneficiaria y la trajera a colación en la partición.

El TSJC analizó en primer lugar la naturaleza jurídica de esta clase de estos productos bancarios con importantes consecuencias sucesorias. Según la sentencia, el seguro de vida puede subdividirse en dos ramas: una tendría como finalidad fundamental la cobertura de un riesgo determinado, es decir, destinar un capital o, en su caso, una renta para el caso de la muerte prematura de una persona, y la otra rama se encaminaría al ahorro o a la inversión a medio o largo plazo. Ambas modalidades se pueden

contraer por medio de pagos periódicos (anuales, mensuales, trimestrales) o acumulando los pagos en una sola vez, es decir, en forma de prima única, como es el presente supuesto, modalidad que se ha hecho notable en los últimos años por su versatilidad y flexibilidad.

Concluye el tribunal que estos contratos no pueden encuadrarse en la categoría de las donaciones *mortis causa* recogidas en el artículo 432-1 y siguientes del CCCat, ni tampoco en las donaciones inter vivos. Las exigencias legales de las donaciones *mortis causa* han sido estudiadas en diversas sentencias del TSJC, de las que resulta que son requisitos *sine qua non* para poder calificar un negocio jurídico como donación *mortis causa*: que se trate de una atribución a título particular; que se haya hecho en contemplación de la muerte del donante; y que haya sido aceptada por el donatario. El obstáculo principal que impide calificar estos contratos como donaciones *mortis causa* es la ausencia de un requisito imprescindible, que es la aceptación del donatario. Por tanto, la falta de aceptación de la beneficiaria en vida de la causante no causa la ineficacia del contrato. El TSJC considera la figura todavía más alejada de las donaciones *inter vivos*.

A continuación, el TSJC analiza la validez de estos productos bancarios y concluye que son plenamente admisibles, recordando que uno de los pilares fundamentales de nuestro derecho es la libertad de contratación y que lo que procede en este caso es, más que la calificación del contrato, centrarse en su encaje en el derecho sucesorio catalán. El Tribunal concluye que es un contrato válido y eficaz en el ámbito civil que debe producir efectos sucesorios. Se trata de un contrato de naturaleza atípica, pero encaja totalmente dentro de la libertad civil y de la libertad de testar, norma inspiradora por excelencia del derecho sucesorio.³¹

En cuanto a su carácter computable para el cálculo de la legítima, su imputabilidad y su carácter colacionable, las conclusiones del TSJC son las siguientes:

1. La prima entregada debe computarse para el cálculo de la legítima. La sentencia no hace un estudio particular de la cuestión, ratificando lo resuelto por la Audiencia. En cualquier caso, parece claro que el supuesto encaja en los supuestos de computación previstos en el artículo 451-5.

2. En cambio, la cantidad recibida por la beneficiaria de este producto financiero no es imputable a la legítima. El Tribunal entiende que

31 Artículo 421-1 del CCCat: *La sucesión testada se rige por la voluntad del causante manifestada en testamento otorgado de acuerdo con la ley.*

esta cuestión no fue objeto de apelación y mantiene la resolución de la Audiencia, que consideró que la imputación a la legítima de la beneficiaria no era conforme a la voluntad real de la causante.

3. Finalmente, resuelve que la cantidad no es colacionable por la beneficiaria en la partición de la herencia a realizar con sus hermanos coherederos. El TSJC argumenta que la institución de la colación está inspirada en la libertad de testar, por lo que lo único que busca esta institución es que no se sustraigan del caudal del difunto aquellos bienes que el causante hubiera querido que se distribuyeran entre los herederos. Por esta circunstancia el artículo 464-17 sólo exige colacionar las atribuciones hechas *inter vivos* a título gratuito en concepto de legítima o imputable a la misma, o cuando el causante haya establecido expresamente que sean coleccionables, exigencia que no concurre en ningún caso en el contrato bancario en discusión. En el caso objeto de litigio, cuando la causante otorgó su último testamento el 5 de febrero de 2008, en ningún momento menciona la cantidad que tenía depositada en el banco en favor de su hija beneficiaria, haciendo evidente que sólo quería beneficiar a esa hija. Por tanto, el recurso no ofrece ninguna base legal para amparar el derecho a colacionar la cantidad depositada en el banco en tal concepto.

Para finalizar el análisis de esta sentencia, merece una reflexión la incidencia que tienen estos contratos bancarios en las sucesiones. Bajo la figura de seguros, el dinero aportado como prima única queda al margen del *iter* sucesorio marcado por el testamento y, en ocasiones de forma inconsciente, desdibujan todo el esquema sucesorio en el que se basaba aquel. Pongamos un ejemplo: se otorga un testamento que contiene, entre otras cláusulas, varios legados que representan la mayor parte del dinero del causante. Meses o años más tarde, el testador firma en el banco uno de estos contratos atípicos, pensando que es fundamentalmente un producto financiero de ahorro que le genera unos intereses. Ello no obstante, se trata también de un seguro de vida, en el que como cláusula de estilo se designa beneficiarios a los «herederos legales». ¿Es realmente consciente el firmante de este contrato que está dejando vacías de contenido las cláusulas testamentarias relativas a los legados de dinero? Se debe remarcar que esta póliza se firma sin el asesoramiento notarial y sin las cautelas y solemnidades de un testamento abierto, lo cual puede en ocasiones dejar en papel mojado lo dispuesto en el acto de última voluntad. Además, en estos contratos la designación de beneficiarios se suele hacer con una cláusula de estilo del tipo «mis herederos legales», que siempre me ha parecido que puede inducir a error. ¿Al incluir la

palabra «legales» está refiriéndose únicamente a las personas que serían llamadas según el orden legal de llamamientos de la sucesión intestada? ¿O utiliza la expresión de una manera impropia y se refiere a los que sean finalmente llamados a título de herederos, aunque sean testamentarios? Es esta última la interpretación generalizada, del mismo modo que la expresión representante legal se utiliza en ocasiones para cualquier tipo de representación, no sólo la propia de los progenitores o del tutor, sino también la voluntaria. En cualquier caso la designación de los beneficiarios en contratos de tal importancia patrimonial debería hacerse de forma más precisa. Y como conclusión quiero remarcar que los firmantes de estos contratos deberían ser advertidos de que están modificando el destino de una parte importante de sus bienes para después de su muerte, de modo que fueran conscientes de la necesidad de revisar su testamento para planificar de nuevo su sucesión.

14. Influencia del ajuar en el cálculo de la legítima

Artículo 451-5. Cuantía y cómputo de la legítima

La cuantía de la legítima es la cuarta parte de la cantidad base que resulta de aplicar las siguientes reglas:

- a) *Se parte del valor que los bienes de la herencia tienen en el momento de la muerte del causante, con deducción de las deudas y los gastos de la última enfermedad y del entierro o la incineración....*

En la sentencia 38/2022, de 20 de junio, el TSJC se ocupa de cómo influye el ajuar en el cálculo de la legítima. Distingue dos supuestos:

- a) El caso en que tenga lugar el derecho de predetracción previsto en el artículo 231-30 del CCCat,³² el ajuar corresponderá al cónyuge viudo por razón del matrimonio (o a la pareja estable, por la remisión del artículo 234-14), no se integrará en el caudal relicto y no se tendrá en cuenta para el cómputo de la legítima o su suplemento.

32 Artículo 231-30 del CCCat. *Derecho al ajuar de la vivienda. 1. Corresponde al cónyuge superviviente, no separado legalmente o de hecho, la propiedad de la ropa, del mobiliario y de los utensilios que forman el ajuar de la vivienda conyugal. Dichos bienes no se computan en su haber hereditario. 2. No son objeto del derecho de predetracción las joyas, los objetos artísticos o*

b) Y en caso en que el ajuar no esté afectado por este derecho de predetracción, y siempre que se acredite su existencia, sí se integrará en el caudal hereditario y deberá computarse a los efectos del cálculo de la legítima o de su suplemento. En el caso de que, acreditada su existencia, no se pruebe su valor, el TSJC resuelve que siguiendo las normas fiscales,³³ se valorará en un 3 % del resto del caudal hereditario.

Se ha de recordar que la determinación de lo que debe entenderse por ajuar en el ámbito fiscal no ha sido una cuestión pacífica, habiendo numerosa jurisprudencia en este sentido. Destacaremos únicamente que el TS, en sus sentencias 342/2020, de 10 de marzo, y 499/2020, de 19 de mayo, señala que el ajuar doméstico comprende el conjunto de bienes muebles afectos al servicio de la vivienda familiar o al uso personal del causante, excluyéndose, entre otros, las acciones y participaciones sociales, las letras y el dinero. Sí se tienen en cuenta, conforme a las SSTs 916/2021, de 24 de junio, y 449/2022, de 18 de abril, los bienes que se transmitan como legados.

15. Cálculo de la legítima en herencias sucesivas

Artículo 451-5. Cuantía y cómputo de la legítima

La cuantía de la legítima es la cuarta parte de la cantidad base que resulta de aplicar las siguientes reglas:

a) *Se parte del valor que los bienes de la herencia tienen en el momento de la muerte del causante, con deducción de las deudas y los gastos de la última enfermedad y del entierro o la incineración.*

históricos, ni los demás bienes del cónyuge premuerto que tengan un valor extraordinario en relación al nivel de vida del matrimonio y al patrimonio relicto. Tampoco lo son los muebles de procedencia familiar si el cónyuge premuerto ha dispuesto de ellos por actos de última voluntad en favor de otras personas.

33 Artículo 15 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones: *El ajuar doméstico formará parte de la masa hereditaria y se valorará en el tres por ciento del importe del caudal relicto del causante, salvo que los interesados asignen a este ajuar un valor superior o prueben fehacientemente su inexistencia o que su valor es inferior al que resulte de la aplicación del referido porcentaje.*

La sentencia 4/2023, de 9 de enero, casa la sentencia de la Audiencia por un cálculo erróneo de la legítima en un supuesto de herencias sucesivas. En el caso litigioso, un padre fallece en 2010, siendo heredado por su esposa. Una de las hijas reclama la legítima sobre esta herencia paterna y le es pagada. En 2018 fallece la madre. La misma hija reclama su legítima en la herencia materna y la Audiencia resuelve que debe ser calculada únicamente sobre la mitad de los bienes de la madre, pues esta hija había ya cobrado la legítima de la herencia del padre y la mitad del caudal relicto de la madre se componía de los bienes heredados del padre tras su fallecimiento en el año 2010.

Para el TSJC resulta claro que la sentencia de la Audiencia infringió las normas sobre el cálculo de la legítima. Los bienes heredados por la causante de su difunto esposo que permanecieran en su patrimonio en el momento de su muerte forman parte del caudal relicto porque ninguna norma autoriza a deducirlos o descontarlos. Las sucesiones son individuales, y el hecho de que los progenitores tuviesen en proindiviso todos o parte de sus bienes no permite considerar la sucesión como una sola. Se trata de dos sucesiones y en cada una de ellas la hija tiene derecho a su legítima como un derecho de crédito contra quienes fuesen los herederos en cada caso.

Según el artículo 451-5, únicamente pueden ser descontadas las deudas y los gastos de última enfermedad y entierro y tampoco existe ninguna donación que pueda ser imputada a la legítima de la demandante. Según el TSJC, no se trata aquí de lo que a la Sala de apelación o a los herederos les parezca justo o injusto. El cobro y el pago de la legítima se regulan por normas imperativas que deben ser cumplidas estrictamente, sin que puedan mezclarse ambas sucesiones.

16. Computación de donaciones

Artículo 451-5. Cuantía y cómputo de la legítima

La cuantía de la legítima es la cuarta parte de la cantidad base que resulta de aplicar las siguientes reglas:

- a) *Se parte del valor que los bienes de la herencia tienen en el momento de la muerte del causante, con deducción de las deudas y los gastos de la última enfermedad y del entierro o la incineración.*

b) Al valor líquido que resulta de aplicar la regla de la letra a, debe añadirse el de los bienes dados o enajenados por otro título gratuito por el causante en los diez años precedentes a su muerte, excluidas las liberalidades de uso. El valor de los bienes que han sido objeto de donaciones imputables a la legítima debe computarse, en todo caso, con independencia de la fecha de la donación...

La sentencia 58/2019, de 25 de julio, analiza la computación de donaciones para el cálculo de la legítima. Se trata de una sucesión abierta en 2009, poco después de la entrada en vigor del Libro cuarto, discutiéndose si se habían de computar unas donaciones realizadas en el año 1985 a favor de un legitimario. EL TSJC resuelve en sentido negativo, dado que las donaciones se realizaron más de diez años antes del fallecimiento del causante y no eran imputables a la legítima. Esta norma se considera una de las novedades más importantes del Libro cuarto del CCCat, tendente, como otras, a debilitar de forma progresiva la legítima.

El recurrente pretendía que esta regla temporal de los diez años sólo debía aplicarse a las donaciones realizadas a favor de terceros, pero no a favor de los propios legitimarios, lo cual supondría que todas las donaciones efectuadas a favor de estos serían computables, con independencia de su antigüedad. Apoyaba su pretensión en el artículo 451-8.4, que dispone que las donaciones imputables a la legítima se valoran de acuerdo con lo establecido por el artículo 451-5, pero su imputación no está sometida al límite de diez años fijado por la letra b de dicho artículo.

El Tribunal considera esta pretensión errónea, a la vista de una interpretación sistemática (el artículo 451-8 regula la imputación y el 451-5 la computación) y gramatical (el artículo 451-5 no distingue si el donatario es o no legitimario). La regla b) del artículo 451-5 y el artículo 451-8.4 son perfectamente coherentes, pues si todas las donaciones imputables a la legítima se han de descontar de la legítima individual, la regla lógica es que previamente todas ellas se computen para determinar la legítima global. De la misma lógica participa el art. 451-22.3 cuando dice que si después de hacer la reducción o la supresión a que se refieren los apartados 1 y 2, el pasivo supera el activo hereditario o si este es aún insuficiente, también se pueden reducir o suprimir las donaciones computables para el cálculo de la legítima otorgadas por el causante.

Consecuentemente, la única especialidad en relación a la persona del donatario es la computación de aquellas donaciones a favor de legitimarios realizadas más de 10 años antes de la apertura de la sucesión

únicamente en los casos de imputabilidad previstos en el artículo 451-8, imputación que no se da en el presente caso y que excluye por tanto la computación. Las donaciones no imputables a la legítima a favor de legitimarios no se computan para el cálculo de la legítima global, al igual que ocurre con las donaciones a favor de no legitimarios, siempre que en ambos casos se realicen más de 10 años antes del fallecimiento del donante. Además, el preámbulo del Libro cuarto es claro y no deja lugar a dudas.³⁴

Son frecuentes las consultas que tengo en la notaría en relación a la computación de las donaciones. Un caso real que he tenido recientemente era el de un matrimonio en que el marido tenía hijas de una relación anterior con las que no tenía relación familiar. Era discutible que incurrieran en causa de desheredación, pues la ausencia de relación familiar no era imputable exclusivamente a las hijas. El marido tenía un testamento en que había instituido heredera a su segunda esposa y ante el temor de una reclamación de la legítima, preguntaban por hacer donaciones en vida. A estos clientes se les explica que en el caso de que el donante fallezca antes de 10 años desde el otorgamiento de la donación, de nada habrá servido para reducir la legítima, pues la donación será computable. Además reciben un amplio asesoramiento fiscal. El impuesto de sucesiones y donaciones a pagar es muy superior en caso de que se opte por la donación, en el que la cónyuge donataria carece de la bonificación de la cuota tributaria del 99 % que sí hay en sucesiones *mortis causa*.³⁵ Y si se opta por la donación y se pone de manifiesto una ganancia patrimonial, habrá una suma importante a pagar en el IRPF.

34 Preámbulo del CCCat: *Una medida destacable en este sentido es la limitación de la computación de donaciones a las hechas en los diez años precedentes a la muerte del causante, salvo que se trate de donaciones otorgadas a legitimarios e imputables a su legítima, en cuyo caso son computables sin límite temporal. La restricción de la computación a las donaciones hechas en los últimos diez años de vida facilita las operaciones de cálculo de la cuantía de la legítima, que no se verán entorpecidas por problemas de prueba y valoración de actos pretéritos, pero, sobre todo, debe percibirse como una reducción de los derechos de los legitimarios ajustada a la realidad de la sociedad contemporánea, en que prevalece el interés en procurar formación a los hijos sobre el interés en garantizarles un valor patrimonial cuando faltan los progenitores.*

35 Ley 19/2010, de 7 de junio, de regulación del impuesto de sucesiones y donaciones. Artículo 58 bis.1: *Los cónyuges pueden aplicar una bonificación del 99 % de la cuota tributaria del impuesto sobre sucesiones en las adquisiciones por causa de muerte, incluidas las cantidades percibidas por los beneficiarios de seguros de vida que se acumulan al resto de bienes y derechos que integran su porción hereditaria.*

Por otro lado, esas sumas a pagar al fisco, tras realizar el cálculo, parecen ser inferiores a la legítima a pagar. Pero aun en caso realizar la donación, no pueden estar seguros de que el donante vaya a vivir más de diez años, lo que conllevaría, además de pagar mayores sumas a Hacienda por haber hecho la donación, también pagar la legítima. Todas estas cuestiones se plantean en una consulta profesional en la notaría y finalmente los clientes son los que tienen que tomar la decisión.

17. Forma de pago del legado simple de legítima

Artículo 451-7. Atribución a título de herencia o de legado

1. La institución de heredero y el legado a favor de quien resulte ser legitimario implican atribución de legítima, aunque no se exprese así, y se le imputan por el valor de los bienes en el momento de la muerte si el causante no dispone otra cosa, aunque el legitimario repudie la herencia o renuncie al legado. En estos dos casos, se entiende que el legitimario renuncia también a la legítima.

2. El legado dispuesto en concepto de legítima o imputable a esta que no sea legado simple de legítima debe ser de dinero, aunque no haya en la herencia, o de bienes integrantes del caudal relicto. Estos bienes deben ser de propiedad exclusiva, plena y libre, salvo que:

- a) No existan bienes de esta condición en la herencia, sin contar a este solo efecto los bienes muebles de uso doméstico.*
- b) El legitimario sea cotitular del bien legado, en comunidad ordinaria indivisa con el causante.*
- c) El legitimario sea titular de un derecho susceptible de producir la consolidación del dominio conjuntamente con lo que el causante le lega.*

3. Si el legado no cumple los requisitos establecidos por el apartado 2, el legitimario puede optar entre aceptarlo simplemente o renunciar al mismo y exigir lo que le corresponda por legítima.

4. La legítima puede legarse en forma simple, utilizando la fórmula «lo que por legítima corresponda» u otras análogas o similares. En este caso, si el legitimario ha sido a la vez instituido heredero o favorecido con otros legados, estas atribuciones implican igualmente la de la legítima, sin que el legado en forma simple le otorgue derecho adicional alguno.

Artículo 451-11. Pago de la legítima

1. *El heredero o las personas facultadas para hacer la partición, distribuir la herencia o pagar legítimas pueden optar por el pago, tanto de la legítima como del suplemento, en dinero, aunque no haya en la herencia, o por el pago en bienes del caudal relicto, siempre y cuando, por disposición del causante, no corresponda a los legitimarios percibirlos por medio de institución de heredero, legado o asignación de un bien específico, atribución particular o donación.*

2. *En caso de optar por el pago de la legítima o, si procede, el suplemento en bienes, el heredero o la persona facultada para pagar debe cumplir los requisitos establecidos por el artículo 451-7.2. Una vez hecha la opción y comenzado el pago de una forma determinada, el legitimario puede exigir que el resto le sea pagado de la misma forma.*

Existen diversas formas de hacer efectivo el pago de la legítima, tales como las donaciones, las atribuciones de legítima, la institución de heredero o bien a título de legado. Y en este último caso podemos distinguir dos subtipos: el legado en concepto de legítima o imputable a ella, con cláusula del tipo «lega a su hijo, en pago de legítima, el inmueble sito en o la suma de “x” euros»; y el legado simple de legítima, con una cláusula de estilo que, con ligeras variantes, los notarios solemos redactar del siguiente modo: «Lega, a quien su derecho acredite, lo que le corresponda por legítima». Esta última cláusula suele ser la primera en los testamentos notariales otorgados en Cataluña. En los que autorizo suelo incluir, tras asesorar al testador, que dicha legítima no devengará intereses.³⁶ Esta cláusula de legado simple de legítima es mencionada en diversos artículos del libro cuarto (451-7.2, 451-15.3, 451-16.4). El TSJC ha tenido ocasión de resolver la forma en que ha de ser satisfecha en la sentencia 45/2016, de 13 de junio, que pasamos a analizar. El supuesto de hecho objeto del litigio deriva de un testamento en el que el causante realizaba a favor de dos de sus hijos un legado simple de legítima. La Audiencia resolvió que los herederos podían pagar dicha legítima con cuotas indivisas de inmuebles, pues en la herencia no había dinero suficiente ni tampoco otros bienes adecuados, ya que, por su indivisibilidad, no se podían formar lotes con bienes exclusivos para cada legitimario. La cuestión a resolver es si al legado simple de legítima se le aplican las salvedades previstas en el artículo 451-7.2, que permite en tres

36 Artículo 451-14.1. *El causante puede disponer que la legítima no devengue interés o puede establecer su importe.*

supuestos pagar la legítima con bienes integrantes del caudal relicto que no sean de propiedad exclusiva, plena y libre para el legitimario. Como hemos visto, el tribunal *a quo* admitió dicha posibilidad, aplicando la excepción del apartado a) y resolviendo la viabilidad de pagar el legado simple de legítima con cuotas indivisas de inmuebles, que por tanto no serán bienes de propiedad exclusiva del legitimario.

El TSJC casa la sentencia de la Audiencia y resuelve que las excepciones previstas en el artículo 451-7.2 no son aplicables en este caso, tal como resulta de una interpretación literal del precepto, que reserva las excepciones al legado dispuesto en concepto de legítima o imputable a esta que no sea legado simple de legítima. En consecuencia, el legitimario al que se ha hecho un legado simple de legítima tiene derecho a un determinado y estricto valor líquido determinado por el artículo 451-5 y debe entenderse que las excepciones o salvedades a la exclusividad, plenitud y libertad de los bienes utilizados en pago del legado de legítima previstas en el artículo 451-7.2 no se refieren al legado simple, como se desprende de su tenor literal y del sentido de la opción contenida en el artículo 451-7.3. Todo ello supone que en el caso resuelto en que se ordena un legado simple de legítima y ante la falta de acuerdo entre las partes, el heredero sólo podrá pagar la legítima con dinero extrahereditario, ante la ausencia de bienes de calidad media que puede conferir en propiedad exclusiva, plena y libre al legitimario, pues los que hay no son adecuados para formar los lotes precisos para pagar a los diversos legitimarios.

El TSJC afirma que no es posible conferir a la confesada intención del legislador catalán de debilitar y de restringir la reclamación de la legítima, una dimensión práctica superior a la que resulta directamente del texto normativo. El Tribunal recuerda que en la institución se ha producido una evolución evidente, hasta el punto de que un sector autorizado de la doctrina (Lamarca) sostiene que la facultad del heredero de liquidar la legítima en dinero, incluso aunque no lo hubiere en la herencia, ha dejado de tener la utilidad con la que originariamente fue prevista, es decir, poder apartar al legitimario de la gestión del patrimonio familiar para preservar su unidad y rentabilidad, y se ha transformado en una verdadera garantía individual para este último de percibir el pago de su derecho en bienes útiles o, al menos, en dinero.

Esta sentencia es clarificadora y es de gran importancia práctica, pues en un elevadísimo porcentaje de los testamentos notariales otorgados en Cataluña, la legítima se atribuye a través de estos legados simples.

18. Imputación de donaciones

Artículo 451-8. Imputación de donaciones y atribuciones particulares

[...]

2. Son imputables a la legítima, salvo que el causante disponga otra cosa:

a) Las donaciones hechas por el causante a favor de los hijos para que puedan adquirir la primera vivienda o emprender una actividad profesional, industrial o mercantil que les proporcione independencia personal o económica...

La sentencia 9/2015, de 9 de febrero, nos ofrece la interpretación del TSJC en relación a la imputabilidad a la legítima de las donaciones destinadas a emprender una actividad que proporcione independencia personal o económica.

Se trataba de una donación de un negocio de farmacia realizada a un hijo, de la que se dijo en la escritura que no era colacionable. No se hizo mención alguna en cuanto a la imputabilidad a la legítima. El tribunal analiza en la sentencia las diferencias entre computación, imputación y colación, entre las que había cierta confusión en la sentencia de la Audiencia. Al no haber el pacto expreso de imputación a la legítima previsto en el apartado primero del artículo 451-8³⁷, sólo cabía su imputación *ex lege* conforme a su apartado segundo antes transcrito. Para ello se analizan las circunstancias en que se produjo la donación para determinar si ésta sirvió para que el donatario alcanzara independencia personal o económica. En el supuesto de hecho el tribunal considera probado que la donación del negocio de farmacia no se efectuó para que el legitimario pudiera emprender una actividad profesional que le reportara independencia, sino que éste ya gozaba de independencia económica previa, conectándose la donación del negocio de farmacia con el hecho de la jubilación del titular de la farmacia y padre del legitimario. La clave se encuentra, por tanto, en si el donatario gozaba ya de independencia económica previa. Si ya disponía de ella, la donación no

37 Artículo 451-8.1 *Son imputables a la legítima las donaciones entre vivos otorgadas por el causante con pacto expreso de imputación o hechas en pago o a cuenta de la legítima. El carácter imputable de la donación debe hacerse constar expresamente en el momento en que se otorga y no puede imponerse con posterioridad por actos entre vivos ni por causa de muerte.*

será imputable a la legítima, pese a que la donación contribuya a mejorar, asegurar o consolidar la situación económica del donatario.

El TSJC descarta una interpretación extensiva del precepto, pese a que reconoce la progresiva debilitación de la legítima en la legislación catalana. Pese a dicha tendencia, no cabe realizar una interpretación en términos tan extensivos de la norma que incluyan supuestos no contemplados. Consecuentemente, no considera que estemos en el supuesto de imputación legal del artículo 451-8.2, por lo que dicho donatario del negocio de farmacia podrá reclamar su legítima sin que sea imputable a la misma donación analizada.

Como notario, siempre recomiendo en las escrituras de donación que se incluya una cláusula en la que se deje claro si la donación es o no imputable a la legítima y también si es o no colacionable. En cuanto a la imputación a la legítima, la cláusula habitual puede tener uno de estos dos contenidos: «*La donación no será imputable a la legítima del donatario, sin perjuicio de computarla a efectos del cálculo de la legítima global en caso de abrirse la sucesión del donante en los próximos diez años*»; o bien «*La donación sí será imputable a la legítima del donatario, debiendo además por tanto computarse a efectos del cálculo de la legítima global cualquiera que sea la fecha de apertura de la sucesión del donante.*» Con la inclusión de una de estas dos cláusulas se evitarían pleitos como el analizado, con el consiguiente ahorro de costes y de enfrentamientos familiares. Los clientes legos en derecho inicialmente, desconocen los conceptos de imputación, computación y colación. Pero tras una breve explicación, proyectada a su caso concreto, suelen dar una respuesta clara de sus preferencias sobre esta materia.

19. Cautela socini

Artículo 451-9. Intangibilidad de la legítima

1. *El causante no puede imponer sobre las atribuciones hechas en concepto de legítima o imputables a esta condiciones, plazos o modos. Tampoco puede gravarlas con usufructos u otras cargas, ni sujetarlas a fideicomiso. Si lo hace, estas limitaciones se consideran no formuladas.*

2. *Como excepción a lo establecido por el apartado 1, si la disposición sometida a alguna de las limitaciones a que se refiere dicho apartado tiene un valor superior al que corresponde al legitimario por razón de legítima, este debe optar entre aceptarla en los términos en que le es atribuida o reclamar solo lo que por legítima le corresponda.*

3. Si el legitimario acepta la herencia o el legado sometidos a alguna limitación, se entiende que renuncia al ejercicio de la opción establecida por el apartado 2.

El supuesto litigioso de la sentencia del TSJC 79/2014, de 15 de diciembre, que examinamos a continuación era el siguiente: El causante, fallecido el año 2011, había otorgado testamento ese mismo año en el que instituyó herederos a sus dos hijos menores de edad y nombró administradores de dichos bienes a los dos hermanos del testador hasta que los herederos cumplieren 25 años. Prohibió que la administración recayera en la madre de sus hijos, de la que se encontraba divorciado, y también prohibió a sus hijos que dispusieran de los bienes, por cualquier título, a favor de su madre o su familia materna. Los hijos, representados por su madre, aceptaron la herencia reservándose las impugnaciones que estimasen conveniente hacer. Y en efecto, impugnaron el testamento solicitando, entre otras cuestiones, que se declarase que la cuota legitimaria de los menores no podía quedar sometida a ningún sistema de administración, teniéndose por no puesta la establecida en el testamento. La Audiencia, en contra de la primera instancia, estimó esta pretensión.

Nos encontramos ante la conocida cautela compensatoria de legítima o *cautela Socini*. El TSJC la define como aquella cláusula que podía utilizar el testador para, dejando al legitimario una mayor parte de la que le correspondería en la herencia por legítima estricta, gravar lo atribuido con ciertas cargas o limitaciones, advirtiéndole que si el legitimario no aceptaba dichas cargas o limitaciones perdería lo que se le había dejado por encima de la legítima estricta.

El TSJC declara en esta sentencia y también en la 48/2022, de 28 de julio, que el libro cuarto mantiene la legítima como atribución sucesoria legal y límite a la libertad de testar, pero acentúa la tendencia secular a debilitarla y a restringir su reclamación.³⁸ Se generaliza la fórmula de la cautela compensatoria de legítima, o *cautela Socini*, como regla por defecto en toda sucesión. Esta decisión, también debilitadora de la legítima, implica que se respeta solo la intangibilidad cuantitativa, y no la cualitativa.

38 Joan Carles Ollé Favaró, notario de Barcelona y entonces Decano del Colegio Notarial de Cataluña y presidente de la Comisión de Codificación de Cataluña, señala que el artículo 451-9.2 tiene su precedente en el 360 del CS, pero contiene un cambio decisivo: en el CS, para que se diese la opción que supone la cautela, debía de imponerla expresamente el testador, caso contrario se aplicaba la regla general de intangibilidad de las legítimas. En el libro cuarto se invierte la regla y la cautela pasa a actuar *ope legis*, aún sin manifestación

Los legitimarios gravados deben optar por aceptar la legítima gravada o por renunciar a la institución de heredero o al legado y reclamar la que estrictamente les corresponda, sin poder pretender la supresión de cargas ni gravámenes si el valor de lo recibido es superior al de la legítima. El legislador catalán ha optado por una garantía mínima de la legítima únicamente en términos de valor, de modo que, aun sin previsión expresa del testador, se establece tácitamente la cautela compensatoria.

La Audiencia había resuelto que en la medida en que los herederos coinciden con los legitimarios, no cabe la opción prevista en el apartado 2 del art. 451-9. El TSJC resuelve que esa afirmación no está razonada ni aparece fundada en derecho, ya que los artículos 451-7.3³⁹ y 451-9.2 prevén expresamente supuestos en que se puede renunciar al legado o a la herencia gravados y exigir lo que corresponda por legítima. No siempre que el heredero o legatario legitimarios renuncian a la herencia o al legado están renunciando a la legítima. En consecuencia, el heredero-legitimario no puede solicitar la supresión de las cargas o limitaciones impuestas por el testador sobre la legítima, manteniendo al mismo tiempo las atribuciones patrimoniales que exceden de ésta. Debe prevalecer la voluntad del testador, que es ley y principio de la sucesión en Cataluña, cuando no se aprecia perjuicio alguno para el legitimario. La aceptación de la herencia por parte del heredero-legitimario implica que ya no puedan ser reducidas las cargas cuando el valor de lo atribuido es superior a la cuarta parte de la herencia. En el supuesto planteado se estima el recurso, casando la sentencia de la Audiencia, por lo que se mantiene el sistema de administración que el causante había establecido en su testamento sobre la totalidad de los bienes recibidos por sus hijos.

De mi experiencia profesional puedo afirmar que la cláusula objeto del litigio es muy habitual en los testamentos otorgados en Cataluña. Un ejemplo de estas cláusulas sería la siguiente: «Una vez alcancen sus hijos la mayoría de edad, extinguiéndose por tanto la potestad parental o la tutela, y hasta que cumplan veinticinco años, les prohíbe disponer de los bienes y derechos que adquirieran por

expresa de la voluntad del causante en tal sentido, que pasa a tener de alguna manera la consideración legal de voluntad presunta de aquél, por el hecho de haber impuesto una carga sobre la legítima que, no obstante ser lesionada cualitativamente, se satisface cuantitativamente por un valor superior.

39 Artículo 451-7.3. *Si el legado no cumple los requisitos establecidos por el apartado 2, el legitimario puede optar entre aceptarlo simplemente o renunciar al mismo y exigir lo que le corresponda por legítima.*

*esta sucesión, sin el consentimiento de *, que actuará también como administrador de dichos bienes; y que en caso de fallecimiento o incapacidad será sustituido en dicha función por *, a su vez sustituido por *».* Los progenitores estipulan muy habitualmente limitaciones de disponer a sus hijos una vez que llegan a la mayoría de edad. La edad a partir de la cual cesan estas limitaciones suele estar entre los 21 y los 25 años, edad en que los testadores consideran que sus hijos serán suficientemente maduros para administrar sus bienes. Esta sentencia deja claro la admisibilidad y eficacia de dichas cláusulas sobre todos los bienes dejados a los hijos, gracias a la cautela compensatoria de legítima y sus efectos *ope legis*, incluso cuando aquéllos, a través de su representante legal vivo, aceptan la herencia siendo menores de edad.

20. Preterición errónea

Artículo 451-16. Preterición de legitimarios

1. *Es preterido el legitimario a quien el causante no ha hecho ninguna atribución en concepto de legítima o imputable a esta y que tampoco ha sido desheredado. El legitimario preterido puede exigir lo que por legítima le corresponde.*

2. *Si el legitimario preterido es un descendiente del causante que ha nacido o ha devenido legitimario después de haberse otorgado el testamento o un descendiente cuya existencia el causante ignoraba en el momento de testar, tiene acción para que se declaren ineficaces el testamento y, si procede, los codicilos otorgados por el causante, por causa de preterición errónea. Se exceptúan los siguientes casos:*

a) *Si el causante ha instituido heredero único, en toda la herencia, al cónyuge o al conviviente en pareja estable...*

La sentencia 63/2016, de 28 de julio, trata de un supuesto de preterición errónea. La sentencia quizás presente más interés desde el punto de vista del estudio de las parejas estables que desde la óptica sucesoria, pero entiendo que al menos debe mencionarse en este trabajo. El procedimiento se refiere a un testamento otorgado el año 2009 en que el testador designó heredera a su pareja estable. En 2012 fallece el testador y se impugna el testamento por preterición errónea de un hijo del causante. Se debe determinar si el testamento es ineficaz por preterición errónea (como se resolvió en primera instancia) o bien, pese a la preterición, estamos ante la excepción prevista en la letra a)

del artículo 451-16.2, al haber sido instituida única heredera la conviviente en pareja estable del testador (como resolvió la Audiencia Provincial).

El TSJC confirma la sentencia de la Audiencia y declara la eficacia del testamento pese a la preterición errónea, sin perjuicio del derecho a reclamar la legítima por el hijo preterido. La clave era resolver si el testador y la instituida heredera eran realmente pareja estable al abrirse la sucesión. Existía la controversia debido a que el testador cayó incapacitado y debió ser ingresado en una residencia antes de que transcurrieran los dos años de convivencia exigidos por el artículo 234-1 del CCCat⁴⁰ para reconocer efectos civiles a la pareja estable, pues no habían otorgado escritura ni tenían descendencia común. La causa del ingreso fue la imposibilidad de dispensarle en su domicilio la asistencia médica precisa, mientras que su pareja instituida heredera continuaba viviendo en el domicilio familiar.

El tribunal argumenta en su sentencia que el artículo 234-4 a) del CCCat exige, para tener por extinguida la pareja estable, el cese de la convivencia con ruptura de la comunidad de vida, por lo que cabe que la pareja no conviva por causas justificadas, como ocurre en este supuesto. Además la ley no impide ni contraer matrimonio al incapacitado, al excluir que las deficiencias o anomalías psíquicas constituyan en sí mismas impedimento para que las personas afectadas por tales deficiencias puedan contraer matrimonio (STS, sala 1ª de 29 de abril de 2015; artículo 236-36.1.d⁴¹) ni tampoco constituir o continuar con la unión estable y prueba de ello es que ni el artículo 234.2 del CCCat impide a las personas cuya capacidad ha sido modificada establecer tales uniones, ni tampoco la incapacitación las extingue (artículo 234.4). A día de hoy estos argumentos han quedado reforzados tras la entrada en vigor de la ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, que suponen una plena adaptación de nuestra legislación procesal y civil común a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. El Tribunal añade que como convivencia de vida análoga a la matrimonial se entiende la existencia de relaciones afectivas entre dos personas, cristalizadas en un cierto

40 Artículo 234-1. *Dos personas que conviven en una comunidad de vida análoga a la matrimonial se consideran pareja estable en cualquiera de los siguientes casos: a) Si la convivencia dura más de dos años ininterrumpidos. b) Si durante la convivencia, tienen un hijo común. c) Si formalizan la relación en escritura pública.*

41 Artículo 236-36.1 *La potestad parental prorrogada o rehabilitada se extingue por las siguientes causas:... d) El matrimonio del incapaz con una persona mayor de edad capaz.*

compromiso materializado en un proyecto de vida en común que aunque no pasa necesariamente por el establecimiento de un único y común domicilio, sí ha de tener como hilo conductor la ayuda, soporte y responsabilidad mutuas y reunir el grado de estabilidad, de intimidad, de comunicación de afectos e intereses y de publicidad parangonables con la convivencia matrimonial (sentencia del TSJC de 21 de febrero de 2013 y STS de 28 de marzo de 2012). Considera el Tribunal que en el supuesto litigioso se dan estos caracteres y pese al ingreso del testador en una residencia, subsiste la pareja como tal.

Acreditada la existencia de la situación de pareja estable entre el testador y la heredera, se acoge la excepción prevista en el artículo 451-16.2.a) y no se declara la ineficacia del testamento, ya que se puede presumir que el testador no lo habría modificado si hubiera conocido la existencia del legitimario preterido. En este sentido el Tribunal analiza el fundamento de la regulación de la preterición errónea, que es eminentemente subjetiva. La regla general es que si el testador hubiera conocido la existencia del hijo preterido, habría modificado su testamento. Pero en derecho civil catalán cuando el causante ha dispuesto su herencia a favor del cónyuge o de la pareja en unión estable, opera la presunción contraria, esto es, que aun conociendo la existencia del hijo o legitimario desconocido, su voluntad hubiese sido disponer igualmente de sus bienes a favor de quien designó heredero, sin perjuicio de la legítima que corresponda. De este modo operan como principios inspiradores del derecho sucesorio catalán los de prevalencia del título voluntario y de perdurabilidad del título sucesorio. Declarar la ineficacia de un testamento en base a la institución de la preterición, creada para proteger la voluntad real del testador, cuando se revele claramente que su voluntad hubiese sido la de mantener la designación hereditaria, supondría ir en contra de la razón de ser de la institución y del principio fundamental del *favor testamenti*.

21. Desheredación

Artículo 451-17. Causas de desheredación

1. *El causante puede privar a los legitimarios de su derecho de legítima si en la sucesión concurre alguna causa de desheredación.*

2. *Son causas de desheredación:*

...e) *La ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el causante y el legitimario, si es por una causa exclusivamente imputable al legitimario.*

En materia de desheredación, el TSJC ha tenido la ocasión de resolver en cuatro sentencias sobre la causa prevista en la letra e) del artículo 451-17.2, es decir, la ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el causante y el legitimario, si es por una causa exclusivamente imputable al legitimario. Esta causa de desheredación supuso una novedad del libro cuarto del CCCat. Tal como afirmó el TSJC en la sentencia 2/2018 que estudiaremos más adelante, la desheredación tradicional consiste en la sanción impuesta al legitimario que realiza un comportamiento contrario a los deberes familiares básicos (denegación de alimentos, maltrato grave de obra, incumplimientos de los deberes de la potestad parental). En cambio, con esta nueva causa de desheredación el legislador catalán da un paso adelante consciente de que el modelo familiar actual pone más énfasis en los vínculos afectivos que en el estricto parentesco. Esta causa presupone que el vínculo de parentesco en los grados que dan lugar a la legítima crea naturalmente una relación familiar, entendida como relación cercana, no necesariamente convivencial, de modo que la ausencia manifiesta y continuada (se requiere por tanto una cierta notoriedad y continuidad en el tiempo) de relación familiar es justa causa de desheredación. En cualquier caso, precisa el TSJC que la falta de relación debe ser imputable en exclusiva al legitimario, pues se trata indiscutiblemente de una sanción civil. Como veremos en las sentencias analizadas, no concurrirá esta causa de desheredación si, aplicando criterios de causalidad adecuada vinculados a las circunstancias del caso, la desaparición del vínculo afectivo es sólo imputable al causante, ni tampoco si lo es en parte significativa al propio causante y al desheredado. Se debe destacar que en el primitivo proyecto de ley del libro cuarto se ampliaba considerablemente el alcance de esta causa de desheredación, puesto que tan sólo exigía que la situación de ruptura manifiesta y continuada en el tiempo de la relación familiar no fuera por causa exclusivamente imputable al causante.

Las dos primeras sentencias a estudiar son la 11/2017, de 2 de marzo y la 1/2019 de 14 de enero, que tratan esta causa de desheredación en relación al derecho de alimentos. El artículo 237-13-1.e) del CCCat dispone que la obligación de prestar alimentos se extingue, entre otras causas, por el hecho de que el alimentado, aunque no tenga la condición de legitimario, incurra en alguna de las causas de desheredación establecidas por el artículo 451-17 del propio CCCat. En ambos supuestos de hecho se debía determinar si el hijo acreedor de la prestación de alimentos había perdido el derecho a reclamarlos por haber incurrido en la citada causa de desheredación prevista en la letra e) del artículo 451-17.2.

La idea fundamental que debemos extraer de estas sentencias es que pese a que en la remisión que realiza el artículo 237-13-1.e) a las causas de desheredación del artículo 451-17 no se establezca ninguna modulación al respecto, en materia de alimentos debe apreciarse con más rigor que en las legítimas los hechos que determinan la existencia de esta causa de denegación de la prestación alimenticia. El TSJC entiende que, pese a que la ausencia manifiesta y continuada de relación familiar por causa exclusivamente imputable al legitimario o al alimentista, sea en un caso causa de extinción de la legítima y en otro causa de extinción del derecho de alimentos, el derecho a la legítima y el derecho de alimentos tienen una naturaleza distinta y que esta naturaleza influye a la hora de determinar el grado de rigor con que debe analizarse la conducta de un lado de un legitimario que niega ningún tipo de relación con su causante y del otro la del alimentista que se opone a relacionarse con el obligado a darle alimentos. En este sentido debe interpretarse más rigurosamente el concepto jurídico «ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el deudor y el acreedor del derecho, por causa exclusivamente imputable al primero», en el caso de que se trate de privar del derecho de alimentos al alimentista, que en caso de que se trate de extinguir el derecho a la legítima, dado el carácter básico de los alimentos para la vida y por el derecho a la educación y al desarrollo integral de la personalidad.

La progresiva debilitación de la legítima tiene, como uno de sus reflejos más claros, el correlativo aumento de las posibilidades de desheredación de los legitimarios. El Libro cuarto del CCCat introdujo como novedad la causa aquí tratada, la carencia de relación familiar. En su exposición de motivos reconocía que aunque este precepto podía ser fuente de litigios por la dificultad probatoria del supuesto de hecho, se ha contrapuesto este elevado coste de aplicación de la norma con el valor que tiene como reflejo familiar de la institución y del sentido elemental de justicia subyacente. El TSJC, en estas sentencias, resuelve que las afirmaciones del legislador en el contexto de la legítima no son miméticamente trasladables a los alimentos, al menos en supuestos de la obligación de los padres para con sus hijos que, a pesar de ser mayores de edad, no hayan terminado su formación, ya que no se trata sólo de un derecho-obligación de reflejo familiar y de un sentido de justicia, sino de un derecho básico contemplado expresamente

en el artículo 236-17.1 del CCCat.⁴² Las causas de desheredación deben interpretarse de forma restrictiva porque tienen naturaleza limitativa de derechos, pero con mayor motivo deben interpretarse de forma rigurosa las causas de extinción del derecho de alimentos dada la naturaleza de estos derechos.

En el supuesto enjuiciado en la sentencia 11/2017 la acreedora de alimentos era ya una persona mayor de edad, si bien no había terminado su formación por causas que no le eran imputables. Por estas circunstancias el TSJC considera que se debe ser exigente para poder considerar probado que concurren los requisitos de falta de relación familiar por causas exclusivamente imputables al alimentado. En este caso no se consideró probada la concurrencia de dichos requisitos, debido a que no existe un rechazo absoluto de la hija acreedora de los alimentos a relacionarse con su padre durante un periodo de tiempo importante. Además, el tribunal considera que se debe exigir al padre, por razones de edad y madurez, un grado más elevado de comprensión y esfuerzo que a la hija para reconducir la situación, por lo que finalmente no se considera que se haya de privar de alimentos a ésta.

En la sentencia 1/2019 el TSJC enmienda a la Audiencia y no aprecia que la ausencia de relación familiar sea imputable exclusivamente al hijo acreedor de la prestación alimenticia. Considera que la madre, al incumplir sistemáticamente su obligación de prestar alimentos, cuestión que considera probada, le es imputable la falta de relación familiar. Añade que es indudable que el comportamiento de la madre respecto de los alimentos de su hijo debía condicionar la actitud de éste en la relación con su progenitora, por lo que no es aceptable disociar, a efectos de realizar la imputación del origen de la ausencia de relación, la actitud de éste del previo incumplimiento por la madre adulta de sus obligaciones hacia los alimentos del hijo, y menos aún cuando la pretensión de extinción de la prestación de alimentos es planteada por la progenitora obligada cuando su hijo mayor apenas llevaba un año de mayoría de edad y no tenía independencia económica, ya que seguía sus estudios con un rendimiento regular.

42 Artículo 236-17.1. *Los progenitores, en virtud de sus responsabilidades parentales, deben cuidar de los hijos, prestarles alimentos en el sentido más amplio, convivir con ellos, educarlos y proporcionarles una formación integral.*

Las otras dos sentencias que han tenido la oportunidad de tratar esta causa de desheredación son la ya citada 2/2018, de 8 de enero y la 49/2018, de 31 de mayo, de las que se extraen las mismas ideas fundamentales y podemos estudiar conjuntamente. Ambas parten de la premisa de que la causa de desheredación debe existir a la fecha del otorgamiento de la disposición *mortis causa*. De otro modo, nos encontraríamos ante una declaración de voluntad ineficaz por falta de fundamentación. Pero esta premisa no debe impedir al tribunal tener en cuenta hechos posteriores a dicho otorgamiento, para así poder determinar si ha habido un eventual perdón o reconciliación entre el causante y los legitimarios, los cuales pueden tener lugar con anterioridad o posterioridad al otorgamiento del testamento,⁴³ correspondiendo la carga de la prueba al desheredado⁴⁴. Estos hechos posteriores también pueden interesar al juzgador para averiguar a quién es imputable la falta continuada de relación familiar, y esta es una de las ideas fundamentales de las dos sentencias, como ahora veremos.

En el supuesto litigioso de la sentencia 2/2018, el causante se había divorciado y no tenía la custodia de sus hijas. El otorgamiento del testamento tuvo lugar el 30 de octubre de 2012 y se reconoce como hecho probado la falta absoluta de relación familiar entre el causante y sus hijas legitimarias entre los años 1989 a 2009. El tribunal interpreta que en casos de crisis conyugal de los progenitores, en que desgraciadamente es habitual el enfriamiento de los vínculos entre los hijos y el padre no custodio, no debe imputarse a dichos hijos esta falta de relación familiar, pues son todavía jóvenes y el padre ostenta una posición preeminente. La desaparición de la relación familiar entre un progenitor y sus hijos menores de edad iniciada con ocasión de una crisis conyugal no puede ser en ningún caso imputable a estos últimos, debiéndose valorar en estos casos la razonabilidad de la conducta de los hijos, una vez llegados a la edad adulta, ante una eventual propuesta de reencuentro familiar por parte del progenitor.

También debemos destacar de la sentencia 2/2018, su mención a las redes sociales. Considera probado que con anterioridad al otorgamiento del

43 Artículo 451-19. *Reconciliación y perdón. 1. La reconciliación del causante con el legitimario que ha incurrido en causa de desheredación, siempre y cuando sea por actos indudables, y el perdón concedido en escritura pública dejan sin efecto la desheredación, tanto si la reconciliación o el perdón son anteriores a la desheredación como si son posteriores. 2. La reconciliación y el perdón son irrevocables.*

44 Artículo 451-20.2. *Si el legitimario desheredado alega reconciliación o perdón, la prueba de la reconciliación o del perdón corresponde al desheredado.*

testamento, durante el año 2011, hubo contactos entre padre e hijas a través de la red social Facebook, lo que puede ser indicativo de que existía cierta relación familiar. Con el creciente protagonismo de las redes sociales en la sociedad del siglo XXI, hacemos notar esta doctrina del TSJC que reconoce que la relación familiar puede tener lugar a través de estos medios.

Esta sentencia 2/2018 trata también la posible ineficacia de la desheredación por la reconciliación posterior, ya que tras el otorgamiento del testamento, durante el año 2013, tuvieron lugar llamadas de teléfono entre padre e hijas y una visita presencial de éstas a su padre enfermo. Estas llamadas telefónicas eran regulares y daban lugar a largas conversaciones entre padre e hijas, lo cual supuso un progresivo reencuentro que no culminó con el previsible restablecimiento total de relaciones familiares debido al fallecimiento del padre. Este restablecimiento de relaciones haría la función de reconciliación por medio de actos indudables o al menos evidenciarían la disposición de las hijas a este restablecimiento. En cualquier caso, estas comunicaciones ponen de manifiesto que la reacción de las legitimarias no consistió en un rechazo tajante del restablecimiento de relaciones propuesto por el padre por la intermediación de una amiga, sino una respuesta cautelosa a las propuestas de reanudar unas relaciones inexistentes durante una veintena larga de años y que, por tanto, exigían un período de progresiva instauración. Como consecuencia de todo lo expuesto, el TSJC resolvió que la falta de verdadera relación familiar entre el testador y sus hijas no podía calificarse de exclusivamente imputable a ellas, por lo que su desheredación se calificó de injusta.

A la misma conclusión llegó la sentencia 49/2018. Afirma que en una época en la que el modelo familiar pone más énfasis en los vínculos afectivos que en el estricto parentesco, podría justificar que cuando tras una larga ausencia de relación entre parientes en línea recta, el ascendiente intenta con actos de indudable significación el restablecimiento de la relación y se encuentra con la pertinaz e injustificada negativa del descendiente legítimo, este último comportamiento puede considerarse suficiente para apreciar la causa de desheredación, pues se hace imposible y por una causa sólo imputable al legítimo la recuperación de la normalidad familiar. Pero en el supuesto objeto de controversia el TSJC resuelve que se debe imputar la ausencia de relación familiar, al menos en parte, al progenitor, dado que dicha ausencia comenzó con su repentino abandono del domicilio familiar cuando los hijos eran menores, sin que conste que más tarde el padre hiciera intentos serios para retomar la relación afectiva.

Desde la perspectiva notarial es indudable que la desheredación por ausencia de relación familiar es la causa estrella en los testamentos. Me atrevería a decir que el 99 por ciento de las desheredaciones se basan en ella. La jurisprudencia del TSJC nos es útil a los notarios para poder asesorar mejor al testador. Se trata de supuestos muy habituales, en que uno de los progenitores ha perdido el trato familiar a causa de una separación o divorcio. En ocasiones es muy difícil para el notario valorar si realmente concurre la causa de desheredación, pues sólo oímos la versión de una parte, la del testador. La cuestión, como hemos visto, es saber si es exclusivamente imputable al legitimario o si bien el testador tiene también cierta culpa. La cláusula de desheredación suele acabar incluyéndose en el testamento, quedando normalmente en la mente del notario cierto desasosiego por el posible litigio que pueda sobrevenir cuando se abra la sucesión. Teniendo en cuenta los futuros problemas que pueda acarrear, es práctica habitual en algunas notarías otorgar un acta previa al testamento en la que el testador haga unas manifestaciones explicando de forma detallada la causa de desheredación, de modo que si ésta es impugnada por el legitimario, el heredero pueda tener una herramienta para poder probarla de forma más eficaz. En el testamento se incluye la cláusula de desheredación de una manera más escueta, precisando exclusivamente la causa tipificada de desheredación y el nombre del legitimario desheredado.⁴⁵ No se incluye otra información, normalmente con graves reproches familiares, que se puede considerar impropia de una disposición de última voluntad y es preferible incluirla en el acta. Finalmente, aunque pueda parecer anecdótico, quiero remarcar que al testador que deshereda a sus hijos se le recuerda por el notario que si existen nietos, normalmente menores de edad y a veces casi desconocidos por el testador, estos podrán reclamar la legítima que habría correspondido al hijo desheredado, información que les suele sorprender e incluso incomodar.⁴⁶

45 Artículo 451-18.1. *La desheredación debe hacerse en testamento, codicilo o pacto sucesorio y requiere la expresión de una de las causas tipificadas por el artículo 451-17 y la designación nominal del legitimario desheredado.*

46 Artículo 451-3.2. *Los hijos premuertos, los desheredados justamente, los declarados indignos y los ausentes son representados por sus respectivos descendientes por stirpes.*

22. Extinción de la legítima de los progenitores

Artículo 451-25. Causas de extinción de la legítima

2. *La legítima de los progenitores se extingue si el acreedor muere sin haberla reclamado judicialmente o por requerimiento notarial después de la muerte del hijo causante.*

Del artículo transcrito ha tenido la oportunidad de ocuparse el TSJC en su sentencia 70/2019, de 11 de noviembre. En ella se hace un repaso de la evolución legislativa del derecho catalán en relación a la legítima a favor de los ascendientes, de la que también resulta su progresiva debilitación. Recuerda el TSJC que en la Compilación se extendía la legítima de los ascendientes más allá del primer grado, contemplándose la posibilidad no sólo de que los padres fueran legitimarios, sino que a falta de estos también lo fueran los abuelos del causante. Y en su artículo 144 regulaba las causas de extinción de la legítima, sin diferenciar entre la de los descendientes y la de los ascendientes, con un plazo de prescripción de 30 años. En el CS sólo conservaron los padres el derecho a la legítima, con exclusión de los ascendientes de grado ulterior, y se procedió a la reducción de la prescripción a 15 años. Y en el Libro cuarto del CCCat se reduce dicho plazo a los 10 años⁴⁷ y, tal como resulta del artículo 451-25.2 antes transcrito, el derecho a la legítima de los progenitores pasa a ser intransmisible y se extingue también en aquellos supuestos en que no es reclamada en vida del legitimario judicialmente o por requerimiento notarial. Esta característica la diferencia de la legítima a favor de los descendientes, que sí se transmite a sus herederos. El TSJC nos recuerda que la mejor doctrina sostiene que con el objetivo de que solamente los padres sean *de facto* los beneficiarios de la legítima de sus hijos premuertos, el legislador les exige, en la actualidad, una cierta diligencia en el ejercicio de su derecho de reclamación de su valor patrimonial, ya que si ellos no la solicitan en el modo previsto en el artículo 451-25.2, el derecho se extingue por ministerio de la Ley, tratándose, más que de un supuesto de extinción de la legítima, de un caso de intransmisibilidad de la acción de reclamación que se ha configurado como un derecho personal.

47 Artículo 451-27.1. *La pretensión para exigir la legítima y el suplemento prescribe al cabo de diez años de la muerte del causante.*

En el supuesto objeto del pleito, la progenitora de la causante, fallecida en 2015, reclamó la legítima al heredero (marido de la causante) mediante burofax, tanto a él como a su letrado. También hubo correos electrónicos cruzados entre las partes de los que resulta que no había acuerdo en relación al modo de pago. En 2016 fallece la progenitora sin haber reclamado la legítima judicialmente ni a través de requerimiento notarial, como ordena el artículo 451-25.2. La cuestión a resolver es si se ha transmitido a su heredera el derecho a reclamar la legítima.

El TSJC resuelve negativamente, argumentando que la formalidad prevista en el artículo 451-25.2 (reclamación judicial o requerimiento notarial) no es un requisito *ad probationem*, de modo que fuera suficiente acreditar por otros medios (burofax, correos electrónicos) la reclamación de la legítima para que esta fuera transmisible a los herederos. Al contrario, la forma prevista legalmente es parte de la configuración de la legítima de los ascendientes como un derecho personal, de modo que su no reclamación judicial o por requerimiento notarial en vida del acreedor opera como un caso de intransmisibilidad de la acción de reclamación. Aun regulado como causa de extinción, se trata de un supuesto de no transmisión de la acción de reclamación a quienes resultarán herederos del progenitor legitimario del causante, que lógicamente comporta la extinción del derecho en el momento de la muerte del legitimario.

El TSJC trae a colación la doctrina del Tribunal Supremo (sentencias 315/2011, de 4 de julio y 672/2012, de 12 de noviembre) relativa a la exigencia de reclamación judicial o requerimiento notarial en la resolución del contrato de compraventa de inmuebles por falta de pago del precio aplazado (artículo 1504 del CC). La jurisprudencia del TS no reconoce validez a las reclamaciones efectuadas mediante burofax o por otras modalidades (cartas por correo certificado o con acuse de recibo) distintas de las señaladas en dicho precepto por continuar siendo imprescindible en la actualidad (el legislador ha tenido oportunidad de mitigar el rigor del precepto y no lo ha hecho) que el conocimiento fehaciente del hecho notificado cuente con la singular garantía que le otorga la supervisión de la autoridad judicial o de un fedatario público notarial. El TSJC recalca que en el supuesto litigioso el requerimiento notarial y reclamación judicial establecidos en el artículo 451-25.2 tienen sentido, además, puesto que implican identificación clara de la persona que reclama y su voluntad de hacerlo, en forma fehaciente, bien sea acudiendo a la Autoridad Judicial o al Notario.

En cuanto al requerimiento notarial de reclamación de legítima por el ascendiente, entiendo que deberá verificarse a través del acta del artículo 202

del Reglamento Notarial, sin que sea suficiente el mero acta de remisión de documento por correo prevista en el artículo 201 del mismo cuerpo legal. Supondrá que la notificación, bien personal, bien por correo certificado, deba practicarse por un notario competente para actuar en el lugar donde deba ser notificado el heredero a quien se reclame la legítima, disponiendo éste del derecho a contestar previsto en el artículo 204 del Reglamento Notarial.

23. Cuarta viudal

Artículo 452-1. Derecho a la cuarta viudal

1. El cónyuge viudo o el conviviente en unión estable de pareja que, con los bienes propios, los que puedan corresponderle por razón de liquidación del régimen económico matrimonial y los que el causante le atribuya por causa de muerte o en consideración a esta, no tenga recursos económicos suficientes para satisfacer sus necesidades tiene derecho a obtener en la sucesión del cónyuge o conviviente premuerto la cantidad que sea precisa para atenderlas, hasta un máximo de la cuarta parte del activo hereditario líquido, calculado de acuerdo con lo establecido por el artículo 452-3.

2. Para determinar las necesidades del cónyuge o del conviviente acreedor, debe tenerse en cuenta el nivel de vida de que disfrutaba durante la convivencia y el patrimonio relicto, así como su edad, el estado de salud, los salarios o rentas que esté percibiendo, las perspectivas económicas previsibles y cualquier otra circunstancia relevante.

EL TSJC ha tratado la cuarta viudal en la sentencia 66/2018, de 26 de julio, de la que podemos extraer conclusiones interesantes en relación a su naturaleza jurídica y forma de calcular su importe.

En cuanto a la primera cuestión, el tribunal hace un análisis histórico de la figura para concluir que ya desde la Compilación no puede ser considerada ni un derecho de alimentos ni una legítima, sino que el derecho civil catalán la conceptúa como una institución específica no equiparable a otra categoría más general. Así puede comprobarse en la sistemática adoptada por la legislación, que siempre la reguló de forma separada de la legítima, a continuación de ésta: en la compilación, bajo el nombre de cuarta marital, fue objeto de un capítulo específico, el V, del Título II (Sucesión testada); y tanto en el Código de Sucesiones como en el Libro cuarto del CCCat, se ha regulado también de forma independiente en el Capítulo II del Título V (Otras atribuciones sucesorias determinadas por la ley).

Y en relación al importe de la cuarta viudal, el TSJC da pautas para su cálculo y deja claro que la cuarta parte de la herencia líquida constituye un máximo legal, un techo que no siempre ha de alcanzarse, tal como se establece en el artículo 452-1 y en el preámbulo del libro cuarto.⁴⁸ Recogiendo jurisprudencia anterior, declara que la cuarta viudal consiste en la compensación legal del desequilibrio económico que la disolución del matrimonio o de la pareja estable por muerte de uno de sus miembros provoca en el superviviente, careciendo de medios económicos suficientes para su congrua sustentación dado el nivel de vida que habían mantenido los consortes y el patrimonio relicto. La falta de recursos del superviviente se determina apreciando su situación económica en la fecha de la muerte del consorte, comprendiendo los bienes propios, los que le puedan corresponder por razón de liquidación del régimen económico matrimonial y los que el causante le atribuye por causa de muerte o en consideración a ésta (artículo 452-1.1), mientras que para determinar las necesidades del cónyuge o del conviviente acreedor se ha tener en cuenta el nivel de vida de que gozaba durante la convivencia y el patrimonio relicto, así como su edad, el estado de salud, los salarios o rentas que esté percibiendo, las perspectivas económicas previsibles y cualquier otra circunstancia relevante (artículo 452.1.2).

Según el Tribunal, desnaturalizaría la función de la cuarta viudal el hecho de que el viudo, al recibir la cuarta parte del patrimonio relicto, mejorara su nivel de vida en relación al conyugal inmediatamente anterior a la disolución del matrimonio por muerte del consorte. La magnitud de la cuarta parte de los bienes relictos debe entenderse como un tope máximo que no hay por qué alcanzar cuando la atribución de una cantidad inferior, unida a los restantes bienes del supérstite, permiten su congrua sustentación.

En el supuesto objeto del litigio la demandante de la cuarta viudal percibía una pensión de viudedad y tenía otras fuentes de ingresos, en particular los derivados de su dedicación a la gestión y dirección de una empresa de carpintería que había pasado a ser de su exclusiva propiedad poco antes del fallecimiento de su pareja. En su fallo, el TSJC recalca que

48 Preámbulo del Libro cuarto: *La cuarta viudal experimenta también cambios importantes. A pesar de mantener la denominación tradicional, la cuarta viudal ya no se atribuye solo al cónyuge viudo, sino también al miembro superviviente de una unión estable de pareja, y no consiste propiamente en una cuarta parte del caudal relicto, ya que la cuarta parte, como ya pasaba antes de la entrada en vigor de la presente ley, actúa solo como límite máximo*

la edad (59 años) y buena salud de la consorte supérstite, así como su actividad empresarial, son determinantes para acordar que la cuarta viudal no ha de alcanzar su máximo legal. Como consecuencia de todo ello el Tribunal concluyó que las necesidades de la consorte supérstite propias de un nivel de vida medio, superior a la subsistencia estricta, podían ser atendidas en parte con los bienes y recursos propios y en otra parte con una participación en el activo hereditario líquido de su pareja, por lo que el crédito de la reclamante en concepto de cuarta viudal no podía fijarse en el techo permitido por la ley, sino en una mitad de este techo legal (12,50 % de la herencia líquida), casando así la sentencia dictada por la Audiencia.

En el ámbito de la práctica notarial se ha de reconocer, al menos desde mi perspectiva profesional, que la cuarta viudal tiene poca presencia en las escrituras notariales. Apenas recuerdo un caso en que se le atribuyera a la pareja por acuerdo con los herederos. Entiendo que se debe a que en Cataluña el cónyuge o la pareja supérstite suelen ser herederos. Recordemos el típico testamento catalán de «el uno para el otro y cuando falten ambos a los hijos», lo que deja poco margen a esta figura. Y en los supuestos en que no es así, normalmente con herederos que son hijos del causante de una relación anterior, existen muchas posibilidades de que la situación acabe siendo contenciosa y deba ser resuelta por un tribunal, sin que llegue a una notaría, como el caso antes estudiado. La sentencia deja claro que la cuarta parte del caudal relicto es un tope máximo, pero lo difícil será, en cada caso concreto, determinar cuál debe ser el importe exacto de la cuarta viudal dentro de ese límite, para lo cual se exigirá un esfuerzo transaccional de ambas partes para evitar el litigio. En el caso de la sentencia se fija la cuarta viudal en un 12,50 % del caudal relicto, pero nos planteamos por qué no un 20 % o un 10 %. La norma contiene muchos conceptos jurídicos indeterminados que no permiten obtener por medio de una operación matemática un importe exacto, por lo que corresponderá finalmente el Tribunal, a falta de acuerdo, determinar su cifra final en cada supuesto concreto.

24. Administración de bienes dejados a menores

Artículo 461-24. Administración de bienes adquiridos por menores de edad o incapacitados

1. Los bienes adquiridos por título sucesorio por menores de edad o incapacitados deben ser administrados por la persona que el causante haya designado en pacto sucesorio, testamento o codicilo. Si no hay designación o la

persona designada no puede o no quiere asumir el encargo, deben administrarlos los progenitores que ejerzan la potestad parental o el tutor.

2. Si un progenitor ha sido declarado indigno o ha sido desheredado, queda excluido de la administración de los bienes que correspondan a sus hijos menores de edad o incapacitados. La administración de estos bienes corresponde al administrador especialmente designado por el causante o, en su defecto, al otro progenitor si ejerce la potestad, al tutor o al administrador patrimonial en caso de tutela, o a la persona que designe la autoridad judicial.

3. Para la disposición o el gravamen de bienes de menores de edad e incapacitados adquiridos por título sucesorio, se aplican las reglas que haya establecido el causante, incluso en el caso de que afecten a la legítima, y, en su defecto, rigen las normas generales para hacer estos actos.

4. Si el causante es ascendiente del menor de edad o incapacitado, puede facultar al administrador, una vez la herencia haya sido aceptada, para tomar posesión de los bienes por él mismo, con la obligación de inventariarlos.

La resolución de la DGDEJM JUS/2413/2021, de 21 de julio, trata de una sucesión abierta en 2019, cuyo título sucesorio es un testamento otorgado en 2018 en el que se instituye heredera a una nieta, sometiendo los bienes a una administración especial hasta que alcance los 24 años de edad. La nieta, menor de edad, acepta la herencia representada legalmente. En la escritura no se recoge la aceptación o renuncia del cargo de administrador especial por la persona designada en el testamento, lo que provoca la calificación negativa del registrador. La DG revoca la nota y resuelve que la escritura debe ser inscrita pese a que todavía no conste la aceptación o renuncia del administrador especial, pudiéndose realizar estos actos con posterioridad.

Me parece interesante dejar constancia de las consideraciones que hace la DGDEJM en relación a la aceptación e inscripción de este cargo de administrador especial. En cuanto a la primera cuestión, afirma que este cargo es análogo al del administrador especial de bienes de la persona sujeta a tutela, por lo que le son aplicables las normas relativas a aptitud, excusa y remoción de los tutores (art. 222-41), si el causante no ha establecido otras normas. Esta asimilación hace que sea necesario que sea aceptado de manera expresa, ya que si la ley hubiera establecido la aceptación forzosa o tácita no habría establecido que, en última instancia, el nombramiento lo tuviera que hacer la autoridad judicial (art. 461-24.2). La necesidad de aceptación también se infiere del artículo 222-20, que dispone que la autoridad judicial, antes de dar posesión de un cargo tutelar, puede exigir caución a la persona designada para ejercerlo, y es que si el cargo comporta

responsabilidad es evidente que no tiene carácter forzoso, sino al contrario, tiene naturaleza voluntaria, y hace falta que la persona designada lo acepte.

En cuanto a la inscripción del cargo de administrador especial, la DG considera que se puede inscribir en el Registro Civil del último domicilio del causante, o, si este domicilio no es conocido, en el lugar donde estén la mayor parte de los bienes, tal como se desprende del artículo 90 de la Ley de Registro Civil de 1957.⁴⁹ En la Ley de Registro Civil de 2011, para los registros ya adaptados a la misma, se reconoce dicha posibilidad en el artículo 74.2.⁵⁰

Pese a que sea necesaria su aceptación, la DG entiende que no es preciso que esta tenga lugar en el mismo momento en que los representantes legales de la menor acepten la herencia en su nombre, tal como se exigía por el registro de la propiedad. Nada impide que esta aceptación se haga constar en un acto separado y posterior al momento de la aceptación de la herencia. Mientras no conste la aceptación, se debe inscribir en el registro de la propiedad la adquisición hereditaria de las fincas a favor de la menor de edad, sujeta a la cláusula testamentaria relativa a la administración especial de los bienes. La DG afirma que el registro de la propiedad no es un registro de cargos de naturaleza tutelar, a diferencia del Registro Civil, pero la inscripción de unos determinados bienes a favor de una persona menor de edad presupone necesariamente el ejercicio de la representación legal de la persona que todavía no ha adquirido la plena capacidad de obrar para realizar actos jurídicos que tengan por objeto estos bienes, y esta representación legal sería la ejercida por los titulares de la potestad parental si el registro de la propiedad no publicara que las fincas están sujetas a una administración especial de designación testamentaria. No obstante, mientras no conste esta aceptación del cargo, la constancia registral de la cláusula testamentaria relativa a la administración especial de las fincas tiene la finalidad de hacer conocer a terceros que consulten el registro lo siguiente: primero, que mientras la titular sea menor de edad, la representación no la ejercerán los titulares de la potestad parental, sino un administrador designado *ad*

49 Artículo 90 de la LRC 1957: *Las demás representaciones legales mencionadas se inscribirán en el Registro del lugar en que se constituyan. La inscripción de la administración del caudal relicto establecida por el causante se practicará en el Registro de su último domicilio en España, o, en su defecto, en el lugar donde estuvieren la mayor parte de los bienes.*

50 Artículo 74.2 de la LRC 2011: *Igualmente, podrá tener acceso al Registro Civil cualquier representación que se otorgue mediante nombramiento especial y comprenda la administración y guarda de un patrimonio.*

hoc, sin que necesariamente haya que inscribir quien ejerce el cargo de administrador especial; y segundo, que cuando la titular ya haya llegado a la mayoría de edad y hasta que no tenga la edad fijada por el causante (en este caso 24 años), existe una limitación en la facultad de disponer, ya que para realizar actos de administración y de disposición sobre estos bienes le hará falta el consentimiento de la administradora especial. La DG recuerda que el artículo 26.3 de la Ley Hipotecaria permite la inscripción de las limitaciones a las facultades de disponer en actos a título gratuito, por lo cual la posibilidad de la constancia registral de esta cláusula testamentaria está fuera de duda.

Una vez aceptado el cargo de administrador especial, la DG entiende que también se podrá hacer constar esta aceptación en el Registro de la Propiedad en la inscripción registral de los bienes de la menor adquiridos por esta herencia. Se apoya en el artículo 797.3 de la LEC, que admite esta inscripción para el nombramiento judicial de administrador especial de bienes de la herencia, pues no se modifica la naturaleza del cargo por el origen judicial o no del nombramiento.

25. Partición

En relación a la partición de la herencia, únicamente tenemos una sentencia, la 2/2021 de 14 de enero de 2021. La sentencia resuelve si en un procedimiento de división de una herencia regida por el libro cuarto del CCCat se han de incluir en el inventario los bienes objeto de legado de eficacia real. EL TSJC, tras analizar las diferencias entre los legados y la institución de heredero, resuelve que sí es necesario, dado que el artículo 794.1 de la LEC establece que el inventario contendrá la relación de los bienes de la herencia y de las escrituras, documentos y papeles de importancia que se encuentren. Supone todo el caudal relicto, es decir, todos los bienes, derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte del causante, incluido los que sean objeto de todo tipo de legados. No existe, por tanto, una perfecta correlación entre la legitimación para promover la división judicial de la herencia y la del contenido del inventario.

Obviamente, esto no significa que los bienes objeto de legado necesariamente vayan a ser partidos, pues no van adjudicarse a los herederos. Pero sólo con una visión integral del caudal relicto es factible practicar las operaciones de división y adjudicación de bienes entre los herederos, con pleno respeto al carácter imperativo de las legítimas (operaciones de imputación y atribución) o prestando atención a las

previsiones de reducción o supresión de legados excesivos recogidas en los artículos 427-39 y 427-40 del CCCat.

26. Derecho transitorio: reserva viudal

Art. 387 del Código de Sucesiones por causa de muerte en el derecho civil de Cataluña (Ley 40/1991, de 30 de diciembre), en vigor hasta el 31 de diciembre de 2008.

Salvo en el caso de que el testador, donante o heredante haya dispuesto otra cosa, los bienes que el cónyuge sobreviviente haya adquirido por cualquiera de estos títulos, directamente de su difunto consorte o por sucesión intestada de un hijo común o de un descendiente de éste, pasarán a tener la calidad de reservables a favor de los hijos comunes del anterior matrimonio o de los hijos adoptivos también comunes, o de sus descendientes, a partir del momento en que dicho consorte sobreviviente contraiga nuevas nupcias, tenga un hijo no matrimonial o adopte a uno.

Al fallecer el cónyuge sobreviviente, los bienes reservables o sus subrogados serán deferidos a los hijos o descendientes reservatarios que existan al producirse dicho fallecimiento, los cuales los adquirirán como sucesores del consorte premuerto, conforme a lo que establece el siguiente artículo, sin perjuicio de su derecho a renunciarlos.

Libro cuarto del CCCat, en vigor desde el 1 de enero de 2009

Artículo 411-8. Inexistencia de reservas y reversiones legales. *Los bienes adquiridos por título sucesorio o por donación de acuerdo con el presente código no están sujetos a ninguna reserva hereditaria ni reversión legal.*

Disposición transitoria séptima. *En las sucesiones abiertas antes de la entrada en vigor de la presente ley, si los hechos que daban lugar a reserva legal no se han producido, ningún bien pasa a tener la calidad de reservable y el cónyuge superviviente es propietario libre de los mismos.*

En relación al derecho transitorio y la reserva viudal tenemos una importante sentencia del TSJC, la 38/2014, de 26 de mayo. Los hechos que dieron lugar a la controversia fueron los siguientes, en los que mencionaremos los nombres que da la sentencia a las personas implicadas, para mayor claridad en la exposición: Sandra falleció en 1996, dejando cónyuge viudo, Ricardo, y un hijo, Germán. Ricardo, único

heredero testamentario, contrajo segundas nupcias en 2001 con Vicenta, convirtiéndose en reservista, conforme al artículo 387 del CS antes transcrito. El 1 de enero de 2009 entró en vigor el Libro cuarto del CCCat, cuyo artículo 411-8 suprime las reservas. Y poco más de 8 meses después, el 15 de septiembre de 2009, falleció Ricardo, que había legado el grueso de su herencia a su segunda esposa y nombrado herederas testamentarias a la hija y nieta de esta última, no dejando nada a su hijo Germán.

La sentencia de primera instancia no reconoció a Germán derecho a la reserva. En cambio, la Audiencia Provincial de Barcelona sí lo hizo. El TSJC confirmó la sentencia de la Audiencia en aplicación de la DT séptima del Libro cuarto del CCCat, pues el derecho a la reserva surgió estando todavía vigente el CS, en el año 2001, momento en que Ricardo contrajo segundas nupcias con Vicenta.

Antes de entrar en el fondo de la cuestión, el TSJC analiza en su sentencia el devenir histórico de la institución y su razón de ser. Su origen lo encontramos en el derecho justiniano. En Cataluña se reguló por los artículos 269 a 271 de la Compilación de 21 de julio de 1960. Estos preceptos fueron modificados por Ley 11/1987, antes de la cual hubo corrientes favorables a su supresión⁵¹. En cualquier caso, se siguió regulando en el CS en sus artículos 387 a 391 y fue definitivamente suprimida por el Libro cuarto del CCCat. En cuanto a su razón de ser, se encuentra en la protección de los hijos del primer matrimonio, fundamentándose en la presunta voluntad del premuerto sobre el destino de sus bienes que la ley supone no habría querido pasaran de ningún modo a la nueva línea creada por un posterior matrimonio (sentencia del TSJC de 21 de mayo de 2010). Constituye una limitación a la libre disposición por causa de muerte con fundamento en la protección de los hijos y en la conservación del orden

51 El notario Roberto Follia i Camps, en su Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el 19 de mayo de 1988 y publicada en los Anales de dicha Academia, t. XXIX, afirmó que en la Academia de Legislación y Jurisprudencia de Cataluña, con ocasión de la reforma de 1987, se manifestó una fuerte corriente partidaria de la supresión de la reserva binupcial. Paladín de la misma era R. Faus, quien vino a decir que era en cierto modo anticonstitucional, contraria a las segundas nupcias a las que se mostraba un recelo ya superado,... contraria también a la tendencia de avanzar el orden de suceder *ab intestato* del cónyuge. Predominó, no obstante, una tesis más moderada sostenida por Figa Faura, quien alegó la conveniencia del mantenimiento de la institución para satisfacer de algún modo el deseo de algunos cónyuges, que querían nombrar heredero al otro, sólo si no se volvía a casar, lo que era imposible, dado el principio romano *semel heres, semper heres*.

regular de las transmisiones dentro del núcleo familiar por estimar el legislador que esa sería la verdadera voluntad del cónyuge premuerto.

El hecho que da lugar a la reserva no es otro que las segundas nupcias del cónyuge que ha adquirido bienes a título gratuito del cónyuge premuerto (o el nacimiento en su caso de un hijo extramatrimonial). En ese momento ya surgen facultades y limitaciones para reservatarios y reservista. Los primeros adquieren una expectativa jurídica protegida, ya que les permite exigir la adopción de cautelas que preserven su futuro derecho, previstas en los artículos 184 y siguientes de la Ley Hipotecaria. Producida la muerte del reservista, existiendo en ese momento hijos o descendientes del cónyuge premuerto, la reserva se consume, produciendo entonces todos sus efectos, lo que da acción al o a los reservatarios para reclamarla.

Si proyectamos esta doctrina al supuesto litigioso, dado que Sandra murió estando en vigor el CS, su sucesión ha de regirse por dicho Código (DT primera); y puesto que el hecho determinante de la reserva (segundas nupcias de Ricardo) también se produjo bajo el CS, debemos interpretar que la DT séptima del Libro cuarto del CCCat, bajo cuya vigencia falleció el reservista Ricardo, resuelve, *a contrario sensu*, que los bienes sí pasan a tener la condición de reservables. La cuestión fundamental es cuándo se producen las segundas nupcias de Ricardo, que constituye el hecho determinante de la reserva, si antes o después del 1 de enero de 2009. Habiendo tenido lugar el año 2001, la reserva subsiste. Si hubieran tenido lugar tras el 1 de enero de 2009, la reserva no habría tenido lugar. La DT séptima viene a reconocer que en esta materia resulta de aplicación el derecho vigente en el momento de producirse el hecho que origina la reserva (segundas nupcias), tal y como había proclamado ya el TSJC en sentencias de 9 de marzo de 1995 y 29 de mayo de 1997. Todo ello lleva a concluir el derecho de Germán a reclamar los bienes reservables.

Las reservas son un tema clásico en la preparación de las oposiciones a notarías, especialmente en el tercer ejercicio, que es un largo caso práctico a resolver durante seis horas. En él suele siempre haber camuflada alguna reserva de derecho común que es fácil que pase inadvertida al sufrido opositor. El tercer ejercicio de las oposiciones es un reflejo de lo que va a ser el ejercicio profesional, en el que es importante la perspicacia notarial para detectar una posible reserva al autorizar una escritura de herencia. Y en Cataluña con más razón, dado que el hecho determinante de la reserva habrá sucedido antes de 2009 y el paso del tiempo puede hacer más difícil esta labor. Elemento necesario es tener una información

suficiente, tal como el número de matrimonios contraídos por el causante o que se aporte la copia auténtica de los títulos previos de las propiedades integrantes de la herencia. También cuando autorizamos un testamento preguntamos el estado civil del causante y en caso de estar casado si son primeras o ulteriores nupcias. En ocasiones estas preguntas sorprenden al otorgante, pero son necesarias porque esta información se ha de incluir en los partes testamentarios que remitimos al Ministerio de Justicia y además serán una buena pista para detectar la reserva binupcial en la futura sucesión del testador.

27. Derecho transitorio: institución genérica a favor de los hijos

Disposición transitoria segunda. Testamentos, codicilos y memorias testamentarias otorgados antes de la entrada en vigor de la presente ley.

...

2. En las sucesiones abiertas después de la entrada en vigor de la presente ley, pero regidas por actos otorgados antes, se aplican las reglas meramente interpretativas de la voluntad del causante que establecía la legislación derogada. Sin embargo, debe aplicarse a estos actos lo establecido por los artículos 422-13, 427-21 y 427-27 del Código civil de Cataluña.

En las notarías es habitual la autorización de escrituras de aceptación y partición de herencia cuyos títulos sucesorios, habitualmente testamentos, se han otorgado bajo la vigencia de la Compilación o del CS. Tal es el supuesto planteado en la resolución de la DGDEJM JUS/3256/2022, de 19 de octubre, de gran interés notarial, pues nos permitirá resolver dudas interpretativas muy habituales.

Se trata de una sucesión abierta en 2021 regida por un testamento otorgado en 1989, bajo la vigencia de la Compilación. La testadora instituyó heredero a su esposo, sustituido vulgarmente y por partes iguales por sus cinco hijos, a quienes identificaba nominativamente. El marido y una de las hijas habían premuerto y la escritura fue otorgada exclusivamente por los cuatro hijos supervivientes, prescindiendo de la estirpe de la hija prefallecida, cuya cuota acrecía al resto de sus hermanos. El registro de la propiedad calificó negativamente la escritura al entender que no se producía dicho acrecimiento, sino que debían ser llamados a esa porción los hijos de la hija prefallecida.

Este tipo de cláusulas, en las que no se prevé una sustitución vulgar ulterior para los hijos, son habituales en los testamentos antiguos. Las dudas interpretativas que en ocasiones se suelen plantear en las notarías con esta clase de testamentos se resuelven con el artículo 423-8, que estipula lo siguiente: «1. *Salvo que se infiera que la voluntad del testador es otra, si este llama a sus herederos y legatarios o a sus sustitutos sin designación de nombres, mediante la expresión hijos, se entiende que están incluidos todos sus descendientes, con aplicación del orden legal de llamamientos de la sucesión intestada.* 2. *Lo establecido por el apartado 1 se aplica también si se designan nominativamente todos los hijos por partes iguales.*» Un precepto similar se establecía en el artículo 144 del CS.⁵²

Estas normas constituyen reglas meramente interpretativas de la voluntad del testador, por lo que en el supuesto objeto de la resolución debemos acudir a las previstas en la Compilación, vigente al autorizarse el testamento, tal como ordena el apartado segundo de la DT segunda del Libro cuarto del CCCat antes transcrita. La compilación también tenía una norma parecida a la del artículo 423-8 del libro cuarto y 144 del CS, si bien no del todo idéntica, en su artículo 114. Disponía, tras la reforma recogida en el Decreto Legislativo 1/1984, de 19 de julio, lo siguiente: «*Salvo que aparezca ser otra la voluntad del testador, si éste llamaba a sus herederos y legatarios o sus sustitutos sin designación de nombres y mediante la expresión “hijos”, se entenderán incluidos en esta denominación todos los hijos matrimoniales, no matrimoniales y adoptados en forma plena, hombres o mujeres, así como los nietos y descendientes cuyos padres hubiesen fallecido antes de la delación, excluyendo el grado más próximo al más remoto y entrando por estirpes los de grado siguiente en lugar de los de grado anterior.*» Como vemos, no menciona el supuesto, sí previsto en el Libro cuarto y en el CS, de que a los hijos se les designe nominativamente y por partes iguales. Es por esta causa que el notario consideró que en el testamento en cuestión, en el que había designación nominativa de los hijos por partes iguales,

52 Artículo 144 del CS. *Salvo que aparezca ser otra la voluntad del testador, si éste llama a sus herederos y legatarios o sus sustitutos sin designación de nombres y mediante la expresión «hijos», se entenderán incluidos en esta denominación todos los hijos matrimoniales, no matrimoniales y adoptados, hombres y mujeres, así como los nietos y descendientes cuyos respectivos padres hubieran fallecido antes de la delación, excluyendo el grado más próximo al más remoto y entrando por estirpes los del siguiente grado en lugar de los de grado anterior. Se aplicará la misma regla en caso de que los hijos sean designados nominativamente por partes iguales.*

no existía este derecho de representación o sustitución vulgar legal (la doctrina discute su naturaleza) a favor de la stirpe de la hija premuerta.

La DGDEJM confirma la nota de calificación resolviendo que en los testamentos otorgados bajo la compilación también se aplicará este derecho de representación o sustitución vulgar legal para los supuestos de llamamiento nominativo a los hijos por partes iguales. Declara que la institución genérica de herederos a favor de los hijos recogida en el artículo 114 de la Compilación se produce tanto si el testador llama como herederos a estos sin designarlos nominativamente y utilizando la expresión «hijos», como si el testador llama a todos ellos designándolos con sus nombres e instituyéndolos por partes iguales. Lo contrario de la institución del artículo 114 de la Compilación no es la institución nominativa de los hijos mencionados, sino la institución nominativa solo a favor de algunos hijos o a favor de todos pero por partes desiguales. Una institución nominativa de herederos a favor de todos los hijos del testador por partes iguales es una institución genérica de herederos a favor de los hijos del testador. La regla del artículo 114 de la Compilación se tiene que interpretar en el sentido que siempre que el testador instituya a todos sus hijos por partes iguales, sea mediante la expresión «hijos» y sin designación de nombres, o sea nominativamente, individualizándolos por sus nombres, se entienden llamados también a sus descendientes y opera a su favor el llamamiento previsto en el precepto. Esto se recogió de forma explícita en el artículo 144.2 del CS y en el artículo 423-8.2 del libro cuarto, sin que esto signifique aplicar a este supuesto unos preceptos que no estaban vigentes en el momento en que otorgó testamento. Los artículos 144.2 del CS y 423-8.2 del libro cuarto no establecen ninguna nueva regla interpretativa, sino que, acogiendo la regla tradicional ya recogida en el artículo 114 de la Compilación, ponen de manifiesto lo que ya estaba implícito. Además, se debe recordar que la disposición final primera de la Ley 40/1991⁵³, que aprobó el CS, no derogó la Compilación, sino que dispuso que quedaban sustituidos por la presente Ley los artículos 63 a 276 de la CDCC, con una voluntad de dar continuidad a la ley antigua en todo aquello que no fuera modificado de forma clara. Añadir un párrafo (designación nominativa de los hijos a partes iguales)

53 Disposición Final primera del CS. *Quedan sustituidos por la presente Ley los artículos 63 a 276 de la Compilación del Derecho Civil de Cataluña y la Ley 9/1987, de 25 mayo, de Sucesión Intestada.*

a esta norma interpretativa no es propiamente derogar, sino más bien modular o interpretar. De este modo la DG entiende que no se fuerza en absoluto la norma del artículo 114 de la Compilación si se afirma que la designación nominativa de los hijos, siendo la institución por partes iguales, tiene un efecto equivalente a la denominación genérica de «hijos», cosa que no sucedería si la designación hubiera sido por partes desiguales.

Bibliografía

- MARTÍN GARRIDO MELERO (2021). *El testamento y su interpretación*. Tirant lo Blanch.
- M^o DEL CARMEN GETE ALONSO Y CALERA, (2020). *Lliçons de Dret Civil Català VII Dret de Successions*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- ADOLFO LUCAS ESTEVE, (2010). *Dret Cvil Català. Volum III. Dret de Successions*. Barcelona: Bosch Editor.
- JOAN CARLES OLLÉ FAVARÓ (30 de Junio de 2009). Aspectos más relevantes del Libro IV del Código Civil de Cataluña. *El Notario del siglo XXI*.
- FRANCISCO DE PAULA PUIG BLANES, FRANCISCO JOSÉ SOSPEDRA NAVAS, ANA BELÉN FARRERO RÚA Y JUAN HOLGADO ESTEBAN, (2011). *Comentarios al Código Civil de Cataluña, Tomo II*. Thomson Reuters, Editorial Aranzadi.
- LLUIS PUIG FERRIOL, (2017). *Premi Puig Salellas 2015, Articles seleccionats*. Marcial Pons.

Las sentencias del TSJC se han consultado a través de VLex.

Las resoluciones de la DGDEJM se han buscado a través de la página web www.notariosyregistradores.com, en el índice elaborado por la registradora de la propiedad de Barcelona, María Tenza Llorente.

Jurisprudència sobre la transmissió de la delació. Els seus efectes civils, fiscals i registrals*

Enrique Peruga Pérez

Investigador predoctoral AGAUR FI en dret civil.

Universitat de Barcelona

Sumari

1. Introducció

2. La delació

3. La transmissió de la delació

3.1. Els subjectes: el primer causant, el transmissor i el transmissari

3.2. Els efectes de l'acceptació de la delació transmesa: *duae sunt positiones*

4. Què diuen els tribunals civils?

4.1. La teoria moderna en el TSJC

4.2. La doble posició de les diferents Sales del TS, segons la matèria afectada

5. L'impacte de la nova jurisprudència civil en l'àmbit registral

5.1. La reticència de la DGSJFP a modernitzar-se

5.2. Crítica

5.3. La DGDEJ sí que es modernitza, i fins a les últimes conseqüències

6. Reflexions finals: Circulació d'idees entre tribunals? I més enllà, convé una reforma?

Bibliografia

* Aquest treball s'emmarca en les activitats del Grup de recerca consolidat de Dret civil català UB (2021 SGR 347) de la Universitat de Barcelona, i és part d'una recerca més ampla finançada pel Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada de la Generalitat de Catalunya (Resolució JUS/83/2023, de 16 de gener).

1. Introducció

Ja han passat 20 anys des de l'aprovació del Llibre I del Codi Civil de Catalunya (CCCat) i gairebé 13 anys des que es va promulgar el seu Llibre IV. Ha transcorregut, doncs, temps més que suficient per a poder analitzar quina ha estat l'evolució de la jurisprudència que ha interpretat les normes del Dret successori català. En particular, aquí s'estudiarà el fenomen de la transmissió de la delació (més conegut com a *ius transmissionis*), que té lloc quan el cridat com a hereu mor sense haver acceptat ni haver repudiat l'herència del seu causant (art. 461-13 CCCat). D'una banda, es tracta de posar en relleu què diu el precepte i quines conseqüències han d'extreure's dels seus silencis; de l'altra, convé exposar els trets distintius de la jurisprudència catalana i comparar-la amb la que interpreta la regla equivalent del CC espanyol (art. 1006 CC).

El problema és conegut: es tracta de determinar si quan el transmissari accepta l'herència del seu causant i la del causant d'aquest darrer hi ha una o dues transmissions. Les solucions, prou conegudes també, han variat al llarg del temps. Recentment, dues sentències del TSJC i del TS han adoptat, per primera vegada i d'una manera molt propera en el temps, la tesi que afirma que en els supòsits de transmissió de la delació, el transmissari que accepta les dues herències és hereu directe del primer causant. Òbviament, aquesta decisió té un gran impacte pràctic en els àmbits civil i registral, tocant a la determinació del moment en què cal tenir capacitat successòria per a succeir al causant, les persones que han d'intervenir en la partició de l'herència del transmissari, o la determinació de la quantia de la llegítima, per posar només alguns exemples. Naturalment, la determinació de la quota tributària de l'Impost de Successions i Donacions i el càlcul de la prescripció de l'impost també es veu afectada segons se segueixi una o altra tesi. De tot això parlarem en aquest treball.

La jurisprudència que interessa a efectes d'aquest estudi és, principalment, la de la Sala Civil i Penal del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya (TSJC), que és la que ha de servir com a referència per a interpretar i aplicar

els preceptes del Dret Civil català (art. 95.3 EAC, art. 111-2.2 CCCat) i que, en definitiva, ha estat clau pel desenvolupament quantitatiu i qualitatiu del dret civil català d'ençà que va començar el procés de codificació.¹ En l'actualitat, la funció nomofilàctica que la Constitució reconeix al Tribunal Suprem (art. 123.1 CE i art. 53 LOPJ) es predica també de la jurisprudència dels Tribunals Superiors de Justícia (arts. 73.1 LOPJ i art. 478.1.II LEC) sobre el dret civil propi,² tenint en compte que el TSJC només coneix en cassació les sentències provinents de les audiències provincials catalanes (art. 2.1 Llei 4/2012, de 5 de març). Si una qüestió de dret civil català es planteja davant una audiència situada fora de Catalunya, el Tribunal Suprem (TS) pot conèixer de l'assumepte com a tribunal de cassació, atès que en aquest punt el criteri territorial és preferent al criteri material.³ Això no obstant, l'estudi també té en compte aquella jurisprudència que no ho és en el sentit estricte de l'art. 111-2.2 CCCat o de l'art. 477.3 LEC. D'una banda, la denominada «jurisprudència menor» de les Audiències Provincials; i, de l'altra, l'anomenada «jurisprudència hipotecària o registral», formada per la doctrina de les resolucions de la Direcció General de Dret i Entitats Jurídiques (DGDEJ) de la Generalitat de Catalunya i la Direcció General de Seguretat Jurídica i Fe Pública (DGSJFP) del Ministeri de Justícia.

2. La delació

La delació o *ius delationis* és el dret potestatiu i subjectiu⁴ que ordinàriament neix en el moment de la mort del causant (art. 411-4.1 CCCat)

1 Vid. el Preàmbul de la Llei 4/2012, de 5 de març, del recurs de cassació en matèria de dret civil de Catalunya (DOGC núm. 6083, de 8 de març de 2012).

2 En allò tocant a les altres comunitats amb dret civil propi, vegi's art. 2.2 de la Llei de Dret Civil de Galícia; Llei 4/2005, de 4 de juny, sobre la cassació foral aragonesa i art. 63.2 de l'Estatut d'Autonomia d'Aragó; art. 61.1 a) de la Llei Orgànica de reintegració i millorament del règim foral de Navarra; art. 2.3 de la Llei 5/2015, de 25 de juny, de Dret Civil Basc i art. 1.3.6^a de la Compilació de Dret Civil de les Illes Balears.

3 LAMARCA I MARQUÈS, Albert, «Art. 111-2 CCCat», a: LAMARCA I MARQUÈS, Albert; VAQUER ALOY, Antoni (Eds.), *Comentari al Llibre Primer del Codi Civil de Catalunya. Disposicions preliminars. Prescripció i caducitat*, Barcelona, Atelier, 2012, p. 71.

4 GINEBRA MOLINS, M^a Esperança; MATEO BORGE, Iván, «Sobre la computación del ius delationis en los supuestos de transmisión de la delación», *Boletín del Centro de Estudios Registrales de Cataluña*, núm. 102, 2002, p. 334-337.

i que atorga al seu titular la facultat d'acceptar o repudiar l'herència a la que estat cridat (art. 461-1 CCCat).⁵

El *ius delationis* s'extingeix quan el seu titular accepta l'herència o la repudia. Pot ocórrer, però, que la persona delada mori sense acceptar ni repudiar l'herència deferida. En aquest cas, el *ius delationis*, com a dret subjectiu que ja formava part del seu patrimoni, pot fer trànsit al seus propis hereus (art. 461-13 CCCat). Si aquests accepten l'herència de qui ha mort sense acceptar ni repudiar, adquiriran automàticament el dret a decidir si accepten o repudien l'herència del causant del seu *de cuius*. És *conditio sine quae non* adquirir la condició d'hereu del transmissent per poder adquirir la qualitat d'hereu del primer causant. Naturalment, es pot acceptar l'herència del transmissent sense necessitat d'haver d'acceptar la del seu causant; el que no és possible és la inversa, això és, acceptar la del primer causant sense haver acceptat abans la del transmissent.

És controvertit si aquest dret és avaluable econòmicament i, per tant, si se li ha d'atorgar un valor patrimonial. La qüestió, com veurem, és clau en la determinació del *quantum* legitimari de la persona que ha mort sense exercir la delació. En pro de considerar que el dret a adir o repudiar una herència té un contingut patrimonial s'ha de tenir en consideració que, al cap i a la fi, els béns i drets que conformen el cabal relicte al que dona accés la delació sempre poden ser valorats i, en el seu cas, mitjançant informes pericials. Qüestió distinta és si és raonable atorgar-li un valor patrimonial a efectes successoris i, en particular, si l'hipotètic valor de la delació ha de ser computable en el càlcul de la llegítima. A Catalunya és majoritària la tesi que sosté que el *ius delationis* és un dret de caràcter personalíssim sense contingut patrimonial⁶ i, per tant, que el seu hipotètic valor econòmic no

5 ROCA SASTRE, Ramón María, «La adquisición y repudiación de herència en el Derecho común y en el Derecho foral», a: ROCA SASTRE, Ramón María. *Estudios de Derecho Privado*, Vol. II: Sucesiones, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1948, p. 5-6, afirma que la delació atribueix al cridat una facultas adquirendi, el dret a adquirir l'herència mitjançant la seva acceptació. En el marc del CC, *vid.* ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, «La sucesión *iure transmissionis*», *Anuario de Derecho Civil*, núm. 3, 1952, p. 921-922, que també qualifica la delació com el poder d'adquirir l'herència deferida.

6 Sobre la qüestió, *vid.* SAP Barcelona (Secció 1ª) núm. 883/2004, de 21 de desembre (JUR 2005/28620), en la que es declara que el *ius delationis* del que disposa el cridat és un dret inembargable, atès que es tracta d'un «dret de caràcter personalíssim que no es pot valorar i que sols [el cridat] podria exercitar», sens perjudici de que els seus creditors puguin instar la *interrogatio in iure* (art. 461-12 CCCat).

pot ser tingut en compte per a la computació legitimària.⁷ En canvi, a la resta d'Espanya alguns autors sostenen la posició contrària⁸ i, com veurem, la DGSJFP també defensa que la delació té un valor patrimonial que ha de ser inclòs en el càlcul de la llegítima.⁹

3. La transmissió de la delació

L'art. 461-13 CCCat és el precepte que regula la transmissió de la delació. La rubrica de la norma es refereix al fenomen com a «dret de transmissió» o *ius transmissionis*. Aquesta denominació no és dogmàticament correcta, atès que la transmissió no constitueix, en realitat, cap dret. L'únic dret existent és el dret potestatiu a acceptar o repudiar l'herència, és a dir, *l'ius delationis*. L'anomenat «dret de transmissió» és en realitat la manifestació d'una qualitat de la delació: la seva transmissibilitat.¹⁰ Per tant, al llarg d'aquest treball emprarem el terme més precís de «transmissió de la delació» i no ens referirem a aquest fenomen a través de les seves denominacions més habituals.

3.1. Els subjectes: el primer causant, el transmissari i el transmissari

El fenomen de la transmissió de la delació sempre involucra, com a mínim, a tres subjectes. Hi ha un «primer causant», que crida com a hereu a una determinada persona, que és la que posteriorment mor sense acceptar ni repudiar l'herència i, per tant, sense haver exercit la delació. Aquesta

7 DEL POZO CARRASCOSA, Pedro; VAQUER ALOY, Antoni; BOSCH CAPDEVILA, Esteve, *Derecho Civil de Cataluña. Derecho de Sucesiones*, 3ª edición, Madrid, Marcial Pons, 2017, p. 455 i 517-518. Ja abans, *vid.* GINEBRA MOLINS; MATEO BORGE, «Sobre la computación...», p. 361-362 i 370.

8 Entre molts, *vid.* ALBALADEJO GARCÍA, «La sucesión...», p. 923-925 i 965-967; BOSCH CAPDEVILA, Esteve, «Art. 1006 CC», a: CAÑIZARES LASO, Ana; DE PABLO CONTRERAS, Pedro; ORDUÑA MORENO, Javier; VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario (Dirs.), *Código Civil Comentado*, Vol. II (arts. 609 a 1087 CC), Cizur Menor, Thomson Reuters-Civitas, 2011, p. 1532-1533; RIVAS MARTÍNEZ, Juan José, «Derecho de transmisión y la jurisprudencia de fijación de doctrina del Tribunal Supremo», a: CALZADA GONZÁLEZ, Aránzazu; CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, Santiago; MURILLO VILLAR, Alfonso (Coords.), *Homenaje al profesor Armando Torrent*, Madrid, Dykinson, 2016, p. 766 i 801-802.

9 Per a una valoració crítica de la posició de la DGSJFP, vegi's l'apartat 5.2. *ut infra*.

10 DEL POZO CARRASCOSA *et al.*, «Derecho Civil de Cataluña...», p. 455 i 512.

persona és coneguda com a «transmitent» o «segon causant», i son els seus hereus el que, després de la seva mort rebran la delació que els permetrà decidir si, al seu torn, accepten o repudien l'herència del primer causant. A aquest efecte, als hereus del transmitent se'ls denomina «transmissaris».

Els transmissaris només podran escollir si accepten o no l'herència del primer causant un cop ja hagin adquirit, prèviament, l'herència del transmitent. L'herència del transmitent és, doncs, la via d'accés al cabal relicte del primer causant.¹¹ Cadascun dels transmissaris cridats a l'herència del transmitent podrà decidir autònomament si accepta o repudia, al seu torn, aquesta herència del primer causant, amb dret preferent d'acréixer entre ells (art. 461-13.2 CCCat).

3.2. Els efectes de l'acceptació de la delació transmesa: *duae sunt positiones*

En la doctrina i a la jurisprudència existeixen dues tesis contraposades en quant a la concepció dels efectes jurídics de la transmissió de la delació.

La primera d'elles es la teoria clàssica, en ocasions denominada també com «teoria de les dues transmissions». Els partidaris de la mateixa sostenen que el transmitent actua com a connector o pas intermedi entre el primer causant i el transmissari.¹² És obvi que, mentre vivia, el transmitent mai va arribar a acceptar ni a repudiar l'herència, i que per tant no la va adquirir. No obstant això, la teoria clàssica parteix de la ficció que, amb l'acceptació de l'herència del primer causant per part del transmissari, «és com si» els béns presents al cabal relicte del primer causant s'integressin en el patrimoni del transmitent, i només posteriorment passarien a formar part del peculi del

11 CASANOVAS I MUSSONS, Anna, «Art. 461-13 CCCat», a: EGEA I FERNÀNDEZ, Joan; FERRER I RIBA, Josep (Dirs.), Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions, Vol. II, Barcelona, Atelier, 2009. Ja abans, la mateixa autora a CASANOVAS I MUSSONS, Anna, «L'adquisició de l'herència», a: BADOSA COLL, Ferran (Dir.), *Manual de Dret Civil Català*, Madrid, Marcial Pons, 2003, p. 616-617.

12 En l'actualitat, uns dels màxims exponents d'aquesta teoria és el registrador GARCÍA GARCÍA, José Manuel, «Asuntos pendientes en el derecho de transmisión: el cónyuge viudo del transmitente y otros supuestos», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 753, 2016, p. 75-124. En quant al parer de l'autor, vegi's principalment la seva tesi doctoral a GARCIA GARCÍA, José Manuel, *La sucesión por derecho de transmisión*, Madrid, Civitas, 1996. En el passat, també l'han defensada autors com LACRUZ BERDEJO, MANRESA Y NAVARRO, ROCA SASTRE, TRAVIESAS I SÁNCHEZ ROMÁN.

transmissari. L'acceptació del transmissari tindria així l'efecte de atorgar-li retroactivament la qualitat d'hereu a qui, en realitat, mai ho va ser.

La segona tesi és l'anomenada teoria moderna o «de l'adquisició directa», segons la qual el transmissari succeeix *recta via* i sense intermediaris al primer causant. Atès que el transmissari seria hereu directe del primer causant, cap actiu del cabal relicte del primer causant s'arribaria a integrar mai en el patrimoni del transmissari.¹³ Un tret característic d'aquesta teoria és que, a diferència de l'anterior, exigeix al transmissari una «doble capacitat» successòria. En primer lloc, el transmissari ha de ser capaç per succeir al transmissari (és a dir, ja ha d'haver nascut o estat concebut en el moment de la mort d'aquest), tota vegada que si no ho és, mai podrà tenir accés al *ius delationis* present al cabal relicte del mateix. En segon lloc, el transmissari ha de disposar també de capacitat successòria respecte del primer causant, atès que, segons aquesta teoria, és hereu directe d'aquest. En canvi, els postulats de la teoria clàssica només exigeixen a l'hereu transmissari que sigui capaç respecte del transmissari, ja que, en principi, el transmissari només esdevé hereu a través d'aquest últim.

Ni l'art. 461-13 CCCat ni l'art.1006 CC proporcionen indicis que permetin inclinar-se per una o altra tesi. El silenci del legislador ha deixat a la jurisprudència la tasca de decidir quina de les dues ha de prevaler i aquesta ha mostrat certa oscil·lació al llarg del temps.

4. Què diuen els tribunals civils?

4.1. La teoria moderna en el TSJC

Si bé inicialment la teoria clàssica era assumida de forma unànime per la jurisprudència menor catalana,¹⁴ la STSJC (Sala Civil i Penal) núm. 47/2012, de 12 de juliol¹⁵ va fer un gir i es va inclinar per la teoria moderna o de l'adquisició directa.

13 A Espanya, l'introduïdor i principal valedor d'aquesta teoria va ser ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, «La sucesión...», p. 953-956, qui va inspirar-se en la doctrina d'autors italians com SANTORO-PASARELLI, BARBERO i ANDREOLI. Altres autors que s'han pronunciat a favor de la mateixa són, per exemple, VALLET DE GOYTISOLO, PUIG FERRIOL i ROCA TRÍAS, JORDANO FRAGA, HERNÁNDEZ VALDEOMILLOS, GETE-ALONSO Y CALERA i BAYOD LÓPEZ.

14 Per totes, la SAP Barcelona (Secció 13^a) núm. 666/2006, de 22 de novembre (ID CENDOJ: 08019370132006100505).

15 RJ 2012/10024.

La resolució confirma la prèvia sentència de l'Audiència Provincial de Tarragona,¹⁶ en què la transmitent del *ius delationis* en l'herència de la primera causant havia atorgat un testament en el que ordenava un fideïcomís de residu a favor del seu marit (arts. 426-51 i ss. CCCat).

Es plantejava, doncs, si els béns i drets pertanyents a la herència de la primera causant quedaven o no subjectes al fideïcomís de residu ordenat per la transmitent. De conformitat amb la teoria clàssica, l'actiu hereditari de la primera causant quedava gravat pel fideïcomís ordenat per la transmitent, tota vegada que aquest afectava tot el seu patrimoni i en ell s'hi incloïa el *ius delationis* no exercit. En canvi, la teoria directa permetia arribar a la conclusió contrària: si el transmissari és hereu directe de la primera causant, els béns i drets que conformen l'herència que deixa en morir no es veuen afectats pel fideïcomís, atès que no s'integren en el cabal relicte de la transmitent. Aquesta última va ser la posició acollida tant en apel·lació i cassació.

La decisió de l'Audiència sembla basar-se en una breu cita de PUIG FERRIOL i ROCA TRÍAS, partidaris de la teoria de l'adquisició directa,¹⁷ i en la consideració que els arts. 5 i 29 del Codi de Successions de 1991 (CS 1991)¹⁸ [= arts. 411-5 i 461-13 CCCat] mostraven una certa preferència del legislador català per la teoria moderna. El TSJC va afegir que aquesta es més correcta, perquè exigeix comprovar doblement la capacitat successòria (respecte del primer causant i respecte del transmitent) i, per tant, evita que el transmissari incurs en una causa d'indignitat respecte del primer causant l'acabi succeint. És una exigència que avui ja preveu l'art. 412-8.3 CCCat i, probablement, aquest és un indici no menor que ha d'ajudar a interpretar el problema a l'empara del dret vigent.¹⁹

És criticable, però, el fet que la STSJC núm. 47/2012 doni uns arguments tan febles per justificar el trànsit a la teoria directa. La resolució pretén donar solució a una qüestió molt complexa amb un raonament de tan sols mitja pàgina (FD 5è). Afirmar que el caràcter retroactiu de l'acceptació de

16 SAP Tarragona (Secció 3ª) núm. 302/2010, de 17 de setembre (JUR 2010/391803).

17 PUIG I FERRIOL, Lluís; ROCA I TRÍAS, Encarna, *Institucions del Dret Civil de Catalunya*, 3ª edició, Barcelona, Bosch, 1991, p. 492 i ss.

18 Llei 40/1991, de 30 de desembre, del Codi de Successions per causa de mort en el Dret Civil de Catalunya.

19 ANDERSON, «Recursos governatius. Doctrina de la Direcció General de Dret i d'Entitats Jurídiques (juliol-setembre 2018)», *InDret*, núm. 1, 2019, p. 12-13.

l'herència (art. 5 CS 1991; actual art. 411-5 CCCat) encaixa «molt millor amb la teoria de l'adquisició directa», però no ho justifica. En realitat, aquest caràcter retroactiu és compatible tant amb les postulats de la teoria clàssica com amb els de la teoria moderna, i no constitueix un argument significatiu que permeti inclinar la balança en un o altre sentit. El tribunal també al·lega que la teoria de l'adquisició directa és la que millor encaixa amb el principi d'interpretació restrictiva de les càrregues successòries (antic 110. III CS 1991, actual art. 421-6.3 CCCat), cosa que, de nou, és insuficient per a justificar el canvi de teoria.

Ara per ara el TSJC només s'ha pronunciat en sentit favorable a la teoria de l'adquisició directa una sola vegada i en una sentència dictada per una Secció, per la qual cosa la doctrina de la STSJC núm. 47/2012 no constitueix encara jurisprudència als efectes de l'art. 111-2.2 CCCat. Caldria en el futur tenir en compte, per a reforçar la tesi que, encertadament, segueix el TSJC, que en el dret successori català només té la qualitat d'hereva la persona que ha exercit el *ius delationis* i ha acceptat l'herència (arts. 411-5 i 461-1.1 i ss. CCCat). Aquest raonament permet descartar la tesi clàssica, perquè és evident que el transmissor mai no ha estat hereu del primer causant.²⁰

4.2. La doble posició de les diferents Sales del TS, segons la matèria afectada

4.2.1. Inicialment: dues liquidacions de l'impost, perquè hi ha dues transmissions

Amb anterioritat a l'any 2012, la jurisdicció contenciosa-administrativa seguia la teoria clàssica. Així doncs, el transmissari havia d'efectuar dues liquidacions de l'Impost de Successions i Donacions (ISD), una per la primera successió (del primer causant al transmissor) i una altra per la segona (del transmissor al transmissari), de manera que, a efectes del càlcul de l'impost, en el cabal relicte del transmissor s'hi havien de computar els béns i drets provinents de l'herència del primer causant. En conseqüència,

20 En el mateix sentit, *vid.* MONTSERRAT VALERO, Antonio, «La sucesión iure transmissionis, el concurso de delaciones en un mismo heredero y el impuesto de sucesiones», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 622, 1994, p. 1043-1048.

es produïa una doble imposició,²¹ sens perjudici, és clar, de poder aplicar les bonificacions fiscals corresponents.²²

4.2.2. A l'àmbit civil, el transmissari és hereu directe del primer causant

Aquest posicionament de la Sala Tercera del TS, no era diferent del que, com a regla general, seguien aleshores les audiències en l'àmbit civil.²³ Un exemple clar és la sentència de l'Audiència Provincial d'Alacant (Secció 9ª) núm. 458/2010, de 12 de novembre.²⁴ La qüestió litigiosa es centrava en torn a si al quadern particional de l'herència de la primera causant s'hi havien d'individualitzar aquelles parts de l'herència que correspongessin als transmissaris, és a dir, als hereus de l'hereu que havia mort sense acceptar ni repudiar. L'Audiència, seguint la teoria clàssica aleshores hegemònica, entén que en el quadern particional de l'herència de la primera causant no és imprescindible individualitzar les quotes parcionals que seran adjudicades als transmissaris, si no que és suficient amb assenyalar quina part de la mateixa hauria correspost al transmissari que ja ha mort.

Tanmateix, aquesta sentència va ésser casada per la STS (Sala Civil, Ple) núm. 539/2013, d'11 de setembre.²⁵ D'acord amb el TS, el comptador-partidor ha d'individualitzar la quota que correspon a cada transmissari en l'herència del primer causant i ha d'especificar quins són els béns i drets del cabal

21 Entre d'altres, la STSJC (Sala Contenciosa-Administrativa, Secció 1ª) núm. 512/2009, de 14 de maig (JUR 2009\40135). En l'àmbit administratiu-tributari, *vid.* les consultes de l'Agència Tributària de Catalunya núm. 63E/12, de 26 d'abril de 2012 i núm. 172E/12, de 29 de juny de 2012. En la doctrina, MONTSERRAT VALERO, «La sucesión iure transmissionis...», p. 1039-1040.

22 Per exemple, la de l'art. 20.3 de la Llei 29/1987, de 18 de desembre, de l'Impost sobre Successions i Donacions (LISD), que estableix que si uns mateixos béns fossin objecte de dues o més transmissions *mortis causa* a favor dels descendents del causant en un període de deu anys, en la segona i ulteriors transmissions es pot deduir de la base imposable la quota tributària ja satisfeta com a conseqüència de les transmissions precedents.

23 Entre moltes, SAP Alacant (Secció 9ª) núm. 458/2010, de 12 de novembre (AC 2011/672), la SAP Santa Cruz de Tenerife (Secció 3ª) núm. 173/2012, de 9 d'abril (JUR 2012/299340) i la interlocutòria de l'Audiència Provincial de Sevilla (Secció 6ª) de 24 de maig de 1999 (AC 1999/5175). La doctrina posa també de manifest aquesta antiga primàcia de la teoria clàssica; *vid.* GALICIA AIZPURUA, «Naturaleza y alcance...», p. 253 i RODRÍGUEZ-PALMERO SEUMA, Pablo, «Un intento de superar las tesis sobre situación del heredero del heredero en el marco del artículo 1006 del Código Civil español», *Revista de Derecho*, núm. 9, 2008, p. 14.

24 AC 2011/672.

25 RJ/2012/7045.

de la primera causant que els són adjudicats, contràriament al que havia establert l'Audiència. El TS basa la seva decisió en què la transmissió de la delació no constitueix «una nova delació hereditària o fraccionament del *ius delationis*» i que, per tant, «no hi ha una doble transmissió successòria o successió pròpiament dita en el *ius delationis*». D'aquesta concisa afirmació se'n desprèn que l'hereu transmissari ha de succeir directament al primer causant. És un raonament críptic que ha estat criticat, i no sense raó, com a «exageradament conceptual» i «excessivament indefinit».²⁶ En tot cas, segons el TS, els hereus transmissaris succeeixen directament al primer causant.²⁷ Per tant, els transmissaris són beneficiaris directes de dues successions diferents i individualitzades: la del primer causant i la del transmissent.

Posteriorment, el TS tracta de mitigar els efectes de la teoria de l'adquisició directa sobre la capacitat successòria. La sentència assenjala que, com a corol·lari de la «inalterabilitat i subsistència del *ius delationis*», la capacitat successòria del transmissari respecte del primer causant ha de ser avaluada en el moment en què aquest accepta l'herència del transmissent, contràriament a la regla general segons la qual l'hereu ha de ser capaç per a succeir en el moment de la obertura de la successió (art. 758 CC, art. 412-1 CCCat). En els casos de transmissió de la delació és probable que, depenent del lapse temporal transcorregut entre la mort del primer causant i la mort del transmissent, el transmissari ni tan sols hagués estat concebut en el moment en que es va produir el traspàs del primer causant, el que ordinàriament li impediria succeir-lo.

26 Són les paraules emprades per GALICIA AIZPURUA, «Naturaleza y alcance...», p. 256-258, qui critica durament el viratge jurisprudencial i manifesta la seva preferència per la teoria clàssica. GARCÍA GARCÍA, «Asuntos pendientes...», p. 103, manifesta que el TS hauria d'haver reflexionat pausadament sobre l'impacte pràctic de la teoria moderna abans de fixar jurisprudència mitjançant el dictat d'una sentència plenària. Altres crítiques també a SERRANO DE NICOLÁS, Ángel, «Artículo 1006 Código Civil español: el “mismo derecho” no es el meramente instrumental *ius delationis*», *Revista de Derecho Civil*, núm. 4, 2014, p. 192-194 i 202-203. En la mateixa línia, vegi's també PÉREZ RAMOS, Carlos, «¿Qué le pasa a la DGRN con el derecho de transmisión?», *El Notario del Siglo XXI*, núm. 78, 2018 [en línia]. Disponible a: <https://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-78/8515-que-le-pasa-a-la-dgrn-con-el-derecho-de-transmision> [Darrera consulta: 24/02/2023]; RIVAS MARTÍNEZ, «Derecho de transmisión...», p. 776 i 797.

27 FD 2º, apartat 5.

4.2.3. El transmissari és hereu directe del primer causant, també a efectes fiscals

En els anys posteriors a l'encimbellament de la teoria moderna pel TS i el TSJC, els òrgans administratius tributaris i els tribunals contenciosos-administratius no van adaptar-se de forma immediata a la nova doctrina jurisprudencial civil. De fet, la lectura de les resolucions revela una certa reticència al canvi, tant a Catalunya com a la resta d'Espanya. La majoria continuaven resolent la qüestió d'acord amb els paràmetres de la teoria clàssica. Algunes ho justificaven en una presumpta «especialitat del dret tributari en aquest assumpte»,²⁸ una tesi que compta amb el suport intel·lectual de la doctrina fiscalista, que defensa que el legislador tributari pot redefinir els conceptes civils per adaptar-los als principis de justícia tributària i de capacitat econòmica, de manera que el significat donat per la doctrina civilista als mateixos conceptes és irrellevant.²⁹ En aquesta línia, altres resolucions afirmaven que l'administració tributària s'havia de subjectar, exclusivament, a la interpretació i doctrina que respecte del *ius transmissionis* han donat els tribunals de l'ordre contenciós-administratiu. A tall d'exemple, la Resolució del Tribunal Econòmic-Administratiu Foral (TEAF) Navarra de 21 de març de 2018 va argumentar que la jurisprudència civil no el vinculava i, a més, va considerar incorrectament que la STS núm. 539/2013 no constituïa jurisprudència,³⁰ tot i que havia estat dictada pel Ple.

28 És el cas, per exemple, de les SSTSJ (Sala Contenciosa-Administrativa, Secció 2ª) núm. 853/2016, de 7 de novembre (JUR 2017/50337), núm. 665/2016, de 23 de juny (JUR 2016/200645) i núm. 675/2016, de 28 de juny (JUR 2016/240499). Més enllà de Catalunya, la STSJ València (Sala Contenciosa-Administrativa, Secció 3ª) núm. 1537/2013, de 5 d'octubre (JUR 2014/12234) decideix ignorar el canvi de sentit de la jurisprudència civil, com també ho fan alguns òrgans administratius tributaris: vid. la Circular 1/2015, de 17 de març, de la Direcció de l'Agència Tributària d'Andalusia i la resolució del Tribunal Econòmic-Administratiu Foral (TEAF) de Guipúscoa, de 4 de novembre de 2016.

29 Per exemple, CARDONA MARCOS, Marta, «Repercusiones tributarias de la transmisión del *ius delationis* a la luz de la nueva doctrina jurisprudencial emanada de la Sentencia de la Sala I del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2013», *Revista Quincena Fiscal Aranzadi*, núm. 17, 2017, p. 6, 25 i 28-32.

30 Es una noció generalment admesa que una única sentència constitueix jurisprudència per si mateixa si aquesta és dictada pel Ple d'una Sala del tribunal de cassació i, per tant, seria suficient per a fonamentar un recurs de cassació per la via de la concurrència d'interès cassacional per oposició a la jurisprudència del Tribunal Superior de Justícia

Nogensmenys, algunes resolucions, tant del propi TS com de tribunals superiors, ja havien comptat amb vots particulars que sostenien que el transmissor no havia adquirit l'herència del primer causant,³¹ no de forma distinta a tal i com molt abans havia sostingut entre nosaltres la doctrina.³² L'adaptació a la teoria moderna va agafar empenta arran de dues consultes vinculants de la Direcció General de Tributs del Ministeri d'Hisenda (DGT) que, seguint la línia del TS, entén que el transmissari succeeix directament del primer causant, de manera que el valor dels béns i drets de l'herència d'aquest darrer no pot ser inclòs, a efectes fiscals, dins del cabal relicte del transmissor.³³ Aquestes dues consultes vinculants van venir seguides d'altres sentències de Tribunals Superiors de Justícia que, finalment, es van adherir a la teoria de l'adquisició directa.³⁴

(arts. 477.3.II LEC i art. 3.a) de la Llei 4/2012). Així es desprèn de l'apartat 3.3.C.a de l'Acord del Ple no jurisdiccional de la Sala Civil del Tribunal Suprem de 27 de gener de 2017, sobre criteris d'admissió dels recursos de cassació i extraordinari per infracció processal. En el mateix s'assenyala que: «Es necesario, en consecuencia, que en el escrito de interposición se citen dos o más sentencias de la Sala Primera (...) *Quando se trate de sentencias del Pleno o de sentencias fijando doctrina por razón de interés casacional, bastará la cita de una sola sentencia, pero siempre que no exista ninguna sentencia posterior que haya modificado su criterio de decisión*».

- 31 STS (Sala Contenciosa-Administrativa, Secció 2ª) de 14 de desembre de 2011 (RJ 2012\2758), amb vot particular del magistrat FERNÁNDEZ MONTALVO. Abans, STSJ Andalusia (Sala Contenciosa-Administrativa, Secció 2ª, Sevilla) d'11 d'octubre de 2011 (JUR 2012\17637), amb vot particular del magistrat SANTOS GÓMEZ.
- 32 MONTSERRAT VALERO, «La sucesión iure transmissions...», p. 1057-1059: «(...) el transmisario no puede adquirir del transmitente algo que aún no había ingresado en su patrimonio. (...) Por tanto, el tránsito de los bienes del primer causante al transmisario debe estar sujeto a una única liquidación del impuesto de sucesiones. Y siendo consecuentes con lo dicho, tal liquidación debe ser independiente de la liquidación de la herencia del transmitente y, por tanto, la herencia [del primer causante] tampoco se debe sumar a la del transmitente para formar la base imponible del impuesto a pagar por el transmisario».
- 33 *Vid.* Consultes vinculants de la DGT núm. V2063-16, de 13 de maig de 2016 i núm. V0537-17, de 2 de març de 2017.
- 34 Per exemple, vegi's les SSTJ Aragó (Sala Contenciosa-Administrativa, Secció 2ª), núm. 115/2018, de 28 de març (JUR 2018/164723) i núm. 158/2018, de 9 de maig. En tots dos casos, el Govern autonòmic va sostenir que el canvi en la jurisprudència civil no tenia perquè influir en les qüestions de naturalesa exclusivament tributària. En canvi, l'Advocacia de l'Estat i la representació dels contribuents afirmaven —encertadament— que, en virtut d'allò previst a l'art. 12.2 de la Llei 58/2003, de 17 de desembre, General Tributària (LGT), era imprescindible tenir en compte el sentit jurídic-civil de la institució entorn a la qual girava la qüestió litigiosa.

Ulteriorment, dues sentències de la Sala Contenciosa-Administrativa del TS van posar punt i final al debat sobre la qüestió. La primera és la STS (Sala Contenciosa-Administrativa, Secció 2^a) núm. 936/2018, de 5 de juny, que deixa clar la primacia de la teoria directa també en l'àmbit tributari, tot afirmant que la STS núm. 539/2013 «crea jurisprudència directament aplicable».³⁵ La sentència és rellevant perquè conté una admonició envers a l'òrgan administratiu-tributari que va decidir no tenir en compte la nova jurisprudència civil i afirma que la doctrina per ella assentada és vàlida tant per a les successions *mortis causa* regides pel Dret civil castellà, com per aquelles que ho siguin pels drets civils comú o especials que contemplin el fenomen de la transmissió de la delació. Poc temps després, la STS (Sala Contenciosa, Secció 2^a) núm. 434/2019, de 29 de març, va reiterar que els béns de l'herència del primer causant només poden ser objecte d'una única liquidació.³⁶ A partir de llavors, tant la jurisprudència contenciosa³⁷ com els òrgans administratius³⁸ reflectiran l'hegemonia de la teoria segons la qual només hi ha una única adquisició, i entendran que els béns de l'herència del primer causant no han de ser computats, també, com si formessin part del cabal relicte del transmissor.

És precís apuntar, però, que l'adopció de l'anomenada teoria moderna per part de l'administració tributària no pressuposa que el resultat sigui sempre més avantatjós fiscalment pel transmissari-contribuent en tots els casos. Encara que en la majoria de supòsits el resultat beneficiarà al contribuent, atès que el càlcul de la quota de l'ISD és complex i ve influenciat per una multiplicitat de factors (grau de parentiu entre causant i

35 RJ 2018/2864. Sentència comentada per PLANAS BALLVÉ, Maria, «La doctrina civilista del ius transmissionis llega, al fin, a la Sala Contenciosa-Administrativa del Tribunal Supremo», *Revista de Derecho Civil*, núm. 1, 2019, p. 283-295.

36 RJ 2019/1307.

37 Per exemple, vegi's STSJ Andalusia (Sala Contenciosa-Administrativa, Secció 2^a, Málaga) núm. 1346/2018, de 20 de juny (JT 2018/943), STSJ Castella i Lleó (Sala Contenciosa-Administrativa, Secció 2^a) núm. 683/2018, de 5 de juliol (JUR 2018/255537), STSJ País Basc (Sala Contenciosa-Administrativa, Secció 1^a) núm. 196/2019, de 8 de juliol (JUR 2019/280570), STSJ Valencia (Sala Contenciosa-Administrativa, Secció 3^a) núm. 1762/2019, de 4 de desembre (JUR 2020/17961, STSJ Canàries (Sala Contenciosa-Administrativa, Secció 1^a, Santa Cruz de Tenerife) núm. 108/2020, de 13 de març (JUR 2020/281919) i STSJ Andalusia (Sala Contenciosa-Administrativa, Secció 2^a, Granada) núm. 3289/2020, de 27 d'octubre (JUR 2020/365229).

38 En el cas de Catalunya, *vid.* les Consultes de l'Agència Tributària de Catalunya núm. 329/18, de 13 de febrer de 2020 i núm. 292/2020, de 15 de juny de 2021.

causahavent, temps transcorregut des de l'última vegada que els béns es van transmetre *mortis causa*, valor del patrimoni preexistent del causahavent, etc.), és aritmèticament possible que, depenent de les circumstàncies del cas concret, un transmissari fos més beneficiat si s'hagués seguit la teoria clàssica en comptes de la teoria moderna.³⁹

4.2.4. La transmissió de la delació i la prescripció de l'ISD

En relació amb la transmissió de béns *mortis causa*, l'art. 3.1.a) LISD estableix que el fet imposable el constitueix «l'adquisició de béns i drets per herència, llegat o qualsevol títol successori». L'art. 10.1 del Reglament de l'ISD (RISD) ho reitera.⁴⁰ Per tant, un civilista podria pensar que l'obligació de fer front a l'impost només neix un cop la persona cridada ha exercit el *ius delationis*, tot acceptant l'herència (art. 411-5 CCCat) expressament, tàcitament o per imposició legal (arts. 461-4, 461-5 i 461-8 CCCat, respectivament).

No obstant això, la lògica de l'ISD és una altra. L'art. 24.1.a) LISD estableix que tant en les adquisicions per causa de mort i assegurances de vida, l'impost es meritara el mateix dia en què es produeixi la defunció del causant o assegurat. Per tant, l'obligació fiscal neix encara que el delat no hagi acceptat (i, per tant, adquirit) l'herència.⁴¹

Es evident, doncs, que la norma resulta aliena als fonaments del dret successori català o en l'àmbit del CC espanyol. Sí que encaixa molt millor, per contra, en els sistemes successoris d'arrel germànica, en els que

39 Per a una demostració matemàtica d'aquesta possibilitat, encara que segurament ja antiquada com a conseqüència del transcurs del temps i de les successives reformes fiscals, *vid.* MONTERRAT VALERO, «La sucesión iure transmissionis...», p. 1040-1043.

40 Reial Decret 1629/1991, de 8 de novembre, pel qual s'aprova el Reglament de l'Impost sobre Successions i Donacions.

41 En aquest sentit, CARDONA MARCOS, «Repercusiones tributarias...», p. 8-11 i 31: «Per a que es produeixi el fet imposable basta amb tenir la facultat d'adquirir una herència o llegat derivada de la condició d'hereu o legatari d'una persona. Els cridats a succeir que han rebut la delació serien els subjectes passius, amb independència de que hagin acceptat o no l'herència (...)». En la mateixa línia, *vid.* RUIZ BAÑA, María Luisa, «Reflexiones en torno a las consecuencias tributarias de la transmisión del ius delationis tras la STSJ de Aragón de 9 de mayo de 2018 y de TS de 5 de junio de 2018», *Revista de Derecho Civil Aragonés*, núm. 24, 2018, p. 246-249. En contra, la STSJ Andalusia (Sala Contenciosa-Administrativa, Secció 2ª, Sevilla) de 19 de març de 2008 (JUR 2009/96466) que, en sentit contrari al parer majoritari, assenyalava que l'acceptació, la meritació de l'ISD només s'hauria de considerar produïda en el moment d'aquesta acceptació, i no abans.

l'adquisició de l'herència es produeix *ipso iure* en el mateix moment de la mort del causant, sense necessitat d'un acte d'acceptació (§§ 1942 i ss. BGB; arts. 560 i ss. del Codi civil suís) i sens perjudici de la possibilitat de repudiar l'herència en un període determinat.⁴²

L'asincronia entre la LISD i la normativa civil té la seva raó de ser en un impediment fàctic: els mitjans tècnics i humans de l'administració tributària no sempre permeten efectuar amb exactitud les comprovacions necessàries per a determinar si una persona ha acceptat o no una transmissió *mortis causa*. En el cas de les acceptacions expresses en escriptura pública, el notari facilita als organismes tributaris tota la informació necessària. Així ho preveu l'art. 32.3 LISD, segons el qual els notaris han de remetre trimestralment una relació o índex comprensiu de tots els documents públics autoritzats que es refereixin a actes o contractes que puguin donar lloc als increments patrimonials gravats per l'ISD. A l'incís primer del mateix precepte, s'estableix idèntica obligació (mensual) a càrrec dels òrgans judicials envers l'administració tributària. A casa nostra, l'art. 67 LISDCat exigeix als notaris amb destí a Catalunya que remetin telemàticament a l'Agència Tributària de Catalunya una còpia de les escriptures públiques autoritzades juntament amb una declaració informativa notarial dels elements bàsics de dites escriptures. Però en el cas de les acceptacions expresses fetes en document privat o de les acceptacions tàcites el ple control és impossible. És per això que, per evitar maniobres fraudulentament consistents en postergar l'acceptació o ocultar-la a Hisenda, la LISD opta per un criteri objectiu als efectes de determinar la data de venciment del tribut el moment en que es va produir la mort del *de cuius*.⁴³

Aquesta configuració té una incidència directa en el còmput del termini de prescripció del tribut. L'art. 66.a) de la Llei General Tributària (LGT) assenyalava que el dret de l'Administració per a determinar el deute tributari mitjançant l'oportuna liquidació prescriu als quatre anys. Tot seguit, l'art.

42 DEL POZO CARRASCOSA *et al.*, «Derecho Civil de Cataluña...», p. 633-635. En el mateix sentit es pronuncia MONTSERRAT QUINTANA, Antonio, «Algunas cuestiones sobre la adquisición de la herencia en Derecho germánico y en Derecho español», *Boletín de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears*, núm. 17, 2016, p. 689. En relació amb l'adquisició d'herència a Alemanya, vegi's MEYER-PRITZL, Rudolf, «Erbrecht», a: HERRESTHAL, Carsten; MAGNUS, Robert; STOFFELS, Markus (Coords.), *Eckpfeiler des Zivilrechts*, Berlin, De Gruyter, 2022, p. 1774-1776 i LEIPOLD, Dieter, «Kommentar zu § 1942 BGB», a: KESSAL-WULF, Sibylle (Dir.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 11, Erbrecht: §§ 1922-2385, Múnich, C.H. Beck, 2020, p. 246-249.

43 RUIZ BAÑA, «Reflexiones en torno a las consecuencias tributarias...», p. 249.

67.1.I LGT estableix que el *dies a quo* d'aquest termini de prescripció comença a computar-se des del dia següent a aquell en què finalitzi el termini reglamentari per a presentar la declaració o autoliquidació de l'impost. A aquest efecte, els art. 67.1 del RISD i 10 del Reglament català de l'ISD (RISDCat)⁴⁴ estableixen un termini de sis mesos des de la mort del causant per a presentar la declaració. Això significa que, ordinàriament, i llevat que es produeixi la interrupció de la prescripció (art. 68 LGT), l'ISD prescriurà un cop transcorreguts quatre anys i sis mesos des del traspàs del *de cuius*.

El problema rau, aleshores, en determinar què succeeix quan hi ha una transmissió de la delació. El fet que la jurisprudència civil i contenciosa-administrativa hagin abraçat la teoria de l'adquisició directa pot tenir un efecte perjudicial per a l'erari públic. És probable que, en molts casos, la mort del transmissor hagi tingut lloc un cop ja transcorreguts més de quatre anys i sis mesos des del traspàs del primer causant. Atès que, segons els postulats de la teoria moderna, el transmissari és successor directe i sense intermediaris del primer causant, això comportaria que l'ISD referit a l'herència del primer causant ja hagués prescrit. En aquest cas, l'afortunat transmissari només hauria de fer front al pagament de l'ISD corresponent a l'herència del transmissor.

Part de la doctrina tributària va considerar poc coherent aquest resultat. Per això alguns autors han proposat que quan hi hagi transmissió de la delació s'entengui que l'impost sobre l'herència del primer causant es merita en el moment de la mort del transmissor.⁴⁵ I és precisament aquesta solució la que s'ha acabat imposant en els tribunals i en l'Administració tributària. A Catalunya, la Direcció General de Tributs i Joc de la Generalitat va optar per aquesta via, sobre la base d'allò que estableix l'art. 24.3 LISD:⁴⁶

«Tota adquisició de béns l'efectivitat de la qual estigui suspesa per l'existència d'una condició, un termini, un fideïcomís o qualsevol altre limitació, s'entendrà sempre realitzada el dia que dita limitació desaparegui».

Al parer de la Direcció General, la casuística de la transmissió de la delació podria quedar inclosa en l'expressió «qualsevol altre limitació»

44 Decret 414/2011, de 13 de desembre, pel qual s'aprova el Reglament de l'impost sobre successions i donacions.

45 CARDONA MARCOS, «Repercusiones tributarias...», p. 26-29; RUIZ BAÑA, «Reflexiones en torno a las consecuencias tributarias...», p. 254.

46 Vid. Resolució 2/2018, de la Direcció General de Tributs i Joc de la Generalitat de Catalunya, relativa la tractament del dret de transmissió en l'impost sobre successions i donacions.

encara que, en realitat, quan la delació es transmet no és que l'efectivitat de l'adquisició quedi suspesa; el que succeeix, simplement, és que el transmissent mor sense exercir el *ius delationis*. En qualsevol cas, aquesta interpretació del precepte es també l'ara adoptada per l'Agència Tributària de Catalunya (ATC).⁴⁷

La qüestió ha estat objecte d'uns quants pronunciaments per part de la jurisprudència menor. Algunes resolucions consideren que el còmput del termini de prescripció de l'ISD relatiu a l'herència del primer causant ha d'iniciar-se en el moment de la seva mort, i no en el moment del traspàs del transmissent.⁴⁸ En canvi, altres obren la porta a sostenir que la interpretació efectuada per l'ATC i per la Direcció General de Tributs i Joc és correcta i que, per tant, el *dies a quo* del termini de prescripció de l'impost relatiu a l'herència del primer causant ha de ser el moment de la mort del transmissent.⁴⁹

A aquesta confusió hi contribueix el fet que existeixen pronunciaments contradictoris del TS i del TSJC. Així, el TS va dictar dues providències que deneguen l'admissió a tràmit de sengles recursos per absència d'interès

47 Vegi's les ja abans citades Consultes de l'Agència Tributària de Catalunya núm. 329/18, de 13 de febrer de 2020 i núm. 292/2020, de 15 de juny de 2021. En sengles consultes, l'ATC ressenya que, d'acord amb els arts. 21 LGT, 24.3 LISD i 47.3 RISD, «la data de meritació de l'impost per l'adquisició que fa l'hereu (...) de l'herència del primer causant no pot ser altra que la data de defunció de la segona causant».

48 És el cas, per exemple, de les SSTSJ Madrid (Sala Contenciosa-Administrativa, Secció 9ª) núm. 905/2018, de 20 de desembre (JUR 2019/115081) i núm. 120/2022, de 22 de febrer (JUR 2022/129673): «Si el transmissari adquireix directament del primer causant, l'Administració ha de practicar dues liquidacions, una per cada una de les herències a que és cridat el transmissari, sense que es pugui practicar una sola liquidació en la que s'inclouin tant els béns deixats pel primer causant com pel segon. Per això, en el cas examinat (...) no cap practicar la liquidació en relació amb l'herència de [la primera causant], doncs al haver mort el 16 de novembre de 1992, l'Impost de Successions es troba prescrit».

49 STSJ Castella i Lleó (Sala Contenciosa-Administrativa, Secció 2ª, Valladolid) núm. 114/2021, de 4 de febrer de 2021 (Recurs contenciós-administratiu núm. 1087/2019). El TSJ Castella i Lleó va apreciar que el termini de sis mesos previst a l'art. 67.1 RISD té sentit en successions que es desenvolupen en circumstàncies normals, però pot resultar insuficient en el cas de processos successoris inhabituals. En el cas litigiós, l'hereu només havia pogut acceptar un cop els seus altres deu cosins (co-transmissaris) van renunciar a l'herència, el que havia ocorregut un cop superat el dit termini semestral. Inicialment, els òrgans tributaris li van imposar un recàrrec del 20 % per haver presentat extemporàniament la liquidació de l'ISD. El TSJ revoca el recàrrec imposat sustentant-se en l'art. 24.3 LISD: en aquest cas, no es podia considerar que l'ISD s'hagués meritat fins a la desaparició de totes les limitacions fàctiques que impedièren al transmissari acceptar i adquirir l'herència del transmissent.

cassacional i en les que s'assenyalava que, en els casos de transmissió de la delació, el *dies a quo* de l'Impost de Successions sobre l'herència del primer causant és el dia en que aquest mor, atès que els efectes de l'acceptació es retrotrauen a dita data.⁵⁰

En canvi, el TSJC ha validat recentment la tesi de l'ATC, en la mesura en que afirma que, als efectes de l'art. 24.3 LISD, s'ha d'entendre que el no exercici del *ius delationis* per part del transmissor suposa «una limitació a l'adquisició dels béns del causant que impedeix la producció del fet imposable» i, per tant, cal concloure que el *dies a quo* de l'Impost de Successions sobre l'herència del primer causant és el dia en que es produeix el traspàs del transmissor.⁵¹ Per ara, doncs, sembla que la controvèrsia continua.

5. L'impacte de la nova jurisprudència civil en l'àmbit registral

5.1. La reticència de la DGSJFP a modernitzar-se

Inicialment, la DGSJFP (aleshores, encara DGRN) va adaptar-se ràpidament a la doctrina establerta en la STS núm. 539/2013. Amb anterioritat a aquesta, la Direcció General exigia que el cònjuge vidu legitimari del transmissor (art. 834 i ss. CC) prestés consentiment als actes de partició i adjudicació de l'herència del primer causant, tot entenent que els béns i drets provinents de l'herència d'aquest quedaven integrats, arran de l'acceptació per part del transmissor, en el patrimoni del transmissor.⁵²

50 Es tracta de les providències del TS (Sala Contenciosa-Administrativa) de 14 d'octubre i 6 de novembre de 2019.

51 STSJC (Sala Contenciosa-Administrativa, Secció 1ª) núm. 3032/2022, de 28 de juliol (JUR 2022/292367). Pel contrari, la STSJ Madrid (Sala Contenciosa-Administrativa, Secció 9ª) núm. 576/2022, de 30 de setembre (JUR 2022/354340) continua sostenint que el *dies a quo* és el del dia de la mort del primer causant.

52 *Vid.*, per totes, RDGRN de 22 d'octubre de 1999, en la que s'afirmava que els béns i drets de l'herència del primer causant si quedaven gravats per l'usdefruit legitimari del cònjuge vidu del transmissor.

Un cop el TS adopta la teoria moderna, la Direcció General deixa d'exigir l'aquiescència del dit cònjuge vidu.⁵³

No obstant això, la DGSJFP va deixar de mostrar la seva adhesió a la teoria de l'adquisició directa poc temps després. El canvi comença a intuir-se ja en la RDGRN núm. 9718/2017, de 26 de juliol de 2017,⁵⁴ encara que no es materialitza fins un temps després, quan, l'any 2018, la Direcció General entén que cal que el fill legitimari del transmissor, a qui aquest ha deixat un llegat de part alíquota en pagament de la seva llegítima estricta (art. 808 CC), intervingui en la partició de l'herència del primer causant.⁵⁵ La DGSJFP és conscient que la decisió contradia la jurisprudència del TS, i intenta justificar l'apartament en què en el cas dirimit davant del TS en la sentència de 2013 no hi havia cap legitimari del transmissor. En concret, l'argument de la Direcció General (amb crítica al TS inclosa) és el següent:

«Retornando a la STS núm. 539/2013 (...) todo apuntaría a que los bienes del primer fallecido transitan directamente desde su patrimonio relicto hasta el de los transmisarios. Si bien esta solución pudiera parecer la más sencilla, al eliminar intermediarios y sucesivas aceptaciones y particiones, parece que podría chocar con varios fundamentos del sistema sucesorio instaurado en el CC.

[...] Sin que ello suponga una ruptura de la doctrina fijada por la STS núm. 539/2013, que se limita a explicar que el *ius delationis* no se fragmenta o se divide en dos sucesiones, y confirmada como tal dicha premisa, debemos señalar en el ámbito práctico que (...) está claro que se acepta o repudia la herencia del causante directamente por parte del transmisario, pero eludir la inclusión de los bienes procedentes de la herencia del [primer] causante en la propia del transmitente resultaría de todo punto inaceptable, ya que implicaría una sucesión independiente, ajena a las normas de la legítima y de la voluntad del testador como ley que ha de regir la sucesión».

53 Resolucions de la Direcció General de Registres i del Notariat núm. 4552/2014, de 26 de març de 2014, núm. 8082/2014, d'11 de juny i núm. 11456/2014, de 6 d'octubre de 2014. La regla, però, no era absoluta, en tant que si la vídua del transmissor ja havia intervingut d'inici en les operacions de partició i adjudicació de l'herència del primer causant, sí esdevé necessari el seu consentiment quan anys després s'hagi d'atorgar una escriptura pública d'adició a la partició com a conseqüència d'haver omès involuntàriament la inclusió d'un bé al cabal relicte (RDGRN núm. 407/2015, de 9 de juny de 2015, RJ 2015/3619).

54 RJ 2017/5861.

55 RDGRN núm. 1323/2018, de 22 de gener de 2018 (RJ 2018/222).

És evident que la solució adoptada per la DGJSFP comporta un retorn a la teoria clàssica.⁵⁶ Aquest retorn es justifica en què la necessitat de protegir la llegítima, cosa que fa necessari limitar els efectes de la teoria de l'adquisició directa. Així ho evidencia que, posteriorment, la Direcció General afirmi que, encara que els transmissaris repudiïn l'herència del primer causant, el valor de la seva herència ha de ser tingut en compte als efectes del càlcul de la llegítima dels descendents del transmissari.⁵⁷

«Este Centro Directivo estima que la obligada protección de los herederos forzosos exige entender que, a efectos de determinar el importe de la legítima, el *ius delationis* también se computa, porque en sí es susceptible de valoración económica por lo mismo que es susceptible de venta (art. 1000.1º CC). Aunque el transmisario que ejercita positivamente el *ius delationis* adquiere la condición de heredero directamente del primer causante, su contenido viene delimitado por la vocación al transmitente; al formar tal derecho parte de la herencia del transmitente, con ese derecho —y, por ende, con la herencia del primer causante— debe satisfacerse a los legitimarios del transmitente».

En la pràctica, la decisió comporta seguir la teoria clàssica, ja que, a efectes del càlcul de la llegítima, el cabal relict del primer causant queda integrat en el patrimoni del transmissari. Aquesta deriva de la DGJSFP cap a la teoria clàssica va provocar que fos impugnada una de les resolucions en que afirmava que els legitimaris del transmissari havien d'intervenir en la partició de l'herència del primer causant i que era necessari computar el valor econòmic del *ius delationis* als efectes del càlcul de la seva llegítima.⁵⁸

56 Així ho han afirmat, entre d'altres, els notaris MARIÑO PARDO, Francisco «De nuevo sobre el derecho de transmisión. La RDGRN de 22 de enero de 2018», *Iurisprudente*, [en línia]. Disponible a: <http://www.iurisprudente.com/2018/02/de-nuevo-sobre-el-derecho-de.html> [Darrera consulta: 26/1/2023] i CABANAS TREJO, Ricardo. «¿Qué le pasa a la Administración tributaria con el derecho de transmisión? O mejor ¿qué le podrá pasar cuando descubra qué dice ahora la DGRN sobre el derecho de transmisión?», *Revista El Notario del Siglo XXI*, núm. 94, p. 4-5. Aquest últim considera que la DGRN va incórrer en una petició de principi al afirmar que el transmissari és successor directe del causant i, simultàniament, sostenir uns raonaments que contradiuen aquesta premissa inicial, atès que la Direcció afirma que els béns i drets provinents de l'herència del primer causant recauen, a efectes de la llegítima, en la massa hereditària del transmissari.

57 Així s'explicita en les RDGRN núm. 4282/2018, de 12 de març (RJ 2018/1208), núm. 6330/2018, de 25 d'abril de 2018 (RJ 2018/5752), núm. 10165/2018, de 5 de juliol de 2018 (RJ 2018/3488), núm. 14163/2018, de 28 de setembre de 2018 (RJ 2018/4126); així com a la RDGSJFP núm. 2511/2021, de 3 de febrer (RJ 2021/516).

58 RDGRN núm. 6452/2019, d'11 d'abril de 2019 (RJ 2019/1594).

La resolució va ser revocada per l'Audiència Provincial de València, que va considerar que la DGJSFP s'havia apartat indegudament de la doctrina establerta pel TS.⁵⁹

Això no obstant, la DGJSFP continua emetent resolucions en què, tot i que afirma seguir la teoria de l'adquisició directa, en realitat aplica solucions pròpies dels postulats de la teoria clàssica.⁶⁰ Res no fa pensar que la Direcció General abandonarà la seva posició rebel, almenys en el curt termini.

5.2. Crítica

La doctrina registral de la DGJSFP sembla un *tertium genus* entre la teoria clàssica i la teoria moderna de la transmissió de la delació. És així perquè, d'una banda entén que el transmissari és hereu directe del primer causant, però d'un altra considera que la necessària protecció de la institució legitimària comporta la imprescindible participació dels legitimaris del transmissari en les operacions de participació i adjudicació de l'herència del primer causant. I, encara més important, la DGJSFP afirma que el valor econòmic del *ius delationis* ha de computar-se en el càlcul dels drets dels legitimaris del transmissari, fins i tot quan el transmissari no hagi acceptat l'herència del primer causant.

59 SAP València (Secció 11ª) núm. 114/2021, de 22 de març (JUR 2021/189169): «La DGRN, aunque en un principio parece que sigue la doctrina del Tribunal Supremo [...] en realidad la obvia [...] tanto la resolución de la DGRN como la Sentencia recurrida se apartan de ella [...] La transmisión directa de la herencia de la causante al transmisario implica la innecesaria llamada a la partición de la herencia de la [primera causante] de la esposa [del transmitente], dada su condición de legitimaria como usufructuaria de la cuota viudal [...] ya que los bienes de la primera herencia no han entrado en la herencia del transmitente».

60 És el cas de la RDGSJFP núm. 9672/2021, de 26 de maig (RJ 2021/3473). Per a una crítica de la posició adoptada per la DGJSFP en aquesta resolució, vegi's el blog de Miguel PRIETO ESCUDERO, el notari autoritzant que va recórrer la qualificació negativa del registrador davant la Direcció General. *Vid.* PRIETO ESCUDERO, Miguel, «RDGSJyFP de 26 de mayo de 2021 sobre el cónyuge viudo del segundo causante y el derecho de transmisión», *Justito el Notario* [en línia]. Accessible a: <https://justitonotario.es/rdgsjyfp-26-mayo-2021-conyuge-viudo-segundo-causante-derecho-transmision/> [Darrera consulta: 30/12/2022]. Sobre la mateixa resolució, vegi's també MARIÑO PARDO, Francisco, «La Resolución DGSJFP de 26 de mayo de 2021: el consentimiento del viudo del transmitente a la partición del primer causante y su causa (o de cómo proteger a quien no quiere que le protejan)», *Iurisprudente* [en línia]. Accessible a: <http://www.iurisprudente.com/2021/06/la-resolucion-dgsjfp-de-26-de-mayo-de.html> [Darrera consulta: 27/1/2023].

La DGSJFP només aplica sense traves la teoria de l'adquisició directa a l'hora de concloure que el fideïcomís ordenat pel transmissent no pot gravar els béns i drets provinents de l'herència del primer causant.⁶¹ Això no fa sinó evidenciar que l'antagonisme de la Direcció General quant als efectes de l'adquisició directa ve motivat, principalment, per la necessitat de defensar la llegítima. Quan aquesta no està en joc, la DGSJFP no té cap problema en seguir la teoria moderna.

Aquesta doctrina registral és susceptible de crítica. En primer lloc, és clar, perquè contravé obertament la jurisprudència establerta pel TS. En segon lloc, i més important, perquè el fet que la DGSJFP consideri que el valor del *ius delationis* s'ha de computar en l'herència del transmissent, fins i tot i encara que el transmissari hagi decidit repudiar l'herència del primer causant, té un efecte absolutament pernicios: priva *de facto* al transmissari de poder decidir lliurement si accepta o no l'herència del primer causant.

D'acord amb aquesta doctrina, si, sigui quin sigui el motiu, els transmissaris decideixen repudiar l'herència del primer causant, aquest patiran un perjudici econòmic considerable, ja que hauran d'abonar als legitimaris del transmissent un *quantum* que haurà de calcular-se sobre un *relictum* superior al que realment rebran els propis transmissaris. Cal preguntar-se, a més, si la DGSJFP hauria apostat per aquesta mateixa solució en el cas que l'herència del primer causant fos una *hereditas damnosa* i, per tant, la seva computació al cabal del transmissent perjudiqués als legitimaris en comptes de beneficiar-los.

5.3. La DGDEJ sí que es modernitza, i fins a les últimes conseqüències

Fins fa pocs anys, les resolucions de la DGDEJ en matèria de transmissió de la delació s'havien limitat a afirmar la prevalença de l'anomenat *ius transmissionis* sobre la substitució vulgar,⁶² i a aclarir que, com és

61 Així es desprèn de la RDGRN núm. 9484/2019, de 5 de juny (RJ 2019/2530) que, de fet, resol en idèntic sentit a la ja esmentada STSJC núm. 47/2012, de 12 de juliol (*vid.* apartat 4.1. anterior).

62 Resolucions de la DGDEJ de 25 de novembre de 2005 (JUR 2007/87347) i 31 de maig de 2010. En matèria de successió abintestat, vegi's la RDGDEJ de 4 de juliol de 2011 (JUR 2011/263172) comentada per MARSAL GUILLAMET, Joan, «Recursos governatius. Doctrina de la Direcció General de Dret i d'Entitats Jurídiques (març 2011-juliol 2011), *InDret*, núm. 4, 2011, p. 7-10.

lògic, l'acceptació tàcita del cridat a succeir impedeix que es produeixi la transmissió de la delació.⁶³

L'any 2018 la DGDEJ es va pronunciar, per primera i —fins ara— única vegada, sobre els efectes de l'adopció de la teoria de l'adquisició directa.⁶⁴ En el cas dirimit per la Direcció General, la transmitent va morir casada, tenia un fill i no havia atorgat testament, motiu pel qual el seu marit va esdevenir usufructuari universal (art. 442-3.1 CCCat). Es plantejava, doncs, si aquest cònjuge vidu usufructuari havia de concórrer a les operacions particionals de l'herència del primer causant.

L'escriptura pública de partició va ser atorgada sense el concurs del marit usufructuari. Posteriorment, el registrador va denegar la inscripció, al considerar que l'usdefruit vidual incloïa els béns i drets provinents de l'herència del primer causant. Finalment, la DGDEJ revoca la qualificació negativa del registrador. La Direcció General entén que, d'acord amb l'ara hegemònica teoria de l'adquisició moderna, no es pot considerar que l'usdefruit vidual abasta els béns del primer causant, atès que aquests no van ésser mai realment adquirits per la transmitent. És palès que, com ha assenyalat ANDERSON, ara per ara la DGDEJ porta la teoria moderna fins a les seves últimes conseqüències.⁶⁵ És normal, doncs, defensar a Catalunya que el *ius delationis* no té valor patrimonial i, conseqüentment, que no ha de ser computat en el càlcul de la llegítima dels legitimaris del transmitent. Aquesta solució no sols és la que millor convé a un sistema que progressivament fa reformes que afebleixen la llegítima,⁶⁶

63 RDGDEJ de 17 de març de 2008, publicada al DOGC núm. 5107, de 9 d'abril de 2008 (JUS/1019/2008). En l'àmbit jurisprudencial, però també referent a la interrelació entre l'acceptació tàcita i la transmissió de la delació, *vid.* SAP Barcelona (Secció 1ª) núm. 472/2009, de 10 de novembre (ID CENDOJ: 08019370012009100439), que dirimeix un supòsit en que es dubtava sobre si la primera cridada a l'herència l'havia acceptat tàcitament o no, la qual cosa esdevenia necessària per determinar si la delació ja havia quedat extingida o si havia fet trànsit a les mans del transmissari.

64 RDGDEJ de 28 de setembre de 2018, publicada al DOGC núm. 7724, d'11 d'octubre de 2018 (JUS/2291/2018).

65 ANDERSON, «Recursos governatius. Doctrina de la Direcció General de Dret i d'Entitats Jurídiques (juliol-setembre 2018)», *InDret*, núm. 1, 2019, p. 12-13.

66 Recentment, *vid.* Avantprojecte de llei d'actualització, incorporació i modificació de determinats articles del Codi civil de Catalunya (200-00010/13), publicat al Butlletí Oficial del Parlament de Catalunya (BOPC), núm. 457, de 19 de desembre de 2022, p. 18-44, esp. p. 36-39 i 41; accessible a: <https://www.parlament.cat/document/bopc/315759704.pdf> [Darrera consulta: 14/2/2023]. Com s'assenyala a l'apartat «Estructura i contingut»,

sinó que és la que ja ha seguit alguna sentència a casa nostra⁶⁷ i la que és més conforme amb la tradició jurídica catalana, que ha de servir per a interpretar i integrar el nostre dret.⁶⁸ (art. 111-2.1 CCCat).

6. Reflexions finals: Circulació d'idees entre tribunals? I més enllà, convé una reforma?

La proximitat temporal entre la sentència del TSJC i la del TS permetria pensar, tal vegada, en un possible intercanvi o circulació d'idees entre tots dos tribunals. Ara bé, és difícil apreciar si la STJSC núm. 47/2012 va influir d'alguna manera en la posterior STS núm. 539/2013, a la vista que un i altre tribunal utilitzen arguments tan dispars. Això no impedeix constatar que la felix coincidència de resultats entre la Sala Primera i Tercera del TS sí que

subapartat «Llibre IV» de l'exposició de motius, la Conselleria de Justícia ha considerat oportú «aprofundir en la línia gradualista d'erosió de la llegítima encetada a la Llei 10/2008». Si la reforma s'aprova, es debilitarà la llegítima dels progenitors, es reduirà el termini de prescripció de la pretensió per reclamar la llegítima i el seu suplement (passant dels deu anys actuals a només quatre) i s'invertirà la càrrega de la prova en el cas de que la causa de desheretament invocada pel causant sigui l'absència de relació familiar entre aquest últim i el legitimari.

67 Es tracta de la SAP Barcelona (Secció 16ª) núm. 419/2014, de 17 de setembre (JUR 2014/266448), que fins ara és la única sentència dels tribunals catalans que ha tractat aquest problema concret.

68 Vid. CANCERIO, Iacobo, *Variae resolutiones iuris Caesari et Pontificii*, Pars Tertia, Lugduni, sumptibus Ioannis Pillehotte, 1618, Cap. XXI, p. 456, paràgrafs núm. 156-157. Al capítol XXI «De Transmissionibus», el jurista català Jaume CANCERIO afirma que la delació no pot ser objecte de valoració i còmput a efectes del càlcul de la llegítima sobre l'herència del transmissor, atès que, més que un dret pròpiament dit, el *ius delationis* constitueix una mera facultat d'accés a l'herència («cum sit potius mera facultas, & potentia adeundi, quam merum ius»). Per això conclou que, en realitat, l'herència del primer causant mai va pertànyer al transmissor, que va morir sense acceptar-la ni repudiar-la. Per tant, el seu valor no ha de ser computat a efectes de càlcul de la llegítima: «Ob quod subdit, id quod transmittitur, non esse de haereditatis transmittentis, quo ad hoc ut ageam haereditatem: quia ius adeundi non est in bonis nostris taliter quod aestimationem recipiat, ex eo quod possim non acquirere. Hoc intellige respectu computationis, legitimae: quia in computatione legitimae, non computantur, nisi ea, quae reperiuntur in bonis tempore mortis defuncti». També porten a col·lació l'autor, per reforçar la manca de valor patrimonial de la delació, GINEBRA MOLINS; MATEO BERGE, «Sobre la computación...», p. 361-362 i 370.

és fruit d'una decisió deliberada de la jurisdicció contenciosa-administrativa de voler seguir la jurisprudència civil, segurament per una evident raó de justícia material d'evitar que el transmissari es vegi perjudicat per una doble tributació.

D'altra banda, la DGJSFP considera —tot desafiant el TS— que la defensa dels drets dels legitimaris justifica en la pràctica l'aplicació de la tesi clàssica o de les dues transmissions. La importància que el CC dona a la llegítima contrasta amb el progressiu afebliment de la mateixa en el dret català, cosa que explica la diferent aproximació a la matèria per part de la DGSJFP i la DGDEJ. Fins ara, a Catalunya la jurisprudència civil i registral van a l'uníson en l'aplicació de la teoria moderna, i és raonable demanar als tribunals catalans que continuïn avançant en aquesta direcció. De moment, però, no es pot cantar victòria perquè, com se sap, només hi ha jurisprudència quan el tribunal de cassació ha dictat dues o més sentències en què hi hagi analogia fàctica i identitat de raó, tal i com, d'altra banda, es llegeix en l'acord adoptat pels Magistrats de la Sala Civil i Penal del TSJC en data de 22 de març de 2012.

En tot cas, i això ja és un altre tema, caldria reflexionar sobre si l'actual regulació de la transmissió de la delació en el CCCat és satisfactòria. Caldria valorar si no seria preferible que la substitució vulgar ordenada pel testador fos també preferent quan la persona cridada a l'herència morís sense acceptar-la ni repudiar-la i encara que el testador no ho hagués previst expressament. Tant la DGDEJ⁶⁹ com la doctrina⁷⁰ admeten que el testador pot excloure la transmissió de la delació de la seva successió si ordena explícitament que la substitució vulgar desplegui efectes no només per al cas que el cridat no pugui ni vulgui acceptar (art. 425-1 CCCat), sinó també per a la hipòtesi en que aquest mori sense haver acceptat ni repudiat. La regla general, però, es que una substitució vulgar que no contingui

69 La RDGDEJ núm. 359/2006, de 25 de novembre de 2005 (JUR 2007/87347) interpreta l'art. 29 CS 1991 (= 461-13 CCCat vigent) de forma que obre la porta a que el testador, si així ho desitja, pugui excloure la transmissió de la delació. En aquest sentit apunta també la redacció de l'art. 427-17.1 CCCat, quan es refereix a la transmissió de la delació en seu de llegats, atès que afirma que la facultat d'acceptar o repudiar el llegat es transmet als causahavents del legatari «llevat que la voluntat del testador sigui una altra».

70 ANDERSON, Miriam, «Recursos governatius. Doctrina de la Direcció General de Dret i d'Entitats Jurídiques (juliol-setembre 2014)», *InDret*, núm. 1, 2015, p. 19. Anteriorment, també MARSAL GUILLAMET, Joan, «Recursos governatius. Doctrina de la Direcció General de Dret i d'Entitats Jurídiques (març 2011-juliol 2011)», *InDret*, núm. 4, 2011.

aquesta previsió expressa no impedeix que es produeixi la transmissió de la delació.⁷¹

Ara bé, si considerem que amb la substitució vulgar el testador ja designa la persona que vol que succeeixi pel cas que el primer cridat no arribi a ésser hereu, precisament aquesta previsió hauria de servir per suposar que voldria que la seva voluntat sortís efecte amb independència de la causa o raó per la qual l'instituït en primer lloc no arribés a ésser-ho. Una reforma en el sentit de donar major protagonisme a la presumpta voluntat del causant aniria en la línia de la que ja va tenir lloc en matèria de commoriència (art. 211-2 CCCat) l'any 2010 i que es va fer, precisament, per evitar que succeïssin al causant persones distintes a les que ell va voler afavorir.⁷² El legislador català va entendre que el testador vol beneficiar a una determinada persona, i no necessàriament als seus hereus. Per tant, seria raonable que s'optés per configurar la substitució vulgar de forma que, ordinàriament, aquesta prevalgués sobre la transmissió de la delació sense necessitat de que el testador ho especifiqui de forma expressa. Si aquesta reforma prosperés, el dret català s'alinearia amb altres ordenaments jurídics del nostre entorn, com ara el dret austríac, que ja contempla aquesta mateixa solució.⁷³

71 SAP Barcelona (Secció 1^a) núm. 472/2009 (Núm. rec. 494/2008 – ID CENDOJ: 08019370012009100439): «no es pot entendre complert el supòsit de la substitució vulgar pel fet de que l'instituït hereu hagués mort sense acceptar ni repudiar l'herència, perquè el *ius delationis* forma part integrant del seu patrimoni, i com a tal, pot ser acceptat o repudiat pels seus hereus que prèviament haguessin acceptat l'herència del seu causant» i, amb el mateix tenor, la SAP Barcelona (Secció 1^a) núm. 65/2014, de 20 de febrer (Núm. rec. 408/2012 – ID CENDOJ: 0801937001201400096).

72 *Vid.* apartat III a). 2 del Preàmbul de la Llei 25/2010, de 29 de juliol, del llibre segon del Codi Civil de Catalunya.

73 UNGER, Joseph, *System des österreichen allgemeinen Privatrechts, Sechster Band: das österreichische Erbrecht*, 4^a edició, Leipzig, Drud und Verlag von Breitkopf und Härtel, 1894, § 19, p. 88; EHRENZWEIG, Urmin, *System des österreichen allgemeinen Privatrechts, Zweiter Band: Zweite Hälfte: Familien – und Erbrecht*, Viena, Manzsche Verlags – und Universitätsbuchhandlung, 1924, p. 423, § 503; WELSER, Rudolf; ZÖCHLING-JUD, Brigitta, *Grundriss des bürgerlichen Rechts*, Band II, 14^a edició, Viena, Manzsche Verlags – und Universtätsbuchhandlung, 2015, p. 522-523, § 1900.

Bibliografia

- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, «La sucesión *iure transmissionis*», *Anuario de Derecho Civil*, núm. 3, 1952, p. 912-971.
- ANDERSON, Miriam, «Recursos gubernatius. Doctrina de la Direcció General de Dret i d'Entitats Jurídiques (juliol-setembre 2014)», *InDret*, núm. 1, 2015, p. 1-22.
- «Recursos gubernatius. Doctrina de la Direcció General de Dret i d'Entitats Jurídiques (juliol-setembre 2018)», *InDret*, núm. 1, 2019, p. 1-15.
- BOSCH CAPDEVILA, Esteve, «Art. 1006 CC», a: CAÑIZARES LASO, Ana; DE PABLO CONTRERAS, Pedro; ORDUÑA MORENO, Javier; VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario (Dir.), *Código Civil Comentado*, Vol. II (arts. 609 a 1087 CC), Cizur Menor, Thomson Reuters-Civitas, 2011.
- CABANAS TREJO, Ricardo. «¿Qué le pasa a la Administración tributaria con el derecho de transmisión? O mejor, ¿qué le podrá pasar cuando descubra qué dice ahora la DGRN sobre el derecho de transmisión?», *El Notario del Siglo XXI*, núm. 84, 2019, p. 1-10 [en línea]. Accesible a: <https://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-84/practica-juridica/9272-que-le-pasa-a-la-administracion-tributaria-con-el-derecho-de-transmision-o-mejor-que-le-podra-pasar-cuando-descubra-que-dice-ahora-la-dgrn-sobre-el-derecho-de-transmision> [Darrera consulta: 10/02/2023].
- CANCERIO, Iacobo, *Variae resolutiones iuris Caesari et Pontificii*, Pars Tertia, Lugduni, sumptibus Ioannis Pillehotte, 1618.
- CARDONA MARCOS, Marta, «Repercusiones tributarias de la transmisión del ius delationis a la luz de la nueva doctrina jurisprudencial emanada de la Sentencia de la Sala I del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2013», *Revista Quincena Fiscal Aranzadi*, núm. 17, 2017, p. 1-34.
- CASANOVAS I MUSSONS, Anna, «L'adquisició de l'herència», a: BADOSA COLL, Ferran (Dir.), *Manual de Dret Civil Català*, Madrid, Marcial Pons, 2003.
- «Art. 461-13 CCCat», a: EGEA I FERNÁNDEZ, Joan; FERRER I RIBA, Josep (Dir.), *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions*, Vol. II, Barcelona, Atelier, 2009.
- DEL POZO CARRASCOSA, Pedro; VAQUER ALOY, Antoni; BOSCH CAPDEVILA, Esteve, *Derecho Civil de Cataluña. Derecho de Sucesiones*, 3ª edición, Madrid, Marcial Pons, 2017.

- EHRENZWEIG, Urmin, *System des österreichen allgemeinen Privatrechts*, Zweiter Band: Zweite Hälfte: Familien – und Erbrecht, Viena, Manzsche Verlags – und Universitätsbuchhandlung, 1924,
- GALICIA AIZPURUA, Gorka, «Naturaleza y alcance del derecho de transmisión (ius transmissions) regulado en el artículo 1006 CC. Comentario a la Sentencia 11 septiembre 2013 (RJ 2013, 7045)», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 95, 2014, p. 257-274.
- GARCÍA GARCÍA, José Manuel, «Asuntos pendientes en el derecho de transmisión: el cónyuge viudo del transmitente y otros supuestos», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 753, 2016, p. 75-124.
- GINEBRA MOLINS, M^a Esperança; MATEO BORGE, Iván, «Sobre la computación del ius delationis en los supuestos de transmisión de la delación», *Boletín del Centro de Estudios Registrales de Cataluña*, núm. 102, 2002, p. 334-370.
- GOMÁ LANZÓN, Ignacio, «Auge y caída de la Dirección General de los Registros y del Notariado», *El Notario del Siglo XXI*, núm. 44, juliol-agost 2012 [en línea]. Accessible a: <https://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-44/354-auge-y-caida-de-la-direccion-general-de-los-registros-y-de-l-notariado-1-0-25011964910674805> [Darrera consulta: 08/02/2023].
- GÓMEZ POMAR, Fernando, «Art. 412-8 CCCat», a: EGEA I FERNÁNDEZ, Joan; FERRER I RIBA, Josep (Dir.), *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions*, Vol. I, Barcelona, Atelier, 2009.
- LAMARCA I MARQUÈS, Albert, «Art. 111-2 CCCat», a: LAMARCA I MARQUÈS, Albert; VAQUER ALOY, Antoni (Eds.), *Comentari al Llibre Primer del Codi Civil de Catalunya. Disposicions preliminars. Prescripció i caducitat*, Barcelona, Atelier, 2012.
- LEIPOLD, Dieter, «Kommentar zu § 1942 BGB», a: KESSAL-WULF, Sibylle (Dir.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 11, Erbrecht: §§ 1922-2385, Múnich, C.H. Beck, 2020.
- MARIÑO PARDO, «De nuevo sobre el derecho de transmisión. La RDGRN de 22 de enero de 2018», *Iurisprudente*, [en línea]. Disponible a: <http://www.iurisprudente.com/2018/02/de-nuevo-sobre-el-derecho-de.html> [Darrera consulta: 26/1/2023].
- «La Resolución DGSJFP de 26 de mayo de 2021: el consentimiento del viudo del transmitente a la partición del primer causante y su causa (o de cómo proteger a quien no quiere que le protejan). Y también la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 22 de marzo de 2021 (o a ver si las aguas van volviendo a su cauce)», *Iurisprudente* [en línea]. Accessible a: <http://>

www.iurisprudente.com/2021/06/la-resolucion-dgsjfp-de-26-de-mayo-de.html [Darrera consulta: 27/1/2023].

MARSAL GUILLAMET, Joan, «Recursos gubernatius. Doctrina de la Direcció General de Dret i d'Entitats Jurídiques (març 2011-juliol 2011), *InDret*, núm. 4, 2011.

MEYER-PRITZL, Rudolf, «Erbrecht», a: HERRESTHAL, Carsten; MAGNUS, Robert; STOFFELS, Markus (Coords.), *Eckpfeiler des Zivilrechts*, Berlin, De Gruyter, 2022.

MONTSERRAT QUINTANA, Antonio, «Algunas cuestiones sobre la adquisición de la herencia en Derecho germánico y en Derecho español», *Boletín de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de les Illes Balears*, núm. 17, 2016, p. 683-700.

MONTSERRAT VALERO, Antonio, «La sucesión iure transmissionis, el concurso de delaciones en un mismo heredero y el impuesto de sucesiones», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 622, 1994, p. 1037-1069.

NAVAS NAVARRO, Susana, «Les fonts del Dret Civil», a: VAQUER ALOY, Antoni (Coord.), *Dret Civil. Part general i dret de la persona*, 5^a edició, Barcelona, Atelier, 2022.

PÉREZ RAMOS, Carlos, «¿Qué le pasa a la DGRN con el derecho de transmisión?», *El Notario del Siglo XXI*, núm. 78, 2018 [en línia]. Disponible a: <https://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-78/8515-que-le-pasa-a-la-dgrn-con-el-derecho-de-transmision> [Darrera consulta: 24/02/2023].

PLANAS BALLVÉ, Maria, «La doctrina civilista del ius transmissions llega, al fin, a la Sala Contenciosa-Administrativa del Tribunal Supremo», *Revista de Derecho Civil*, núm. 1, 2019, p. 283-295.

PRIETO ESCUDERO, Miguel, «RDGSJyFP de 26 de mayo de 2021 sobre el cónyuge viudo del segundo causante y el derecho de transmisión», *Justito el Notario* [en línia]. Accesible a: <https://justitonotario.es/rdgsjyfp-26-mayo-2021-conyuge-viudo-segundo-causante-derecho-transmision/> [Darrera consulta: 30/12/2022].

PUIG FERRIOL, Luis; ROCA TRÍAS, Encarna, *Fundamentos del Derecho Civil de Cataluña*, Tom III, part 1^o, Barcelona, Bosch, 1979.

RIVAS MARTÍNEZ, Juan José, «Derecho de transmisión y la jurisprudencia de fijación de doctrina del Tribunal Supremo», a: CALZADA GONZÁLEZ, Aránzazu; CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, Santiago; MURILLO VILLAR, Alfonso

(Coords.), *Homenaje al profesor Armando Torrent*, Madrid, Dykinson, 2016, p. 765-807.

ROCA SASTRE, Ramón María. *Estudios de Derecho Privado*, Vol. II: Sucesiones, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1948.

RODRÍGUEZ-PALMERO SEUMA, Pablo, «Un intento de superar las tesis sobre situación del heredero del heredero en el marco del artículo 1006 del Código Civil español», *Revista de Derecho*, núm. 9, 2008, p. 9-28.

RUIZ BAÑA, María Luisa, «Reflexiones en torno a las consecuencias tributarias de la transmisión del ius delationis tras la STSJ de Aragón de 9 de mayo de 2018 y de TS de 5 de junio de 2018», *Revista de Derecho Civil Aragonés*, núm. 24, 2018, p. 239-255.

SERRANO DE NICOLÁS, Ángel, «Artículo 1006 Código Civil español: el “mismo derecho” no es el meramente instrumental *ius delationis*», *Revista de Derecho Civil*, núm. 4, 2014, p. 189-203.

UNGER, Joseph, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, Sechster Band: das österreichische Erbrecht, 4ª edición, Leipzig, Drud und Verlag von Breitkopf und Härtel, 1894.

WELSER, Rudolf; ZÖCHLING-JUD, Brigitta, *Grundriss des bürgerlichen Rechts*, Band II, 14ª edición, Viena, Manzsche Verlags – und Universitätsbuchhandlung, 2015.

Llibre cinquè del Codi Civil de Catalunya

La jurisprudencia sobre el libro quinto del CCCat

Antonio Recio Córdova

Magistrat

President de l'Audiència Provincial de Barcelona

Sumario

1. Introducción

2. Posesión

3. Adquisición, transmisión y extinción de derecho real

3.1. Donación. Revocación donaciones

3.2. Usucapión

4. Derecho de propiedad

4.1. Accesión

4.2. Acción negatoria

5. Límites del derecho de propiedad. Inmisiones y relaciones de vecindad

5.1. Concepto de inmisión

5.2. Relaciones de vecindad

5.3. Relaciones de contigüidad

6. Comunidad de bienes. División cosa común

6.1. Uso vivienda común

6.2. Acción de división cosa común

7. Propiedad horizontal

7.1. Constitución de la Propiedad horizontal

7.2. Convocatorias juntas propietarios

7.3. Legitimación para impugnar acuerdos comunitarios

7.4. Deudas vencidas para ejercitar impugnación acuerdos

7.5. Impugnación acuerdo comunitario por abuso de derecho

7.6. Día inicial para el computo del plazo de impugnación

7.7. Plazos de impugnación de acuerdos comunitarios

7.8. Alteración en elementos comunes

7.9. Servidumbre de ascensor sobre local de negocio que constituye elemento privativo

- 7.10. Instalación de antenas de radioaficionados en la cubierta del edificio
- 7.11. Responsabilidad de comuneros frente a acreedores
- 7.12. Legitimación de comunero para reclamar por obras en elementos comunes
- 7.13. Cambio de local en vivienda y viceversa
- 7.14. Gastos computables para nueva instalación vinculante
- 7.15. Prescripción de la acción de reclamación de cuotas comunitarias

8. Servidumbres

- 8.1. Buena fe en el ejercicio de la acción negatoria de servidumbre
- 8.2. Servidumbre sobre cosa propia o de propietario en el derecho civil catalán
- 8.3. Servidumbre forzosa de paso
- 8.4. Servidumbre de luces y vistas

9. Derechos de adquisición preferente. Tanteos y retractos

- 9.1. Computo del plazo de caducidad para ejercitar el derecho de retracto
- 9.2. Importe a consignar al ejercitar la acción de retracto
- 9.3. Retracto colindantes
- 9.4. Derecho de tanteo en caso de venta en pública subasta

10. Garantías reales. Derecho de retención

- 10.1. Derecho real de garantía: retención sobre un bien mueble
- 10.2. Derecho de retención por impago de amarre

11. Impugnación de la calificación registral

- 11.1. División del censo enfiteútico que afecta diversas fincas: cierre del registro
- 11.2. Sustitución fideicomisaria familiar y censo enfiteútico

1. Introducción

El Código civil de Cataluña (en adelante CCCat) se ha mostrado como una herramienta muy útil para adecuar el ordenamiento jurídico a la realidad actual, con una acreditada capacidad de adaptación a los problemas sociales que precisan de solución.

En este aspecto, y dentro del libro V, la regulación de la Propiedad Horizontal ha tenido una enorme trascendencia en cuanto se ocupa de una materia que afecta a la inmensa mayoría de los ciudadanos y constituye fuente de innumerables conflictos. El análisis de la jurisprudencia del libro V —centrada en las sentencias de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (en adelante STSJC)— no puede quedar limitada a la Propiedad Horizontal, pero no puede desconocerse que se trata de una materia en la que los tribunales nos estamos pronunciando con frecuencia ante la necesidad de interpretar preceptos novedosos que necesitan de cierta concreción. Con todo no incluiré referencia alguna a la jurisprudencia referida al uso turístico de las viviendas al ser objeto específico de otra ponencia.

Me gustaría comenzar por citar una sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo que pone de manifiesto el cuidado y acierto del legislador catalán a la hora de introducir en el CCCat aspectos que hasta el momento precisaban de la jurisprudencia para resolver los conflictos y que, al incluirse en un texto legal, ofrecen sin duda una mayor seguridad jurídica a los operadores y a los ciudadanos, evitando con ello los conflictos.

En efecto, la Sala 1ª del Tribunal Supremo en su sentencia nº 889/2010, de 12 de enero (ECLI:ES:TS:2011:264) acude al ordenamiento jurídico catalán como fuente de inspiración para resolver conflictos en los que, en realidad, no resulta de aplicación el CCCat. Dicha sentencia se refiere a un

supuesto de inmisiones acústicas procedentes de una empresa de mármol y a la hora de valorar una reclamación de indemnización por daño moral.¹

2. Posesión

STSJC 60/2014, de 18 de septiembre (ECLI:ES:TJSCAT:2014:9928)

La Sala analiza el derecho de retención por deudas del ocupante del inmueble en un procedimiento de desahucio por precario y sostiene que el artículo 569-3 CCCat tiene como presupuesto que se trate de un poseedor de buena fe, para lo que acude al concepto de poseedor recogido en el libro V del CCCat:

«Aunque el legislador minimiza la distinción entre posesión y detentación, trasunto de la distinción romana entre el corpus o aprensión material de la cosa y el animus o voluntad de ejecutar los actos materiales en cualidad de titular de un derecho, lo cierto es que como dispone el art. 521-1.2 del CCCat el ejercicio de un poder de hecho sobre una cosa o un derecho sin la voluntad aparente externa de actuar como titular del derecho o la tenencia con la tolerancia de los titulares son supuestos de detentación, que no tiene los mismos efectos que la posesión sino únicamente aquellos que las leyes les reconocen (particularmente el derecho a la protección posesoria frente a perturbaciones de hecho ex art. 522-7 CCCat).

En el caso que se enjuicia la sentencia recurrida afirma que la tenencia de la cosa por parte del hoy recurrente fue a título de precario, esto es por cesión

1 «Esto determina que, aun cuando efectivamente la actividad industrial de las demandadas-recurrentes genere ruidos que se transmiten a dichas viviendas, y que desde este punto de vista cause un daño a quienes las habitan, este daño no sea indemnizable por no ser antijurídico, ya que la decisión libre de vivir en una zona no residencial contigua a la zona industrial del municipio obliga a quien adopta esa decisión a soportar las molestias derivadas de la actividad legítima y autorizada de las industrias previamente instaladas en dicha zona industrial. De no ser así, se daría el contrasentido de poder convertir en fuente de indemnización la propia ilegalidad urbanística de quien decide construirse una vivienda en zona industrial; o también el de que la mera licencia municipal para poder edificar una vivienda en zona rústica se traduzca automáticamente en un coste, carente de apoyo legal, para los titulares de industrias legítimamente instaladas en la zona industrial contigua (...) Se trata, en suma, de conjugar los intereses en conflicto de la forma más equilibrada posible, y a falta en el Derecho civil común de una regulación similar a la del art. 546.14 del Código Civil de Cataluña (Inmisiones legítimas), esta Sala considera que tampoco la indemnización por daño moral acordada por la sentencia recurrida puede encontrar su fundamento en los arts. 590, 1908, 1902 o 7 del Código Civil».

meramente tolerada y resoluble por parte del legítimo poseedor, sin actos externos por parte del detentador de actuación como titular de ningún derecho sobre la cosa, razón por la que resulta de aplicación la doctrina que establecimos en la Sentencia de 26-6-2008 conforme a la cual para ser declarado como retentor ha de partirse de la preexistencia de una situación posesoria eficaz y válida sobre la cosa, de tal modo que quien no la tenga y sea de buena fe al no poder intervertir su estado posesorio no podrá estimarse el derecho de retención como derecho accesorio y de naturaleza real frente a quien pretende recuperarla por lo cual no se reconoce en los casos de cesión a precario».

3. Adquisición, transmisión y extinción de derecho real

3.1. Donación. Revocación donaciones

STSJC 44/2018, de 10 de mayo (ECLI:ES:TSJCAT:2018:5657)

La Sala se pronuncia sobre una acción de revocación de donaciones por causa de ingratitud de donatario prevista en el artículo 531-15.1 CCCat ejercitada por un padre frente a su hijo por no permitirle residir en la finca donada.

Recuerda que, en relación con la causa de ingratitud, el artículo 648 Código Civil (en adelante CC) deja poco margen al intérprete sobre el concepto en tanto que es la propia norma la que tipifica las concretas conductas que integran la ingratitud de modo que otras que pudiesen tener la misma o parecida entidad quedan extramuros de la causa de revocación; sin perjuicio de la interpretación flexible que de los términos legales propugna la jurisprudencia del Tribunal Supremo (cita, por todas, SSTs, Sala 1ª, de 18 diciembre de 2012 o 20 julio de 2015).

Y destaca que, por el contrario, el CCCat contiene una cláusula de cierre genérica (así como, «en general, las que representan una conducta con relación a las mismas personas no aceptada socialmente») que deja a la discrecionalidad y buen juicio del interprete la evaluación de la conducta del donatario hacia el donante como motivo justificativo de la revocación, aunque dentro del parámetro de lo *socialmente inaceptable*.

Precisa que, habida cuenta del carácter taxativo de las causas de revocación, parece razonable exigir que la conducta del donatario tenga la suficiente entidad y gravedad para poder ser considerada como socialmente reprochable, o lo que es igual, no aceptable para la mayoría

de los ciudadanos: ello excluiría tanto a aquellos que observan una elevada conducta ética como a aquellos otros que, en el extremo contrario, desprecian las normas sociales comúnmente consensuadas.

Y, asimismo, que el intérprete debe atenerse para juzgar la conducta del donatario que no se ajuste a las previsiones del párrafo inicial de la letra d) del art. 531-15.1 del CCCat, a la realidad social de cada momento histórico, esto es, a los valores, principios y juicios morales que conforman el marco de opinión de una determinada sociedad en la concreta época en que la norma debe ser aplicada. Así lo impone el art. 3.1 del CC, que se considera aplicable también en Cataluña (STSJCat de 22-11-2010).

En atención a ello, concluye que no cabe acceder a la revocación de la donación en atención a que el comportamiento del donante —intentos de tocamientos no requeridos realizados contra la hija de la pareja del donatario y las advertencias recibidas sobre los peligros que podían cernirse sobre su propia hija biológica— justifica la decisión de no dejar que el padre —donante— conviviese de nuevo con ellas y no puede calificarse como una conducta moralmente reprochable a la luz de las convenciones éticas y morales actuales, sino defensiva y reactiva a los abusos y falta de respeto hacia las mujeres de su familia por parte de su padre —donante—, actitudes que la sociedad actual no tolera.

En definitiva, sostiene que

«la conducta del donatario debe valorarse, en consecuencia, no desde un punto de vista puramente abstracto sino en función de las circunstancias existentes, incluida la conducta del propio donante que condicionó el comportamiento del donatario, privándole del desvalor que, sin su previa concurrencia, podría apreciarse».

STJSC 59/2018, de 28 de junio (ECLI:ES:TSJCAT:2018:10006)

La Sala se pronuncia igualmente sobre una acción de revocación de donaciones por causa de ingratitud de donatario prevista en el artículo 531-15.1 CCCat, en este caso, por donaciones entre hermanos.

Partiendo de los criterios sentados en la sentencia precedente, desestima la demanda por considerar que la contextualización de los hechos cometidos por el donatario impiden apreciar la concurrencia de la causa de ingratitud:

- En cuanto a la expresión («xoriços») proferida por el donatario frente a sus hermanos, se trata de un hecho esporádico —sólo se produce en alguna ocasión— sin repercusión pública y de carácter reactivo en

el marco de un escenario de enfrentamiento familiar, de modo que se trata de una reacción que no puede ser calificada de acto socialmente inaceptable para la mayoría de los ciudadanos —prisma desde el que se ha de evaluar la conducta—.

- Por lo que se refiere a la ocupación de una finca por el donatario tampoco puede ser considerada socialmente inaceptable dado que resulta comprensible que en las circunstancias que concurrían exigiese la comprobación de la titularidad real de la finca afirmada por sus hermanos y se opusiese a la salida voluntaria, obligando a sus hermanos a hacer valer por vía judicial su reciente cualidad de usufructuarios.

STSJC 94/2018, de 29 de noviembre (ECLI:ES:TSJCAT:2018:9862)

La sentencia se pronuncia sobre el ejercicio por los herederos de una acción de revocación de donaciones por causa de ingratitud de donatario prevista en el artículo 531-15.4 CCCat.

Declara la Sala como doctrina de carácter general que la normativa catalana actual: (i) admite de modo general la transmisibilidad de la acción de revocación de la donación a los herederos del donante; (ii) excepciona con carácter absoluto esta posibilidad en el caso de que la causa de revocación sea la pobreza de los donantes; y (iii) cuando la causa de revocación fuese la ingratitud, condiciona la validez del ejercicio de la acción por los herederos, o lo que es igual la transmisibilidad de la acción o mejor dicho de su ejercicio, a la imposibilidad de actuación de la misma por parte del donante.

El motivo no puede ser otro que poner en valor la apreciación subjetiva del donante respecto de la concurrencia de las causas de ingratitud contempladas en la ley, como afrentas realizadas al donante y la renuncia tácita a su ejercicio que los sucesores deben respetar, cuando, consciente de su existencia, no pone en marcha los mecanismos jurídicos necesarios para hacerla valer.

En el caso, el causante era consciente unos cuatro meses antes de su muerte de los motivos de ingratitud que verbalizó en un acta de manifestaciones no realizando ningún acto preparatorio para el ejercicio de la acción contra su hija donataria. Por tal razón los herederos del donante no tienen acción para pedir la revocación por ingratitud a la donataria ni a sus herederos.

3.2. Usucapión

3.2.1. Posesión para usucapir

STSJC 50/2021, de 30 de septiembre (ECLI:ES:TSJCAT:2021:9051)

La Sala se pronuncia sobre las características que ha de reunir la posesión para usucapir en el derecho civil catalán y analiza un supuesto de usucapión entre copropietarios de un inmueble.

Comienza por precisar que esta usucapión se rige por las normas del libro quinto del CCCat por imperativo de la disposición transitoria segunda de la Llei 5/2006, de 10 de mayo, salvo los plazos sujetos al artículo 342 CDCC: el demandante necesitaba, por tanto, una posesión ininterrumpida de 30 años para usucapir el derecho de dominio sobre una mitad indivisa del inmueble litigioso.

La sentencia efectúa un estudio exhaustivo de la jurisprudencia de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña sobre la posesión en concepto de titular del derecho como requisito necesario para usucapir (arts. 522-6 y 534-24.1 CCCat) para concluir lo siguiente:

«Certament, considerats individualment cap dels actes realitzats pel posseïdor demandant durant més de 30 anys no és exclusiu del propietari d'un immoble.

Ara bé, el conjunt dels actes duts a terme pel recurrent (gaudi exclusiu de l'apartament; concertació d'arrendaments amb tercers; pagament d'impostos; execució d'obres de manteniment i reforma; contractació d'una assegurança de danys; actuació davant tercers, com ara la comunitat de propietaris) evidencia una clara exteriorització de la seva voluntat d'exercir en concepte d'amo de l'immoble, ja que implica haver dut a terme un bon nombre de facultats i obligacions d'un propietari (...)

Tampoc no podem compartir que el recurrent hagi desenvolupat una mera detenció derivada del fet que la seva possessió obeeix a la simple tolerància de la propietària demandada, titular d'una meitat indivisa. (...).

També hem de descartar que la possessió del recurrent es desenvolupés en una primera fase en qualitat de simple copropietari d'una meitat indivisa i que, per tant, havia d'haver acreditat la realització d'actes demostratius de la interversió del concepte possessori a fi d'enervar la presumpció legal de l'article 521-6.2 CCCat.

La raó adduïda per la sentència per a negar l'inici d'una possessió ad usucapionem per part del senyor Jose Maria en la data de la firma de l'escriptura de compra ("difícilment podia presentar-se davant el món exterior com a propietari únic quan només calia acudir al Registre de la Propietat per constatar que tenia la condició de copropietari d'unes 6/12 parts de l'apartament") és inconsistent, ja que la usucapió en el dret català no necessita títol ni bona fe, essent per tant

irrellevant la concurrència o no en el posseïdor de la “creença justificable de la titularitat del dret” (art. 521-7.1).

Escau subratllar que la sentència no discrimina en funció del temps els actes de transcendència possessòria ad usucapionem executats pel demandant. Això significa que el conjunt d'actes especificat més amunt es desenvolupà íntegrament a partir de l'any 1981 fins l'any 2011.

En conseqüència, es compleix l'exigència de tota usucapció entre copropietaris en els termes de la doctrina jurisprudencial exposada més amunt, ja que el posseïdor demandant va exercir tostemps una possessió en qualitat de propietari exclusiu de l'immoble, com ho palesa l'absència de tot signe revelador d'una actuació davant tercers —entre altres, l'administració tributària o la comunitat de propietaris de l'edifici— en nom o interès de l'altra copropietària».

3.2.2. Usucapión de dinero

STSJC 63/2021, de 12 de julio (ECLI:ES:TSJCAT:2018:5646)

La sentencia descarta la posibilidad de adquirir por usucapión el dinero al tratarse de un bien ultrafungible no susceptible ser poseído en concepto de dueño:

«El dinero no puede ser usucapido al no ser susceptible de ser poseído en concepto de dueño y en forma ininterrumpida, que son, entre otros, los requisitos necesarios para que opere la posesión para usucapir. Nótese que, sobre el dinero, es decir, una prestación dineraria sin especificación de piezas o monedas, no puede recaer un derecho real pues no puede ser poseído jurídicamente, aunque físicamente lo sea y menos aún de forma ininterrumpida. La particularidad de la naturaleza del dinero como bien ultrafungible, o con fungibilidad absoluta es su liquidez jurídica con capacidad de sustitución absoluta y cuando debe devolverse quien resulta obligado no lo es con el mismo dinero recibido sino otro tanto de la misma especie, calidad y cantidad, como declara la jurisprudencia, pues si bien el numerario se ha transferido e ingresado en su patrimonio se confunde con las demás sumas dinerarias que tuviera la Generalitat de Catalunya, en el caso examinado.

Tiene un aspecto inmaterial, ajeno a la posesión como tenencia. Y su uso y consumo no implica destrucción material, pues se encuentra destinado al gasto, al cambio de titularidad. En dicho sentido, cuando a la Generalitat de Catalunya le fue transferido el dinero desde la cuenta de la Sra. Laura se produjo un ingreso mediante un apunte contable en su haber, sin que ello implicara posesión, pues se consume con su uso y posteriormente con su salida para gasto que no comporta pérdida alguna sino subvención a tercero, en el caso litigioso, de una cantidad dineraria de su patrimonio».

4. Derecho de propiedad

4.1. Accesión

STSJC 15/2021, de 25 de febrero (ECLI:ES:TSJCAT:2021:2759)

La Sala analiza la institución de la accesión apuntando que plantea un conflicto de intereses cuando lo que se incorpora artificialmente a un bien inmueble preexistente es de otra persona formando un conjunto indivisible.

Y recuerda que la regulación actual de la accesión parte desde el punto de vista del propietario del suelo según el principio de *superficies solo cedit*, aunque por adaptación a la realidad actual, en el caso de la accesión inmobiliaria por edificaciones, para el supuesto de construcción de valor inferior al del suelo, regula el derecho de opción del propietario de hacer suya la obra o bien abonar el precio del terreno al constructor de buena fe.

Sin embargo, para el caso de que se haya construido total o parcialmente en suelo ajeno, si el valor del suelo es inferior al de la construcción, la única opción legalmente prevista —acesión invertida prevista en el art. 542-9 CCCat— es la venta del terreno al constructor de buena fe (buena fe directa o compensada con la mala fe del dueño del suelo).

4.2. Acción negatoria

STSJC 45/2013, de 22 de julio (ECLI:ES:TSJCAT:2013:6508)

La Sala se pronuncia sobre las limitaciones al derecho de propiedad. Concretamente se analiza un supuesto en el que se instalan conducciones, líneas eléctricas y canalizaciones en un jardín de una Comunidad de Propietarios sin la pertinente autorización de la comunidad. La respuesta de la Sala difiere en virtud de si la empresa que ha pasado las conducciones contaba o no con autorización administrativa:

«El recurs de REPSOL BUTANO, S.A. ha de ser estimat pel que fa al primer motiu i només en part respecte del segon. Així, ja s'ha exposat com el subministre de gas sí compta amb la declaració d'utilitat pública i amb les exigències/autoritzacions que precisa la llei 34/1998 i ha de ser concebut com una restricció en interès públic que delimita el contingut ordinari del dret de domini. Per tant, s'ha d'acollir el primer motiu del recurs i també el segon, en virtut del qual, l'acció negatòria exercitada per la Comunitat de propietaris no pot ésser acollida si el propietari té l'obligació de suportar la pertorbació per mandat legal (art. 544-5b), en aquest cas derivada de les restriccions que al domini s'imposen per la normativa urbanística i pel transport d'energia (...)

Pel contrari, en relació a l'únic motiu del recurs de cassació interposat per ENDESA DISTRIBUCIÓN ELÈCTRICA, S.L.U ha de ser desestimat, atès que el substrat fàctic esdevé inatacable en cassació i, malgrat que el subministre d'energia elèctrica pugui ésser entès a priori com una restricció en el present cas al domini en interès públic, no consten a les actuacions ni la declaració d'utilitat pública ni els projectes ni les autoritzacions per a efectuar la referida conducció d'energia elèctrica, per la qual cosa el mateix no pot ésser estimat».

5. Limites del derecho de propiedad. Inmisiones y relaciones de vecindad

5.1. Concepto de inmisión

STSJC 3/2010, de 14 de enero (ECLI:ES:TSJCAT:2010:331)

La sentencia ofrece el concepto de inmisiones y descarta que el lanzamiento de pelotas de golf pueda entenderse como una inmisión, si bien ello no impide la aplicación de los artículos 1902 y 1910 CC para proteger al camping vecino que sufre tal injerencia; y ello pese a no ser invocados dichos preceptos en la demanda por aplicación de la doctrina de la sustanciación en la identificación de la causa de pedir que permite la aplicación de las reglas «da mihi factum, dabo tibi ius» y «iura novit curia» extraída de las alegaciones la esencia de los hechos:

«Esta injerencia indirecta o mediatividad de la inmisión que hace referencia a la introducción de materias que se contienen en el citado art. 546.13 CCCat, en forma de numerus apertus, han de propagarse sin la intervención de voluntad humana alguna ya sea por el aire, el suelo, las paredes..., puesto que si bien en su origen son procedentes de acciones u omisiones voluntarias no lo son en su propagación, como sucede en el caso examinado, en que el lanzamiento de pelotas de golf al fundo vecino responde a una acción humana voluntaria tanto en el origen como en el momento de su propagación.

El lanzamiento de pelotas de golf no puede considerarse dentro del ámbito del numerus apertus del art. 546.13 CCCat ya que la injerencia o intromisión es producida de modo directo o por actos materiales de los golfistas que satisfacen al Club de Golf Terramar una cuota o pago de la entrada por los servicios contratados para la utilización del campo de golf que debe encontrarse perfectamente preparado para la práctica de dicho deporte, lo que corresponde realizarlo a la demandada con la finalidad de que no se produzcan, mediante lanzamientos desafortunados o incorrectos realizados por los golfistas, injerencias directas en el fundo vecino».

5.2. Relaciones de vecindad

STSJC 13/2011, de 28 de febrero (ECLI:ES:TSJCAT:2011:1865)

La Sala se pronuncia sobre una acción de cumplimiento de las relaciones de vecindad y acción negatoria, al amparo de lo dispuesto en los arts. 544-4, 544-6, 544-7, 546-1, 546-4, 546-10 del CCCat, en relación con un conflicto entre colindantes de una casa adosada en hilera en cuya parte trasera existía como resto de solar no edificado —un patio— donde el demandado instaló una construcción con la pertinente licencia urbanística.

La parte actora consideraba que las referidas obras implicaban una ruptura del complejo arquitectónico que conforman el grupo de viviendas, así como la eliminación de la medianería existente entre los patios de las dos viviendas y su sustitución por una pared de más de 4 m. de altura, amén de afectar, según sostienen, las relaciones de vecindad, expresando que la existencia de esa nueva pared disminuye, dificulta e impide la recepción de luz y la necesaria ventilación de su vivienda y además se daña el concepto de la estética que desde un punto de vista arquitectónico tenían las viviendas.

La sentencia concluye que la construcción efectuada por los demandados dentro del perímetro de su propio patio no constituye una inmisión por cuanto (i) no existe limitación constructiva alguna sobre el resto del solar no edificado; (ii) no se halla constituida ninguna comunidad de propietarios sobre tales viviendas unifamiliares, ni existen normas de régimen interno, ni regulación alguna por parte de los dueños de las mismas respecto del destino o uso del patio, cuya propiedad es privativa de cada uno de ellos; (iii) la obra efectuada por los demandados ha sido realizada íntegramente en el interior de su solar; (iv) la construcción ejecutada se halla plenamente ajustada a las normas urbanísticas, las cuales permiten la edificación de la totalidad de la planta baja hasta la altura edificada; y (v) el hecho de no poder disfrutar de más luz, o de más aire, en determinados momentos o épocas del año, no comporta, «per se», que se produzca una inmisión, como tampoco pueda dar lugar a ella el mero perjuicio estético.

En definitiva, esta sentencia declara que la contaminación estética o visual no es inmisión, descartando que pueda hablarse de abuso de derecho: «qui iure suo utitur neminem laedit».

5.3. Relaciones de contigüidad

STJSC 68/2019, de 11 de noviembre (ECLI:ES:TSJCAT:2019:9838)

Una de las modalidades de relación de vecindad surge de las relaciones de contigüidad y, en lo que se refiere a esta sentencia, del tabique pluvial de una finca que linda con un solar, respecto al cual el libro V introduce una novedad mediante la incorporación de su regulación en el apartado 2 del artículo 546-3 CCCat: la norma mantiene el principio conforme al cual la protección de la pared incumbe a su propietario y aleja el supuesto de la hipótesis de la comunidad especial por razón de medianería.

La solución del legislador consiste en permitir que el propietario necesitado de proteger su pared pueda invadir el espacio de la finca vecina (solar) con determinadas restricciones: el material del tabique ha de ser de material idóneo para proteger con un grosor máximo de 30 cm y con obligación de retirarlo a su costa cuando el colindante decida construir.

Ahora bien, en el caso analizado la reclamación actora se fundamenta en el artículo 1902 CC por los daños causados en la pared por las obras de demolición de la finca colindante, lo que supone que la propietaria de esta finca viene obligada a tal reparación, sin perjuicio de que corresponde a la finca vecina la mayor protección de su tabique pluvial que no puede exigirse a la titular del solar colindante como pretendía la sentencia de la Audiencia:

«És també indiscutible que l'enderroc de l'edificació que hi havia a la finca del nombre NUM001 no va comportar l'eliminació o inutilització d'un mecanisme de protecció de la paret lateral de l'edifici del nombre NUM000 instal·lat pels propietaris d'aquest immoble o situat a la seva finca, ja que l'esmentada paret es protegia simplement mercès a la contigüitat fins a la tercera planta amb la construcció del veí.

Ara bé, tampoc no consta que la propietària de la finca enderrocada protegís de manera provisional la paret lateral del veí o posés en coneixement de la comunitat actora que l'esmentada paret restaria desprotegida ja que no tenia intenció d'aixecar amb immediatesa una nova edificació al solar buit, impedit així que la propietària de la paret que havia quedat desprotegida en la seva part inferior valorés la conveniència de proveir-se d'un element estable de protecció de la paret pròpia, fent ús arribat el cas de la facultat reconeguda per l' article 546-3.2 CCCat.

Aquesta omisió revela un comportament negligent de la societat demandada, contrari al cànon d'actuació de bona fe envers el propietari veí i causant d'un dany innegable (les filtracions per humitat en l'edifici de l'actora són imputables al veí que enderroca i no l'adverteix que no pensa edificar de nou), per bé que

dita negligència sorgís en connexió amb el desenvolupament d'una conducta lícita, com és la d'enderrocar.

Altra cosa és que, en el marc legal de les relacions de veïnatge vigent en el dret català, pressupost que correspon al propietari la protecció de la paret pròpia, és aquest qui està legalment facultat per a instal·lar un envà exterior de protecció del seu edifici malgrat que comporti una lleugera invasió del vol de la finca veïna, tot i que la desprotecció provingui d'un enderroc dut a terme en la finca veïna amb la intenció de deixar el solar sense edificar durant anys, com és el cas».

6. Comunidad de bienes. Division cosa común

6.1. Uso vivienda común

STJSC 89/2016, de 10 de noviembre (ECLI:ES:TSJCAT:2016:8294)

La Sala analiza el conflicto habido con relación al uso de un piso de 80 metros cuadrados respecto al cual la demandante ostenta el usufructo de las 7/8 partes y los demandados el usufructo de 1/8 partes, discutiendo los litigantes sobre la forma en que pueden usar el piso.

La sentencia de apelación considera que estamos ante una comunidad de derechos de usufructo y que corresponde al tribunal establecer la forma en que las partes podrán hacer efectivo su derecho a poseer la vivienda, y a tal efecto fija el uso por periodos temporales y acepta la distribución propuesta por la parte actora: 46 días al año para los demandados y 319 para el demandante.

La sentencia del TSJ no acepta tal decisión, descartando las propuestas de ambas partes: (i) ni es pertinente el uso compartido y simultaneo de la vivienda que plantea la parte demandada dada la incompatibilidad de caracteres que imposibilita la convivencia en el mismo domicilio, (ii) ni considera adecuado el uso exclusivo por turnos o por periodos concretos de tiempo dado que estamos ante una vivienda habitual familiar, de destino permanente y que, por sus dimensiones, no resulta divisible.

Resuelve el conflicto de una forma que considera razonable en aplicación de lo previsto en el artículo 552-6.1 CCCat:

«Cada cotitular puede hacer uso del objeto de la comunidad de acuerdo con su finalidad social y económica y de modo que no perjudique a los intereses de la comunidad ni al de los demás cotitulares, a los cuales no puede impedir que hagan uso del mismo».

Y es que considera que la decisión de la Audiencia no se corresponde al uso específico de la cosa, es inviable y resulta antieconómico; si bien en casa la sentencia por razones del principio de congruencia, pero invita a las partes a que intenten buscar una solución adecuada, plausible y satisfactoria para ambas —apuntando la solución que hubiera ofrecido caso de que se hubiera interesado—: pago de una indemnización por el uso.

**SAP Barcelona, Sección 4ª, 496/2022, de 9 de febrero
(ECLI:ES:TS:2023:331)**

La sentencia analiza el conflicto habido con relación al uso de una vivienda respecto a la cual la demandante ostenta la propiedad del 50 % mientras que la demandada ocupa la vivienda en virtud de un contrato de arrendamiento cuyo plazo de duración ya ha vencido pero la propietaria del otro 50 %, que es su madre, no quiere resolver por expiración del plazo.

La cuestión relevante sobre la que se pronuncia es la relativa a la legitimación activa de la demandante al no estar de acuerdo la otra copropietaria en la resolución del contrato estando pendiente un procedimiento de división de cosa común.

La sentencia comienza por recordar «que en lo que es el régimen de administración de las comunidades de bienes, opera el régimen de mayorías que se contiene en el art 552-7 CCCat: mayoría de cuotas para los actos de administración ordinaria, de 3/4 para los de administración extraordinaria y unanimidad para los de disposición» y pone dicho precepto en relación con el artículo 552-6.1 del mismo texto legal conforme al cual: «Cada cotitular puede hacer uso del objeto de la comunidad de acuerdo con su finalidad social y económica y de modo que no perjudique a los intereses de la comunidad ni al de los demás cotitulares, a los cuales no puede impedir que hagan uso del mismo».

Ante tal situación de bloqueo, considera que en el CCCat no existe una norma como la prevista en el artículo 398 CC que permita acudir al Juez para que provea lo que corresponda, incluso nombrar un administrador; y a falta de tal previsión concluye que la problemática de la legitimación no cabe sino resolverla desde la perspectiva del análisis del interés de la comunidad y en su caso la buena fe y prohibición del abuso de derecho, concluyendo que efectivamente la copropietaria tenía legitimación activa:

«Es por ello que se estima que una actuación tendente a clarificar la situación del contrato de arrendamiento (y en concreto su vigencia) siempre es algo que cabe considerar beneficioso para un bien en régimen de comunidad pendiente de un proceso de división de cosa común, lo que asimismo comporta entender que el

ejercicio de una acción a ello tendente no se pueda considerar que implique una actuación contraria a la buena fe o suponga un abuso de derecho (la demanda del proceso de división de cosa común aparece fechada el 23.02.2021, mientras que la del presente procedimiento de desahucio se presentó el 9.03.2021)».

En realidad, esta misma solución ha sido adoptada por la Sala 1ª del Tribunal Supremo en su reciente sentencia 198/2023, de 9 de febrero (ECLI:ES:TS:2023:331) donde, en una demanda de desahucio por precario en la que los copropietarios al 50 % mantienen posturas contrarias, sostiene lo siguiente:

«Es decir, se da la paradoja de que la demandada, que basa su posesión de la vivienda en la concesión de quien carece del poder de disposición en exclusiva del derecho de uso, niega la legitimación de los demandantes para exigir que cese en su uso precisamente con el argumento de que son ellos quienes no ostentan la mayoría. Ello a pesar de que, como razona la Audiencia, en criterio plenamente compartible, la acción ejercitada por los demandantes redundaría en beneficio de la comunidad, pues la ocupación de la vivienda podría apreciarse como una carga tanto por los copropietarios como por terceros y ello redundaría en el beneficio económico que se podría obtener en la venta. Este control judicial de que, por su finalidad, el ejercicio de la acción no se desvía del beneficio común, permite concluir afirmando la falta de justificación de la pretensión de la demandada, que pretende mantener, en claro perjuicio de los demás copropietarios, el uso de la vivienda que le fue cedida en precario por una copropietaria. En definitiva, ante la inexistencia de mayoría y el bloqueo de las posiciones, lo que han hecho los demandantes es acudir al juez, como autoriza la primera parte del art. 398.III CC».

6.2. Acción de división cosa común

STSJC 35/2020, de 30 de octubre (ECLI:ES:TSJCAT:2020:9691)

La Sala destaca las diferencias en la regulación de la acción de división de cosa común en el CCCat frente al CC y da respuesta a un conflicto que versa sobre el derecho de un comunero de participar en la subasta del inmueble común cuando podía haber adquirido el mismo con anterioridad a la subasta mediante el oportuno pago a los demás comuneros del precio de su parte conforme al valor de tasación.

Como indica la sentencia, la legislación catalana trata de conjugar y ponderar todos los intereses en juego, primando también la racionalidad económica; y para ello, facilita la adquisición íntegra del bien por uno

de los coparticipes. Se atiende para hacerlo a su interés, que estima la ley superior en el caso de que se trate del partícipe mayoritario frente al mismo interés del minoritario, estableciendo que cuando el interés mostrado y la participación sean iguales, decida la suerte, adjudicando el bien por sorteo y solo cuando nada de ello pueda llevarse a efecto, se venda el bien a terceros y aún en este caso no necesariamente en pública subasta.

La decisión relevante de esta sentencia es que el partícipe que quiera adquirir el bien lo ha de decir en la fase declarativa del procedimiento, y no cabe que intervenga en la subasta, justificando tal decisión con la siguiente argumentación:

«De este modo, no cabe que el cotitular intervenga en la subasta, pues su participación demuestra que sí tenía interés en la cosa y, por tanto, que debió solicitar su adjudicación pagando a los demás el valor pericial de su participación que en ningún caso tiene la consideración de precio ni de exceso de adjudicación.

Esta interpretación no solo resulta acorde con la propia literalidad de la regulación legal sino también con el principio general de buena fe que se extiende en Cataluña a todo tipo de relaciones jurídicas privadas (art. 111-7) y que inspira buena parte de la regulación de sus instituciones (vide art. 621-45 y 621-46 del CCCat) pues la acción de división no puede beneficiar a uno de los partícipes en detrimento de los demás. Antes bien, al final del proceso, todos deben ver preservado por igual el valor económico de su propiedad en función de la participación que sobre ella tenían.

Este principio no se cumpliría si uno de comuneros —el que participa en la subasta— conserva el valor de la parte que le corresponde y paga a los demás un menor precio por las suyas. No parece discutible y —así se admite en el recurso, epígrafe 3.3— que el interés de la recurrente en la subasta deriva de la intención de abonar a los coparticipes por su parte de la propiedad un precio inferior al establecido pericialmente, en contra de las previsiones del art. 552-11.5».

7. Propiedad horizontal

7.1. Constitución de la propiedad horizontal

STSJ 18/2019, de 7 de marzo (ECLI:ES:TSJCAT:2019:4102)

La cuestión que resuelve esta sentencia es la siguiente: si en un edificio constituido en régimen de propiedad horizontal conforme

establece el título constitutivo impulsado por el promotor del edificio, resulta necesario o no para la efectiva aplicación del régimen de la propiedad horizontal que los comuneros hayan constituido formalmente los órganos representativos de la Comunidad, en especial, la Junta de Propietarios y hayan funcionado como tal comunidad.

La Sala sostiene que la constitución del régimen de la propiedad horizontal conforme lo dispuesto en el art. 553-7 CCCat se configura con un carácter eminentemente formal, pues el inmueble se somete a dicho régimen, conforme la norma señalada, desde el otorgamiento del título de constitución, incluso aunque la construcción no haya terminado. Y añade que el pfo. 2 del art. 553-7 CCCat establece que el título de constitución se inscribe en el Registro de la Propiedad de conformidad con la legislación hipotecaria y con los efectos establecidos en dicha legislación.

Por tanto, una vez constituido el régimen de propiedad horizontal mediante el otorgamiento del título constitutivo, quedaba sujeto el inmueble total (las cinco entidades) al régimen de la propiedad horizontal; resultando irrelevante a estos efectos que los propietarios de las cinco entidades no hubieran realizado reuniones en Junta de propietarios ni hubieran elegido los cargos de Presidentes, Secretario y/o Administrador conforme los arts. 553-15 a 553-19 CCCat por cuanto la falta de nombramiento de dichos cargos o la inexistencia de reuniones en Junta de propietarios no excluye al inmueble de su sujeción a las normas de la propiedad horizontal y a las normas de su funcionamiento establecidas en el CCCat; con una salvedad en un caso muy específico como es el supuesto previsto en el art. 553-15.9 CCCat cuando el número de propietarios sea inferior a tres, que tampoco concurre en el caso litigioso puesto que los propietarios son cinco, y mientras se mantenga dicha situación el régimen de funcionamiento —en estas comunidades inferiores a tres propietarios— es el del art. 552.7 establecido para la comunidad ordinaria indivisa.

Y añade que la autonomía de la voluntad queda restringida a establecer o no el régimen de la propiedad horizontal, pero una vez constituido han de aplicarse los arts. 553-1 ss. CCCat, a salvo que con el voto favorable de todos los propietarios con derecho a voto extingan su régimen y conviertan el régimen de la propiedad horizontal en otra distinta —art. 553-26 .1 f) CCCat—.

7.2. Convocatorias juntas propietarios

STSJC 3/2013, de 9 de enero (ECLI:ES:TSJCAT:2013:680)

La Sala declara que la exigencia establecida en el artículo 553-21.4 CCCat referido a que la convocatoria debe expresar de forma clara y detallada la lista de propietarios con deudas pendientes con la comunidad y la advertencia de que tiene voz pero no voto es una exigencia de carácter no imperativo en términos generales ya que su omisión tan sólo justificará la nulidad de la Junta de Propietarios y de sus acuerdos cuando esta omisión haya causado indefensión a alguno de los propietarios; y ello por cuanto esa norma no se puede entender en su estricta formalidad sino desde un aspecto material de manera que se ha rechazar una nulidad que se ampre en un mero defecto formal sin incidencia material de índole alguna.

7.3. Legitimación para impugnar acuerdos comunitarios

STSJC 83/2018, de 18 de octubre (ECLI:ES:TSJCAT:2018:9687)

La Sala analiza la nueva redacción del artículo 553-31.2 CCCat dada por la Llei 5/2015 y considera que los tres supuestos de legitimación para impugnar previstos responden a situaciones de hecho diferentes:

- La privación ilegítima del derecho de voto solo hace referencia a los supuestos de privación expresa previstos en los artículos 553-21.4 y 553-24.1 CCCat.
- La oposición del ausente, expresada en el mes siguiente a la notificación de los acuerdos, tiene un significado diferente según estemos ante acuerdos de formación instantánea (salvaguarda de una futura impugnación) o de formación sucesiva (auténtico voto en contra).
- Tratándose de acuerdos de formación instantánea, la privación del derecho de voto como simple reflejo de un defecto grave en la convocatoria de un propietario debe ser combatida per la vía específica del artículo 553-25.6 CCCat, la cual, además de ofrecer a la comunidad una oportunidad de subsanar los errores de la convocatoria determinantes de la invalidez de la Junta, abre paso a la legitimación para impugnar los acuerdos reconocida «a los ausentes que se hayan opuesto». Si así no fuese, la tesis de la sentencia

impugnada vaciaría de contenido el artículo 553-25.6 CCCat en concordancia con el segundo supuesto del artículo 553-31.2, ya que todo defecto grave en la convocatoria comporta por regla general la no-asistencia a la junta del propietario afectado y la consiguiente privación de su derecho de voto.

7.4. Deudas vencidas para ejercitar impugnación acuerdos

STSJC 54/2022, de 20 de octubre (ECLI:ES:TSJCAT:2022:11652)

La sentencia interpreta el artículo 553-31.3 CCCat: «Para ejercer la acción de impugnación es preciso estar al corriente de pago de las deudas con la comunidad que estén vencidas en el momento de la adopción del acuerdo que desee impugnarse o haber consignado su importe».

La demandante planteaba dos cuestiones para que el tribunal fijara doctrina:

1ª Consideraba que dicha norma sitúa la morosidad a tener en cuenta para apreciar la falta de legitimación para accionar al momento en que se celebra la junta de propietarios que adopta el acuerdo que se quiere impugnar y que debe referirse a las deudas que tuviera reclamadas la comunidad en aquel momento.

2ª Solicitaba que la Sala establezca que la consignación en un caso de impugnación de acuerdos comunitarios no tiene por qué ser previa a la acción de impugnación judicial, bastando la mera consignación y que tal consignación puede ser cautelara en función de las pretensiones formuladas.

Para interpretar dicho precepto la Sala acude a los antecedentes legislativos, tomando en consideración el problema que se producía en las Comunidades de Propietarios por la morosidad de algunos propietarios; y recuerda que el art. 553-31.3 del CCCat fue introducido en el libro V del CCCat mediante la Llei 5/2015, de 13 de mayo, la cual pretendía, según su Preámbulo, dar solución a gran parte de los problemas manifestados en el art. 553-1 a 59 del libro V, corregir las imprecisiones, las disfunciones y los contrasentidos detectados en la aplicación de la norma, a la vez que armonizarla y coordinarla con las otras partes del propio libro quinto y de los demás libros del CCCat

La respuesta que ofrece el tribunal puede resumirse en las siguientes conclusiones:

1ª La consignación que contempla el art. 553-31.3 CCCat es un presupuesto legal que impone la norma a los propietarios que quieran impugnar los acuerdos comunitarios, aunque no tengan contenido económico, con el fin de evitar que comuneros morosos puedan bloquear acuerdos adoptados por la comunidad para dar continuidad a sus servicios o garantizar la pacífica convivencia entre los vecinos

2ª El propietario que quiera impugnar un acuerdo de la comunidad, deberá hallarse al corriente de pago de las deudas vencidas en el momento de ser adoptado el acuerdo que se pretenda impugnar judicialmente, entendiéndose por vencidas las no atendidas por el propietario a su vencimiento, exigibilidad que dependerá lógicamente de los acuerdos adoptados anteriormente por la comunidad en relación con las provisiones de fondos o acuerdos anuales de liquidación de cuentas; siendo lo relevante que la deuda este «vencida» con independencia de cuando la comunidad acuerde reclamar la deuda formal o judicialmente al propietario moroso.

3ª No exige la ley, para tener por válidamente hecha la consignación a estos efectos, que se emprendan los trámites procedimentales del art. 99 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria en relación con el art. 1176 y ss del CC, trámites previstos para el caso de que sea el acreedor quien no quiere cobrar, o cuando varios acreedores reclaman una misma deuda, o cuando se desconoce el paradero del acreedor. Prueba es que la norma solo exige la consignación, en el sentido de poner las cosas debidas a disposición del acreedor.

4ª Contrariamente, debe entenderse, para que la finalidad de la norma no sea burlada, que la consignación debe ser realizada en concepto de pago y por tanto para ser ofrecida a la comunidad por el juzgado. No sirven, pues, las consignaciones *ad cautelam* o que puedan ser retiradas por el propietario que tiene las deudas vencidas.

7.5. Impugnación acuerdo comunitario por abuso de derecho

STSJC 32/2013, de 25 de abril (ECLI:ES:TSJCAT:2013:5327)

La sentencia declara como doctrina legal la validez de los acuerdos comunitarios, y su carácter no abusivo, cuando pretendan impedir por la sola voluntad de un propietario la apertura de huecos en la cubierta del edificio y la instalación estable de estancias en elementos comunes de uso privativo unidas funcionalmente a una vivienda privativa.

7.6. Día inicial para el computo del plazo de impugnación

STSJC 10/2013, de 31 de enero (ECLI:ES:TSJCAT:2013:689)

La Sala, reconociendo la existencia de dos corrientes jurisprudenciales sobre el cómputo del plazo de caducidad desde la fecha de adopción o de la notificación de los acuerdos, se inclina por la segunda, razonando que el art. 553-31.3 del CCCat se refiere al plazo «a comptar de la notificació de l'acord», sin hacer distinción alguna entre propietarios presentes y ausentes, a diferencia de lo que acontece en la Ley de Propiedad Horizontal (en adelante LPH), y el término «notificar» no significa «saber» o «conocer», sino «donar coneixement o notícia, fer-la saber, esp. d'una manera oficial».

El criterio resulta aplicable tras la redacción dada a dicho precepto por la Llei 5/2015 por cuanto el único cambio a este respecto establece que el plazo comienza a contar desde la notificación del acta o del anexo del acta.

7.7. Plazos de impugnación de acuerdos comunitarios

STSJC 51/2012, de 6 de septiembre (ECLI:ES:TSJCAT:2012:9227)

La sentencia interpreta el art. 553-31 del CCCat poniendo de manifiesto «un olvido legislativo» y mantiene que el plazo de impugnación de los acuerdos contrarios a las leyes es de un año, como el previsto para los acuerdos contrarios a los estatutos o al título constitutivo; agregando que, ante la trascendencia de un acuerdo contrario a la ley, no parece lógico, ni coherente, ni razonable, que se limite la impugnación a un plazo tan breve como el de dos meses propugnado por la demandada-recurrente a la vista del citado art. 553-31 CCCat, y que la solución adoptada no perjudica en modo alguno la seguridad en el tráfico jurídico de las Comunidades de Propietarios, ni de los propios comuneros.

El legislador ha sabido reaccionar ante el inicial error de redacción de dicho precepto y así, en la reforma operada por la Llei 5/2015, introduce expresamente que el plazo anual de impugnación resulta de aplicación para los acuerdos contrarios a las leyes, al título de constitución o a los estatutos o si, dadas las circunstancias, implican un abuso de derecho.

STSJC 65/2014, de 16 de octubre (ECLI:ES:TSJCAT:2014:10731)

Respecto a los acuerdos nulos de pleno derecho no se trata de que sean contrarios a las normas de la Ley de Propiedad Horizontal, que tendría un

plazo de caducidad de 1 año, sino que opera la nulidad radical en cuanto supone la violación de disposiciones legales imperativas o prohibitivas que no tengan establecido un efecto distinto en caso de contravención y también si resultan contrarias a la moral, al orden público o implican fraude de ley, por mor de lo dispuesto en el art. 6. 3 Código Civil, y en línea con la jurisprudencia de la Sala 1ª del TS (SS. 23 julio 2004, 18 abril 2007 y 30 noviembre 2011).

7.8. Alteración en elementos comunes

STSJC 47/2016, de 16 de junio (ECLI:ES:TSJCAT:2016:4549)

La acción en defensa de la integridad de los elementos comunes entre miembros de una Comunidad sometida a las reglas de la Propiedad Horizontal de Cataluña, por no tener un plazo especial, prescribe a los 10 años.

STSJC 63/2015, de 14 de septiembre (ECLI:ES:TSJCAT:2015:8123)

La Sala analiza el artículo 553-39.3 CCCat para pronunciarse sobre el derecho de un parking a modificar una salida de humos ya existente y considera que por obra de conservación debe entenderse aquella que permite el mantenimiento del propio elemento privativo no solo desde la óptica de la preservación de la estructura física sino también dese la funcionalidad del elemento privativo: obras de conservación son, por tanto, aquellas dirigidas a permitir que el elemento privativo pueda seguir desarrollando las mismas funciones y alcanzando las finales que tenía previsto.

Y aplicando tal criterio al caso analizado concluye que la instalación de cuatro tubos de extracción de humos por el patio de luces no se puede considerar como una innovación sino como una obra de conservación que se adecua, por una lado, a la función y finalidad propia del aparcamiento y, por otro, por cuanto sustituye un sistema de ventilación, preexistente, por un sistema de extracción de humos, de manera que posibilita que la comunidad del aparcamiento pueda seguir desarrollando las funciones que le son propias.

Distingue este supuesto de aquellos otros en los que se pretende una instalación en el patio comunitario de una conducción de extracción de humos de uso privativo de un local comercial para la restauración (STSJC 31-03-2008) o para un negocio de elaboración de platos precocinados y de catering (STSJC 5-02-2009).

En definitiva, frente a los supuestos de nuevas instalaciones en el caso analizado se trata de una obra de conservación y adecuación de la salida de humos para mantener el uso del aparcamiento que siempre habían tenido los sótanos.

STSJC 24/2021, de 24 de marzo (ECLI:ES:TSJCAT:2021:5150)

La Sala se ocupa de perfilar los límites del ámbito del consentimiento tácito en las obras que impliquen alteración de elementos comunes ex artículo 553-36.4 CCCat, que en su actual redacción dada por LLei 5/2015 ha reducido de 6 a 4 años el plazo de caducidad que tiene la comunidad para oponerse a tales obras.

Para ello parte de que la redacción de este precepto se inspira en la doctrina que había elaborado la Sala 1ª del Tribunal Supremo en aplicación de la LPH conforme a la cual los imperativos de seguridad jurídica y de igualdad de trato entre los propietarios justifican que la pasividad en ciertas condiciones de la comunidad ante obras notorias y con afectación de elementos comunes, ejecutadas sin autorización de la Junta de propietarios, sea interpretada como una manifestación de un consentimiento favorable a la ejecución de las obras desde el punto de vista estrictamente comunitario.

Partiendo de tal doctrina, destaca que la reforma de dicho precepto operada por LLei 5/2015 reafirma el propósito de excluir del ámbito del consentimiento tácito las obras con mayor potencialidad para comprometer el inmueble mismo o los derechos de propiedad exclusiva sobre elementos privativos o de propiedad común sobre los elementos comunes: continua vigente la exclusión del consentimiento tácito respecto de las obras que disminuyen la solidez del edificio y de las que comporten la ocupación de elementos comunes, y se añaden las obras que impliquen la constitución de nuevas servidumbres.

Y concluye que las obras llevadas a cabo por los propietarios de un elemento privativo que implican la ocupación de elementos comunes (instalación de piscina y maquinaria anexa en el patio comunitario) no pueden ser objeto de aprobación mediante el consentimiento tácito derivado de la falta de oposición de la comunidad en los 4 años siguientes a la finalización de la obra.

7.9. Servidumbre de ascensor sobre local de negocio que constituye elemento privativo

STSJC 38/2021, de 22 de junio (ECLI:ES:TSJCAT:2021:7543)

La Sala analiza el cambio legal en el régimen de la comunidad horizontal en relación a la constitución de servidumbres sobre elementos privativos en interés común, en el caso, cuando se acuerda la instalación de un ascensor.

La reforma operada por la Llei 5/2015 en el art. 553-39.2 CCCat ha excluido a los elementos privativos de cualquier clase de la posibilidad de constituir sobre ellos la servidumbre de ascensor que, desde su entrada en vigor, solo puede constituirse sobre elementos comunes o anexos de elementos privativos.

En el caso, sin embargo, el acuerdo comunitario para instalar el ascensor era previo a la reforma, por lo que se rige por la anterior redacción y se accede a la servidumbre sobre local de negocio.

7.10. Instalación de antenas de radioaficionados en la cubierta del edificio

STSJC 6/2013, de 17 de enero de junio (ECLI:ES:TSJCAT:2013:1719)

Se declara como doctrina legal la siguiente: «La instal·lació d'antenes i aparells complementaris de radioaficionats en els edificis sotmesos al règim de propietat horitzontal, una vegada obtinguda l'autorització administrativa pertinent, no es troba sotmesa a les prescripcions de l'article 553-25 del CCCat, en relació amb l'article 553-41, per la qual cosa no és necessària l'aprovació comunitària.»

La Sala justifica tal doctrina al entender que la particular y específica legislación contenida en la Ley 19/1983, de 16 de noviembre, sobre regulación del derecho a instalar en el exterior de los inmuebles las antenas de las estaciones radioeléctricas de aficionados, tiene una trascendencia civil indudable y ha de prevalecer sobre la normativa general de la propiedad horizontal contenida en el artículo 553 CCCat, constituyendo una limitación legal de las facultades ordinarias del dominio: el beneficio público que el legislador reconoce a la actividad realizada por los radioaficionados, subordina al interés social el particular de la comunidad de propietarios, sin perjuicio de sus posibilidades de defensa en el expediente administrativo.

7.11. Responsabilidad de comuneros frente a acreedores

STSJC 59/2012, de 15 de octubre (ECLI:ES:TSJCAT:2012:10900)

En esta sentencia se declara como doctrina legal que un acreedor de la Comunidad de Propietarios sometida al régimen de propiedad horizontal no puede proceder directamente contra un comunero sin tener reconocido su derecho de crédito frente a ésta, y sin haber sido requerido de pago, siendo la responsabilidad del copropietario subsidiaria respecto de la comunidad y mancomunada respecto de la pluralidad de condueños.

7.12. Legitimación de comunero para reclamar por obras en elementos comunes

STSJC 50/2019, de 8 de julio (ECLI:ES:TSJCAT:2019:6123)

En esta sentencia se fija como doctrina jurisprudencial que el propietario de un elemento privativo de un inmueble sujeto al régimen de propiedad horizontal no puede accionar contra otro propietario que ha realizado obras en elementos comunes, y en defensa de los intereses comunitarios, cuando se ha adoptado por la Junta de Propietarios de la Comunidad el acuerdo de no interponer pretensión contra el propietario que ha realizado las obras, sin deducir previa o simultáneamente acción de impugnación contra dicho acuerdo por ser contrario a los intereses de la Comunidad o perjudicial para uno de los propietarios.

7.13. Cambio de local en vivienda y viceversa

STSJC 23/2011, de 3 de junio (ECLI:ES:TSJCAT:2011:6914)

La Sala, que declara inaplicable por razones temporales la normativa catalana invocada, enjuicia la cuestión relativa al cambio de destino de un departamento de local a vivienda desde la óptica de la normativa civil general; y constatando que, ni en el título constitutivo, ni en ningún otro acuerdo adoptado por unanimidad por la Comunidad, se han previsto o prohibido usos concretos en el inmueble de referencia, declara, contra el criterio de la Sala de instancia, que la demandada no necesitaba permiso de la Comunidad para cambiar el destino de uno de los locales comerciales de la planta de entresuelo. Añade que la simple descripción de la entidad privativa como «local comercial» en la escritura de obra nueva y constitución

en régimen de propiedad horizontal no supone una limitación del uso o de las facultades dominicales que, para que resulte eficaz, ha de venir expresamente establecida en el título constitutivo o en los estatutos, lo que aquí no sucede.

La sentencia recuerda que el artículo 553-10.1.c) del CCCat, no aplicable al caso debatido por cuestiones intertemporales, recoge el sentir de la jurisprudencia de la Sala 1^a del Tribunal Supremo, al establecer que no es preciso el consentimiento de la junta de propietarios para la modificación del título de constitución si la motivan: «c) Las alteraciones del destino de los elementos privativos, salvo que los Estatutos las prohíban»; doctrina, por otro lado, acorde con los principios que inspiran el ordenamiento civil de Cataluña expuestos entre otros en el artículo 111.6 de la Llei primera del CCCat, en el que se establece el principio de libertad civil.

7.14. Gastos computables para nueva instalación vinculante

STSJC 42/2022, de 11 de julio (ECLI:ES:TSJCAT:2022:7372)

La sentencia ofrece una interpretación del artículo 553-30.2 CCCat sobre qué gastos deben ser computados para determinar si un nuevo servicio comunitario o una nueva instalación supera el 25 % del presupuesto anual de la Comunidad a los efectos de que los propietarios disidentes no vengán vinculados al acuerdo ni, en consecuencia, obligados a pagar el nuevo gasto.

La postura mayoritaria y, por tanto, la decisión del tribunal, se inclina por interpretar la norma en el sentido de que para determinar si el nuevo servicio o instalación vincula a todos los propietarios o solo a los que hayan votado a favor debe tenerse en cuenta el presupuesto anual de la Comunidad pero referido solo a gastos comunes ordinarios (no a cualquier gasto incluido) descontando gastos que solo atañan a algunos propietarios por tratarse de gastos referidos a elementos comunes de uso exclusivo o a elementos privativos de algunos comuneros y el importe del nuevo servicio o instalación.

Frente a ello el voto particular sostiene que debería tomarse en consideración a estos efectos lo que los propietarios hayan aceptado en presupuesto procedentes como «gastos comunes» aunque lo paguen solo algunos propietarios.

7.15. Prescripción de la acción de reclamación de cuotas comunitarias

Los plazos de prescripción y caducidad son, probablemente, una de las cuestiones más polémicas de la regulación del CCCat. La discusión doctrinal y jurisprudencial con relación al plazo de prescripción de las acciones de responsabilidad extracontractual (3 años en el CCCat y 1 en el CC) en el ámbito de la circulación dio lugar durante años a sentencias contradictorias hasta que finalmente el TS y el TSJCat fijaron doctrina al respecto no exenta de crítica dado que se optó por el plazo anual con la consiguiente pérdida de la indemnización para los perjudicados que confiaron en el plazo de 3 años.

Ya en el ámbito de la Propiedad Horizontal, fueron numerosas las acciones de impugnación de acuerdos comunitarios que resultaron desestimadas al no apercibirse los abogados de que el plazo de impugnación previsto en el CCCat se había reducido a 2 meses frente al de 3 meses que prevé la LPH. El legislador modificó posteriormente el artículo en cuestión por Ley 5/2015, de 13 de mayo, para establecer el mismo plazo que el de la LPH y evitar así la pérdida de derechos.

Tenemos en este momento una nueva discusión en los tribunales al respecto, ahora referida al plazo de prescripción de la acción de reclamación de cuotas comunitarias, sobre el que aún no ha tenido ocasión de pronunciarse el TSJCat.

Las Secciones Civiles de la AP de Barcelona en acuerdo de unificación de criterios, adoptado en fecha 15/11/2019, consideraron que aunque la determinación anual del montante de las cuotas comunitarias, importe que resulta del acuerdo de la Junta y de la liquidación de la deuda en Junta anual obligatoria donde se concretan las cuotas y el presupuesto de la Comunidad, pudiera hacer pensar que estamos ante un supuesto subsumible en la situación de pagos periódicos prevista en el artículo 121.21.a) del CCCat que prevé el plazo de prescripción de 3 años, el artículo 553.5 CCCat obligaba a una interpretación distinta porque impone la afección real del elemento común de que se trate al pago de las cuotas ordinarias y extraordinarias, que correspondan a la parte vencida de la anualidad en curso y a los cuatro años anteriores, lo que había de llevarnos a concluir que esa afección real por el término indicado resultaba incompatible con la prescripción limitada a tres años y a resolver la cuestión aplicando el término general de diez años.

No obstante lo anterior, actualmente dicha cuestión ha sido resuelta por la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo 242/2020, de 3 de

junio (ECLI:ES:TS:2020:1564) dando respuesta a un recurso de casación interpuesto por interés casacional por existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales; sentencia que analiza la naturaleza de la acción y que aunque referida a la aplicación de los artículos 1.964 y 1.966.3º del Código Civil, es perfectamente aplicable al nuestro en el que la duda que se suscita lo es entre el plazo previsto en el artículo 121.20 del CCCat y el establecido en el artículo 121.21 del mismo código.

Dice así la referida sentencia:

«...Partiendo de tal afirmación, frente a la discrepancia presente en las resoluciones de las audiencias provinciales, se ha de considerar aplicable a este supuesto el plazo de cinco años previsto en el citado artículo 1966-3.º, referido a las acciones ordenadas a exigir pagos que deban hacerse por años o en plazos más breves, situación en la que resulta plenamente subsumible el caso de la contribución de los comuneros a los gastos comunes establecida como obligación en el artículo 9.1.e) LPH, sin que el hecho de tratarse de una obligación prevista en la propia ley haya de determinar la aplicación de un plazo distinto de prescripción. Los presupuestos de la comunidad son anuales y en el ejercicio económico anual se producen los gastos correspondientes que han de ser satisfechos por los comuneros según la cuota asignada. Precisamente el aplazamiento por mensualidades de los pagos, en este caso de las cuotas de comunidad, responde a la necesidad de no sobrecargar a las economías familiares que podrían ser destinatarias de una reclamación muy cuantiosa. Es cierto que se trata de una obligación esencial para el desarrollo de la vida comunitaria y que cesar en los pagos supone —salvo casos especialmente justificadoss— una actuación insolidaria, pero del mismo modo resulta incomprensible que la comunidad deje transcurrir tan largo período de tiempo —en este caso, notablemente superior a los cinco años— para exigir el pago del comunero que reiteradamente falta al cumplimiento de sus obligaciones».

Esta doctrina se reitera en la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo 182/2021, de 30 de marzo (ECLI:ES:TS:2021:1265).

A falta de pronunciamiento del TSJCat, parece que deberemos aplicar el artículo 121.21.a) del CCCat en virtud del cual prescriben a los tres años «Las pretensiones relativas a pagos periódicos que deban efectuarse por años o plazos más breves», sin perjuicio de la interrupción de la prescripción a que, en su caso, tuviera que acudir la Comunidad de Propietarios para salvar la incompatibilidad a que se refería el acuerdo de unificación de criterios de las Secciones Civiles de la AP de Barcelona adoptado en fecha 15/11/2019.

8. Servidumbres

8.1. Buena fe en el ejercicio de la acción negatoria de servidumbre

STSJC 14/2014, de 19 de abril (ECLI:ES:TSJCAT:2014:3096)

La Sala analiza un caso de apertura de ventanas y terrazas sobre la finca vecina y comienza precisando que la acción negatoria regulada en el artículo 544 CCCat protege la libertad del dominio y comprende tanto lo que se ha venido llamando perturbaciones jurídicas por quien afirma la existencia de una servidumbre, como las relativas a las perturbaciones derivadas de las relaciones de vecindad o las inmisiones.

Sostiene, por otro lado, que de un mero acto de tolerancia no puede deducirse un convenio que obligase al actor a permitir la toma de vistas y luces o a no actuar contra el propietario de la finca que presenta las ventanas y terrazas.

Parecería, por tanto, que al igual que concluyó la Audiencia de Girona al resolver el recurso de apelación, lo procedente hubiera sido estimar la demanda y declarar que los demandados carecen de título constitutivo de servidumbre de luces y vistas, tanto directas como oblicuas, sobre la finca propiedad del demandante, así como tampoco tienen derecho a mantener voladizos sobre tal finca, debiendo proceder al cierre total de las ventanas y huecos existentes en toda la fachada y a la retirada del voladizo.

Sin embargo, no fue esta la decisión del TSJ al entender que resultaba de aplicación al caso la doctrina del retraso desleal, vinculado al principio de buena fe y pese a la inexistencia de servidumbre, apoyándose para ello en la siguiente relación fáctica:

«El actor cuando compró la finca ya advirtió que en la parte posterior de la casa y sobre un patio de servicios, la finca colindante tomaba luces y vistas, expresando al vendedor su tolerancia con las mismas. Durante 34 años no ha realizado acto alguno tendente a privar a la finca vecina de las mismas, sin duda consciente del grave perjuicio que ello ocasionaba y de la prácticamente nula injerencia que le suponía desde el punto de vista de la intimidad familiar. No consta, por no haberse expresado en el pleito, la razón de la tardanza en el ejercicio de la acción. Durante este tiempo los dueños de la finca vecina, descendientes del vendedor, han realizado inversiones económicas en la vivienda ampliando la construcción a la vista ciencia y paciencia del demandante, lo que, como resulta obvio, no habrían realizado de no haber confiado en que la acción negatoria no iba a ser ejercitada».

Con tales premisas considera que las consecuencias de lo que puede ser calificado en el caso concreto como un ejercicio desleal y abusivo del derecho (en la medida en que su ejercicio supone un grave perjuicio para las demandadas y un prácticamente nulo beneficio para el actor), comporta no que el derecho del demandante se extinga ni tampoco que la finca, propiedad actual de las demandadas, adquiera correlativamente un derecho de servidumbre que obligue al demandante o a los propietarios futuros de la finca, en el caso que deseen y pueda edificarse a dejar un espacio libre o androna de un metro de su propia finca, como incorrectamente entiende la sentencia recurrida, sino que la específica facultad que su titular no se ha preocupado de hacer valer durante todos estos años —cierre de ventanas y terrazas y retirada de voladizos— devenga ahora y mientras se mantengan las mismas circunstancias objetivas y subjetivas, inadmisibles desde el punto de vista de las reglas de la buena fe.

Y concluye que procede casar en parte la sentencia de apelación admitiendo también en parte la demanda pues no existe inconveniente en declarar que la finca propiedad de las demandadas carece de título y de derecho de servidumbre de luces y vistas tanto directas como oblicuas así como de un derecho a mantener voladizos sobre la finca vecina, sin perjuicio de que no pueda ser acogido, por las razones apuntadas, el suplico segundo de la demanda dirigido a obtener el cierre total y absoluto de todas las ventanas y terrazas existentes en la fachada sur y la retirada del voladizo.

STSJC 15/2009, de 8 de abril (ECLI:ES:TSJCAT:2009:2179)

En esta misma línea se encuentra esta sentencia relativa a la utilización de material translucido sin respetar la distancia entre fincas siempre que (i) el material se presente en condiciones de regularidad con la pared, (ii) se trate de materiales resistentes o sólidos y (iii) que permita limitadamente el paso de la luz sin facilitar la visión de formas nítidas sino tan sólo de luces y sombras informes.

La edificación con estos materiales no genera derecho alguno de modo que la luminosidad así conseguida puede verse afectada por la construcción que pueda levantar en su terreno el propietario de la finca colindante sea cual sea el tiempo transcurrido desde la construcción.

8.2. Servidumbre sobre cosa propia o de propietario en el derecho civil catalán

STSJC 30/2012, de 10 de mayo (ECLI:ES:TSJCAT:2012:5860)

Se regula en Cataluña con requisitos diferentes a los del CC. A partir de la Llei 13/1990 el signo aparente existente sobre una finca de un mismo dueño o sobre dos fincas de un mismo dueño no será título suficiente de continuidad de la servidumbre cuando se divida y se enajene o cuando se enajene una de ellas, si no se complementa con una declaración de voluntad favorable a su continuidad.

En el caso examinado el propietario único de un edificio sometido a la LPH mantuvo el signo aparente de servidumbre de uso de ciertas dependencias y de paso en una entidad privativa declarando la compradora que la adquirió del Banco conocer, consentir y aceptar tales limitaciones; luego quedó constituida en legal forma la servidumbre que debe ser mantenida.

El legislador catalán consciente de los peligros que podía representar esta forma de constitución presunta de servidumbre, establece, en definitiva, la presunción contraria a la del CC, esto es, solo subsiste el gravamen si así se dice expresamente de tal forma que, de no aceptarse, la servidumbre quedará extinguida.

8.3. Servidumbre forzosa de paso

STSJC 31/2010, de 6 de septiembre (ECLI:ES:TSJCAT:2010:8044)

Conforme a los artículos 12.3 de la Llei 22/2001, 566-10.1 CCCat y 33.3 CE no se puede privar o limitar el uso o restringir las facultades de dominio sobre una finca en beneficio de otra sin el previo abono de la oportuna indemnización por los perjuicios derivados de la correlativa e innegable disminución del valor de aquella y por los que eventualmente resulten del ejercicio de la misma servidumbre.

Por tanto, en los casos en que, por razones de sus respectivos intereses procesales, las partes se abstengan de solicitar nada al respecto o, incluso, pretendan negar la existencia de estos perjuicios, una vez resuelta la necesidad de constituir la servidumbre, la cuestión no podrá eludirse con fundamento en el principio de rogación (art. 219 LEC), ya que lo que se pide no es la condena a abonar una determinada cantidad sino la declaración de un derecho: el derecho a constituir una servidumbre

forzosa sobre la finca de los demandados cuya efectiva materialización requiere por ley el previo pago de la oportuna indemnización (STSJC 38/2007).

Por tanto, en estos casos, cuando no hay acuerdo, la determinación de la indemnización ha de derivarse a la ejecución de la sentencia que eventualmente la declare conforme a lo dispuesto en el artículo 712 LEC, donde se deberán tener en cuenta los argumentos en relación con una eventual disminución derivada de las circunstancias previstas en el artículo 566-10.3 CCCat.

STSJC 14/2011, de 10 de marzo (ECLI:ES:TSJCAT:2010:3188)

La Sala declara como doctrina jurisprudencial que para la constitución de servidumbre forzosa de paso cuando no existe acuerdo y se produce discrepancia sobre la indemnización a fijar e incluso cuando no se ha ofrecido, su cuantificación debe diferirse a ejecución por el cauce del art. 712 LEC, teniendo presente la eventual disminución derivada de las circunstancias previstas en el art. 566.10. 3 CCCat, y el pago de la reseñada indemnización siempre ha de ser previo a la constitución e inscripción registral de la servidumbre forzosa de paso

STSJC 65/2012, de 8 de noviembre (ECLI:ES:TSJCAT:2012:13096)

No procede la constitución de una servidumbre forzosa al amparo del art. 566-7.1 CCCat cuando la situación de enclavamiento de la finca (falta de salida a la vía pública) ha sido creada artificialmente y por un acto voluntario de los contratantes y especialmente del vendedor, generando una situación de hecho que le privó de acceso a la vía pública y que únicamente él es el obligado a solucionarlo.

En el caso examinado, ni el proceso de ejecución forzosa, ni el desahucio por falta de pago de renta, dentro de un proceso de actualización de renta, ni la venta de unas fincas colindantes son situaciones buscadas artificialmente para provocar la falta de salida a la vía pública.

En cuanto al punto menos perjudicial para la salida a vía pública, queda justificado que la escogida se trata del punto menos perjudicial en el caso examinado.

8.4. Servidumbre de luces y vistas

STSJC 34/2009, de 17 de septiembre (ECLI:ES:TSJCAT:2009:9452)

La Sala analiza la evolución de la prescripción adquisitiva y extintiva de la servidumbre de luces y vistas antes, durante y después de la Compilación de derecho civil de Cataluña (CDCC) de 1960.

Las conclusiones son las siguientes:

1ª Las ventanas existentes en una pared propia sin respetar la androna antes de la entrada en vigor de la Llei 13/1990 debían seguir considerándose como a actos meramente tolerados, a los cuales se podía poner fin en cualquier momento y no eran susceptibles de prescripción bajo el axioma *in facultativis non datus praescriptio*.

2ª En cualquier caso, la acción negatoria protege la libertad del dominio, por lo que sólo es posible frente a quien pretende tener constituida a favor una servidumbre. El computo del plazo de prescripción de la acción, de 30 años conforme dispone el artículo 344 de la CDCC, se inicia a partir del momento en que alguien afirma tener un derecho de servidumbre.

3ª Como las servidumbres de luces y vistas son susceptibles de prescripción adquisitiva a partir de la Llei 13/1990, el plazo de prescripción de la acción negatoria sólo comenzaba a computarse desde la entrada en vigor de dicho texto legal.

4ª El referido plazo debía entenderse igualmente de 30 años y no de los 5 años previsto en el artículo 2.5 de la Llei 13/1990, que sólo se refiere a la prescripción de la acción para interesar el cese de perturbaciones o inmisiones de carácter material.

5ª La derogación de la Llei 13/1990, en este punto por la Llei 22/2001, que va llevar hasta sus últimas consecuencias la tendencia de sus fuentes históricas, ya que ha ampliado a todas las servidumbres la imposibilidad de ser adquiridas mediante usucapión, nos devuelve a los criterios anteriores a la promulgación de la primera en materia de prescripción adquisitiva de la servidumbre de vistas, y a los de la Llei 13/1990 en lo que se refiere a la extintiva.

6ª La situación queda claramente especificada a partir de la entrada en vigor de la Llei 5/2006, que aprueba el llibre V del CCCat, al establecer expresamente el artículo 544.7, sobre la prescripción extintiva, que «l'acció negatòria es pot exercir mentre es mantingui la pertorbació, llevat que, tractant-se d'un dret usucapible, s'hagi consumat la usucapió».

9. Derechos de adquisición preferente. Tanteos y retractos

9.1. Computo del plazo de caducidad para ejercitar el derecho de retracto

STSJC 375/2016, de 29 de septiembre (ECLI:ES:TSJCAT:2016:8268)

El art. 552-4. 2 CCCat cuando computa el inicio a partir de la inscripción registral, que no deja de partir de una ficción (que se tienen conocimiento de la venta y de sus circunstancias desde la fecha en que se inscribe la transmisión en el registro), tiene como finalidad (art. 3 del CC) la seguridad jurídica, esto es, no dejar en suspenso la eficacia de las transmisiones durante un tiempo demasiado largo, para evitar la incertidumbre que generaría para quien adquiere la posibilidad de que, por el ejercicio del derecho de retracto legal se pudiera colocar otro en su posición de adquirente, pero cuando el comprador ha sido cómplice del vendedor para frustrar los derechos del condómino, no puede impedir que el copropietario utilice el mecanismo que la propia ley arbitra como remedio en estas situaciones y que no es otro que el ejercicio del derecho de retracto.

Lo contrario comportaría que el Registro de la Propiedad amparase la mala fe probada y declarada, como un apéndice de la publicidad formal que no es sino una exteriorización del acto formal y consiste en la cognoscibilidad potencial para quienes puedan estar interesados.

Por ello si por medio del acto transmisivo que tiene acceso al Registro de la Propiedad lo realmente buscado es hacer inefectivos tanto el tanteo como el retracto en contra de la tradición jurídica catalana que busca la concentración de la propiedad en la comunidad ordinaria indivisa e impedir, de mala fe, el legítimo ejercicio de los derechos que la legislación ha previsto para promover dicha concentración, la consecuencia no puede ser otra que el efectivo ejercicio de los derechos desconocidos.

9.2. Importe a consignar al ejercitar la acción de retracto

STSJC 56/2016, de 30 de junio (ECLI:ES:TSJCAT:2016:4548)

La Sala considera la acción de retracto se rige en Cataluña por previsto en el artículo 552.4 del CCCat, lo que no impide que también resulte de aplicación el artículo 266.3º LEC que exige, además del título en que se funda el retracto, la consignación del precio y la obligación de aportar

con el escrito de demanda el documento que justifique dicho extremo, por cuanto la Ley de Enjuiciamiento Civil es de aplicación directa a todo el territorio nacional, siempre que el legislador catalán no haya regulado alguna especialidad, como acontece con la figura procesal de la consignación.

Partiendo de que la normativa del retracto del derecho común, en cuanto a la consignación propiamente dicha, se ha de aplicar también en Cataluña, la sentencia se pronuncia sobre dos cuestiones:

1º Como requisito de procedibilidad de la demanda, se ha de consignar tan sólo el precio sin necesidad de incluir —necesariamente— los gastos del contrato ni otros pagos legítimos (v.g. honorarios de Notario, impuesto de transmisiones patrimoniales, aranceles del Registro, etc...) dado que los mismos pueden ser realizados con posterioridad; siempre que, en la demanda, y por escrito, el retrayente se comprometa formalmente a abonarlos (SSTS, Sala 1ª, de 20 mayo de 1991, 16 de marzo de 1992, 14 de julio de 1994, 14 de mayo de 2004, 6 de octubre de 2005, 19 de diciembre de 2007 y 7 de febrero de 2012). Y, menos aún, otros gastos no necesarios realizados a favor de terceras personas (STS, Sala 1ª, de 20 de febrero de 1992).

2ª En cuanto a los gastos que debe abonar el retrayente a los efectos de poder dar viabilidad al retracto, es una cuestión que también abarca al derecho civil catalán, pues el CCCat hace mención no sólo al precio, sino también a «les condicions convingudes per la persona que ha transmès la finca i l'adquirent» (mismo artículo 552-4.1 y arts. 568-19.2 y 568-24.2 CCCat) y, por tanto, se ha de entender que comprende los gastos útiles y necesarios efectuados por el comprador: aranceles del Registro de la Propiedad, gastos de Notaría, suma satisfecha en concepto de impuestos, pero no los gastos de intermediación del Agente de la Propiedad Inmobiliaria (API).

9.3. Retracto colindantes

STSJC 43/2016, de 9 de junio (ECLI:ES:TSJCAT:2016:4578)

La Sala recuerda que el CCCat en materia de retracto de colindantes (artículos 568-16 a 568-20) ha desplazado para las fincas situadas en Cataluña (arts. 111-3.1 y 111-5 del CCCat y 16.1 y 10.1 del CC) la regulación contenida en el CC (arts. 1523 y 1524) que, consecuentemente, no se aplican ya en nuestro territorio.

9.4. Derecho de tanteo en caso de venta en pública subasta

STSJC 54/2013, de 3 de octubre (ECLI:ES:TSJCAT:2013:11579)

La Sala comienza por recordar que reiterada doctrina, al comentar la regulación de los derechos de tanteo y retracto en el llibre Cinquè del Codi civil de Catalunya, Llei 5/2006 de 10 de maig, (que no es de aplicación al supuesto debatido por razón de derecho inter-temporal, pero que guarda mucha analogía con la norma aplicable) se refiere a la posibilidad del ejercicio del tanteo en caso de venta en pública subasta que prevé el artículo 568-14.1 del CCCAT, diciendo que no se debe distinguir según las clases de subasta, ya que, en todo caso, se tratará de una venta posterior a un proceso de ejecución. De modo que el titular del derecho de tanteo, no está obligado a participar en la subasta para ofrecer el mejor precio una vez haya finalizado el procedimiento, sino que se deberá distinguir entre la aprobación del remate y la adjudicación de los bienes subastados. En todo caso, el derecho de tanteo se deberá ejercer una vez aprobado el remate.

Y establece la siguiente doctrina al respecto:

1º Que la Llei 22/2001, de 31 de desembre, de regulación de los derechos de superficie, de servidumbre y de adquisición voluntaria o preferente, en caso de venta en pública subasta de un bien inmueble sobre el cual hay un derecho de tanteo, y en su caso de retracto, obliga en caso de aprobación del remate en favor de un tercero, a suspender la adjudicación del bien en su favor y a comunicar al titular del tanteo las condiciones de la venta judicial para que pueda ejercer el derecho de adquisición preferente.

2º En caso que la anterior exigencia no se haya cumplido, cuando el bien se haya adjudicado a un tercero, tendrá derecho de retracto desde el momento en que se le comunique la venta judicial.

10. Garantías reales. Derecho de retención

10.1. Derecho real de garantía: retención sobre un bien mueble

STSJC 69/2018, de 26 de julio (ECLI:ES:TSJCAT:2018:7233)

La Sala recuerda que el derecho real de garantía denominado retención fue introducido con carácter general en el derecho catalán por la Llei 22/1991, y actualmente exige como requisito, siguiendo la línea del

Decreto 298/1993, regulador de la actividad de los talleres de reparación, la concurrencia previa de un presupuesto escrito y aceptado conforme al art.569-4 c) CCCAT.

Precisa la Sala que el presupuesto debe contener una descripción de la actividad a desarrollar detallada como para evaluar si el resultado final se ajusta al previsto, y también un cálculo estimativo del coste —compatible con oscilaciones no sustanciales al alza o a la baja— que permita la comprobación de la adecuación del resultado con el presupuesto.

Concluye la sentencia que en el supuesto analizado no concurre el requisito del presupuesto escrito dado que la orden de reparación firmada por el propietario del vehículo no expresaba el detalle de la reparación ni el coste previsto, y la valoración posterior hecha por un perito del asegurador no va ser comunicada por escrito ni aceptada por el titular del vehículo.

10.2. Derecho de retención por impago de amarre

STSJ 28/2018, de 19 de marzo (ECLI:ES:TSJCAT:2018:3386)

La Sala considera que el carácter agresivo del derecho de retención, en la medida que altera la condición posesoria que se ostenta sobre los bienes y que resulta necesaria para su ejercicio, no puede ser estimada si hemos de acudir a cualquier otro tipo norma inferior a la de rango legal para su apreciación, sino que debe ser realizada conforme a aquella prevista en el art. 569. 4 e) CCCat.

Por tanto, las deudas que puedan originar el derecho de retención, aparte de los casos establecidos en los párrafos a) a d) del mismo, han de quedar reflejadas en una ley en que debe estar expresamente reconocida la retención, no siéndolo, en el caso de los amarres de una embarcación ni el Decreto 206/2001 ni el Reglamento particular del puerto.

En definitiva, la sentencia concluye que la expresión ley que otorgue expresamente esta garantía ha de ser interpretada en su sentido recto, es decir, norma de rango legal y, por tanto, no de rango inferior a dicha norma ni tampoco la reglamentaria, pues siendo el derecho de retención de origen legal su degradación a otra normativa de rango inferior comportaría una extensión indebida e improcedente para la aplicación de un derecho con un fuerte componente de auto-tutela que se somete a un *numerus clausus* y queda excluida la aplicación de la analogía.

Concluye la sentencia que la demandada acudió directamente —tras constatar el impago— a la notificación del derecho retención y subasta subsiguiente sin reunir los requisitos exigidos en el art. 569. 4 e) CCCat.

11. Impugnación de la calificación registral

11.1. División del censo enfiteútico que afecta diversas fincas: cierre del registro

STSJC 98/2018, de 10 de diciembre (ECLI:ES:TSJCAT:2018:10405)

La Sala analiza un supuesto en que el censo se constituye en el año 1855 sobre dos fincas de gran tamaño, lo que sitúa el negocio enjuiciado en el ámbito de las disposiciones transitorias primera de la Llei 6/1990 y decimotercera de la Llei 5/2006, al tratarse de un censo constituido antes del 16 de abril de 1990 que afecta a diversas fincas. La configuración como un censo —en singular— se mantiene en las cinco inscripciones practicadas en el folio de la finca 86.

Es objeto de impugnación la resolución de la Direcció General de Dret i d'Entitats Jurídiques de la Generalitat de Catalunya de fecha 12 de junio de 2014, que confirma la calificación de la Registradora de la Propiedad de suspensión de la práctica de la nota marginal demandada por los titulares de un censo enfiteútico por cuanto no consta inscrita la división del censo entre las diversas fincas a que afecta.

Precisa la sentencia que el hecho que el título constitutivo determine la pensión a cargo del enfiteuta no en una cantidad fija sino en función de la superficie de las fincas gravadas («canon anual de cuatro reales de vellón en oro o plata por cada una vesana de tierra que resulte de la previa canación o medición de todos los terrenos»), no comporta en absoluto que se establezca desde el inicio una pensión ya dividida.

Entiende la Sala que la determinación contractual, hecha en una época de plena vigencia del principio de indivisibilidad del censo y por extensión de la pensión (lejos de la esencial divisibilidad que proclama ahora el artículo 565-6.1 CCCat), tan solo implicaba la utilización de una unidad de medida para fijar la pensión única del censo, como demuestra el pacto octavo de la escritura que declara la responsabilidad solidaria de los censatarios en caso de impago de la pensión («todos y cada uno de los enfiteutas [...] se obligan a responder solidariamente el pago del canon y demás condiciones impuestas, no solo sobre las

suertes que respectivamente les correspondan en el repartimiento de los terrenos concedidos sino de todas en general o colectivamente»), responsabilidad que es una de las manifestaciones de la indivisibilidad del censo.

Precisamente fueron los imperativos del principio registral de especialidad los que impulsaron al legislador a mediados del siglo xx a optar por el reconocimiento de la divisibilidad del censo, con la consecuente distribución de la pensión entre los diversos censatarios y la correlativa desaparición de la perturbadora responsabilidad solidaria. La correlación entre la división del censo y la distribución de la pensión en proporción a la superficie fue recogida por los artículos 3 y 6 de la Llei de 1945 y ahora se afirma por el artículo 565-6.2 CCCat.

Y concluye que por imperativo de las normas transitorias de 1990 y 2006, la falta de división del censo entre las fincas gravadas en los términos previstos (las primitivas dos fincas fueron objeto de múltiples divisiones, dando lugar a un gran número de nuevas fincas, algunas de ellas inscritas con la carga del censo y muchas otras en calidad de libres de cargas) comporta la extinción del censo y el cierre del Registro.

11.2. Sustitución fideicomisaria familiar y censo enfitéutico

STSJC 27/2021, de 15 de abril (ECLI:ES:TSJCAT:2021:5289)

El establecimiento a censo de una de las fincas del fideicomiso hecha por los fiduciarios en 1949 queda sujeta al gravamen fideicomisario al figurar ambas titularidades inscritas en el Registro.

La sustitución fideicomisaria condicional funciona en el Registro como condición resolutoria de la titularidad de los censatarios.

La calificación registral sólo comprende los actos inscribibles que figuren en el Registro, pero no aquellos negocios extrarregistrales (en el caso, liberación de la sustitución fideicomisaria con cargo a la cuarta trebeliánica) que los interesados expresamente no han querido llevar al registro.

Inscriptibilidad de la titularidad de un fideicomisario una vez acreditada la muerte del respectivo fiduciario y otorgada la correspondiente escritura de adjudicación de legado por sustitución fideicomisaria.

La jurisprudència sobre l'ús turístic dels habitatges al llibre cinquè del Codi Civil de Catalunya

Esther Sais Re

Registradora de la Propietat de Sabadell.

Registre núm. 6.

Sumari

1. Marc Normatiu
2. Concepte
3. Regulació específica a la normativa civil catalana
4. Breu referència a la normativa estatal
5. Jurisprudència a l'àmbit del dret civil català
 - 5.1. Tribunal Superior de Justícia de Catalunya
 - 5.2. Audiència Provincial de Barcelona i Jutjat de Primera Instància nº49 de Barcelona
6. Doctrina de la Direcció General de Dret, Entitats Jurídiques i Mediació

1. Marc Normatiu

- Directiva 2006/23/CE del Parlament i del Consell de 12 de desembre de 2006.
- Article 171 de l'Estatut d'Autonomia.
- Llei 13/2002, de 21 de juny de Turisme de Catalunya.
- Llei 26/2010, de 3 d'agost, de règim jurídic de les administracions públiques i de procediment de les administracions públiques de Catalunya.
- Llei 16/2015 de 21 de juliol de simplificació de l'activitat administrativa de l'Administració de la Generalitat, dels governs locals de Catalunya i d'impuls de l'activitat econòmica.
- Llei 39/2015 d'1 octubre de procediment administratiu comú de les administracions públiques.
- Decret 75/2020 de 3 d'agost de Turisme de Catalunya.
- Article 9 de la Llei Hipotecària i 51 del Reglament Hipotecari.
- Articles 73 i 74 del Reial Decret 1093/97, de 4 de juliol sobre inscripció al Registre de la Propietat dels actes de naturalesa urbanística.
- Article 136 de la Llei 18/2007, de 28 de desembre, d'Habitatge.

2. Concepte

L'Article 50 bis de la Llei 13/2002 de 21 de juny, de Turisme de Catalunya, en la redacció atorgada per l'article 169.2 de la Llei 5/2020, de 29 d'abril, de mesures fiscals, financeres, administratives i del sector públic i de creació de

l'impost sobre les instal·lacions que incideixen en el medi ambient (vigència 1 de maig 2020), defineix els d'habitatges d'ús turístic com:

«Habitatges que són cedits pel seu propietari, directament o indirectament, a tercers, a canvi de contraprestació econòmica, per una estada de temporada, en condicions d'immediata disponibilitat i amb les característiques establertes per reglament. No es permet la cessió per estades dels habitatges d'ús turístics que han de cedir-se sencers.»

Així mateix, estableix les següents condicions:

1. Els habitatges d'ús turístic requereixen el corresponent títol habilitant exigint per la normativa vigent per iniciar l'activitat, sense la qual no es pot ni comercialitzar ni publicitar el servei turístic d'allotjament a l'habitatge.
2. Fixa el dies a quo a partir del qual s'entén que es comença la prestació dels serveis d'allotjament: quan es realitza la publicitat o la comercialització de l'allotjament, directament o a través d'un intermediari.

Quant al control administratiu, si bé es preveu una verificació a priori, consistent en l'exigència del títol habilitant, també es contempla un mecanisme a posteriori constituït per la potestat dels ajuntaments d'establir procediments de control periòdic de l'habitatge d'ús turístic d'acord amb les ordenances municipals.

Complementa aquesta definició, l'article 221.1 del Decret 75/2020 de 4 d'agost de Turisme de Catalunya, que disposa:

- «1. Té la consideració d'habitatge d'ús turístic l'habitatge que és cedit pel seu propietari, directament o indirectament, a tercers, a canvi de contraprestació econòmica per a una estada de temporada i en condicions de disponibilitat immediata.
2. Es considera estada de temporada tota ocupació de l'habitatge per un període de temps continu igual o inferior a 31 dies.
3. Els habitatges d'ús turístic se cedeixen sencers, i no se'n permet la cessió per estances.
4. No es poden cedir habitatges que no estiguin degudament habilitats. En cas que la persona propietària d'un immoble tingui coneixement d'una activitat clandestina, té el deure de comunicar-ho a l'Administració competent, així com d'emprendre les accions civils corresponents destinades al cessament efectiu de l'activitat turística.
5. La destinació d'un habitatge d'ús turístic ha de ser compatible amb la regulació dels usos del sector on estigui situat i amb la normativa civil que li sigui aplicable.»

Aquest precepte legal delimita, encara més, el concepte d'habitatge d'ús turístic. En primer lloc, afegeix a la definició existent una limitació temporal d'un període igual o inferior a 31 dies. I, alhora, una limitació espacial, atès que comprèn la cessió de l'habitatge en la seva integritat i no parcialment per estances.

D'altra banda, addicionalment al control administratiu previ vehiculat a través del títol habilitant, imposa la càrrega al propietari d'un bé immoble que tingui coneixement de l'ús sense títol de comunicar-ho a l'Administració competent i d'emprendre les accions pertinents adreçades al cessament de l'activitat.

És rellevant subratllar que estableix, així mateix, una important limitació: la compatibilitat de l'ús turístic amb els usos del sector i amb la normativa civil aplicable, *el què exemplifica la confluència del dret públic i del dret privat en la regulació dels habitatges d'ús turístic.*

3. Regulació específica a la normativa civil catalana

Des del punt de vista del dret privat, l'article 553.25.4 del Llibre V dels drets reals del Codi Civil de Catalunya, en l'àmbit de la regulació de la propietat horitzontal estableix que:

«Els acords que modifiquin la quota de participació, els que privin a qualsevol propietari de les facultats d'ús i gaudi d'elements comuns i els que determinin l'extinció del règim de la propietat horitzontal simple o complexa requereixen el consentiment exprés dels propietaris afectats».

Article 553.26.2 Llibre V dels drets reals, del CCCat :

«És necessari el vot favorable de les quatre cinquenes parts dels propietaris amb dret a vot, que han de representar al mateix temps les quatre cinquenes parts de les quotes de participació per:

a) Modificar el títol de constitució i els estatuts, excepte que existeixi una disposició legal en sentit contrari. (...)»

Pel que fa a la seva explotació, resulta rellevant l'article 50 ter de la llei 13/2002 de 21 de juny, el qual preveu que :

«La cessió d'habitatges d'ús turístic pot ser realitzada en qualsevol de les formes admeses en dret».

4. Breu referència a la normativa estatal

Altrament, quant a la legislació estatal, l'article 17 de la Llei de Propietat Horitzontal de 21 de juliol de 1960, a partir del Reial Decret Llei 21/2018, de 14 de desembre, de mesures urgents en matèria d'habitatge i lloguer i el Reial Decret Llei 7/2019 d'1 de març de mesures urgents en matèria d'habitatge i lloguer ha introduït un nou apartat que estipula:

«El acuerdo por el que se limite o condicione el ejercicio de la actividad a que se refiere la letra e) del artículo 5 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, en los términos establecidos en la normativa sectorial turística, suponga o no modificación del título constitutivo o de los estatutos, requerirá el voto favorable de las tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación. Asimismo, esta misma mayoría se requerirá para el acuerdo por el que se establezcan cuotas especiales de gastos o un incremento en la participación de los gastos comunes de la vivienda donde se realice dicha actividad, siempre que estas modificaciones no supongan un incremento superior al 20 %. Estos acuerdos no tendrán efectos retroactivos».

Per tant, s'exceptua de la unanimitat l'adopció de l'acord, suposi o no modificació del títol constitutiu o d'estatuts, pel qual es limiti o condioni l'exercici del lloguer turístic dels habitatges, essent suficient el vot favorable de les tres cinquenes parts del total dels propietaris que representin les tres cinquenes parts de les quotes de participació. I la mateixa majoria és l'exigida per incrementar les quotes en la participació de les despeses comunes de l'habitatge on es dugui a terme l'activitat sempre que no es tracti d'un increment superior al 20 %. D'altra banda, es recull de manera expressa la irretroactivitat dels acords.

La doctrina de la DGSJYFP ha delimitat l'àmbit i l'abast d'aquesta norma legal:

1. De conformitat amb la doctrina de la DGSJYFP, l'acord que tingui per objecte, no la limitació de l'ús turístic dels habitatges sinó l'autorització expressa d'una activitat turística, exigirà unanimitat (Resolució de la DGSJYFP de 19 de desembre de 2019).
2. Cal tenir present que la majoria reduïda de tres cinquenes parts del total de propietaris que representin les tres cinquenes parts de les quotes de participació només és aplicable a l'ús o explotació turística específic regulat a la normativa sectorial, de tal manera que la resta (per exemple, l'hostatgeria o destí vacacional diferent del regulat a la

normativa sectorial) quedarà subjecte a la regla general. Resolució de la DGSJYFP de 22 de juny de 2022.

3. Les Resolucions de la DGSJYFP de 22 de gener de 2021 i 21 de desembre de 2022 afirmen que l'article 17.12 de la LPH no només empara limitar o condicionar l'activitat de lloguer turístic dels habitatges, sinó una prohibició absoluta de l'activitat.

4. Segons la resolució de la DGSJYFP d'1 de desembre de 2021, l'article 17.6 de la LPH no permet acollir-se a la majoria de tres cinquenes parts del total de propietaris que representin les tres cinquenes parts de les quotes de participació quan les limitacions no afectin únicament als pisos destinats a lloguer turístic.

Finalment, l'Audiència Provincial de Madrid en la seva sentència número 238/2021, de 16 de juny de 2021, afirma que no pot subsumir-se en el concepte de lloguer d'ús turístic el lloguer d'un habitatge l'ús del qual està destinat a ser compartit entre diferents persones, que ha d'equiparar-se al lloguer d'habitatge atès que té per objecte satisfer la necessitat personal i permanent d'habitatge per part dels arrendataris.

Cal tenir, tanmateix, present el contingut de la Resolució de la DGSJYFP de 27 abril de 2021, que estableix:

- a) És necessària la unanimitat pels acords que impliquin modificació del títol constitutiu.
- b) Un dels supòsits en què la mateixa llei exceptua la unanimitat és el previst a l'apartat 12 de l'article 17 de la LPH introduït pel Reial Decret llei 7/2019, d'1 de març, que redueix la majoria necessària al vot favorable de les tres cinquenes parts que alhora representin les tres cinquenes parts de les quotes de participació.
- c) D'acord amb les exigències del principi de legitimació registral recollit a l'article 38 de la Llei Hipotecària, si en el Registre apareguessin inscrits drets de domini adquirits per terceres persones en un moment posterior a la data d'adopció dels acords de modificació dels Estatuts, encara que sigui mitjançant un acord col·lectiu, és necessari que compti amb el consentiment dels nous titulars d'elements privatis, que no poden veure's perjudicats per limitacions no inscrites en el moment de la seva adquisició. (Articles 5 LPH i 13, 17, 32, 38 i 20 de la Llei Hipotecària). Si bé matisa aquesta doctrina consolidada en el sentit de què en tractar-se d'un acord pel qual es requereix el vot favorable de les tres cinquenes parts del total dels propietaris que representin tres cinquenes parts de les quotes de participació, havent

acceptat propietaris que compleixen aquest quòrum, considera l'acord com inscriptible.

I quant a l'abast de l'apartat 12è de l'article 17 de la LPH, cal apuntar la Resolució de la DGSJYFP de 7 de novembre de 2022, que afirma:

a) Es planteja la controvèrsia sobre la inscriptibilitat de la següent clàusula estatutària: «Se prohíbe el destino de los locales y pisos a hospederías, residencias de estudiantes, así como la explotación como viviendas turísticas, apartamentos turísticos u otro régimen, cualesquiera que fuese su denominación, contemplado o no por la normativa sectorial turística, que implique o suponga genéricamente prestación de alojamiento turístico». Aprovada mitjançant un acord adoptat amb el vot favorable dels que representen del 69,90 % del total de les quotes de participació i havent-hi votat en contra el restant 30,10 %.

El registrador fonamenta la seva negativa a la inscripció esgrimint que excedeix de l'excepció prevista a l'apartat 12è de l'article 17 de la LPH (la clàusula concreta es refereix a hostalatge i residència d'estudiants) i que, per tant, és precisa la unanimitat.

b) Conclou la DGSJYFP que l'article 17.12 LPH redueix la majoria exigida per adoptar l'acord específic al qual la mateixa es refereix però no permet que aquesta excepció a la norma general de la unanimitat es pugui estendre a acords relatius a altres usos dels habitatges o locals com és el d'hostalatge o habitatges turístics en règim diferent de l'específic derivat de la normativa sectorial turística, o residències d'estudiants, a què es refereix expressament la norma estatutària debatuda.

5. Jurisprudència a l'àmbit del dret civil català

Com a exemple, cal analitzar, entre d'altres, les següents sentències.

5.1. Tribunal Superior de Justícia de Catalunya

La **Sentència de la Secció 1^a de la Sala Civil i Penal del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya núm. 4/2019, de 24 de gener**, que es fonamenta en les Resolucions de la Direcció General de Seguretat Jurídica i Fe Pública de

27 de juny de 2018 i la Resolució de la Direcció General de Dret, Entitats Jurídiques i Mediació de 6 de febrer de 2017.

El supòsit de fet es resumeix en si l'adquirent d'un immoble que disposava de llicència d'ús turístic pot continuar portant a terme l'activitat, front l'oposició de la Comunitat de Propietaris, la qual amb anterioritat havia acordat, i inscrit al Registre de la Propietat, una modificació estatutària que ho impedia expressament.

La resolució de la Direcció General dels Registres i del Notariat de 27 de juny de 2018 diu que «*L'autorització administrativa per a l'inici o la continuació de l'activitat no constitueix cap mena de dret real que segueixi l'habitatge en la seva transmissió, sinó que és la limitació específica d'uns determinats usos degudament inscrita en el Registre la que té abast real, inherent a la propietat que s'adquireix i que exclou altres usos possibles*».

La resolució de la Direcció General de Dret, Entitats Jurídiques i Mediació de 6 de febrer de 2017 posa de manifest que si un propietari ha adquirit el seu element privatiu en un moment en què en el Registre de la Propietat no hi constaven les normes de la comunitat que limitaven un ús determinat del mateix no pot ser privat d'aquest ús contra la seva voluntat. Ara bé, quan transmeti l'immoble, els adquirents que tindran coneixement de la limitació, ja no podran iniciar l'ús prohibit, o si s'escau, hauran de cessar en aquest ús.

Al fil d'ambdues resolucions, la sentència determina que encara que s'adquireixi un habitatge habilitat com a pis turístic amb l'autorització administrativa pertinent concedida al titular anterior, si les normes estatutàries han estat objecte de modificació incloent la prohibició del mateix, constant inscrita aquesta limitació al Registre de la Propietat no pot admetre's una exempció permanent per a algun dels pisos i el nou adquirent no podrà exercir aquesta activitat quedant obligat al seu cessament, si així ho insta la comunitat d'acord amb l'article 553-11.3 i l'article 553-40.1 i 2 del CCCat (en la redacció vigent en el moment de produir-se els fets).

Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya de 13 de setembre de 2018, la qual ha establert que un canvi en els estatuts d'una comunitat de veïns prohibint els pisos turístics a l'edifici no afecta la continuïtat dels habitatges que ja funcionaven com a tals abans que s'aprovessin les restriccions.

En aquest cas, la Comunitat de Propietaris va adoptar l'acord de modificació dels Estatuts per prohibir l'ús turístic després que un dels propietaris comunicés a l'administradora de la Comunitat la seva intenció de portar a terme aquesta activitat. Si bé el Jutjat de Primera Instància

i l'Audiència Provincial van considerar l'acord comunitari vàlidament adoptat i que afectava la demandant, el Tribunal Superior de Justícia de Catalunya va estimar el recurs de la demandant, concloent que la validesa d'aquest acord requereix que s'adopti pels òrgans competents amb el quòrum de quatre cinquenes parts, que aquests acords no poden tenir efectes retroactius respecte d'aquells titulars d'entitats que sense que constés inscrita la limitació en el Registre de la Propietat i que a més votessin en contra del mateix; de manera que si bé el propietari no pot impedir l'adopció de l'acord, la Comunitat ha de respectar la destinació turística escollida pel mateix amb anterioritat a la seva adopció.

Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya de 19 de maig de 2016. La Sentència recorda els principis que inspiren l'ordenament civil de Catalunya, fent esment de l'article 111.6 de la llei primera del CCCat en què s'estableix el principi de llibertat civil, de manera que les activitats que no poden portar-se a terme a la finca per voluntat de la Comunitat han de trobar-se expressament prohibides o limitades en els seus Estatuts. Estatuts que hauran de constar inscrits en el Registre de la Propietat per la seva oposabilitat a tercers i, sense que aquesta limitació pugui tenir caràcter retroactiu.

Disposa la Sentència que no es tracta d'una activitat il·lícita ni legalment prohibida, sinó expressament permesa per normes de rang legal (Llei d'habitatge de 2007).

Així mateix, afirma que l'activitat en abstracte no suposa per se un dany o perill per a l'edifici atès que l'ús intensiu dels elements comunitaris no és exclusiu d'aquest tipus d'activitat sinó compartit amb unes altres com, per exemple, despatxos professionals o locals oberts al públic, el qual pot ser compensat mitjançant el mecanisme previst en l'article 553.45.4 CCCat (increment de la participació en les despeses comunes que correspon a una entitat concreta en el cas d'ús o gaudi especialment intensiu dels elements o serveis comuns previst pel títol constitutiu o la junta).

De manera, que no estant expressament prohibida l'activitat a les normes estatutàries, l'acció exercida per la Comunitat de Propietaris és l'acció de cessació de la comunitat, tractant-se de determinar si l'activitat portada a terme en certs departaments és contrària a la convivència normal en la comunitat (articles 553.40 i 553.47 CCCat).

5.2. Audiència Provincial de Barcelona i Jutjat de Primera Instància nº49 de Barcelona

Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona núm. 422/2016 de 29 de setembre. Convé remarcar l'èmfasi en el concepte de modulació de l'ús, afirmant que la modulació que es pugui realitzar mitjançant els acords de la Comunitat d'un ús concret, no suposa ni una restricció ni una disminució de les facultats d'aquest ús. Invoca l'article 553.11 del CCCat que recull el règim jurídic aplicable als Estatuts de les comunitats dividides en propietat horitzontal, permetent normes que comprenguin regles referents al destí, ús i aprofitament dels elements privatius i dels elements comuns, així com regles relatives a limitacions d'ús i altres càrregues dels elements privatius, juntament amb regles que limitin les activitats que puguin realitzar-se en els elements privatius.

Per tant, conclou la sentència, les modulacions d'ús són perfectament admissibles i acceptades tant pels Estatuts com per les normes de règim intern, i ajustades a la legalitat vigent.

Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona 442/2014, de 13 d'octubre. El seu interès rau en la invocació, per una de les parts, de l'existència d'una prohibició en l'edifici d'exercir activitats d'hostalatge i que de les proves aportades es desprèn un pacte tàcit entre els copropietaris per destinar les plantes superiors a habitatge, despatx o oficines i la part inferior a usos comercials, existint una voluntat contrària a la instal·lació de l'hostalatge.

Sosté la sentència que la doctrina jurisprudencial és pràcticament unànime en considerar que la simple descripció de l'immoble no pot suposar una limitació de l'ús o de les facultats dominicals, sinó que l'eficàcia d'una prohibició d'aquesta naturalesa exigeix d'una estipulació clara i precisa que l'estableixi.

De manera, que no resultant ni del títol constitutiu ni dels Estatuts la limitació per l'exercici de cap activitat lícita, davant un supòsit d'un pacte tàcit no es poden constrènyer les facultats dominicals del propietari. (STS 12 de setembre de 2013).

Sentència del Jutjat de Primera Instància número 49 de Barcelona, número 127/2016 d'1 de juny. La idea central d'aquesta sentència, que confirma la qualificació registral, és que perquè les limitacions en el dret de propietat tinguin abast real i exclouent d'altres usos possibles és necessari, d'una banda, que estiguin degudament reflectides en els estatuts amb claredat i, que, com a limitatius de drets siguin aprovats per unanimitat sense que pugui constar un vot en contra d'algun dels propietaris al qual se

li està limitant un dret; de manera que l'article 553.24.5 del CCCat exigeix unanimitat per l'adopció d'aquests acords, o el consentiment exprés dels propietaris afectats.

Sentència Audiència Provincial de Barcelona de 29 de juny de 2019, núm. 205/2019, de 29 de juny. S'ha de tenir en compte que es tracta d'un supòsit de nul·litat d'un acord per no haver estat previst a l'ordre del dia, preveient la sentència que, malgrat aquesta nul·litat i essent els acords obligatoris i vinculants per tots els propietaris des de la seva adopció en virtut dels articles 553.29 i 553.30 del CCCat, que és necessari, als efectes que l'acord no esdevingui vàlid per la falta d'impugnació, la seva impugnació (encara que la comunitat no l'hagués inscrit al Registre de la Propietat i encara que la comunitat no l'hagués exercit, sense que aquest no exercici pugui interpretar-se com un desistiment de la seva validesa).

Sentència Audiència Provincial de Barcelona de 23 de març de 2021, núm. 190/2021, de 23 de març; Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona de 28 de juliol de 2020, núm. 685/2020, de 28 de juliol; Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona de 21 d'abril de 2021, núm. 256/2021, de 21 d'abril. Aquestes sentències tenen com a comú denominador la conclusió que cal limitar la legitimació passiva per l'exercici de l'acció de resolució del contracte d'arrendament per causa de cessió o subarrendament inconsistent, a qui consti contractualment que ostenta la condició d'arrendatari.

Es fa palès que es desprèn de la doctrina jurisprudencial que quan un immoble arrendat per una persona individual o jurídica esdevé ocupat per algú altre, sigui per cessió, traspàs o subarrendament, tota modificació subjectiva introduint tercers en la relació arrendatícia en connivència amb l'arrendatari -i sent indiferent si l'ocupació pel tercer té lloc de manera exclusiva i exclouent o compartida amb l'arrendatari- sense el consentiment de la part arrendadora o sense el compliment dels requisits legals, és causa de resolució contractual, d'acord amb la LAU (articles 8 i 27).

Pel que fa a la càrrega de la prova en el cas de subarrendaments o cessions no consentides d'immobles arrendats, constitueix també doctrina jurisprudencial que no es requereix una prova directa de tots els requisits, considerant suficient l'ocupació per una persona estranya al contracte per deduir l'existència d'un subarrendament, com una presumpció *iuris tantum* de cessió, amb la càrrega de la prova de l'arrendatari.

Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona de 17 de juny de 2020, núm. 153/2020, de 17 de juny. Aquesta sentència invoca la sentència del TSJCat de 19 de maig de 2016, que es pronuncia en el sentit que no pot declarar-se en abstracte que l'habitatge d'ús turístic comporta una activitat

no permesa i incompatible amb la convivència quan es trobi en comunitats d'habitatges d'ús residencial sotmeses a les regles de la propietat horitzontal, tot mantenint que l'ús intensiu dels elements comunitaris no és exclusiu d'aquest tipus d'activitat i que pot ser compensat amb l'activació del mecanisme previst a l'article 553.45.4CCC. Sent, per tant, necessari analitzar cada concreta activitat en cada supòsit concret a fi de determinar si per la forma del seu exercici pot ser qualificada de conducta contrària a la normal convivència de la comunitat.

Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona de 23 de setembre de 2020, núm. 717/2020 de 23 de setembre. Aclareix que la raó de l'atribució de responsabilitat al demandat ho és en la seva condició d'arrendatari, que té l'obligació de destinar l'habitatge a l'ús pactat, i qui, d'altra banda, ostenta la possessió immediata de l'immoble.

Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona de 16 de setembre de 2022, núm. 461/2022, de 16 de setembre. Es declara que la modificació dels estatuts per prohibir l'ús o destí turístic dels elements privatis no pot tenir caràcter retroactiu. En el cas de Catalunya, a diferència de la Llei de Propietat horitzontal de 21 de juliol de 1960, la modificació dels Estatuts no requereix l'acord unànime dels membres de la comunitat sinó només de les quatre cinquenes parts, incloses les limitacions a l'ús dels elements privatis segons resulta del disposat a l'article 553.25.2 en relació amb l'article 553.11 del CCCat.

No és procedent en aquests casos (excepte que la modificació estatutària es referís específicament a l'ús d'un pis o local concret i no a la generalitat dels departaments de la comunitat, la previsió del CCCat (art. 553.25.4), en la seva primitiva redacció, conforme a la qual els acords que disminueixin les facultats d'ús i gaudi de qualsevol propietari o propietària requereixen que aquest consenti expressament, atès que d'interpretar-ho en aquest sentit deixaria buida de contingut la possibilitat de modificar els Estatuts amb el règim de les 4/5 parts.

Conseqüentment, l'acord que limiti les activitats que poden realitzar-se en els elements privatis, adoptat per la comunitat amb el quòrum previst a l'article 553-25.2 del CCCat (actualment art. 553-26.2) és vàlid i inscripció al Registre de la Propietat.

Qüestió ben diferent és que el canvi de destí sigui oposable amb efectes retroactius a tercers que havien adquirit els pisos o locals sense que constés inscrita la limitació en el Registre de la Propietat en impedir-ho l'article 553.11.3 del CCCat (tant en la redacció anterior com en l'actual) i en relació amb l'article 9.3 CE.

Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona de 8 de juliol de 2021, núm. 308/2021 de 8 de juliol. Aquesta sentència s'inspira en la STSJ de 24 de gener de 2019 i la STSJ 74/2018, de 13 de setembre, i en la Resolució de la Direcció General de Dret, d'Entitats Jurídiques i Mediació de 6 de febrer de 2017, i resumeix la jurisprudència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya.

- La modificació dels Estatuts pot prohibir l'ús o el destí turístic dels elements privatius.
- Aquesta modificació no pot tenir caràcter retroactiu respecte a aquells que van adquirir els pisos o locals sense que constés inscrita la limitació en el Registre de la Propietat (ho impedia l'article 553.11.3 del CCCat -tant en la redacció anterior com l'actual- i perquè vulnera el principi de seguretat jurídica. (art. 9.3CE)
- L'acord, un cop inscrit, serà eficaç i oposable als futurs tercers adquirents, a més de ser-ho als actuals que no s'hi haguessin oposat.

Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona de 28 de setembre de 2021, núm. 381/2021 de 28 de setembre. Recull la no possibilitat de destinar un habitatge a ús turístic si aquesta activitat està prohibida per l'ordenació d'usos o si està limitada pels Estatuts de la comunitat en edificis en règim de propietat horitzontal, d'acord amb l'article 553.11 del llibre V del CCCat, recordant que el propietari de l'habitatge és responsable del destí que dona al mateix a tots els efectes, incloses les obligacions i limitacions derivades del règim de propietat horitzontal, enfront de la comunitat de propietaris i de tercers, de conformitat amb els articles 553.37, 553.40 i 553.47 del CCCat —reguladors de les activitats molestes— tot apuntant que no escau distingir entre pis i apartament turístic, atès que preval, en tot cas, el destí turístic.

6. Doctrina de la Direcció General de Dret, Entitats Jurídiques i Mediació

Resolució Direcció General de Dret, Entitats Jurídiques i Mediació de 25 d'octubre de 2016.

1. En primer lloc, resol l'àmbit temporal de l'aplicació de la nova redacció donada a l'article 553.25.4 del CCCat per la *Llei 15/2015, de 13 de maig*, en els següents termes:

a) En el present recurs se suscita la qüestió de quina versió de l'article 553-25.4 CCCat és aplicable a l'acord de modificació estatutària referent a la limitació d'usos turístics dels departaments. La Junta de Propietaris va adoptar l'acord de modificació dels estatuts en la reunió celebrada el dia 17 de març de 2015, quan era vigent la redacció originària de l'article 553-25.4 del CCCat aprovat per la Llei 5/2005, de 10 de maig. Però l'acord de ratificació es va produir en una junta posterior, celebrada el dia 1 de març de 2016, quan regia una nova redacció de l'esmentat article 553-25.4 CCCat que resulta de la Llei 15/2015, de 13 de maig. Com a regla general, s'aplica als acords de la junta de propietaris la normativa vigent en el moment en el qual es van prendre, sense que les modificacions posteriors de la llei, siguin més beneficioses o més restrictives, afectin la validesa de l'acord.

b) Els acords adoptats vàlidament per la junta de propietaris són executius immediatament després que l'acta hagi estat notificada als propietaris, segons l'article 553-29 del CCCat, i vinculen a tots els propietaris (article 553-30 CCCat). De conformitat amb aquests preceptes, és aplicable a l'acord de la junta de propietaris de data 17 de març de 2015 la legislació aplicable en el moment en què l'acord es va adoptar, és a dir, el moment en el qual havia transcorregut un mes des que s'havia notificat a tots els propietaris l'acord pres a la junta.

c) Argumenta la resolució que si l'acord adoptat en la primera junta és vàlid, és innecessària la ratificació, i si és nul, la ratificació no li afegeix validesa, sinó que cal adoptar-ne un de nou amb tots els requisits de convocatòria i legalment exigibles, inclosa l'elevació a públic en el cas que es volgués inscriure al registre de la propietat:

«Si aquests o altres propietaris consideren que cal invalidar l'acord primerament adoptat, la llei disposa de mecanismes per a demanar la celebració d'una junta per decidir de nou sobre la qüestió, (...) formada la voluntat col·lectiva a través de l'adopció del corresponent acord, només un segon acord modificatiu de l'anterior, adoptat en la forma deguda, podria deixar-lo sense efecte».

2. Dels requisits per incloure en els estatuts una limitació d'ús dels habitatges, la mateixa Resolució exposa la següent evolució en els pronunciaments de la Direcció General de dret, Entitats jurídiques i Mediació:

* La *Resolució de 21 d'abril de 2010* entenia que l'acord pres era invàlid sense el consentiment del propietari que va votar en contra de l'acord, però no posà en qüestió, que l'acord es pogués adoptar en junta de propietaris i no calgués un consentiment individualitzat de tots i cadascun dels propietaris; tot i que semblava que la unanimitat era necessària.

*La *Resolució de 28 d'octubre de 2013* acceptà que calia el consentiment exprés dels propietaris afectats, és a dir, que calia que aquests haguessin votat a favor de l'acord, però s'entenia que això no suposava recuperar de forma encoberta la unanimitat, sinó que l'article 553-25.4 imposava una majoria qualificada, en el sentit que d'aquesta n'havia de formar part el propietari afectat, i deixava clar que la manca d'aquest consentiment afectava la validesa de l'acord.

*La *Resolució de 9 d'octubre de 2014* mantingué que no calia la unanimitat, sinó una majoria qualificada, ja que si no la innovació del llibre V del CCCat corria el risc d'aplicar-se només en supòsits excepcionals o residuals, però que calia trobar un punt d'equilibri entre els interessos de la majoria i els de la minoria, fins i tot si aquesta està representada per un sol propietari.

Per això aquesta resolució arribà a la conclusió que la necessitat d'aquest consentiment no hauria d'afectar la validesa de l'acord que recollís la voluntat majoritària, però s'hauria de salvar l'interès del propietari que no renunciés a exercitar en el futur la facultat limitada, el que vindria a exigir el consentiment exprés del propietari afectat per la limitació.

*La *Resolució de 14 d'octubre de 2014* avançà que l'article 553- 25.4 s'aplicava tant a limitacions relatives a l'ús i gaudi d'un element comú com a la totalitat dels elements privatius, i que no s'havia de distingir entre un ús actual i un ús potencial; confirmà que l'acord de limitació de facultats d'ús i gaudi es pot adoptar en junta de propietaris, i interpretà que «és dins de l'àmbit d'aquesta mateixa junta de propietaris on s'haurà de donar el consentiment exprés a què al·ludeix l'article 553-25.4 del CCCat. I correspondrà al secretari de la comunitat de propietaris certificar quins són els propietaris dels departaments privatius que han assistit a la reunió, presents o representats, i que han donat aquest consentiment exprés que la llei exigeix». En aquell cas, mancava el consentiment exprés d'un propietari que havia assistit a la reunió però s'havia abstenut en la votació; no gensmenys, per a la formació de la voluntat col·lectiva aquesta darrera resolució admeté l'aplicació de l'article 553-26.2 del CCCat, i expressà que «(...) no podem equiparar el sentit de la voluntat del propietari que, havent assistit a la reunió i havent participat en el debat, ha decidit abstenir-se, a aquell propietari que, degudament convocat, ni hi ha assistit, ni hi ha participat, ni, en el termini d'un mes, s'hi ha oposat. En el cas d'aquest darrer propietari la llei atribueix directament a la seva actitud el sentit d'una declaració de voluntat en

sentit positiu que s'equipara al consentiment al qual es refereix l'article 553-25.4 del CCCat.»

* La *Resolució de 7 de gener de 2015*, equiparà la manca d'oposició dels no assistents a la reunió a un consentiment per disposició legal.

* Les *Resolucions de 7 i 14 de juliol de 2015* consideraren invàlid l'acord perquè a la junta hi havia el vot en contra d'alguns propietaris i semblaren recuperar la norma de la unanimitat com a requisit de validesa de l'acord.

* La *Resolució de 15 d'octubre de 2015* clarifica que el règim jurídic de l'adopció d'acords limitadors de les facultats d'ús i gaudi de qualsevol propietari distingeix dues situacions diferents: en relació amb els propietaris assistents a la reunió, cal que consentin expressament l'acord, sense que es pugui considerar l'abstenció com una manifestació en aquest sentit; però pel que fa als propietaris que no hi assisteixen, se'ls aplica el règim de l'article 553-26.2 CCCat, que dona a l'abstenció de conducta un significat positiu.

Resolució de la Direcció General de Dret, Entitats Jurídiques i Mediació de 6 de febrer de 2017. Inspiradora, junt amb la STSJ de 24 de gener de 2019 i la STSJ 74/2018, de 13 de setembre, de la SAP de 8 de juliol de 2021, anteriorment relacionada. D'aquesta resolució és necessari subratllar les següents conclusions:

1. Si un propietari ha adquirit un element privatiu en un moment en què en el Registre no hi constava inscrita la limitació d'un ús determinat del mateix, no pot ser privat d'aquest ús contra la seva voluntat. De manera que el propietari dissident podrà seguir utilitzant l'element privatiu de forma ajustada al què estableixen els Estatuts quan el va adquirir durant el temps en què sigui propietari.
2. Aquest mateix propietari no pot oposar-se ni impedir que la norma comunitària aprovada amb la majoria del 80 % o més accedeixi al Registre de la Propietat.
3. Aquesta norma comunitària, un cop inscrita, serà oposable als futurs adquirents que es veuran privats de l'ús que les normes limiten o prohibeixen. En atenció a això, aquests nous adquirents no podran iniciar l'ús prohibit o, si és el cas, hauran de cessar en aquest ús.

En conseqüència, és fonamental tenir present que el factor decisiu a considerar és si quan va adquirir el propietari la norma estatutària limitativa de l'ús o destí de la finca estava inscrita o no en el Registre de la Propietat. Essent irrellevant la concessió de la llicència. Atès que la Sentència de 24 de gener de 2019 ja indica que l'autorització administrativa per a l'inici o continuació de l'activitat no constitueix cap classe de dret real que segueix l'habitatge en la seva transmissió, sinó que és la limitació específica d'uns determinats usos degudament inscrita en el Registre la que sí té abast real, inherent a la propietat que s'adquireix i que exclou altres usos possibles. (Resolució DGRN 27 de juny de 2018 :

«(...) Verificada la inscripción en el Registro de la Propiedad con unos usos determinados cuyo reflejo consta en la forma establecida en el artículo 45 transcrito, cualquier modificación que de los mismos se lleve a cabo exige nuevamente la aplicación de la norma sobre inscripción en el Registro de obras nuevas (vid. artículo 28.3 de la Ley de Suelo). Y esto es así porque aunque no siempre una alteración de la descripción de la obra nueva inscrita puede implicar la exigencia de acreditación de los requisitos exigidos por la normativa urbanística, es evidente que la alteración del uso de todo o parte del edificio inscrito cuando la ley urbanística aplicable exija autorización nos reconduce a dicho supuesto en cuanto modificación del derecho de propiedad (...)».

En aquest sentit, resulta convenient fer esment a la transcendència de la constància registral. Ara bé, si fins ara el reflex registral s'ha limitat únicament a la via estatutària i en relació amb l'existència d'una norma de naturalesa limitativa o prohibitiva del destí o ús turístic, cal tenir present que l'abast de la constància registral s'ha d'estendre més enllà de la inscripció de la norma estatutària de la prohibició o limitació de l'ús o destí turístic per la seva oposabilitat a tercers. I això s'assoleix contemplant, en sentit positiu, la publicitat registral de la condició d'ús o destí turístic de l'immoble concret mitjançant nota marginal; a l'empara del que ja preveuen la Llei Hipotecària, el Reial Decret 1093/97, de 4 de juliol i la normativa urbanística.

És indubtable que la constància de la nota marginal de la condició d'ús turístic d'una finca registral al Registre de la Propietat, atesa la significació d'aquesta institució i la seva funció en l'àmbit de la seguretat jurídica i en el tràfic econòmic implica la plena coordinació entre l'àmbit públic i l'àmbit privat. No només suposa un increment notable de la seguretat en el tràfic jurídic i econòmic, sinó que evita l'evasió fiscal, millora la protecció dels consumidors de pisos turístics, disminueix la judicialització de conflictes comunitaris i entre particulars, coadjuva a un control més eficient de

l'Administració i proporciona informació valuosa a la ciutadania que a través de la publicitat registral, pot tenir coneixement, a més del contingut que li és propi, de si un pis té concedit el títol habilitant d'ús turístic així com si en una concreta comunitat o divisió horitzontal hi existeixen entitats amb aquest destí o ús atribuït.

Resolució de la Direcció General de Dret, Entitats Jurídiques i Mediació de 20 de juliol de 2018. En aquesta resolució, invocant la darrera de 6 de febrer de 2017 en la que ja es va aplicar la normativa actual i que va modificar parcialment la doctrina anterior, entenent que la limitació d'us aprovada amb el vot favorable de més del 80 % és inscriptible tot i que no afectarà el propietari dissident, ajustant-se el quòrum previst a l'article 553.26.2 del CCCat i quedant exclosa l'aplicació de l'article 553.25.4 del CCCat en la seva redacció actual. Afirma que amb posterioritat a l'entrada en vigor de la nova redacció d'aquest article (20.06.2015) en virtut de la Llei 5/2015, del 13 de maig, de modificació del llibre Cinquè del CCCat, els acords que privin qualsevol propietari de les facultats d'ús i gaudi d'elements comuns no han d'afectar els titulars que no els consentin expressament, però els acords que limitin els usos de tots els elements privatius són vàlids i inscriptibles amb els quòrums expressats.

Sosté que les limitacions del domini en la propietat horitzontal tenen causa en la mateixa existència de la comunitat, que implica que tots els elements privatius integren una edificació; el que necessàriament imposa adoptar acords per part del conjunt de propietaris.

Per concloure, malgrat que l'acord sobre limitació del dret d'ús és vàlid i inscriptible des de la data en què va ser assolit amb el quòrum legalment exigít, el propietari dissident si bé no pot impossibilitar que aquest acord regeixi en la vida de la comunitat i en relació amb els tercers adquirents si s'inscriu al Registre de la Propietat, sí que pot impedir que s'apliqui a la seva entitat la restricció de la facultat de destinar-la a habitatge turístic; i això, perquè quan va adquirir el seu dret de propietat aquesta facultat estava integrada en el domini de l'habitatge; per la qual cosa, cal que de la redacció de l'escriptura de modificació d'estatuts quedi determinada l'entitat transitòriament exceptuada de la limitació d'ús acordada.

El pacte comissori en la jurisprudència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya*

Rosa Milà Rafel

Investigadora Ramón y Cajal
Universitat Pompeu Fabra

Sumari

1. Introducció

2. Jurisprudència del TSJC sobre la validesa de les garanties reals atípiques que incorporen un pacte comissori

- 2.1. Compravenda a carta de gràcia: jurisprudència del TSJC anterior al llibre cinquè del Codi Civil de Catalunya
- 2.2. Opció de compra amb funció de garantia: jurisprudència del TSJC relativa al llibre cinquè del Codi Civil de Catalunya

3. Pacte comissori en el llibre cinquè del Codi Civil de Catalunya

- 3.1. Absència d'una regla general prohibitiva de pacte comissori en els drets reals de garantia
- 3.2. Pacte admès en base al principi de llibertat civil, amb el límit de l'enriquiment injustificat, l'avantatge injust i la lesió en més de la meitat i la nul·litat per usura

4. Caràcter instrumental de la prohibició de pacte comissori en el dret estatal

5. Conclusions

6. Bibliografia

7. Llista de sentències i resolucions citades

* Treball que forma part dels estudis del Grup de recerca consolidat en dret patrimonial 2021 SGR 00946, finançat per l'Agència de Gestió d'Ajuts Universitaris i de Recerca de la Generalitat de Catalunya i dirigit pel Dr. Josep Ferrer i Riba (Universitat Pompeu Fabra, Barcelona).

1. Introducció

L'objecte d'aquest treball és l'estudi de la jurisprudència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya (en endavant, TSJC) relativa a la licitud, en el dret català, del pacte comissori en els drets reals de garantia. El pacte comissori ha estat definit com l'acord o operació contractual en virtut de la qual, en el marc d'una relació jurídica de garantia real, les parts convenen que el creditor podrà apropiarse o disposar de la cosa donada en garantia, al marge dels procediments d'execució judicials o extrajudicials previstos legalment, en cas que el deutor incompleixi l'obligació garantida.¹

La prohibició de pacte comissori té el seu origen en el dret romà, que el considerava nul, excepte quan es complien els requisits de l'anomenat pacte marcià. El Codi civil espanyol (en endavant, CCE), seguint la tradició del seu dret històric contingut a *Las Partidas*, prohibeix de manera expressa el pacte comissori en els drets reals de garantia de penyora i d'hipoteca (article 1859 CCE),² així com en el dret d'anticresi (article 1884 CCE).³ La doctrina i la jurisprudència espanyoles sostenen l'imperativitat del pacte comissori, així com la nul·litat del pacte en contrari, si bé es defensen

1 REGLERO CAMPOS, Luis Fernando, «El pacto comisorio», a: LAUROBA LACASA, María Elena; MARSAL GUILLAMET, Joan (eds.), *Garantías reales mobiliarias en Europa*, Madrid, Barcelona, Marcial Pons, 2006, p. 254; i CORDERO LOBATO, Encarna, «Comentario al artículo 1859 del Código Civil», a: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Comentarios al Código civil*, Tomo IX, (Arts. 1760 a Disposiciones adicionales), València, Tirant lo Blanch, 2013, p. 12760.

2 D'acord amb l'article 1859 CCE: «El acreedor no puede apropiarse las cosas dadas en prenda o hipoteca, ni disponer de ellas».

3 Segons l'article 1884 CCE: «El acreedor no adquiere la propiedad del inmueble por falta de pago de la deuda dentro del plazo convenido. Todo pacto en contrario será nulo. Pero el acreedor en este caso podrá pedir, en la forma que previene la Ley de Enjuiciamiento Civil, el pago de la deuda o la venta del inmueble».

algunes excepcions a la regla, com el pacte *ex intervallo* i el pacte marcià.⁴ A més, hi ha consens en la jurisprudència⁵ i la doctrina,⁶ en considerar que la prohibició de comís dels béns gravats no només s'aplica en el marc de les garanties reals típiques, sinó també en les anomenades garanties reals atípiques, categoria en la que s'inclouen, entre d'altres, la venda en garantia amb pacte de retro, l'opció de compra en garantia, la promesa de venda també amb finalitat de garantia, la dació en pagament pactada en el moment de la concessió del crèdit o l'arrendament financer (*leasing back* o *lease* de retorn).⁷

La finalitat de la prohibició de pacte comissorí és protegir el deutor o el pignorant o hipotecant no deutor, en el sentit d'evitar que, en virtut del pacte, el creditor s'enriqueixi injustificadament apropiant-se d'un bé de valor notablement superior a l'import del deute. A més, la prohibició tutela l'interès de la resta de creditors del deutor o propietari del bé gravat a cobrar els seus crèdits amb el romanent de valor que podria quedar després de l'execució. Per altra banda, la prohibició pretén evitar situacions d'abús en les que el deutor necessitat de finançament i en una situació d'angoixa es vegi obligat a consentir, abans o en el moment de la concessió del crèdit, el comís del bé pel creditor en perjudici dels seus interessos.⁸

4 CORDERO LOBATO, Encarna, «Ejecuciones alternativas de garantías reales y pacto comisorio», a: MARQUÉS MOSQUERA, Cristina; DE LA CÁMARA ENTRENA, Blanca (coords.), *Las garantías en el derecho mercantil: problemática actual*, Fundación Notariado, 2021, p. 624.

5 Entre les més recents vegeu la STS, 1ª, 312/2020, 1ª, 4.2.2020 (ECLI:ES:TS:2020:312; MP: Juan María Díaz Fraile), d'acord amb la qual: «la prohibición del pacto comisorio no se circunscribe a los contratos de garantía típicos, sino que resulta también aplicable a los negocios indirectos que persigan fines de garantía, pues de lo contrario el principio de autonomía de la voluntad reconocido en el artículo 1.255 del Código Civil permitiría la creación de negocios fraudulentos, y en tal caso, descubierto el fraude, habría de aplicarse igualmente la prohibición tratada de eludir, siendo nulas las estipulaciones contrarias al espíritu y finalidad de aquélla (cfr. art. 6 núm. 4 CC)» (FD 2on, 2.1).

6 REGLERO CAMPOS, «El pacto comisorio», p. 254; CORDERO LOBATO, «Comentario al artículo 1859 del Código Civil», p. 12760; AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina de, «Retroventa, Pacto Comisorio, Usura: Criterios Delimitadores (y Carta de Gracia)», a: CARRASCO PERERA, Ángel, *Tratado de la Compraventa: Homenaje a Rodrigo Bercovitz*, Vol. 2, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2013, p. 1332.

7 CORDERO LOBATO, «Ejecuciones alternativas de garantías reales y pacto comisorio», p. 627.

8 FERRER RIBA, Josep, «Els drets reals de garantia», *Civil III*, 5a ed., FUOC, Barcelona, 2022, p. 13; AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, «Retroventa, Pacto Comisorio, Usura...», p. 1332.

El llibre cinquè del Codi civil de Catalunya (en endavant, CCCat), relatiu als drets reals,⁹ reconeix, com a contingut essencial dels drets reals de garantia, el *ius distrahendi*. És a dir, la facultat del creditor de realitzar el valor de la cosa, d'acord amb els procediments legalment establerts, en cas d'incompliment de l'obligació garantida per, amb l'import obtingut, cobrar el deute. En concret, l'article 569-2.1.b) CCCat preveu, entre els efectes dels drets reals de retenció, penyora i anticresi, «la realització del valor del bé, en els casos i de la manera que estableix aquest codi». I l'article 569-2.3 CCCat assenyalava que «l'efecte del dret real d'hipoteca és la realització del valor del bé en els casos i de la manera que estableixen aquest codi i la legislació hipotecària».

A diferència del CCE, el CCCat no conté un precepte que prohibeixi de manera expressa el pacte comissori en els drets reals de garantia. Tampoc contenen una previsió en aquest sentit les lleis catalanes anteriors al llibre cinquè relatives als drets reals de garantia: la Llei 22/1991, de 29 de novembre, de garanties possessòries sobre cosa moble¹⁰ i la Llei 19/2002, de 5 de juliol, de drets reals de garantia.¹¹ A més, els articles 1859 i 1884 CCE no poden ser aplicats de manera supletòria en el dret civil català, perquè el CCCat conté una regulació dels drets reals de garantia.¹² Per això, la doctrina i la jurisprudència catalanes s'han qüestionat l'admissibilitat en l'ordenament jurídic català dels acords relatius a l'execució de les garanties reals fora dels procediments legalment establerts, quan aquests comporten el comís del bé per part del creditor, per ser contraris a una eventual prohibició de pacte comissori.

9 Aprovat per la Llei 5/2006, de 10 de maig, del llibre cinquè del Codi civil de Catalunya, relatiu als drets reals (DOGC núm. 4640, 24.05.2006).

10 DOGC núm. 1530, de 16.12.1991.

11 DOGC núm. 3679, de 17.7.2002. Vegeu en aquest sentit, GINEBRA MOLINS, M. Esperança, «La prohibició de comís i el pacte comissori al Llibre V del Codi Civil de Catalunya», a: BADOSA COLL, Ferran; GETE-ALONSO CALDERA, M. Carmen (dirs.), *La Adquisición y la transmisión de los derechos reales en el Código civil de Catalunya. Estudio del derecho catalán y otros sistemas jurídicos*, Col·legi de Notaris de Catalunya, Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 329.

12 En aquest sentit, MONTSERRAT VALERO, Antonio, *Curso de Derecho Civil de Cataluña: derechos reales*, València, Tirant lo Blanch, 2020, p. 605. A favor de l'aplicació supletòria de l'article 1859 CCE al dret civil de Catalunya, DEL POZO CARRASCOSA, Pedro, «Capítulo 6. El derecho a redimir en la venta a carta de gracia», a: BOSCH CAPDEVILA, Esteve; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, María Paz; BLANDINO GARRIDO, María Amalia; DE BARRÓN ARNICHES, Paloma (coord.), *Los derechos de adquisición*, 2021, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), p. 253.

A la doctrina catalana, la qüestió de si s'accepta o no el pacte comissori no ha estat, almenys fins els darrers pronunciaments del TSJC, una qüestió pacífica. Alguns autors han defensat que aquesta regla regeix en el dret civil català, ja que estaria implícita en la referència que l'article 569-2 CCCat fa a «la realització del valor del bé, en els casos i de la manera que estableix aquest codi», en enumerar els efectes dels drets reals de garantia;¹³ o en els articles que regulen la prohibició de comís del bé en l'àmbit del dret de cens (article 565-8.7 CCCat) i del dret de superfície (article 564-5 CCCat). També s'ha afirmat que la regla prohibitiva es deriva d'una interpretació *a contrario* dels articles 569-7.3.d), 569-8.3.g) i 569-20.4.d) CCCat, que preveuen en seu de garanties possessòries de retenció i penyora que, si el bé no s'aliena en la subhasta, els creditors el poden fer seu si atorguen una carta de pagament de tot el crèdit i assumeixen les despeses del procediment. Això significaria que la regla general és la de prohibició del comís del bé pel creditor.¹⁴ Altres autors, en canvi, han defensat, en la línia del que sosté el TSJC, que a l'ordenament jurídic català no s'aplica una prohibició general de comís del bé gravat «en el sentit que expliciten els articles 1859 i 1884 CCE i, si en canvi, el principi general de no enriquiment injust».¹⁵

La jurisprudència del TSJC anterior a l'entrada en vigor del llibre cinquè del CCCat havia considerat que no regeix en el dret català una prohibició general de pacte comissori, sobre al base que s'admetia la compravenda a carta de gràcia o *empenyorament* als articles 326 a 328 de la Compilació de Dret Civil de Catalunya (en endavant, CDCC).¹⁶ En el marc de la regulació del llibre cinquè del CCCat, el TSJC s'ha pronunciat sobre la licitud en el dret català del pacte comissori en les STSJC, 12/2019, 18.2. 2019 i 16/2019,

13 En aquest sentit, vegeu PUIG I FERRIOL, Lluís; ROCA I TRÍAS, Encarna, *Institucions del dret civil de Catalunya*, 7a ed., Tirant lo Blanch, València, 2009, p. 580.

14 DEL POZO CARRASCOSA, Pedro; VAQUER ALOY, Antoni; BOSCH CAPDEVILA, Esteve, *Derecho civil de Cataluña: derechos reales*, 6a edició, Madrid, Marcial Pons, 2018, p. 531.

15 GINEBRA MOLINS, «La prohibició de comís i el pacte comissori al Llibre V...», p. 332.

16 La redacció inicial dels articles 326 a 328 de la Compilació aprovada per la Llei 40/1960, de 21 de juliol, que es va incorporar al Decret Legislatiu 171984, de 19 de juliol, pel qual s'aprovà el text refós de la Compilació de dret civil de Catalunya (DOGC núm. 456, de 27.7.1984), va ser modificada per la Llei 29/1991, de 13 de desembre, de modificació de la compilació del Dret Civil de Catalunya en matèria de venda a carta de gràcia (DOGC núm. 1537 de 3.1.1992).

28.2.2019.¹⁷ Ambdues sentències examinen la validesa d'un contracte d'opció de compra amb funció de garantia. En aquests pronunciaments el TSJC reafirma que «no s'aprecia (...) una regla general prohibitiva amb caràcter general del pacte comissori en el dret civil català, com ja sostingués aquest tribunal en la sentència 6/2002 fent-se ressò de la tradició jurídica catalana». Ara bé, tal com s'analitza en el treball, això no vol dir que el pacte comissori s'accepti en el dret civil català sense restriccions. Segons el TSJC, aquesta afirmació és sens perjudici del rebuig de qualsevol tipus d'enriquiment injustificat que es produeixi quan «les circumstàncies del cas revelin que l'apropiació del bé gravat per part del creditor comporta un inadmissible sacrifici patrimonial per al deutor, per al propietari del bé o per a tots dos».¹⁸

2. Jurisprudència del TSJC sobre la validesa de les garanties reals atípiques que incorporen un pacte comissori

Les sentències del TSJC que s'han ocupat de la licitud, en el dret català, del pacte comissori en els drets reals de garantia han recaigut en supòsits relatius a contractes de compravenda a carta de gràcia o amb pacte de retro i contractes d'opció de compra en garantia. La pràctica comercial demostra que el pacte comissori rarament s'inclou, literalment expressat com a tal, en el marc de contractes de garanties reals típiques (penyora, retenció, hipoteca i anticresi). Per contra, el més habitual és que aquest pacte es manifesti en el marc de les anomenades garanties reals atípiques,¹⁹ en

17 STSJC, Sala Civil i Penal, Sec. 1a, 12/2019, 18.2.2019 (ECLI:ES:TSJCAT:2019:1241; MP: Jordi Seguí Puntas) i 16/2019, 28.2.2019 (ECLI:ES:TSJCAT:2019:1694; MP: José Francisco Valls Gombau).

18 STSJC 12/2019, 18.2.2019, FD 2n, apt. 5; i Sec. 1a, 28.2.2019, FD 3r, apt. 5. Aquestes sentències han estat citades i aplicades a la SAP Civil, Sec. 1a, Barcelona 357/2020, 15.9.2020 (ECLI:ES:APB:2020:8121; MP: M^a Teresa Martín de la Sierra García-Fogeda).

19 DURÁN RIVACOBA, Ramón, *La Propiedad en garantía. Prohibición del pacto comisorio*, Pamplona, Aranzadi, 1998, p. 16, assenyalava que «los pactos comisorios típicos prácticamente han desaparecido del panorama jurídico español. Como es evidente, las prohibiciones contenidas en los artículos 1859 y 1884 del Código Civil se respetan al menos formalmente (...). En proporción inversa con este fenómeno, crecen las artimañas que buscan la concurrencia de tan beneficiosas facultades para el acreedor mediante las garantías atípicas».

particular en el context de contractes amb finalitat transmissora, que, si bé no són pròpiament de garantia, han estat tradicionalment utilitzats amb aquesta finalitat.²⁰

En l'ordenament jurídic català, tal com ha posat de manifest el TSJC, «les institucions jurídiques que tradicionalment s'han fet servir per a finalitats de garantia i en les quals hi pot niar un pacte comissori són l'opció de compra en funció de garantia i la compravenda a carta de gràcia o *empenyorament*».²¹ Ambdues institucions coincideixen en que incorporen un dret real d'adquisició voluntària —el dret d'opció (articles 568-8 a 568-12 CCCat), a l'opció en garantia; i el dret a redimir (articles 568-28 a 568-32 CCCat), a la venda a carta de gràcia— amb la finalitat de garantir el compliment d'una obligació pecuniària, habitualment, derivada d'un contracte de préstec, i en que poden comportar, en cas d'incompliment de l'obligació garantida, el comís del bé per part del creditor.

2.1. Compravenda a carta de gràcia: jurisprudència del TSJC anterior al llibre cinquè del Codi Civil de Catalunya

2.1.1. Compravenda a carta de gràcia amb funció de garantia

La compravenda a carta de gràcia constitueix una de les institucions tradicionals de dret civil català que es regulava als articles 326 a 328 CDCC. Actualment, aquest contracte es troba regulat als articles 621-55 i 568-28 a 568-32 CCCat, introduïts per la Llei 3/2017, del 15 de febrer, del llibre sisè del Codi civil de Catalunya, relatiu a les obligacions i els contractes,²² i que va derogar la CDCC.²³

El CCCat defineix la compravenda a carta de gràcia com aquella en la que el «venedor es reserva el dret a redimir el bé venut, amb les condicions que s'hagin pactat» (article 621-55.1 CCCat). Per altra banda, el Codi configura el dret a redimir com un «dret d'adquisició voluntària

20 En aquest sentit, STSJC, 12/2019, 18.2.2019, FD 2n, apt. 6; i 16/2019, 28.2.2019, FD 3r, apt. 6. A la doctrina, vegeu REGLERO CAMPOS, «El pacto comisorio», p. 259; CORDERO LOBATO, «Comentario al artículo 1859 del Código Civil», p. 12761; i CORDERO LOBATO, «Ejecuciones alternativas de garantías reales y pacto comisorio», p. 627.

21 STSJC 12/2019, 18.2.2019, FD 2n, apt. 6; i 16/2019, 28.2.2019, FD 3r, apt. 6.

22 DOCG núm. 7317, de 22.2.2017.

23 Disposició derogatòria, apartat primer, de la Llei 3/2017.

que faculta el venedor per a readquirir el bé venut» (art. 568-28 CCCat). El caràcter especial de la compravenda a carta de gràcia, que la diferencia de la compravenda en general i en justifica la seva regulació com un contracte típic i autònom, és que el dret a redimir el bé venut no es configura com una clàusula accessòria convencionalment afegida a la compravenda que el venedor s'ha de reservar de manera expressa, sinó que és part intrínseca del contracte.²⁴

La compravenda a carta de gràcia pot complir una funció de garantia, quan s'atorga amb la finalitat de garantir un dret de crèdit. El deutor transmet la propietat d'un bé al creditor i es reserva el dret a readquirir el bé venut, és a dir, el dret a redimir, pel preu pactat. El preu es correspon, habitualment, amb l'import del deute més els interessos.²⁵ Si el deutor —venedor a carta de gràcia— no exerceix el seu dret a redimir, el creditor fa seva la propietat del bé de forma irrevocable. La mateixa lògica fonamenta la funció de garantia de la compravenda amb pacto de retro, prevista als articles 1507 a 1520 CCE, tot i que cal destacar que es tracta de figures no del tot coincidents i amb regulacions diferenciades.²⁶

Des dels seus orígens, la compravenda a carta de gràcia o *empenyament* s'ha fet servir amb finalitats de garantia, tot i que aquesta funció no estava explicitada en la regulació de la institució dels articles 326 a 328 CDCC, a diferència del que succeeix en el dret navarrès que regula la «Carta de gracia como garantía».²⁷ La jurisprudència dels tribunals catalans anterior a l'aprovació del llibre cinquè del CCCat es va pronunciar en diverses ocasions a favor de l'admissió de la compravenda a carta de gràcia amb

24 La STSJC 5/1991, Sala Civil i Penal, 29.5.1991 (RJ 1992\3903; MP: Luis María Díaz Valcárcel) rebutja que «el contracte de compravenda a carta de gràcia o empenyorament» sigui «un contracte de compravenda amb una clàusula de retracte convencionalment afegida» (FD 4t). En aquest sentit, FARNÓS AMORÓS, «Comentari a l'article 621-55...», p. 526.

25 FERRER RIBA, Josep, «Els drets reals d'adquisició preferent», *Civil III*, 5a ed., FUOC, Barcelona, 2022, p. 14-15; BOSCH CAPDEVILA, Esteve, «La opción en garantía», a: CAÑIZARES LASO, Ana; DIÉGUEZ OLIVA, Rocío, *Función de las condiciones en el tráfico inmobiliario*, València, Tirant lo Blanch, 2020, p. 267.

26 FARNÓS AMORÓS, «Comentari a l'article 621-55...», p. 526, qui cita en aquest sentit la STSJC 5/1991, 29.5.1991.

27 Llei 583 de la Compilació de Dret civil Foral de Navarra, aprovada per la Llei 1/1973 (BOE núm. 57, de 7.3.1973), modificada per la Llei Foral 21/2019, de 4 d'abril (BOE núm. 137, de 8.6.2019).

funcions de garantia d'una obligació pecuniària, per regla general, derivada d'un préstec.

Així, la sentència del Tribunal de Cassació de Catalunya de 10.12.1937²⁸ va exposar que la venda a carta de gràcia catalana «generalment adopta la figura d'un *empenyament*, en la qual el posseïdor exerceix el dret de domini amb caràcter revocable, contracte que dona al prestamista una major seguretat que la mateixa hipoteca i estalvia al que el rep l'amargor de perdre irremissiblement la propietat que les més de les vegades adquirí dels seus avantpassats, esperit i fonament d'aquesta institució a Catalunya». Per altra banda, el TSJC va admetre, a la STSJ 5/1991, 29.5.1991, que la finalitat actual de la compravenda a carta de gràcia a Catalunya és «—per part del venedor— la d'obtenir diners sense desprendre's irrevocablement de la cosa, generalment immoble. El comprador adquireix un domini temporalment revocable que es transforma en irrevocable si no s'exercita el dret a redimir. En un altre cas, la devolució del preu queda plenament garantida» (FD 2n).

La STSJ 5/1991, 29.5.1991, cita la doctrina del Tribunal Suprem espanyol (en endavant, TS), que en la STS, 1a, 8.10.1981,²⁹ va considerar que «el préstec és la base fonamentadora de la venda a carta de gràcia o *empenyorament* definida a l'article 326 de la Compilació i, per consegüent, que la compravenda d'aquesta naturalesa no es desvirtua en la seva essència i caràcter jurídic per tenir la seva causa sustentadora en un préstec, perquè aquest, en definitiva, és el que li dona vida i la configura, sense que en conseqüència pugui revelar causa falsa sinó, al contrari, allò que en realitat es va considerar pels contractants».

Per tant, d'acord amb la jurisprudència citada, el venedor pot acudir a la figura de la compravenda a carta de gràcia com a forma d'obtenir finançament i el comprador com un mitjà de garantia. A més, l'ús de la compravenda a carta de gràcia amb finalitats de garantia no és contrària a l'ordenament jurídic català, tal com es desprèn del Preàmbul de la Llei 29/1991, de modificació de la compilació del Dret Civil de Catalunya en matèria de venda a carta de gràcia.³⁰ Aquest es referia a la funció de garantia quan assenyalava que el contracte de compravenda a carta de gràcia «ha estat qüestionat per la consideració que (...) encobreix sempre un préstec usurari amb garantia real de la cosa “venuda”» i reconeix que «no es tracta

28 Sentència citada a les SSTSJ, 12/2019, 18.2.2019 i 16/2019, 28.2.2019.

29 RJ 1981\3589; MP: Antonio Fernández Rodríguez.

30 DEL POZO CARRASCOSA, «Capítulo 6. El derecho a redimir en la venta a carta de gracia», p. 253.

d'una institució perjudicial en si mateixa perquè no inclou, dins els seus efectes, un dret real de garantia d'un préstec usurari». D'aquesta afirmació se'n desprèn que allò reprobable, des del punt de vista jurídic, no és que la institució s'utilitzi amb finalitats de garantia, sinó que vulneri els límits establerts per la legislació sobre usura.

Adicionalment, el TSJC ha assenyalat que el fet que la compravenda a carta de gràcia es faci servir amb finalitat de garantia no comporta que es tracti d'un negoci jurídic simulat. No és aplicable a la compravenda a carta de gràcia la jurisprudència de la Sala Primera del TS espanyol relativa a la nul·litat de la venda en garantia o fidúcia *cum creditore*, celebrades generalment en forma de compravenda amb pacte de retro simulada,³¹ si en la compravenda a carta de gràcia celebrada «hi ha una verdadera transmissió del domini *erga omnes* i *inter partes*» (STSJ 5/1991, 29.5.1991, FD 4t). A diferència del préstec amb garantia real, el contracte de compravenda a carta de gràcia «és un contracte d'alienació perquè mitjançant la *traditio* transmet el domini si bé resoluble en virtut del dret que es reserva el venedor de recuperar el bé, ja que la seva intenció no va ser desprendre's definitivament d'ell, sinó que servís de garantia» (STSJ 5/1991, 29.5.1991, FD 3r).

En relació a la compravenda amb pacte de retro celebrada a Catalunya, el TSJC ha mantingut la mateixa tesi. Així, a la STSJC 6/2002, 11.2.2002,³² va declarar que: «fins i tot en el supòsit d'haver-se acreditat que el contracte de venda amb pacte de recuperar es va atorgar amb finalitats de garantia, aquesta finalitat no és incompatible amb l'existència d'una causa *vendendi*, ja que la venda amb pacte de recuperar pot perseguir una funció de garantia entre les parts contractants sense que això comporti desnaturalitzar la causa típica del contracte, si tenim en compte que la finalitat de garantia

31 Vegeu la STS 312/2020, 4.2.2020, que resumeix la jurisprudència del TS en la matèria. A la doctrina, en relació a la jurisprudència del TS i la doctrina de la DGRN sobre els efectes de les vendes en garantia i altres negocis fiduciaris, vegeu REGLERO CAMPOS, «El pacto comisorio», p. 271-281. Aquest autor assenyala (p. 278) que «cosa distinta ocurre en el Derecho Civil catalán, donde opera con plena eficacia la venta a “carta de gracia” (arts. 326 y ss. CDCC) o *empenyament* si bien con las limitaciones impuestas por las disposiciones relativas a la lesión *ultradimidium* (arts. 321 y ss. CDCC) o, en su caso (...) de represión de la usura».

32 STSJC 6/2002, Sala Civil i Penal, 11.2.2002 (RJ 2002\7883; MP: Lluís Puig i Ferriol).

no és altra cosa que un motiu que inclouen les parts a l'empara del principi d'autonomia privada» (FD 3r).³³

2.1.2. Compravenda a carta de gràcia: no vulnera una inexistent prohibició de pacte comissori en el dret civil català

Tradicionalment s'ha qüestionat la validesa de la compravenda a carta de gràcia i de la compravenda amb pacte de reto quan compleixen funcions de garantia, amb l'argument que aquests negocis poden ser utilitzats amb la finalitat fraudulenta de burlar la prohibició de pacte comissori, perquè el creditor s'apropia de la cosa donada en garantia en cas d'incompliment de l'obligació garantida.³⁴

A l'ordenament jurídic espanyol, la Sala Primera del TS ha estimat que «tota construcció jurídica (denominades genèricament “pactes comissoris”) per la que el creditor en cas d'incompliment del crèdit, pugui apropiarse definitivament dels béns donats en garantia (...) no són admissibles a l'empara de l'article 1255 CCE, i entrarien en l'àmbit del frau de llei de l'article 6.4t CCE».³⁵ En particular, els tribunals han inclòs en diverses ocasions dins d'aquesta prohibició el negoci de transmissió de la propietat amb funció de garantia instrumentada a través d'una compravenda amb pacte de retro simulada³⁶, si bé aquesta jurisprudència ha estat canviant i la

33 En la mateixa línia, en relació a la compravenda amb pacte de retro del CCE, vegeu AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, «Retroventa, Pacto Comisorio, Usura...», p. 1332.

34 En aquest sentit, DEL POZO CARRASCOSA *et al.*, «Derecho civil de Cataluña: derechos reales», p. 533; i DEL POZO CARRASCOSA, «Capítulo 6. El derecho a redimir en la venta a carta de gracia», p. 253, qui assenyalen: «que la función de garantía pueda considerarse lícita, no impide reconocer que la venta a carta de gracia se ha utilizado en muchas ocasiones de manera fraudulenta para evitar la prohibición del pacto comisorio (...) [pues], si el derecho de redimir no se ejercita, porque el “préstamo” no se devuelve, el “acreedor” (en realidad, comprador a carta de gracia) hace suyo definitivamente el objeto de la garantía. No sólo se infringe la prohibición del pacto comisorio, sino que, dado que este objeto puede tener un valor muy superior al del importe del “préstamo”, se facilita enormemente que, en realidad, el préstamo sea usurario».

35 STS, 1a, 312/2020, 4.2.2020, FD 2n.

36 En relació a la venda amb pacte de retro i la prohibició de pacte comissori, vegeu la STS, 1a, 312/2020, 4.2.2020, que resumeix la jurisprudència del TS sobre la matèria. En particular, assenyalen que «este Tribunal ha incluido en diversas ocasiones el negocio de transmisión de propiedad en función de garantía, instrumentada a través de un medio indirecto consistente en la celebración de una compraventa simulada. (...)».

doctrina sobre aquesta qüestió no és pacífica.³⁷ També s'ha pronunciat en aquest sentit la Direcció General dels Registres i del Notariat (en endavant, DGRN).³⁸ Per contra, a l'ordenament jurídic català, la jurisprudència del TSJC anterior a l'entrada en vigor del llibre cinquè del CCCat s'havia pronunciat de manera unànime a favor de la validesa de la compravenda a carta de gràcia i de la compravenda amb pacte de retro amb funcions de

pues de lo contrario el principio de autonomía de la voluntad reconocido en el artículo 1255 del Código Civil permitiría la creación de negocios fraudulentos, y en tal caso, descubierto el fraude, habría que aplicarse igualmente la prohibición tratada de eludir, siendo nulas las estipulaciones» (FD 2n). Vegeu també la STS, 1a, 34/2012, 27.1.2012 (ECLI:ES:TS:2012:278; MP: Xavier O'Callaghan Muñoz).

- 37 En aquest sentit, vegeu AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, «Retroventa, Pacto Comisorio, Usura...», p. 1330-1331, qui critica aquesta jurisprudència: «La circunstancia de servir a una finalidad crediticia entiendo que no debería actuar sin más como un motivo de prevención por parte de los Tribunales. Si lo que sucede es que, debidamente demostrado, no hay cambio de cosa por precio, por haberse simulado una venta con retracto, nos deslizaremos a la categoría de la simulación, siendo necesario en tal caso aplicar al negocio de préstamo encubierto la regulación prevista por el ordenamiento en cuanto a la prohibición de pacto comisorio, así como su posible configuración como un negocio simulado de venta en garantía. Ahora bien, si no queda demostrada la simulación, o, en su caso, no se ejercitará acción alguna, deberán operar los efectos propios de la venta con pacto de retro (...).» Vegeu també BOSCH CAPDEVILA, «La opción en garantía», p. 275, d'acord amb el qual: «La venta con pacto de retro no es en sí misma una institución fraudulenta, dado que ni la función de garantía es la única que da razón de ser a la venta con pacto de retroventa, ni la Ley debe indagar en los motivos de las partes para concluir un negocio».
- 38 Entre d'altres, vegeu la RDGRN 18.10.1994 (RJ 1994\7798), d'acord amb la qual: «El que vende con pacto de retro trata ciertamente de obtener una cantidad de dinero, pero no queda obligado a devolver la cantidad recibida; no surge ningún derecho de crédito contra él; el vendedor se reserva la facultad de recuperar la cosa vendida y sólo si hace uso de ella es cuando deberá efectuar la devolución del precio; pero en tanto el vendedor no quiera hacer uso de esa facultad recuperatoria, el comprador no puede compelerle a que reintegre cantidad alguna. En cambio, cuando se pretende instrumentalizar, la venta con pacto de retro como garantía de un crédito preexistente, sí que se faculta al comprador para requerir de pago al vendedor. Cuando la venta con pacto de retro se utiliza para dar cobertura formal a la constitución de una simple garantía crediticia que vulnera la prohibición del comiso, no hay efectiva y verdadera venta como un contrato debidamente causalizado en el que la transmisión de la cosa corresponde al precio cobrado (en tal caso el precio sólo es aparente, la transmisión dominical sólo obedece a esa finalidad de garantía y ello carece de virtualidad para justificar el efecto traslativo [artículos 1261.3 y 1274 del Código Civil])» (FD 3r).

garantia, en considerar que no existeix en el dret civil català una prohibició general de pacte comissori.³⁹

Així, a les STSJC 5/1991, 29.5.1991, i 14/1991, 31.10.1991,⁴⁰ el TSJC va defensar, que «no existeix en la nostra legislació comú una prohibició general del pacte comissori», que sigui aplicable a la compravenda a carta de gràcia, perquè els articles 1859 i 1884 CE només estableixen aquesta norma respecte de la penyora, la hipoteca i l'anticresi. A més, la STSJC 5/1991, 29.5.1991, va declarar que el contracte «ni és reduïble a un préstec amb garantia real i pacte comissori ni infringeix una inexistent prohibició general de comís o mecanisme legal d'anàloga finalitat» (FD 6è). En efecte, segons aquesta sentència, «en el contracte de compravenda a carta de gràcia la propietat de la cosa és adquirida pel comprador en el moment de perfeccionar-se el contracte i no com a conseqüència de l'incompliment per part del venedor que, a diferència del prestatari (art. 1740 i 1753 CC) no està obligat a tornar res, i res incompleix si no exercita el dret a redimir. En el supòsit de que el dret de lluir i quitar caduqui sense haver-se exercitat, el domini que ostentava el comprador passa a ser irrevocable al extinguir-se el dret temporal de redimir que es va reservar el venedor» (FD 6è).

Afegeix la STSJC 5/1991, 29.5.1991, que «[l]a moderna doctrina catalana ha dit que “en la compravenda a carta de gràcia el pacte comissori és implícit”, frase que s'ha d'entendre en el sentit de que és inherent al contracte en qüestió la transmissió del domini que en un primer moment és resoluble i després es fa irrevocable. Per tot això, ni el contracte d'empenyorament es reduïble a un préstec amb garantia real i pacte comissori, ni vulnera una inexistent prohibició general de comís o mecanisme legal d'anàloga finalitat» (FD 6è).

Però no va ser fins a la STJC 6/2002, 11.2.2002, que el TSJC va referir-se expressament a la validesa del pacte comissori en l'àmbit específic del dret

39 Vegeu DURÁN RIVACOBA, «*La Propiedad en garantía...*», p. 265, qui en relació al pacte comissori al dret civil català, cita la STS, 1a, 11.11.1876, d'acord amb la qual «lo relativo a la prohibición del pacto comisorio deja completamente al margen a los Derechos forales con especialidad en este punto, “no siendo por otra parte aplicable la citada ley de Partida a la cuestión litigiosa, que debe resolverse por la legislación especial de Cataluña”».

40 La STJC 14/1991, Sala Civil i Penal, 31.10.1991 (RJ 1992\3912; MP: Luis María Díaz Valcárcel), sense pronunciar-se sobre si el contracte litigiós era una compravenda amb pacte de retro o una venda a carta de gràcia, va estimar la validesa del contracte que perseguia una funció de garantia. La venedora era deutora del comprador i, amb la posterior renúncia de la venedora, el domini de l'adquirent havia esdevingut irrevocable.

civil català, en ocasió de l'anàlisi d'un contracte de compravenda amb pacte de retro atorgat amb finalitats de garantia. En aquesta sentència el Tribunal va declarar que «no existeix en el dret civil català una prohibició general del pacte comissori». A més, en el cas no s'havia provat que el contracte s'hagués atorgat amb la finalitat fraudulenta de burlar tal prohibició (FD 4t). Per últim, en la posterior STJC 18/2010, 13.5.2010, seguint aquesta doctrina, el TSJC va estimar la validesa d'una compravenda amb pacte de retro que perseguia una funció de garantia.

Amb anterioritat a la entrada en vigor del llibre cinquè del CCCat, la jurisprudència del TSJC citada va ser aplicada per l'Audiència Provincial de Barcelona en diverses sentències que afirmen que no existeix en el dret català una prohibició general de pacte comissori, fonamentalment pel reconeixement de l'eficàcia de la figura de la venda a carta de gràcia o *empenyorament*.⁴¹ En particular, segons la SAP Barcelona 20.10.1994:⁴² «el derecho catalán —como el navarro— ha mantenido una postura diferente del derecho común en relación a la venta en garantía: Históricamente, porque en estos ordenamientos, a diferencia del derecho común, mantuvieron la vigencia de la rescisión “*ultra dimidium*”, lo que constituye un corrector general importante el riesgo que implica la admisión del pacto comisorio (...)» (FD 3r).

2.2. Opció de compra amb funció de garantia: jurisprudència del TSJC relativa al llibre cinquè del Codi Civil de Catalunya

El TSJC s'ha pronunciat sobre la licitud del pacte comissori en la regulació del llibre cinquè del CCCat a les STSJC, 12/2019, 18.2. 2019, i 16/2019, 28.2.2019, que es refereixen a la validesa del contracte d'opció de compra amb funció de garantia.

41 En relació a la jurisprudència de l'Audiència Provincial de Barcelona sobre el pacte comissori amb anterioritat al llibre cinquè del CCCat, vegeu GINEBRA MOLINS, «La prohibició de comís i el pacte comissori al Llibre V...», p. 321-322, qui cita les SAP, Civil, Barcelona 20.10.1994 (AC 1994\2067; MP: Agustín Ferrer Barriendos); Sec. 17a, 374/2005, 30.6.2005 (JUR 2006\38634; MP: Ramón Focillas Sopena); i Sec. 4a, 116/2007, 28.2.2007 (JUR 2007\126000; MP: Mercedes Hernández Ruiz-Olalde). Amb posterioritat al llibre cinquè del CCCat i sobre el pacte comissori a la compravenda a carta de gràcia, vegeu la SAP, Civil, Sec. 1a, Barcelona 292/2016, 18.7.2016 (ECLI:ES:APB:2016:6942; MP: Amelia Mateo Marco).

42 SAP Barcelona, Civil, 20.10.1994 (AC 1994\2067; MP: Agustín Ferrer Barriendos).

2.2.1. Opció de compra amb funció de garantia i pacte comissori

L'opció de compra és una institució que pot tenir funcions de garantia. La regulació catalana del dret d'opció (articles 568-8 a 568-12 CCCat) no conté cap referència a l'ús d'aquest dret real limitat amb funcions de garantia, tot i que es tracta d'un negoci força habitual en el tràfic jurídic en contractes de finançament celebrats al marge de les entitats de crèdit,⁴³ tal com demostra l'elevat nombre de sentències i resolucions que es refereixen a la figura. El principal atractiu d'aquesta garantia atípica és que permet a les parts evitar els inconvenients sovint vinculats als procediments de realització del valor del bé previstos legalment, com la seva lentitud o el seu eventual caràcter antieconòmic.⁴⁴

En aquests casos, l'opció de compra té com a finalitat garantir una obligació pecuniària preexistent, usualment derivada d'un contracte de préstec. En virtut d'aquest contracte, el deutor concedeix al creditor un dret d'opció de compra sobre un bé i les parts condicionen la facultat d'adquisició voluntària del bé a l'incompliment de l'obligació dinerària garantida. Si el deutor no paga el deute, el creditor pot exercitar l'opció i fer seu el bé.⁴⁵ En moltes ocasions, la quantia del dret de crèdit, inclosos els interessos, es correspon amb el valor real de la finca subjecta a la garantia.⁴⁶ A la pràctica, el pacte relatiu al preu d'adquisició admet diverses fórmules.

Una primera fórmula és aquella en la que les parts pacten que el preu d'adquisició del bé pel creditor es compensarà amb la quantitat deguda pel concedent en el moment de l'exercici del dret. És a dir, que en cas d'incompliment total o parcial de l'obligació garantida, el creditor farà seu el bé pagant la contraprestació pactada, de la que es descomptarà l'import del deute que quedi pendent de pagament en el moment d'exercici de l'opció. El pacte de compensació no és inscrivible en el Registre de la Propietat, tal com ha considerat la DGRN, al tractar-se d'un pacte sense transcendència

43 En aquest sentit, DE BARRÓN ARNICHES, Paloma, «La opción de compra en garantía y el pacto comisorio», BOSCH CAPDEVILA, Esteve; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, María Paz; BLANDINO GARRIDO, María Amalia; DE BARRÓN ARNICHES, Paloma (coord.), *Los derechos de adquisición*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, p. 188.

44 BOSCH CAPDEVILA, «La opción en garantía», p. 282; i GINEBRA MOLINS, «La prohibició de comís i el pacte comissori al Llibre V...», p. 329.

45 STSJ, 12/2019, Sala Civil i Penal, Sec. 1a, 18.2.2019, FD 2n, apt. 7; i 16/2019, Sala Civil i Penal, Sec. 1a, 28.2.2019, FD 3r, apt. 7.

46 DE BARRÓN ARNICHES, «La opción de compra en garantía...», p. 189.

real.⁴⁷ En conseqüència, en cas de pactar-se la compensació del preu amb la quantitat deguda, l'acord només té eficàcia *inter partes*, és a dir, entre el concedent de l'opció i l'optant, però no enfront de tercers adquirents del bé o altres titulars de drets reals inscrits al Registre. Això comporta que en aquests casos el dret d'opció com a garantia perdi gran part de la seva eficàcia.⁴⁸

Per tal d'eludir els inconvenients derivats de la no inscripció del pacte de compensació, una segona fórmula emprada a la pràctica, en relació a la contraprestació per a adquirir el bé en la opció de compra en garantia, és aquella en virtut de la qual l'optant ha de pagar un preu fix. En aquests casos, no s'admeten pagaments parcials del deute i allò determinant perquè el creditor pugui exercir l'opció és si el deutor ha complert o no amb l'obligació garantida. En cas d'incompliment per part del deutor, el creditor pot exercir l'opció i adquirir el bé pagant el preu pactat, que ja descompta del valor del bé l'import del deute.⁴⁹

La validesa de l'opció de compra quan compleix funcions de garantia del compliment d'una obligació pecuniària, ha estat tradicionalment qüestionada amb l'argument que incorpora un pacte comissori prohibit.⁵⁰ A l'ordenament jurídic espanyol, la jurisprudència⁵¹ i part de la doctrina⁵²

47 RDGRN 8.4.1991 (RJ 1991\3138).

48 FERRER RIBA, «Els drets reals d'adquisició...», p. 15; i BOSCH CAPDEVILA, «La opció en garantia», p. 268.

49 BOSCH CAPDEVILA, «La opció en garantia», p. 271.

50 En aquest sentit, DEL POZO CARRASCOSA *et al.*, «Derecho civil de Cataluña: derechos reales», p. 533.

51 A la jurisprudència vegeu, entre les més recents, la STS, 1a, 111/2017, 21.2.2017 (ECLI:ES:TS:2017:581; MP: Francisco Javier Orduña Moreno). No obstant, tal com assenyalen les STSJ, 12/2019, 18.2.2019, FD 2n, apt. 2; i 16/2019, 28.2.2019, FD 3r, apt. 2, la jurisprudència del TS ha admès excepcionalment la validesa de l'opció de compra amb funció de garantia, a la STS, 1a, 69/1926, 27.5.1926, «que declarava vàlid un negoci de compra amb garantia de devolució d'un préstec que prenia la forma de promesa de venda de les accions d'una societat mercantil»; i a la STS, 1a, 20.5.1986 (RJ 1986\2735; MP: Matías Malpica González-Elipe), que «valida un negoci d'opció de compra concertat en garantia d'un préstec, refusant que aquesta mena de negoci hagi de ser considerat *per se* fiduciari o simulat».

52 En aquesta línia a la doctrina vegeu DURÁN RIVACOBA, «La Propiedad en garantía...», p. 228-244; i FELIÚ REY, Manuel Ignacio, *La prohibición del pacto comisorio y la opción en garantía*, Madrid, Civitas, 1995, p. 109. A favor de la flexibilització de l'aplicació de la prohibició del pacte comissori a l'opció de compra en garantia a l'ordenament jurídic espanyol, vegeu BOSCH CAPDEVILA, «La opció en garantia», p. 270; i DE BARRÓN ARNICHES «La opció de compra en garantía...», p. 187-219. Aquesta última autora proposa regular

han considerat nula l'opció de compra amb finalitat de garantia per ser contrària a la prohibició de pacte comissori. Però ha estat la DGRN la que amb major contundència ha declarat que aquest tipus d'opcions no són inscrivibles en el Registre de la Propietat per burlar de manera fraudulenta la prohibició de pacte comissori,⁵³ si bé recentment ha matisat la seva postura preveient algunes excepcions, tal com s'analitza a l'apartat 4 d'aquest treball. En canvi, en el dret civil català, el TSJC, en les STSJC, 12/2019, 18.2. 2019, i 16/2019, 28.2.2019, ha considerat que l'opció de compra amb funcions de garantia és vàlida i lícita, perquè no vulnera una inexistente regla general prohibitiva del pacte comissori en el llibre cinquè del CCCat.

2.2.2. STSJC 12/2019 de 18 de febrer de 2019 i 16/2019 de 28 de febrer de 2019

Els fets que van donar lloc a les STSJC 12/2019, 18.2.2019, i 16/2019 28.2.2019 són els següents. Ambdós casos es refereixen a un contracte de préstec celebrat entre particulars. En el primer cas, el prestatari era una societat dedicada a la gestió immobiliària i, en el segon, un empresari titular d'un grup empresarial també dedicat al negoci immobiliari i la seva esposa. La quantitat prestada s'havia de retornar, més interessos, en una única quota en un període de venciment relativament curt (un any). El préstec es va garantir amb una hipoteca sobre diversos immobles propietat dels prestataris.

El mateix dia i davant del mateix notari, els prestataris van concedir a una tercera persona —diferent del prestador— un dret d'opció de compra sobre els immobles hipotecats. El preu d'adquisició del bé coincidia amb l'import del capital íntegre prestat. El dret d'opció quedava sotmès a la condició suspensiva de l'impagament del préstec, admetent-se la facultat d'exercici unilateral, així com la transmissibilitat del dret d'opció. En els antecedents de l'escriptura d'opció es manifestava que el negoci s'havia atorgat amb la finalitat d'evitar la possible execució hipotecària per impagament del

l'opció de compra de naturalesa real com a instrument de garantia.

53 En relació a la impropedència de la inscripció del dret d'opció en garantia per vulneració de la prohibició de pacte comissori vegeu, entre d'altres, les RDGRN 6398/2020, 28.1.2020 (RJ 2020\2547); 26.11.2008 (RJ 2009\146); 26.3.1999 (RJ 1999\2184); 30.9.1998 (RJ 1998\7214); 5.5.1992 (RJ 1992\4837); 29.9.1987 (RJ 1987\7646); i 10.6.1986 (RJ 1986\3840).

préstec hipotecari i que els concedents de l'opció es poguessin assegurar la transmissió dels béns per un preu més avantatjós que el derivat d'un procediment d'execució forçosa.

Amb posterioritat, el titular del dret d'opció de compra va transmetre aquest dret al prestador, de manera que el creditor amb garantia hipotecària va passar a reunir, a més, la condició de titular del dret d'opció sobre els immobles hipotecats. Finalment, arribat el venciment del préstec hipotecari sense que els prestataris haguessin amortitzat la quantitat deguda, el creditor va exercitar l'opció de compra de manera unilateral, adquirint la propietat dels immobles.

Els prestataris i concedents de l'opció van interposar una demanda contra el creditor hipotecari i titular del dret d'opció, sol·licitant la nul·litat de l'escriptura d'opció de compra, de cessió de l'opció i d'exercici de l'opció, amb base a que es tractava d'un entramat contractual que burlava la prohibició de pacte comissori, que consideren existent en el dret civil català en base a l'article 569-2.3 CCCat. A més, aquesta vulneració s'havia produït mitjançant l'ús fraudulent (article 6.4 CCE) o simulat de la figura de l'opció en garantia. En ambdós casos, el Jutjat de Primera Instància de Reus (seccions 2a i 3a) va desestimar la demanda. Aquestes sentències van ser confirmades per l'Audiència Provincial de Tarragona.⁵⁴ El TSJC desestima els recursos de cassació interposats pels demandants en base als arguments següents.

En primer lloc, el tribunal considera vàlid el contracte d'opció de compra amb finalitats de garantia, perquè, tal com ja s'ha destacat, afirma que no existeix una regla general prohibitiva amb caràcter general de pacte comissori en el dret civil de català. Ara bé, aquestes resolucions destaquen que el límit del pacte comissori en el dret català es troba en el principi general de no enriquiment injustificat.⁵⁵ El TSJC defensa que aquesta conclusió és compatible amb el caràcter instrumental que la prohibició de pacte comissori té en l'ordenament jurídic espanyol, en el

54 SAP Tarragona, Civil, Sec. 3a, 163/2018, 4.5.2018 (ECLI:ES:APT:2018:373; MP: Joan Perarnau Moya); i 181/2018, 15.5.2018 (ECLI:ECLI:ES:APT:2018:491; MP: Manuel Galán Sánchez).

55 En aquesta línia, BOSCH CAPDEVILA, «La opción en garantía», p. 267, defensa que «en los casos en los que no pueda existir lesión para el deudor, es decir, cuando el importe de la deuda y el valor del bien ofrecido en garantía sean equivalentes, la prohibición de pacto comisorio pierde buena parte de su razón de ser, y la constitución de un derecho de opción podría constituir una buena alternativa para desempeñar una función de garantía, siempre que quedasen salvaguardados los derechos de terceros».

que la regla «perd la seva raó de ser quan la realització de la cosa oferta en garantia —qualssevol que hagi estat la via seguida— s’ha fet en condicions determinants de la fixació objectiva del valor del bé i no hagi comportat un desequilibri patrimonial injust per al deutor».⁵⁶

Segons aquestes sentències en el dret civil català, els remeis legals específics dels que disposa el deutor per tal d’evitar l’enriquiment injustificat del creditor o el fet que l’operació encobreixi un préstec usurari són l’acció d’enriquiment injustificat, la nul·litat per usura i la rescissió per lesió.⁵⁷ A més, el Tribunal, afegeix com a possible remei la figura de l’avantatge injust de l’article 621-45 CCCat, que no és aplicable, per raons de transitorietat, als supòsits analitzats. Els arguments que el TSJC dona a favor d’aquesta interpretació del llibre cinquè del CCCat s’analitzen, més detalladament, a l’apartat 3 d’aquest treball.

En segon lloc, en les sentències analitzades el Tribunal constata que no es dona en el negoci en qüestió una causa falsa, ja que l’opció de compra pactada perseguia una explícita finalitat de garantia, tal com les parts van deixar constància en el títol constitutiu de l’opció. En concret, s’afirma que cadascuna de les successives escriptures explicitava la integritat de l’operació. Per aquest motiu descarta que es tracti d’un negoci simulat. El contracte tampoc és nul o fraudulent en els termes fixats als articles 6.3 i 4 CCE, ja que «com s’ha raonat, en el dret civil català no existeix una regla general prohibitiva del pacte comissor, estant reconeguda d’altra banda la validesa de les garanties reals atípiques. I l’eventualitat d’una hipotètica vulneració de la llei de repressió de la usura ni tan sols ha estat invocada (...)».⁵⁸

Per últim, el TSJC tampoc aprecia, en cap dels dos casos, un enriquiment injustificat per part de la prestadora. En el cas de la STSJC 12/2019, 18.2.2019: «els immobles propietat de la societat prestatària adquirits per ella el febrer de 2014 a través de l’exercici del dret d’opció tenien un valor pràcticament idèntic a l’import del deute garantit (...), valor que també coincidia amb el preu d’adquisició dels béns immobles convingut —deu mesos abans— en el títol de constitució de l’opció».⁵⁹ En el supòsit de la STSJC 16/2019, 28.2.2019, el Tribunal constata que «se li devien al creditor

56 STSJC, 12/2019, Sala Civil i Penal, Sec. 1ª, 18.2.2019, FD 2n, apt. 3; i 16/2019, Sala Civil i Penal, Sec. 1ª, 28.2.2019, FD 3r, apt. 3.

57 STSJC, 12/2019, 18.2.2019, FD 2n, apt.7.

58 STSJC, 12/2019, 18.2.2019, FD 2n, apt. 8.

59 STSJC, 12/2019, 18.2.2019, FD 2n, apt. 8.

562.555,55 euros i es va poder quedar els immobles pel preu de 489.000 €, la qual cosa no produeix enriquiment al existir un deute superior (...)», però «inclús si partim del preu de taxació a efectes de l'acció hipotecària fixat (...) en 620.000 €, tampoc podria estimar-se que s'ha produït un enriquiment injust (...)».⁶⁰

3. Pacte comissori en el llibre cinquè del Codi Civil de Catalunya

3.1. Absència d'una regla general prohibitiva de pacte comissori en els drets reals de garantia

L'admissibilitat, en el dret català, dels acords relatius a l'execució de les garanties reals fora dels procediments legalment establerts, quan aquests comporten el comís del bé per part del creditor, ha estat qüestionada per la doctrina, perquè, com ja s'ha mencionat, el llibre cinquè del CCCat no conté, a diferència del CCE, un precepte que prohibeixi de manera expressa el pacte comissori en els drets reals de garantia.⁶¹

El TSJC examina en les STSJC, 12/2019, 18.2.2019, i 16/2019, 28.2.2019, els arguments que alguns autors han eximit a favor de l'aplicació de la prohibició del pacte comissori al dret català i, tal com es detalla en els apartats següents, arriba a la conclusió que: «(...) cap de les normes reguladores dels drets reals de garantia en el dret civil català exclou la via convencional de realització de valor del bé (ans el contrari, ...) ni prohibeix expressament el comís de la finca

60 «Ja que consta el resultat produït no es inequitatiu partint no només de la diferència quantitativa entre el preu de l'opció i el de taxació a efectes de l'acció hipotecària, al voltant d'un 25% superior, sinó també de que: a) no concorre una angoixosa necessitat (...); b) ni pot considerar-se desproporcionada si tenim present que no es tracta de consumidors, sinó el contrari (...), sense que tampoc concorri una hipotètica vulneració de la Llei de repressió de la usura (...)» (STSJC 16/2019, 28.2.2019, FD 3r, apt. 7).

61 DEL POZO CARRASCOSA *et al.*, «*Derecho civil de Cataluña: derechos reales*», p. 531, es mostren crítics amb la manca d'un precepte que prohibeixi al pacte comissori al llibre cinquè del CCCat. Consideren que és «inexplicable en la situació actual de la regulació de los derechos reales en Cataluña, con un Código Civil cuyo Libro V, por su vocación de ser completo y por su carácter sistemático, debería contener una declaración explícita de un principio tan fundamental en el ámbito de las garantías reales. Ello máxime cuando en el Derecho Civil de Cataluña rige, evidentemente, la prohibición del pacto comisorio (...)».

pel creditor». Per això, declara, tal i com ja s'ha avançat, que no s'aprecia «una regla general prohibitiva (...) del pacte comissori en el dret civil català».⁶²

3.1.1. Irrellevància dels articles 565-8.7 i 564-5 CCCat per induir una regla general de prohibició de pacte comissori

Fora de la regulació dels drets reals de garantia, el llibre cinquè del CCCat contempla la prohibició de comís del bé en dos preceptes: a l'article 565-8.7, relatiu al dret de cens i a l'article 564-5, relatiu al dret de superfície. Per alguns autors, aquestes regles són una clara manifestació que en el dret civil català regeix una prohibició general de pacte comissori.⁶³ No obstant, aquesta tesi no ha estat compartida pel TSJC que, en les STSJC, 12/2019, 18.2.2019, i 16/2019, 28.2.2019, estima que les normes que prohibeixen el comís del bé en aquests dos casos tenen una operativitat limitada, per la qual cosa no se'n pot inferir una regla general que prohibeixi el pacte comissori en l'àmbit dels drets reals de garantia.

a) Prohibició de comís per impagament de les pensions en el dret de cens (article 565-8.7 CCCat)

En l'àmbit del dret de cens, el censalista no pot apropiarse de la finca gravada en cas d'impagament de les pensions. En aquest sentit, l'article 565-8.7 CCCat preveu que: «L'impagament de les pensions no fa caure la finca en comís». A més, continua el precepte: «el comís no es pot pactar en el títol de constitució del cens ni en cap de posterior que hi faci referència». De conformitat amb les STSJC, 12/2019, 18.2.2019, i 16/2019, 28.2.2019, la previsió de la prohibició de comís de la finca en cas d'impagament de les pensions té la seva raó de ser en la configuració que el CCCat fa del dret de cens com a dret real en cosa aliena —en contraposició a la configuració del dret de cens com una situació de domini dividit continguda en el CCE—. Per tant, no cal buscar la fonamentació de l'article 565-8.7 CCCat en l'existència d'una regla general prohibitiva del pacte comissori en dret català.

62 STSJC, 12/2019, 18.2.2019, FD 2n, apt. 4; i 16/2019, 28.2.2019, FD 3r, apt. 4.

63 DEL POZO CARRASCOSA *et al.*, «Derecho civil de Cataluña: derechos reales», p. 531.

Per reforçar aquest argument, el TSJC contraposa la regulació del CCCat, amb la del CCE, que, tot i prohibir el pacte comissori en l'àmbit dels drets reals de garantia, el permet en el cas específic del cens emfitèutic. D'acord amb l'article 1648.1r CCE: «Caerá en comiso la finca, y el dueño directo podrá reclamar su devolución: Por falta de pago de la pensión durante tres años consecutivos». Segons el TSJC, la regla de l'article 1648.1r CCE «té més a veure amb la configuració clàssica del cens emfitèutic com una modalitat de domini dividit, la qual cosa explica que es faculti a un dels propietaris —el del domini directe— per recuperar la integritat de la cosa en cas d'incompliment greu de l'altre, que no amb les consideracions justificatives de la prohibició de pacte comissori en els drets reals de garantia».⁶⁴

Aquesta consideració explica també, segons el TSJC, l'evolució de la regulació de la regla de la prohibició de comís per impagament de pensions en el cens a Catalunya. La prohibició de comís de la finca en cas d'impagament de les pensions també es contenia a l'article 8.7⁶⁵ de la Llei catalana 6/1990, de 16 de març, dels censos,⁶⁶ que «ja clarament es decantava a favor de la concepció del cens com un dret real en cosa aliena».⁶⁷ En canvi, la regulació anterior dels censos admetia el comís de la finca gravada en cas d'impagament de la pensió, si així s'havia pactat en el títol de constitució del cens. En particular, s'admetia a l'article 43⁶⁸ de la Llei estatal de 31 de desembre de 1945,⁶⁹ d'inscripció, redempció i divisió de censos a Catalunya, i a l'article 303⁷⁰ CDCC. Aquesta última norma, tal com assenyalava el TSJC, «incloïa elements inspirats en la tradicional concepció del cens com a domini dividit i d'altres propis de la caracterització com un

64 STSJC 12/2019, 18.2.2019, FD 2n, apt. 4; i 16/2019, 28.2.2019, FD 3r, apt. 4. En aquesta línia, DEL POZO CARRASCOSA *et al.*, «Derecho civil de Cataluña: derechos reales», p. 531.

65 D'acord amb l'article 8.7 de la Llei 6/1990: «La manca de pagament de les pensions no fa caure la finca en comís. El comís no pot ésser pactat en el títol de constitució del cens.»

66 DOGC núm. 1273, de 28.3.1990.

67 STSJC, 12/2019, 18.2.2019, FD 2n, apt. 4; i 16/2019, 28.2.2019, FD 3r, apt. 4.

68 D'acord amb l'article 43 de la Llei estatal de 31 de desembre de 1945: «No será aplicable el comiso por falta de pago de las pensiones si no se hubiere pactado en el título de constitución del censo.»

69 BOE núm. 4, de 4.1.1946.

70 D'acord amb l'article 303 CDCC: «(...) La manca de pagament de pensions no farà caure la finca en comís, llevat que hagi estat establert en el títol de constitució.»

dret de gaudi sobre cosa aliena, tal com ha recordat la sentència d'aquest tribunal 98/2018, de 10 de desembre».⁷¹

En definitiva, el TSJC conclou que la regla que prohibeix el comís en cas d'impagament de pensions en el llibre cinquè té una «restringida operativitat», que no es considera «rellevant a l'hora d'apreciar per via inductiva una regla general prohibitiva del pacte comissori en el dret català».⁷²

b) Prohibició de comís per impagament de la pensió convinguda en el dret de superfície (article 564-5 CCCat)

En seu de superfície, l'article 563-5 CCCat preveu la nul·litat del «pacte que estableixi el comís per impagament de la pensió convinguda, si es tracta d'un dret establert sobre una construcció o una plantació feta pels superficiaris després d'haver-se constituït el dret (...)». Tal com ha assenyalat la doctrina,⁷³ i ha confirmat el TSJC a les STSJC, 12/2019, 18.2.2019, i 16/2019, 28.2.2019, del precepte es deriva, en aplicació del principi de llibertat civil de l'article 111-6 CCCat, la validesa del pacte de comís quan el dret de superfície recau sobre construccions o plantacions anteriors a la constitució del dret (article 564-2.1 CCCat). L'excepció s'explica perquè, en aquest supòsit, amb l'apropiació de la construcció o plantació preexistent el propietari recupera un bé que era de la seva propietat abans de constituir la superfície, per la qual cosa no hi ha risc que s'enriqueixi amb la inversió feta pel superficiari.

Segons el TSJC, la regla continguda a l'article 564-5 CCCat té la seva raó de ser en «la peculiaritat d'aquest dret, determinant de la coexistència de la propietat separada del sòl i de la del que s'hi edifiqui o planti».⁷⁴ I defensa que cal aplicar la mateixa conclusió a la que arriba a l'anàlisi de l'article 565-8.7 CCCat que regula la prohibició de comís del bé en l'àmbit del dret de cens, és a dir, que no es dedueix de la mateixa una regla general prohibitiva de pacte comissori.

71 STSJC 12/2019, 18.2.2019, FD 2n, apt. 4; i 16/2019, 28.2.2019, FD 3r, apt. 4.

72 STSJC, 12/2019, 18.2.2019, FD 2n, apt. 4; i 16/2019, 28.2.2019, FD 3r, apt. 4.

73 GINEBRA MOLINS, «La prohibició de comís i el pacte comissori al Llibre V ...», p. 332.

74 STSJC, 12/2019, 18.2.2019, FD 2n, apt. 4; i 16/2019, Sec. 1ª, 28.2.2019, FD 3r, apt. 4.

3.1.2. Supòsits en què el CCCat admet expressament l'apropiació o disposició per part del creditor del bé gravat o retingut

El principal argument que una part de la doctrina catalana ha donat a favor de la vigència de la prohibició de pacte comissori en l'ordenament jurídic català és que aquesta regla està implícita a l'article 592-2 CCCat, que, en enumerar els efectes dels drets reals de garantia, es refereix a «la realització del valor del bé, en els casos i de la manera que estableix aquest codi». S'ha afirmat que del precepte es podria deduir que, en el dret civil català, no s'admeten acords relatius a l'execució de les garanties reals al marge dels procediments legalment establerts, en especial si comporten el comís del bé per part del creditor.⁷⁵

En contra d'aquest argument, el TSJC ha declarat que ni l'article 592-2 CCCat, ni cap altra «(...) de les normes reguladores dels drets reals de garantia en el dret civil català exclou la via convencional de realització de valor del bé (...)».⁷⁶ Tot el contrari, el legislador català autoritza en diversos supòsits, i en el marc de les normes reguladores de la realització del valor del bé en els drets reals de garantia, que el creditor pugui disposar o apropiat-se del bé gravat o retingut.

A més, el TSJC ha destacat que «en els escassos supòsits legals — diferents del pacte comissori— en què s'autoritza el creditor a apropiat-se del bé gravat o retingut, és perceptible un afany per harmonitzar de la forma més equilibrada possible els interessos en joc».⁷⁷ En aquesta línia, GINEBRA MOLINS, ja havia posat de manifest que amb aquestes normes el CCCat «intenta que l'exercici del “ius distrahendi” no resulti antieconòmic, evitant, així, que part del valor de la cosa donada en garantia es perdi pel camí per tal de finançar la realització de valor, tot garantint, alhora, el principi

75 En aquest sentit, vegeu PUIG I FERRIOL; ROCA I TRÍAS, «Institucions del dret civil de Catalunya», p. 580; i DEL POZO CARRASCOSA *et al.*, «Derecho civil de Cataluña: derechos reales», p. 531.

76 STSJC 12/2019, 18.2.2019, FD 2n, apt. 4; i 16/2019, 28.2.2019, FD 3r, apt. 4. Vegeu també la SAP Tarragona, Civil, Sec. 3a, 181/2018, 15.5.2018 (ECLI:ECLI:ES:APT:2018:491; MP: Manuel Galán Sánchez).

77 Segons les STSJC 12/2019, 18.2.2019, FD 2n, apt. 5; i 16/2019, 28.2.2019, FD 3r, apt. 5 aquest és el cas, per exemple, «de la realització del bé retingut o empenyorat quan han fracassat les subhastes notariales, que faculta el creditor per a fer seu el bé però “atorgant una carta de pagament de tot el crèdit” i assumint les despeses del procediment» (articles 569-7.3, d), 569-8.3, h) i 569-20.4.d) CCCat).

de proporcionalitat i de no enriquiment injust. Es tracta, en definitiva, d'aconseguir garanties eficients».⁷⁸

En concret, per una banda el Codi admet que el creditor disposi del bé, si s'ha pactat la venda directa, en el dret de retenció de béns mobles i immobles (articles 569-5.4.d), 569-7.2 i 569-8 CCCat); en el dret de penyora (article 569-20.3 CCCat) i en el dret d'anticresi (article 569-26 CCCat). Aquesta regulació mostra una tendència del legislador català a afavorir la venda directa del bé en la retenció, la penyora i l'anticresi, quan hi ha acord entre les parts, sempre que es retriu el romanent del preu obtingut als propietaris del bé.⁷⁹ En efecte, tot i que el CCCat no ho digui expressament, la doctrina ha considerat que si després de la venda directa hi ha romanent, una vegada deduïts l'import del crèdit, aquest s'ha d'entregar al propietari del bé.⁸⁰

A més, en el cas de la retenció de béns mobles de poc valor —per sota de l'import de tres mesos del salari mínim—, no existeix una via de realització del valor del bé, sinó que la llei autoritza al creditor a disposar lliurement dels béns retinguts, si transcorregut un mes des de la notificació els deutors ni els propietaris del bé l'hi han pagat el deute o s'han oposat a la retenció (article 569-10.3 CCCat). Segons el TSJC, aquest precepte ha estat «interpretat com el reconeixement de la possibilitat d'exercici en nom propi d'una titularitat aliena. En tot cas, si el bé es venut, el propietari té dret al romanent del preu obtingut que superi l'import del crèdit i les despeses (article 569-10.3 i 4 CCCat)».⁸¹

Per altra banda, el CCCat també regula un supòsit en el que el creditor pot apropiarse directament, sense subhasta prèvia, dels béns donats en garantia. És el supòsit en que la penyora recau sobre diners o sobre un títol representatiu de diners. En concret, l'article 569-20.5 permet als creditors pignoratius l'apropiació directa, sempre que sigui per una quantitat líquida i exigible, «però solament fins al límit de l'import del crèdit garantit, amb l'únic requisit de notificar-ho fefaentment als deutors abans de fer-ho». En aquest precepte, també es respecta el principi de proporcionalitat i de no enriquiment injustificat.⁸²

78 GINEBRA MOLINS, «La prohibició de comís i el pacte comissori al Llibre V...», p. 331.

79 DE BARRÓN ARNICHEs, «La opció de compra en garantia...», p. 207.

80 GINEBRA MOLINS, «La prohibició de comís i el pacte comissori al Llibre V...», p. 330.

81 STSJC 12/2019, 18.2.2019, FD 2n, apt. 5; i 16/2019, 28.2.2019, FD 3r, apt. 5.

82 GINEBRA MOLINS, «La prohibició de comís i el pacte comissori al Llibre V...», p. 331.

De l'anàlisi d'aquests preceptes pot concloure's que els diferents mecanismes legals de satisfacció del creditor en els drets reals de garantia han de respectar el caràcter commutatiu de les contraprestacions, evitant l'enriquiment injustificat del creditor.

3.2. Pacte admès en base al principi de llibertat civil, amb el límit de l'enriquiment injustificat, l'avantatge injust i la lesió en més de la meitat i la nul·litat per usura

L'absència d'una norma imperativa que prohibeixi el pacte comissori en el marc de la regulació dels drets reals de garantia del CCCat comporta que aquest tipus de pactes s'admetin en el dret civil català, tant en els drets reals de garantia típics (retenció, penyora, hipoteca i anticresi), com en els atípics, amb base al principi general de llibertat civil.⁸³ Aquest principi es troba positivitzat a l'article 111-6 CCCat, d'acord amb el qual: «les disposicions d'aquest Codi i de les altres lleis civils catalanes poden ésser objecte d'exclusió voluntària, de renúncia o de pacte en contra, llevat que estableixin expressament llur imperativitat o que aquesta es dedueixi necessàriament de llur contingut».

El principi de llibertat civil, a diferència de l'article 1255 CCE, no es limita a l'autonomia contractual, sinó que té caràcter de principi general.⁸⁴ En aquest sentit, la STSJC 8/2011, 10. 2.2011,⁸⁵ afirma que, de conformitat amb el que disposa l'article 111-6 CCCat, «existeix un ampli marge de llibertat civil en la manera de constituir o regular les relacions jurídicoprivades entre els ciutadans, de manera que llevat que les normes estableixin expressament llur imperativitat o que aquesta es dedueixi necessàriament del seu contingut, les parts poden excloure l'aplicació del dret codificat, que en aquest cas tindrà caràcter supletori».

Ara bé, tal com assenyalen les STSJC 12/2019, 18.2.2019, i 16/2019 28.2.2019, el límit a l'admissió del pacte de comís en els drets reals de garantia en el dret civil català és que aquest no sigui contrari al principi general d'enriquiment injustificat. És a dir, en aquest ordenament no és

83 STSJC 12/2019, 18.2.2019, FD 2n, apt. 4; i 16/2019, 28.2.2019, FD 3r, apt. 4.

84 Preàmbul de la Llei 29/2002, de 30 de desembre. Primera llei del Codi civil de Catalunya (DOGC núm. 3798, de 13.1.2003).

85 STSJC Sala Civil i Penal, Sec. 1a, 8/2011, 10.2.2011 (ECLI:ES:TSJCAT:2011:1857; MP: Maria Eugènia Alegret Burgués).

admissible que, en virtut del comís pactat, el creditor s'enriqueixi de manera injustificada fent seva la propietat d'un bé d'un valor notòriament superior al deute. Per tant, no s'admet el pacte comissori quan les «circumstàncies del cas revelin que l'apropiació del bé gravat per part del creditor comporta un inadmissible sacrifici patrimonial per al deutor, per al propietari del bé o per a tots dos». Tal com succeeix, per exemple, «en el cas que un pacte comissori pactat en condicions d'equilibri atesa la concordança entre l'import del deute i el valor de la garantia, esdevingui inequitatiu amb el pas del temps degut a la reducció del deute o l'increment del valor del bé».⁸⁶

El TSJC exposa, com a argument a favor d'aquesta tesi, que el TS ha estimat en algunes sentències (STS 69/1926, 27.3.1926; 311/1986, 20.5.1986), l'acceptació del pacte comissori quan «la garantia apareix en forma de negoci atípic (promesa de venda, opció de compra, venda amb pacte de retro) i no hi ha un perjudici del deutor», sens perjudici, com ja s'ha explicat al parlar de la compravenda a carta de gràcia i amb pacte de retro i de l'opció en garantia, que hi ha sentències més recents en contra.

Els remeis legals específics dels que disposa el deutor per tal d'evitar l'enriquiment injustificat del creditor o el fet que l'operació encobreixi un préstec usurari són, d'acord amb la jurisprudència del TSJC, els següents. En primer lloc, el deutor pot acudir a l'acció d'enriquiment injustificat, amb base en el principi de no enriquiment injustificat, que té com a finalitat la restitució de l'increment patrimonial produït com a conseqüència de l'enriquiment de l'altre subjecte, si s'ha produït sense una causa que justifiqui el desplaçament patrimonial. Per altra banda, el deutor afectat podria sol·licitar la rescissió del contracte per avantatge injust (article 621-45 CCCat) o per lesió en més de la meitat (article 621-46 CCCat).⁸⁷ Ambdues institucions són aplicables al contracte de compravenda i altres de caràcter onerosos i, per tant, a la compravenda a carta de gràcia i a l'opció de compra en garantia, sempre que

86 SSTSC 12/2019, 18.2.2019, FD 2on, apt. 5; i 16/2019, 28.2.2019, FD 3er, apt. 5.

87 BOSCH CAPDEVILA, «La opció en garantia», p. 280, ha destacat que: «La acción de rescisión por *lesión ultradimidium* cumple, en el derecho catalán, una función similar a la que se pretender conseguir con la prohibición del pacto comisorio: impedir una lesión excesiva para el transmitente del bien.»

en el cas en qüestió es donin els requisits subjectius i objectius previstos legalment.⁸⁸

En el cas particular, de l'opció de compra amb funció de garantia, és rellevant recordar que l'article 621-46.3CCCat, relatiu a la lesió en més de la meitat, ha incorporat el criteri defensat pel TSJC en la seva jurisprudència,⁸⁹ d'acord amb el qual «en els supòsits d'opció de compra, el desequilibri a què fa referència [el precepte] ha d'existir en el moment en què es pacta l'opció». Aquesta regla fa aconsellable que les parts valorin, en el moment de pactar l'opció de compra, la possibilitat d'introduir al negoci clàusules d'estabilització de la contraprestació per a l'adquisició del bé.

Per últim, l'eventual usura que pugui encobrir la garantia atípica, ja sigui una compravenda a carta de gràcia o una opció de compra en garantia, pot ser abordada en el marc de la Llei estatal de 23 de juliol de 1908 sobre nul·litat dels contactes de préstec usuaris.⁹⁰ Segons l'article 9 de la llei, aquesta és aplicable «a tota operació substancialment equivalent a un préstec de diner», amb independència de la forma del contracte i de la garantia. En aquest sentit ja es va pronunciar, en relació a la compravenda a carta de gràcia, la STSJC 5/1991, 29.5.1991 d'acord amb la qual «si el negoci articulat a través d'un empenyorament és substancialment equivalent a un préstec usurari li serà aplicable la Ley Azcárate a tenor d'allò disposat en el seu article 9, sancionat amb la nul·litat (art. 3) i la persona assimilada al prestatari restarà obligada a tornar únicament la suma rebuda» (FD 7è).⁹¹

88 Pera una anàlisi en profunditat dels articles 621-46 i 621-47 CCCat, vegeu MARTÍN CASALS, Miquel, «Comentari als articles 621-45. Avantatge injust i 621-46. Lesió en més de la meitat», a: EGEA I FERNÁNDEZ, Joan; FERRER I RIBA, Josep (dirs.); FARNÓS AMORÓS, Esther (coord.), *Comentari al llibre sisè del Codi civil de Catalunya. Contractes amb finalitat transmissora i sobre activitat aliena*, Atelier, Barcelona, 2021, p. 437-463.

89 STSJ Sala Civil i Penal, Sec. 1a, 1/2011, 71.2011 (ECLI:ES:TSJCAT:2011:19; MP: Núria Bassols Muntada); i 17/2011, 31.3.2011 (ECLI:ES:TSJCAT:2011:4417; MP: José Francisco Valls Gombau).

90 Gaceta de Madrid núm. 206, de 24.07.1908.

91 Vegeu la SAP Barcelona, Civil, Sec. 4a, 444/2012, 27.7.2012 (AC 2012\2114; MP: Mireia Ríos Enrich), que estima la nul·litat de la compravenda a carta de gràcia al considerar que s'havia pactat un interès usurari: «atendido el periodo tan corto de tiempo para el ejercicio de la opción de compra, lo que implicaba que los vendedores debían reintegrar, para ejercer la opción, seis meses después, un precio que implicaba alrededor de un 77 % de interés». A la doctrina, en relació a la compravenda amb pacte de retro i l'usura, vegeu AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, «Retroventa, Pacto Comisorio, Usura...», p. 1339; i BOSCH CAPDEVILA, «La opción en garantía», p. 275.

4. Caràcter instrumental de la prohibició de pacte comissori en el dret estatal

A l'ordenament jurídic espanyol, tot i que regeix la prohibició de pacte comissori prevista als articles 1859 i 1884 CCE, la doctrina i, en menor mesura la jurisprudència,⁹² han adoptat un interpretació flexible de la regla. En efecte, en el dret estatal, els límits de la prohibició de pacte comissori venen condicionats pel fonament o finalitat de la mateixa.⁹³ En aquest sentit, si en l'acord o operació contractual no concorren els riscos que la prohibició general de pacte comissori pretén evitar —fonamentalment, evitar un perjudici al deutor derivat de l'enriquiment injustificat del creditor— no està justificat impedir l'apropiació o disposició del bé per part del creditor i, per això, la doctrina i la jurisprudència admeten dos modalitats de pacte comissori: el pacte *ex intervallo* i el pacte marcià.

Per una banda, el pacte *ex intervallo* és el pacte comissori celebrat amb posterioritat a la concessió del crèdit, que resulta desvinculat del finançament del deutor.⁹⁴ Aquest pacte s'admet perquè la nul·litat només afecta als pactes comissoris causalment connectats a la concessió d'un crèdit, és a dir, aquells celebrats com a requisit per obtenir finançament, ja

92 A la jurisprudència vegeu les STS, 1a, 390/2010, 24.6.2010 (ECLI:ES:TS:2010:3753; MP: Rafael Gimeno-Bayón Cobos), d'acord amb la qual: «en el presente caso, como precisa la recurrida, los valores pignorados fueron enajenados en un mercado público y transparente —la Bolsa de Nueva York—, en un procedimiento paralelo al previsto en el artículo 322 del Código de Comercio. (...) En consecuencia, la Sala no aprecia la concurrencia de posibles causas de orden público para rechazar la licitud de la ejecución prevista en el contrato sujeto al derecho inglés»; i 770/2011, 10.11.2011 (ECLI:ES:TS:2011:8283; MP: Rafael Gimeno-Bayón Cobos), que afirma que «a diferencia de lo que acontece en el artículo 1884.2 del Código Civil en relación con la anticresis, [en el artículo 1859 CC] no está prohibido de forma expresa el pacto en contra, a lo que debe añadirse que las razones que en su día justificaron los recelos del legislador, no son aplicables a determinadas modalidades de garantía, como lo demuestra el primer párrafo del artículo 11.1 del Real Decreto-ley 5/2005, de 11 marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública».

93 JUÁREZ TORREJÓN, Ángel, «El pacto comisorio, hoy: análisis crítico de la figura, a la luz de la más reciente jurisprudencia, y de la doctrina de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 794, 2022, p. 3289.

94 Aquest seria el cas, tal com expliquen DEL POZO CARRASCOSA *et al.*, «*Derecho civil de Cataluña: derechos reales*», p. 532, de la dació en pagament de l'objecte de la garantia acordada amb la finalitat d'evitar un procediment d'execució, si es pacta en el moment de compliment de l'obligació o en fase d'execució forçosa.

que és en aquest context en el que el deutor, necessitat de finançament, pot veure's abocat a acceptar l'apropiació del bé pel creditor en condicions que li siguin perjudicials.⁹⁵

Per altra banda, el pacte marcià és un pacte d'apropiació de la cosa donada en garantia pel creditor, acordat en el moment de la concessió del crèdit, en virtut del qual el valor del bé gravat es determina, en el moment d'execució de la garantia, d'acord amb criteris objectius, ja sigui mitjançant una taxació pericial o aplicant índexs objectius amb les compensacions que correspongui, si escau.⁹⁶ En aquest cas, la doctrina defensa que no s'aplica la prohibició de pacte comissori, perquè no hi ha risc de desproporció entre el valor del crèdit i la cosa donada en garantia.⁹⁷ Tampoc concorre el risc mencionat i, per tant, s'admet el pacte comissori quan el dret de garantia té per objecte diners o altres béns o drets de liquiditat semblant, tal com succeeix amb els drets de crèdit.⁹⁸

El pacte marcià s'admet, segons la doctrina majoritària, amb caràcter general i no només en els supòsits legals en els quals el legislador espanyol l'ha regulat expressament.⁹⁹ En particular, el dret estatal permet l'apropiació o venda per part del creditor pel valor objectiu del bé en diversos àmbits, tot garantit que no es produeix l'enriquiment injustificat del creditor.¹⁰⁰ A la Llei 28/1998, de 13 de juliol, de venda a terminis de béns mobles;¹⁰¹ el Reial Decret-llei 5/2005, d'11 de març, de transposició

95 Vegeu CORDERO LOBATO, «Ejecuciones alternativas de garantías reales y pacto comisorio», p. 625-626; CORDERO LOBATO, «Comentario al artículo 1859 del Código Civil», p. 12760; FERRER RIBA, «Els drets reals de garantia», p. 14, i la jurisprudència allí citada.

96 Vegeu FERRER RIBA, «Els drets reals de garantia», p. 13, qui explica que «el pacte marcià deu el seu nom al juriconsult romà Marcianus, del segle III dC, que el formula en una consulta continguda en Digest (20, 1, 16, 9)».

97 CORDERO LOBATO, «Comentario al artículo 1859 del Código Civil», p. 12760; JUÁREZ TORREJÓN, «El pacto comisorio, hoy: ...», p. 3290.

98 En la línia del que preveu l'article 569-20.5 CCCat sobre la prenyora de diners.

99 CORDERO LOBATO, «Ejecuciones alternativas de garantías reales y pacto comisorio», p. 629.

100 GINEBRA MOLINS, «La prohibició de comís i el pacte comissori al Llibre V ...», p. 332.

101 BOE núm. 167, de 14.07.1998. «La Llei 28/1998 faculta el creditor per a reclamar del deutor el pagament del deute, advertint-lo que si no ho fa es procedirà contra el bé objecte del contracte, de manera que si el deutor procedeix a la devolució de la possessió del bé, el creditor pot optar per l'adjudicació directa del bé a favor seu en pagament del deute sense necessitat de vendre-la en pública subhasta. En aquest cas, el risc d'un enriquiment injustificat es minimitza perquè "la adquisición por el acreedor de los bienes entregados por el deudor no

en el dret espanyol de la Directiva 2002/47/CE sobre acords de garanties financeres;¹⁰² i al Conveni relatiu a garanties internacionals sobre elements d'equip mòbil, fet a Ciutat del Cap el 16 de novembre de 2001.¹⁰³

La doctrina de la DGRN i, més recentment, de la Direcció General de Seguretat Jurídica i Fe Pública (DGSJFP), també ha flexibilitzat l'aplicació de la prohibició de pacte comissori i l'accés al Registre d'opcions de compra amb finalitat de garantia. En particular, ha declarat que, d'acord amb l'estat de la qüestió a nivell doctrinal, jurisprudencial i legislatiu, pot afirmar-se que la prohibició de pacte comissori perd el seu fonament quan la realització del bé donat en garantia s'efectua en circumstàncies en què es fixa el seu valor de manera objectiva i no comporta un desequilibri patrimonial injustificat. Per això, segons aquests resolucions, s'admet la validesa del pacte comissori quan pugui entrar en la categoria de pacte marcià, és a dir, quan s'estableixi un procediment de valoració que exclougi l'abús pel deutor.¹⁰⁴

Ara bé, segons la DGSJFP, el pacte marcià no seria admissible en el marc de les garanties reals pactades en supòsits en els que sigui aplicable la legislació de consum, degut al seu caràcter imperatiu.¹⁰⁵

impedirá la reclamación entre las partes de las cantidades que correspondan, si el valor del bien en el momento de su entrega por el deudor, conforme a las tablas o índices referenciales de depreciación establecidos en el contrato, fuese inferior o superior a la deuda reclamada" (article 16.2, c/ i e/ LVBMP)» (STSJC 12/2019, 18.2.2019 i 16/2019, 28.2.2019).

102 BOE núm. 62, de 14.03.2005. «el Decret-Llei 5/2005 admet l'apropiació directa pel creditor pignoratiu del valor financer donat en garantia sempre que dita facultat consti en un acord on les parts hagin previst les modalitats de valoració dels instruments financers negociables, de manera que si hi ha romanent ha de ser reintegrat al garant; també considera vàlida l'alienació fiduciària de valors en funcions de garantia —l'anomenat "acord de garantia financera amb canvi de titular"— que opera com una veritable fidúcia *cum creditore*. En tot cas, les valoracions s'han d'ajustar al "valor actual de mercat" dels instruments aportats en garantia» (STSJC 12/2019, 18.2.2019, i 16/2019, 28.2.2019).

103 Instrument d'adhesió d'Espanya (BOE núm. 238, de 4.10.2013).

104 En aquest sentit vegeu les RDGSJFP 13041/2022, 13.7.2022 (RJ 2022\4565); 4777/2022, 10.3.2022 (RJ 2022\3314); 6920/2021, 15.3.2021 (RJ 2021\1557); RDGRN 6398/2020, 28.1.2020 (RJ 2020\2547); i 1035/2019 (RJ 2018\5995).

105 Entre d'altres, citen la Llei 5/2019, de 15 de març, reguladora dels contractes de crèdit immobiliari (BOE, núm. 65, de 16.3.2019); la Llei 2/2009, de 31 de març, per la qual es regula la contractació amb els consumidors de préstecs o crèdits hipotecaris i de serveis d'intermediació per a la celebració de contractes de préstec o crèdit (BOE núm. 79, de 1.4.2009); la Llei d'Enjudiciament Civil (BOE núm. 7, de 8.1.2000) i la Llei hipotecària (BOE núm. 58, de 27.2.1946).

En particular, la DGSJFP ha admès, a la RDGSJFP 6920/2021, 15.5.2021 (RJ 2021\1557), la inscripció d'un dret d'opció de compra amb funció de garantia pactada en una escriptura d'hipoteca que contenia una clàusula que encaixava dins dels paràmetres del pacte marcià. L'acord establí, per una banda, garanties procedimentals, perquè preveia la intervenció notarial, en les diverses fases de l'exercici de l'opció. A més, establí un procediment objectiu de valoració del bé en el moment de l'exercici de l'opció, que es duria a terme mitjançant la taxació per un arquitecte escollit per sorteig a la notaria i amb audiència i contradicció de les parts. Per últim, la clàusula garantia els drets de tercers creditors, perquè exigia el dipòsit notarial del romanent. La DGSJFP conclou que: «les concretes previsions adoptades (...) allunyen el perill que un valor fixat en el moment de convenir-se aquest pacte es torni inequitatiu en el moment en que es pretengui exercitar l'opció; cosa que sens dubte reforça l'equilibri entre les parts –commutativitat– i allunya el perill d'un possible enriquiment injust». En aplicació d'aquesta doctrina, la DGSJFP ha negat en les seves resolucions – entre d'altres a la RDGSJFP 4777/2022, 10.3.2022 (RJ 2022\3314) – la inscripció de l'opció de compra que es constitueix amb funció de garantia, quan no encaixa en els esquemes conceptuals del denominat pacte marcià. En particular, quan les parts no inclouen a l'escriptura de constitució de l'opció determinades previsions, relatives a garanties procedimentals i d'adequada valoració objectiva del bé.

Per tot això, pot concloure's que a l'ordenament jurídic espanyol, la jurisprudència i la doctrina notarial i registral admet la validesa del pacte comissori quan es compleixen dos requisits. En primer lloc, quan l'apropiació o venda del bé per part del creditor es fa pel valor actual del mateix, determinat per referència al seu valor de cotització o mitjançant un procediment objectiu (pacte marcià); i en segon lloc, quan es garanteix que el romanent, si ha creditors posteriors, es posarà a disposició d'aquests, i si no n'hi ha, s'entregarà al propietari del bé.¹⁰⁶

A la doctrina destaca la posició de CARRASCO PERERA,¹⁰⁷ qui defensa, en relació al dret estatal, que «[l]a prohibición de pacto comisorio tiene que ser racionalizada de alguna manera que elimine la inseguridad que produce

106 CORDERO LOBATO, *Ejecuciones alternativas de garantías reales y pacto comisorio*, p. 625.

107 CARRASCO PERERA, Ángel, «Orientaciones para una posible reforma de los derechos reales», a ÀREA DE DRET CIVIL UNIVERSITAT DE GIRONA (coord), *La codificació dels drets reals a Catalunya (Materials de les Catorzenes Jornades de Dret català a Tossa)*, 21 i 22 de setembre de 2006, Documenta Universitària, Girona, 2007, p. 77.

su formulación en términos incondicionales. En rigor, la prohibición debe ser reformulada como una prohibición de obtener del deudor un enriquecimiento injusto como contraprestación por la concesión del crédito. Es el derecho de enriquecimiento el que debe gobernar esta relación, y no la prohibición absoluta (e injustificada) de que el dominio sea utilizado como garantía real. Debe admitirse la transmisión fiduciaria del dominio, con sus efectos oportunos y queridos por las partes. Existe, además, otra razón. Habiendo sido ampliamente admitido el pacto comisorio en nuestro Derecho sectorial de garantías financieras —sin más límite que la exigencia de atenderse a criterios de valoración objetivos de la cosa entregada en dominio— no tiene sentido mantener la prohibición en el corazón del sistema civil.»¹⁰⁸

Aquesta interpretació flexible de la prohibició de pacte comissori també és la que s'ha incorporat a l'article 3121-5 de la Proposta de Codi Civil de la Associació de Professors de Dret Civil de 2018 (en endavant, PAPDC). En efecte, a l'Exposició de Motius de la proposta explica que, tot i que es reconeix la tradicional prohibició del pacte comissori, aquesta regla es matisa «al permitir en algunos supuestos su validez atendiendo a criterios de proporcionalidad y justicia material».¹⁰⁹ Així, l'apartat primer del precepte preveu que «Es nula la estipulación en que se establezca la apropiación del acreedor de la cosa dada en garantía a cambio de la extinción del crédito cuando exista riesgo de desproporción entre su valor y el importe de la obligación garantizada».¹¹⁰

108 Vegeu també CARRASCO PERERA, Ángel; CORDERO LOBATO, Encarna; MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, *Tratado de los derechos de garantía*, Tom I, 4a edició, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022, p. 161. En la mateixa línia, DE BARRÓN ARNICHEs, «La opción de compra en garantía...», p. 189, proposa «que se persigan los supuestos en los que resulte acreditada la concurrencia de una situación de ventaja injustificada por la parte acreedora, o de vulneración del principio de autonomía de la voluntad mediante cláusulas contenidas en condiciones generales no consentidas de forma expresa por la parte deudora».

109 Exposició de motius de la PAPDC, p. 170.

110 A més, d'acord amb l'apartat 2n de l'article 3121-5 PAPDC: «Ante el incumplimiento de la obligación garantizada no incurren en esta prohibición los siguientes pactos de apropiación de la cosa dada en garantía por el acreedor:

- a) Cuando resulten desvinculados de la financiación del deudor.
- b) Cuando la valoración del bien dado en garantía se haya realizado conforme a criterios objetivos, salvo si se trata de la vivienda habitual del deudor o de un tercero.
- c) Cuando el derecho real de garantía tiene por objeto dinero u otros bienes o derechos de liquidez semejante.»

Per tot això, pot concloure's que la tesi acollida pel TSJC, d'acord amb la qual allò prohibit en el dret civil català no és l'apropiació o disposició del bé per part del creditor, sinó l'enriquiment injustificat del mateix en el marc de les garanties reals típiques i atípiques vinculades a la concessió d'un crèdit, és coherent amb la interpretació flexible de la regla de prohibició de pacte comissori defensada per la doctrina i la jurisprudència a l'ordenament jurídic espanyol, així com amb els supòsits legals en els quals el legislador estatal ha admès expressament el pacte d'apropiació i disposició del creditor del bé donat en garantia. En aquest sentit, el TSJC, en les STSJC 12/2019, 18.2.2019, 16/2019 de 28.2.2019, afirma que la prohibició de pacte comissori té, en el dret estatal, un caràcter instrumental.¹¹¹

Resulta criticable, no obstant, que el TSJC no concreti en les sentències citades quins requisits hauria de complir el pacte comissori per tal de no comportar un enriquiment injustificat del creditor i evitar l'inadmissible sacrifici patrimonial per al deutor, per al propietari del bé o per a tots dos. En particular, hagués resultat aclaridor si el TSJC s'hagués pronunciat en relació a si és necessari per a la validesa del pacte que aquest entri dins dels paràmetres de l'anomenat pacte marcià, en la línia del que ha vingut exigint la doctrina i jurisprudència en el dret civil estatal.

5. Conclusions

L'admissibilitat, en el dret català, dels acords relatius a l'execució de les garanties reals fora dels procediments legalment establerts, quan aquests comporten el comís del bé per part del creditor, ha estat qüestionada, perquè el llibre cinquè del CCCat no conté, a diferència del CCE, un precepte que prohibeixi de manera expressa el pacte comissori en els drets reals de garantia.

La pràctica negocial demostra que el més habitual és que el pacte comissori s'acordi en el marc de les anomenades garanties reals atípiques. En particular, en el context de contractes amb finalitat transmissora, que si bé no són pròpiament de garantia, han estat tradicionalment utilitzats amb aquesta finalitat. Les sentències del TSJC que s'han ocupat de la licitud, en el dret català, del pacte comissori en els drets reals de garantia han recaigut en

111 STSJC, 12/2019, 18.2.2019, FD 2n, apt. 3; i 16/2019, 28.2.2019, FD 3r, apt. 3.

supòsits relatius a contractes de compravenda a carta de gràcia o amb pacte de retro i contractes d'opció de compra en garantia.

La jurisprudència del TSJC anterior a l'entrada en vigor del llibre cinquè del CCCat havia considerat que no regeix en el dret català una prohibició general de pacte comissori, sobre al base que s'admetia la compravenda a carta de gràcia o *empenyorament* als articles 326 a 328 CDCC. En el marc de la regulació del llibre cinquè del CCCat, el TSJC s'ha pronunciat a favor de la licitud en el dret català del pacte comissori en les STSJC, 12/2019, 18.2. 2019 i 16/2019, 28.2.2019. Ambdues resolucions examinen la validesa d'un contracte d'opció de compra amb funció de garantia. En aquests pronunciaments el TSJC reafirma que «no s'aprecia una regla general prohibitiva amb caràcter general del pacte comissori en el dret civil català».

El TSJC ha estimat que les normes del llibre cinquè que prohibeixen el comís del bé per impagament de pensions en el dret de cens (article 565-8.7 CCCat) i per impagament de la pensió convinguda en el dret de superfície (article 564-5 CCCat) tenen una operativitat limitada, per la qual cosa no se'n pot inferir una regla general que prohibeixi el pacte comissori en l'àmbit dels drets reals de garantia. A més, segons el TSJC, la prohibició de pacte comissori tampoc està implícita a l'article 592-2 CCCat, ja que el precepte, ni cap altre « (...) de les normes reguladores dels drets reals de garantia en el dret civil català exclou la via convencional de realització de valor del bé (...)». Tot el contrari, el legislador català autoritza en diversos supòsits, i en el marc de les normes reguladores de la realització del valor del bé en els drets reals de garantia, que el creditor pugui disposar o apropiarse del bé gravat o retingut.

El pacte comissori s'admet en el dret civil català, tant en els drets reals de garantia típics, com en els atípics, amb base al principi general de llibertat civil (article 111-6 CCCat), sempre que no sigui contrari al principi general d'enriquiment injustificat. Per tant, no s'admet el pacte comissori quan les «circumstàncies del cas revelin que l'apropiació del bé gravat per part del creditor comporta un inadmissible sacrifici patrimonial per al deutor, per al propietari del bé o per a tots dos».

Els remeis legals específics dels que disposa el deutor per tal d'evitar l'enriquiment injustificat del creditor o el fet que l'operació encobreixi un préstec usurari són, d'acord amb la jurisprudència del TSJC: l'acció d'enriquiment injust, la rescissió del contracte per avantatge injust (article 621-45 CCCat) o per lesió en més de la meitat (article 621-46 6CCCat); i la nul·litat per usura prevista a la llei estatal de 23 de juliol de 1908 sobre nul·litat dels contactes de préstec usuaris.

La tesi acollida pel TSJC, d'acord amb la qual allò prohibit en el dret civil català no és l'apropiació o disposició del bé per part del creditor, sinó l'enriquiment injust del mateix en el marc de les garanties reals típiques i atípiques vinculades a la concessió d'un crèdit, és coherent amb la interpretació flexible de la regla de prohibició de pacte comissori defensada per la doctrina i la jurisprudència a l'ordenament jurídic espanyol. Així com amb els supòsits legals en els que el legislador estatal ha admès expressament el pacte d'apropiació i disposició del creditor del bé donat en garantia.

Ara bé, resulta criticable, que el TSJC no concreti en la seva jurisprudència quins requisits hauria de complir el pacte comissori per tal de no comportar un enriquiment injustificat, fet que pot donar lloc a certa inseguretat jurídica. En particular, hagués resultat aclaridor si el TSJC s'hagués pronunciat en relació a si és necessari per a la validesa del pacte, en el dret civil català, que aquest entri dins dels paràmetres de l'anomenat pacte marcià, en la línia del que ha vingut exigint la doctrina i jurisprudència en el dret civil estatal.

6. Bibliografia

- AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina de, «Retroventa, Pacto Comisorio, Usura: Criterios Delimitadores (y Carta de Gracia)», a: CARRASCO PERERA, Ángel, *Tratado de la Compraventa: Homenaje a Rodrigo Bercovitz*, Vol. 2, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, p. 1329-1340.
- DE BARRÓN ARNICHES, Paloma, «La opción de compra en garantía y el pacto comisorio», BOSCH CAPDEVILA, Esteve/SÁNCHEZ GONZÁLEZ, María Paz/BLANDINO GARRIDO, María Amalia/DE BARRÓN ARNICHES, Paloma (coord.), *Los derechos de adquisición*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, p. 187-219.
- BOSCH CAPDEVILA, Esteve, «La opción en garantía», a: CAÑIZARES LASO, Ana; DIÉGUEZ OLIVA, Rocío, *Función de las condiciones en el tráfico inmobiliario*, València, Tirant lo Blanch, 2020, p. 253-284.
- CARRASCO PERERA, Ángel; CORDERO LOBATO, Encarna; MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, *Tratado de los derechos de garantía*, Tom I, 4a edició, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022.
- CARRASCO PERERA, Ángel, «Orientaciones para una posible reforma de los derechos reales», a ÀREA DE DRET CIVIL UNIVERSITAT DE GIRONA (coord),

La codificació dels drets reals a Catalunya (Materials de les Catorzenes Jornades de Dret català a Tossa), 21 i 22 de setembre de 2006, Documenta Universitaria, Girona, 2007, p. 59-79.

CORDERO LOBATO, Encarna, «Comentario al artículo 1859 del Código Civil», a: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Comentarios al Código civil*, Tomo IX, (Arts. 1760 a Disposiciones adicionales), València, Tirant lo Blanch, 2013, p. 12760-12761.

CORDERO LOBATO, Encarna, «Ejecuciones alternativas de garantías reales y pacto comisorio», a: MARQUÉS MOSQUERA, Cristina; DE LA CÁMARA ENTRENA, Blanca (coords.), *Las garantías en el derecho mercantil: problemática actual*, Fundación Notariado, 2021, p. 617-637.

DURÁN RIVACOBA, Ramón, *La Propiedad en garantía. Prohibición del pacto comisorio*, Pamplona, Aranzadi, 1998.

FARNÓS AMORÓS, Esther, «Comentari a l'article 621-55. Compravenda a carta de gràcia», a: EGEA I FERNÁNDEZ, Joan; FERRER I RIBA, Josep (dirs.); FARNÓS AMORÓS, Esther (coord.), *Comentari al llibre sisè del Codi civil de Catalunya. Contractes amb finalitat transmissora i sobre activitat aliena*, Atelier, Barcelona, 2021, p. 526, p. 523-538.

FELÚ REY, Manuel Ignacio, *La prohibición del pacto comisorio y la opción en garantía*, Madrid, Civitas, 1995.

FERRER RIBA, Josep, «Els drets reals de garantia», *Civil III*, 5a ed., FUOC, Barcelona, 2022, p. 1-112.

FERRER RIBA, Josep, «Els drets reals d'adquisició preferent», *Civil III*, 5a ed., FUOC, Barcelona, 2022, p. 1-44.

GINEBRA MOLINS, M. Esperança, «La prohibició de comís i el pacte comissori al Llibre V del Codi Civil de Catalunya», a: BADOSA COLL, Ferran; GETE-ALONSO CALDERA, M. Carmen (dirs.), *La Adquisición y la transmisión de los derechos reales en el Código civil de Catalunya. Estudio del derecho catalán y otros sistemas jurídicos*, Col·legi de Notaris de Catalunya, 2009, Marcial Pons, Madrid, p. 321-336.

JUÁREZ TORREJÓN, Ángel, «El pacto comisorio, hoy: análisis crítico de la figura, a la luz de la más reciente jurisprudencia, y de la doctrina de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 794, 2022, p. 3287-3313.

MARTÍN CASALS, Miquel, «Comentari als articles 621-45. Avantatge injust i 621-46. Lesió en més de la meitat», a: EGEA I FERNÁNDEZ, Joan; FERRER I RIBA, Josep (dirs.); FARNÓS AMORÓS, Esther (coord.), *Comentari al llibre*

El pacte comissori en la jurisprudència del Tribunal Superior de Justícia [...]

sisè del Codi civil de Catalunya. Contractes amb finalitat transmissora i sobre activitat aliena, Atelier, Barcelona, 2021, p. 437-463.

MONTSERRAT VALERO, Antonio, *Curso de Derecho Civil de Cataluña: derechos reales*, València, Tirant lo blanch, 2020.

REGLERO CAMPOS, Luis Fernando, «El pacto comisorio», a: LAUROBA LACASA, María Elena; MARSAL GUILLAMET, Joan (eds.), *Garantías reales mobiliarias en Europa*, Madrid, Barcelona, Marcial Pons, 2006, p. 253-288.

DEL POZO CARRASCOSA, Pedro; VAQUER ALOY, Antoni; BOSCH CAPDEVILA, Esteve, *Derecho civil de Cataluña: derechos reales*, 6a edició, Madrid, Marcial Pons, 2018.

DEL POZO CARRASCOSA, Pedro, «Capítulo 6. El derecho a redimir en la venta a carta de gracia», a: BOSCH CAPDEVILA, Esteve; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, María Paz; BLANDINO GARRIDO, María Amalia; BARRÓN ARNICHEs, Paloma de (coord.), *Los derechos de adquisición*, 2021, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), p. 187-219.

PUIG I FERRIOL, Lluís; ROCA I TRÍAS, Encarna, *Institucions del dret civil de Catalunya*, 7a ed., Tirant lo Blanch, València, 2009.

7. Llista de sentències i resolucions citades

Tribunal Superior de Justícia de Catalunya

- STSJC, Sala Civil i Penal, Sec. 1a, 16/2019, 28.2.2019 (ECLI:ES:TSJCAT:2019:1694; MP: José Francisco Valls Gombau).
- STSJC, Sala Civil i Penal, Sec. 1a, 12/2019, 18.2.2019, (ECLI:ES:TSJCAT:2019:1241; MP: Jordi Seguí Puntas).
- STSJC, Sala Civil i Penal, Sec. 1a, 17/2011, 31.3.2011 (ECLI:ES:TSJCAT:2011:4417; MP: José Francisco Valls Gombau).
- STSJC, Sala Civil i Penal, Sec. 1a, 8/2011, 10.2.2011 (ECLI:ES:TSJCAT:2011:1857; MP: Maria Eugenia Alegret Burgués).
- STSJ, Sala Civil i Penal, Sec. 1a, 1/2011, 7.1.2011 (ECLI:ES:TSJCAT:2011:19; MP: Núria Bassols Muntada);
- STJC, Sala Civil i Penal, Sec. 1a, 18/2010, 13.5.2010 (ECLI:ES:TSJCAT:2010:3191; MP: Núria Bassols Muntada).
- STSJC, Sala Civil i Penal, 6/2002, 11.2.2002 (RJ 2002\7883; MP: Lluís Puig i Ferriol).

- STJC, Sala Civil i Penal, 14/1991, 31.10.1991 (RJ 1992\3912; MP: Luis María Díaz Valcárcel).
- STJC, Sala Civil i Penal, 5/1991, 29.5.1991 (RJ 1992\3903; MP: Luis María Díaz Valcárcel).

Tribunal Suprem espanyol

- STS, 1a, 312/2020, 4.2.2020 (ECLI:ES:TS:2020:312; MP: Juan María Díaz Fraile).
- STS, 1a, 111/2017, 21.2.2017 (ECLI:ES:TS:2017:581; MP: Francisco Javier Orduña Moreno).
- STS, 1a, 390/2010, 24.6.2010 (ECLI:ES:TS:2010:3753; MP: Rafael Gimeno-Bayón Cobos).
- STS, 1a, 34/2012, 27.1.2012 (ECLI:ES:TS:2012:278; MP: Xavier O'Callaghan Muñoz).
- STS, 1a, 770/2011, 10.11.2011 (ECLI:ES:TS:2011:8283; MP: Rafael Gimeno-Bayón Cobos).
- STS, 1a, 413/2001, 26.4.2001 (ECLI:ES:TS:2001:3420; MP: Antonio Gullón Ballesteros).
- STS, 1a, 22.12.1988 (RJ 1988\9748; MP: Mariano Martín-Granizo Fernández).
- STS, 1a, 20.5.1986 (RJ 1986\2735; MP: Matías Malpica González-Elipe).
- STS, 1a, 8.10.1981 (RJ 1981\3589; MP: Antonio Fernández Rodríguez).

Audiències Provincials

- SAP Barcelona, Civil, Sec. 1a, 357/2020, 15.9.2020 (ECLI:ES:APB:2020:8121; MP: M^a Teresa Martín de la Sierra García-Fogeda).
- SAP Tarragona, Civil, Sec. 3a, 181/2018, 15.5.2018 (ECLI:ECLI:ES:APT:2018:491; MP: Manuel Galán Sánchez).
- SAP Tarragona, Civil, Sec. 3a, 163/2018, 4.5.2018 (ECLI:ES:APT:2018:373; MP: Joan Perarnau Moya).
- SAP Barcelona, Civil, Sec. 1a, 292/2016, 18.7.2016 (ECLI:ES:APB:2016:6942; MP: Amelia Mateo Marco).
- SAP Barcelona, Civil, Sec. 4a, 444/2012, 27.7.2012 (AC 2012\2114; MP: Mireia Ríos Enrich).

- SAP Barcelona, Civil, Sec. 4a, 116/2007, 28.2.2007 (JUR 2007\126000; MP: Mercedes Hernández Ruiz-Olalde).
- SAP Barcelona, Civil, Sec. 17a, 374/2005, 30.6.2005 (JUR 2006\38634; MP: Ramón Foncillas Sopena).
- SAP Barcelona, Civil, 20.10.1994 (AC 1994\2067; MP: Agustín Ferrer Barriendos).

Resolucions de la Direcció General dels Registres i del Notariat i de la Direcció General de Seguretat Jurídica i Fe Pública

- RDGSJFP 13041/2022, 13.7.2022 (RJ 2022\4565).
- RDGSJFP 4777/2022, 10.3.2022 (RJ 2022\3314).
- RDGSJFP 6920/2021, 15.3.2021 (RJ 2021\1557).
- RDGRN 6398/2020, 28.1.2020 (RJ 2020\2547).
- RDGRN 1035/2019, 26.12.2019 (RJ 2018\5995).
- RDGRN 26.11.2008 (RJ 2009\146).
- RDGRN 26.3.1999 (RJ 1999\2184).
- RDGRN 30.9.1998 (RJ 1998\7214).
- RDGRN 18.10.1994 (RJ 1994\7798).
- RDGRN 5.5.1992 (RJ 1992\4837).
- RDGRN 8.4.1991 (RJ 1991\3138).
- RDGRN 29.9.1987 (RJ 1987\7646).
- RDGRN 10.6.1986 (RJ 1986\3840).

La revisió judicial de les resolucions de la Direcció General de Dret, Entitats Jurídiques i Mediació*

Miriam Anderson

Professora agregada de dret civil

Universitat de Barcelona

Sumari

1. Introducció

2. La renúncia a quotes en comunitats ordinàries i per torns —o com la pràctica registral modula el dret codificat

- 2.1. Introducció
- 2.2. El supòsit de fet
- 2.3. La resolució de la DGDEJM
- 2.4. La sentència de l'Audiència provincial
- 2.5. La inadmissió del recurs de cassació

3. La inscripció de l'atribució de l'ús de l'habitatge habitual: la qüestió de la durada «incerta»

- 3.1. Introducció
- 3.2. El supòsit de fet
- 3.3. La Resolució de la DGDEJM
- 3.4. Els arguments per a la revocació judicial de la qualificació i de la resolució que la confirmava

4. La divisió dels censos, la seva inscripció i l'extinció del dret

- 4.1. Introducció
- 4.2. La confirmació de la interpretació de la DGDEJM per part dels tribunals: la manca de divisió i d'inscripció de la divisió dins de termini comporta l'extinció automàtica del cens

* Aquest treball forma part de les activitats del «Grup de Dret civil català UB», 2021 SGR 00347. Les pàgines que segueixen no haurien estat possibles sense la col·laboració de la Direcció General de Dret, Entitats Jurídiques i Mediació i, molt en particular, de la Sra. Ma. José Urzaiz Ezcurdia, a qui agraeixo sincerament el suport prestat.

5. L'exercici del dret d'opció i la consignació del preu a disposició dels titulars de càrregues posteriors

- 5.1. Introducció
- 5.2. El criteri de la DGDEJM
- 5.3. La confirmació judicial del criteri de la DGDEJM

6. L'exercici «unilateral» del dret d'opció

7. La constitució del dret de retenció

- 7.1. La necessitat d'intervenció dels titulars o de l'autoritat judicial en la doctrina de la DGDEJM
- 7.2. La confirmació judicial del criteri de la DGDEJM

8. La condició resolutòria: sobre la imperativitat de l'art. 621-54 CCCat

- 8.1. Introducció
- 8.2. L'aferrissada defensa de la competència de la DGSJFP per part de l'Audiència Provincial de Barcelona
- 8.3. La prejudicialitat o litispendència per haver recorregut la resolució contradictòria davant de l'Audiència Nacional
- 8.4. L'aplicació imperativa de l'art. 621-54 CCCat

9. La usucapció i les demandes contra els ignorats hereus del titular registral

- 9.1. Introducció
- 9.2. El supòsit de fet
- 9.3. El recurs contra la qualificació directament a la via judicial civil
- 9.4. La doctrina de la DGSJFP
- 9.5. La doctrina de la DGDEJM
- 9.6. El criteri de l'Audiència Provincial de Barcelona i del Tribunal Suprem

10. Fideïcomís condicional, establiment a cens i alliberament de béns a càrrec de la quarta trebel·liànica

- 10.1. Introducció
- 10.2. El supòsit de fet
- 10.3. La resolució impugnada
- 10.4. Primera instància i apel·lació
- 10.5. El criteri del TSJC
- 10.6. Algunes consideracions sobre l'automatisme en els fideïcomisos condicionals

11. Els actes de disposició per part de menors amb una sola línia de parentiu determinada i l'alternativa a l'autorització judicial

- 11.1. Introducció
- 11.2. L'admissibilitat de l'autorització pels parents en casos no contemplats

12. Algunes conclusions

1. Introducció

En les línies que segueixen es presenten resolucions judicials, de diferent nivell (primera instància, apel·lació i cassació), que s'han generat arran de la impugnació de resolucions de la Direcció General de Dret, Entitats Jurídiques i Mediació (DGDEJM) des que va començar a decidir els recursos governatius interposats contra les qualificacions registrals a l'empara de la primera llei que, l'any 2005,¹ desenvolupava la competència de la Generalitat de Catalunya en aquest àmbit, i que va ser posteriorment substituïda per la Llei 5/2009, del 28 d'abril.²

S'han pogut localitzar, amb l'ajut de la pròpia Direcció General catalana, pronunciaments judicials relatius a diferents àmbits del dret civil català. Aquí es recullen les que es refereixen, directa o indirectament, als drets reals i a aspectes que els són connexos.³ Així, en aquesta contribució s'hi

1 Llei 4/2005, de 8 d'abril, dels recursos contra les qualificacions dels Registradors de la Propietat de Catalunya (DOGC núm. 4366, de 19.4.2005).

2 Llei 5/2009, del 28 d'abril, dels recursos contra la qualificació negativa dels títols o les clàusules concretes en matèria de dret català que s'hagin d'inscriure en un registre de la propietat, mercantil o de béns mobles de Catalunya (DOGC núm. 5374, de 7.5.2009). La STC 4/2014, de 16 de gener (BOE núm. 35, de 10.2.2014) va declarar inconstitucionals i nuls dos incisos de l'art. 3.4 d'aquesta llei, però no el seu art. 1, atès que per raons procedimentals el recurs es va inadmetre en aquest punt. Sovint la Direcció General s'empara en la vigència d'aquest darrer precepte per a fonamentar la pròpia competència, mentre que la Direcció General del Ministeri de Justícia apel·la a la interpretació que en va fer el Tribunal Constitucional per a arribar a la conclusió contrària. Es pot veure un comentari a la STC 4/2014 a *InDret*, núm. 4, 2014.

3 Com a exemples de resolucions relatives a altres qüestions, es pot citar la SJPI núm. 2 de Lleida de 29 de juliol de 2011, que confirmava Resolució JUS/3270/2010, de 21 de setembre (DOGC núm. 5736, de 18.10.2010), comentada per MARSAL GUILLAMET, Joan, a *InDret*, núm.1, 2011, relativa a la impossibilitat d'inscriure una escriptura d'acceptació i manifestació d'herència sobre la base d'un testament hològraf nul per manca d'institució d'hereu. També hi ha altres supòsits en què la qüestió controvertida és purament registral.

troben sentències sobre la renúncia a quota en copropietat (2), la durada del dret d'ús d'habitatge atribuït en consideració a la guarda de fills menors (3), la divisió dels censos (4), l'exercici del dret d'opció i cancel·lació de càrregues posteriors (5), i l'exercici «unilateral» d'aquest mateix dret (6), així com sobre la constitució del dret de retenció (7). A continuació, es recull la polèmica generada arran de la consideració de l'art. 621-54 com a norma d'aplicació imperativa sempre que el bé immoble es trobi situat a Catalunya (8) i, tot i no tractar-se d'una impugnació judicial de resolució de la DGDEJM, s'exposa la situació relativa a la inscripció de sentències recaigudes contra els ignorats hereus del titular registral, en concret, en matèria d'usucupió (9). Finalment, s'inclou també l'explicació de la via judicial seguida en relació amb l'eficàcia automàtica o no de l'adquisició del fideïcomissari en casos en què s'havien alienat béns com a lliures (10), així com de la interpretació dels tribunals quant a les autoritzacions alternatives a la judicial per a l'alienació de béns de persones menors d'edat (11). Tot i que aquestes darreres qüestions no s'encabeixen en la categoria dels drets reals, el cas del fideïcomís il·lustra com el procediment registral pot acabar decidint el fons dels assumptes, i el relatiu a les autoritzacions per parents propers d'actes de disposició resulta també rellevant, ja que difícilment s'haurien produït resolucions judicials al respecte si no fos amb ocasió de la sol·licitud d'inscripció al Registre de la Propietat; de fet, com es veurà, segurament es tracta d'una litigació provocada, a efectes doctrinals. De la recerca realitzada és possible extreure'n algunes conclusions (12) relatives a la valoració judicial de la doctrina registral catalana.

Així, la SJPI núm. 28 de Barcelona. 19/2021, de 29 de gener, resol la impugnació d'una qualificació registral negativa, que confirma, amb fonament en el principi de tracte successiu. En el cas era clar que s'havien produït dues acceptacions de la mateixa herència i que la primera en el temps únicament es va presentar al Registre per a la seva inscripció quan la segona ja s'havia presentat i inscrit. Es va apreciar litisconsorci passiu necessari de la DGSJFP i de la DGDEJM i es va emplaçar el titular inscrit. La decisió era, però, incontestable. Aquest mateix cas va donar lloc a dues resolucions de la DGDEJM, que no sembla que s'haguessin impugnat directament. La primera, la Resolució JUS/2666/2016, de 21 de novembre (DOGC núm. 7258, de 30.11.2016; comentada a *InDret*, núm. 2, 2017), que pivotava essencialment sobre la ineficàcia de les disposicions testamentàries quan s'ha produït un divorci posterior (art. 422-13 CCCat), i la segona, que es va decidir sobre la base del principi de tracte successiu (Resolució JUS/1210/2017, de 15 de maig, DOGC núm. 7382, d'1.6.2017; comentada a *InDret*, núm. 4, 2017). La sentència confirma el criteri d'aquesta darrera, sense entrar a dilucidar, com és propi del procediment de què es tracta, quina de les dues acceptacions hauria de prevaler des del punt de vista substantiu.

Com a qüestió formal, convé tenir present que la Direcció General catalana va passar a anomenar-se Direcció General de Dret, Entitats Jurídiques i Mediació arran del Decret 258/2021, de 22 de juny, de reestructuració del Departament de Justícia.⁴ Per tal de facilitar la lectura del text, s'empra en tot cas l'acrònim de la denominació actual. El mateix criteri es manté pel que fa a l'antiga Dirección General de los Registros y del Notariado, que va passar a denominar-se Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (DGSJFP) per mitjà del Reial Decret 139/2020, de 28 de gener, pel qual s'estableix l'estructura orgànica bàsica dels departaments ministerials.⁵ Encara en referència a qüestions de forma, no s'han pogut trobar publicades als repertoris oficials ni usuals algunes de les sentències que s'esmenten, raó per la qual no consta el número de referència en aquests casos. Finalment, les resolucions de la DGDEJM han estat resumides en les publicacions habituals (Butlletí del SERC, revista *La Notaria* i web notariosyregistradores.com), així com a la revista *InDret*, on els comentaris sovint són més extensos. En aquesta contribució, s'entén implícita la referència a aquests darrers comentaris per a valoracions ja realitzades amb independència de la ulterior impugnació judicial.⁶ Únicament es recorden les dades essencials dels supòsits analitzats i es fa èmfasi en les qüestions controvertides que han donat peu als pronunciaments dels tribunals.

2. La renúncia a quotes en comunitats ordinàries i per torns —o com la pràctica registral modula el dret codificat

2.1. Introducció

A la Resolució JUS/1622/2012, de 19 de juliol,⁷ la DGDEJM havia resolt que, per tal d'inscriure la renúncia d'un cotitular en comunitat ordinària proindivís, era necessari, no només que constés en escriptura pública

4 DOGC núm. 8442, de 23.6.2021 (DA 1a, 3).

5 BOE núm. 25, de 29.1.2020.

6 Els referits comentaris han tingut des dels seus inicis títols homogenis, que descriuen el fet de tractar la doctrina de la Direcció general catalana en resoldre recursos governatius, motiu pel qual es dona el títol per conegut. Quan no es cita l'autoria, correspon a qui subscriu.

7 DOGC núm. 6191, de 13.8.2012. Comentada a *InDret*, núm.2, 2013.

(art. 552-5.4 CCCat), sinó també que s'hagués notificat a la resta de cotitulars. Es va considerar, a més, que la renúncia per part d'un comuner té un doble efecte: «per una banda, suposa l'extinció del dret del copropietari renunciant; per l'altra, l'acreixement del dret dels copropietaris» i que això comporta a la vegada dues operacions registrals: «la cancel·lació del dret del comuner renunciant i la inscripció de l'acreixement a favor dels altres comuners» (FD 1.4). Tot i afectar la primera, en principi, només el comuner interessat, la DGDEJM va entendre que la renúncia produeix l'efecte extintiu del dret només quan es perfecciona i, en qualificar la declaració de voluntat com a receptícia, va estimar que cal que en tinguin coneixement els seus destinataris; és a dir, els restants cotitulars, a qui afecta també la renúncia, atès que genera l'acreixement de les seves quotes, al qual podran renunciar. Es va confirmar la nota de qualificació, de manera que no es va permetre la inscripció de la renúncia, i tampoc de l'acreixement, cosa que n'era conseqüència lògica, però que a més es va reforçar amb la idea que calia que els restants comuners requerissin la constància registral de l'acreixement en virtut del principi de rogació (art. 6 LH). En definitiva, es va afegir un requisit, potser raonable, al que estableix l'art. 552-5.4 CCCat i, almenys en seu registral, va quedar molt qüestionat l'automatisme de l'acreixement.⁸

Aquesta problemàtica es va presentar novament a la DGDEJM arran de la renúncia a una quota en comunitat especial per torns, creada amb anterioritat a l'entrada en vigor del llibre cinquè del CCCat, que va ser objecte de la Resolució JUS/975/2015, de 21 d'abril.⁹ Es va recórrer la decisió, però tant en primera instància com en apel·lació es va confirmar la decisió i el recurs de cassació davant del TS va ser inadmissiu. A més de la qüestió de fons, de l'estudi d'aquestes decisions se'n desprèn també un criteri favorable a la competència de la DGDEJM en supòsits en què la qualificació o el recurs es basen tant en normes del dret català, com en altres normes, tal i com preveu l'art. 1 de la Llei 5/2009, i que la DG catalana ha defensat tant abans com després de la STC 4/2014.

8 Vegeu el comentari a *InDret*, núm. 2, 2013, i les opinions d'ESQUIROL JIMÉNEZ, Víctor, «Reseña de las principales resoluciones de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de la Generalitat publicadas durante el tercer trimestre de 2012», *La Notaría*, núm. 3, 2012, p. 147, i de DEL POZO CARRASCOSA, Pedro; VAQUER ALOY, Antoni; BOSCH CAPDEVILA, Esteve, *Derecho Civil de Cataluña. Derechos Reales*, 5ª edición, Madrid, Marcial Pons, 2015, p. 239.

9 DOGC núm. 6873, de 18.5.2015. Comentada a *InDret*, núm. 4, 2015.

2.2. El supòsit de fet

L'any 1991 es va constituir sobre un edifici situat a Vielha el règim de propietat horitzontal i es va preveure que part de l'edifici es pogués destinar a la copropietat per torns, sense limitació temporal, de manera que la propietat d'una quota en proindivís sobre algun dels departaments privatis atribuiria al seu titular, de manera inseparable, un dret exclusiu de possessió i utilització del departament, durant un període de temps determinat dins de cada any natural. Simultàniament, es va constituir aquest tipus de comunitat sobre l'element privatiu concernit i els torns (o quotes) es van anar transmetent. L'any 2000 es va inscriure una escriptura d'adaptació dels estatuts a les Lleis estatals 42/1998, de 15 de desembre, sobre aprofitament per torns de béns immobles per a usos turístics, i 8/1999, de 6 d'abril, de modificació de la Llei de propietat horitzontal. Tot i això, no consta que es limités temporalment la vigència d'aquest tipus de comunitat a cinquanta anys, tal com requeria la primera llei esmentada (art. 3, i ara, també, la Llei 4/2012, de 6 de juliol —art. 24, i l'art. 554-8 CCCat). Tampoc es feia referència a cap propietari de l'edifici, contràriament al disseny adoptat per la normativa estatal de transposició del dret comunitari, relativa a les modalitats de temps compartit per a finalitats turístiques sobre immobles.

Els titulars d'una d'aquestes quotes que atribuïen un dret d'ús temporal, discontinu i periòdic hi varen renunciar en escriptura pública, manifestant que la renúncia era abdicativa i que incloïa qualsevol acreixement que els hagués pogut correspondre arran de renúncies anteriors; assumien el pagament de la part proporcional de les despeses que s'haguessin generat amb anterioritat a la renúncia. A la mateixa escriptura, requerien al notari que notifiqués la renúncia a la societat administradora de la comunitat i al president de la comunitat. Les notificacions es van practicar i en l'escriptura hi constava la correcta recepció. Presentada l'escriptura al Registre de la Propietat, la registradora va suspendre la inscripció de la renúncia per manca de consentiment de tots els altres copropietaris o copartíceps de l'immoble. Basava la qualificació negativa en l'art. 6.2 del CC, els arts. 27 i 33 de la Llei 4/2012, de 6 de juliol, els arts. 554-1 a 554-12 del CCCat i les resolucions de la DGSJFP de 30 d'agost de 2013¹⁰ i 21 d'octubre de 2014.¹¹

10 BOE núm. 238, de 4.10.2013.

11 BOE núm. 274, de 12.11.2014.

2.3. La resolució de la DGDEJM

Un cop confirmada la competència per a resoldre (art. 111-5 CCCat) i l'aplicabilitat del llibre cinquè a les situacions preexistents, d'acord amb la disposició transitòria (DT) 5a de la Llei 5/2006, la DGDEJM va recordar que la renúncia és una causa d'extinció dels drets reals (art. 532-4 CCCat), que es duu a terme per mitjà d'un negoci de disposició unilateral i que no requereix ni el coneixement ni el consentiment d'altres persones, però que no els és oposable si en poden resultar perjudicades (FD 1.3).

La renúncia al dret de propietat sobre un bé comporta que la cosa resti abandonada, si és moble, o vacant si és immoble (FD 2.1 i 2.2), tot i que això no succeeix quan es renuncia a una quota o participació indivisa d'un dret en comunitat ordinària, atès que l'ordenament preveu un acreixement automàtic, *ope legis*, sense necessitat del consentiment dels restants cotitulars, però sens perjudici tampoc de la posterior renúncia (FD 2.3). No obstant això, dedueix del principi de bona fe (art. 111-7 CCCat) que la renúncia a una quota indivisa no és oposable als cotitulars fins que no se'ls hagi notificat (FD 2.3), com ja havia fet a la Resolució JUS/1622/2012.

Sense que calgués per a decidir la qüestió plantejada, la DGDEJM es preguntava quin és el destí dels elements privatis abandonats en edificis organitzats en règim de propietat horitzontal i arribava a la conclusió, altament discutible, que la renúncia a la propietat d'un element privatiu el converteix directament en element privatiu d'ús comú, que pertany als restants propietaris en proporció a les seves quotes de participació en els elements comuns, tret que renunciïn a l'acreixement resultant de la renúncia (FD 2.4.c). Costa trobar altra explicació a la solució adoptada, que comparteix també la DGSJPF, que no sigui la de procurar estalviar a les arques públiques el cost de manteniment dels immobles que els poguessin correspondre (i dels que s'haurien de fer càrrec).¹²

12 En comentar aquesta resolució, ja es va posar de manifest que, si s'entén que la constitució del règim comporta la creació de nous objectes de dret (és a dir, d'elements privatis susceptibles de propietat i altres drets reals limitats, de transferència i, naturalment, també de renúncia), amb la seva pròpia finca registral, no sembla que la «imbricació» que suposen la proximitat física i les relacions de veïnatge especialment intenses, que es canalitzen per mitjà d'una quota de participació en els elements comuns inherent a la titularitat dels privatis, sigui suficient per entendre aplicable a la propietat horitzontal la solució prevista a l'art. 552-5.2 CCCat. També les resolucions de la DGSJPF de 30 d'agost de 2013 (BOE núm. 238, de 4.10.2013) i de 21 d'octubre de 2014 (BOE núm. 274, de 12.11.2014), relativa a un cas de renúncia molt semblant al que ara es comenta, recullen

Havent arribat a aquesta conclusió per al cas de la renúncia a un element privatiu en propietat horitzontal, la DGDEJM en va deduir també que corresponia notificar-la al president de la comunitat, que hauria de traslladar la informació a la resta de propietaris (FD 2.4 i 3.3).

Això la va conduir a entendre que es pot aplicar també a la comunitat per torns l'art. 552-5 CCCat; és a dir, s'emprava l'analogia i possiblement la remissió continguda a l'art. 554-12.2 CCCat. L'analogia, però, no hauria estat necessària si s'hagués partit del fet que en la comunitat especial per torns regulada al CCCat hi una comunitat ordinària subjacent al règim, que es posa de manifest a l'hora de contribuir a les despeses comunes i també en el moment de l'extinció del règim.¹³

En tot cas, s'acaba conclouent que el registrador ha de practicar la inscripció de la renúncia, però no de l'acreixement a favor dels cotitulars, que s'estima requereix l'acceptació dels afavorits, perquè «res no s'oposa a la inscripció de la renúncia, inscripció que només comporta la publicitat de l'existència d'aquesta i que pressuposa la producció dels efectes previstos per la Llei» (FD 3.3). Tot i aquesta afirmació, si l'efecte que preveu la llei fos realment automàtic, no caldria ni que s'inscrivís l'acreixement ni tampoc el consentiment dels cotitulars per a fer-ho. La inscripció de la renúncia a la quota o al torn ja comportaria que l'acreixement —efecte automàtic— estigués condicionat resolutòriament a la renúncia al mateix.

una conclusió semblant a la de la DGDEJM, i mereixen ser qüestionades pels mateixos motius (AGÜERO ORTIZ, Alicia, «La maldición de ser propietario de inmuebles urbanos o la imposibilidad de abandono de la propiedad de la vivienda o local por sus acuciantes gastos», *Centro de Estudios de Consumo Universidad Castilla-La Mancha CESCO*, 14.2.2014, disponible a: <http://blog.uclm.es/cesco/files/2014/02/La-maldici%C3%B3n-de-ser-propietario-deinmuebles-urbanos-o-la-imposibilidad-de-abandono-de-la-propiedad-.pdf>; GOÑI RODRÍGUEZ ALMEIDA, María, «La renuncia al dominio en un régimen de propiedad horizontal», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 746, 2014, p. 3357-8.

- 13 ANDERSON, Miriam, 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. Documents de treball. Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Barcelona, 2010, disponible a: http://justicia.gencat.cat/web/.content/documents/arxius/dret_civiltatala_transposicio.pdf; ANDERSON, Miriam, «El derecho civil catalán ante la transposición de la Directiva 2008/122/CE, de 14 de enero de 2009, de protección de los consumidores de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, productos vacacionales de larga duración, reventa e intercambio», a: Colegio Notarial de Cataluña, *Conferencias de Derecho civil, mercantil e hipotecario*, Barcelona, Marcial Pons, 2011, p. 79-104.

2.4. La sentència de l'Audiència provincial

El president de la comunitat, que havia formulat al·legacions durant la tramitació del recurs governatiu, va recórrer judicialment la Resolució de la DGDEJM. En primera instància, la demanda va ser desestimada (SJPI núm. 5 de Lleida de 21 de gener de 2016), com també ho va ser el recurs d'apel·lació, tot i que per motius diferents.

La SAP Lleida (secció 2a) 299/2017, de 6 de juliol,¹⁴ tracta en primer lloc la qüestió de la competència de la DGDEJM per a resoldre la controvèrsia plantejada. El president de la comunitat al·legava que, a més del dret català, eren aplicables al cas els art. 6 i 7 CC i la Llei 4/2012, de 6 de juliol, tal i com es desprenia de la nota de qualificació. El tribunal no comparteix aquest plantejament. Considera que el nucli de la qüestió es resol fonamentalment a través de normes exclusives del dret civil català, a diferència del que succeiria si es tractés d'acreditar un frau de llei derivat justament de l'aplicació d'alguna de les normes d'aquest ordenament, cosa que no es pot presumir i s'hauria de resoldre en el corresponent procediment (FD 2). Més endavant, en determinar quina és la llei aplicable a la resolució del fons de l'assumpte, emprà un argument circular: afirma que el mateix fet que el recurs es presentés a la DGDEJM i que aquesta valorés positivament la pròpia competència indiquen clarament la aplicació del dret català (FD 3). Aquest plantejament contrasta amb altres decisions judicials en què es considera que la competència per a resoldre sobre els anomenats recursos «mixtos» correspon sempre a la DGSJFP.¹⁵

D'altra banda, l'Audiència entén que el president de la comunitat té legitimació per a actuar, atès que, contràriament al que es va decidir en primera instància, no és rellevant que el seu element privatiu en el règim de propietat horitzontal dins del qual s'integra l'element subjecte a aquesta particular comunitat per torns no es vegi afectat per la renúncia. El legítima el fet que, en quedar vacant la quota, la resta de propietaris de l'edifici i no només els cotitulars del concret element privatiu afectat, s'hauran de fer càrrec de les despeses que generi (FD 2). Es tracta d'una conclusió certament qüestionable.

Quant al fons de l'assumpte, la sentència d'apel·lació es limita a resumir els arguments de la DGDEJM, que diu compartir absolutament,

¹⁴ ECLI:ES:APL:2017:542.

¹⁵ *Infra* apartat 8.

tot i que potser fruit de la pròpia síntesi que duu a terme hi hauria alguns aspectes a matisar. En tot cas, deixa clar que en un plet que es tramita per la via del judici verbal i l'objecte del qual és únicament decidir si es justifica l'oposició a la resolució d'un recurs governatiu, no correspon analitzar les conseqüències que pugui tenir per a la resta de cotitulars la renúncia de què es tracta. Acaba recordant que la LEC determina que les controvèrsies en matèria de propietat horitzontal s'han de dirimir per la via del judici ordinari (art. 249.1.8a). Tot i això, no condemna la recurrent en costes, atesos els dubtes jurídics que planteja el cas i també perquè en apel·lació s'ha reconegut la legitimació del president, a diferència del que havia succeït a primera instància.

2.5. La inadmissió del recurs de cassació

Segurament perquè les comunitats per torns anteriors a l'entrada en vigor del llibre cinquè no tenien previst un termini final (i àdhuc en les posteriors o adaptades al llibre cinquè manca una fórmula que permeti deslligar-se del règim abans no s'escolin els cinquanta anys de durada màxima previstos), el president de la comunitat no es va conformar amb la decisió i va interposar recurs de cassació davant del Tribunal Suprem (TS). Per interlocutòria de 28 d'octubre de 2020, la Sala Primera va inadmetre el recurs, per no complir-se els requisits preceptius per a la cassació (entre ells, el fet de no respectar els criteris adoptats en l'acord d'admissió de recursos de cassació i extraordinari per infracció processal de la Sala de 27 de gener de 2017, que va restringir acusadament la possibilitat d'acudir a cassació per diversitat de criteris en apel·lació) i, especialment, pel fet d'incórrer en una petició de principi i no respectar la raó decisòria de la sentència recorreguda; el TS va considerar que fonamentar el recurs en el suposat perjudici per a tercers que s'imputa a la sentència d'apel·lació no té en compte que únicament s'ha permès la inscripció de la renúncia abdicativa, però no de l'acreixement de la quota a la resta de cotitulars, que el TS veu com l'origen del perjudici per a tercers.

Per tant, en conclusió, tot i referir-se tots tres òrgans resolutoris únicament al que és objecte del procediment registral (la possibilitat d'inscriure o no), s'acaba perfilant una tendència a considerar que l'acreixement (tant en seu de comunitat ordinària com en l'àmbit dels règims jurídics immobiliaris als quals sigui d'aplicació la seva regulació) requereix, per a la seva inscripció, l'acceptació en escriptura pública, la qual cosa li resta automatisme. Caldrà veure quina és la valoració judicial del

fons de la qüestió, si s'arriba a produir, atès que aquesta doctrina representa una clara desviació respecte al règim general dels béns immobles vacants.

3. La inscripció de l'atribució de l'ús de l'habitatge habitual: la qüestió de la durada «incerta»

3.1. Introducció

Arran de la qualificació negativa d'un testimoni de sentència per la qual, en un plet sobre relacions entre els progenitors i els seus fills, s'atribuïa el dret d'ús de l'habitatge habitual a la mare a qui s'atorgava la guarda i custòdia dels fills menors, es va generar una discussió, potser innecessària i en bona mesura semàntica, que va trigar gairebé tres anys en resoldre's. Només la pròrroga de l'assentament de presentació que estableix l'art. 66 LH —que no s'hauria produït si la interessada no hagués recorregut— garantia que els menors afectats no veiessin com el seu dret a continuar residint en l'habitatge resultava superat per l'aparició d'un tercer hipotecari protegit per l'art. 34 LH.

3.2. El supòsit de fet

El JPI núm. 5 de Vilanova i la Geltrú, en sentència de 26 de març de 2015, va determinar:

«La atribución del uso y disfrute del domicilio familiar sito en [...] a los menores y a su madre [...], en cuya custodia quedan.»

Presentat testimoni d'aquesta resolució per a la seva inscripció, el registrador va suspendre la inscripció per no constar la durada del dret d'ús; va fonamentar la seva decisió en els art. 233-1 i 233-20 CCCat i en el principi d'especialitat.

La mare va recórrer la qualificació, emparant-se en la impossibilitat d'aplicar l'art. 233-1 CCCat (relatiu a mesures provisionals) i al·legant que regia l'art. 233-20.2 CCCat, segons el qual el dret d'ús de l'habitatge té l'extensió temporal que marqui la guarda i custòdia dels fills. No s'estava en els casos dels apartats 3 i 4 del precepte.

El registrador va confirmar la nota de qualificació, argüint bàsicament que per tal d'inscriure el dret cal que s'expressin les facultats que integra, la identificació dels titulars i la seva temporalitat. No discutia que el dret

d'ús pugui ser eficaç en les relacions familiars, però que per a inscriure'l s'han de respectar les exigències del principi d'especialitat (art. 9 LH, art. 51 RH) i que el vulnerava també el fet que no constés l'edat de cap de les tres persones beneficiàries del dret.

3.3. La Resolució de la DGDEJM

Havent recordat el caràcter alimentari i temporal del dret d'ús de l'habitatge que s'atribueix al progenitor que en tingui la custòdia i que l'interès superior del menor (art. 211-6 CCCat) impedeix que s'estableixi una durada inferior a la que resti per tal que assoleixi la majoria d'edat, la Resolució JUS/1856/2016, de 21 de juny,¹⁶ feia també altres consideracions, més o menys qüestionables, però que no repercutien directament en la decisió (FD 1).¹⁷

El que sí que és rellevant per a la DGDEJM és que, tot i preveure l'art. 233-20.2 CCCat, per al supòsit en què l'atribució de l'ús de l'habitatge es fonamenta en la guarda dels menors, un termini legal a manca de pacte o de determinació judicial (la durada de la guarda), això no resulta suficient per a considerar adequadament determinat el dret, ni a efectes substantius, ni a efectes registrals. Quant al primer, convé recordar que la sentència no deia literalment que s'atribuïa la guarda «mentre durés la custòdia» (expressió emprada en l'art. 233-20.2 CC), sinó que incloïa a continuació del nom de la mare com a beneficiària, la proposició explicativa «bajo cuya custodia quedan» (expressió que calca la continguda a l'art. 96 CC). La DGDEJM va considerar que no resultava prou clara la fixació de la durada del dret d'ús, «ni que sigui a través de la utilització de termes que permetin l'aplicació mecànica del termini legal [...] no pot ésser objecte d'una interpretació d'un redactat poc clar» (FD 1.5). Quant al segon, després de recordar la funció del principi d'especialitat, el fet que no se n'escapa el dret d'ús d'habitatge

16 DOGC núm. 7175, de 2.8.2016. Comentada a *InDret*, núm. 4, 2016.

17 Així, per exemple, donava a entendre que es podia preveure que el dret d'ús s'allargués més enllà de la majoria d'edat (posant com a exemple els —ja antics— supòsits d'incapacitació, que segurament requerien un nou pronunciament judicial al respecte) i explicava que en dret català, en atribuir-se l'habitatge en consideració a la guarda dels fills menors i no a la persona a qui corresponia, la mort d'aquesta darrera no extingeix l'atribució del dret d'ús a l'habitatge, la qual cosa segurament és un contrasentit, tal i com posa de manifest la sentència d'apel·lació que es comenta a continuació al text, atès que la potestat parental que comporta la guarda (art. 236-17 CCCat) s'extingeix per mort (art. 236-32 CCCat).

atribuït per sentència per motiu de la guarda dels fills i la impossibilitat de comparar-lo amb el dret real d'habitació, que es presumeix vitalici, afirmava que: «en qualsevol cas, la durada dels drets inscripcions al registre de la propietat ha de constar de forma clara, i el principi d'especialitat imposa que no puguin accedir-hi situacions jurídiques que no tinguin ben definit l'abast temporal, a fi que el tràfic jurídic dels immobles sigui segur, no hi hagi càrregues ocultes i els tercers adquirents coneguin perfectament els drets existents sobre les finques. En el cas que ara ens ocupa, compliria amb les exigències del principi d'especialitat o determinació no només la fixació d'un termini de duració, encara que fos incert en el *quando*, sinó també la utilització d'un redactat en la sentència que permetés l'aplicació mecànica del termini imposat per l'article 233-20.2 CCCat» (FD 2.4). Per tant, sembla que el problema rau en la redacció i més en concret, tot i que no es diu, en el fet que la sentència emprés la fórmula del CC i no la del CCCat.

En comentar aquesta resolució en el seu moment,¹⁸ ja es va posar de manifest que no deixava de ser curiós «que en aquest cas, en contrast amb l'immediatament anterior de la mateixa data,¹⁹ es segueixi un criteri estricte quant a la redacció o la literalitat del testimoni de sentència. Si en aquell cas es conclouia que resultaria poc pràctic obligar els afectats a atorgar una nova escriptura ajustada a l'operació que realment estaven duent a terme, aquí potser encara es fa més complicat, perquè no depèn només dels interessats, pensar en la via per mitjà de la qual els beneficiaris del dret d'ús poden aconseguir presentar al Registre un document judicial amb expressió del termini, que no serà altre que el que sembla deduir-se del que transcriu la resolució al fonament de dret primer (5): mentre duri la guarda». Els mateixos arguments que es van emprar per a considerar inscripcions una escriptura de «cessació en la divisió» que, en realitat, implicava transmissió onerosa de quotes o, si es vol, dissolució parcial de la comunitat, es podien haver aplicat en aquest cas: el dret de la ciutadania a què l'actuació dels poders públics sigui proporcionada a les finalitats que la justifiquen, que proclama l'article 30 de l'Estatut d'Autonomia, i la

18 *InDret*, núm. 4, 2016.

19 FD 3 de la Resolució JUS/1855/2016, de 21 de juny (DOGC núm. 7175, de 2.8.2016). Comentada a *InDret*, núm. 4, 2016.

interdicció de la discrecionalitat dels funcionaris, que es deriva de l'article 9.3 de la Constitució.²⁰

3.4. Els arguments per a la revocació judicial de la qualificació i de la resolució que la confirmava

La SJPI núm. 45 de Barcelona, 165/2018, de 5 d'abril, va estimar íntegrament la demanda presentada per la interessada, va revocar la nota de qualificació que havia estat confirmada per la RDGDEJM JUS/1856/2016 i va ordenar la inscripció del dret d'ús. Tot i reconèixer l'aplicabilitat del principi d'especialitat també al dret d'ús atribuït en plet familiar, es va considerar que tant la qualificació com la resolució del recurs governatiu duen a terme una interpretació errònia de l'art. 233-20 CCCat. El cas plantejat s'incardina a l'aparat 2 del precepte i, per tant, és innecessària la fixació d'un termini, que ja marca el precepte: «mentre duri la guarda». Que l'atribució de l'ús s'extingeix quan finalitza la guarda ho rebla l'art. 233-24 CCCat, posant fi a dubtes interpretatius que podia generar la legislació anterior.²¹ No hi va imposició de costes atesa la naturalesa de la qüestió discutida i pel fet que la demandant no la va sol·licitar.

La DGDEJM va apel·lar. La SAP de Barcelona (secció 18a) 105/2019, de 4 de febrer,²² va confirmar íntegrament el pronunciament de primera instància. Segons es pot llegir al primer fonament de dret de la sentència, en el recurs la DGDEJM sembla contradir la resolució, atès que al·lega que l'art. 233-20.2 CCCat, en referir-se a atribuir l'habitatge «mentre duri la guarda» comporta incertesa i indefinició, ja que no es pot saber quan fineix —i fa referència a l'eventualitat que el fill sigui declarat incapaç. Quant a aquesta darrera qüestió, que en la terminologia de llavors era ja un supòsit de modificació judicial de la capacitat, la sentència d'apel·lació reitera que en aquest cas caldria un nou pronunciament judicial (de modificació de les mesures adoptades).

20 FD 3.3 de la Resolució JUS/1855/2016.

21 EGEA FERNÁNDEZ, Joan, Comentari a l'article 233-24, a: EGEA FERNÁNDEZ, Joan; FERRER RIBA, Josep (Dir.), *Comentari al llibre segon del Codi civil de Catalunya. Família i relacions convivencials d'ajuda mútua*, Barcelona, Atelier, 2014, p. 529.

22 ECLI:ES:APB:2019:794.

Pel que fa a la qüestió principal, s'apel·la al criteri del TSJC, per exemple, en STSJ/C 29/2018, de 19 de març,²³ en el sentit que quan l'atribució de l'ús de l'habitatge familiar, que es qualifica de dret real d'origen familiar, ve determinat per la guarda dels fills menors atorgada a un dels progenitors, «no pot ser limitat en el temps, puix que la seva durada coincideix amb la de la guarda dels menors»; també s'afirmava que la protecció del dret d'ús de l'habitatge front de tercers només s'aconsegueix amb la inscripció (FD 2). En definitiva, l'Audiència considera que la durada de l'ús la determina la pròpia llei i que «la possibilitat de modificar la mesura que comporti un canvi de termini de duració [a la baixa] o una extinció del dret no es pot erigir en obstacle a la inscripció doncs també es pot produir en els casos en què es posa un termini concret i es produeix abans l'extinció o es prorroga el termini». I a continuació observa, amb encert, que el problema de fons és «la deficient redacció de la part dispositiva de la sentència», que es feia ressò de la terminologia del CC. Es conclou, però, que «s'ha d'entendre, i no pot ser d'altra manera, que l'atribució s'ha fet a favor de la progenitora que té atorgada la guarda dels fills menors. En el CCCat no hi ha cap atribució de l'ús de l'habitatge als fills, sinó als cònjuges. L'atribució a la progenitora que té la guarda es fa per raó precisament d'aquesta guarda amb la finalitat de garantir la necessitat de l'habitatge dels fills menors (art. 233-20.1 CC) *ús que queda garantit precisament per la inscripció en el Registre de la Propietat (art. 233.22 CCCat), davant dels actes dispositius que pugui realitzar el titular de drets reals dels que pot disposar (art. 233-22 CCCat) però amb indemnitat del dret d'ús*».

La mateixa sentència reitera al final les dues importants errades que van conduir a aquest innecessari periple: la utilització errònia de la terminologia del CC per part de la sentència que atribueix l'ús de l'habitatge i el fet que d'això se'n va deduir la impossibilitat d'inscriure. El primer segurament es deu a una manca d'interiorització del dret aplicable amb preferència a Catalunya; el segon, a una voluntat gairebé pedagògica de defensar-lo. A parer de qui subscriu, cap de les dues coses hauria de repercutir negativament en els administrats, com ho va fer en aquest cas.

23 ECLI:ES:TSJCAT:2018:2709.

4. La divisió dels censos, la seva inscripció i l'extinció del dret

4.1. Introducció

La DGDEJM s'ha pronunciat en diverses ocasions sobre les conseqüències de no haver-se dividit el cens malgrat recaure sobre una pluralitat de finques, dins del termini de tres anys que va establir la DT 1a de la Llei 6/1990, o per no haver inscrit la referida divisió en el termini d'un any des de l'entrada en vigor de la llei 5/2006, establert per la seva DT 13a.

En dues ocasions la controvèrsia ha arribat fins el TSJC i en tots dos casos s'ha confirmat la resolució governativa.

Es tractava de supòsits en què els censalistes pretenien la constància registral dels seus domicilis a efectes de notificacions i la qualificació va ser negativa, per afectar el cens diverses finques —de manera originària o sobrevinguda— i no haver-se procedit dins de termini a la divisió i a la inscripció d'aquesta divisió.

La Resolució JUS/1357/2014, de 12 de juny,²⁴ va ser confirmada per la SJPI núm. 2 de Girona de 4 d'octubre de 2016, així com per la SAP Girona (secció 2a) 21/2018, de 18 de gener,²⁵ i la STSJC 98/2018, de 10 de desembre.²⁶ Per la seva banda. La Resolució JUS/1229/2015, de 14 de maig,²⁷ va ser confirmada per la SJPI núm. 46 de Barcelona 16/2016, de 18 de febrer, la SAP Barcelona (secció 14a) 280/2018, de 29 de maig,²⁸ i la STSJC 61/2019, de 17 d'octubre.²⁹

La DGDEJM s'ha pronunciat sobre la manca de divisió del cens i el dret transitori en altres resolucions.³⁰ També la Resolució

24 DOGC núm. 6647, de 19.6.2014. Comentada a *InDret*, núm. 4, 2014.

25 ECLI:ES:APGI:2018:45.

26 ECLI:ES:TSJCAT:2018:10405.

27 DOGC núm. 6893, de 16.6.2015. Comentada a 4 *InDret*, núm. 4, 2015.

28 ECLI:ES:APB:2018:5693.

29 ECLI:ES:TSJCAT:2019:8267.

30 Per a un supòsit en què es valorava si la constitució d'un règim de propietat horitzontal constituïa o no una divisió, vegeu la Resolució de 24 de novembre de 2006 (JUS/3982/2006, de 28 de novembre; DOGC núm. 4776, de 7.12.2006; comentada per MARSAL GUILLAMET, Joan, a *InDret*, núm. 4, 2007). En un sentit més semblant a les que ara es comenten, es troben, ja durant els primers anys de resolució de recursos governatius per part de la Generalitat, les resolucions de 16 i 17 de juliol de 2007 (JUS/2625/2007 i JUS/2626/2007, de 31 de juliol; DOGC núm. 4952, de 22.8.2007;

JUS/952/2017, de 26 d'abril³¹ va ser objecte d'impugnació judicial, i va ser confirmada tant per la SJPI núm. 24 de Barcelona, de 10 de juliol de 2018, com per la SAP de Barcelona (secció 17a) 280/2019, de 24 d'abril.³²

4.2. La confirmació de la interpretació de la DGDEJM per part dels tribunals: la manca de divisió i d'inscripció de la divisió dins de termini comporta l'extinció automàtica del cens

En les dues sentències del TSJC a què han donat lloc els recursos contra les esmentades resolucions de la DGDEJM s'acaba confirmant la interpretació realitzada per l'òrgan governatiu en diversos punts.

A banda de la coincidència quant a la trajectòria de la legislació en matèria de censos i el recordatori de la voluntat de facilitar l'alliberament d'aquest tipus de càrregues que va caracteritzar la Llei 6/1990, en la STSJC 98/2018 es comparteix plenament la interpretació realitzada per la DGDEJM quant a un cens constituït l'any 1855, que els interessats al·legaven havia nascut ja com una pluralitat de censos i que, per tant, no calia dividir-lo amb posterioritat. No és aquesta la comprensió dels fets que acaba prevalent, arran de la interpretació del propi establiment, i sense que sigui argument en contra el fet que la pensió s'establís en proporció a les unitats de superfície. Pel que fa al primer, el fet que es preveïés la responsabilitat solidària dels censataris en cas d'incompliment confirmaria que el cens era únic, malgrat referir-se a dues grans finques materials (posteriorment

comentades per MARSAL GUILLAMET, Joan, a *InDret*, núm. 3, 2008) i també les Resolucions d'1, 2 i 3 de desembre de 2008 (JUS/48/2009, d'1 de desembre de 2008, JUS/49/2009, de 2 de desembre de 2008, i JUS/50/2009, de 16 de gener de 2009; DOGC núm. 5304, de 26.1.2009; comentades per J. MARSAL GUILLAMET, Joan, a *InDret*, núm. 2, 2009). Més recents en el temps són les Resolucions JUS/1357/2014, de 12 de juny (DOGC núm. 6647, de 19.6.2014; comentada a *InDret*, núm. 4, 2014), JUS/451/2015, de 4 de març (DOGC núm. 6834, de 19.3.2015; comentada a *InDret*, núm. 3, 2015), JUS/1229/2015, de 14 de maig (DOGC núm. 689, de 16.6.2015; comentada a *InDret*, num. 4, 2015), JUS/1852/2016, de 21 de juny (DOGC núm. 7175, de 2.8.2016; comentada a *InDret*, núm. 4, 2016) i JUS/268/2019, de 6 de febrer (DOGC núm. 7812, de 18.2.2019; comentada a *InDret*, núm. 3, 2019).

31 DOGC núm. 7366, de 10.5. 2017. Comentada a *InDret*, núm. 3, 2017.

32 ECLI:ES:APB:2019:4036.

objecte d'un gran nombre de segregacions), atès que la responsabilitat solidària era una de les notes característiques de la tradicional indivisibilitat dels censos anteriors a la Llei de 1945. Pel que fa al segon, es va tractar senzillament d'emprar una unitat de mesura per a fixar la pensió única del cens (FD 3.4 i 3.5). Al llarg dels procediments judicials es repeteix la idea que les regles transitòries establertes per la Llei 6/1990 es referien a tot cens que afectés «més d'una finca» per a establir l'obligatorietat de la divisió, amb un termini final, sense que importés que la pluralitat de finques fos originària o sobrevinguda.

La STSJC 61/2019, que resol la impugnació de la Resolució JUS/1229/2015, rebut, com ho havia fet aquesta darrera, les raons que adduïen els interessats per a obtenir la constància registral dels domicilis. Així, s'al·legava que les segregacions sense la repetida divisió no s'haurien hagut d'inscriure en el seu moment, per aplicació de la Llei de censos de 1945, i que això no pot perjudicar els censalistes, que haurien dipositat una legítima confiança en què no seria possible la inscripció d'aquestes operacions sense la preceptiva divisió del cens; d'altra banda, es defensava que, si les inscripcions es van fer sense dividir el cens, s'ha d'entendre que romanien com a censos sense pensió —amb acreixement de la pensió de la finca matriu— i que, per tant, no calia dividir-los, d'acord amb la Llei de censos de 1990. Pel que fa al primer, el TSJC comparteix amb la DGDEJM la caracterització com a automàtica, *ope legis*, de l'extinció del cens arran de no haver-se procedit a la divisió segons indicava la DT 3a de la Llei 6/1990 ni tampoc a la inscripció de la divisió practicada en el termini marcat per la DT 13a de la Llei 5/2016. El règim establert a partir de la Llei de 1990 es diferencia en aquest punt la Llei de censos de 1945, que malgrat fer obligatòria la divisió, no prejutjava el manteniment del dret: l'interès, llavors, era principalment adequar els censos antics al principi d'especialitat registral. Es reconeix també que el fet que es practiquessin de manera generalitzada inscripcions de divisions i segregacions de finques sense que constés la divisió del cens era, no ja una mala praxi registral, sinó una actuació contrària a la Llei. Però la sanció que li correspon no és la nul·litat de ple dret prevista a l'art. 6.3 CC: l'art. 18 de la Llei de censos de 1945 era un precepte estrictament registral, que determinava el tancament del Registre a un determinat tipus de negoci jurídic, sense afectar la validesa des del punt de vista substantiu dels actes de divisió o de segregació que, a més, el Registre publicava davant de tothom, de manera que corresponia als censalistes dur a terme les operacions necessàries per a mantenir viu el seu dret

d'acord amb la repetida Llei 6/1990 (FD 2.3 i 2.4). Quant a la possibilitat que hi pugui haver un cens sense pensió, per al qual no seria necessària la divisió, el TSJC distingeix, amb una perspectiva matisada respecte a la mantinguda a la Resolució JUS/1229/2015, entre els supòsits en què, en censos antics, s'hagués redimit la pensió però no la resta de facultats que integraven el dret,³³ i els casos com el que se li plantejava, en què s'havia oblidat incloure alguna de les finques en la divisió del cens. En aquest darrer cas, s'activaria el mecanisme de l'art. 11 de la Llei de censos de 1945, que contemplava que la finca es considerés sense pensió, però no de manera definitiva, sinó fins que algun censatari exigís la rebaixa proporcional del cànon. No tenia sentit dividir la pensió d'un cens que no en tenia, però sí exigir la divisió del cens en casos en què s'hagués oblidat alguna de les finques, per tal de respectar així el dret transitori i mantenir la vigència del cens (FD 2.7 i 2.8).

Per la seva banda, la SAP Barcelona (secció 17a) 280/2019, 24 d'abril, també va procedir a confirmar el criteri mantingut per la DGDEJM a la Resolució JUS/952/2017, sense que valgués com a argument en contra que la segregació l'haguessin duta a terme els censataris, amb la col·laboració del notari i del registrador, i sense coneixement de les censalistes. Així, en el FD 3, final, s'afirmava que:

«Como razona en el escrito de oposición al recurso el Gabinet Jurídic de la Generalitat, por las actoras se dejó transcurrir el plazo de un año desde el 1 de julio de 2006, fecha de entrada en vigor de la Ley 5/2006, de 10 de mayo, del libro V del CCCat, sin que el censo se dividiera, por lo que quedó extinguido por ministerio de la ley. La norma exige a los censuistas, para mantener la protección del derecho de censo, la carga de inscribir la división del censo en el caso de que afecte a varias fincas, y en este caso las titulares del censo incumplieron esa carga, dejando pasar cuarenta años sin preocuparse del censo, a pesar de que se habían producido dos reformas legislativas favorecedoras de eliminar de la realidad jurídica censos con fuerte apariencia de inactividad, y por tanto de inexistencia.»

El fet que encara estiguin arribant fins i tot al TSJC casos relatius a censos que s'haurien d'haver dividit fa més de vint anys explica que ja la Llei 6/1990 fos taxativa a l'hora d'establir l'extinció del dret en altre cas i

³³ Supòsits als quals es referien les sentències del TSJC 11/2003, de 28 d'abril (ECLI:ES:TSJCAT:2003:5129) i 10/2011, de 28 de febrer (ECLI:ES:TSJCAT:2003:5129), aquesta darrera del Ple.

aconsella que s'empri un llenguatge tant o més clar i precís, si es duen a terme reformes en el futur en resposta als problemes que continuen generant en el tràfic jurídic els censos antics però degudament inscrits.

5. L'exercici del dret d'opció i la consignació del preu a disposició dels titulars de càrregues posteriors

5.1. Introducció

La RDGDEJM JUS/2618/2020, de 22 d'octubre,³⁴ va ser impugnada i va donar lloc a la SJPI núm. 3 de Barcelona 218/2022, de 14 d'octubre, que la va confirmar íntegrament. La qüestió controvertida era la possibilitat d'inscriure l'adquisició per exercici unilateral del dret d'opció sense consignació del preu a disposició dels titulars de càrregues posteriors, quan en l'escriptura d'atorgament de l'opció se n'havia pactat la retenció per tal de fer front a determinades despeses.

El supòsit que va motivar la Resolució impugnada és el següent: el mes de març de 2010 es va constituir un dret d'opció de compra d'una quota indivisa d'una finca, a favor d'una societat. En l'escriptura es va pactar el preu de venda, per bé que també s'establia la retenció d'una part important d'aquest import, durant vuit anys, per al cas que apareguessin despeses, càrregues, tributs o impostos sobre la quota adquirida. L'opció es va exercitar el mes de febrer de 2020, procedint-se a l'atorgament unilateral de l'escriptura, atesa la incompareixença de les societats venedores (totes dues en liquidació en aquell moment). Sobre la finca hi havia una servitud, que sembla preferent a l'opció, condicions resolutòries a favor de l'optant i tres embargaments (un d'ells a favor d'Hisenda). L'exercici de l'opció es va notificar als concedents, però no als titulars de les restants càrregues, i no es va disposar ni consignar el preu. Presentada l'escriptura al Registre, la qualificació va ser negativa, sobre la base del caràcter imperatiu de les previsions recollides a l'art. 568-12 CCCat, i emparant-se també en la doctrina de les dues Direccions Generals i en els art. 83 i 84 LH i 175.6 RH. En el cas concret, s'havien pagat algunes quantitats amb anterioritat a la constitució del dret d'opció, algunes amb posterioritat i les més importants,

34 DOGC núm. 8259, de 30.10.2020. Comentada a *InDret*, núm. 1, 2021, p. 581-586.

es retenien per l'optant (FD 5.2). Sembla que les anotacions d'embargament inscrites després de la constitució del dret d'opció van accedir al registre amb posterioritat al pagament del preu.

5.2. El criteri de la DGDEJM

La RDGDEJM JUS/2618/2020 és pràcticament idèntica a la RDGDEJM JUS/19/2012, de 16 de gener,³⁵ on s'havia resolt un supòsit en què també s'havien pagat quantitats tant abans com poc després de constituir-se el dret d'adquisició i, en el moment de l'exercici, es retenia la quantitat més important, corresponent al deute hipotecari que gravava la finca.

Com en aquell cas, la DGDEJM en primer lloc se centra en el principi general de protecció dels titulars de càrregues posteriors inscrites i en l'equilibri que intenta trobar la legislació i, en concret, l'art. 568-12 CCCat, entre la posició del titular de l'opció i la d'aquests titulars posteriors inscrits, que només veuran cancel·lats els seus drets si es consigna o disposa el preu a favor seu (FD 4). A continuació es planteja si es podria interpretar que la necessitat de consignar o depositar per tal que es puguin cancel·lar les càrregues posteriors no perd sentit en el cas que aquestes siguin posteriors al pagament i, en connexió amb això, si és possible que el pagament precedeixi a l'exercici de l'opció. La primera qüestió es deixa oberta, i la segona es resol entenent que efectivament el precepte de referència admet que el pagament sigui anterior, però també es considera que són anòmals i excepcionals els casos en què puguin aparèixer anotacions d'embargament posteriors inscrites (FD 4.4 i 5.1). Aquesta darrera consideració segurament s'hauria de matisar, en el sentit que, si s'admet que el pagament anterior a l'exercici no l'impliqui, és relativament fàcil que arribin al registre anotacions d'embargament posteriors, però anteriors a la presentació de l'escriptura d'exercici de l'opció, i es tracta d'una qüestió que, en principi, escapa al control de l'optant.

En qualsevol cas, la Resolució conclou que la cancel·lació de les anotacions preventives no es pot produir de manera automàtica, sinó que requerirà la intervenció judicial (art. 83 LH), sempre que no es disposi o consigni el preu a favor dels titulars d'aquestes càrregues, encara que no existissin en el moment de realitzar-se el pagament (FD 5.3). En el fons,

35 DOGC núm. 6050, de 23.1.2012. Comentada a *InDret*, núm. 4, 2012.

hi ha implícita una voluntat d'evitar que aquests supòsits encobreixin estratègies fraudulentas per tal de deixar sense efecte els drets dels anotants (FD 5.1, final). En el cas de la RDGDEJM JUS/2618/2020 no sembla massa clara la justificació de la retenció d'una part molt important del preu per tal de cobrir futures despeses i càrregues de la quota indivisa adquirida. En canvi, en el supòsit de la RDGDEJM 19/2012, la sospita era molt menys clara, atès que el preu es retenia per tal de fer front al préstec hipotecari que gravava la finca, de manera que, en el fons, es podia entendre que hi havia un pacte de descompte dels previstos a l'art. 118 LH i no pròpiament una retenció del preu.³⁶ Però en tots dos casos la solució és la mateixa: es confirma la nota de qualificació i no es permet la cancel·lació automàtica de les càrregues posteriors a l'exercici del dret d'opció, sens perjudici que, si se sol·licités la inscripció parcial, caldria entendre que no hi ha obstacle per a què l'optant faci constar la titularitat adquirida, com havia succeït en el cas de 2012.

5.3. La confirmació judicial del criteri de la DGDEJM

La SJPI de Barcelona (3) núm. 218/2022, de 14 d'octubre, confirma íntegrament la resolució impugnada. Així, es reitera el caràcter imperatiu de l'art. 568-12.2 CCCat i també de l'apartat 3 del mateix precepte, tenint en compte, a més, que en la pròpia escriptura de constitució del dret d'opció s'havia fet constar la necessitat de pagament del preu i dipòsit notarial a favor dels titulars de càrregues posteriors (FD 3):

«[E]l pago, previo o simultáneo, del precio pactado en su momento se configura como un requisito inexcusable para el válido y eficaz ejercicio del derecho de opción, salvo que los contratantes hubieran introducido una previsión expresa en contra en el título de constitución, tal y como establece el artículo 568-12.1 del Codi Civil. No obstante el apartado segundo introduce una excepción a dicha libertad

36 Es tracta, justament, d'un dels supòsits en què la DGSJFP havia afirmat que la regla general de necessitat de consignació per tal de cancel·lar les càrregues posteriors *ex art. 175.6 RH* no s'havia de portar a l'extrem, atès que això implicaria que, amb el pretext de protegir els titulars de drets posteriors a l'opció, es perjudicaria el titular d'aquesta, que és registralment preferent a aquells. Entre altres, RDGSJFP de 4 de març de 2014 (BOE núm. 82, de 4.4.2014), 16 de desembre de 2015 (BOE núm. 312, de 30.12.2015) o de 30 de maig de 2017 (BOE núm. 148, de 22.6.2017) i es venia perfilant de manera clara des de les resolucions de 4 de setembre de 2009 (BOE núm. 234, de 28.9.2009) i de 18 de maig de 2011 (BOE núm. 146, de 20.6.2011). Caldria, això sí, que el pacte constés inscrit.

de pacto cuando existan derechos reales o gravámenes posteriores al optante, exigiendo que el precio deba ser depositado o consignado a disposición de los titulares de los citados derechos, por lo que dicha consignación o depósito en favor de éstos, debe operar con independencia del momento en que las partes hayan dispuesto para el pago del precio o contraprestación. La consignación o depósito a favor de los titulares de cargas y gravámenes exigida en el artículo 568-12.2 del Codi Civil opera, con carácter general, para todos los casos que existen cargas posteriores a la constitución del derecho de opción y anteriores al otorgamiento de la escritura de ejercicio del derecho de opción y que opera, con independencia al momento en que se verifique el pago del precio. El único momento relevante para evaluar la procedencia de este depósito o consignación para los terceros es en el momento en que se ejercita la opción, y no con posterioridad, como sostiene la parte impugnante. Por tanto, si no hay consignación a favor de los titulares de las cargas ni notificación del pago realizado, como ocurrió en el presente caso, no se cumplen los requisitos establecidos en el artículo 568-12.2 CCCat para el válido ejercicio del derecho de opción y la adquisición de dominio y cancelación de cargas registrales. Máxime en el presente caso, tratándose del ejercicio unilateral de la opción de compra, el artículo 568-12 del Codi Civil, en apartado 3 exige, en todo caso, el cumplimiento de los requisitos que en él se enumeran, antes referenciados, esto es, previsión expresa al tiempo de constituirse el derecho de opción, que se encuentre en posesión del bien el optante o pueda adquirirla instrumentalmente mediante el ejercicio de la opción y, asimismo que el precio o contraprestación se deposite notarialmente a disposición de los titulares de dichos derechos inscritos o anotados después del derecho de opción en el Registro de la Propiedad si se trata de inmuebles, o bien que se garantice dicho precio o contraprestación si se había aplazado su pago.»

Es tracta d'una doctrina que, per bé que resulti adequada al cas resolt, atesa l'obscuritat dels motius de la retenció del preu, es pot qualificar de molt restrictiva de l'eficàcia real del dret d'opció, especialment si es té en compte que l'art. 568-12 CCCat permet que el preu de l'opció es pagui *abans* d'exercitar-la i —cal entendre— sense que el pagament comporti exercici. No és inversemblant que, realitzat el pagament, puguin aparèixer càrregues posteriors, constituïdes pel propietari gravat amb l'opció o resultants dels deutes que pugui tenir. Tant en la doctrina registral catalana com en aquesta sentència que la confirma, la imperativitat dels apartats 2 i 3 de l'art. 568-12 CCCat no admet excepcions, la qual cosa desaconsella —vivament— l'adquisició de drets d'opció amb pacte de descompte (art. 118 LH).

6. L'exercici «unilateral» del dret d'opció

L'empresa titular d'un dret d'opció sol·licitava la inscripció de la seva adquisició per mitjà de la presentació al Registre d'una instància acompanyada d'una acta de manifestacions dirigida a la propietària gravada comunicant-li l'exercici de l'opció, l'adquisició del dret de propietat sobre la finca i la data per a l'atorgament de l'escriptura pública corresponent, que el títol constitutiu qualificava de compravenda. Pretenia, a més, que el propietari gravat facilités documentació relativa a la finca amb dos dies d'antelació a la data fixada per a l'atorgament. El propietari gravat va respondre manifestant que acudiria a la notaria, però també que no reconeixia l'optant com a propietari fins que s'hagués satisfet el preu i que no lliuraria documentació de manera anticipada perquè no s'havia pactat en el títol constitutiu. El dia de l'atorgament, només es va presentar el propietari gravat. El titular de l'opció mantenia que s'havia obstaculitzat l'atorgament de l'escriptura en mancar la documentació sol·licitada. El propietari gravat va sol·licitar la cancel·lació del dret d'opció per no haver-se exercitat en temps i forma, però aquesta petició va topat amb el tancament registral degut a la vigència de l'assentament de presentació a favor de l'optant, de data anterior (RDGDEJM JUS/3654/2009, de 5 de novembre).³⁷ Pel que fa a la inscripció de la presumpta adquisició per part de l'optant, també va ser qualificada negativament, i la nota va ser confirmada per la RDGEJM JUS/3555/2009, de 6 de novembre,³⁸ amb fonament en dues consideracions: d'una banda, en el títol constitutiu no s'havia pactat l'exercici unilateral, de manera que calia, per tal que l'exercici de l'opció provoqués l'adquisició, el lliurament de la possessió i el pagament del preu (art. 568-12.2 CCCat) i, fins i tot si s'hagués pactat l'exercici unilateral, s'havia de complir el que estableix l'art. 568-12.3 CCCat; d'altra banda, tampoc no procedia la inscripció per haver presentat un títol incapaç de documentar un acte translatiu (art. 3.1 LH).

La SJPI núm. 34 de Barcelona 231/2010, de 3 de novembre, va confirmar tots dos defectes (i, amb ells, la resolució), però, pel que fa al primer, es va entretenir en explicar abastament la teoria del títol i el mode, amb menció de l'art. 609 CC, com a mostra de l'incompliment dels requisits necessaris per

37 DOGC núm. 5534, de 28.12.2009. Comentada per MARSAL GUILLAMET, Joan, a *InDret*, núm. 1, 2010.

38 DOGC núm. 5229, de 18.12.2009. Comentada per MARSAL GUILLAMET, Joan, a *InDret*, núm. 1, 2010.

tal d'entendre produïda l'adquisició. Tant si s'entén idònia la configuració que procura plasmar el dret civil català, segons la qual el que caracteritza l'opció de caràcter real és el fet que l'exercici de la mateixa comporta l'adquisició del dret de què es tracti (sempre, és clar, que es compleixin els restants requisits, que resten força al plantejament dogmàtic adoptat), sembla que hauria convingut que la resolució judicial se'n fes ressò, com ho havia fet abans la DGDEJM.

El mateix cas va generar encara un altre pronunciament de la DGDEJM, la Resolució JUS/804/2011, de 16 de març.³⁹ Durant el referit procediment seguit davant del JPI núm. 34 de Barcelona, es va ordenar la pràctica d'anotació preventiva de demanda. La registradora va emetre qualificació negativa, per considerar que l'anotació té per objecte fer constar l'existència de litigis pendents entre el titular registral i un altre particular, però no els recursos interposats contra la qualificació. La preservació dels drets s'aconsegueix en aquests casos per mitjà de la pròrroga de l'assentament de presentació (art. 66 i 327 LH). Es dona el cas que el recurs governatiu contra aquesta qualificació es va presentar quan ja feia 15 dies que havia recaigut la sentència desestimatòria de la impugnació, i la DGDEJM va resoldre quan la sentència ja havia esdevingut ferma, per la qual cosa va desestimar també el recurs sense entrar en ulteriors consideracions.

7. La constitució del dret de retenció

7.1. La necessitat d'intervenció dels titulars o de l'autoritat judicial en la doctrina de la DGDEJM

La Resolució DGDEJM JUS/1952/2021, de 26 de maig,⁴⁰ va decidir, de manera molt similar a com ho havia fet la RDGDEJM JUS/2357/2019, de 5 de setembre,⁴¹ la qüestió relativa a si el creditor pot constituir unilateralment el dret de retenció o bé si cal que l'escriptura en què es crea el gravamen sigui atorgada pels propietaris de l'immoble, voluntàriament o per mitjà de l'execució de la condemna judicial a emetre una declaració de voluntat

39 DOGC núm. 5851, de 4.4.2011. Comentada per MARSAL GUILLAMET, Joan, a *InDret*, núm. 4, 2011.

40 DOGC núm. 8443, de 25.6.2021. Comentada a *InDret*, núm. 3, 2021, p. 308-310.

41 DOGC núm. 7964, de 20.9.2019. Comentada a *InDret*, núm. 1, 2020, p. 485-488.

(art. 708 LEC). En el cas analitzat per la Resolució JUS/1952/2021, constava fins i tot l'oposició de la part deutora, que va fer-la valer judicialment en els dos mesos següents a la notificació. La Resolució reitera, partir de la interpretació de l'art. 569-5 CCCat, que la notificació de la decisió de retenir és un requisit imprescindible per a constituir el dret de retenció, però que, quan recaigui sobre béns immobles, no és suficient per ella mateixa per tal de considerar-lo ja existent. La constitució pròpiament dita requereix que els propietaris del bé s'avinguin a atorgar l'escriptura o, en cas contrari, que la seva declaració de voluntat sigui suplerta per la via marcada a l'art. 708 LEC. Això certament debilita la posició del creditor, però és coherent amb el fet que només està legitimat per gravar el propi dret qui en sigui titular, la qual cosa, al seu torn, s'adiu amb el principis registrals de legitimació i de tracte successiu. Per tant, la DGDEJM reitera la conclusió que, malgrat correspondre la iniciativa de fer valer el dret de retenció al creditor, perquè la llei el faculta a exigir-ne la constitució, aquesta darrera correspon als titulars del bé gravat. Es compara el mecanisme amb el de les anomenades hipoteques legals, com ja es va fer en la resolució de 2019 sobre la mateixa qüestió. Des del punt de vista registral, aquesta interpretació concorda amb el principi de tracte successiu (art. 20 LH).

7.2. La confirmació judicial del criteri de la DGDEJM

La resolució va ser recorreguda i va donar lloc a la SJPI núm. 38 de Barcelona 45/2023, de 15 de febrer, que la va confirmar. Dels antecedents de la sentència se'n desprèn que l'oposició de la deutora havia estat estimada anteriorment per sentència, de manera que la deutora al·legava que calia desestimar la demanda per existir cosa jutjada. Es va considerar que aquesta no es produïa, atès que en el cas tractat el que es discutia era la correcció de la Resolució de la DGDEJM. La solució donada pel jutjat es va basar en el text del CCCat i en les decisions judicials i de la DGSJFP que cita —algunes relatives a compravendes amb condició resolutòria— sense més raonaments.

Tal i com es va poder comentar amb anterioritat, la interpretació de la DGDEJM, confirmada ara en primera instància, és més protectora de la titularitat real front dels creditors amb possibilitat d'emprar el dret de retenció que la mantinguda pel TSJC de Catalunya, tant en aplicació de la Llei 19/2002, de 5 de juliol, com per al dret vigent. Així, amb cita d'altres

anteriors, en la STSJ de Catalunya de 26 de juny de 2008⁴² es pot llegir que: «se trata de un derecho de carácter accesorio de la obligación que se constituye para garantizar el cumplimiento de un crédito preexistente del que depende, *siendo constituido unilateralmente por el retentor con independencia de la voluntad del dueño*», cosa que es reitera també en la STSJ de Catalunya de 18 de setembre de 2014.⁴³ En aquests supòsits no es tractava de determinar si calia o no la intervenció dels titulars del dret que resultaria gravat per la retenció, sinó que giraven al voltant de la problemàtica generada per la cessió en precari d'un immoble, normalment a un dels fills, per tal que el reformés i el destinés a habitatge, generalment amb la promesa verbal que li seria transmès a títol gratuït. En acabar no formalitzant-se mai la donació, una de les defenses emprades pels posseïdors de l'immoble (per via d'excepció, de demanda o de reconvençió) era el fet que els corresponia el dret de retenir el bé fins al complet pagament de les inversions que s'hi havien fet. El TSJC argüia que ni les regles de l'accessió ni la possibilitat de constituir un dret de retenció emparaven els precaristes. Tot i això, crida l'atenció el fet que el Tribunal es manifesti tan conforme amb la noció de la constitució unilateral, fins el punt d'entendre que el moment en què neix el dret de retenció és aquell en què el posseïdor de bona fe d'una cosa aliena decideix i exterioritza la seva voluntat de convertir l'esmentada «possessió» en «retenció» (vid. el FD 3.2 de la ja citada STSJ de Catalunya de 26 de juny de 2008).

8. La condició resolutorià: sobre la imperativitat de l'art. 621-54 CCCat

8.1. Introducció

La RDGDEJM JUS/2185/2019, de 25 de juliol,⁴⁴ i la RDGSJFP de 29 d'agost de 2019⁴⁵ van ser àmpliament comentades al seu moment, de manera que aquí es posarà l'accent únicament en la posterior judicialització

42 ECLI:ES:TSJCAT:2008:14508.

43 ECLI:ES:TSJCAT:2014:9928. Vegeu també la SAP Lleida (secció 2a) 24/2011, de 2 de febrer de 2011, FD 4 (ECLI:ES:APL:2011:110).

44 DOGC núm. 7934, de 7.8.2019. Comentada *InDret*, núm. 4, 2019.

45 BOE núm. 261, de 30.10.2019.

del conflicte. Convé, però, per tal facilitar la ubicació del problema, recordar el context descrit llavors.⁴⁶

La Resolució *JUS/2185/2019* és singular per diversos motius: en primer lloc, perquè evidencia la disparitat de criteris quant a les pròpies competències que mantenen la *DGDEJM* i la *DGRN*, fins al punt de donar lloc a decisions contradictòries sobre el mateix supòsit de fet; en segon lloc, i encara en aquest sentit, perquè posa de relleu la manca de coordinació entre totes dues institucions; en tercer lloc, perquè és mostra de la diversitat de criteris que es mantenen també en les qualificacions registrals; finalment, i pel que fa al fons de l'assumpte, perquè la *DGDEJM* defensa que les regles de l'art. 621-54 del Codi civil, relatives a la condició resolutòria explícita, tenen caràcter imperatiu i regeixen quan es tracti d'immobles situats a Catalunya, encara que la relació contractual es trobi subjecta a un altre ordenament jurídic.

El *SAREB* va vendre a una societat una cartera d'immobles, situats en deu comunitats autònomes diferents. El novembre de 2018 es va produir ja la transmissió d'alguns d'aquests immobles, per mitjà d'una escriptura pública «marc», que operava també como a promesa de compravendes de la resta de finques, sotmeses a condicions suspensives (consistentes en què l'administració corresponent no exercités els drets d'adquisició preferent que l'ordenament li atorga i en què s'eliminessin els possibles obstacles derivats del règim de protecció oficial, si esqueia). El desembre de 2018 es va formalitzar escriptura de compravenda de seixanta-tres immobles situats a Catalunya.

El recurs es refereix a la petició d'inscripció relativa a dues finques situades a Granollers, però en el moment de resoldre s'havia presentat també a trenta-nou registres més. [...] Segons la venedora, en vint-i-nou registres diferents, a Catalunya, la condició resolutòria discutida s'havia inscrit sense problemes.

En l'escriptura «marc» s'havia establert que el pagament es realitzaria de la següent manera: el 10 % en el moment de formalitzar-se l'esmentada escriptura; el 45 % quan es complissin les referides condicions suspensives i el 45 % restant s'ajornava, sense interessos, fins el 30 de juny del 2020. En garantia d'aquest preu ajornat, es va pactar una condició resolutòria expressa d'acord amb els articles 1504 CC, 11 LH y 59 RH, així com una clàusula penal, que la compradora es comprometia a no qüestionar per cap mitjà, consistent

46 *InDret*, núm. 4, 2019.

en què la venedora retindria íntegrament el preu percebut fins el moment de la resolució. L'escriptura «marc» establia que la relació es regiria pel dret «comú» espanyol.

La qualificació negativa es basava en diversos motius: 1) Es va considerar que l'elecció del dret aplicable a la relació contractual (art. 10.5 CC; art. 3.1 del Reglament Roma I) no s'estén a la condició resolutòria explícita, per a la qual regeix l'art. 10.1 de l'esmentat Codi, de manera que se li ha d'aplicar el dret català, per raó de la situació dels immobles. 2) No es pot escapar de l'aplicació de l'art. 621-54 CCCat, que té naturalesa imperativa i que regeix per a qualsevol compravenda, amb independència que les parts siguin o no consumidores. No es pot admetre, a parer del Registrador, l'exclusió voluntària d'aquesta norma, tant per l'afectació potencial dels interessos de tercers com perquè això posaria en qüestió els principis d'aplicació preferent i de territorialitat del dret català. 3) La necessària aplicació de l'art. 175.6 del Reglament hipotecari, d'acord amb la doctrina de la DGSJFP (entre altres, les resolucions de 28 de març de 2000⁴⁷ o 8 de maig de 2003),⁴⁸ segons la qual l'única manera en què el venedor pot exercir unilateralment la condició resolutòria i obtenir la reinscripció a favor seu passi pel necessari dipòsit o consignació del preu íntegre de la compravenda. La legalitat d'una clàusula penal que estableixi una retenció de quantitats no es pot valorar en seu registral. 4) Els assentaments registrals estan sota la salvaguarda dels tribunals i això comporta que no es puguin alterar per meres manifestacions unilaterals d'un dels interessats, sinó que cal que consti de manera fefaent el compliment dels requisits necessaris per tal que la resolució sigui acceptable. Entre ells, hi juga un paper rellevant el fet que tant el comprador com els tercers titulars de drets potencialment afectats puguin oposar-s'hi. 5) En concret, la nota de qualificació, en la seva part pròpiament «dispositiva», es basava en: 1. L'incompliment de l'art. 621-54.2, atès que es requereix per tal de resoldre que l'incompliment excedeixi del 15 % del preu total. Convé tenir en compte, però, que en el cas que ens ocupa sembla que l'incompliment resolutori seria, almenys, del 45 %, de manera que aquest defecte és difícil de mantenir; 2. L'incompliment de l'art. 621-54.1, perquè el termini que es donava al comprador per pagar des del requeriment era de cinc dies, en lloc de vint; 3. L'incompliment de l'art. 621-54.2, segons el qual el venedor només pot retenir fins a un màxim

47 BOE núm. 91, de 15.4.2000.

48 BOE núm. 138, de 10.6.2003.

de la meitat de la quantitat total que hagués hagut de percebre, d'acord amb el contracte, fins a la data de la resolució, i en canvi havien pactat la retenció íntegra. 4. L'incompliment de l'art. 621-54.3.c CCCat).⁴⁹ Sol·licitada qualificació substitutòria, es va confirmar íntegrament la inicial.

La venedora va interposar recurs davant la DGSJFP «perquè entenien que havia de resoldre la Direcció del Ministeri de Justícia i no la Direcció General de Dret i d'Entitats Jurídiques de la Generalitat en la mesura que la qualificació recorreguda fonamenta l'argumentació tant en qüestions de dret català com en qüestions de 'dret comú' i al·legava la doctrina de la mateixa DGSJFP segons la qual, deia, la Generalitat només és competent quan les qualificacions impugnades o els recursos es fonamentin de forma exclusiva en normes del dret català o en llur infracció (entre altres, Resolucions de 25 de setembre de 2015,⁵⁰ 4 de gener de 2016⁵¹ i 14 de juliol de 2017),⁵² i més encara perquè el que es dilucida en el recurs és una qüestió d'aplicació de normativa bàsica de l'Estat, de competència estatal exclusiva» (relació de fets V).

El recurs es pot resumir en els següents punts (a banda de la qüestió competencial): l'elecció del dret aplicable segons l'art. 10.5 del CC espanyol ha de prevaler, atès que hi ha punts de connexió vàlids (el domicili social de les parts, el lloc de conclusió del contracte i la ubicació d'una part dels immobles objecte de transmissió, a la qual cosa es pot afegir l'interès en subjectar tota l'operació a un únic ordenament); no es comparteix la naturalesa real que el Registrador atorga a la condició resolutòria explícita; es considera que l'art. 111-6 CCCat i la interpretació que es dona a l'art. 621-2 CCCat en connexió amb l'art. 621-54 CCCat permeten l'exclusió voluntària d'aquest règim; no es pot fer derivar del principi de territorialitat del Dret català (que és comú a tots els ordenaments) ni la impossibilitat d'aplicar drets diferents ni la imperativitat d'un determinat precepte. Finalment, la competència estatal exclusiva en matèria hipotecària i de normes de conflicte sembla adduir-se també com a argument per excloure l'aplicació del Dret català.

49 La qualificació es va produir amb anterioritat a la STC 132/2019, de 13 de novembre (BOE núm. 304, de 19.12.2019), que va declarar inconstitucional aquest apartat tercer de l'art. 621-54 CCCat.

50 BOE núm. 246, de 14.10.2015.

51 BOE núm. 30, de 4.2.2016.

52 BOE núm. 185, de 4.8.2017.

El recurs es va presentar al Ministeri de Justícia el 13 de maig i aquest el va trametre al registre el 30 de maig. El registrador, un cop notificats els interessats, inclòs el notari autoritzant (que va formular al·legacions de manera extemporània), va elaborar el seu informe i va elevar l'expedient a la DGDEJM, per considerar-la competent. Es va rebre el 27 de juny. Els terminis anaven en contra d'aquest òrgan resolutori, atès que, com es comprèn, en primer lloc havia de pronunciar-se sobre la pròpia competència. Però la resolució, tant sobre aquest aspecte com sobre el fons, es va publicar dins dels tres mesos previstos per la normativa (art. 3.1 Llei 5/2009, de 28 d'abril; art. 327 LH).⁵³

Però les vicissituds d'aquest supòsit no s'acaben aquí, sinó que van continuar i van donar lloc a la Resolució de la DGSJFP de 29 d'agost de 2019, contradictòria amb el criteri mantingut per la DGDEJM quant a la competència per resoldre i també, gairebé i en bona mesura com a resultat de l'anterior, quant a la possibilitat d'inscriure els pactes convinguts per les parts per al cas de resolució per incompliment.

Es van produir, doncs, dues resolucions amb resultats oposats: la primera, confirmant l'aplicació de l'art. 621-54 CCCat i la nota de qualificació; la segona, negant la primera i revocant la nota.⁵⁴

53 Segons la relació de fets VI de la Resolució de la DGDEJM: «El dia 19 de juliol, per escrit del director general de Dret i d'Entitats Jurídiques, es va comunicar a la Direcció General dels Registres i del Notariat, per mitjà del correu electrònic amb registre de sortida [...], que la persona titular del Registre de la Propietat núm. 3 de Granollers havia tramès l'expedient a la Direcció General de Dret i d'Entitats Jurídiques, en considerar-la competent, per tal que en prenguéss coneixement.» De la Resolució de la DGSJFP se'n desprèn que la venedora, el 27 de juny, va presentar un escrit a la DGDEJM sol·licitant que declinés la competència i, el dia següent, un altre a la DGSJFP demanant que es declarés competent per a resoldre, cosa que aquesta darrera va fer, comunicant-ho per ofici a la DGDEJM el 29 de juliol, és a dir, quatre dies després que aquesta emetés la Resolució JUS/2185/2019.

54 No és el primer cop que es produeixen resolucions contradictòries, tant pel que fa a la competència com pel que fa al fons. Així, el supòsit analitzat per la RDGDEJM de 22 de març de 2006 (JUS/1921/2006, de 19.5.2006; DOGC núm. 4655, de 15.6.2006; comentada per MARSAL GUILLAMET, Joan, a *InDret*, núm. 2, 2007) va ser objecte també de la RDSJFP de 16 de maig de 2006 (BOE núm. 148, de 22.6.2006), en un cas en què es discutia sobre la quarta treball-liànica, però en realitat la decisió s'havia de fonamentar en el principi de tracte successiu. Vegeu també la RDSJFP de 9 de juny de 2017 (BOE núm. 159, de 5.7.2017) i la RDGDEJM JUS/6/2018, de 8 de gener (DOGC núm. 7536, de 16.1.2018, comentada a *InDret*, núm. 2, 2018), relatives al lliurament i presa de possessió d'un llegat real, així com a l'art. 411-9 CCCat i a les facultats que atorga a l'únic hereu cridat que ha acceptat; en aquest cas, però, malgrat referir-se les dues resolucions a la mateixa successió, les qualificacions

Molt resumidament, Resolució de la DGDEJM JUS/2185/2019 va afirmar la pròpia competència, adduint com a argument complementari dels habituals el paral·lelisme amb la competència del TSJC; va considerar aplicable l'art. 621-54 CCCat malgrat l'elecció d'un dret diferent per a regir la relació contractual i va concloure que el precepte té naturalesa imperativa. Per la seva banda, en la Resolució de 29 d'agost de 2019, la DGSJFP també es va declarar competent, va entendre que l'elecció del dret estatal excloua l'aplicació de l'art. 621-54 CCCat, entre altres motius per no ser la condició resolutòria una garantia real, i va alterar el criteri que havia mantingut amb anterioritat quant a la necessitat de consignació per a la reinscripció a favor del venedor. Es va tractar, però, d'un canvi d'interpretació que sembla haver tingut com a única raó de ser el fet de permetre la inscripció en aquest cas, com ho demostra que amb posterioritat l'ha alterada novament.⁵⁵

8.2. L'aferissada defensa de la competència de la DGSJFP per part de l'Audiència Provincial de Barcelona

La SAP de Barcelona (secció 11a) 201/2022, de 30 de març,⁵⁶ dedica el FD 4 a decidir sobre el motiu del recurs presentat per la DGDEJM contra la sentència de primera instància conforme al qual tenia competència per a resoldre el recurs governatiu que va donar lloc a la Resolució impugnada. L'Audiència confirma el criteri de primera instància i de la DGSJFP pel que fa als recursos anomenats «mixtos» (és a dir, aquells en què la qualificació o el recurs es basen en normes catalanes, però també en normes no catalanes), a partir de la STC 4/2014, de 16 de gener. Convé recordar que, per raons procedimentals, aquesta darrera va declarar inconstitucional i nul l'art. 3.4 de la Llei 5/2009, però no així el seu art. 1, el recurs contra

recoregudes eren diferents (la primera es referia a l'escriptura per mitjà de la qual la legatària prenia possessió del llegat; la segona, a l'escriptura de lliurament atorgada per una sola de les cohereves instituïdes al testament), però destaca que la DGSJFP, lluny de tractar únicament qüestions de dret registral, va donar una determinada interpretació a la qüestió successòria que es plantejava, subjecta al dret català, i que, després, sense que ho requerís la resolució del segon recurs, la DGDEJM va contradir.

55 ANDERSON, Miriam, «Comentario a la RDGSJFP de 11 de mayo de 2021 (RJ 2021, 3454). Compra-venta de inmueble con condición resolutoria en garantía del precio aplazado y pacto de retención de cantidades pagadas: la necesidad de prever la consignación para inscribir la transmisión», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 118, 2022, p. 141-162.

56 ECLI:ES:APB:2022:3409.

el qual es va inadmetre. L'art. 3.4 es refereix al supòsit —poc freqüent— en què es presenti més d'un recurs contra la mateixa qualificació, mentre que l'art. 1 abasta el cas més habitual en què l'únic recurs presentat es basi tant en el dret català com en un altre dret. La DGDEJM s'ha emparat en la manca de declaració d'inconstitucionalitat de l'art. 1 per mantenir la pròpia competència en aquests casos de recursos «mixtos», mentre que la DGSJFP ha mantingut la tesi contrària. Això, juntament amb la poca col·laboració entre ambdós òrgans resolutoris, explica que en diverses ocasions s'hagin produït resolucions contradictòries, com és el cas aquí comentat.

L'Audiència transcriu bona part de la STC 4/2014. El següent paràgraf del FD 3 de la STC és l'agafador que justifica la seva postura, tot i que no es destaca especialment:

«En otras palabras, el artículo 478.1 LEC carece de virtualidad para ampliar la competencia atribuida a la Generalitat de Cataluña por el artículo 147.2 EAC y sanar así el vicio de inconstitucionalidad en que incurre el precepto enjuiciado. En consecuencia, tampoco lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley del Parlamento de Cataluña 5/2009, pese a ser claro eco del artículo 478.1 LEC, puede abrir la vía para que la competencia de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de la Generalitat se extienda, como pretende el artículo 3.4 de esa misma Ley, más allá de lo establecido por el Estatuto de Autonomía de Cataluña. El corolario inexcusable de este razonamiento conlleva evidentemente una interpretación restrictiva del propio artículo 1. En coherencia con el alcance que hemos atribuido al título competencial del artículo 147.2 EAC, y más concretamente, en atención a lo que dispone el artículo 3.4 una vez que ha quedado depurado del exceso competencial en el que ha incurrido, la dicción literal del artículo 1 de la Ley del Parlamento de Cataluña 5/2009 en ningún caso puede dar lugar a entender que la competencia autonómica se extiende a la resolución de recursos gubernativos fundados en Derecho civil común o en otros Derechos civiles forales o especiales. Tal es, en definitiva, la única interpretación adecuada a la legalidad constitucional que cabe efectuar del artículo 1 en conexión con el artículo 3.4.»

I l'Audiència en dedueix el següent (FD 4 final):

«Està clar, per tant, que, a diferència del que succeeix amb el recurs de cassació, el TC entén que no hi ha cap marge per a una atribució competencial a Catalunya quant a la revisió de la qualificació dels registradors en matèries que no siguin estricta aplicació del Dret civil català. Per tant, sempre que una qüestió objecte de qualificació sobre la qual existeixi controvèrsia, sigui per aplicació de normes de Dret civil Comú, o de Dret registral (LH, RH), estarem davant del que la DGRN anomena recursos mixtes i la vis atractiva opera cap a la DGRN i no pas cap a la DGEJD de la Generalitat.

Per tant, al cas que ens ocupa és meridianament clar que, ultra altres consideracions, fins i tot en cas de resultar aplicable al cas concret, en part, el

CCCat Llibre sisè, sempre hauria de ser resolt per la DGRN. El que aboca a haver de declarar la incompetència de la DGEJD per conèixer i resoldre aquest recurs governatiu i la seva nul·litat plena per infracció de Dret imperatiu.

El que, per si sol, hauria d'impedir entrar, fins i tot, a resoldre les demés qüestions que, en cap manera, poden decantar el títol competencial a favor de les tesis de la DGEJD.»

La qüestió competencial es reitera en el FD 6, on s'acaba conclouent que, malgrat seguir-se en aquest punt un criteri diferent al que presideix quant al recurs de cassació (art. 478.1 i DF 16a LEC i art. 2 i 3 Llei 4/2012, de 5 de març), es tracta de supòsits distints, atès que tant el TSJC com el TS són òrgans estatals i tant la LOPJ com la LEC són normes estatals, que poden distribuir la competència en funció de criteris de política legislativa i d'eficàcia. La lògica o les consideracions sobre l'eficàcia de les normes no permeten subvertir el marc constitucional. A parer de l'Audiència, «que seria tal vegada més eficaç i més tuitiu del Dret civil propi un altre sistema, com l'intentat en el seu moment per l'art. 3.4 de la Llei 5/2009, no ho posem en dubte. Però caldrà modificar la Constitució i l'Estatut d'Autonomia de Catalunya per assolir aquesta fita». Són, realment, «paraules majors», que parteixen d'una interpretació tan tancada del bloc de la constitucionalitat que sembla que ni tan sols una norma de determinació de la «jurisdicció» d'origen estatal podria atribuir una competència més àmplia a l'òrgan resolutori català.

Tot i que amb aquest contundent pronunciament, contrari a la competència de la DGDEJM en els recursos «mixtos», n'hi hauria hagut prou per a revocar la resolució, l'Audiència va entrar a analitzar els restants motius.

8.3. La prejudicialitat o litispendència per haver recorregut la resolució contradictòria davant de l'Audiència Nacional

Un altre dels arguments emprats per la DGDEJM per a recórrer la sentència d'instància va ser que s'havia infringit l'art. 43 LEC, per inaplicació, atès que s'hauria d'haver suspès el procediment fins a la resolució per part de l'Audiència Nacional del plet contenciós administratiu interposat per l'òrgan resolutori català contra la Resolució DGSJFP de 20 d'agost de 2019. El motiu es desestima: a banda d'haver-se plantejat extemporàniament, i de què l'Audiència Provincial considera que l'objecte del procediment és diferent en el sentit que no es tracta de valorar l'encert o no de la qualificació, sinó la validesa de la Resolució de la

DGDEJM,⁵⁷ el cas és que el que s'impugnava davant l'Audiència Nacional era una resolució diferent, emesa per un òrgan distint, a la que era objecte del plet que resolvia l'Audiència Provincial. Aquesta considerava que la Resolució de la DGSJFP tancaria la via administrativa quan hagués resolt l'Audiència Nacional, mentre que la Resolució de la DGDEJM era simplement el resultat de la confusió processal creada pel registrador quan, en lloc d'elevat el recurs a la Direcció General del Ministeri, el va remetre a la Generalitat, per considerar-la competent (FD 5).

8.4. L'aplicació imperativa de l'art. 621-54 CCCat

En resposta a diversos motius del recurs i atès que la sentència de primera instància va decidir sobre les qüestions que s'hi plantejaven, per bé que de manera molt succinta, l'Audiència Provincial dedica el FD 7 a determinar si, tal i com sostenia la DGDEJM, l'aplicació de l'art. 621-54 CCCat és imperativa, amb independència de quina sigui la llei aplicable a la relació contractual. Considera, en tot cas, que la DGSJFP ja va donar resposta a aquesta qüestió, en emetre l'única resolució que podria posar fi a la via governativa, un cop decidit que era la competent per a decidir.

La sentència d'apel·lació entén que, d'acord amb l'art. 10.5 CC i l'art. 4.1 del Reglament Roma I, el contracte de referència exclou completament l'aplicació del Dret civil català, sense que es pugui acceptar que l'art. 621-54 CCCat és imperatiu i inderogable quan es tracti d'immobles situats a Catalunya. Entén que la tesi defensada per la DGDEJM és incompatible amb el principi d'elecció del Dret aplicable, i reforça aquesta conclusió atenent a què es tractava d'un contracte netament mercantil, entre entitats mercantils, sobre béns immobles situats en deu Comunitats Autònomes

57 La qual cosa és més que discutible, per no dir totalment errònia: la via judicial civil resta oberta per a després de la resolució del recurs governatiu justament per tal de tornar a dilucidar si el document en qüestió s'ha d'inscriure o no. Potser es tracta d'un problema d'expressió, en el sentit que l'AP entén que no ha d'entrar en qüestions diferents a la determinació de la competència (que, certament, condiona el resultat final del procediment), però no hi ha dubte de què les afirmacions que realitza la sentència no s'adiuen a la realitat de l'objecte dels recursos contra les qualificacions registrals: ja sigui en seu administrativa, ja sigui a la via judicial civil, tenen per únic objecte escatir si la qualificació negativa va ser correcta i, cas de no ser-ho, ordenar la inscripció del títol presentat. El que resta al marge d'aquests recursos és la controvèrsia que hi pugui haver entre les parts quant a la validesa d'aquest títol (art. 328 LH).

diferents i que, per raons evidents d'eficàcia pràctica, es regula per un sol dret aplicable, per haver-ho acordat així les parts. Podien haver escollit el dret de Nova York, de Londres o de París, cas en el qual l'Audiència dubta que el criteri de la DGDEJM hagués estat el mateix. L'únic que queda al marge de l'elecció de la llei aplicable, segons la sentència, és la normativa estatal sobre inscripció registral.

D'altra banda, tampoc no considera que tota condició resolutòria d'aquest caire sigui de naturalesa real, tot i realitzar la reinscripció a favor del venedor la funció d'una garantia real. Ni tan sols hi ha cap norma catalana que així ho determini.

Realitza també un repàs de les resolucions de la DGSJFP sobre l'abast de l'art. 175.6 RH i la necessitat de consentiment o de resolució judicial per a la reinscripció, així com sobre el requeriment de consignació, però entén que no és objecte d'aquest litigi, sinó una qüestió futura. De la doctrina registral en dedueix que s'ha d'estar al cas concret. Curiosament, tal i com ja s'ha apuntat, en la Resolució de 29 d'agost de 2019, relativa al supòsit aquí comentat, la DGSJFP va canviar de criteri respecte a una línia que, fins el moment, havia estat bastant consolidada, i, també curiosament, el va abandonar en la següent resolució que va tractar la qüestió, sense que es vegin diferències en el cas analitzat que ho justifiquin.⁵⁸

Quant a resolucions sobre el fons, el cas va concloure aquí.⁵⁹ Es van produir, però, altres pronunciaments procedimentals, com ara la desestimació de la declinatòria de jurisdicció formulada per la Generalitat a primera instància (IJPI Barcelona (47) de 2/3/2020) i la Interlocutòria de l'Audiència Nacional de 6 de maig de 2021, inadmetent per falta de competència el recurs contenciós administratiu presentat per la Generalitat contra la Resolució de la DGSJFP de 29 d'agost de 2019, sobre la base de la jurisprudència del TS, la normativa en vigor —art. 3 de la Llei 29/1998, de 13 de juliol, i art. 328 LH—i pel fet que no només la DGSJFP sinó també la pròpia DGDEJM, en les resolucions controvertides, assenyalaven que

58 Vegeu *supra* nota 54.

59 L'actora no havia sol·licitat en primera instància la condemna en costes i, tot i fer-la valer per via d'impugnació en apel·lació, l'Audiència la considera extemporània. Tampoc no s'imposen en segona instància, «atesa naturalesa especial del procediment».

la via per a recórrer-la és la jurisdicció civil.⁶⁰ La Generalitat va recórrer aquesta interlocutòria presentant recurs de cassació davant del Tribunal Suprem, que el va inadmetre, amb imposició de costes, per incompliment de les exigències de l'escrit de preparació, al qual li mancava la suficient fonamentació [Providència TS (Sala Contenciosa Administrativa), de 8 de juny de 2022].

9. La usucapió i les demandes contra els ignorats hereus del titular registral

9.1. Introducció

La usucapió continua essent una institució present, amb diverses configuracions, a molts ordenaments jurídics, i manté l'interès tant des de la perspectiva teòrica com de la pràctica.⁶¹ Es pot preveure, a més, que l'extensió del fenomen de l'ocupació d'immobles sense títol acabi generant un increment considerable de supòsits d'adquisició del domini arran de la possessió qualificada en relativament poc temps. A banda d'això, no són desconeguts a la DGDEJM els casos en què s'ha plantejat la necessitat de determinar si una sentència recaiguda arran de l'acció declarativa de domini interposada pels posseïdors contra el titular inscrit, generalment mort des de feia molt de temps, pot tenir accés al Registre de la Propietat.

A aquesta qüestió es dedica el present apartat. Si bé no es té constància de la impugnació judicial de cap de les resolucions de la DGDEJM relatives a la prescripció adquisitiva i al títol necessari per a inscriure-la, el problema ha acabat arribant al TS, que s'ha pronunciat en Ple i ha corregit les interpretacions contradictòries que havien sostingut fins a la data la DGSJFP i la DGDEJM.

60 FD únic: «Por tanto, si bien la DGRN tiene la consideración de Administración Pública, las resoluciones que dicta al resolver sobre calificaciones registrales, no están sujetas al derecho administrativo al ser materia civil, existiendo además expresamente una norma con rango de Ley que atribuye su conocimiento a la jurisdicción civil. (artículo 328 de la Ley Hipotecaria)».

61 HOOPS, Björn; MARIAS, Ernst (ed.), *The Acquisition of Immovables through Long-Term Use*, Cambridge, Intersentia, 2022.

9.2. El supòsit de fet

Els fets que van donar lloc al procediment es poden resumir com segueix: la titular registral de l'immoble l'havia comprat a un seu cosí l'any 1946; va morir vídua, sense deixar testament, ni tampoc ascendents ni descendents, i sense que es tingués coneixement de cap parent que la pogués succeir abintestat; l'any 2005 un descendent del cosí venedor de 1946 va interposar acció declarativa de domini contra els ignorats hereus de la titular registral, que van ser emplaçats per edictes; el 28 d'abril de 2006, el JPI núm. 5 de Granollers va dictar sentència en què estimava la demanda en considerar suficientment acreditada l'adquisició per usucapió; l'any 2008, el propietari va donar la finca al seu fill en escriptura pública, en la qual es va fer constar que s'havia denegat la inscripció de la sentència per no haver-se constituït degudament la relació jurídica processal, però que s'havia practicat l'anotació preventiva del títol judicial per no haver transcorregut encara el termini per a l'exercici de l'acció de rescissió de les sentències dictades en rebel·lia, com era el cas. Presentada certificació de la sentència l'any 2014, el registrador va denegar la inscripció per defecte no esmenable, basant-se en la necessitat que s'hagués dirigit la demanda contra l'administrador judicial de l'herència o contra el possible hereu que pogués actuar en nom dels absents o desconeguts. La qualificació negativa es basava en el dret a la tutela judicial efectiva i la interdicció de la indefensió (art. 24 CE), que té la seva traducció registral en el principi de tracte successiu (art. 20 LH).

9.3. El recurs contra la qualificació directament a la via judicial civil

Aquesta qualificació va ser recorreguda per la via judicial civil, sense que abans es passés pel recurs governatiu, tal i com ordena l'art. 2.1 de la Llei 5/2009, de 28 d'abril, per als casos en què és competent per a resoldre la DGDEJM. Es desconeix en quins arguments va basar l'interessat la impugnació de la qualificació. Aquesta es fonamentava en normes constitucionals i registrals, com s'acaba de comentar, però hauria estat versemblant que el recurs es basés en normes del dret català, relatives a la usucapió i a la defensa de l'herència jacent. Si hagués estat així, d'acord amb l'art. 1 de la Llei 5/2019, hauria estat (en principi) competent la DGDEJM, i el recurs governatiu hauria d'haver precedit el judicial. Val a dir que tant en apel·lació com en cassació s'aplica el dret civil català per a resoldre la controvèrsia, tot i que també és cert que la problemàtica és

d'abast més general, en delimitar els límits del principi de tracte successiu front de demandes contra titulars registrals que han mort fa anys.

En tot cas, la sentència del JPI núm. 56 de Barcelona, de 18 de gener de 2016, va desestimar la impugnació de la qualificació. En canvi, la SAP Barcelona (secció 16a) 23/2018, de 19 de gener,⁶² va tenir la gosadia —i l'encert— de qüestionar la doctrina mantinguda per la DGSJFP fins el moment, en particular en la Resolució de 3 d'octubre de 2011,⁶³ en què s'emparava la sentència de primera instància. Per la seva banda, el TS va acabar pronunciant-se en Ple sobre la qüestió per mitjà de la STS 590/2021, de 9 de setembre.⁶⁴

9.4. La doctrina de la DGSJFP

En la referida Resolució DGSJFP de 3 d'octubre de 2011, que té naturalesa de consulta vinculant (art. 103 de la Llei 24/2011, de 27 de desembre), i que es refereix a tota mena de plets dirigits contra l'herència jacent, l'òrgan resolutori havia fixat la següent doctrina, adoptada també en resolucions posteriors:⁶⁵

«[P]arece razonable restringir la exigencia de nombramiento de administrador judicial, al efecto de calificación registral del tracto sucesivo, a los supuestos de demandas a ignorados herederos; pero considerar suficiente el emplazamiento efectuado a personas determinadas como posibles llamados a la herencia.» (FD 3)

«Por tanto el emplazamiento en la persona de un albacea o del administrador judicial de la herencia yacente cumplirá con el tracto sucesivo. Pero sólo será requisito inexcusable tal emplazamiento cuando el llamamiento sea genérico, dirigiéndose la demanda contra herederos ignorados. No lo será cuando se haya demandado a un posible heredero que pueda actuar en el proceso en nombre de los ausentes o desconocidos. Lo que no puede afirmarse es que no proceda ninguna calificación desde la perspectiva del tracto sucesivo ni que sea suficiente el mero llamamiento genérico a ignorados herederos cuando cabe identificar a quienes son los posibles herederos y no se ha nombrado administrador judicial de la herencia yacente.» (FD 5)

62 ECLI:ES:APB:2018:2464.

63 BOE núm. 310, de 26.12.2011.

64 ECLI:ES:TS:2021:3277.

65 Per exemple, RDGRN de 8 de maig de 2014 (BOE núm. 161, de 3.7.2014).

L'esmentada resolució responia a una consulta formulada pel Col·legi de Registradors ateses les discrepàncies que detectaven entre el criteri mantingut per la DGSJFP i el parer dels tribunals.

9.5. La doctrina de la DGDEJM

La DGDEJM ha seguit un criteri diferent al de la DGSJFP, tant en les resolucions referides a supòsits paral·lels al que aquí es tracta (és a dir, d'usucapió consumada contra el titular registral) com en d'altres en què igualment es volia aconseguir la constància registral de sentències recaigudes contra l'herència jacent en què únicament havien estat emplaçats els «ignorats hereus». Són mostra del primer les Resolucions JUS/1388/2014, de 12 de juny,⁶⁶ JUS/1527/2018, de 28 de juny,⁶⁷ i JUS/2579/2021, de 27 de juliol.⁶⁸ Del segon, la Resolució JUS/1852/2016, de 21 de juny.⁶⁹

Per a la DGDEJM, la inscripció de la usucapió *contra tabulas* és, «en certa manera, una especialitat o una excepció al principi de tracte successiu» previst a l'art. 20 LH, de forma que si en la sentència es declara produïda la usucapió «ja no cal acreditar res més, ja que altra cosa seria entrar en el fons de la resolució judicial» (JUS/1388/2014, FD 2.1).

Tot i això, com ja es va posar de manifest en comentar aquesta darrera resolució, és justament per tal de complir amb els requisits que marca el principi de tracte successiu que la sentència que declara la usucapió s'ha d'haver dirigit contra el titular registral (o els seus successors) per tal de tenir accés al Registre. Constatar el respecte d'aquesta cadena de titularitats, potser contradictòries, no és entrar en el fons de l'assumpte, sinó comprovar si es donen obstacles derivats del propi Registre que impedeixin la inscripció (article 100 final RH), tal i com fa palesa la lectura de la reiterada doctrina registral relativa a les anotacions preventives d'embargament.

La DGDEJM ha fet servir també com a arguments favorables a la inscripció el fet que les demandes s'haguessin interposat no tan sols contra els ignorats hereus, sinó sobretot contra els «ignorats propietaris», i que l'objecte del plet no és l'herència com a universalitat sinó un bé en

66 DOGC núm. 6648, de 20.6.2014. Comentada a *InDret*, núm. 4, 2014.

67 DOGC núm. 7660, de 10.7.2018. Comentada a *InDret*, núm. 4, 2018.

68 DOGC núm. 8476, de 10.8.2021. Comentada a *InDret*, núm. 4, 2021.

69 DOGC núm. 8476, de 10.8.2021. Comentada a *InDret*, núm. 4, 2016.

particular, que pot o no pertànyer a l'hereu del titular registral.⁷⁰ Cap de les dues matisacions sembla tenir transcendència a l'hora de decidir si es pot inscriure o no la usucapió amb el títol judicial que la constata.

Anàlegs raonaments es van emprar en les altres resolucions citades. La resolució JUS/2579/2021, a més, afirma que considerar jacent una herència quan han passat més de 120 anys des de la defunció és una «construcció de laboratori», que vindria a més contradita per l'existència d'una sentència que declara la usucapió. No es comparteix aquesta afirmació: justament, el procediment per a declarar produïda la usucapió es refereix a un bé concret, que formava part del patrimoni d'un causant, i que un altre subjecte ha adquirit de manera originària pel pas del temps. No sembla que aquesta circumstància (que podria haver tingut lloc al cap de vint anys des de la mort del causant, o fins i tot abans en cas de suma de possessions) determini que l'herència estigui o deixi d'estar jacent. Tampoc no es veu per què el pas del temps fa que l'herència deixi d'estar jacent, si no és que regeix —com succeïa en el cas analitzat— un període de durada de la delació (art. 257 CDCC; art. 28 CS; art. 461-12.1 CCCat, en la redacció anterior a la Llei 6/2015, de 13 de maig). De seguida es veurà que aquesta circumstància també va ser rellevant al cas resolt judicialment que ara es comenta. De tota manera, els comentaris a la resolució JUS/2579/2021 ja expressaven que, encara que s'hagués extingit la delació, «el destí de l'herència (o, més aviat, dels béns que la integren) continuava essent incert, de manera que els mobles es podrien considerar abandonats (i, per tant, es podrien haver adquirit per ocupació) i els immobles, igualment vacants, haurien correspost a l'Estat (actual art. 17 de la Llei 33/2003, de 3 de novembre, de patrimoni de les administracions públiques), amb la qual cosa, en realitat, s'obririen nous problemes de legitimació passiva: s'hauria d'haver demandat l'Estat espanyol?»⁷¹ En aquesta línia acaben pronunciant-se tant l'AP de Barcelona com el TS. Segurament la DGDEJM va deixar passar l'oportunitat de fonamentar la disparitat de criteris respecte al mantingut per la DGSJFP en els instruments de protecció de l'herència jacent que preveu el CCCat. S'hi refereixen, en canvi, les resolucions judicials.

70 La DGDEJM també considera que la RDGRN de 3 d'octubre de 2011 es referia únicament als supòsits de divisió judicial de l'herència previstos als art. 790 i següents de la LEC, però, com queda dit, el cert és que tenia un abast molt més ampli.

71 *InDret*, núm. 4, 2021, p. 469.

9.6. El criteri de l'Audiència Provincial de Barcelona i del Tribunal Suprem

La SAP Barcelona (secció 16a) 23/2018, de 19 de gener, dedica el FD 4 a explicar per què no comparteix el criteri de la DGSJFP recollit a la Resolució de 3 d'octubre de 2011. Fa palès que les sentències del TS que cita la resolució no resolen la qüestió plantejada, i conclou que el propòsit d'evitar la indefensió de l'herència jacent no justifica que s'estableixin formalitats processals que la llei no imposa i que tampoc no resulten del Registre. Remarca, a favor d'aquesta interpretació, que el Dret català conté mesures específiques de protecció de l'herència jacent, entre les quals cita la suspensió de la prescripció extintiva establerta a l'art. 121-17 CCCat. I destaca que, precisament en matèria d'usucupió, la suspensió de la prescripció adquisitiva establerta a la redacció original de l'art. 531-26.1 CCCat es va eliminar tan sols dos anys després, en virtut de la Llei 10/2008, la qual cosa s'interpreta en el sentit que es va tenir la convicció que, tot i estar jacent, l'herència pot estar representada. També fa referència al fet que la legislació processal recull mecanismes, com la revisió de sentències dictades en rebel·lia (art. 501 i següents LEC), que permeten garantir la posició dels potencials beneficiaris de l'herència que no hagin estat degudament emplaçats; a més, l'herència jacent té atribuïda la capacitat per a ser part (art. 6.1.4 i 7.5 LEC). Per tant, no es considera justificable estendre la necessitat de nomenar un administrador judicial que estableix l'art. 795 LEC a supòsits diferents als que regula; és a dir, la divisió judicial de l'herència. En definitiva, considera que:

«[L]a doctrina de la DGRN que sustenta la calificación impugnada carece de coherencia desde un punto de vista institucional, en la medida en que deniega la práctica de un asiento registral debido a la apreciación de un obstáculo supuestamente derivado del propio Registro (falta de tracto sucesivo) pero que descansa en circunstancias que ya fueron objeto de evaluación específica por el órgano jurisdiccional en cuanto se refieren a la corrección de la relación jurídico-procesal, particularmente en cuanto atañe a la máxima identificación posible del demandado y a su válido emplazamiento.»

L'Audiència es planteja també si hauria calgut dirigir el procediment contra l'hipotètic hereu, o que se li hagués donat trasllat d'alguna altra manera (cita l'exemple de l'art. 150.2 LEC). En primera instància es va considerar que la possible hereva era la Generalitat, cosa que l'Audiència corregeix degut al moment en què es va obrir la successió. En tot cas, hauria pogut succeir l'Estat. Però, atès que la delació llavors tenia una

durada de trenta anys,⁷² es justificava plenament l'emplaçament als ignorats hereus. Es resol, per tant, sobre la base d'una circumstància accidental, que ja no es donaria en el dret vigent. El TS hi posa remei, de cara a supòsits en què la delació no tingui una durada determinada.

En efecte, la STS de 590/2021, de 9 de setembre, va resoldre el recurs de cassació interposat pel registrador, que argumentava l'existència de reiterada jurisprudència del TS que, sobre la base dels art. 18 i 20 LH, 100 RH i 790 i 791 LEC exigia, per tal de considerar ben constituïda la relació jurídica processal, que en casos com aquest la demanda s'hagués dirigit contra algun cridat que pogués actuar en interès de la resta, sense que sigui suficient la designació genèrica, atès que llavors caldria que es nomenés un administrador judicial. A més, considerava que la mateixa jurisprudència legitima el registrador per tal que comprovi aquesta circumstància de manera que no es generi indefensió de l'herència.

El TS, però, conclou que no era necessària la designació d'una administració judicial en el supòsit concret. Entén que aquesta només és preceptiva en els casos de l'antiga prevenció de l'abintestat, actualment recollits als art. 790 i següents de la LEC, i allà on una disposició específica ho estableixi (menciona, a títol d'exemple, els art. 803, 966 i 967 i 1020 CC), sens perjudici que es pugui establir com a mesura cautelar (FD 2.4). Per tant, havent mort la titular registral feia més de trenta anys (circumstància que la sentència repeteix constantment), i sense que hi hagués cap indicati que permetés esbrinar la identitat i domicili d'algun possible hereu, s'hauria d'haver dut a terme la inscripció ordenada pel manament judicial que declarava l'adquisició per usucapió.

Ara bé, segons el TS, si hi hagués hagut indicis que apuntessin a algun possible hereu, se'ls hauria d'haver comunicat la interposició de la demanda, en aplicació de l'art. 150.2 de la LEC. Atès que l'art. 248 CDCC remetia a l'ordre successori intestat previst al CC i que la Llei de successió intestada de 1987 només regia per a successions obertes amb posterioritat a la seva entrada en vigor, l'únic interessat en la successió que es podia conèixer era l'Estat. Aquesta comunicació, però, no era

72 La SAP dona a entendre que el termini de 30 anys va estar en vigor fins el gener de 2009. La redacció original de l'art. 461-12 CCCat continuava preveient que la delació s'extingia passat aquest termini. Va ser la Llei 6/2015, de 13 de maig, la que va suprimir el termini.

exigible en el cas que motiva la sentència, perquè la delació s'hauria extingit en haver transcorregut el termini de 30 anys que establia l'art. 257 CDCC (FD 2.5).⁷³ Res no diu el Tribunal quant al fet que els béns immobles vacants pertanyen a l'Estat.

En qualsevol cas, la sentència del TS, en ser del Ple, procura fixar doctrina de cara a futures controvèrsies, en el sentit que:

«Con carácter general, cuando se demande a los ignorados herederos de una persona que ha fallecido sin otorgar testamento y no se conozcan parientes con derecho a la sucesión intestada ni concurren indicios de su existencia, el juzgado debería notificar la pendencia del proceso al Estado o a la Comunidad Autónoma llamada por la normativa civil aplicable a la sucesión intestada a falta de otros, en aplicación de los previsto en el citado art. 150.2 LEC.» (FD 2.5).⁷⁴

Es corregeix, per tant, sense dir-ho explícitament, tant la doctrina de la DGSJFP com la de la DGDEJM. Pel que fa a la primera, es descarta que calgui el nomenament d'administrador judicial en els supòsits en què sigui demandada l'herència jacent, tal i com sostenia la DGSJFP. Però la possibilitat d'inscriure es condiona a què, quan no hi hagi indicis de cap altre eventual hereu, es comuniqui la interposició de la demanda al Departament d'Economia i Hisenda que correspongui segons la llei aplicable a la successió.

73 Sembla errar el TS quan afirma que es tracta d'un termini de prescripció, «sense que en consti la interrupció». Tot i la redacció de la legislació anterior al llibre quart del CCCat, el termini era, en tot cas, de caducitat i no de prescripció (CASANOVAS I MUSSONS, Anna, «Comentari a l'art. 461-12», a: EGEA FERNÁNDEZ, Joan; FERRER RIBA, Josep (Dir.), *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions*, Atelier, Barcelona, 2009, vol. II, p. 1491-1492).

74 Cita com a normes complementàries l'art. 6 del RD 1373/2009, de 28 d'agost, que aprova el Reglament General de la L. 33/2003, de 3 de novembre, del Patrimoni de les Administracions Públiques i també es tracta del mateix criteri que es desprèn de l'art. 791.2 LEC. Vegeu també l'art. 2 del Decret 145/2017, de 26 de setembre, de les actuacions administratives i de la gestió del règim d'autonomia econòmica de la successió intestada a favor de la Generalitat de Catalunya (DOGC núm. 7464, de 29.9.2017).

10. Fideïcomís condicional, establiment a cens i alliberament de béns a càrrec de la quarta trebel·liànica

10.1. Introducció

La RDGDEJM JUS/1356/2014, de 12 de juny,⁷⁵ va estimar el recurs presentat i va acordar que s'havia d'inscriure l'adquisició per part d'un de diversos fideïcomissaris d'una quota indivisa de la finca en qüestió lliure de fideïcomís. Es donava la circumstància que la finca estava en mans de dues persones, una com a nua propietària i l'altra com a usufructuària, que portaven causa de qui va ser-ne censatari. El cens es va redimir i els fiduciaris i fideïcomissaris del moment van atorgar escriptura d'alliberament del fideïcomís amb càrrec a la quarta trebel·liànica, però les censatàries va renunciar a què s'inscrivís aquesta darrera operació, per causes que es desconeixen. Aquesta circumstància consta al Registre de la Propietat.

La Resolució va ser recorreguda i, després d'haver-se determinat judicialment la legitimació de les posseïdores de la finca a recórrer la Resolució JUS/1356/2014,⁷⁶ va donar lloc a les sentències del JPI núm. 21 de Barcelona, de 4 de juliol de 2018, que va confirmar la resolució, a l'SAP

75 DOGC núm. 6645, de 17.6.2014. Comentada a *InDret*, núm. 4, 2014.

76 SAP de Barcelona (secció 1a) 717/2017, de 28 desembre (ECLI:ES:APB:2017:11814), FD 3: «la supresión del traslado del recurso gubernativo a los titulares que puedan resultar perjudicados (artículo 327.5 de la Ley Hipotecaria por Ley 24/2005, de 18 de noviembre) no impide que se mantenga en la legislación catalana (artículo 3.5 de la Ley catalana 5/2009, de 25 de abril), pero choca con la supresión del artículo 328.4 de la Ley Hipotecaria por Ley 24/2005, de 18 de noviembre, que preveía la legitimación activa para recurrir de los titulares de derechos a quienes se haya notificado la interposición del recurso. - En todo caso, como ya hemos apuntado, la legitimación activa de las hoy apelantes no viene expresamente negada en el vigente artículo 328 de la Ley Hipotecaria, entre quienes se establece que “carecen de legitimación para recurrir la resolución de la Dirección General”, por lo que cabe mantener una interpretación lógica e integradora de la ley catalana, en relación al cuerpo normativo, la Ley Hipotecaria, a la que genérica y dinámicamente se remite, como ya se hizo por el registrador de la propiedad al comunicar a las demandantes la interposición del recurso gubernativo, para que defendieran su derecho como mejor les conviniera, realizando las alegaciones oportunas en el plazo de cinco días, de conformidad con el artículo 3.5 de la ley catalana 5/2009, de 28 de abril, y 327.5 de la Ley Hipotecaria (aunque en este último ya no se mencione a los terceros afectados).» Per aquest motiu, i essent així que les interessades havien estat notificades de la interposició del recurs

de Barcelona (secció 19a) 170/2020, de 30 de juny,⁷⁷ que la va revocar, i a la STSJC 27/2021, de 15 d'abril,⁷⁸ que va tornar a confirmar la resolució.

Es tracta de la tercera —i per ara, última— RDGDEJM sobre aquest mateix problema. Amb anterioritat, s'havien dictat les Resolucions JUS/3416/2012, de 29 de novembre,⁷⁹ i JUS/1802/2013, 30 de juliol.⁸⁰ En aquestes resolucions, la DGDEJM va inadmetre el recurs o es va declarar incompetent per a resoldre. En la primera, per considerar la DG que no és possible recórrer una qualificació positiva. En la segona, per tractar-se d'una controvèrsia ja analitzada amb anterioritat.

10.2. El supòsit de fet

Les circumstàncies del cas són complexes, motiu pel qual es reproduïx parcialment a continuació el resum que se'n va fer en comentar la primera de les resolucions, de l'any 2012.⁸¹

El 1943 va morir el propietari d'unes finques situades a Sant Boi. Va deixar testament (de 1937) en què atribuïa l'usdefruit universal a la seva vídua i instituïa com a hereus fiduciaris els seus quatre fills, essent fideïcomissaris els nets i amb possibilitat que els fiduciaris, si deixaven vídua, li atribuïssin l'usdefruit universal. Els fiduciaris i la vídua van acceptar l'herència i en van fer inventari. El 1949 van segregar una parcel·la d'una de les finques gravades, que és sobre la que versa la polèmica en aquest cas. Aquesta nova finca va passar a mans d'una persona diferent, en condició de censatari. El 1975 va morir la usufructuària i es va extingir l'usdefruit. El 1990, el censatari va donar la finca, gravada amb el cens i subjecta al fideïcomís, a les persones que en el moment de la presentació del recurs n'eren les titulars registrals (una en usdefruit i l'altra en nua propietat). El 1992 va morir un dels fiduciaris, el seu fill va acceptar l'herència i es va adjudicar i va inscriure la seva quarta part

governatiu i havien formulat al·legacions, es considera que la sentència de primera instància els va generar indefensió, en negar-los la legitimitació activa per a recórrer a la via judicial, per la qual cosa es declara la nul·litat parcial d'actuacions fins al moment anterior a dictar sentència.

77 ECLI:ES:APB:2020:4544.

78 ECLI:ES:TSJCAT:2021:5289).

79 DOGC núm. 6357, de 17.4.2013. Comentada a *InDret*, núm. 2, 2013.

80 DOGC núm. 6442, de 20.8.2013. Comentada a *InDret*, núm. 3, 2013.

81 *InDret*, núm. 3, 2013.

indivisa del cens, que continua vigent (DT 3a de la Llei 6/1990, de 16 de març, de censos). El 1993, aquest fideïcomissari i els seus oncles/ fiduciaris, van atorgar escriptura de redempció del cens i, a l'empara de l'art. 229 del Codi de Successions i de les seves disposicions transitòries 1a i 9a, van alliberar el fideïcomís amb càrrec a la quarta trebel·liànica. Tot i això, en la inscripció que es va causar, relativa només a la redempció del cens, hi consta que, juntament amb l'escriptura, la part censalista i la censatària van presentar una instància amb firmes legitimades en què, per raons que es desconeixen, renunciaven a la inscripció del pacte de l'escriptura relatiu a l'alliberament de la substitució fideïcomissària. Per acta de notorietat de 1994, es va acreditar que els quatre fills del fideïcomitent van tenir fills, es van determinar els deu fideïcomissaris existents llavors i es va acreditar que tots els fiduciaris tenien més de 83 anys. Entre els fideïcomissaris hi havia la mare dels recurrents, que va morir el 1998, deixant testament en què instituïa hereus els seus tres fills per parts iguals. En l'acceptació de l'herència no hi consta el dret que tenia la mare com a fideïcomissària a una quota indivisa de la finca. Aquesta dada es va incloure en una escriptura d'addició d'inventari de 2012. És l'escriptura que va donar lloc a la Resolució JUS/3416/2012. Els interessats entenen que el fideïcomís s'havia purificat i que, per tant, la inscripció de la quota com a subjecta al fideïcomís era susceptible de ser recorreguda per comportar una «denegació tàcita» d'allò que es sol·licitava. La DGDEJM va considerar que no era possible recórrer contra una qualificació positiva.

Amb posterioritat a la Resolució de 2012, els mateixos fideïcomissaris van atorgar escriptura «complementària» en la qual van fer constar que la inscripció practicada en virtut de l'escriptura anterior com a «dret al fideïcomís» havia de ser «en propietat» i, per tant, demanaven que es procedís a practicar una «nova inscripció de domini». En la seva resolució JUS/1802/2013, de 30 de juliol, la Direcció General va estimar que el que es pretenia era en realitat una rectificació de la inscripció practicada i que, per tant, mancant la conformitat del registrador, calia resolució judicial, per la qual cosa es va declarar incompetent per a resoldre, cosa molt inusual en el procediment registral.

10.3. La resolució impugnada

El que va motivar la Resolució JUS/1356/2014 va ser la presentació, per part d'un fideïcomissari diferent, però de la mateixa línia, d'escriptura d'adjudicació de llegat per substitució fideïcomissària, sobre la base d'una acta de notorietat en què acreditava la seva condició de fideïcomissari, i

sol·licitava la inscripció a favor seu de la quota que li corresponia, fent valer el caràcter de condició resolutorià amb què opera el fideïcomís i els articles 23 i 82 LH.

El registrador va tornar a qualificar negativament. Potser ho va fer inspirant-se en la Resolució JUS/1802/2013, on s'afirmava que:

«Els fideïcomissaris tenen dret als béns fideïcomesos, però no poden fer-los seus per la pròpia autoritat, ni molt menys prendre'n possessió d'amagat del fiduciari o dels seus hereus o cessionaris o adquirents dels béns gravats, sinó que ho han de fer amb el coneixement i la col·laboració d'aquests (gairebé diríem el consentiment d'aquests tot i que siguin detentors de mala fe si el que al·leguen no és justificat), als quals la Llei els atorga determinades facultats per recuperar el que és seu, facultats i drets en els quals no podem entrar en aquest expedient. No consta que els fideïcomissaris hagin fet el requeriment que preveu l'article 206 de la Compilació a les persones que van adquirir dels fiduciaris béns gravats, avui les seves causahavents, i, en canvi, sí que hi consta, i a bastament, l'oposició d'aquestes persones a restituir el bé, oposició que elles emparen, a més, en un alliberament amb càrrec a la trebel·liànica que consta en escriptura pública.» (FD 2.4)

Però, en aquesta ocasió, la DGDEJM sí que va revocar la nota de qualificació i va permetre la rectificació pretesa, sense sentir-se vinculada pels pronunciaments anteriors, atès que el que es valorava partia d'un plantejament diferent i es formulava per un fideïcomissari també diferent (FD 2.3 Resolució JUS/1356/2014).

Havent establert que el dret aplicable era l'anterior a la Compilació (el fideïcomitent havia mort l'any 1943), excepte pel que fa a les regles relatives al fideïcomís mentre estava pendent, cas en què seria aplicable el Codi de Successions (DT 4a), la DGDEJM va considerar que en el dret precompilat era més freqüent a la pràctica entendre que els fiduciaris podien disposar i gravar, però que l'eficàcia dels seus actes estaria supeditada a l'efectivitat de la delació a favor dels fideïcomissaris. El Codi de Justinià així ho avalaria, contra la postura d'entendre que la substitució comportava una prohibició de disposar. En relació amb el cens, va concloure que «complerta la condició, això és, la mort del fiduciari amb existència de fideïcomissaris, l'eficàcia de la cessió o establiment a cens decau i el fideïcomissari adquireix automàticament la titularitat dels béns encara que no se li hagi lliurat la possessió. Com a conseqüència d'aquesta adquisició automàtica podrà reivindicar els béns alienats afectes a la substitució, exigir-ne el lliurament de la possessió per via d'interdictes, i, òbviament, obtenir la inscripció de la seva adquisició en el Registre de la propietat», sense necessitat de consentiment dels hereus o tercers adquirents del fiduciari

(FD 4.3). Això vindria confirmat pel fet que els fideïcomissaris no estan vinculats pels actes dels fiduciaris encara que en siguin els seus hereus: així ho havia recollit l'article 209 de la Compilació del dret tradicional i s'estima que, en aplicar-se el Codi de Successions únicament als efectes del fideïcomís mentre està pendent, no seria rellevant el fet que aquesta norma desaparegués dels articles 241 i 242 del Codi. Vist que el fideïcomís, per al Registre, opera com una condició resolutòria del dret dels censataris, un cop acreditada la mort de la fiduciària i l'existència i determinació dels fideïcomissaris, es va estimar procedent la inscripció a favor d'aquests. Per a practicar-la, però, es va considerar requisit imprescindible haver notificat la delació als titulars registrals, adquirents del fiduciari, cosa que en el supòsit tractat ja s'hauria produït en haver-ne tingut coneixement arran de la tramitació del recurs governatiu. La DGDEJM va acabar remarcant que no és objecte del recurs governatiu resoldre sobre el fons de la qüestió (és a dir, sobre si la finca s'havia de considerar alliberada del fideïcomís, arran de la detracció en concepte de trebel·liànica, cosa que la DGDEJM veu necessari escatir en el procediment corresponent per tal d'aclarir la situació de la finca). Per tant, tampoc no era objecte de les decisions judicials que van resultar de la impugnació d'aquesta resolució decidir qüestions que van més enllà de l'àmbit del procediment registral.

10.4. Primera instància i apel·lació

La SJPI núm. 21 de Barcelona, de 4 de juliol de 2018, va considerar que havia de decidir, efectivament, sobre la procedència o no d'inscriure el que sol·licitava el fideïcomissari. Va partir de què es tractava d'una substitució fideïcomissària condicionada a l'existència de fideïcomissaris. Acreditat el compliment de la condició, i tenint en compte que les demandants, titulars registrals i causahavents del censatari, coneixien la substitució fideïcomissària condicional quan van inscriure el seu dret, i en el benentès que qualifica la situació com a llegat fideïcomès (i no com a herència, tal i com sostenien les demandants), va concloure que procedia la inscripció,

La nua propietària i la usufructuària de la finca van apel·lar, sobre la base de diversos arguments. Entenien que van concórrer els requisits necessaris per a la detracció de la quarta trebel·liànica, atès que de la interpretació del testament del fideïcomitent se'n desprenia que la designació de finques que va realitzar tenia per finalitat distribuir-les en lots similars entre els fills, amb caire particional, i no atribuir-les

en concepte de llegats. A més, els fiduciaris van acceptar l'herència sense referir-se a l'existència de llegats ni de prelegats. D'altra banda, l'escriptura de redempció de censos de 1993, que incloïa l'alliberament de la substitució fideïcomissària, va generar en la nua propietària i en la usufructuària una adquisició de la llibertat del domini a títol oneros i de bona fe, sense que la instància de renúncia a la inscripció d'aquest alliberament comportés un reconeixement de manca d'eficàcia o validesa de l'acte, atès que consideraven que la instància privada no és suficient per a renunciar a drets que recauen sobre béns immobles. A més, les recurrents van fer valer l'ús fraudulent de la mecànica registral per part dels fideïcomissaris, que haurien obviat el fet que els actes de disposició dels fiduciaris no perden la seva eficàcia en el moment de la delació, sinó que, en tot cas, haurien de ser impugnats pels interessats. Pretendre la inscripció sense més de la finca a favor dels fideïcomissaris implicaria eludir la discussió en el judici ordinari corresponent.

Atès que eren ja diversos els plets que s'havien substanciat arran de la mateixa successió, la SAP de Barcelona (secció 19a) 170/2020, de 30 juny, va advertir en primer lloc que havia de respectar els pronunciaments ja recaiguts i també acotar degudament l'objecte discutit, per tal de no vincular decisions posteriors més enllà del que era necessari per tal de resoldre la controvèrsia plantejada. Centrant-se en la possibilitat d'inscriure o no l'adquisició del fideïcomissari i havent admès com a fets nous que s'havia aconseguit la cancel·lació del fideïcomís quant al 25 % de la finca corresponent al fideïcomissari que havia consentit tant la redempció com l'alliberament del fideïcomís l'any 1993, l'Audiència fa un repàs dels fets, de les al·legacions de les parts i de la Resolució recorreguda, i les considera totes acurades i reveladores de la complexitat jurídica de la qüestió debatuda, que requereix ser discutida en el judici corresponent. La controvèrsia objecte d'apel·lació, però, la redueix a l'existència de dues postures diverses. La primera, compartida pel Registrador de la Propietat i per les recurrents, consistent en què la incertesa que generen tant els diversos assentaments registrals com els títols presentats impedeix la inscripció, atès que únicament poden accedir als llibres els títols perfectes i vàlids i que no siguin discutits (art. 38 LH), tenint en compte la força amb què els principis registrals poden perjudicar els titulars inscrits. La segona, mantinguda per la DGDEJM en la resolució impugnada, que va decidir el contrari; és a dir, va considerar procedent la inscripció atès l'automatisme que s'atribueix al compliment de la condició, malgrat ser conscient dels rellevants

dubtes que es generen. La sentència d'apel·lació va optar per la primera, revocant, per tant, la resolució JUS/1356/2014.

10.5. El criteri del TSJC

El fideïcomissari va interposar recurs de cassació. Les titulars registrals s'hi van oposar, a més de per defectes de tècnica cassacional i per evidenciar els motius que els recurrents cercaven una resolució de l'assumpte que evités el corresponent procediment contradictori, per considerar que la competència funcional corresponia al TS, en tractar-se d'un conflicte de naturalesa estrictament registral. El TSJC, però, confirma la seva competència, atesa la funció que li correspon quant a la unificació de la interpretació del dret de Catalunya (STSJC 27/2021, de 15 d'abril, FD 2.2):

«Subratllarem que si la Llei 5/2009, de 28 d'abril, dels recursos contra la qualificació negativa dels títols en matèria de dret català que s'hagin d'inscriure en un Registre de la Propietat de Catalunya, que desenvolupa la previsió de l'article 147.2 de l'Estatut, atribueix la competència per a la resolució d'aquestes impugnacions a un organisme de la Generalitat de Catalunya (Direcció General de Dret i Entitats Jurídiques), és perquè mira de preservar sobre tot (*sic*) l'aplicació del dret català en els registres públics, en coherència amb l'atribució a la Generalitat de competència exclusiva en matèria de dret civil (art. 129 EAC), de manera que l'aplicació en aquests casos de l'ordenació dels registres, de competència estatal (art. 149.1, 8ª CE), s'ha d'entendre instrumental pel que fa a la constància en el Registre dels actes i negocis regulats pel dret civil català (STC 4/2014).

Atès que correspon a aquest tribunal superior la unificació de la interpretació del dret de Catalunya (art. 95.3 EAC), i sent innegable que la resolució de la Direcció General de Dret impugnada en aquest litigi versa sobre l'aplicació de la regulació catalana dels fideïcomisos, cal refermar la competència funcional d'aquest tribunal i l'admissibilitat en general del recurs de cassació.»

Entrant en els motius de cassació, la STSJC se centra en primer lloc en l'al·legació d'infracció dels art. 235.I CS, 206.III de la Compilació i 18 i 13 LH. D'acord amb sentències anteriors,⁸² i atenent al dret transitori, considera que el dret aplicable als efectes del fideïcomís és el que regia en el moment de la mort del fideïcomitent (el dret precompilat), sens

82 Així, STSJC 6/2018, d'11 de gener (ECLI:ES:TSJCAT:2018:15).

perjudici de l'aplicació de les normes relatives als efectes del fideïcomís mentre està pendent, a les quals s'aplicarà el dret anterior a la Compilació, la Compilació i el Codi de Successions segons la data de l'acte de què es tracti. En aplicació d'aquestes disposicions:

- a) Explica que, en els fideïcomisos condicionals, l'adquisició del fideïcomissari «és automàtica i va lligada a la delació que origina la mort del fiduciari, que és el fet jurídic que provoca que els béns fideïcomesos 'facin trànsit' del fiduciari al fideïcomissari, amb la particularitat a més que no es pot anticipar la delació» (FD 3.4).
- b) Recorda que l'art. 23 LH preveu en general la mecànica de les condicions al Registre i l'art. 82 RH estableix que la delació al fideïcomissari originarà una nova inscripció. Per tal de garantir que no apareguin tercers protegits pels art. 32 i 34 LH, s'obliga el fiduciari a inscriure (art. 181 CDCC) i a inserir-hi literalment la clàusula fideïcomissària (art. 426-22.1 CCCat) (FD 3.5).
- c) Interpreta que, d'acord amb els art. 186, 187 i 195 a 197 CDCC, el fiduciari pot realitzar vàlidament actes dispositius o de gravamen, però llur eficàcia estarà supeditada a la possible efectivitat de la substitució, encara que en ser atorgats s'hagués silenciada el gravamen. Entre aquestes disposicions, hi ha la de donar a cens l'immoble, amb la referida supeditació, la qual cosa no es considera incompatible amb la redempció del cens (FD 3.6);
- d) Entén que la sentència del Tribunal de Cassació 19 de maig de 1936,⁸³ a la qual feien referència les recurrents, partia d'allò que establia l'art. 109 LH en la seva redacció de 1869; és a dir, de la inscripció prèvia de la substitució, que explicaria la flexibilitat quant a les facultats dispositives que promovia la sentència de 1936 (FD 3.6).
- e) Recorda quin és l'abast i quins són els efectes de la qualificació registral, que no prejutja un pronunciament sobre el fons (art. 66 LH i 328 LH) (FD 3.7 i 3.8).
- f) Per al cas concret, posa l'accent en el fet que en la inscripció de l'establiment del cens l'any 1949 hi consta la subjecció al fideïcomís, i que en aquells moments l'establiment del cens no era cap dels supòsits que, segons la llei, permetien l'alienació de béns com a lliures. Per

83 DOGC de 5 de febrer de 1937, p. 49 a 55.

tant, produïda la delació a favor del fideïcomissari l'any 1997, decau l'eficàcia de l'establiment a cens, a l'empara del principi de prioritat registral (FD 3.9).

g) «Certament —argumenta el TSJC— el gravamen fideïcomissari fou purificat mitjançant un negoci jurídic subscrit l'any 1993», però «als estrictes efectes de la qualificació registral, és indiferent que la causa justificativa de l'alliberament del fideïcomís [...] fos o no vàlida, ja que el propi negoci d'alliberament no fou objecte d'inscripció en el Registre», i la qualificació s'ha de limitar a allò que estableix l'art. 18 LH (FD 3.10). Menciona a continuació, sense censurar-ho (no era objecte del plet), que els intents d'inscripció de l'escriptura d'alliberament es van frustrar per no acreditar al Registrador el compliment dels requisits per a detreure la quarta trebel·liànica (FD 3.10).

h) No comparteix el TSJC els arguments emprats per la sentència d'apel·lació, relatius al fet que hagi transcorregut molt de temps des de la delació al fideïcomissari o que la inscripció només afecti una part de la finca. Tampoc no està d'acord amb què únicament poden accedir al registre situacions fermes i inatacables, que entén com a resoltes per sentència amb efectes de cosa jutjada material (FD 3.11).

i) Inadmet un seguit de motius del recurs que feien referència al dret a detreure la quarta trebel·liànica i a l'oposabilitat al fideïcomissari; és a dir, qüestions relatives a un document no inscrit, que no poden afectar la resolució del recurs.

No hi ha condemna en costes, pels mateixos motius adduïts per l'Audiència Provincial.

10.6. Algunes consideracions sobre l'automatisme en els fideïcomisos condicionals

És cert que el compliment de la condició, en els fideïcomisos condicionals, en estar prevista per a després de la mort del fiduciari, determina la pèrdua d'eficàcia dels actes realitzats pels fiduciaris en condició de tals mentre el fideïcomís estava pendent, però no es produeix el mateix resultat respecte els actes que, d'acord amb la legislació aplicable, el fiduciari podia dur a terme prescindint del gravamen; és a dir, disposant dels béns com a lliures. Per a aquests darrers, tant la legislació vigent com la històrica preveuen un règim d'impugnació per

part dels fideïcomissaris que entenguin que han estat perjudicats en el seu dret (art. 426-50 CCCat; 241 CS; 209 CDC, que expressament es referia a la protecció dels adquirents a títol onerós en una transmissió que en aparença els fiduciaris estaven legitimats per a dur a terme). Tot i que pot resultar fins a cert punt absurd que els actes de disposició estiguin regulats per una llei diferent a la que regeix la seva impugnació, aquesta sembla ser l'opció presa per les disposicions transitòries tant del CS com de la Llei 10/2008. Això comporta que, en aquest cas, mentre que els actes de redempció i d'alliberament del fideïcomís de 1993 es regien pel CS, la seva impugnació es regia pel dret vigent en el moment de l'obertura de la successió, el 1943. La Sentència del Tribunal de Cassació de Catalunya de 19 de maig de 1936 va donar una interpretació clara i contundent quant a les conseqüències de la disposició per part del fiduciari en perjudici o en frau del dret del fideïcomissari, en establir que la manca de consentiment dels fideïcomissaris no condueix a la nul·litat de l'alienació, sens perjudici que, arribat el cas de la restitució, poguessin impugnar-la (FD 4). Per tant, cal, primer, destruir l'eficàcia que inicialment despleguen aquestes disposicions i després, cas de tenir èxit, reivindicar els béns. Segons la mateixa sentència, la naturalesa de l'acció d'impugnació era rescissòria i així ho ve entendre també el TSJC en sentència d'1 d'abril de 2004,⁸⁴ que la subjecta a un termini de caducitat de quatre anys, aplicable al cas en qüestió d'acord amb la DT 8.1 de la Llei 10/2008, i tenint en compte que àdhuc en el dret històric l'opinió predominant és que la caducitat d'accions d'anul·labilitat i de rescissió quedava al marge de l'Usatge *Omnes Causae*. Tot i que la manca de poder de disposició determinaria conseqüències més radicals en el supòsit que ens ocupa prevalen raons de seguretat jurídica que duen a l'establiment d'un termini de caducitat relativament breu. D'això se'n deriva que l'acció reivindicatòria del fideïcomissari topa necessàriament amb la caducitat de l'acció d'impugnació, quan es tracti d'actes de disposició de béns com a lliures. En el cas, havent-se produït la defunció de la fiduciària rellevant el 1997, l'acció s'hauria extingit l'any 2011 (és a dir, abans que els fideïcomissaris iniciessin cap actuació relativa a la finca en qüestió). Àdhuc si es considerés que el termini es regia per l'Usatge, la DT 8a.1 de la Llei 8/2008 hauria conduït a què acabés el gener de 2013.

84 RJC 2004, 1506.

Front d'això no seria sostenible al·legar que la qualificació no pot estendre's a determinar si una facultat s'ha extingit o no pel decurs del temps, atès que en aquest supòsit es tracta d'un termini de caducitat, sense que concorri cap causa de suspensió, i sense que els interessats haguessin dut a terme cap actuació relativa a la finca en els més de 14 anys que havien passat des de la delació a favor seu. De fet, segons consta a la sentència d'apel·lació (FD 2), les titulars registrals van intentar dues vegades inscriure l'escriptura d'alliberament de 1993, però el document es va qualificar negativament, per no haver-se acreditat al registrador per part dels fiduciaris el compliment dels requisits per a la detracció de la quarta trebel·liànica, l'inventari i les notificacions pertinents. La possibilitat o no de detreure la quarta és una de les grans qüestions de fons que afecten la situació controvertida. Si es pot valorar aquesta circumstància en el moment de la qualificació, amb més motiu s'hauria de poder constatar el decurs del termini d'impugnació.

Si efectivament s'havia escolat el termini de caducitat per a impugnar els actes realitzats pels fiduciaris en perjudici dels fideïcomissaris, guanyaven pes les al·legacions d'utilització fraudulenta de la mecànica registral per part d'aquests darrers, que haurien intentat evitar un procediment sobre el fons amb un resultat que potencialment no els convenia. En canvi, aconseguint la inscripció, només una anotació preventiva de demanda evitaria la possible aparició de tercers protegits per l'art. 34 LH.

11. Els actes de disposició per part de menors amb una sola línia de parentiu determinada i l'alternativa a l'autorització judicial

11.1. Introducció

La RDGDEJM JUS/908/2011, de 30 de març,⁸⁵ va decidir sobre la possibilitat d'inscriure una escriptura de compravenda d'un immoble, la nua propietat del qual pertanyia a un menor d'edat i l'usdefruit, a la seva mare. L'escriptura va ser atorgada per la mare en nom propi i en representació del fill menor i la van consentir dos parents de la línia materna, atès que es tractava d'una família monoparental i només estava determinada la

85 DOGC núm. 5861, de 18.4.2011. Comentada a *InDret*, núm. 4, 2011.

filiació de la mare. A banda del possible conflicte d'interessos,⁸⁶ la qüestió controvertida consistia en determinar si l'art. 153 CF i, per remissió, l'art. 149 CS —actuals art. 236-30 i 424-6 CCCat—⁸⁷ permetien en aquests casos la substitució de l'autorització judicial pel consentiment de parents d'una sola línia.

La registradora va considerar que no era possible, a partir de la interpretació literal de la norma. La DGDEJM va arribar a la mateixa conclusió, sobre la base de la necessitat de protegir l'interès superior del menor, atès que hi ha altres maneres per alienar el bé, tot i reconèixer que la norma pressuposava que la filiació estaria determinada per a totes dues línies i, per tant, no preveia altres supòsits. Va considerar que l'autorització alternativa és una excepció a la regla general que, per tant, s'ha d'interpretar de manera restrictiva, ja que d'altra manera s'hauria de permetre també la intervenció de dos parents de la mateixa línia en casos de impossibilitat o desinterès per part dels parents d'una de les línies.⁸⁸

11.2. L'admissibilitat de l'autorització pels parents en casos no contemplats

La resolució va ser recorreguda pel notari que havia autoritzat l'escriptura. La SJPI núm. 21 de Barcelona 135/2011, de 15 de setembre, va confirmar íntegrament el criteri de la DGDEJM, afirmant que el resultat no és discriminatori vers les famílies monoparentals, en tractar-se de manera diferent supòsits també diversos.

86 La Resolució no va entrar en aquest tema, atès que l'escriptura s'havia atorgat només catorze dies abans que el fill arribés a la majoria d'edat i, en el moment de resoldre, ja havia complert els divuit anys. Vegeu el comentari de MARSAL GUILLAMET, Joan, a *InDret*, núm. 4, 2011. D'aquest fet en dedueix que el recurs es va formular a efectes doctrinals, cosa que podria explicar també la litigiositat posterior, tot i que dels procediments judicials se'n desprèn que el fill tenia una discapacitat del 81 %, sense que s'especifiqui de quin tipus ni es faci referència a una eventual modificació judicial de la capacitat, llavors possible.

87 En el moment de la venda, estava en vigor el llibre quart del CCCat, que resultava aplicable al cas, interpretant la remissió de l'art. 153 CF com a referida al text vigent.

88 MARSAL GUILLAMET, *InDret*, núm. 4, 2011, comentava que: «Es pot compartir o discrepar de la doctrina de la DGDEJ, perquè si bé el progenitor alienant és de la mateixa família que els que han d'autoritzar l'alienació, també ho és el menor d'edat, i el més probable és que l'origen dels béns del menor que s'alienen també provinguin de la mateixa línia de parentiu.» Els fets que es consideren provats pels tribunals així ho demostren.

El notari va apel·lar, i la SAP de Barcelona (secció 14a) 359/2013, de 21 de juny,⁸⁹ va estimar el recurs i va ordenar la inscripció de l'escriptura. Es va basar en el fet que el legislador català va optar per una privatització del dret de família, i n'és mostra el sistema d'autoritzacions «alternatives» a la judicial, que no s'han de considerar excepcionals i no cal, per tant, que s'interpretin de manera restrictiva (FD 4 i 5). L'Audiència duu a terme una interpretació literal del precepte, atenent als canvis en la redacció fruit de l'aprovació del llibre quart i el desplaçament del focus cap al parentiu respecte dels «progenitors». També raona que en seu successòria pot tenir sentit la participació de totes dues línies quan es tracta d'escollir l'hereu que s'ha de fer càrrec de la continuïtat de «la casa», però potser no tant a l'hora de determinar si una certa operació de venda entre vius resulta útil o necessària per al menor. Aquestes consideracions, però, no li semblen suficients, i per això analitza la tramitació parlamentària, els precedents i les exposicions de motius, de les quals tampoc no en treu resultats satisfactoris. Considera que la norma no és excepcional, ni prohibitiva ni sancionadora, però no conté una formulació general, de manera que no és susceptible d'interpretació extensiva. Per aquestes raons, acollint-se a la interpretació finalista, es veu menada cap a l'analogia, atès que es tracta d'una llacuna legal (i no d'un «conjunt buit») que cal omplir d'acord amb el criteri de la interpretació conforme (FD 5 final). La llacuna s'ha d'omplir per mitjà dels mecanismes d'autointegració previstos (art. 111-2 CCCat) i amb el suport de l'equitat (art. 111-9 CCCat). Atès l'objectiu de protegir l'interès superior del menor, no és una qüestió d'interpretació de la voluntat del causant ni de garantir la posició de les dues línies, sinó de procurar que tots les branques estiguin representades, però sense que el mecanisme de validació estigui condicionat necessàriament a l'existència de dues línies. Per tant, conclou que tant en el cas de les famílies monoparentals com en el de menors orfes que només tinguin parents d'una línia, cal aplicar la norma per analogia, perquè hi ha identitat de raó. Ho rebla l'art. 236-20 CCCat, que en cas de conflicte atribueix la representació a un sol dels progenitors sense necessitat d'intervenció judicial. L'Audiència també fa esment a la major autonomia del menor al CCCat, especialment si té setze anys o més, en comparació amb el CC. Es refereix igualment al fet que el menor en qüestió era un «presumpte incapacitat» i que les normes sobre la tutela també tendien a una major privatització (FD 6).

⁸⁹ ECLI:ES:APB:2013:6835.

La DGDEJM va interposar recurs de cassació, que el TSJC va resoldre en la sentència 45/2014, de 7 de juliol.⁹⁰ Un dels motius al·legats va ser la protecció de l'interès superior del menor, en considerar la DGDEJM que la concurrència del consentiment de part de parents de les dues línies, entre les quals poden haver-hi antagonismes, comporta una major prevenció del conflicte d'interessos i un reforç de l'objectivitat.

El TSJC va rebutjar aquesta argumentació. Ni el CF ni el CCCat preveuen la situació de les famílies monoparentals en aquest punt i, malgrat que l'interès superior del menor ha de guiar l'actuació dels Tribunals, va entendre que no justifica que no es pugui emprar el mecanisme de l'autorització alternativa en casos con el contemplat: «no es pot admetre que en una família amb dues línies existeixin necessàriament més antagonismes i més possibilitats de control que en les famílies monoparentals, per quant la solució legal és la crida a prestar el consentiment als dos parents més pròxims al fill o filla, de manera que aquests eventuais antagonismes i mecanismes de control es podrien plantejar també dins de l'única línia familiar existent» (FD 3).

L'altre motiu de cassació admès es fonamentava en la incorrecta interpretació d'allò que estableix el CCCat als art. 111-2 i 111-9, en connexió amb l'art. 5.1 LOPJ i l'art. 4.1 CC, en considerar la DGDEJM que no és possible aplicar l'*analogia legis*, per manca d'identitat de raó: es tractaria d'una norma prohibitiva de la venda de béns de menors sense autorització, que no es podria interpretar de manera extensiva, atès, a més, que en les successives reformes el legislador ha estat constant en l'exigència de consentiment per part d'un parent de cada branca. Revisats els criteris jurisprudencials per a l'aplicació de l'analogia, el TSJC considera que no es tracta de què el legislador català hagi volgut impedir o prohibir a les famílies monoparentals l'accés a les autoritzacions alternatives, de manera que no s'està davant d'un «conjunt buit», sinó d'una llacuna legal involuntària. Es constata, a més, la identitat de raó entre el supòsit contemplat a la norma quan entra en joc la remissió a la regla successòria (famílies amb dues branques de progenitors) i el de les famílies monoparentals. Són realitats familiars heterogènies, totes elles dignes de protecció i, a més, és possible que en totes dues es puguin trobar «dos parents més pròxims» a la persona menor. El mateix succeeix quan no hi ha parents d'una de les branques. Conclou el TSJC que la finalitat de la norma és desplaçar el control judicial pel familiar, sempre en interès del menor, i que existeix la mateixa raó per a

90 ECLI:ES:TSJCAT:2014:7770

aplicar la norma en supòsits diferents als que literalment recull (FD 4). En conseqüència, confirma la sentència d'apel·lació i, amb ella, la revocació de la RDGDEJM JUS/908/2011, amb imposició de costes.

La DGDEJM es fa ressò d'aquesta doctrina, i altera l'anterior criteri restrictiu, a la Resolució JUS/592/2023, de 20 de febrer.⁹¹

12. Algunes conclusions

Una primera conclusió que es pot extreure de l'anàlisi que precedeix és que la impugnació judicial de les resolucions recaigudes en resoldre recursos governatius no és freqüent, cosa que es pot deure a la qualitat de les decisions, però també a les incerteses que, a nivell processal, encara perduren. Així, per exemple, es produeixen supòsits en què es dubta de la legitimació per a impugnar de titulars registrals interessats, i també hi ha hagut casos en què, contràriament al que estableix la Llei 5/2009, de 28 d'abril, s'ha recorregut la qualificació directament per la via judicial civil, sense haver passat abans pel recurs governatiu davant la DGDEJM, cosa que potencialment podria conduir a una pluralitat d'interpretacions quant a la implementació registral del dret propi, que és justament el que la citada llei procura evitar.

D'altra banda, es constata també com la mecànica registral acaba modulant les previsions expresses del dret positiu. Així, en seu de comunitat ordinària i, per extensió, també en els règims jurídics als quals els resulten d'aplicació les normes d'aquella, l'acreixement resultant de la renúncia a la quota no es pot qualificar com a automàtic, atès que la doctrina registral governativa, confirmada pels tribunals, sosté que aquest només es pot inscriure a petició dels cotitulars, que haurien d'haver estat notificats de la renúncia per tal que aquesta darrera pugui tenir accés als llibres del Registre. Ni una cosa ni l'altra s'adiuen amb el que estableix el CCCat, en el qual la renúncia sembla ser purament abdicativa i l'acreixement en resulta per obra de la llei, sens perjudici que es pugui renunciar amb posterioritat. Aquests supòsits plantegen també dubtes quant al destí dels béns immobles vacants, àdhuc en el cas d'abandonament d'elements privatius en propietat horitzontal.

91 DOGC núm. 8866, de 2.3.2023. Vegeu-ne el comentari a *InDret*, núm. 2, 2023, quant a alguns aspectes que encara poden plantejar dubtes.

En un altre ordre de coses, també s'ha pogut comprovar com els tribunals, en decidir sobre la impugnació judicial de les qualificacions, mostren moltes prevencions de cara a respectar l'objecte del procediment (que no és altre que determinar si procedeix o no la inscripció sol·licitada), tot i que això pugui comportar la generació de situacions irreversibles, degut a l'eficàcia de la inscripció, o bé col·locar la part perjudicada per la decisió en la posició d'haver d'interposar un procediment sobre el fons per tal d'aconseguir paralitzar aquella eficàcia per mitjà de l'anotació preventiva de demanda. El cas tractat relatiu a la substitució fideïcomissària n'és un exemple, que mostra igualment com en són d'incerts els límits de la qualificació.

Algunes de les decisions comentades confirmen criteris mantinguts per la DGDEJM amb contundència. Així, en el cas dels censos la divisió dels quals no s'hagués realitzat i inscrit en els terminis que marca el dret transitori, els tribunals confirmen l'extinció del dret per obra de la llei, malgrat reconèixer que la inscripció de segregacions i divisions de finques sense dur a terme la divisió del cens era una actuació il·legal arran de la Llei de 1945. La responsabilitat, però, recau igualment sobre el censalista. La redacció del dret transitori existent fins ara, juntament amb la interpretació judicial del mateix, han de servir de guia si es vol depurar el sistema d'antigues càrregues censals, generadores encara de problemes en el tràfic jurídic actual.

Arran de la impugnació judicial d'una decisió de la DGDEJM, s'ha confirmat també que, malgrat correspondre la iniciativa de constituir el dret de retenció al creditor, cal el consentiment dels titulars del bé immoble o la intervenció judicial per a suplir-la, cosa que no es despenia amb claredat d'anteriors pronunciaments del TSJC. Anàlogues consideracions es poden fer quant a l'exercici del dret d'opció.

En un dels casos d'exercici del dret d'opció tractats, crida l'atenció el fet que la sentència de primera instància, tot i confirmar la resolució, fa palesa una manca d'interiorització del dret civil català, atès que recorre als preceptes del CC espanyol sobre la teoria del títol i el mode, obviant totalment la construcció del dret d'opció de caràcter real al CCCat. Aquesta manca de familiaritat amb el dret propi va donar lloc a tres anys de litigis en un altre supòsit, relatiu a la durada del dret d'ús de l'habitatge familiar en atenció a l'atribució de la guarda dels fills menors. El jutjat havia emprat l'expressió del CC espanyol, i ni en la nota de qualificació, ni en la posterior resolució de la DGDEJM es va considerar indicativa de que el dret d'ús duraria el que durés la guarda. En aquest cas, els recursos

judicials interposats per la progenitora a qui s'havia atribuït el dret d'ús van servir per prorrogar l'assentament de presentació i així garantir l'ús als fills davant de possibles tercers hipotecaris. La interpretació de la DGDEJM va ser finalment corregida pels tribunals. En concret, l'Audiència va concloure que l'errada de la sentència d'atribució del dret d'ús no la justificava. Es comprèn la voluntat pedagògica d'aquest tipus de posicions, però no hauria de resultar en un perjudici per als interessats (que en el cas tractat, a més, eren menors i la mare que en tenia la guarda).

Com a resultat de la impugnació judicial d'una qualificació registral, el TS s'ha acabat pronunciant sobre la correcta constitució de la relació processal en casos de demandes interposades contra els ignorats hereus del titular registral, qüestió sobre la qual la DG catalana i la DGSJFP mantenien postures discrepants. Donant la raó a la primera, tant la sentència del TS com la de l'Audiència van proporcionar arguments, tant de dret civil català com de l'estatal, per a defensar que no és necessària la designació d'administrador judicial quan no sigui possible determinar qui són els hereus del demandat. Això és rellevant a efectes (per exemple, però no únicament) de fer constar al Registre la usucapció declarada per sentència. Cal, a partir d'aquestes resolucions, tenir cura de notificar, en darrer terme, a l'Estat o a la Comunitat Autònoma, com a possibles successors abintestat del titular registral. Resta per veure si s'aplicarà el mateix criteri quant a béns clarament vacants. De manera similar, va ser la impugnació d'una resolució de la DGDEJM la que va propiciar el pronunciament tant en apel·lació com per part del TSJC sobre la possibilitat de què l'autorització de dos parents propers servís per a substituir l'autorització judicial dels actes de disposició realitzats per persones menors d'edat que només tinguessin determinada la filiació respecta a una sola branca. Sembla, ateses les circumstàncies del cas, que el procediment registral es va emprar per tal d'aconseguir un pronunciament judicial en aquest sentit.

Finalment, en diverses de les controvèrsies tractades es comprova que continua sense estar resolta la qüestió relativa a la competència de la DGDEJM quan es tracti dels anomenats recursos «mixtos», que les dues direccions generals analitzen des de perspectives molt diverses, tal i com es va posar de manifest en les resolucions contradictòries de la DGSJFP i la DGDEJM quant a la legitimació per a decidir sobre la inscripció d'una compravenda subjecta a condició resolutòria. En aquest supòsit, l'Audiència de Barcelona va donar la raó a la primera, emparant-se en la interpretació que la STC 4/2014 va donar a l'art. 1 de la Llei 5/2009, de 28 d'abril, que continua formalment vigent, perquè el recurs contra el mateix

es va inadmetre. En canvi, l'Audiència Provincial de Lleida, en un cas en què el recurs era igualment «mixt», va defensar la competència de la DGDEJM. També aquesta decisió era posterior a la STC 4/2014. Si es manté l'actual disparitat de criteris, juntament amb la manca de col·laboració d'institucions que es detecta en alguns procediments, no serà estrany que es continuïn produint indesitjables escenaris de resolucions contradictòries sobre el mateix assumpte.

La recerca que ha precedit l'elaboració d'aquest treball no ha estat senzilla i, tal i com s'ha indicat en la nota d'agraïment, no hauria estat possible sense el suport de persones concretes directament vinculades a la resolució de recursos governatius per part de la DGDEJM. Les cerques als portals de referència proporcionen resultats incomplets i no sembla que hi hagi establert un canal de comunicació dirigit als registradors, de manera que tampoc no es produeixen comentaris sistemàtics a aquestes decisions judicials. Serveixi aquesta publicació com a repositori d'algunes d'elles.

Llibre sisè del Codi Civil de Catalunya

La primera experiència en l'aplicació judicial del nou llibre sisè del Codi civil de Catalunya

Jordi Seguí Puntas
Magistrat

Sumari

Consideracions preliminars

1. El contracte de compravenda

- 1.1. Règim normatiu aplicable
- 1.2. Elements essencials del contracte. El preu
- 1.3. Elements accidentals del contracte. Les arres
- 1.4. Lliurament del bé
- 1.5. Manca de conformitat
- 1.6. Avantatge injust
- 1.7. Lesió en més de la meitat
- 1.8. Previsió de finançament per tercer

Consideracions preliminars

És prou sabut que la competència de la Generalitat de Catalunya per a *conservar, modificar i desenvolupar* el dret civil de Catalunya (arts. 149.1, 8^a CE i 129 EAC) es va traduir en un primer moment en la integració de la Compilació de l'any 1960 en l'ordenament jurídic català mitjançant la Llei 13/1984, del 20 de març, alhora que s'aprofitava per adaptar-la als principis constitucionals.

Més endavant, es va optar per anar promulgant lleis especials reguladores d'aspectes molt concrets. En son exemple, en matèria contractual, les lleis 23/2001, 2/2005 i 1/2008 reguladores respectivament de la cessió de finca a canvi de construcció futura, dels contractes d'integració i dels contractes de conreu. És indubtable però el risc que aquesta tècnica comporta per a la coherència i claredat de l'ordenament civil.

A banda dels precedents en matèria de successions i del dret de família que van significar les lleis 40/1991 i 9/1998, és a partir de la Llei 29/2002, del 30 de desembre, primera llei del Codi civil de Catalunya, que el legislador català aprofundeix en la codificació del dret civil, aprovant l'estructura i contingut d'un *codi obert*, que assegurï la coherència interna de l'ordenament i alhora amb la flexibilitat necessària per anar introduint les reformes que demandin les noves realitats socials o els imperatius de les directives aprovades per les institucions europees (això s'ha esdevingut darrerament amb la incorporació per via d'urgència al llibre sisè de les Directives (UE) 2019/770 i 2019/771 per mitjà del decret llei 27/2021).

La configuració del Codi civil de Catalunya (CCCat) com un *codi obert* propicia l'existència de buits en la regulació, que s'han d'anar omplint —segons que expressa el preàmbul de la primera llei del CCCat— en atenció al ritme que s'imposi el legislador «d'acord amb les circumstàncies socials i les necessitats del país», és a dir, en funció de la correlació de forces polítiques de cada moment.

En l'àmbit específic del llibre sisè son evidents les omissions absolutes de contingut que afecten dos dels tres títols que el componen, en concret, els relatius a les *disposicions generals* (títol I) i a les *fonts no contractuals de les obligacions* (títol III), mentre que el relatiu als *tipus contractuals* (títol II) només deixa buida de contingut una futura secció primera del capítol II dedicat als contractes sobre activitat aliena. El capítol comença amb la regulació en la secció segona del contracte de mandat, concebut com l'actuació del mandatari que gestiona «en nom i per compte del mandant» els afers jurídics que aquest li encarregui, quedant la secció primera *reservada* per a la regulació de les bases d'aquests tipus contractuals.

D'altra banda, la regulació de l'efecte en temps del llibre sisè continguda en les disposicions transitòries de la Llei 3/2017 evidencia una clara opció per la irretroactivitat del text codificat, com ho palesa que la nova regulació dels contractes de compravenda i de permuta només s'aplica als contractes conclusos a partir de l'1 de gener de 2018, data de l'entrada en vigor del llibre sisè (DF 9ª), mentre que els contractes de cessió de finca a canvi de construcció futura, els de conreu i d'integració, els aleatoris i els de finançament i de garantia constituïts abans d'aquella data s'han de seguir regint per les normes de les respectives lleis especials que els eren aplicables.

Aquesta opció legislativa s'ha traduït en la pràctica en una encara minsa aportació dels òrgans jurisdiccionals d'instància en la interpretació i aplicació de les normes del llibre sisè. En conseqüència, el tribunal de cassació en matèria de dret civil català tampoc no ha tingut ocasió de pronunciar-se respecte de la correcta interpretació de les normes del llibre dedicat a les obligacions i contractes.

No podem passar per alt la inèrcia apreciable en els tribunals que fa que un bon nombre de les reclamacions relacionades amb les característiques i qualitats del bé objecte d'una compravenda segueix inspirat en la regulació més que centenària del sanejament per vicis ocults dels articles 1484 a 1490 del Codi civil espanyol (CC), no obstant haver estat substituïda en el dret civil català des l'any 2018 pel nou paradigma de la no-conformitat, sense que massa sovint els tribunals activin l'imperatiu per a resoldre la controvèrsia en funció de les normes veritablement aplicable al cas, seguint el mandat del segon paràgraf de l'article 218.1 de la llei processal civil (LEC).

Inèrcia tant més inexplicable si tenim en compte que en el dret espanyol de consum —bona part de les demandes judicials es refereixen a contractes de consum— el concepte nuclear de la *conformitat* va ser introduït per la Llei 23/2003, de 10 de juliol, de garanties en la venda de béns de consum, que suposava la transposició a l'ordenament intern de la Directiva 1999/44/

CE, i que actualment es desenvolupa en el text refós de la Llei general per a la defensa dels consumidors i usuaris aprovat pel Decret legislatiu 1/2007, i modificat pel Decret llei 7/2021 (actuals articles 114-127 LGDCU).

1. El contracte de compravenda

El llibre sisè reforça la finalitat transmissora del contracte de compravenda per la via de proclamar que el venedor està obligat no a lliurar una cosa determinada —com expressa l'article 1445 CC— sinó pròpiament a «transmetre la titularitat del bé i dels seus accessoris» (arts. 621-1 i 621-9.1, c/), de manera que el lliurament del bé en les diverses modalitats que recull l'article 621-10 compleix la doble funció de mitjà de compliment d'aquella obligació i de *traditio* que comporta la transmissió i adquisició de la propietat o dels altres drets patrimonials segons la naturalesa del bé (art. 531-3).

Una altra transcendental innovació és la proclamació de l'*obligació de conformitat* (art. 621-9.1, b/), integrada per requisits d'ordre subjectiu i objectiu, recollint el nou paradigma introduït per la Directiva 1999/44/CE respecte de la compravenda de consum i generalitzant-lo a tota compravenda. Aquesta tendència s'ha intensificat amb la incorporació al dret civil català per mitjà del Decret llei 27/2021, del 14 de desembre, de les anomenades *twin directives*, la Directiva UE 2019/770 *de serveis digitals* i la Directiva 2019/771 *sobre compravenda de béns*.

I una tercera gran innovació consisteix en la regulació d'un sistema unitari de remeis del comprador i del venedor pel cas d'incompliment de les obligacions del contracte, amb el qual se supera definitivament el règim del sanejament pels vicis jurídics i els defectes ocults de la cosa venuda, amb la seva derivada jurisprudencial de l'incompliment essencial de contracte i la doctrina *alliud pro alio* iniciada amb la pionera sentència del Tribunal Suprem del 23 de març de 1982 i seguida darrerament, entre moltes altres, per les sentències del mateix tribunal 187/2019 i 368/2019.

No és casual que l'article 116 LGDCU vigent formuli taxativament la incompatibilitat entre les accions derivades de la conformitat i les «derivadas del saneamiento previstas en el Código civil».

1.1. Règim normatiu aplicable

Segons que s'ha avançat, la disposició transitòria primera de la Llei 3/2017 estableix que «Les normes del llibre sisè del Codi civil de Catalunya

que regulen el contracte de compravenda i de permuta s'apliquen als contractes conclusos a partir de l'entrada en vigor d'aquesta llei».

No obstant aquesta clara determinació legislativa, son nombrosos els litigis resolts seguint les regles del sanejament del codi civil espanyol tot i recaure sobre contractes de data posterior a l'1 de gener de 2018.

Així ho fa la SAP 2^a Lleida 655/2021, del 21 d'octubre, que jutja una compra entre particulars d'un vehicle de segona mà. L'Audiència desestima el sanejament perquè els defectes no fan impròpia la cosa *ex art.* 1484 CC. En sentit molt semblant, la SAP 4^a Barcelona 351/2020, del 12 de desembre, aborda la venda d'un cotxe de segona mà per una empresa a un particular, i acull l'acció *quanti minoris* promoguda pel comprador amb invocació de l'art. 1484 CC. I també la SAP 19^a Barcelona 381/2022, del 16 de juny, que aplica la doctrina de l'incompliment de contracte *ex art.* 1101 CC (doctrina *alliud pro allio*) en la venda d'un immoble amb tèrmits.

Fins i tot, la SAP 19^a 616/2022, del 25 de novembre, desestima l'acció de sanejament promoguda pel comprador d'un vehicle a motor en virtut d'un contracte del juny de 2018 per manca de prova dels defectes en els termes dels articles 1484 i 1486 CC, per bé que en un fonament anterior es fa servir una norma del dret català codificat, en concret, l'article 122-3.2 CCCat segons el qual la caducitat no és apreciable d'ofici en les relacions jurídiques disponibles, com era el cas.

El punt d'inflexió determinant de l'aplicació del llibre sisè als contractes de compravenda i de permuta és el de la seva *conclusió* (conclus de voluntats sobre el bé i el preu), amb independència de la data de la consumació per mitjà del lliurament del bé, de la transmissió de la titularitat i del pagament del preu.

Així ho determina la SAP 16^a Barcelona 376/2022, del 22 de juliol, en referència a una compravenda immobiliària conclusa el novembre de 2017 per mitjà d'un anomenat *contracte d'arres penitencials* que en realitat amagava una compravenda obligatòria en els termes de l'article 1450 CC, elevat a escriptura pública el següent mes de gener.

No és raó suficient per deixar d'aplicar el Codi català el fet —massa freqüent a la pràctica— que el títol jurídic invocat a la demanda consisteixi en les accions del sanejament o de l'incompliment essencial de contracte del Codi espanyol, tota vegada que la llei processal civil concilia el principi dispositiu i la regla *iura novit curia* amb la determinació que els tribunals han de resoldre la controvèrsia sotmesa a la seva consideració sense anar més enllà de la narració de fets i dels fonaments de dret —ambdós elements integren la *causa petendi*— que les parts hagin volgut fer valer, però seguint

«las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes» (arts. 216 i 218.1 LEC).

El Tribunal Suprem en la sentència 592/2010, del 8 d'octubre, ja va advertir que «la inalterabilidad fáctica y la previsibilidad de calificación jurídica, que entra en el ámbito del *iura novit curia*, alejan cualquier asomo de efecto sorpresivo que pudiera justificar la alegación de indefensión».

A partir d'aquestes consideracions, la SAP 16^a Barcelona 74/2023, del 21 de febrer, estableix que l'acció de reducció del preu de la compra d'un immoble situat a Catalunya conclosa l'any 2019 s'ha de resoldre en atenció als *remeis* que el CCCat posa a disposició del comprador que al·lega —i prova— la manca de conformitat del bé.

També la SAP 1^a Barcelona 594/2021, del 15 d'octubre, fa una aplicació imperativa del llibre sisè a una compravenda immobiliària conclosa el gener de 2018; en congruència, refusa l'al·legació de caducitat de l'acció formulada pel venedor demandat a l'empara de l'article 1490 CC, per bé que aquest pronunciament també descansa en els articles 465.1 LEC i 122-3.2 CCCat ja que l'al·legació fou introduïda de manera sorprenent en la segona instància.

La SAP 4^a Barcelona 580/2021, del 27 d'octubre, també fa una aplicació adequada del règim del codi català en matèria de no-conformitat respecte de la compra d'una «*casa a reformar*» conclosa l'any 2018.

Per exclusió, un contracte de compravenda entre particulars conclòs abans de l'entrada en vigor del llibre sisè haurà de ser enjudiciat des de l'òptica del sanejament o de l'incompliment de contracte del Codi civil espanyol, ja que el contracte no resta sotmès al codi català per raó de transitorietat ni a la LGDCU o al Codi de consum de Catalunya (Llei 22/2010) atesa la qualitat dels contractants.

Es pronuncia en aquest sentit la SAP 2^a Lleida 798/2021, del 23 de desembre, respecte de la compra d'un vehicle de segona mà.

La SAP 11^a Barcelona 602/2022, de l'1 de desembre, resol un supòsit anàleg en el mateix sentit, i conté uns raonaments interessants en la perspectiva dels articles 621-38.2 i 621-40.1,a/ CCCat si fossin hipotèticament aplicables, ja que la substitució de la part del bé no conforme (la caixa de canvis del vehicle) tenia un cost molt rellevant en comparació amb el preu global de l'operació (5.166 € enfront 9.000 €).

A partir de l'eficàcia territorial i de la preferència del dret civil de Catalunya (arts. 111-3 i 111-5 CCCat), l'aplicació del dret català de contractes dependrà de la concurrència d'algun dels punts de connexió previstos per l'article 10.5 en relació amb els articles 12.6 i 16.1 CC per resoldre els conflictes de lleis interregionals.

En cas que el conflicte suscitat presenti una vessant internacional caldrà resoldre'l en atenció a les pautes del Reglament (CE) 593/2008, del 17 de juny, sobre la llei aplicable a les obligacions contractuals (Roma I), bo i entenent que si el contracte cau sota l'òrbita de la Convenció de l'ONU sobre la compravenda internacional de mercaderies de 1980, aquesta llei esdevé aplicable en la mesura que no hagi esta exclosa pels contractants.

El criteri de llibertat d'elecció de la norma aplicable que presideix Roma I (art. 3) pot fer que el dret civil català sigui aplicable a una compravenda internacional, sense necessitat que aquest dret guardi cap tipus de connexió amb el negoci o les parts.

No ha de resultar estranya la coexistència en una mateixa demanda de la normativa reguladora de la compravenda en el dret civil català o espanyol i de la normativa sectorial de tutela de la persona consumidora en matèria de garanties en el tràfic jurídic de béns i productes de consum. L'aplicació conjunta dels dos règims jurídics no hauria de suscitar problemes d'integració de normes, i més quan tant el CCCat com la LGDCU han complert l'imperatiu d'harmonització plena que presideix la Directiva 2019/771 i que en cas de dubte s'ha d'optar per la norma més favorable a la persona consumidora.

Com a criteri orientatiu en aquest apartat de determinació del règim normatiu aplicable, pot valer el de l'article 6.2 Roma I segons el qual, respecte dels contractes de consum del seu àmbit d'aplicació, s'ha de comparar la protecció dispensada al consumidor per la llei elegida per les parts amb la que li proporcionaria la llei de la seva residència habitual.

Val a dir que la STJUE de 9 de març de 2023 (assumpte C-177/22) ha donat resposta a la qüestió prejudicial plantejada d'un tribunal austríac, aclarint que el concepte de *consumidor* a què es refereix l'article 17.1 del Reglament 1215/2012, relatiu a la competència judicial, al reconeixement i a l'execució de resolucions judicials en matèria civil i mercantil (*Brussel-les I refós*), s'ha d'establir atenent amb caràcter preferent les finalitats actuals o futures que persegueix el comprador amb el contracte en qüestió, amb independència de l'activitat professional que desenvolupi, sense que un vincle marginal i per tant *insignificant* de l'activitat professional del comprador amb el contracte sigui suficient per privar-lo de la condició de consumidor. Aquestes precisions del tribunal europeu encaixen sens dubte en el concepte funcional de comprador-consumidor acollit per l'article 621-2.1 CCCat que atén al *propòsit principal* perseguit pel comprador.

A tall d'exemple, la SAP 13^a Barcelona 136/2022, de l'onze de març, estima l'acció de danys i perjudicis (cost de la reparació) plantejada pel

comprador d'un vehicle de segona amb aplicació exclusiva de la LGDCU, sense fer menció del CCCat (la demanda invocava l'art. 1101 CC), prèvia constatació de la manca de conformitat (defecte de la bomba de pressió no imputable a la fatiga del material) i de la oportuna comunicació de l'avaria pel comprador a l'empresa venedora.

També es pronuncia així la SAP 2^a Lleida 527/2022, del 29 de juliol, en una compravenda d'un motor de segona mà.

Un altre àmbit de conflicte de lleis por sorgir amb les compravendes mercantils, caracteritzades per l'ànim de lucre en la revenda (art. 325 CCom).

La SAP 1^a Barcelona 647/2021, del 8 de novembre, qualifica de mercantil la compra d'un vehicle de segona mà concloua l'any 2019 per una societat mercantil a un particular per destinar-lo a la revenda, i fa una aplicació estricta de la caducitat de l'acció de sanejament «fundada en los vicios internos de la cosa vendida» (art. 342 CCom) en vista que els defectes del motor eren de fàcil apreciació.

1.2. Elements essencials del contracte. El preu

L'article 621-5.1 CCCat admet una indeterminació *ab initio* tant del preu com dels mitjans per a determinar-lo, per bé que tot seguit, en coherència amb la configuració del preu com un element essencial del contracte (art. 621-1), expressa que en aquest cas «s'entén que el preu és el generalment cobrat en circumstàncies comparables, en el moment de la conclusió del contracte i amb relació amb béns de naturalesa similar».

La STC 132/2019, que avalua la constitucionalitat del llibre sisè, sosté que la regla esmentada s'ajusta a les bases de les obligacions contractuals integrades —en la matèria que ens ocupa— pels articles 1447-1449 CC, atès que en l'article 621-5.1 CCCat «no se prescinde del precio, sino que se opta por establecer un criterio de fijación subsidiario para el caso de que las partes nada hayan pactado o exista desacuerdo entre ellas» (FJ 7).

En l'àmbit específic del comerç de productes agrícoles (fruita) entre empreses, la SAP 2^a Lleida 175/2022, del 4 de març, admet que la fixació del preu segons el sistema anomenat *de resultes* s'ajusta a la Llei estatal 12/2013, del 2 d'agost, de mesures per a millorar el funcionament de la cadena alimentària, la qual estableix que el contracte alimentari, del que se n'exclouen les operacions amb el consumidor final, ha de indicar el preu, «con expresa indicación de todos los pagos, incluidos los descuentos aplicables, que se determinará en cuantía fija y/o variable, en función

únicamente de factores objetivos, verificables, no manipulables y expresamente establecidos en el contrato, que en ningún caso puedan ser manipulables por el propio operador u otros operadores del sector o hacer referencia a precios participados».

Raona la sentència que «este es uno de los sistemas más utilizados en el sector hortofrutícola de Lleida para fijar los precios de la fruta e implica que el productor entrega la fruta a la empresa comercializadora y, una vez esta última realiza la venta a terceros, emite la correspondiente liquidación al agricultor; en esta liquidación se parte del precio medio de venta que se ha obtenido, del que se deducen gastos como los de frigoconservación, manipulación, almacenaje, envasado o transporte, así como el margen comercial de la comercializadora. A la hora de liquidar el precio, hay tener en consideración también la calificación de la categoría o calidad de la fruta que se determina a través de una actividad de muestreo o escandallo cuando se entrega por el productor a la central comercializadora».

No sembla que hi hagi cap impediment per considerar que el règim de venda *a resultes* propi dels contractes alimentaris és vàlid a la llum de la regulació catalana del contracte de compravenda, ja que no contradiu la regla segons la qual qualsevol augment del *preu acordat* requereix el consentiment exprés del comprador. Cal fer notar que l'article 85.10 LGDCU consent que el venedor es reservi la facultat de «aumentar el precio final sobre el convenido», sempre que ho faci en virtut de raons objectives i que el preu final no sigui molt superior al convingut inicialment.

La conclusió és diferent respecte de les operacions de consum, ja que en aquestes la norma catalana només permet que si, per la naturalesa dels béns, el *preu total* no es pot calcular abans de la conclusió del contracte, es faci posteriorment sempre que el venedor hagi informat «de la manera com es determina» (art. 621-5.5). La mera indeterminació del càlcul del preu total és ben diferent de la manca absoluta de determinació inicial del preu.

1.3. Elements accidentals del contracte. Les arres

La regulació de les arres en l'article 621-8 CCCat parteix de la distinció radical entre les confirmatòries, senyal de conclusió del contracte i a compte del preu de l'operació (s'entén que ho és el lliurament d'una quantitat de diners pel comprador al venedor), i les penitencials, que exigeixen pacte exprés i que poden ser objecte de dipòsit davant notari i de constància en el Registre de la Propietat.

Quant als efectes, la norma esmentada vincula amb total coherència les arres penitencials amb el *desistiment* del contracte (queda superada així la menció a la *rescissió* del contracte de l'article 1454 CC) i per via indirecta —sense referir-s'hi— aclareix que les arres penals connecten estrictament amb la responsabilitat per l'incompliment de contracte (art. 1152 CC).

Vegem algunes resolucions judicials significatives en la matèria.

1.3.1. *Reserva de compra d'una finca rústica (SAP 11^a Barcelona 20/2022, 12 de gener)*

El supòsit de fet sorgeix amb el contracte de *reserva* de compra d'una finca rústica subscrit l'any 2018 entre una societat mercantil interessada en la compra i l'agent immobiliari que actuava en representació dels propietaris venedors en virtut d'un mandat exprés de venda amb exclusiva que el facultava per a representar-los «en cuantas gestiones deba de realizar en la operación de comercialización y venta de la finca». Va fixar-se un preu de 60.000 euros, del quals el comprador en va satisfer un 10 % en concepte de *reserva*, mentre que la resta del preu s'havia de pagar el dia de l'escriptura. Per mitjà d'un document subscrit per les mateixes parts setmanes més tard es va pactar que la compravenda «estará supeditada a la obtención de los derechos de plantación de viña, de 5,4426 Has, propiedad del vendedor de la finca inicial», i es va modificar el pacte de devolució de la quantitat lliurada com a reserva, en el sentit que obligava el venedor no només quan no pogués fer-se la compravenda «por algún motivo documental de la finca», sinó també pel cas que «por cualquier motivo no se pudiese realizar la compraventa».

Poc després el venedor va comunicar al comprador les condicions que fixava l'Administració per a la transmissió dels drets de cultiu de la vinya i l'emplaçava a comparèixer a la notaria en una data determinada per a firmar l'escriptura. El comprador no hi va comparèixer.

La sentència acull l'acció de restitució del preu de la *reserva* en considerar legítim el desistiment del comprador, tot raonant (i) «la interpretación de la expresión “cualquier motivo” no deja lugar a dudas de que la compradora podía desistir de la compra en cualquier momento, más en este caso en que la transmisión del derecho de cultivo, si bien era posible, estaba sujeta al cumplimiento de una serie de condiciones cuya ejecución no dependía en absoluto de la parte compradora, sino que obligaba a la parte vendedora a plantar las viñas para esperar después un plazo y poder transmitirlo al nuevo propietario», i (ii) que no s'acredita una extralimitació de l'agent immobiliari en l'exercici del mandat conferit pels propietaris per a la gestió

de la venda, puix que el mandat incloïa «cuantas gestiones deba de realizar en la operación de comercialización y venta de la finca».

Val a dir que la sentència no invoca cap altre fonament jurídic que els criteris legals d'interpretació dels contractes (arts. 1281-1289 CC), sent així que el contracte es va concloure indiscutiblement sota la vigència del llibre sisè i la controvèrsia afectava qüestions relatives al pacte d'arres i a una possible extralimitació del mandatari.

Quant a la caracterització de les arres sembla que en el cas enjudiciat hi concorria certament la qualitat de confirmatòries (les parts les configuren clarament com a part del preu global), però no pas la de penitencials, ja que en cap cas s'autoritza al comprador a apartar-se discrecionalment del contracte, sinó que la previsió de devolució de la *reserva* es vincula a la impossibilitat de dur a terme l'operació per qualsevol motiu, la qual cosa evoca una condició resolutòria del contracte per raons alienes a la mera voluntat del comprador. Ho avala que la pròpia sentència declari provat que l'adquisició dels drets de cultiu de la vinya formava part essencial del contracte, de manera que acaba vinculant el que anomena *desistiment* del comprador amb les condicions imposades per l'Administració per autoritzar la transmissió dels dret a l'explotació de la vinya.

Les consideracions precedents connecten amb l'al·legació d'extralimitació del mandatari feta valer pels venedors demandats. Es tracta d'una al·legació que hauria pogut donar peu a alguna de les hipòtesis excepcionals de vinculació del mandant a l'actuació extralimitada del mandatari que preveu l'article 622-22.1, si no fos perquè hi havia prova suficient que els venedors van ser plenament conscients que la compra incloïa de manera indestriable l'adquisició dels drets a la vinya, de manera que la novació del contracte acceptada per l'agent immobiliari en aquest sentit havia de considerar-se ratificada pels seus mandants.

1.3.2. Compravenda d'immoble amb arres penitencials (SAP 1^a Girona 526/2022, 15 de juliol)

En un conveni privat entre particulars celebrat l'any 2019 anomenat *contracte d'arres* es pacta la venda d'un immoble per un preu de 390.000 euros, dels quals els compradors en van satisfer 60.000 en aquell moment, quedant ajornat el pagament de la resta del preu a la data de l'escriptura.

L'estipulació segona del contracte deia a la lletra: «Los compradores están en proceso de constitución de una entidad mercantil que será la que muy probablemente realice la compra de la finca. En el caso de que llegada la fecha de formalizar la escritura de compra-venta no hubiera completado el trámite de su constitución, el retraso por esta causa producido, no se considerará incumplimiento de los compradores a los efectos de lo que se indica en el pacto séptimo y, por lo tanto, no será de aplicación lo que en ese pacto se establece en cuanto a las arras penitenciales. Completado el proceso de constitución de la entidad mercantil citada, se procederá a la formalización de la escritura de compra-venta de la finca».

Després de diverses pròrrogues de la data d'atorgament de l'escriptura, els venedors no van comparèixer a la notaria, frustrant així la consumació de la transmissió.

Tot i no fer esment a l'article 621-8 CCCat (tampoc a l'article 1454 CC), l'Audiència acull la pretensió dels compradors de devolució doblada de les arras, en considerar que la part venedora no va voler fer efectiu el lliurament de la finca: «la parte vendedora no quiso entregar la posesión de la finca y, ello, constituye el incumplimiento de la obligación esencial del vendedor cual es la entrega de la cosa vendida».

La sentència suscita en primer lloc la clàssica qüestió de la inexistència d'un contracte autònom d'arres, ja que aquest pacte sempre és accessori d'un contracte principal. No obstant la denominació de *contracte d'arres* ens trobem davant d'un veritable contracte de compravenda ja que els seus elements essencials —el bé i el preu— s'havien determinat plenament.

I també suscita la paradoxa de comprovar que, no obstant haver convingut explícitament els contractants un pacte d'arres penitencials, el raonament fet servir per la sentència al·ludeix a un *incompliment* dels venedors, quan la incompareixença d'aquests a la notaria té el significat més *natural* d'un desistiment del contracte per al qual estaven facultats.

Sense el pacte d'arres penitencials, la incompareixença dels venedors integraria efectivament un incompliment de l'obligació de lliurament del bé, de caràcter essencial en privar absolutament l'altra part d'allò a què tenia dret segons el contracte, i que facultaria els compradors a promoure els remeis escaients (compliment específic o resolució), per bé que una eventual indemnització de danys i perjudicis exigiria l'oportuna acreditació (no es podria pretendre sense més raonament la devolució doblada d'allò avançat a compte del preu).

1.3.3. Compravenda d'habitatge amb arres penitencials. Responsabilitat del mandatari del venedor (SAP 1^a Girona 307/2020, 27 de febrer)

Es debaten les conseqüències de la frustració d'un anomenat *document d'arres* penitencials de l'any 2018 per virtut del qual la societat propietària d'un habitatge, representada per un mandatari professional, s'obligava a vendre'l a una persona física.

Atès que el lliurament de la finca no va tenir lloc en el termini previst (l'habitatge estava ocupat per tercers i la propietària no va poder desnonar-los a temps), fins el punt que la venedora va tornar a la compradora les quantitats satisfetes (9.800 € en concepte d'arres i 500 € com a preu), aquesta va demanar l'abonament del doble de les arres.

La sentència, després de ressaltar que en puritat no existeix el *contracte d'arres* (fa esment a la regulació dels articles 1454 CC i 621-8 CCCat), desestima la reclamació de la compradora pel simple fet que s'adreça contra la comercialitzadora de l'immoble i no contra la societat propietària, que és l'única obligada pel contracte («Que SOLVIA comercializara la finca, quien redactara el contrato y lo firmara, no la convierte en vendedora y, por lo tanto, el responsable en la devolución de las arras, como parte del precio, es de la vendedora, no del que actúa en su representación»).

Apreciada la manca de legitimació passiva de la comercialitzadora demandada, la sentència es limita a apuntar que en un altre litigi s'haurà de valorar si el desistiment de la venedora es va ajustar al contracte i si les arres s'havien de retornar simples o doblades.

La part demandant obre extemporàniament en la segona instància una nova perspectiva de la controvèrsia (és una qüestió nova que no pot ser valorada pel tribunal per imperatiu de l'article 456.1 LEC), quina és la hipotètica responsabilitat autònoma de la comercialitzadora per l'incompliment enfront del consumidor de les obligacions d'informació que li imposa l'article 231-5 del Codi de consum de Catalunya.

Aquesta hipotètica responsabilitat connectaria amb el deure del mandatari que exerceix professionalment l'activitat «d'actuar amb la diligència professional corresponent» (art. 622-27.2). Més concretament en el cas dels agents immobiliaris amb les mencions obligatòries que ha de reunir tota oferta per a la venda d'habitatges i que enumera l'article 60 de la Llei 18/2007, del dret a l'habitatge.

En el cas de la sentència objecte de comentari, no hi hauria responsabilitat de la comercialitzadora atès que la frustració de l'operació fou imputable

exclusivament a la impossibilitat del propietari de fer efectiu el lliurament de l'immoble.

1.4. Lliurament del bé

El venedor ha de lliurar el bé *sense dilació indeguda* si no s'ha pactat un termini o si no es pot determinar el moment de lliurament d'una altra manera, segons que disposa el primer apartat de l'article 621-13 CCCat. L'apartat 2 precisa que en la compravenda de consum el venedor ha de lliurar el bé *sense demora indeguda* i en un termini de trenta dies des de la conclusió del contracte, llevat de pacte en contra.

Aquesta regulació és un exemple paradigmàtic de l'aposta del legislador català per una regulació unificada del contracte de compravenda amb l'establiment d'una regla general i d'una d'especial i imperativa per a l'operació de consum.

El moment del lliurament és decisiu per a determinar un eventual incompliment del venedor i també per a l'atribució dels riscos (arts. 621-17 i 621-18).

La reforma duta a terme pel Decret llei 27/2021 eixampla l'àmbit obligacional en aquest apartat del contracte quan l'objecte de la venda és un bé amb elements digitals, ja que en aquest cas l'obligació del venedor s'estén al subministrament de les actualitzacions necessàries per a mantenir el bé en conformitat, fins el punt que si el comprador no les instal·la, les actualitzacions, aquell queda exonerat de responsabilitat per la manca de conformitat que sobrevingui (arts. 621-20.6 i 621-21.2).

1.4.1. Compravenda de bicicleta (SAP 1^a Girona 244/2021, 14 d'abril)

En una compravenda d'una bicicleta concertada el juliol del 2018 i conclosa el mes següent (el comprador va introduir alguna personalització en el model estàndard), cinc mesos més tard l'empresari venedor encara no havia lliurat el bé al comprador particular.

La sentència aprecia un incompliment greu del venedor tot raonant que els problemes de producció del fabricant no poden oposar-se al comprador i que, no havent-se fixat termini per al lliurament, el transcurs de cinc mesos constitueix una *demora indeguda* en la perspectiva de l'article 621-13.2. En conseqüència, accepta la resolució de contracte promoguda pel comprador i la restitució del preu.

Ara bé, s'havia acreditat que la demanda judicial del comprador es va interposar abans que transcorreguessin 30 dies d'un requeriment —el

sentit del qual no consta— adreçat al venedor i també que aquest li havia ofert una bicicleta de substitució mentre no arribés la específica que era objecte del contracte.

Aquest conjunt de circumstàncies hauria pogut obrir la porta a una solució d'altre signe en atenció a la regla prevista en l'apartat 3 de l'article 621-13, també aplicable a les vendes de consum, que mira de preservar el contracte mitjançant la concessió al venedor d'un *termini addicional* de compliment adequat a les circumstàncies (*termini suplementari* en paraules de la Convenció de Viena), dintre del qual és encara factible el compliment, amb exclusió mentrestant de tota pretensió resolutòria (art. 621-42.2), sent així que en el cas enjudiciat la botiga venedora en absolut es negava al lliurament de la bicicleta ni hi concorria un termini essencial.

1.4.2. Retard en la instal·lació d'una cuina domèstica (SAP 14^a Barcelona 449/2022, 22 de juliol)

En una compravenda de consum que obligava al professional venedor a transportar i a instal·lar una cuina amb tot l'equipament en l'habitatge de la compradora, la instal·lació es va culminar amb cinc mesos de retard sobre la data prevista.

L'instal·lador al·lega problemes logístics, òbviament no imputables a la compradora, i no acredita els suposats entrebancs que hauria posat aquesta.

La sentència acull —amb citació de l'art. 1101 CC i no de l'article 621-37.1,e/ CCCat— la reclamació d'indemnització dels danys i perjudicis causats a la unitat familiar de la compradora (4 persones), tot raonant que la privació de l'ús de la cuina domèstica durant un llarg període de temps constitueix per si mateix un perjudici patrimonial (*re ipsa loquitur*), en la determinació quantitativa del qual aplica un criteri flexible a fi d'incloure-hi les pèrdues de temps motivades pels diversos intents frustrats d'instal·lació, els àpats en restaurants i altres.

1.5. Manca de conformitat

1.5.1. Requisits subjectius i objectius

El concepte bàsic de *conformitat del bé al contracte* s'omple de contingut per la conjunció —inseparable, llevat de pacte en contrari, inoperatiu en les vendes de consum— de requisits d'ordre subjectiu (quantitat, qualitat, tipus, prestacions i ús pactats) i requisits de caire objectiu (fins als quals

es destinen normalment béns del mateix tipus; característiques que el comprador pot raonablement esperar atesa la naturalesa del bé).

La introducció d'aquests segons requisits constitueix la veritable novetat de la norma comunitària incorporada als ordenaments interns.

Un cas paradigmàtic el trobem a la SAP 1^a Barcelona 594/2021, del 15 d'octubre, més amunt esmentada, que declara la no-conformitat d'un habitatge construït l'any 1982, reformat l'any 2016 i que en la data de la compravenda —gener de 2018— presenta deficiències en la xarxa de recollida d'aigües residuals que comprometen la salubritat de l'immoble. En conseqüència, condemna el venedor particular a reparar l'habitatge i a indemnitzar els compradors per les despeses sofertes en la comprovació de las deficiències de funcionament dels serveis de l'habitatge (art. 621-37, punts 1, a/ i 2).

Es interessant la sentència perquè estalona la no-conformitat en el supòsit lletra c/ de l'article 621-20.2 en la seva redacció originària, tot raonant que «la vivienda adquirida por los demandantes no tenía las cualidades y prestaciones habituales que el comprador podía esperar, porque no entra dentro de lo esperable que una vivienda, cuya fecha de construcción data de 1982, pero en la que se habían realizado reformas interiores de conservación y mejora recientemente, presentase una instalación de saneamiento con deficiencias tan graves que comprometiese la propia salubridad del inmueble. Se habían reformado totalmente la cocina y los baños».

Però també hi afegim dos apunts complementaris d'interès.

D'una banda, que la publicitat de l'agència immobiliària que va intervenir en l'operació feia esment a la reforma que s'havia dut a terme l'any 2016 («la vivienda está en perfecto estado para entrar a vivir sin necesidad de ningún tipo de obra», anunciava l'agència), de manera que aquesta inexacta afirmació publicitària a càrrec d'un tercer compromet al venedor *ex* art. 621-24.1 CCCat.

Així mateix, la sentència ressalta que la càrrega de la prova que els compradors coneixien les deficiències de la xarxa de sanejament de l'habitatge correspon al venedor demandat, per imperatiu de l'article 217.3 LEC en relació amb els articles 621-24.1 a/ i 621-25 CCCat.

1.5.2. Coneixement de la manca de conformitat

L'originari article 621-25.1 CCCat exonera de responsabilitat al venedor de la manca de conformitat que el comprador «conegui o que no podia raonablement ignorar» en el moment de concloure el contracte, llevat

dels casos d'ocultació dolosa, negligència greu o garantia expressa de la conformitat.

Així, un eventual coneixement pel comprador de la manca de conformitat en el moment de concloure el contracte no exonera en tot cas de responsabilitat el venedor, atès que aquest seguirà responent quan hagi incorregut en ocultació dolosa o negligència greu o hagi assumit la garantia expressa de la conformitat.

En la redacció originària de l'apartat 2 destinat en concret a la compravenda de consum, es deia que el venedor responia «sempre» de la manca de conformitat, amb l'única excepció que el comprador la conegués i l'hagués acceptada expressament. Aquesta norma suscitava el dubte de si en la compravenda de consum operava el supòsit de coneixement presumpte de la manca de conformitat pel comprador.

La nova redacció del punt 2 del que ara és l'article 621-26 introduïda pel Decret llei 27/2021 seguint la orientació de l'article 7.5 Directiva 2019/771, ha consistit a declarar que la norma de l'apartat 1 cal integrar-la amb aquella altra pròpia de la venda de consum, segons la qual els criteris objectius determinants de la manca de conformitat no operen «quan el venedor ha informat específicament, abans de la conclusió del contracte, que una determinada característica del bé s'aparta d'aquells requisits i el comprador ha acceptat la divergència, de forma expressa i per separat, en el moment de la conclusió del contracte».

En conseqüència, la l'apreciació en perjudici del comprador-consumidor del coneixement presumpte de la manca de conformitat objectivament configurada, haurà de descansar en la raonable constatació que el venedor no es trobava en condicions d'informar al comprador —usualment, per ignorància— d'una determinada divergència del bé respecte de les característiques comunes. En cas contrari, el seu silenci es podrà atribuir a una negligència greu, si no a una ocultació deliberada.

Altra cosa es que, amb fonament en l'article 386 LEC, pugui arribar a formular-se la presumpció que una rebaixa substancial del preu en el curs de la negociació obeeix al coneixement per ambdues parts del veritable estat de l'objecte del contracte.

Les sentències recaigudes fins ara que aborden la interpretació del primitiu article 621-25.1 (actual art. 621-26) se centren en la determinació dels pressupostos per a entendre que el comprador coneix la manca de conformitat del bé o que no podia *raonablement* ignorar-la.

La SAP 13^a Barcelona 504/2022, del 18 de novembre, examina una compravenda entre particulars d'un habitatge i arriba a la conclusió que

el comprador coneixia per raons de veïnatge (anys enrere havia residit en un altre habitatge del mateix edifici) la manca de conformitat consistent en l'obsolescència del sistema de climatització, i que va poder apreciar-la personalment (va visitar prèviament l'immoble acompanyat d'un arquitecte per tal de revisar les instal·lacions del pis).

A banda, la sentència reconeix la força vinculant de la clàusula convinguda per les parts en un anomenat *contracte d'arres*, previ a l'escriptura, segons la qual «la parte compradora declara conocer y aceptar el estado físico, de conservación y mantenimiento, la situación registral, jurídica, catastral, calificación urbanística, situación, usos y aprovechamientos urbanísticos de la finca, habiendo previamente procedido a la realización de las oportunas comprobaciones a su satisfacción y renunciando a cualesquiera reclamaciones relacionados con estos extremos».

La SAP 4^a Barcelona 580/2021, més amunt esmentada, considera que la compradora d'un immoble «no podia raonablement ignorar» les patologies estructurals que presentava quan l'oferta publicitària l'anunciava com a «casa a reformar», havent negociat la compradora amb l'assessorament d'un arquitecte de la seva elecció i havent-se previst al pacte d'arres anterior a la conclusió de l'operació que es demanaria un peritatge que establís l'estat immoble, del qual peritatge en va prescindir la compradora.

És molt semblant el supòsit que va donar lloc a la SAP 16^a Barcelona 74/2023, també esmentada: la societat compradora es dedica a la rehabilitació d'edificis, compta amb assessorament tècnic i féu visites reiterades a la finca gairebé centenària abans de la firma del contracte.

En canvi, la ja comentada SAP 1^a Barcelona 594/2021 no aprecia un coneixement de la manca de conformitat pel comprador ex 621-25.1 en atenció a un seguit d'indicis: son defectes no visibles; l'oferta publicitària de l'agent immobiliari deia que l'habitatge es troba «en perfecto estado para entrar a vivir»; el preu pagat és idèntic al de l'oferta.

En conclusió, del conjunt de resolucions judicials exposat se'n desprenen com a pautes interpretatives de l'actual article 621-26.1 CCCat que (i) el contingut de l'oferta publicitària feta pel mateix venedor o per un tercer —en l'àmbit immobiliari, generalment un professional de la intermediació— és determinant en la configuració d'allò que el comprador pot raonablement esperar atesa la naturalesa del bé, (ii) l'examen del bé abans de la conclusió del contracte per part d'un comprador pèrit en la matèria o mitjançant l'auxili de tècnics reforça la presumpció de coneixement cabdal de les qualitats i mancances del bé, (iii) les clàusules estereotipades que fan referència genèrica al coneixement pel comprador

de les característiques i estat del bé no són determinants per si soles, (iv) la càrrega de provar el coneixement pel comprador de les qualitats i altres característiques del bé va a càrrec del venedor.

1.5.3. Presumpció de manca de conformitat

La redacció primitiva del llibre sisè establia la responsabilitat del venedor per tota manca de conformitat que existís en el moment de la transmissió del risc (art. 621-23.1), afavorint la posició del comprador mitjançant la presumpció legal que la manca de conformitat manifestada en el sis mesos posteriors al lliurament del bé o a la completa instal·lació ja existia en aquell moment, llevat que això fos incompatible amb la naturalesa del bé (per exemple, béns peribles) o amb el tipus de manca de conformitat (per exemple, manipulació del bé o un fet extern posterior al lliurament). Però la presumpció només s'estenia a la compra de consum.

Atès que la Directiva 2019/771 (epígraf 45) autoritza els Estats a establir presumpcions *iuris tantum* de manca de conformitat de fins a dos anys, la reforma del llibre sisè duta a terme pel Decret llei 27/2021 estableix amb caràcter general una presumpció de manca de conformitat de dos anys, que es redueix a un any en les vendes de consum de béns de segona mà i s'estén a tota la durada del contracte en la compra de béns amb elements digitals de subministrament continuat (art. 621-24).

L'actual article 121.1 LGDCU (abans art. 123.1) recull la presumpció de manca de conformitat en aquests termes:

«Salvo prueba en contrario, se presumirá que las faltas de conformidad que se manifiesten en los dos años siguientes a la entrega del bien o en el año siguiente al suministro del contenido o servicio digital suministrado en un acto único o en una serie de actos individuales, ya existían cuando el bien se entregó o el contenido o servicio digital se suministró, excepto cuando para los bienes esta presunción sea incompatible con su naturaleza o la índole de la falta de conformidad.

En los bienes de segunda mano, el empresario y el consumidor y usuario podrán pactar un plazo de presunción menor al indicado en el párrafo anterior, que no podrá ser inferior al período de responsabilidad pactado por la falta de conformidad, de acuerdo con lo previsto en el artículo 120.1».

Precisament, les sentències dictades aquests darrers anys pels tribunals d'apel·lació de Catalunya fan aplicació de la normativa espanyola de consum en coherència amb el caràcter de l'operació de compravenda enjudiciada i amb les pretensions de les parts.

Així, la SAP 2^a Lleida 527/2022, del 29 de juliol, constata que el motor de segona mà destinat a un vehicle no era apte per aquest fi, i resol el contracte, prèvia afirmació de la concurrència de la presumpció de no-conformitat prevista a l'article 123 LGDCU, ja que els defectes de funcionament del motor van aparèixer poc després del lliurament del motor d'ocasió.

És saludable la invocació que fa la sentència en perjudici del professional venedor del principi de facilitat probatòria (art. 217.7 LEC), atès que el motor objecte del contracte es trobava en el seu poder i no va fer prova encaminada a demostrar —com afirmava— que la manca de funcionament era deguda a una incorrecta instal·lació del motor en el cotxe de la compradora a càrrec d'un tercer. Aquesta darrera apreciació connecta amb el supòsit d'exoneració del venedor per raó de la incompatibilitat de la presumpció amb el *tipus de manca de conformitat*, prevista tant en l'article 121.1 LGDCU com en l'article 621-24.1 CCCat.

Per la seva banda, la SAP 16^a Barcelona 301/2022, del 20 de juny, enjudicia la compra l'any 2018 d'un vehicle de segona mà per un particular a una societat mercantil, i no només nega l'apreciació en el cas de la presumpció de no-conformitat *ex* art. 123 LGDCU (l'avaría en la caixa de canvis apareix passats sis mesos des del lliurament) sinó que considera no acreditat que la manca de conformitat existia en la data del lliurament (pondera que el vehicle d'ençà el lliurament havia circulat més de 15.000 quilòmetres sense incidències).

Hi afegeix un apunt suggestiu des de l'òptica dels actes propis (art. 111-8 CCCat), en significar que la reparació esporàdica intentada pel venedor havia de ser entesa més com una conducta de finalitat comercial que no pas com un acte demostratiu d'una tàcita assumptió de responsabilitat.

1.5.4. Els remeis del comprador i del venedor

En coherència amb la superació del règim del sanejament que operava en paral·lel amb el d'incompliment de contracte (arts. 1101 i 1474 i ss CC), el llibre sisè estableix una regulació unificada dels remeis a disposició del comprador i del venedor en cas d'incompliment de les respectives obligacions, caracteritzada per la bilateralitat dels remeis i l'acumulació dels remeis compatibles.

En matèria de manca de conformitat, els imperatius de la Directiva 2019/771 han obligat el legislador català a suprimir la facultat de correcció a iniciativa del venedor —justificada en el principi de preservació del contracte— sempre que no hagués vençut el termini de compliment (primitiu art. 621-39).

Així, en l'actualitat, el comprador, un cop examinat o fet examinar per un tercer el bé lliurat, ha de notificar i descriure al venedor *sense dilació indeguda* qualsevol manca de conformitat del bé i triar entre la reparació o la substitució del bé, llevat que siguin procedents els remeis de reducció del preu o de resolució de contracte degut a (i) la manca de reparació/substitució del bé o la negativa a fer-ho, (ii) la reparació/substitució infructuosa, (iii) la gravetat intrínseca de la manca de conformitat.

Sense arribar a la jerarquització dels remeis que establí la Directiva 1999/44/CE, és innegable que el llibre sisè per imperatius del tràfic jurídic i de la preservació del contracte afavoreix el compliment específic en cas de no-conformitat.

En la redacció primitiva del llibre sisè el comprador perdia el dret a invocar la manca de conformitat en cas que no l'hagués notificat al venedor sense dilació (art. 621-28.2), en una solució que responia a una equilibrada ponderació dels interessos en joc i a les exigències de la bona fe i la honradesa en els tractes (art. 111-7). La Directiva 2019/771 diu expressament (epígraf 46) que deixa llibertat als Estats membres per a mantenir aquesta condicionalitat, però bé que els autoritza a suprimir-la si volen assolir un nivell superior de protecció del comprador-consumidor. Aquesta darrera ha estat l'opció del legislador català de 2021 justificada en la *coherència* del sistema, després de constatar que la Directiva 2019/770 prohibeix que l'exercici dels remeis del consumidor es supediti a la notificació de la manca de conformitat al subministrador dels continguts o serveis digitals. En contrapartida, s'imposa al comprador la responsabilitat pels danys i perjudicis derivats del retard en la notificació.

La solució recollida en l'actual article 621-29.2 pot generar efectes perversos, en aquells casos en què els perjudicis ocasionats al venedor pel retard en la comunicació de la manca de conformitat siguin notablement superiors al propi valor de la correcció o la substitució del bé (pensem en l'increment del cost de la reparació d'una màquina industrial derivat del seu indegut funcionament tot i la constància de la no-conformitat). No sembla prou pal·liatiu el fet que la pròpia Directiva 2019/771 (epígraf 49) i el llibre sisè també (art. 621-38.7) reconeguin el dret del venedor a negar-se al compliment específic si els costos que se'n deriven, inclosos el de transport, són desproporcionats respecte al benefici que n'obté el comprador, ja que en aquest supòsit el venedor es veurà comminat a rebre —per mor de la restitució de les prestacions derivada de la resolució— un bé probablement inservible, la qual cosa pot motivar al seu torn una gens

menyspreable reclamació de perjudicis enfront del comprador que no va comunicar a temps la manca de conformitat.

Al capdavall, la Convenció de l'ONU sobre la compravenda internacional de mercaderies, antecedent normatiu inspirador de les regulacions vigents de la manca de conformitat, imposa al comprador l'obligació de notificar en un *termini raonable* tota manca de conformitat, perdent els drets (remeis) si no ho fa, per bé que se li obre una via d'escapament en la mesura que conserva el dret a demanar la reducció del preu i el rescabament dels danys i perjudicis —amb exclusió però del lucre cessant— si addueix una *excusa raonable* sobre el retard en la notificació (vegeu STS 398/2020, del 6 de juliol).

La reparació *in natura*

La SAP 16^a Barcelona 351/2022, del 21 de juliol, enjudicia una compravenda de l'any 2015 d'un vehicle de motor per un particular a un empresari. L'Audiència ratifica la condemna de fer imposada al venedor consistent en la instal·lació d'un mecanisme de seguretat contractat (*side assist*). És una modalitat de reparació *in natura* que fomenta el consum responsable i l'economia circular i que trobaria empara en l'article 621-20.1, a/ si hagués estat aplicable.

L'empresari venedor qüestionava la viabilitat del compliment específic per considerar-lo desproporcionat, al·legació que el tribunal refusa fent esment a l'article 119.2 LGDCU en la redacció aplicable al cas. S'hi afegeix que s'hauria arribar a una solució idèntica si l'article 621-38.2 CCCat hagués estat aplicable, atès que el venedor no acreditava el cost desproporcionat de la reparació en comparació amb el que es derivaria del remei alternatiu (substitució del bé).

Resolució de la compravenda

La SAP 2^a Lleida 698/2021, del 9 de novembre, examina la pretensió de resolució del contracte de compravenda entre particulars d'un automòbil de segona mà (14 anys d'antiguitat) promoguda pel comprador en atenció a la manca de conformitat que origina un incompliment essencial (desgast del motor en el límit de la vida útil i consum excessiu d'oli) i després d'haver fet la preceptiva notificació, a l'empara dels apartats 2 i 5 del primitiu article 621-41.

La sentència no aprecia la concurrència de la manca de conformitat al·legada, degut a la insuficiència de prova sobre els defectes de funcionament del vehicle adduïts.

El contrast d'aquesta sentència amb la SAP 2^a Lleida 527/2022 comentada més amunt, evidencia que la determinació de les *qualitats i altres característiques que presenten normalment béns del mateix tipus i que el comprador pot raonablement esperar* presenta lògicament més dificultats en la compravenda de béns de segona mà que no pas en el tràfic de béns o productes nous, en els quals (i) la mostra o el model facilitat al comprador, (ii) o les normes tècniques de la indústria del sector o (iii) les manifestacions públiques publicitàries del fabricant o del venedor o d'un tercer autoritzat, han de permetre d'establir amb prou detall les *qualitats i altres característiques* del bé objecte de la venda.

Referma aquesta apreciació la SAP 2^a Lleida 638/2022, del 6 d'octubre, que aborda un supòsit en què el vehicle nou objecte d'una compravenda de consum feta l'any 2019 va patir en els mesos següents avaries reiterades i greus, fins el punt de justificar la resolució del contracte *ex art. 621-41.2 CCCat* en la redacció originària, ja que les avaries el feien inadequat per a la finalitat pretesa de servir de mitjà de transport.

En aquest cas el comprador demandant va acumular a l'empara de l'article 621-37.2 el remei de la resolució del contracte i el de reclamació de la indemnització per danys i perjudicis (preu de les reparacions dutes a terme), essent ambdós acollits.

La renúncia als remeis

La concordança entre els articles 111-6 i 621-2.2 CCCat, amb més raó encara després de la transposició de la Directiva 2019/771 que imposa una harmonització plena de les mesures correctores de la manca de conformitat amb què compta el consumidor, permet afirmar el caràcter renunciabile en la compravenda entre particulars dels remeis a disposició de les parts.

En són exemple les sentències AP 1^a Barcelona 227/2021, del 29 de març, i AP 16^a Barcelona 74/2023, més amunt comentada.

La primera refusa l'acció de rescabament de danys i perjudicis formulada pel comprador d'un habitatge en una compravenda entre particulars (cost del tractament contra el corc present a les bigues del forjat), atès que a l'escriptura hi figurava una clàusula que deia «*todos los comparecientes manifiestan su conformidad con el contenido íntegro de esta escritura de compraventa, renunciando a las acciones previstas en el Código Civil de Catalunya en caso de falta de dicha conformidad*». La sentència declara la validesa de la renúncia en no tractar-se d'un venda de consum.

I la segona sentència refusa el remei de reducció del preu fet valer per la societat mercantil compradora d'un edifici gairebé centenari amb greus

problemes de seguretat estructural a causa del deteriorament sever del fotjat primitiu compost de bigues de fusta, i que pensava sotmetre'l a una rehabilitació integral per destinar-lo a ús hotel·ler.

La desestimació de la pretensió descansa tant en el fet que el professional comprador *no podia raonablement ignorar* el dèficit de seguretat que presentava l'immoble (el va visitar prèviament en diverses ocasions amb el corresponent assessorament tècnic), com en la taxativa renúncia als remeis continguda en una de les estipulacions de l'escriptura: «la parte compradora presta su conformidad en cuanto al objeto vendido, sus características, precio y demás elementos a lo que se refiere los art. 621-10 y siguientes del C.C. Catalán, por lo que no cabe reclamación alguna por estos conceptos, según manifiestan los comparecientes» (*sic*). Hom ressalta que aquesta estipulació va més enllà d'una mera declaració estereotipada de coneixement de l'estat de l'immoble.

1.6. Avantatge injust

Una de les novetats del llibre sisè consisteix en la regulació de la figura de l'avantatge injust, en forma de mecanisme de rescissió de la compravenda per «evitar casos clars d'abús d'una de les parts envers l'altra, tot veïllant per la justícia de l'intercanvi», segons que expressa el preàmbul, a diferència de la figura secular del dret català de la lesió en més de la meitat que pretén donar solució a la concurrència d'un greu desequilibri de les prestacions.

Amb la denominació d'avantatge injust —o d'*explotació injusta*, com també l'anomenen de forma prou il·lustrativa diversos textos no imperatius de dret contractual europeu— es vol destacar que la figura descansa en el *benefici excessiu o avantatge manifestament injust* (element objectiu) que obté una de les parts a partir de la vulnerabilitat o la debilitat de l'altra (element subjectiu). No debades s'ha ressaltat la similitud de la nova figura amb la nul·litat del contracte de préstec per raó d'usura, en els termes que preveu l'article 1 de la més que centenària Llei de repressió de la usura del juliol de 1908, darrerament revitalitzada amb una jurisprudència ajustada a la realitat actual del mercat de crèdit de consum (vegeu SSTS 257/2023 i 258/2023, ambdues del 15 de febrer).

La SAP 11^a Barcelona 488/2021, del 22 de setembre, aborda una pretensió de rescissió i subsidiària d'adaptació del preu de la venda a la *pràctica contractual prevalent*, fundada en l'avantatge injust formulada pel venedor d'un immoble.

La sentència descarta que el simple veïnatge que havien mantingut d'antuvi els contractants origini la *dependència* a què es refereix l'art. 621-45; també refusa que el venedor fos incapaç per a preveure les conseqüències del seus actes, ja que s'acredita que tenia intenció de vendre de feia temps. En un altre aspecte descarta un benefici excessiu dels compradors, puix que la diferència entre el preu convingut i el de la taxació hipotecària més pròxima en el temps (300.000 i 431.000 € respectivament) es justifica per la necessitat d'obres de reforma en l'immoble.

Aquesta darrera consideració posada en relació amb la dualitat de l'element objectiu de la figura de l'avantatge injust (*benefici excessiu* o *avantatge manifestament injust*) i amb la contigüïtat amb la figura de la lesió en més de la meitat, fa que el requisit del *benefici excessiu* no pugui equiparar-se amb l'estricta discordança de les prestació que origina la rescissió per lesió (si fos així es buidaria de contingut l'article 621-46), sinó que té autonomia pròpia. Pot identificar-se amb una lesió inferior a la meitat ateses les circumstàncies subjectives concurrents (els supòsits específics de rescissió per lesió en més de la quart part que preveu l'article 1291 CC poden servir de referència) o bé amb un benefici patrimonial desvinculat del valor de les prestacions (per exemple, quan el comprador amb la revenda del bé obté uns guanys extraordinaris en atenció a un increment de valor que el venedor hauria d'haver conegut si no fos per la seva situació de ignorància o inexperiència).

De fet, els correctius que ha introduït el Tribunal Suprem a partir de la sentència de Ple 261/2015, del 13 de gener, a l'enriquiment de l'adjudicatari d'un immoble en una subhasta sense postors *ex art. 671 LEC* van en aquesta darrera línia. El Suprem ja admet que pot haver-hi enriquiment injust quan l'adjudicatari obté en la venda ulterior del bé una «*plusvàlua molt significativa*», i troba que aquest criteri és present en la reforma de la via de constrenyiment duta a terme per la Llei 1/2013, de protecció dels deutors hipotecaris, que introdueix un repartiment equitatiu de les plusvàlues a què doni lloc la revenda d'un immoble objecte de realització forçosa (nou article 579.2 LEC).

1.7. Lesió en més de la meitat

El llibre sisè del Codi civil català no només manté la figura de la rescissió per lesió fins aleshores regulada en la Complicació del dret civil de Catalunya (arts. 321-325) sinó que generalitza el seu àmbit d'actuació, ja que ara comprèn «el contracte de compravenda i els altres de caràcter

onerós», sense distingir si recauen sobre béns mobles o immobles o si transmeten el domini o altres drets sobre la cosa, i correspon a qualsevol dels contractants que rep una prestació el valor de mercat de la qual és inferior a la meitat del valor de mercat de la prestació al seu càrrec.

La SAP 16^a Barcelona 234/2020, del 25 de setembre, decideix un litigi en què l'hereva de la creditora en un contracte de pensió vitalícia (violari) a títol onerós n'instava la invalidació per una triple via: error-vici del consentiment, rescissió per lesió i la causa legal d'extinció de l'article 16.2 de la Llei 6/2000 (actual art. 624-7.2 CCCat).

S'acull l'acció rescissòria amb uns raonaments força suggeridors que, tot i estalonar-se en la normativa anterior al llibre sisè per raons temporals (el contracte de pensió vitalícia és de l'any 2017), segueixen sent vàlids en el moment actual atesa la coincidència de fons en les successives regulacions de la matèria.

En efecte, la sentència comença significant que, enfront la doctrina clàssica contrària a l'apreciació de lesió en l'equivalència de les prestacions en els contractes aleatoris (el violari, sens dubte ho és, i integra el capítol IV del títol II del llibre sisè juntament amb el contracte d'aliments), preval en el dret civil català la consideració com a rescindibles dels violaris amb causa onerosa. Així ho palesava l'article 321 de la Compilació quan restringia l'exclusió de la rescissió per lesió a «aquells contractes en els quals el preu o contra prestació hagi estat decisivament determinat pel caràcter aleatori o litigiós del que s'adquireix»; el llibre sisè es pronuncia en el mateix sentit quan expressa que la part contractual enfront de la qual es formula una acció rescissòria per lesió pot oposar que «el pretès desequilibri es justifica en el risc contractual propi dels contractes aleatoris» (art. 621-46.2).

En coherència, la sentència del TSJ de Catalunya 34/2006, del 18 de setembre, seguida per la STSJ 4/2008, del 14 de febrer, va declarar que l'aleatorietat en el violari a títol onerós es compatible amb «lo que se denomina equivalencia del riesgo, es decir, que ambas partes deben tener igual posibilidad de pérdida o ganancia a la conclusión del negocio».

Dit això, la sentència de l'Audiència analitza el context de l'operació (una dona desvalguda de 86 anys va transmetre a una societat mercantil el domini del seu habitatge valorat en 164.000 €, a més de dues places de pàrquing per un preu *irrisori*, a canvi de rebre una pensió de 900 €/m, que es satisfaria com a mínim durant 18 mesos encara que la transmetent morís abans, com així s'esdevingué ja que la dona va traspassar tot just 52 dies després del contracte), i prèvia constatació que la demandada ni tan sols al·legava un eventual ànim liberal de la creditora, arriba a la conclusió

que no quedava preservat el *mínim d'equitat contractual* exigible en els contractes aleatoris, en paraules de l'esmentada STSJ 34/2006.

Hom justifica aquesta manca d'equilibri en les prestacions en el fet que la creditora de la pensió havia superat la mitjana d'esperança de vida femenina en la data del contracte, de manera que era altament improbable que la pensió que havia de satisfer l'obligat (10.800 € anyals) arribés a un import equivalent a la meitat del valor de l'immoble objecte de la transacció (82.000 €).

En definitiva, s'aprecia la lesió que justifica la rescissió del negoci atenent als elements que fixa la doctrina del TSJ, que han de concorre lògicament en la data de conclusió del contracte: (i) la probable durada de la vida de la persona creditora de la pensió segons càlculs actuàrials o estadístics, i (ii) el valor econòmic de l'immoble transmès.

Un altre criteri que ofereix la STSJ 34/2006 per valorar la correspondència dels riscos de l'operació consisteix a calcular la quantia *equilibrada* de la pensió mitjançant la divisió del valor de la finca en quotes anuals, en funció de la vida probable del propietari de l'immoble cedit.

1.8. Previsió de finançament per tercer

Una de les *especialitats* de la compravenda d'immobles en el llibre sisè consisteix en la determinació que si el contracte preveu la necessitat de finançament per tercer el comprador, llevat de pacte en contra, pot desistir del contracte si justifica documentalment, en el termini pactat, la negativa de l'entitat de crèdit designada a concedir el finançament o a acceptar la subrogació del comprador en l'hipoteca que grava l'immoble, sempre que la denegació no derivi de la negligència d'aquest (art. 621-49).

L'especialitat es configura com una facultat legal que opera com a *element natural* del contracte de compravenda, ja que pot ser exclòs per les parts, sense distingir si son consumidores o no. Pressuposa que el contracte hagi previst el finançament de tot o part del preu per una entitat de crèdit determinada i s'activa quan el finançament es frustra per causes no imputables a la negligència del comprador, cas en el qual se l'autoritza a *desistir* del contracte. Les conseqüències pròpies de la invalidació *ex tunc* del contracte són (i) la restitució a càrrec del venedor del preu satisfet i, si fos el cas, de les arres penitencials, i (ii) l'obligació del comprador de deixar el venedor en la mateixa situació en què s'hauria trobat si no hagués conclòs el contracte (per exemple, rescabament de despeses a professionals).

La SAP 17^a Barcelona 454/2021, del 12 de novembre, no dona lloc a la reclamació pel comprador d'un immoble de la devolució de les quantitats satisfetes en concepte d'arres penitencials, amb l'argument que la figura de l'art. 621-49 CCCat no operava en aquella operació tota vegada que el contracte no havia previst la necessitat de finançament per tercer. La impossibilitat de trobar finançament és estrictament imputable al comprador, qui per tant no pot reclamar la devolució de les quantitats pagades en concepte d'arres penitencials.

Cal no confondre la figura de l'article 621-49 CCCat amb el supòsit en què les parts atorguen a la necessitat de finançament del comprador la qualitat de *condició suspensiva* del contracte.

És la hipòtesi que dona lloc a la SAP 19^a Barcelona 3/2022, del 13 de gener, la qual estima l'acció restitutòria formulada pel comprador a l'empara dels articles 1114 i 1117 CC (el contracte és anterior a l'entrada en vigor del llibre sisè) degut a que no va assolir el finançament bancari dintre del termini pactat per raons no imputables. Es tractava d'un contracte de compravenda amb pacte d'arres i el tribunal fa uns raonaments sobre el caràcter restrictiu de les arres penitencials *ex art.* 1454 CC i la manca de desistiment a càrrec del venedor —acorda només la restitució de la quantitat lliurada en concepte d'arres que qualifica de confirmatòries— que son del tot vàlides sota la llum del llibre sisè.

La facultat legal de desistiment és dispositiva segons que estableix l'article 621-49.1 CCCat.

Això explica la SAP 4^a Barcelona 419/2022, del 19 de setembre, que avalua un contracte de compravenda amb pacte d'arres penitencials sotmès a «las estipulaciones del Código Civil de Catalunya, y en concreto a su Libro Sexto relativo al contrato de compraventa» i que inclou una clàusula segons la qual «se pacta expresamente en virtud del artículo 621-49 del Código Civil Catalán, que la parte compradora, si bien precisará de financiación ajena, renuncia a los derechos que le son propios para el caso de no obtenerse la misma». La sentència aprecia la validesa d'aquesta darrera clàusula i refusa la pretensió del comprador de simple restitució —no doblada— de les arres, a més d'afegir que la prova demostrava que el comprador simplement havia desistit del contracte (el finançament bancari s'havia sol·licitat el mateix dia previst per a la formalització en escriptura de la venda).

Poden coexistir, per tant, el desistiment legal específic de l'article 621-49.1 i el desistiment pur derivat del pacte d'arres penitencials de l'article 621-8.2.

Una derivada singular de la previsió de finançament per tercer sorgeix de la interferència de vincles contractuals, d'una banda, entre les parts

d'una compravenda i, de l'altra banda, entre un d'aquests i l'intermediari immobiliari.

N'és una mostra paradigmàtica la SAP 19^a Barcelona 483/2022, del 30 de setembre, on conflueixen (i) un contracte de *promesa de venda* subscrit entre un particular interessat en la compra d'un habitatge i una societat mercantil dedicada a la intermediació immobiliària actuant en interès de la propietat, i (ii) un contracte de compravenda de l'habitatge firmat pocs dies després entre comprador i venedor. En el primer contracte s'acordà que l'operació quedava supeditada a la concessió de finançament al comprador per una societat mercantil pertanyent al mateix grup empresarial de l'agència intermediària.

El contracte de compravenda entre particulars va ser resolt per aquests mesos després una vegada constatat el fracàs de l'obtenció de finançament per tercer, amb restitució al comprador de la part del preu ja satisfeta (10.000 €) sense més deducció que una petita quantitat en concepte de compensació per les despeses sofertes.

El comprador reclama judicialment la devolució dels honoraris satisfets de l'agent intermediari (7.647 €). La sentència ho concedeix tot raonant que els successius contractes integraven una unitat funcional i que el conjunt de l'operació restava sotmès a condició resolutòria si fracassava el finançament de tercer; subratlla que la confusió a què podia donar lloc la literalitat dels contractes no pot beneficiar al professional de la intermediació autor de llur redacció (art. 1288 CC) i que la concessió del finançament havia d'anar a càrrec d'una empresa integrada en el mateix grup que l'intermediari immobiliari.

En qualsevol cas, el litigi revela (i) la profusió de casos en què hom pretén atorgar autonomia al pagament dels honoraris de l'agent intermediari a l'inici de l'operació a càrrec del comprador, quan aquest pagament ha d'imputar-se en principi al preu de la transmissió, ja que el client *natural* de l'intermediari és qui li ha fet l'encàrrec de venda, llevat del supòsit excepcional de retribució a càrrec de les dues parts que preveu l'article 55.6.i/ de la Llei del dret a l'habitatge, (ii) la necessitat de destriar clarament les obligacions de cadascun dels intervinents en una transmissió immobiliària quan l'intermediari —com és el cas— no es limita a desenvolupar la tasca de cerca de comprador, (iii) la utilitat de la regulació legal de l'*especialitat* del finançament per tercer atesa la freqüència de la previsió convencional de la necessitat creditícia de l'adquirent, propiciant aquest mecanisme legal una previsible i equitativa retroacció dels efectes del contracte.

Comunicacions

La reforma de la casación civil: efectos sobre la casación civil autonómica

José-Ramón García Vicente

Catedrático de Derecho civil.

Letrado del gabinete técnico del Tribunal Supremo

1.— El Proyecto de *Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia* (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso A, 97-1, 22 de abril de 2022) ordena, con reglas parcialmente distintas a la redacción vigente de la Ley 1/2000, de 7 de enero, *de enjuiciamiento civil*, el régimen del recurso de casación civil.

En esta nota me propongo dos cosas: por un lado, dar cuenta del sentido y alcance de la reforma y, por otro, exponer cuáles son —o pueden ser— los efectos que esta tenga sobre el régimen de los recursos de casación civil autonómicos.

Salvo las Islas Baleares y Navarra, que no disponen de norma expresa —y que, por ende, se sujetan enteramente al régimen previsto en la LEC, véanse, en Aragón, la Ley 4/2005, de 14 de junio, *sobre la casación foral aragonesa*; Cataluña, la Ley 4/2012, de 5 de marzo, *del recurso de casación en materia de derecho civil de Cataluña*; Galicia, la Ley 5/2005, de 25 de abril, *reguladora del recurso de casación en materia de derecho civil de Galicia*, especialmente su art. 2 y la STC 47/2004, de 25 de marzo, FJ 11— sentencia que se pronunció sobre la anterior ley gallega sobre casación, la Ley 11/1993, de 15 de julio—; y, en fin, el País Vasco, la Ley 4/2022, de 19 de mayo, *del recurso de casación civil vasco*. En los casos balear y navarro el anclaje normativo de sus respectivos recursos de casación se halla en sus estatutos de autonomía.

Con el mismo contenido que en el art. 478.1 II de la LEC vigente, el texto proyectado establece ahora en su artículo 478.1 [p]: «No obstante, corresponderá a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia conocer de los recursos de casación que procedan contra las resoluciones de los tribunales civiles con sede en la Comunidad Autónoma, siempre que el recurso se funde, exclusivamente o junto a otros motivos, en infracción de las normas del Derecho civil, foral o especial propio de la Comunidad, y cuando el correspondiente Estatuto de Autonomía haya previsto esta atribución». Cuando me refiera en particular a los preceptos proyectados añadiré al número una [p].

He elegido un periodo más o menos arbitrario de resoluciones de los distintos Tribunales Superiores de Justicia para que podamos advertir, de modo aproximado

y sin ningún propósito estadístico, cuál es el escenario de los recursos de casación relativos al Derecho civil autonómico, La fuente es el Cendoj. Cabe advertir que también conciernen a recursos de nulidad de laudos arbitrales así como a cuestiones de competencia lo que distorsiona las cifras en algunos casos. El periodo elegido es 1990/2023 —a la fecha, 1 de mayo—: Aragón: 209 autos y 417 sentencias; Cataluña: 2947 autos y 1677 sentencias; Galicia: 103 autos y 830 sentencias; Illes Balears: 8 autos y 67 sentencias; Navarra: 331 autos y 488 sentencias; País Valenciano: 93 autos y 41 sentencias; País Vasco: 181 autos y 30 sentencias. En Extremadura hay una sentencia y 12 autos; en Murcia dos sentencias y 7 autos; y, en fin, en Asturias dos sentencias y no hay autos.

Posiblemente debamos apuntalar el discurso en el punto de partida que, compartámoslo o no, ha fijado el Tribunal Constitucional en su STC 132/2019, de 13 de noviembre, FJ 4.º —en el caso, sobre un precepto del Libro VI del Código civil de Cataluña—, sobre la competencia exclusiva del Estado en materia «procesal»:

«Para poder apreciar que el precepto impugnado es acorde con el orden constitucional de competencias es preciso comprobar si el procedimiento que en él se regula puede encontrarse amparado en la salvedad recogida en el art. 149.1.6 CE. De acuerdo con la doctrina de este Tribunal (entre otras muchas, STC 47/2004, de 25 de marzo, FJ 4), la competencia asumida por las comunidades autónomas al amparo de la referida excepción “no les permite, sin más, introducir en su ordenamiento normas procesales por el mero hecho de haber promulgado regulaciones de Derecho sustantivo en el ejercicio de sus competencias, esto es, innovar el ordenamiento procesal en relación con la defensa jurídica de aquellos derechos e intereses que materialmente regulen, lo que equivaldría a vaciar de contenido o privar de todo significado a la especificidad con que la materia procesal se contempla en el art. 149.1.6 CE, sino que, como indica la expresión ‘necesarias especialidades’ del citado precepto constitucional, tan solo pueden introducir aquellas innovaciones procesales que inevitablemente se deduzcan, desde la perspectiva de la defensa judicial, de las reclamaciones jurídicas sustantivas configuradas por la norma autonómica en virtud de las particularidades del Derecho creado por la propia comunidad autónoma, o, dicho en otros términos, *las singularidades procesales que se permiten a las comunidades autónomas han de limitarse a aquellas que, por la conexión directa con las particularidades del Derecho sustantivo autonómico, vengan requeridas por estas* (SSTC 71/1982, de 30 de noviembre, FJ 20; 83/1986, de 26 de junio, FJ 2; 121/1992, de 28 de septiembre, FJ 4, y 127/1999, de 1 de julio, FJ 5), correspondiendo al legislador autonómico o, en su defecto, a quienes asuman la defensa de la ley en su caso impugnada, ofrecer la suficiente justificación sobre la necesidad de alterar las reglas procesales comúnmente aplicables por venir requeridas por las particularidades del Derecho sustantivo autonómico, salvo que del propio examen de la ley se puedan desprender o inferir esas ‘necesarias especialidades’ (STC 127/1999, de 1 de julio, FJ 5).” En el mismo sentido, SSTC 243/2004, FJ 6,

y 135/2006, FJ 2 e); 31/2010, FJ 27; 21/2012, de 16 de febrero FJ 7, y 44/2019, de 27 de marzo, FJ 4» (cursivas nuestras).

En otras palabras: las singularidades sustantivas exigen singularidades procesales o, para reforzar el carácter indispensable de estas últimas, no cabe una adecuada defensa de las primeras sin las segundas.

Antes de exponer sucintamente estos propósitos, me permito dos observaciones. La primera se refiere a la traducción de la diversidad civil en España en su plasmación procesal, traducción que está notablemente influida por las tensiones centrípetas y centrífugas tan comunes entre nosotros y que se expresan con especial intensidad en la competencia funcional del Tribunal Supremo (*sub 2*) así como en los distintos estatutos de autonomía (*sub 3*).

La segunda concierne a la escasa novedad que los legisladores autonómicos han dado a los recursos de casación en sus respectivos ámbitos: sus regímenes son más la (re)afirmación de su autonomía que normas que dispongan alguna diferencia relevante (*sub 4*).

2.— La cuestión de la coordinación entre normas procesales es otro espacio propicio para discutir el significado de la pluralidad de los derechos civiles de España y de la «garantía autonómica de la foralidad civil». O incluso para plantearse si el Código civil, pese a su todavía vigente artículo 13.2, es «supletorio» o cabe considerarlo «Derecho común» —ambas denominaciones carecen hoy del sentido que el legislador le atribuía al tiempo de su redacción—.

Sobre la cuestión, véase últimamente David Ordóñez Solís: «La posición y las funciones de los tribunales superiores de justicia en el Estado de las autonomías», *Revista d'estudis autonòmics i federals* 35 (2022), pp. 155-193. La supletoriedad del Derecho civil estatal es puramente simbólica si examinamos las distintas normas autonómicas que ordenan las leyes comunes sobre su derecho civil propio. Baste unos pocos ejemplos: arts. 111-4 y 111-5 *Código civil de Cataluña* [CCCat]; 3 Ley 5/2015, de 25 de junio, *de Derecho civil vasco* [LDCV]; 1 Ley 2/2006, de 14 de junio, *de derecho civil de Galicia* [LDCG]; y leyes 2 y 6 *Fuero Nuevo Navarra* [FN].

Debemos considerar severamente si la asignación de la competencia funcional al Tribunal Supremo o a los Tribunales de Justicia de las Comunidades Autónomas de aquellos territorios que tuvieron Derecho civil propio a la entrada en vigor de la Constitución debe descansar en exclusiva en que la norma civil —*rectius*, «privada»— autonómica cuya interpretación resulte controvertida sea funcionalmente privada o si solo lo será aquella en la que el legislador autonómico haya invocado el título «Derecho civil

propio» al dictarla, como fija como doctrina el Auto del Tribunal Supremo, pleno, 3 de marzo de 2015, recurso n.º 121/2014:

«El criterio más seguro para responder a esta cuestión es el de la competencia legislativa, de modo que una norma autonómica podrá calificarse de norma de Derecho Civil foral o especial si ha sido aprobada por la asamblea legislativa correspondiente en el ejercicio de la competencia que le atribuye el art. 149.1-8ª de la Constitución...». Y «de lo anteriormente expuesto se sigue que no toda norma autonómica aplicable para resolver litigios sobre materias de Derecho privado constituye norma de Derecho civil foral o especial, pues las competencias de las comunidades autónomas pueden extenderse, en mayor o menor medida, a materias que guarden relación con el Derecho privado pero que en puridad no integran su Derecho civil propio». O, en otros términos, las normas privadas de las Comunidades autónomas que no hayan sido dictadas en el ejercicio expreso de su competencia sobre derecho civil —y así se materialice en la Disposición final que corresponda— serán examinadas y decididas por el Tribunal Supremo, pese a que su ámbito de aplicación sea una Comunidad autónoma y en ella se haya expresado la singularidad que emana del reconocimiento de la autonomía política y, por ende, normativa a la Comunidad autónoma en cuestión.

Algún legislador autonómico ha tratado de revisar la cuestión. Así la Exposición de Motivos de la Ley 4/2022, de 19 de mayo, *del recurso de casación civil vasco*, dice, *sub III*: «Como una novedad relevante respecto de la estricta dicción del artículo 478.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el artículo 3.2 de esta ley *desarrolla lo que debe entenderse por derecho civil foral a efectos de este recurso* y, por tanto, especifica cuáles pueden ser las normas cuya infracción puede ser objeto del dicho recurso. Esta innovación, necesaria para evitar la interpretación que circunscriba el derecho civil vasco únicamente al contenido de la Ley 5/2015 [de 25 de junio, de *Derecho civil vasco*, que justamente es la que invoca como título competencial el derecho civil foral], responde a las características peculiares del derecho civil vasco como derecho aun parcialmente fragmentario y disperso en varias leyes o no plenamente codificado; y a las necesidades particulares a las que, dadas las dichas peculiaridades del derecho sustantivo, ha de responder la casación civil vasca. Este artículo, además, se hace eco de algunos elementos ya desarrollados por la doctrina del Tribunal Supremo, *cuando asegura que no toda norma autonómica aplicable para resolver litigios sobre materias de derecho privado constituye norma de derecho civil foral o especial*, aportando al efecto criterios claros para establecer esa distinción, que permitan a los recurrentes gozar de la suficiente previsibilidad con respecto a la prosperabilidad de su recurso» (cursivas nuestras). Y así el artículo 3.2 establece: «A estos efectos, se entenderá por tal derecho civil foral y especial propio del País Vasco o derecho civil vasco toda norma dictada en ejercicio de la competencia reconocida por el artículo 10.5 del Estatuto de Autonomía del País Vasco o que, sin serlo expresamente, haya sido considerada por la jurisprudencia civil como parte del derecho civil vasco, por provenir de las fuentes de ese derecho o porque su contenido sea propio de él».

Efectos de esta doctrina —o coherentes con ella— son las siguientes reglas que ha fijado el Tribunal Supremo:

(i) La competencia funcional para decidir sobre el régimen de las cooperativas —que es Derecho privado en su mayor parte— corresponde al Tribunal Supremo: así el ATS, pleno, 5 de septiembre de 2018, recurso n.º 3282/2017.

Sobre este auto, Joaquín Marco: *Revista jurídica de economía social y cooperativa* 36 (2020).

(ii) Las normas de consumo —de control de las condiciones generales— absorben la competencia del Tribunal Supremo (AATS de 4 de diciembre de 2015, recurso n.º 1011/2015 y 19 de julio de 2017, recurso n.º 1180/2017) aun cuando existan normas propias sobre el régimen de prescripción.

Así sobre la duración y *dies a quo* de cómputo de la acción restitutoria en caso de invalidez de una cláusula abusiva, en el caso, la cláusula de gastos en un contrato de préstamo con garantía hipotecaria, el ATS, pleno, 26 de noviembre de 2020, recurso n.º 1799/2020 (asunto que por lo demás ha suscitado una cuestión prejudicial ante el TJUE, ATS, pleno, 22 de julio de 2022, recurso n.º 1799/2021) dice en su razonamiento de derecho 2.º:

«Pronunciamientos previos de esta sala sobre la competencia funcional para conocer recursos de casación en materia de Derecho mercantil, bancario y de consumo

1.– Esta sala se ha pronunciado ya en diversas ocasiones sobre la competencia funcional para conocer los recursos de casación que versan sobre materias de Derecho mercantil, bancario y de consumo. En concreto, en los autos de 4 de diciembre de 2015 (recurso 1011/2015) y 19 de julio de 2017 (recurso 1180/2017).

2.– En tales resoluciones declaramos que cuando el proceso verse en sus aspectos sustanciales sobre normas de Derecho mercantil, bancario o de consumo y las disposiciones del Derecho autonómico solo resulten aplicables como Derecho común supletorio del mercantil, por aplicación de los arts. 2 y 50 del Código de Comercio (CCom), en lo no previsto por dicha normativa, *la competencia para conocer del recurso de casación corresponde al Tribunal Supremo, dada la naturaleza estatal de la normativa aplicable como principal, que exige un pronunciamiento unificado para todo el territorio nacional, que asegure el principio de seguridad jurídica*. En particular, en el primero de los autos citados, hicimos nuestro el siguiente razonamiento del auto del Tribunal Superior de Justicia de Navarra que dio lugar a la cuestión que resolvimos: «La competencia de los Tribunales Superiores de Justicia se justifica por la protección de la normativa foral propia de cada Comunidad, sobre la que están llamados a fijar doctrina jurisprudencial unificando los criterios de las Audiencias Provinciales generada en su interpretación y aplicación, pero carece de justificación y sentido en lo que a la normativa estatal y comunitaria se refiere,

en la que esa función reside en el Tribunal Supremo por más que la ley atribuya la competencia funcional de los recursos mixtos (los basados en infracciones de Derecho foral y de Derecho común) a los Tribunales Superiores de Justicia, en los que las consideraciones que estos realizan en la aplicación del Derecho común no constituyen doctrina jurisprudencial a efectos casacionales, si bien la vinculación de esas consideraciones a las normas de Derecho foral propio sí estarían dotadas de tal carácter aunque solo lo fuera en el ámbito propio del ordenamiento civil foral».

3.— Asimismo, declaramos que para la decisión de a qué Tribunal de casación corresponde la competencia será relevante la identificación de la cuestión jurídica sobre la que se ha de fijar jurisprudencia. De manera que: «Un proceso que se desarrolle en el ámbito de aplicación del Derecho foral o especial, respecto del que el Código Civil actúa como supletorio, no permitirá invocar la infracción del Código Civil solo para asegurarse la competencia del Tribunal Supremo, de la misma manera que en un proceso en el que se discuta el alcance de ciertas normas de Derecho común, sin conexión alguna con un tema de Derecho foral o especial, no podrá asegurarse la competencia del Tribunal Superior de Justicia mediante la cita de una norma foral o especial por más que pueda estar tangencialmente relacionada con la controversia». (cursivas nuestras)

(iii) En fin, y por razón de la competencia exclusivamente «territorial» de los Tribunales Superiores de Justicia (que solo extiende su competencia en casación «contra resoluciones de órganos jurisdiccionales del orden civil con sede en la [misma] comunidad autónoma», art. 73.1 a) Ley orgánica 6/1985, 1 de julio, *del poder judicial*) los litigios decididos en un territorio distinto (porque los litigantes con otra vecindad civil litiguen allí) serán resueltos, como última instancia, y aplicando el Derecho civil propio de que se trate, por el Tribunal Supremo.

3.— Los estatutos de las Comunidades autónomas con Derecho civil propio a la entrada en vigor de la Constitución acogen su competencia para legislar de manera más o menos uniforme y en ocasiones atribuyen a su Derecho el rasgo de seña de identidad (o una «posición singular») y no es una fórmula vacía de contenido o que pueda vaciarse de él; o incluso prescinden de la denominación constitucional de su Derecho propio como «foral o especial», puesto que foral no tiene el mismo significado simbólico —ya no solo normativo— en Navarra o el País Vasco que en Cataluña o en Aragón.

El *Proyecto de ley de eficiencia procesal* sigue, posiblemente por simple coherencia, con ese gusto antiguo concorde con el precepto constitucional (art. 149.1 8.ª CE) de llamar a los Derechos civiles de las Comunidades autónomas Derechos «especiales» (como si hubiera un Derecho general al que se enfrentarían) o «forales» (con su

aire de privilegio). Los Derechos civiles de esos territorios son Derechos civiles más o menos extensos —no abarcan, por tanto, toda la realidad que se considera típicamente civil— pero son los «propios» o «comunes» de sus territorios, o mejor, de los que se sujetan a ellos (ley 11 FN; pero art. 111-3 CCCat); y, por otra parte, no hay entre el Derecho civil estatal y el de esos territorios una relación de especialidad o de supletoriedad de tal naturaleza que justifique seguir con esa denominación (*retro* 2).

Así a las Comunidades autónomas que habían promulgado sus respectivas compilaciones al tiempo de entrada en vigor de la Constitución (Aragón, Cataluña, Galicia; Islas Baleares y País Vasco, aunque en estos dos últimos casos era difícil señalar un régimen «balear» o «vasco» de derecho civil, por su diversidad territorial) se añadieron después algunas otras comunidades, con fundamento en normas consuetudinarias de diferente alcance.

(i) Aragón: artículos 1.3, 9, 63.2 y 71 2.^a de la LO 5/2007, de 20 de abril, *de reforma del estatuto de autonomía de Aragón*. Este estatuto cuando se refiere a la competencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón sobre el recurso de casación no menciona en el artículo 63.2 —que reitera en los arts. 65 y 78, confróntese también el artículo 80.2— el Derecho «foral» sino el Derecho «propio» de Aragón. Así reza el precepto:

«El Tribunal Superior de Justicia de Aragón conocerá, en todo caso, de los recursos de casación fundados en la infracción del Derecho propio de Aragón, así como de los recursos extraordinarios de revisión que contemple la ley contra las resoluciones firmes de los órganos jurisdiccionales radicados en Aragón. También ejercerá las demás funciones que en materia de Derecho estatal establezca la Ley Orgánica del Poder Judicial».

(ii) Cataluña: artículos 5, 14, 95.3, 129 de la LO 6/2006, de 16 de julio, *de reforma del estatuto de autonomía de Cataluña*; y las SSTC 31/2010, de 28 de junio, FJ 76.º y 132/2019, de 13 de noviembre. En este caso tal vez el precepto que merezca ser subrayado es el artículo 95.3 relativo al Tribunal Superior de Justicia: «Corresponde en exclusiva al Tribunal Superior de Justicia de Cataluña la unificación de la interpretación del derecho de Cataluña». Y el estatuto lo llama sin más «derecho civil» —por todos, el artículo 129—.

(iii) Galicia: artículos 22, 27.4.º y 38.3 de la LO 1/1981, de 6 de abril, *del estatuto de autonomía de Galicia*. Este estatuto también denomina a su Derecho civil propio «civil» gallego sin más aditamento —si bien en este caso, con algún matiz respecto a lo que quepa considerar Derecho «propio», así artículo 38—.

(iv) Islas Baleares: artículos 9, 10, 30.27.^a, 87.2 y 94.1 a) de la LO /2007, de 28 de febrero, *de reforma del estatuto de autonomía de las Illes Balears*. También opta por la sencilla denominación Derecho «civil» o, por completarlo, como «civil propio» (así, en sede de asunción estatutaria de competencias, art. 30.27.^a).

(v) Navarra: artículos 40.3, 48 y 61.1 a) de la LO13/1982, de 10 de agosto, *de reintegración y mejoramiento del régimen foral de Navarra*. En este caso se identifica el Derecho civil foral con el Fuero Nuevo de Navarra.

(vi) País Vasco: artículos 10.5 y 6 y 14.1 a) de la LO 3/1979, de 18 de diciembre, *del estatuto de autonomía para el País Vasco*. Hace acopio de todas las denominaciones y extensiones —así se reserva la posibilidad de delimitar territorialmente el ámbito del Derecho civil— y también las normas procesales que deriven de las «especialidades del derecho sustantivo».

(vii) Las comunidades que no disponían de compilación de derecho civil al tiempo de la entrada en vigor de la Constitución son el País Valenciano (arts. 7, 37, 49.1 2.^a, de la LO 5/1982, de 1 de julio, *del estatuto de autonomía del País Valenciano*, y sobre la recuperación de sus «fueros», véase su Disposición Transitoria 3.^a; y también sobre el derecho civil valenciano, las SSTC 121/1992, de 28 de septiembre —con su interesante FJ 4.º en orden a las relaciones entre normas sustantivas y procesales—; 82/2016, de 28 de abril y 110/2016, de 9 de junio), y en menor medida, y casi como un accidente de tantos que suceden entre nosotros, Asturias, Murcia y Extremadura, respecto al llamado Derecho consuetudinario.

Confróntense los artículos 16 de la LO 7/1981, de 30 de diciembre, *del estatuto de autonomía de Asturias*; los artículos 8 y 35 a) de la LO 4/1982, de 9 de junio, *del estatuto de autonomía de la Región de Murcia*; y, por último, los artículos 11 y 42 de la LO 1/2011, de 28 de enero, *de reforma del estatuto de autonomía de la comunidad autónoma de Extremadura*, a vueltas también con el Fuero de Baylío.

En rigor sobre el Derecho consuetudinario solo cabe hacer que deje de serlo —a través de su «compilación», por ejemplo— puesto que su «conservación» como regla de derecho solo cabe si disfruta de respaldo fáctico, esto es, está fuera del dominio del poder político su conservación como costumbre: si este lo compila tendrá el sello de su origen, pero no será ya una «costumbre» en sentido estricto.

4.— Salvo las Islas Baleares y Navarra, que no disponen de norma expresa —y que, por ende, se sujetan enteramente al régimen previsto en la LEC—, véase sobre el recurso de casación civil propio, en Aragón, la Ley

4/2005, de 14 de junio, *sobre la casación foral aragonesa*. En Cataluña, la Ley 4/2012, de 5 de marzo, *del recurso de casación en materia de derecho civil de Cataluña*. En Galicia, la Ley 5/2005, de 25 de abril, *reguladora del recurso de casación en materia de derecho civil de Galicia*, especialmente su art. 2 y por un lado, la STC 47/2004, de 25 de marzo, FJ 11.º —sentencia que se pronunció sobre la anterior ley gallega sobre casación, la Ley 11/1993, de 15 de julio— y, por otro, la STC 133/2017, de 16 de noviembre, que se pronuncia sobre ciertos aspectos procesales de la Ley 2/2006, de 14 de junio, *de derecho civil de Galicia*. Y, en fin, en el País Vasco, la Ley 4/2022, de 19 de mayo, *del recurso de casación civil vasco*.

Sobre casación en Cataluña, véanse, Lluís Caballol i Angelats: «La Llei 4/2012, del recurs de cassació en matèria de dret civil a Catalunya», *Revista catalana de dret privat* 15-2 (2015), pp. 67-105, y Joan Manel Abril Campoy: «El recurs de cassació a Catalunya: la Llei 4/2012, de 5 de març i els seus criteris d'aplicació», *Indret* 4 (2017). Para Galicia: José Manuel Busto Lago: «Ámbito de competencia de los Tribunales superiores de Justicia en materia de Derecho civil: especialidades en la regulación autonómica del recurso de casación en materia de Derecho civil propio de Galicia (A propósito de la STC 47/2004, de 25 de marzo)», *Derecho privado y Constitución* 18 (2004), pp. 89-142 y Agustín Pérez-Cruz: «El recurso de casación foral gallego (A propósito de la ley 5/2005, de 25 de abril, reguladora del recurso de casación en materia de derecho civil de Galicia)», *El Tribunal Supremo, su doctrina legal y el recurso de casación: estudios en homenaje al profesor Almagro Nosete*, Vicente Gimeno / María José Cabezudo (coords.), Iustel, Madrid, 2007, pp. 473-494. Para Aragón, Juan Francisco Herrero Perezagua: «La “recuperación” de la casación aragonesa (comentario al Auto del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 14 de julio de 1998)», *Derecho privado y Constitución* 12 (1998), pp. 311-334 y Alfredo Sánchez-Rubio: «La jurisprudencia y el recurso de casación», *Cincuenta años de Derecho civil aragonés*, Carmen Bayod / José Antonio Serrano, Instituto Fernando el católico», Zaragoza, 2018, pp. 107-136. Para Navarra: Francisco Javier Fernández Urzainqui: «El recurso de casación civil formal en la doctrina del TSJ de Navarra», *Revista jurídica de Navarra* 48 (2009), pp. 11-74. Por último, para el País Vasco, Antonio García Martínez: «La Jurisprudencia: 25 años del Tribunal Superior de Justicia en materia de Derecho civil vasco» y Francisco Iriarte: «La casación civil», ambos en *El Derecho civil vasco del siglo XXI: de la ley 2015 a sus desarrollos futuros*, Eusko Legebiltzarra, Vitoria-Gasteiz, 2016, pp. 89-107 y 579-605, respectivamente.

Los rasgos que podemos extraer de estos textos son los siguientes, sin que nos preguntemos ahora por su conformidad con el régimen constitucional del título «legislación procesal» (*v.gr.* si decidir las resoluciones recurribles según el legislador vasco forma o no parte de las singularidades procesales

que aseguren las sustantivas) y si forman parte o no de las «necesarias especialidades» de su derecho respectivo.

(i) Favorecen la interposición de recursos. La doctrina jurisprudencial sobre el Derecho propio es otra pieza esencial de la conservación y desarrollo de éste, porque la «jurisprudencia tiene también extraordinaria importancia en la tarea de revitalizar» el Derecho civil propio como dice, por ejemplo, el preámbulo de la Ley 4/2005, de 14 de junio, *sobre la casación foral aragonesa* o el artículo 111-2.2 CCCat —que también se refiere al que desempeñó en el pasado la función actual del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña: el Tribunal de Casación de Cataluña—.

La LEC se reputa una «restricción» y se espera que haya una correlación o proporción entre el desarrollo legal y el jurisprudencial del derecho civil propio (preámbulo de la Ley 4/2012, de 5 de marzo, *del recurso de casación en materia de derecho civil de Cataluña*). Un ejemplo se contiene en la sincera y extensa Exposición de Motivos de la Ley 4/2022, de 19 de mayo, *del recurso de casación civil vasco*:

«Sin embargo, estas previsiones legales no están dando hasta ahora los frutos que serían deseables de cara a dotar al derecho civil vasco de un acervo suficiente de pronunciamientos judiciales del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco que permitan realizar plenamente la función unificadora de la doctrina que se le encomienda. Y ello porque, debido a una multitud de causas, son claramente escasos los asuntos que se resuelven, y su número ha ido decreciendo con el paso del tiempo».

(ii) Se juzga de la mayor importancia el Derecho de procedencia consuetudinaria. Así, por ejemplo, el artículo 2.1 de la Ley 5/2005, de 25 de abril, *reguladora del recurso de casación en materia de derecho civil de Galicia*:

«Se considerará motivo casacional el error en la apreciación de la prueba que demuestre desconocimiento por parte del juzgador de hechos notorios que supongan infracción del uso o costumbre».

(iii) Se consagra la posibilidad de interponer el recurso con independencia de la cuantía: un paradigma es el artículo 2.2 de la Ley 5/2005, de 25 de abril, *reguladora del recurso de casación en materia de derecho civil de Galicia*;

(iv) Se concentra en el interés casacional el motivo de interposición de los recursos aunque al tiempo de fijar el significado del interés casacional no se apartan de la LEC (así, art. 3 Ley 4/2005, de 14 de junio, *sobre la casación foral aragonesa*; y no considerar como supuesto específico la contradicción entre sentencias de Audiencias provinciales porque este caso se entiende comprendido en la falta de jurisprudencia (del TSJ o de su precedente,

el Tribunal de Casación de Cataluña) o en la contradicción con esta (así, preámbulo de la la Ley 4/2012, de 5 de marzo, *del recurso de casación en materia de derecho civil de Cataluña*, cfr. art. 3); o con una delimitación amplia del interés casacional como sucede en la Ley 4/2022, de 19 de mayo, *del recurso de casación civil vasco*.

Un examen somero de las decisiones adoptadas por los distintos Tribunales Superiores de Justicia nos permite afirmar que la noción que manejan de interés casacional es la misma que la que establece la Ley de enjuiciamiento civil y desarrolla el Tribunal Supremo. Baste un botón de muestra: así, la STSJ Galicia, sección 1.^a – A Coruña —10/2022, de 28 de enero (recurso n.º 19/2021) y los AATSJ, Aragón, 10/2021, de 14 de abril (recurso n.º 15/2021) y 24/2022, de 6 de octubre (recurso n.º 25/2022); AATSJ Cataluña, 128/2022, de 28 de septiembre (recurso n.º 61/2022) y 119/2022, de 19 de septiembre (recurso n.º 99/2022); y AATSJ País Vasco, Sala de lo civil y penal, 15/2022, de 1 de junio (recurso n.º 15/2022) y 20/2022, de 27 de julio (recurso n.º 27/2022).

5.– El recurso de casación en el *Proyecto de Ley de eficiencia procesal*. Con el fin de facilitar la lectura de estas notas reproduzco ahora el texto del nuevo artículo 477 que se rubrica «motivos del recurso de casación y resoluciones recurribles en casación»:

«1. Serán recurribles en casación las sentencias que pongan fin a la segunda instancia dictadas por las Audiencias Provinciales cuando, conforme a la ley, deban actuar como órgano colegiado y los autos y sentencias dictados en apelación en procesos sobre reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras en materia civil y mercantil al amparo de los Tratados y Convenios Internacionales, así como de Reglamentos de la Unión Europea u otras normas internacionales, cuando la facultad de recurrir se reconozca en el correspondiente instrumento.

2. El recurso de casación habrá de fundarse en infracción de norma procesal o sustantiva, siempre que concurra interés casacional. No obstante, podrá interponerse en todo caso recurso de casación contra sentencias dictadas para la tutela judicial civil de derechos fundamentales susceptibles de recurso de amparo, excepto los que reconozca el artículo 24 de la Constitución, aun cuando no concurra interés casacional.

3. Se considerará que un recurso presenta interés casacional cuando la resolución recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo o resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales o aplique normas sobre las que no existiese doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo. Cuando se trate de recursos de casación de los que deba conocer un Tribunal Superior de Justicia, se entenderá que existe interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial, o no exista

doctrina del Tribunal Superior de Justicia sobre normas de Derecho especial de la Comunidad Autónoma correspondiente, o resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales.

4. La Sala Primera o, en su caso, las Salas de lo Civil y de lo Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, podrán apreciar que existe interés casacional notorio cuando la resolución impugnada se haya dictado en un proceso en el que la cuestión litigiosa sea de interés general para la interpretación uniforme de la ley estatal o autonómica.

5. La valoración de la prueba y la fijación de hechos no podrán ser objeto de recurso de casación, salvo error de hecho, patente e inmediatamente verificable a partir de las propias actuaciones.

6. Cuando el recurso se funde en infracción de normas procesales será imprescindible acreditar que, de haber sido posible, previamente al recurso de casación la infracción se ha denunciado en la instancia y que, de haberse producido en la primera, la denuncia se ha reproducido en la segunda instancia. Si la infracción procesal hubiere producido falta o defecto subsanable, deberá haberse pedido la subsanación en la instancia o instancias oportunas.»

Pese a que en la Exposición de Motivos del *Proyecto* se constate el fracaso del modelo anterior, este modelo se conserva «en lo esencial». Al menos, se mantiene incólume la noción sobre la que se asienta el sistema que no es otra que el interés casacional —pudiera decirse que hay un discreto retorno a la función original de los tribunales de casación—. Las novedades principales son estas:

(i) Se refunde el recurso extraordinario por infracción procesal en el recurso de casación bajo la cobertura del interés casacional, noción que no es unívoca.

(ii) Los cauces por los que cabe acudir al recurso son, ahora, dos (art. 481.1 [p]): o bien se invoca y acredita el interés casacional que es, como hemos dicho, el centro del sistema. O bien, en segundo lugar, se trata de sentencias «dictadas para la tutela judicial civil de derechos fundamentales susceptibles de recurso de amparo, excepto los que reconoce el artículo 24 de la Constitución» y en los recursos frente a ellas no es preciso que concurra interés casacional (art. 477.2 [p]).

(iii) Se abre la puerta, tal vez con excesiva cautela, a una admisión discrecional a través del llamado interés casacional notorio.

No obstante, nos parece que es preferible confiar en la autocontención del Tribunal antes que en una noción que requerirá de precisiones antes o después ingobernables. La motivación sobre su presencia no puede ser una simple afirmación sino que deberán exponerse las razones —naturalmente

restrictivas, no todo es notorio y no solo es notorio lo que el Tribunal considera que lo es— que justifiquen su apreciación. O, en otras palabras, hay que evitar los enunciados apodícticos.

(iv) La admisión de los recursos obliga a una motivación singular con expresión de cuál sea la doctrina del Tribunal. Deberá haber coherencia o correspondencia entre la exigencia al recurrente —al que se le pide el «texto de las sentencias que se aduzcan como fundamento del interés casacional», 481.6 [p]— y la motivación del auto de admisión que deberá dar una pauta, siquiera aproximada, de cuál es la doctrina que se juzga vulnerada *a priori* —puesto que cabe que sucesivamente la causa de inadmisión derive en causa de desestimación—.

(v) La inadmisión, por su parte, se hará mediante providencia sucintamente motivada, que se considera «legítima» y «no arbitraria» en tanto que es proporcional al fin perseguido (STEDH, sección 3.^a, 20 de enero de 2015, *Arribas Antón contra España*, demanda n.º 16563/11, §§ 46-48).

(vi) Se ha producido una mutación determinante del modo de acreditar el interés casacional, análoga a la que con ocasión de la reforma de la LO 2/1979, de 3 de octubre, *del Tribunal Constitucional* se produjo en 2007 —con la LO 6/2007, de 24 de mayo, cfr. apartado III de su exposición de motivos— respecto a la admisión del recurso de amparo si pudiere acreditarse la «especial trascendencia constitucional». En nuestro caso el recurrente es el que soporta la «carga de argumentar la existencia y alcance del interés casacional» que es, y sigue la analogía con la doctrina constitucional, «distinto a explicar cuál ha sido la infracción legal que sustenta el recurso» (STC 140/2013, de 8 de julio, FJ 4.º, véanse también el ATC 188/2008, de 21 de julio y la STC 155/2009, de 25 de junio).

(vii) Se introduce un auto como forma de resolver el recurso que tiene por contenido ordenar al tribunal de procedencia que adopte la resolución de acuerdo a la doctrina jurisprudencial existente —que, parece claro, deberá expresar el propio auto—, auto con el que parece reforzarse la función nomofiláctica del tribunal así como su carácter de órgano superior.

(viii) Otorga cobertura legal a las reglas que dicte la Sala de Gobierno sobre la forma de interponer el recurso.

El proyectado artículo 481, rubricado «contenido del escrito de interposición del recurso», es, en buena medida, recopilación o asunción legal de lo previsto en el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 27 de enero de 2017, *sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal* (en adelante, Acuerdo TS [2017]), en especial

de su apartado III; acuerdo que, ahora sí, gozará de cobertura legal expresa para desplegar sus efectos frente a terceros. Su desarrollo será tarea de la Sala de Gobierno del Tribunal (art. 152.1 14.º LOPJ) y no del Pleno no jurisdiccional de la sala primera, al igual que sucede en la jurisdicción contenciosa (art. 87 bis LJCA).

6.— Efectos sobre los recursos de casación autonómicos: algunas conclusiones provisionales.

La conclusión central es la siguiente: el texto proyectado supera a los textos autonómicos en su sencillez y en su aptitud para extender las facultades de decisión de los Tribunales Superiores de Justicia en orden a interpretar y crear doctrina sobre los Derechos civiles propios de su ámbito territorial.

Lo que no significa que la reforma abrogue los textos autonómicos. Así se entiende la enmienda propuesta por el Grupo parlamentario vasco, n.º 100, BOCG, Congreso, A 97-3, 3 de febrero de 2023, que luego reproduce el grupo Unidas Podemos-En Común Podem, Galicia en Común, enmienda n.º 249; y el Grupo Parlamentario Plural, enmienda n.º 389 —que propone la siguiente redacción: «Cuando se trate de recursos de casación de los que deba conocer un Tribunal Superior de Justicia, se entenderá que existe interés casacional **en los casos previstos por las leyes dictadas por las Comunidades Autónomas regulando el recurso de casación en materia de derecho civil propio, y en caso de no existir estas** cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial, o no exista doctrina del Tribunal Superior de Justicia sobre normas de Derecho especial de la Comunidad Autónoma correspondiente, o resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales» (negritas suyas). Que justifica del siguiente modo (sin citar, dicho sea de paso, el texto vasco): «Se propone la reforma de este precepto porque el proyecto de ley no tiene en cuenta que las Comunidades Autónomas de Galicia (ley 5/2005, de 25 de abril, reguladora del recurso de casación en materia de derecho civil de Galicia), Aragón (Ley 4/2005, de 14 de junio, sobre casación foral aragonesa) y Catalunya (ley 4/2012, de 5 de marzo, de recurso de casación en materia de derecho civil de Catalunya) han dictado leyes que regulan el recurso de casación en materia de derecho civil propio. Éstas se centran de forma fundamental en la regulación del interés casacional. Si no se advierte de su aplicación se puede plantear la duda interpretativa de si la modificación del artículo 477 LEC abroga las leyes dictadas por las Comunidades Autónomas en el desarrollo del recurso de casación en materia de derecho civil propio. Entendemos que no es así, pero la referencia expresa en el texto legal elimina cualquier duda que pueda existir al respecto».

(i) Se elimina la restricción para resolver recursos sobre materias procesales, puesto que el interés casacional es «único» si bien solo cabrá resolver si se ha interpuesto el recurso «también» sobre una regla sustantiva

de Derecho civil propio. Cabe extender a las cuestión procesales —desaparecido el recurso extraordinario por infracción procesal— la doctrina del Tribunal Supremo sobre la extensión de la competencia funcional de los Tribunales Superiores de Justicia cuando junto al motivo relativo al Derecho civil propio se añaden cuestiones sustantivas «estatales».

Sobre la alegación conjunta de normas civiles estatales y autonómicas, véase el ATS, pleno, 11 de noviembre de 2015 (recurso n.º 736/2015) que, en suma, considera que debe evitarse la división de la causa y que sea el litigante el que interesadamente pueda decidir qué tribunal atenderá a su recurso; que si hay conexión del litigio, directa y razonable, con una norma autonómica la competencia funcional corresponderá al Tribunal Superior de Justicia.

Si las normas procesales son de competencia estatal los Tribunales Superiores de Justicia deberían adecuar su interpretación de aquellas a lo que decida el Tribunal Supremo, si bien, es cierto, no hay ningún mecanismo —como lo era el nonato recurso en interés de ley, art. 490.1 LEC— para resolver las discrepancias que se produzcan entre unos y otros.

(ii) La inclusión del llamado «interés casacional notorio». Es posible la admisión cuando el Tribunal aprecie que «la resolución impugnada se haya dictado en un proceso en el que la cuestión litigiosa sea de interés general para la interpretación uniforme de la ley» (art. 477.4 [p]). Hay, en este precepto, una conexión evidente entre notoriedad, discrecionalidad e interés general y abre la puerta a una relativa discrecionalidad del Tribunal para elegir controversias sobre las que pronunciarse.

Con este mecanismo se facilita las cosas en el ámbito de los Derechos civiles autonómicos, puesto que los Tribunales Superiores de Justicia ya no necesitan justificar en un precepto legal la necesidad de pronunciarse sobre normas de su competencia al amparo de reglas legales expresas, sino que bastará con que justifiquen sucintamente la pertinencia de hacerlo.

Este instrumento tendrá sentido principalmente en dos casos: por una parte, en aquellos en que sea pertinente la «modificación» de la doctrina jurisprudencial —que es obvio que exige una motivación adicional, también por exigencias constitucionales y pese a la inexistencia entre nosotros del efecto vinculante del precedente—. Por otra parte, en aquellos casos en que convenga dirimir una controversia con repercusiones sociales o dentro de la comunidad jurídica.

Recuérdese el artículo 4.4. de la Ley 4/2022, de 19 de mayo, *del recurso de casación civil vasco*: «4. Cuando la parte recurrente justifique de manera suficiente la necesidad de modificar la doctrina previamente establecida en relación con el problema jurídico planteado, porque hayan evolucionado el contexto, la realidad

social del tiempo en el que la norma invocada ha de ser aplicada o la común opinión de la comunidad jurídica sobre el modo en que la aplicación de la norma ha de atender en última instancia a su espíritu y finalidad».

(iii) Se propicia que el Tribunal Superior de Justicia pueda, en su ámbito territorial, trasladar su doctrina a las Audiencias provinciales. Así podrá proceder al dictado de autos que ordenen a la Audiencia que rehaga la sentencia conforme a la doctrina del propio Tribunal Superior de Justicia (art. 481.1 [p] LEC) que es un caso distinto al previsto para el supuesto en que se vulneren garantías procesales, en que se procede a la reposición de las actuaciones (arts. 487.3 [p] LEC y 476.2 IV LEC vigente).

La prescripció de la pretensió al pagament de les despeses de la comunitat de propietaris*

Tomàs Gabriel García-Micó
Investigador postdoctoral SECTI
Universitat de Barcelona

Sumari

1. Introducció
2. La jurisprudència contradictòria de les AAPP catalanes
3. Les despeses de la comunitat de propietaris
4. La distinció entre l'exigibilitat de l'obligació a terminis i l'existència de les obligacions periòdiques pel venciment del termini
5. L'acord de la junta de propietaris com a títol de l'obligació
6. Com afecta la naturalesa de l'obligació a la prescripció?
7. L'afecció real de les quotes i la seva relació amb la prescripció de l'obligació anual fraccionada
8. Conclusions
9. Bibliografia

* Aquest treball s'emmarca en les activitats del Grup de recerca consolidat en Dret civil català UB (2021 SGR 347) de la Universitat de Barcelona.

1. Introducció

Aquesta contribució pretén aclarir quin és el termini de prescripció de la pretensió de reclamació de deutes de la comunitat de propietaris en règim de propietat horitzontal. L'interès de l'estudi rau en l'existència de jurisprudència contradictòria de les Audiències Provincials (= AAPP) catalanes que apliquen, majoritàriament, el termini general de 10 anys (art. 121-20 CCCat) i, en menor mesura, l'especial de 3 anys previst per les pretensions de pagaments periòdics anuals o més breus [art. 121-21 a) CCCat]. La qüestió es complica perquè al termini de prescripció se li ha d'afegir l'afecció real de l'immoble al pagament de les quotes vençudes i exigibles en l'anualitat en curs i les quatre darreres, fins a un màxim de cinc anys i això, tal i com es veurà al llarg de les pàgines que segueixen, permet als tribunals entendre que el termini de prescripció no pot ser mai més curt que la durada de l'afecció real. Com es veurà també, el termini de prescripció i l'extensió de l'afecció real són qüestions distintes i aquesta darrera no pot condicionar el primer. Nogensmenys, la interpretació més assenyada és que, efectivament, el termini ha de ser de 10 anys. En les pàgines que segueixen s'intentarà explicar per què.

2. La jurisprudència contradictòria de les AAPP catalanes

Per a l'elaboració d'aquest treball s'han estudiat un total de vint-i-tres sentències entre els anys 2017 i 2023. Al principi del període analitzat, s'observa una jurisprudència contradictòria entre les diverses AAPP, ja que

cadascuna adopta un criteri propi entorn a la prescripció de 3 (minoria)¹ o 10 anys (majoria).² No totes les sentències proporcionen arguments amb igual grau de sofisticació i alguns són tan incomplets que no és possible la seva anàlisi. Convé centrar-se, doncs, en aquelles sentències que millor expliquen la raó per la qual es considera que el termini de prescripció és de 10 anys (i no 3) perquè aquestes són les úniques que proporcionen arguments dignes d'estudi. Dos són els motius que justifiquen l'aplicació del termini general.

El primer, que l'obligació no és periòdica, sinó anual i fraccionada en períodes més breus «sense que la llei obligui a que siguin mensuals, trimestrals o, fins i tot, anuals» (SAP Lleida, de 30 de gener de 2017). En aquesta mateixa línia, d'altres sentències consideren que «*la prestació debida es única, de tal modo que el fraccionamiento del pago no es sino una posibilidad establecida en beneficio del deudor a fin de facilitar el cumplimiento de su obligación, pero sin alterarse con ello la naturaleza de la deuda y el derecho del acreedor a su cobro íntegro*» (SAP Barcelona, Sec. 13^a, de 8 de juny de 2018).³ Que la prestació és única es basa en què la quota «*no es fija e idéntica en todos los períodos, sino que es variable y dependiente del presupuesto de ingresos y gastos de cada ejercicio*» (SAP Barcelona, Sec. 16^a, de 20 de juny de 2018).

El segon, que l'obligació de contribució no és «[...] una contraprestació a una altra correlativa prestació d'origen convencional o personal, de tracte successiu, sinó que és una obligació de tipus real» (SAP Lleida, de 30 de gener de 2017). S'entén, doncs, que hi ha una afecció real que vincula el deute al bé, que impedeix considerar la normal aplicació de la prescripció a pretensions que no són merament contractuals.

1 SSAP Barcelona, Sec. 4^a, de 6 d'abril de 2017 (ECLI:ES:APB:2017:6506) i Sec. 11^a, de 30 d'abril de 2018 (ECLI:ES:APB:2018:3197); i SAP Girona, Sec. Sec. 2^a, de 20 de desembre de 2018 (ECLI:ES:APGI:2018:1514).

2 SSAP de Barcelona, Sec. 13^a, de 8 de juny de 2018 (ECLI:ES:APB:2018:5576) i de 12 de juny de 2019 (ECLI:ES:APB:2019:6707); Sec. 16^a, de 20 de juny de 2018 (ECLI:ES:APB:2018:6161); Sec. 17^a, de 20 de juny de 2018 (ECLI:ES:APB:2018:6696); Sec. 14^a, de 10 d'octubre de 2018 (ECLI:ES:APB:2018:9748); i Sec. 19^a, de 8 de novembre de 2019 (ECLI:ES:APB:2019:13231). També la SAP Lleida, Sec. 2^a, de 30 de gener de 2017 (ECLI:ES:APL:2017:87).

3 També SSAP Barcelona, Sec. 13^a, de 22 de desembre de 2020 (ECLI:ES:APB:2020:12838); Sec. 19^a, de 15 de gener de 2021 (ECLI:ES:APB:2021:98) i Sec. 17^a, de 15 de setembre de 2021 (ECLI:ES:APB:2021:10860).

A la vista de la disparitat de criteris entre les diverses seccions civils de l'AP de Barcelona,⁴ aquestes van adoptar, el 15 de novembre de 2019, un acord pel qual el termini de prescripció havia de ser el general de 10 anys (art. 121-20 CCCat) i no l'especial més curt de 3 anys, perquè «*la aplicación de este plazo más limitado es incompatible con la afección real del inmueble al pago de las cuotas comunitarias por los plazos indicados, que pone de manifiesto la singularidad de la obligación contributiva de los comuneros*».⁵ És a dir, el termini de prescripció ja no vindria determinat per la naturalesa de l'obligació (a terminis o periòdica) de contribució a les despeses de la comunitat, sinó per la relació entre la prescripció de la pretensió i l'afecció real.

Aquest acord ha estat seguit per part dels jutges catalans, però el termini més curt de prescripció de tres anys segueix estant present i molt més després que la STS de 3 de juny de 2020⁶ hagi aportat arguments per considerar que l'art. 1.966.3.º CC (prescripció especial, de 5 anys) s'aplica independentment que el pagament «*por años o plazos más breves*» sigui en compliment d'una obligació periòdica o a terminis.⁷

3. Les despeses de la comunitat de propietaris

L'obligació de contribució a les despeses de conservació i manteniment de la comunitat apareix en múltiples preceptes del llibre cinquè del CCCat: art. 552-8.1 (comunitat ordinària indivisa), arts. 553-4.2 i 553-45.3 (règim jurídic de la propietat horitzontal); i arts. 554-3.1, 554-5.1.d) i 554-11 (comunitat especial per torns). És una obligació d'origen legal que és consubstancial a la situació bàsica de comunitat, en què tots els integrants

4 Seccions primera, quarta, onzena, dotzena, tretzena, catorzena, quinzena (especialitzada en assumptes mercantils), setzena, dissetena, divuitena i dinovena.

5 Aquest criteri fou emprat per diverses sentències immediatament posteriors a l'acord per a sostenir l'aplicació del termini general de prescripció: SSAP Barcelona, Sec. 1ª, de 27 de novembre de 2019 (ECLI:ES:APB:2019:14096) i de 19 d'octubre de 2020 (ECLI:ES:APB:2020:9888); i Sec. 13ª, de 28 de gener de 2022 (ECLI:ES:APB:2022:674).

6 ECLI:ES:STS:2020:1564.

7 Traslladen el criteri del TS al dret català les SSAP Barcelona, Sec. 1ª, de 20 de desembre de 2021 (ECLI:ES:APB:2021:15200) i de 30 de setembre de 2022 (ECLI:ES:APB:2022:10216); Sec. 19ª, de 12 de desembre de 2022 (ECLI:ES:APB:2022:13999); i Tarragona, Sec. 3ª, de 10 de novembre de 2022 (ECLI:ES:APT:2022:1836).

són cotitulars de la propietat sobre els elements comuns de la finca en règim de propietat horitzontal (art. 552-1.1 CCCat).

La comunitat de propietaris es reuneix cada any, de manera ordinària, per aprovar els comptes i els pressupostos de l'any següent (art. 553-20.1 CCCat). Atenent a l'estat dels comptes de la comunitat i a les despeses ordinàries de conservació i manteniment dels elements comuns (neteja, enllumenat, seguretat, etc.), es fa una previsió de la despesa ordinària i es determina l'import concret que hauran de pagar els propietaris, en proporció a la seva quota de participació, que ve establerta per l'element privatiu del qual són titulars en exclusiva, més la part proporcional de cotitularitat sobre els elements comuns de l'immoble. Aquest import es fixa globalment i es paga en un o diversos terminis distribuïts al llarg de l'any, segons es decideixi. És una obligació, doncs, anual, perquè neix de l'acord de la junta de propietaris.

L'acord és reiterat (anual), però això en cap cas dona lloc a una obligació periòdica. Si així ho acorden els veïns, aquesta obligació anual es pot fraccionar en terminis. Però tampoc els terminis donen lloc a obligacions independents.

4. La distinció entre l'exigibilitat de l'obligació a terminis i l'existència de les obligacions periòdiques pel venciment del termini

Les obligacions a terminis es regulen en l'art. 1.125 CC: «*Las obligaciones para cuyo cumplimiento se haya señalado un día cierto sólo serán exigibles cuando el día llegue*». Es tracta, doncs, d'un termini d'exigibilitat. L'obligació ja existeix, però no és exigible fins que arribi el termini. Aquest permet al deutor negar-se a pagar el preu fins que es compleixi la data fixada i al creditor negar-se a rebre el pagament fins aquell moment. La raó és que el termini és un element accidental de l'obligació que, si no es diu altrament, beneficia totes dues parts de la relació.⁸ D'altra banda, aquest termini pot ser únic o repartit en el temps, de manera que pot haver-hi diversos terminis de compliment de l'obligació (mensuals, trimestrals, semestrals

8 DEL POZO CARRASCOSA, Pedro; VAQUER ALOY, Antoni i BOSCH CAPDEVILA, Esteve, *Derecho Civil de Cataluña. Derecho de obligaciones y contratos*, 2ª ed., Barcelona, Marcial Pons, 2021, p. 63-64.

o d'altra mena). En tot cas, cada termini que es paga fa decreïxer l'import de l'obligació única fins a la seva extinció.⁹ Els pagaments fraccionats esdevindran íntegrament exigibles de cop si es declara el venciment anticipat de l'obligació (art. 1129 CC). Això és, l'impagament comportarà la pèrdua del benefici del termini si aquell suposa un incompliment essencial.¹⁰

Les obligacions periòdiques, per contra, es caracteritzen perquè un mateix supòsit de fet genera venciments periòdics, que tenen la consideració d'obligacions independents, la durada dels quals es vincula amb unitats de temps calendaritzades (anys o períodes més breus) o a esdeveniments concrets. Són prestacions que es caracteritzen per la seva creació reiterada en el temps. Això és, el temps és condició *sine qua non* tant per a la seva existència com per a la seva exigibilitat.¹¹

5. L'acord de la junta de propietaris com a títol de l'obligació

L'acord que adopta la comunitat deriva de l'obligació legal dels cotitulars de contribuir a les despeses comuns; és un acord necessari per a determinar l'import i, si s'escau, els terminis de pagament. L'acord és el títol que fa néixer l'obligació i, atès que és un acord anual, l'obligació també ho és. Dura tant com l'any per al qual es preveu la despesa.

Acabat l'any natural, continua existint una obligació legal de contribuir a les despeses comunes, però s'ha de tornar a concretar amb un nou acord (títol de l'obligació) que farà sorgir una nova obligació concreta de contribució. Així doncs, es tracta d'una obligació reiterada en el temps,

9 BADOSA COLL, Ferran, *Dret d'obligacions*, Barcelona, Barcanova, 1990, p. 162; BADOSA COLL, Ferran, «Las obligaciones periódicas en el Código Civil», a: LLAMAS POMBO, Eugenio (Coord.), *Estudios de derecho de obligaciones: Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, Madrid, La Ley, 2006, p. 66 i DEL POZO CARRASCOSA, Pedro; VAQUER ALOY, Antoni i BOSCH CAPDEVILA, Esteve, *Derecho Civil de Cataluña. Derechos reales*, 6ª ed., Barcelona, Marcial Pons, 2018, p. 67.

10 La idea de l'incompliment essencial ve de la jurisprudència del TS a propòsit de l'art. 1.124 CC i es pot obtenir també, per al préstec, *ex arts.* 24 LCCI i 693 LEC (vinculant-ho, en aquest darrer precepte, a l'impagament de «*al menos tres plazos mensuales*»). Altrament, la Llei de compravenda a terminis de béns mobles encara fa referència a l'impagament de només «*dos plazos o del último de ellos*» (art. 10).

11 BADOSA COLL, «Dret...», p. 158 i BADOSA COLL, «Las obligaciones periódicas...», p. 65-66.

perquè cada any es confirma l'obligació; però és una obligació en tot cas circumstancial, perquè està vinculada a la despesa generada pels elements comuns i, per tant, podria succeir, al menys teòricament, que el deute fos inexistent, per existència d'un superàvit en els comptes de la comunitat suficient per a cobrir les despeses ordinàries.

El que el supòsit de fet generador de l'obligació sigui l'acord de la comunitat i que aquest es repeteixi en el temps (perquè cada any s'aprova un nou acord i, per tant, una nova obligació) no converteix l'obligació en periòdica. La raó és que el temps no intervé en la seva creació; addicionalment, cada any la quantia pot ésser distinta; i, com s'ha vist, algun any podria ésser que ni tan sols existís (si no hi ha deutes a satisfer).

Efectivament, ja s'ha dit que en la configuració de l'obligació com a periòdica el temps és l'element generador de les obligacions, independents entre sí, que neixen i resulten exigibles quan arriba el moment. Es dona l'«*existencia de una separación temporal entre varias prestaciones, cuyos vencimientos son sucesivos y se encuentran distanciados por unidades de tiempo fijas y constantes*»,¹² Ara bé, si el temps no és rellevant en el naixement de l'obligació, aquesta no serà periòdica.

En les despeses de la comunitat, l'existència de l'obligació no es vincula al temps, sinó al deute i a l'acord adoptat per la comunitat. Per tant, no es pot considerar que l'obligació sigui periòdica. No és, doncs, versemblant pensar que aquest acord de la comunitat en què es fixa la quota, genera una pluralitat d'obligacions periòdiques independents entre elles cada cop que venç el termini acordat. Sens dubte, la comunitat ho podria preveure així expressament, però aquesta seria una decisió antieconòmica. Quin avantatge reportaria que, en lloc d'una única obligació, la comunitat generés dotze obligacions independents de pagament (posat que la contribució a les despeses sigui mensual)? Això contribuiria a l'acumulació de deutes i a una pluralitat de reclamacions (tantes com obligacions independents impagades hi hagués). Per tant, a més d'antieconòmica per a la comunitat, seria una situació perjudicial per al cotitular deutor.

12 REGLERO CAMPOS, Fernando, «Artículo 1.966», a: ALBALADEJO, Manuel (Dir.), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, t. XXV, vol. 2 (versió online extreta de vLex). Definició transcrita per la SAP Madrid, Sec. 21^a, de 13 d'octubre de 2010 (AC 2010\2025).

6. Com afecta la naturalesa de l'obligació a la prescripció?

L'obligació de contribuir a les despeses de la comunitat és única i, en el seu cas, de pagament fraccionat. Com ja s'ha dit, la raó és que és l'acord anual de la comunitat estableix els contorns de l'obligació legal i és l'existència d'un deute (que s'objectiva atenent a les previsions de despeses comuns de la comunitat) la que permet concretar aquesta obligació legal. L'element temporal (l'eventual fraccionament en terminis) no és la font de l'obligació de pagament. D'altra banda, es deu l'any en curs, de manera que no és possible anticipar pagaments d'anys a venir perquè l'obligació de pagar les despeses d'anys futurs no existeix mentre no hi hagi un acord de la junta de propietaris per l'any següent.

L'art. 121-21 a) CCCat estableix que prescriuen als tres anys les pretensions relatives a «pagaments periòdics que s'hagin de fer per anys o terminis més breus». Si les obligacions de contribució fossin periòdiques cadascuna de les impagades, que podria ser reclamada de forma independent, tindria un termini de prescripció de tres anys.

Podria entendre's que una única obligació anual però fraccionada en terminis té un pagament igualment periòdic? En aquest cas, «periòdic» tindria el sentit de «reiterat» en el temps. Caldria preguntar-se llavors si la prescripció només afecta a l'obligació de pagament anual o si cada quota impagada (cada fracció de pagament) podria tenir el seu propi termini de prescripció. I si fos això darrer, el termini de prescripció seria també de tres anys? L'únic clar és que, declarat vençut el deute el termini de prescripció de l'única quantitat deguda seria el general de 10 anys.

A l'empara de l'art. 1.966.3.º CC, el TS només es fixa en els pagaments per anys o terminis més breus, tot prescindint de la naturalesa de l'obligació (periòdica o a terminis) i de la reiteració del pagament.¹³ Això mateix havia avançat anteriorment un autoritzat sector doctrinal, a propòsit d'aquesta mateixa obligació de contribució de la comunitat¹⁴ i, en general, qualssevol

13 STS de 3 de juny de 2020, de 30 de març (ECLI:ES:TS:2021:1265) i de 4 de novembre (ECLI:ES:TS:2021:4186).

14 REGLERO CAMPOS, «Artículo...».

altres que s'haguessin de satisfer per anys o períodes més breus.¹⁵ És, també, la solució que ara segueixen part de les audiències catalanes.¹⁶

Tanmateix, cal tenir en compte que si s'aplica el termini curt de prescripció als pagaments a terminis, la conclusió hauria d'ésser l'admissibilitat de la prescripció parcial del deute, cosa que no és possible, perquè només prescriuen les obligacions i els terminis no ho són. Si l'obligació és única (i ho és, malgrat els fraccionaments), la prescripció només l'afecta a ella. Els eventuals incompliments dels terminis són susceptibles de reclamació independent, però la prescripció no podrà començar fins que no se sàpiga la quantia del deute reclamat, un cop transcorregut l'any que determina la vigència de l'obligació de contribució. L'obligació única fraccionada prescriurà als deu anys comptadors des de la liquidació de l'import de les quotes impagades, això és, des de la finalització de l'any natural. Per tant, cada obligació anual té un únic dies a quo d'inici de la prescripció.

7. L'afecció real de les quotes i la seva relació amb la prescripció de l'obligació anual fraccionada

L'afecció real determina la vinculació de l'immoble al cobrament del deute i és particularment important en la hipòtesi en què l'immoble sigui alienat, perquè llavors la comunitat pot adreçar la pretensió de cobrament contra el deutor personal (antic propietari) i contra el nou propietari, que

15 Vegi's REGLERO CAMPOS, «Artículo...»; MURILLAS ESCUDERO, Juan Manuel, «Artículo 1.966», a: CAÑIZARES LASO, Ana; DE PABLO CONTRERAS, Pedro; ORDUÑA MORENO, Javier i VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario (Dir.), *Código Civil comentado*, vol. IV, 2ª ed., Madrid, Thomson Reuters, 2016, p. 1.659; CAVANILLAS MÚGICA, Santiago, «Artículo 1.966», a: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (Dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. IX, València, Tirant lo Blanch, 2013, p. 13.317; i MENÉNDEZ HERNÁNDEZ, José, «Art. 1.966», a SIERRA GIL DE LA CUESTA, Ignacio (Dir.), *Comentario del Código Civil*, t. X, 2ª ed., Barcelona, Bosch, 2006, p. 800. Per la seva banda, Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *La prescripción extintiva en el Código Civil y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madrid, Thomson Reuters, 2003, p. 222, es pregunta, sense centrar-ho al supòsit objecte de la present contribució, si «es aplicable la prescripción del art. 1966 CC a las fracciones periódicas, en que por convenio de las partes se divide una prestación principal única o unitaria [...]» i contesta afirmativament que «[n]o cabe duda que la hipótesis cabe en la letra del precepto legal».

16 SSAP Barcelona, Sec. 1ª, de 20 de desembre de 2021 i de 30 de setembre de 2022; Sec. 19ª, de 12 de desembre de 2022; i Tarragona, Sec. 3ª, de 10 de novembre de 2022.

és qui ara respon encara que els deutes pertanyin a l'anterior comuner.¹⁷ El concepte d'afecció real no apareix definit legalment, tot i que sí que té tractament en normes substantives concretes,¹⁸ com ara l'art. 553-5 CCCat.

En part, es justifica la prescripció decennal en què l'obligació de contribució no és «[...] una contraprestació a una altra correlativa prestació d'origen convencional o personal, de tracte successiu, sinó que és una obligació de tipus real» (SAP Lleida, de 30 de gener de 2017). Ara bé, la comunitat (de propietaris) té la seva raó de ser en la cotitularitat personal d'un mateix dret i això és el que fa sorgir l'obligació (legal) de contribuir o, el que és el mateix, de repartir els passius que afecten la cosa que es posseeix en comú. Per tant, no hi ha una obligació de contribució de naturalesa real (*ob rem o propter rem*).¹⁹ L'obligació és legal i personal perquè neix de la situació bàsica de comunitat.²⁰

L'afecció real tampoc és una de les garanties accessòries esmentades a l'art. 121-8.2 CCCat i, per tant, tampoc és correcte entendre (com sembla que fa l'acord de l'AP de Barcelona) que el termini més curt de la garantia necessàriament condiona un termini de prescripció més llarg de l'obligació. Es dona a entendre que, altrament, podria existir una garantia sobre obligacions ja prescrites. Com es veurà, això sempre pot succeir i és completament independent de que el termini de prescripció sigui curt o llarg.

17 ZURILLA CARIÑANA, María de los Ángeles, «Artículo 9», a: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, 6ª ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2020, p. 473-474 i SAP Barcelona, Sec. 12ª, de 13 de gener de 1999 (AC\1999\2828).

18 CHAS ARES, María del Mar, «La responsabilidad del titular registral por las cuotas comunitarias impagadas del antiguo propietario. Procedimiento adecuado. La afección real y sus problemas para acceder al Registro de la Propiedad», *Revista Acta Judicial*, núm. 5, 2020, p. 62.

19 Obligació que «es inherente a la titularidad del piso o local y pesa sobre el adquirente desde el momento que ingresa en la comunidad y con independencia de que quiera asumirla o no». El nou propietari que entra en la comunitat no té una «obligació» per raó de la cosa. L'obligació la té l'antic propietari (deutor personal). Ell no és deutor. Només té la cosa gravada. BEN GÓMEZ, Celia Belhadj, «Reforma del artículo 21 de la Ley de Propiedad Horizontal. Medidas preventivas ante el comunero moroso. Reclamación judicial», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 9, 2022 (versió on-line descarregada d'Aranzadi); ZURILLA CARIÑANA, «Artículo...», p. 457-458 i 473-474. A la jurisprudència, les SSAP Tarragona, Sec. 3ª, de 13 de març de 2001 (JUR\2001\185370) i de 27 de maig de 2014 (ECLI:ES:APT:2014:900).

20 Qualifica l'obligació de personal la SAP Madrid, Sec. 13ª, de 31 de gener de 2011 (AC 2011\372).

Recordem que l'acord de 15 de novembre de 2019 estableix literalment que: «*el término de prescripción de las cuotas comunitarias ha de ser el general de diez años [...] y no el especial de tres años [...] porque la aplicación de este plazo más limitado es incompatible con la afectación real del inmueble al pago de las cuotas comunitarias por los plazos indicados*».

Certament, d'acord amb l'art. 553-5 CCCat, la finca respon del pagament de les quotes impagades durant l'any en curs i els quatre anys anteriors, comptats entre l'1 de gener i el 31 de desembre. El dies a quo queda fixat en la data d'interposició de la demanda. Per tant, si el propietari (= deutor) havia impagat les quotes entre els mesos de gener de 2008 i gener de 2018 i el mes d'abril de 2018, la comunitat de propietaris interposa demanda per totes les quotes impagades, l'afecció real cobreix totes les quotes de l'any 2018 (data d'interposició de la demanda, any en curs) fins gener de 2014 (el quart any anterior). La resta de quotes impagades (gener de 2008 fins desembre de 2013), no quedaran cobertes per l'afecció real, però seran igualment exigibles mentre no hagin prescrit.

Efectivament, el termini de prescripció es refereix a la pretensió²¹ de cobrament de l'obligació. L'afecció real només es refereix a la garantia de cobrament amb càrrec a la finca, com ja s'ha dit, per la part vençuda de l'any en curs i els quatre anys immediatament anteriors, comptats de l'1 de gener al 31 de desembre (art. 553-5 CCCat) amb un màxim de cinc anys. D'altra banda, l'accessori (l'afecció real) mai no pot determinar el règim jurídic aplicable al principal (el dret de crèdit a favor de la comunitat). L'afecció real és un mer reforç del dret de crèdit, que permetrà la comunitat fer efectiu el pagament sobre el bé, però, això és independent que l'obligació estigui prescrita. No ho estarà si la comunitat de propietaris interromp la prescripció i, tanmateix, podria succeir que el gravamen no l'afectés. D'acord amb l'exemple anterior, l'afecció real només cobrirà les pretensions fins el gener de 2014. Per tant, no seria rellevant que el termini de prescripció fos més o menys llarg que el termini de l'afecció real. No és, doncs, un problema de prescripció de les obligacions, sinó de determinació de les anualitats que estan afectades per l'afecció real.

21 ARROYO AMAYUELAS, E., «Efectos de la prescripción extintiva», a: *La prescripción extintiva*, València, Tirant Lo Blanch, 2014, p. 241 i BADOSA COLL, F., «Article 121-1», a: LAMARCA I MARQUÈS, A. i VAQUER ALOY, A. (Eds.), *Comentari al Llibre Primer del Codi Civil de Catalunya. Disposicions preliminars. Prescripció i caducitat*, Barcelona, Atelier, 2012, p. 307.

8. Conclusions

Tal i com ha quedat demostrat, l'obligació de contribució de la comunitat de propietaris a les despeses comunes és anual i no periòdica. L'art. 121-21 a) CCCat es refereix a pagaments periòdics derivats d'obligacions que també ho són. Si «periòdic» fos equivalent a «reiterat» i pogués aplicar-se als terminis interns d'una obligació fraccionada, la conseqüència seria la conversió dels terminis en obligacions independents, d'una banda perquè només les obligacions prescriuen i, de l'altra, perquè no hi pot haver una prescripció parcial de només les quotes corresponents a alguns terminis (que impliquen fraccionament de l'única obligació existent). En conseqüència, per tal d'evitar la prescripció, hi hauria la necessitat d'efectuar tantes reclamacions com eventuals impagaments se succeïssin, la qual cosa seria antieconòmica i perjudicial per a la comunitat.

El termini de prescripció de les quotes de la comunitat de propietaris és decennal, perquè el naixement del deute depèn de l'acord pres per la junta de propietaris. Per tant, contràriament al que estableixen les Audiències, el raonament és completament independent de quin sigui l'abast de l'afecció real. Efectivament, una cosa és determinar fins quan es pot imposar coactivament el pagament de l'obligació i una altra cosa molt distinta és establir quines anualitats es podran fer efectives sobre l'immoble. Naturalment, les no prescrites, si estan dins dels darrers cinc anys a comptar des de la reclamació judicial; però no necessàriament totes les no prescrites, si són anteriors. En conseqüència, optar per un o altre termini de prescripció no soluciona el problema, perquè l'afecció real no veu modificat el seu abast.

9. Bibliografia

- ARROYO AMAYUELAS, E., «Efectos de la prescripción extintiva», a: *La prescripción extintiva*, València, Tirant Lo Blanch, 2014, p. 235-318.
- BADOSA COLL, Ferran, *Dret d'obligacions*, Barcelona, Barcanova, 1990.
- BADOSA COLL, Ferran, «Las obligaciones periódicas en el Código Civil», a: LLAMAS POMBO, Eugenio (Coord.), *Estudios de derecho de obligaciones: Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, Madrid, La Ley, 2006, p. 59-67.
- BADOSA COLL, Ferran, «Article 121-1», a: LAMARCA I MARQUÈS, Albert i VAQUER ALOY, Antoni (Eds.), *Comentari al Llibre Primer del Codi Civil*

de Catalunya. Disposicions preliminars. Prescripció i caducitat, Barcelona, Atelier, 2012, p. 305-342.

- BEN GÓMEZ, Celia Belhadj, «Reforma del artículo 21 de la Ley de Propiedad Horizontal. Medidas preventivas ante el comunero moroso. Reclamación judicial», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 9, 2022 (versió on-line descarregada d'Aranzadi).
- CAVANILLAS MÚGICA, Santiago, «Artículo 1.966», a: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (Dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. IX, València, Tirant lo Blanch, 2013, p. 13.314-13.318.
- CHAS ARES, María del Mar, «La responsabilidad del titular registral por las cuotas comunitarias impagadas del antiguo propietario. Procedimiento adecuado. La afección real y sus problemas para acceder al Registro de la Propiedad», *Revista Acta Judicial*, núm. 5, 2020, p. 54-71.
- DEL POZO CARRASCOSA, Pedro; VAQUER ALOY, Antoni i BOSCH CAPDEVILA, Esteve, *Derecho Civil de Cataluña. Derechos reales*, 6ª ed., Barcelona, Marcial Pons, 2018.
- DEL POZO CARRASCOSA, Pedro; VAQUER ALOY, Antoni i BOSCH CAPDEVILA, Esteve, *Derecho Civil de Cataluña. Derecho de obligaciones y contratos*, 2ª ed., Barcelona, Marcial Pons, 2021.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luís, *La prescripción extintiva en el Código Civil y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madrid, Thomson Reuters, 2003.
- MENÉNDEZ HERNÁNDEZ, José, «Art. 1.966», a SIERRA GIL DE LA CUESTA, Ignacio (Dir.), *Comentario del Código Civil*, t. X, 2ª ed., Barcelona, Bosch, 2006, p. 799-802.
- MURILLAS ESCUDERO, Juan Manuel, «Artículo 1.966», a: CAÑIZARES LASO, Ana; DE PABLO CONTRERAS, Pedro; ORDUÑA MORENO, Javier i VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario (Dirs.), *Código Civil comentado*, vol. IV, 2ª ed., Madrid, Thomson Reuters, 2016, p. 1.657-1.661.
- REGLERO CAMPOS, Fernando, «Artículo 1.966», a: ALBALADEJO, Manuel (Dir.), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, t. XXV, vol. 2 (versió online extreta de vLex).
- ZURILLA CARIÑANA, María de los Ángeles, «Artículo 9», a: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, 6ª ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2020, p. 433-512.

Barreres arquitectòniques i comunitats de propietaris: anàlisi de l'aplicació judicial de l'art. 553-25.5 CCCat

Guillem Izquierdo Grau

Professor lector Serra Húnter. Departament de Dret privat
Universitat Autònoma de Barcelona

Sumari

1. Introducció

2. D'on venim i fins a on hem arribat: evolució legislativa en matèria d'accessibilitat

3. La reforma del llibre cinquè del Codi civil de Catalunya per la Llei 5/2015, del 13 de maig, en matèria d'accessibilitat

- 3.1. Motivació de la reforma en matèria de supressió de barreres arquitectòniques: la convenció de Nova York sobre els drets de les persones amb discapacitat
- 3.2. Principals reformes en matèria de supressió de barreres arquitectòniques

4. Anàlisi jurisprudencial de l'aplicació de la reforma

- 4.1. La doctrina del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya
- 4.2. Aportacions de la jurisprudència menor

5. Reflexió final

6. Bibliografia

1. Introducció

Les vint-i-dosenes Jornades de Dret Català a Tossa estan dedicades a l'aplicació judicial del Codi Civil de Catalunya. Per tant, enguany la perspectiva adoptada és eminentment pràctica i ens ha d'apropar a la realitat dels Tribunals sobre l'aplicació del Dret Civil Català. Una matèria que es troba immersa en canvis constants és la regulació del Llibre cinquè sobre propietat horitzontal. En aquest sentit, l'any 2015 es va dur a terme una reforma molt important en el Llibre cinquè per la Llei 5/2015, de 13 de maig, que va introduir algunes novetats en aquesta matèria.

Un dels objectius que pretenia la reforma era l'adaptació de la legislació sobre propietat horitzontal als principis de la Convenció de Nova York sobre els Drets de les persones amb discapacitat. La Llei 5/2015, de 13 de maig, va introduir alguns canvis en matèria de supressió de barreres arquitectòniques per l'autoritat judicial (art. 553-25.5 CCCat), vinculació dels acords (art. 553-30 CCCat) i restriccions i servituds forçoses (art. 553-39.2 CCCat). La doctrina havia criticat aquests preceptes i el Tribunal Superior de Justícia de Catalunya havia anat elaborant la seva doctrina sobre la versió original d'aquells preceptes que finalment ha cristal·litzat en el Llibre cinquè amb la reforma de l'any 2015. Si bé la reforma que es va produir l'any 2015 va afectar fonamentalment el Llibre cinquè i, de retruc, als drets de les persones amb discapacitat enfront de les comunitats de propietaris, actualment encara es troba pendent una reforma del Codi Civil de Catalunya de major importància per adaptar la nostra legislació definitivament a la Convenció de Nova York sobre els Drets de les persones amb discapacitat. M'estic referint a la reforma del Llibre segon que tindrà lloc en els anys vinents, de la qual el Decret Llei 19/2021, de 31 d'agost, pel qual s'adapta el Codi civil de Catalunya a la reforma del procediment de modificació judicial de la capacitat n'és un primer tast. Per això, l'elecció del tema del treball es justifica per la sensibilitat del legislador en els darrers anys en l'àmbit de la defensa dels drets de les persones amb discapacitat.

La reforma realitzada l'any 2015 ja fa vuit anys que està en vigor, per la qual cosa ha transcorregut un període de temps suficient per valorar-ne l'aplicació judicial per part dels Tribunals. És per aquest motiu que aquest treball pretén exposar com els Tribunals catalans han aplicat els principis de la Convenció de Nova York sobre els Drets de les persones amb discapacitat en l'àmbit del Dret privat, sense prescindir de l'enquadrament del tema fent un repàs de l'evolució de la legislació en matèria de discapacitat. Certament, l'acció a la qual es dediquen més esforços en aquest treball és la de supressió de barreres arquitectòniques per l'autoritat judicial (art. 553-25.5 CCCat). No obstant això, no és possible tractar correctament aquesta matèria sense referir-se a aspectes connexos, com són la vinculació dels acords i les servituds forçoses per a la supressió de barreres arquitectòniques. Pel que fa a l'estructura del treball, per una banda, el primer bloc conté una aproximació teòrica als canvis introduïts per la Llei 5/2015, de 13 de maig. En aquest sentit, es contraposa la legislació vigent fins aquell moment amb l'actual per valorar i explicar els canvis introduïts. De l'altra, el treball adopta una perspectiva pràctica quan s'endinsa en l'aplicació judicial de la reforma. En primer lloc, es fa referència a la doctrina que ha fixat el Tribunal Superior de Justícia sobre supressió de barreres arquitectòniques, vinculació dels acords i servituds forçoses i, en segon lloc, s'estudia la jurisprudència menor posterior a la reforma, que també ha ajudat a perfilar els requisits per a la viabilitat de les accions treballades.

Per acabar, esperem que el treball sigui de l'interès del lector i que pugui ser d'ajut als professionals del dret en la defensa dels drets de les persones amb discapacitat.

2. D'on venim i fins a on hem arribat: evolució legislativa en matèria d'accessibilitat

El primer reconeixement que trobem en la legislació sobre la supressió de barreres arquitectòniques es remunta a l'any 1984 amb l'adopció del Decret 100/1984, de 10 d'abril, sobre supressió de barreres arquitectòniques.¹ Es tracta d'una norma que regulava la supressió de barreres arquitectòniques

1 Decret 100/1984, de 10 d'abril, sobre supressió de barreres arquitectòniques (DOGC núm. 427, del 18 d'abril de 1984).

en l'espai públic, sense fer referència als edificis privats o en règim de propietat horitzontal.

Posteriorment, el legislador català va aprovar la Llei 20/1991, de 25 de novembre, de promoció de l'accessibilitat i de supressió de barreres arquitectòniques. Es tracta d'una norma que, si bé la major part de les seves disposicions anaven destinades a millorar l'accessibilitat dels edificis públics, l'art. 11 ja preveia l'adaptació dels elements comuns de les comunitats de propietaris:

«Els propietaris o usuaris d'habitatges poden dur a terme les obres d'adaptació necessàries per tal que els seus interiors o elements i els serveis comuns dels edificis d'habitatge puguin ser utilitzats per persones amb mobilitat reduïda que hi visquin o hi hagin de viure, sempre que disposin respectivament, i en el seu cas, de l'autorització de la comunitat o del propietari.»²

El Preàmbul de la Llei reconeixia el progressiu envelliment de la població de Catalunya i a la necessitat de millorar l'accessibilitat mitjançant la supressió de barreres arquitectòniques.

Pocs mesos després es va entrar en vigor la Llei 24/1991, del 29 de novembre, de l'habitatge.³ Els arts. 35 i 36 d'aquella llei permetien que la supressió de les barreres arquitectòniques fos autoritzada per l'Administració,

2 Llei 20/1991, de 25 de novembre, de promoció de l'accessibilitat i supressió de barreres arquitectòniques (DOGC núm. 1526, del 4 de desembre del 1991).

3 Llei 24/1991, del 29 de novembre, de l'habitatge (BOE núm. 42, del 18 de febrer del 1992). «Art. 35. Realización de obras de adaptación. Los propietarios y los usuarios podrán llevar a cabo las obras de transformación necesarias para que los interiores de las viviendas o los elementos y los servicios comunes del edificio sean utilizables por las personas con movilidad reducida que deban vivir en ellas, siempre que dispongan, en su caso, de autorización de la comunidad o del propietario, respectivamente, sin perjuicio de las autorizaciones administrativas que sean preceptivas.

Art. 36. Autorización administrativa. 1. En el supuesto de que la comunidad o el propietario denieguen la autorización a que se refiere el artículo 35, esta puede ser solicitada a la administración que se determine por reglamento, cumplimentando los siguientes requisitos: A) acreditar la situación de movilidad reducida y acreditar que la vivienda no es practicable o accesible para quien reside o debe residir en ella de forma habitual y permanente.

B) presentar una descripción detallada de las obras que deben realizarse, acreditativa de que no son de entidad desproporcionada a la causa.

2. Para el otorgamiento o la denegación de la autorización administrativa solicitada, debe tenerse en cuenta la normativa vigente sobre supresión de barreras arquitectónicas y de fomento de la accesibilidad de la edificación, así como la proporcionalidad entre las obras y la causa que las motiva.»

en el supòsit que la comunitat denegué la supressió. Per tant, veiem com abans de l'entrada en vigor del Llibre V del Codi Civil de Catalunya aquesta matèria estava regulada per normes de dret administratiu que preveien que davant la negativa de la comunitat de veïns era suplerta per ordre de l'Administració, sempre que es provés la situació de mobilitat reduïda i que l'edifici no era accessible o practicable, sempre que les obres no fossin desproporcionades. La Llei 24/1991 va estar en vigor fins a l'entrada en vigor de la Llei 18/2007, del 28 de desembre, del dret a l'habitatge, la disposició derogatòria de la qual deroga la Llei 24/1991. Tanmateix, la Llei 24/1991 va ser desenvolupada pel Decret 135/1995, de 24 de març, de desplegament de la Llei 20/1991, de 25 de novembre, de promoció de l'accessibilitat i de supressió de barreres arquitectòniques, i d'aprovació del Codi d'accessibilitat.⁴

Per explicar l'evolució legislativa en matèria d'accessibilitat no podem descuidar fer referència a la legislació estatal sobre propietat horitzontal, que constitueix pròpiament la legislació de dret civil que regia a Catalunya fins a l'entrada en vigor del Llibre V CCCat i que per aquesta raó ha tingut una influència en la legislació catalana sobre aquesta matèria. Seguint amb l'exposició cronològica, la següent fita temporal es troba en l'adopció de la Llei 15/1995, del 30 de maig, sobre límits del domini sobre immobles per a eliminar barreres arquitectòniques a les persones amb discapacitat.⁵ Aquesta llei va suposar un avenç significatiu en la supressió de barreres arquitectòniques, atès que legitimava activament per a accionar, no només al propietari de l'immoble, sinó també als usuaris, com poden ser els arrendataris, usufructuaris o subarrendataris (art. 2 Llei 15/1995). Tanmateix,

4 Decret 135/1995, de 24 de març, de desplegament de la Llei 20/1991, de 25 de novembre, de promoció de l'accessibilitat i de supressió de barreres arquitectòniques, i d'aprovació del Codi d'accessibilitat (DOGC núm. 2043, del 28 d'abril del 1995). *Vid.* Art. 31 Decret 135/1995: «31.2 En el supòsit que la comunitat o el propietari deneguin l'autorització a la qual es refereix l'apartat anterior, aquesta pot ser sol·licitada al Departament de Benestar Social, complint els requisits següents: Acreditar la situació de mobilitat reduïda i acreditar que l'habitatge no és practicable o accessible per a qui hi resideix o hi ha de residir habitualment i permanentment. Presentar una descripció detallada de les obres que cal fer, acreditativa que no són d'entitat desproporcionada a la causa. 31.3 Per a l'atorgament o la denegació de l'autorització administrativa sol·licitada, cal tenir en compte el que estableix el present Reglament i també la proporcionalitat entre les obres i la causa que les motiva.»

5 Ley 15/1995, de 30 de mayo, sobre límites del dominio sobre inmuebles para eliminar barreras arquitectónicas a las personas con discapacidad (BOE núm. 129, del 31 de maig de 1995).

l'art. 6 d'aquesta llei preveia que davant la negativa de la comunitat de propietaris es pogués substituir la seva voluntat per una autorització judicial. Això no obstant, l'art. 7 de la Llei 15/1995 imposava les despeses de les obres d'adequació dels elements comuns als sol·licitants, la qual cosa dificultava la seva viabilitat pràctica. Les obres no podien afectar a l'estructura de l'edifici ni perjudicar la resistència dels materials utilitzats en la construcció, sempre que fossin raonables i compatibles amb les característiques arquitectòniques i històriques de l'edifici (art. 3 Llei 15/1995). A més, cal destacar que la Llei 15/1995 només era aplicable en cas de manca de les normes dictades per les comunitats autònomes en l'exercici de les seves competències en matèria de dret civil, foral o especial, de conformitat amb el que estableixen els estatuts d'autonomia (Disposició final única Llei 15/1995). Per tant, a Catalunya aquesta matèria continuava regint-se per la Llei 24/1991.

Abans de l'entrada en vigor del llibre cinquè CCCat cal també destacar la Llei 51/2003, del 2 de desembre, que va modificar l'art. 10 de la Llei de Propietat Horitzontal estatal per ampliar la legitimació per a reclamar la supressió de les barreres arquitectòniques existents en les comunitats de propietaris. A més, introduïa un topall màxim per a la realització de les obres d'adequació dels elements comuns, ja que no podien superar l'import de tres mensualitats ordinàries de despeses comunes, fet que dificultava la viabilitat d'algunes obres com, per exemple, la instal·lació d'un ascensor en una comunitat on originàriament no n'hi havia, degut a l'elevat cost d'aquesta obra.⁶

Finalment, el dia 1 de juliol de 2006 entra en vigor el llibre V del Codi civil de Catalunya, que en la seva versió publicada regulava les qüestions en matèria d'accessibilitat i supressió de barreres arquitectòniques en les comunitats de propietaris de la manera com s'exposarà en l'epígraf 3.2 d'aquest treball.

6 Llei 51/2003, del 2 de desembre, d'igualtat d'oportunitats, no discriminació i accessibilitat universal de les persones amb discapacitat (BOE núm. 289, del 3 de desembre del 2003). Vid. Disposició Addicional Tercera: «1. Será obligación de la comunidad la realización de las obras necesarias para el adecuado sostenimiento y conservación del inmueble y de sus servicios, de modo que reúna las debidas condiciones estructurales, de estanqueidad, habitabilidad, accesibilidad y seguridad.

2. Asimismo, la comunidad, a instancia de los propietarios en cuya vivienda vivan, trabajen o presten sus servicios altruistas o voluntarios personas con discapacidad, o mayores de setenta años, vendrá obligada a realizar las obras de accesibilidad que sean necesarias para un uso adecuado a su discapacidad de los elementos comunes, o para la instalación de dispositivos mecánicos y electrónicos que favorezcan su comunicación con el exterior, cuyo importe total no exceda de tres mensualidades ordinarias de gastos comunes.»

No voldria concloure aquest apartat sense fer referència a la legislació catalana sobre accessibilitat, en particular, a la Llei 13/2014, del 30 d'octubre, d'accessibilitat. Sens perjudici del dret civil català, aquesta llei encara preveu una via administrativa no judicial per a la supressió de barreres arquitectòniques,⁷ en la línia del que disposaven els arts. 35 i 36 de la Llei 24/1991, del 29 de novembre, de l'habitatge.

3. La reforma del llibre cinquè del Codi civil de Catalunya per la Llei 5/2015, del 13 de maig, en matèria d'accessibilitat

3.1. Motivació de la reforma en matèria de supressió de barreres arquitectòniques: la convenció de Nova York sobre els drets de les persones amb discapacitat

El Preàmbul de la Llei 5/2015, de 13 de maig diu que la principal motivació per a la reforma del Llibre cinquè en la matèria que ens ocupa, és a dir, la protecció dels drets de les persones amb discapacitat envers les comunitats de propietaris, va ser la promulgació de la Convenció de Nova York sobre els Drets de les persones amb discapacitat: «S'atorga una

7 Llei 13/2014, del 30 d'octubre, d'accessibilitat (DOGC núm. 6742, del 4 de novembre del 2014).

Article 60

Intervenció administrativa en edificis d'habitatges

«1. Sens perjudici de les determinacions del dret civil català, si els propietaris o titulars d'un dret possessori sobre un habitatge, o les persones amb qui conviuen, tenen alguna discapacitat i no obtenen l'acord de la comunitat o l'autorització del propietari per a executar obres d'accessibilitat, poden instar la intervenció del departament competent en matèria de promoció de l'accessibilitat perquè adopti les mesures necessàries que garanteixin llurs drets, per mitjà del procediment i en els termes que siguin establerts per reglament.

2. En tots els casos, el procediment a què fa referència l'apartat 1:

- a) Ha de garantir l'audiència als interessats en el procediment.
- b) Ha de tenir en compte la normativa vigent sobre accessibilitat, i també la proporcionalitat entre les obres i la causa que les motiva, d'acord amb el que estableix l'article 3.p.
3. Per a executar les obres que estableix aquest article, els interessats poden sol·licitar els ajuts o les subvencions disponibles.
4. La intervenció administrativa del departament competent en matèria d'accessibilitat a què fa referència l'apartat 1 s'ha de desenvolupar sens perjudici de l'obligatorietat de tramitar les llicències i els permisos d'obra que siguin preceptius.»

consideració especial a l'adopció d'acords que afecten les obres obligades d'adaptació de l'edifici a les necessitats de les persones amb discapacitat i per a les persones més grans de setanta anys, per a la qual cosa s'ha tingut en compte la Convenció internacional sobre els drets de les persones amb discapacitat i el seu Protocol facultatiu, aprovats el 13 de desembre de 2006 per l'Assemblea General de l'Organització de les Nacions Unides.»⁸ Al llarg de l'articulat de la Convenció no hi ha una referència explícita a la supressió de les barreres arquitectòniques de les comunitats de propietaris, però és una exigència que deriva d'altres drets que la Convenció reconeix a les persones amb discapacitat, com el dret a l'accessibilitat universal (art. 9 Convenció) i a una vida independent (art. 19 Convenció).⁹

L'accessibilitat és un dels principis fonamentals sobre els quals s'assenta la Convenció. L'accessibilitat universal és una condició prèvia per tal que les persones amb discapacitat tinguin una vida independent i en condicions d'igualtat amb la resta de persones que integren la seva comunitat. Tanmateix, l'accessibilitat és un pressupòsit bàsic per a l'exercici dels seus drets i llibertats. En la matèria que en ocupa, la supressió de barreres arquitectòniques constitueix una manifestació del

8 Llei 5/2015, del 13 de maig, de modificació del llibre cinquè del Codi civil de Catalunya, relatiu als drets reals (DOGC núm. 6875, de 20 de maig del 2015).

9 Convenció sobre els drets de les persones amb discapacitat i protocol facultatiu. Es pot consultar a: https://dretssocials.gencat.cat/web/.content/03ambits_tematic/11discapacitat/2012_04_11_convencio_drets_persones_discapacitat_catala.pdf.

Article 9. Accessibilitat «1. A fi que les persones amb discapacitat puguin viure independentment i participar plenament en tots els aspectes de la vida, els estats part han d'adoptar mesures pertinents per assegurar l'accés de les persones amb discapacitat, en igualtat de condicions amb les altres, a l'entorn físic, el transport, la informació i les comunicacions, inclosos els sistemes i les tecnologies de la informació i les comunicacions, i a altres serveis i instal·lacions oberts al públic o d'ús públic, tant en zones urbanes com en rurals. Aquestes mesures, que inclouran la identificació i l'eliminació d'obstacles i barreres d'accés, s'han d'aplicar, entre d'altres, a: a) Els edificis, les vies públiques, el transport i altres instal·lacions exteriors i interiors com ara escoles, habitatges, instal·lacions mèdiques i llocs de treball; [...].»

Article 19. Dret a viure de forma independent i a ser inclòs en la comunitat. «Els estats part en aquesta convenció reconeixen el dret en igualtat de condicions de totes les persones amb discapacitat a viure a la comunitat, amb opcions iguals a les de les altres, i han d'adoptar mesures efectives i pertinents per facilitar el ple gaudi d'aquest dret a les persones amb discapacitat i la seva plena inclusió i participació a la comunitat, i han d'assegurar especialment que: a) Les persones amb discapacitat tinguin l'oportunitat de triar el seu lloc de residència i on i amb qui viure, en igualtat de condicions amb les altres, i no es vegin obligades a viure conformement a un sistema de vida específic; [...].»

dret a l'accessibilitat en l'entorn físic de les persones amb discapacitat. Malgrat que l'art. 9 de la Convenció conté un mandat dirigit als Estats parts, que es concreta en la supressió de barreres existents en edificis oberts al públic, no hi hauria d'haver cap impediment perquè aquest principi s'incorpori en l'àmbit del Dret privat i que, per tant, també sigui exigible enfront de les comunitats de propietaris, en la mesura que les barreres arquitectòniques existents poden dificultar l'exercici d'aquest dret en l'àmbit més privat de la persona.¹⁰

El dret a una vida independent té dos vessants. El primer, que podríem considerar la dimensió individual del dret, reconeix el dret a les persones amb discapacitat a la presa autònoma de decisions i a exercir el control de manera personal i individual dels aspectes de la seva vida, sense intromissions de tercers. El segon vessant té una perspectiva col·lectiva o social, en el sentit d'impedir que la persona amb discapacitat sigui segregada de la seva comunitat per aquesta causa, fet que dona lloc a l'abandonament, a la dependència respecte d'altres familiars per a desplaçar-se o per la presa de decisions i a l'aïllament.¹¹ L'art. 19.b) de la Convenció conté una referència a l'elecció del lloc de residència. Això implica que les característiques de l'immoble on resideix una persona amb discapacitat no han de condicionar la seva vida independent en les seves múltiples vessants. Per tant, aquest dret es troba fortament vinculat amb la supressió de les barreres arquitectòniques del lloc on habita una persona amb discapacitat.

D'acord amb el que s'ha exposat, queda clar que la reforma operada en el Llibre cinquè CCCat per la Llei 5/2015, de 13 de maig, està plenament justificada després de l'entrada en vigor de la Convenció, per adaptar la nostra legislació als seus principis.

3.2. Principals reformes en matèria de supressió de barreres arquitectòniques

3.2.1. Supressió de barreres arquitectòniques per mandat judicial

Originàriament, l'art. 553-25.6 CCCat, en la versió publicada en l'entrada en vigor del llibre cinquè CCCat el dia 1 de juliol de 2006, deia el següent:

10 SARAVIA MÉNDEZ, Gregorio, *Las observaciones generales del Comité de derechos de las personas con discapacidad de Naciones Unidas explicadas y comentadas*, Grupo editorial Cinca, Madrid, 2022, p. 47-77.

11 SARAVIA MÉNDEZ, Gregorio, «Las observaciones generales...», p. 141-174.

«Els propietaris amb discapacitat física o les persones amb qui conviuen, si els acords a què fan referència les lletres a i b de l'apartat 5 no assoleixen la majoria necessària, poden demanar a l'autoritat judicial que obligui la comunitat a suprimir les barreres arquitectòniques o a fer les innovacions exigibles per a assolir la transibilitat de l'immoble.» El tenor literal de l'art. 553-25.6 CCCat plantejava algunes qüestions que van ser resoltes, bàsicament, per la SSTSJCat núm. 36/2012, d'11 de juny i 34/2013 de 6 de maig.¹²

En particular, el tenor literal de l'art. 553-25.6 CCCat donava lloc a entendre que les mesures per a suprimir barreres arquitectòniques es podien demanar i aplicar amb un cert grau d'automaticitat, després de fracassar l'acord per a suprimir-les en junta de propietaris. La reacció del TSJCat va ser introduir la necessitat de dur a terme un judici de raonabilitat i proporcionalitat de la mesura i es va descartar, així, l'aplicació automàtica de la mesura proposada.¹³ En la mateixa sentència el TSJCat va fixar les circumstàncies que s'havien de valorar en el judici de raonabilitat i proporcionalitat de les actuacions, que són els següents: «Ello implica que en tal juicio de ponderación o proporcionalidad deba el Tribunal considerar, por un lado, la clase y tipo de minusvalías físicas o la edad de los concretos peticionarios incluso su número, con independencia de que tales discapacidades hayan sido determinadas en vía administrativa y, de otro, sin ánimo exhaustivo: a) el mantenimiento del propio sistema; b) los derechos que en su caso podrían resultar afectados por la instalación; c) el coste total de las obras; d) la capacidad de la Comunidad y de sus miembros para llevarlas a cabo sin afectar a su propia subsistencia; d) las ayudas oficiales previstas y con las que podría contar la Comunidad para sufragar las obras.» Com s'exposarà a continuació, aquesta doctrina es va reiterar en la TSJCat núm. 15/2019, de 21 de febrer.

Una altra aportació de la STSJCat núm. 36/2012, d'11 de juny va ser reconèixer legitimació activa a les persones d'edat avançada, independentment del fet que tinguin una discapacitat física o no. És a dir, l'edat constitueix un factor rellevant per reconèixer legitimació activa als efectes de l'art. 553-25.6

12 STSJCat núm. 34/2013, de 6 de maig.

13 STSJCat núm. 36/2012, d'11 de juny: «Necesariamente el Tribunal, acreditada la negativa de la Comunidad a la realización de las obras demandadas, deberá realizar un juicio ponderado sobre las necesidades de tales vecinos y las posibilidades de realización y asunción de las obras por los restantes, partiendo de que, en abstracto, los derechos de los primeros resultan más relevantes que los de los segundos en atención al valor superior que el principio de igualdad tiene sobre los derechos dominicales que desarrollan las normas relativas a la propiedad horizontal.»

quan era vigent, malgrat que la redacció del precepte només reconeixia legitimació als propietaris dels elements privatis i els seus convivents amb discapacitat: «De este modo, entendemos como ya hizo el Tribunal Supremo (Sala 1a) en Sentencia, entre otras de 28-9-2006, que no existe obstáculo legal para considerar la edad como un factor relevante en la reducción de la movilidad para la superación de las barreras arquitectónicas y que, en consecuencia, se hallan legitimadas las personas de edad avanzada, incluso sin especiales dolencias físicas, para acudir al Juzgado al amparo del art. 553-25.6. El procedimiento será el que corresponda según la LEC 1/2000. / Parece incontestable que el paso del tiempo produce por sí mismo menguas físicas que dificultan el acceso a los pisos altos por escaleras, más si, como es usual, se tienen que transportar bultos o paquetes, afectando esta dificultad al disfrute de la vivienda en condiciones de igualdad respecto de quien no sufre tales deterioros.»

Parece incontestable que el paso del tiempo produce por sí mismo menguas físicas que dificultan el acceso a los pisos altos por escaleras, más si, como es usual, se tienen que transportar bultos o paquetes, afectando esta dificultad al disfrute de la vivienda en condiciones de igualdad respecto de quien no sufre tales deterioros.» D'aquesta manera, s'ampliava el cercle de legitimats activament per a demanar forçosament la supressió de barreres arquitectòniques, i no es limitava a les persones que tenen la condició de propietari d'un element privatiu o els seus convivents que tenen discapacitat.

La doctrina del TSJCat es va recollir en ocasió de la modificació del Llibre cinquè CCCat per la reforma operada per la Llei 5/2015, de 13 de maig. Actualment, el tenor literal de l'art. 553-25.5 CCCat disposa el següent: «Els propietaris o titulars d'un dret possessori sobre l'element privatiu, en el cas que ells mateixos o les persones amb qui hi conviuen o treballen pateixin alguna discapacitat o tinguin més de setanta anys, si no aconseguen que s'adoptin els acords a què fan referència les lletres a) i b) de l'apartat 2, poden demanar a l'autoritat judicial que obligui la comunitat a suprimir les barreres arquitectòniques o a fer les innovacions exigibles, sempre que siguin raonables i proporcionades, per a assolir l'accessibilitat i la transitabilitat de l'immoble en atenció a la discapacitat que les motiva.»

Dividiré l'anàlisi de l'art. 553-25.5 CCCat en tres blocs: estudi de la legitimació activa; requisit de procedibilitat i el possible contingut del mandat judicial.

a) Legitimació activa

En segon lloc, com ja he apuntat anteriorment, l'art. 553-25.5 CCCat atorga legitimació activa no només als propietaris d'un element privatiu, sinó que també es reconeix legitimació activa als titulars d'un dret possessori sobre un element privatiu. L'ampliació del cercle de legitimats és benvinguda atès que, en cas contrari, els titulars de drets possessoris sobre un element privatiu, si pateixen una discapacitat o són majors de setanta anys no podrien gaudir l'immoble segons les facultats que els reconeix el seu dret. Per la qual cosa, veurien disminuïdes les seves facultats sobre el bé d'una forma injustificada. Pensem, per exemple, en el cas d'un usufructuari o arrendatari major de setanta anys o que pateix una discapacitat i que viu en un edifici que no disposa d'un ascensor.¹⁴

Per tant, els legitimats activament per a l'acció de l'art. 553-25.5 CCCat són els propietaris i els titulars de drets possessoris sobre l'immoble, ja sigui un dret real o personal. Ara bé, a continuació el precepte es refereix a les circumstàncies personals que habiliten per demanar a l'autoritat judicial la supressió de barreres arquitectòniques, que són les següents: patir una discapacitat o ser major de setanta anys, independentment de patir alguna discapacitat física. És a dir, tal com he apuntat en l'apartat anterior, l'edat és un factor rellevant que habilita per acudir a la protecció que dispensa l'art. 553-25.5 CCCat. La principal novetat que recull l'actual art. 553-25.5 CCCat és que aquestes circumstàncies, el patiment d'una discapacitat o ser major de setanta anys, no és una circumstància predicable del propietari o titular d'un dret real possessori de l'element privatiu, sinó que la seva legitimació també s'estén quan aquestes vicissituds afectin les persones amb qui conviuen o que treballin en l'element privatiu. Per una banda, el precepte no exigeix mantenir un determinat grau de parentiu respecte d'ells, o un vincle formal (matrimoni o unió estable de parella). Per tant, l'ús del verb «conviu» exigeix una interpretació àmplia dels subjectes que puguin habitar o relacionar-se amb l'immoble. No obstant això, una interpretació extensiva podria donar lloc a un abús de dret o almenys contrari a la bona fe. És per aquest motiu que el propietari o el titular d'un dret real possessori s'haurà de valdre dels mitjans de prova que acreditin una relació efectiva de les persones que conviuen en relació amb l'immoble. D'altra banda, el precepte també fa referència a les persones que «treballen» en l'immoble.

14 ESCUTIA ABAD, Mar, «Capítol 13: La propietat horitzontal», a: LUCAS ESTEVE, Adolfo (dir.), *Drets reals. Possessió, propietat i situacions de comunitat*, t. 1, 2a ed., Bosch, 2017, p. 318-319.

Podria ser el cas d'un element privatiu on es du a terme una activitat professional. En aquests casos el titular del negoci també pot sol·licitar la supressió de les barreres arquitectòniques, però haurà de provar el vincle que manté amb l'immoble.¹⁵ En tot cas, els verbs «conviure» i «treballar» evoquen a un cert grau de permanència i, per tant, la relació espontània d'aquelles persones amb l'immoble no empara, al meu parer, l'exercici de l'acció de l'art. 553-25.5 CCCat.¹⁶

La legitimació directa dels titulars de drets possessoris per a sol·licitar judicialment la supressió de barreres arquitectòniques, és a dir, sense ser representats pel propietari de l'element privatiu, contrasta amb la falta de legitimació per a incloure assumptes en l'ordre del dia que hauran de ser deliberats en junta de propietaris (art. 553-21.4 CCCat: «a) L'ordre del dia. Si la reunió es convoca a petició de propietaris promotors, hi han de constar els punts que proposen. L'ordre del dia inclou, entre altres assumptes, els proposats per escrit a la presidència, abans de la convocatòria, per qualsevol dels propietaris.»). L'ordre de dia inclou, per tant, els assumptes proposats per escrit a la presidència, abans de la convocatòria, per qualsevol dels propietaris. Tanmateix, l'art. 553-22 CCCat diu que el dret d'assistència a la junta correspon als propietaris. Com es veurà en el proper epígraf la jurisprudència ha fixat, com a requisit de procedibilitat de l'acció de l'art. 553-25.5 CCCat de la deliberació, votació i adopció de l'acord en junta de propietaris. Per tant, si els titulars de drets possessoris no poden, per si mateixos, incloure assumptes en l'ordre del dia ni assistir a la junta de propietaris, s'hauran de dirigir al propietari de l'element privatiu per tal que insti la votació de l'acord en junta de propietaris, com a pas previ a l'exercici de l'acció de l'art. 553-25.5 CCCat per la via judicial davant la negativa de la comunitat a suprimir la barrera arquitectònica. Aquesta circumstància pot ser especialment problemàtica en aquells casos on el propietari no tingui interès a suprimir les barreres

15 SAP Barcelona, Secció 1a, núm. 523/2017, de 2 d'octubre: «La literalidad de la norma no permite ir mas allá de otorgar protección a quienes residen en la vivienda y no a quienes teóricamente desean ir a vivir a ella, por lo que al no haberse acreditado que la persona en cuyo interés se pretende la reforma viva ciertamente en la vivienda».

16 DEL POZO CARRASCOSA, Pedro; VAQUER ALOY, Antoni; BOSCH CAPDEVILA, Esteve, *Derecho Civil de Cataluña. Derecho de Sucesiones*, 6ª edició, Madrid, Marcial Pons, 2017, p. 290. Certament el precepte no imposa tenir en compte la durada del dret dels titulars de drets reals o personals possessoris. No obstant això, cal un cert arrelament en l'immoble per estar legitimat per a exercir l'acció de l'art. 553-25.5 CCCat.

arquitectòniques. Pensem en el cas d'un element privatiu el titular del qual és un inversor que busca obtenir la màxima rendibilitat de la inversió arrendant l'immoble. Si aquest es negués a sol·licitar la inclusió de l'assumpte en l'ordre del dia s'hauria de mitigar les exigències del requisit de procedibilitat de l'acció per suprimir la barrera arquitectònica a instàncies del titular del dret possessori, habilitant-lo per reclamar a l'autoritat judicial la supressió de la barrera arquitectònica si demostra la negativa del propietari de l'element privatiu per sotmetre aquest assumpte a la junta de propietaris.

b) Requisit de procedibilitat

En segon lloc, del tenor literal de l'art. 553-25.5 CCCat se'n desprèn un requisit de procedibilitat de la pretensió:¹⁷ cal haver intentat la supressió de la barrera arquitectònica o la innovació exigible en junta de propietaris, sempre que aquest punt consti en l'ordre del dia de la junta ordinària o extraordinària: «si no aconsegueixen que s'adoptin els acords a què fan referència les lletres a) i b) de l'apartat 2». Per tant, és un requisit ineludible haver intentat la supressió de la barrera arquitectònica en junta de propietaris i si l'acord no fos adoptat, aleshores s'obre la via de l'art. 553-25.5 CCCat, que permet, per ordre de l'autoritat judicial, la supressió de la barrera arquitectònica o l'adopció de les innovacions exigibles si el judici de raonabilitat i proporcionalitat justifiquen les mesures exigibles en atenció a la discapacitat que les motiva.

c) El mandat judicial: supressió de barreres arquitectòniques o realització d'innovacions exigibles

En tercer lloc, davant l'intent fallit per eliminar la barrera arquitectònica o reclamar les innovacions exigibles, l'art. 553-25.5 CCCat permet substituir la voluntat de la junta de propietaris per una ordre de l'autoritat judicial, adoptada després de ponderar les circumstàncies concurrents en un judici de raonabilitat i proporcionalitat i, en particular, els elements que apareixen, a títol exemplificatiu, en la STSJCat núm. 36/2012, d'11 de juny, reiterats en la STSCat núm. 15/2019, de 21 de febrer.

L'art. 553-25.5 CCCat parla de barreres arquitectòniques i d'innovacions exigibles. És aquest, per tant, l'àmbit material del precepte dins el qual s'inclouen les mesures que poden ser proposades a l'autoritat judicial. En

17 SAP Barcelona, Secció 13a, núm. 41/2017, de 3 de febrer. Més endavant es desenvoluparà aquesta qüestió.

la meua opinió, per supressió de barreres arquitectòniques cal entendre la remoció d'aquells elements que impedeixen o bé dificulten l'accessibilitat o transitabilitat dels elements comuns.¹⁸ És a dir, la seva simple presència impedeix o dificulta que es puguin utilitzar i gaudir els elements comuns de l'immoble en igualtat de condicions respecte dels veïns que no pateixen cap discapacitat. Per tant, la seva simple supressió en permet l'accessibilitat o transitabilitat. En canvi, per innovacions exigibles cal entendre l'adopció d'elements que no integraven l'immoble originàriament i que amb la seva adopció es millora l'accessibilitat o transitabilitat. Això implica la necessitat de realitzar un esforç econòmic per la comunitat per tal de dotar-se d'elements que suposi una millora en comparació amb la situació originària de l'immoble.

També planteja una reflexió l'ús dels termes accessibilitat i transitabilitat. El concepte d'accessibilitat és un concepte normatiu¹⁹ i que, per tant, aquesta qualitat es predica d'un immoble per la seva conformitat amb la normativa en matèria d'accessibilitat, actualment continguda en el Codi d'accessibilitat de Catalunya i en el Reial decret 314/2006, de 17 de març (BOE de 28 de març de 2006), que aprova el Document bàsic SUA sobre seguretat d'ús i accessibilitat. Per contra, el terme transitabilitat no es troba definit en la legislació sobre discapacitat i, a parer meu, podria ser interpretat de manera més extensiva per comprendre actuacions que, tot i que no s'ajusten a la normativa en matèria d'accessibilitat, milloren l'ús i el gaudi dels elements comuns per les persones que pateixen una discapacitat, sempre que aquestes actuacions siguin raonables i proporcionades.

Per acabar, la supressió de la barrera arquitectònica o la reclamació de la innovació exigible ha d'estar relacionada amb la discapacitat que la motiva.

18 ECHEVERRÍA SUMMERS, FRANCISCO, MORILLO GONZÁLEZ, FERNANDO, *Manual Pràctic de Propietat Horitzontal per a Catalunya*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, p. 133. «tenen tal condició totes les obres que es trobin destinades a afavorir l'accés o entrada a les edificacions, així com la mobilitat a través de les mateixes i el desenvolupament normal d'activitats, especialment per a aquelles persones que tenen deficiències, discapacitats o minusvalideses.»

19 Llei 13/2014, del 30 d'octubre, d'accessibilitat (DOGC núm. 6742, del 4 de novembre del 2014). Article 3
Definicions «.../... l) Accessible: la condició d'un entorn, un procés, un producte o un servei que s'ajusta als requeriments funcionals i d'interacció —com poden ésser els dimensionals, els d'ubicació, els d'il·luminació, els d'acústica i els de comunicació— que en garanteixen la utilització autònoma, segura i amb comoditat a totes les persones.»

És a dir, el tipus de discapacitat és la causa d'aquelles intervencions, que són l'efecte. Amb això vull dir que no és atendible una intervenció en un immoble que no estigui relacionada amb la discapacitat que pateix el propietari o el titular del dret real possessori i, per extensió, amb la que pateixen aquells que conviuen o treballen en l'immoble.

3.2.2 Vinculació dels acords

El tenor literal de l'art. 553-30 CCCat prèviament a la reforma realitzada per la Llei 5/2015, de 13 de maig, disposava el següent:

- «1. Els acords obliguen i vinculen tots els propietaris, fins i tot els dissidents, sens perjudici del que estableix l'apartat 2.
2. Els acords relatius a noves instal·lacions o a serveis comuns, si el valor total de la despesa acordada és superior a la quarta part del pressupost anual de la comunitat, no obliguen ni vinculen els propietaris dissidents.
3. Els acords relatius a la supressió de barreres arquitectòniques o a la instal·lació d'ascensors i els que calguin per a garantir l'accessibilitat, l'habitabilitat, l'ús i la conservació adequats i la seguretat de l'edifici es regeixen pel que estableix l'apartat 1.»

Concretament, l'art. 553-30.3 CCCat es referia als acords relatius a la supressió de barreres arquitectòniques o a la instal·lació d'ascensors i es remetia a l'apartat 1 del mateix precepte, que preveia l'obligatorietat dels acords per tots els propietaris, incloent-hi els dissidents, sens perjudici de la possibilitat de no quedar obligats ni vinculats per l'acord adoptat si versava sobre l'adopció de noves instal·lacions o serveis comuns, si el valor total de la despesa acordada era superior a la quarta part del pressupost anual de la comunitat. El precepte plantejava confusió perquè la instal·lació d'un ascensor o la supressió d'una barrera arquitectònica o la innovació exigible podia ser considerada una nova instal·lació o un servei comú i, per tant, si l'obra representava un cost superior a la quarta part del pressupost anual de la comunitat, els propietaris dissidents no quedaven vinculats ni obligats. Això repercutia negativament a la resta de veïns que havien adoptat l'acord i, especialment, els propietaris que reclamaven la supressió de la barrera arquitectònica o la innovació exigible.

Actualment, l'art. 553-30.3 CCCat és molt més clar i no contempla la possibilitat de no quedar vinculat per l'acord si aquest versa sobre la supressió de barreres arquitectòniques, tant si l'acord és adoptat per la junta de propietaris o per l'autoritat judicial:

«3. Les despeses originades per la supressió de barreres arquitectòniques o la instal·lació d'ascensors i les que calguin per a garantir l'accessibilitat i l'habitabilitat de l'edifici són a càrrec de tots els propietaris si deriven d'un acord de la junta. Si deriven d'una decisió judicial conforme a l'article 553-25-5, l'autoritat judicial és qui en fixa l'import en funció de les despeses ordinàries comunes de la comunitat.»²⁰

Per tant, el nou art. 553-30.3 CCCat desvincula les despeses originades per la supressió de barreres arquitectòniques o la instal·lació d'ascensors d'altres despeses per a introduir millores en l'immoble com podrien ser, per exemple, la construcció d'una piscina, la instal·lació d'un porter automàtic elèctric o un sistema de calefacció centralitzat, que sí que faculden als propietaris dissidents per desvincular-se de l'acord, sempre que el valor total de la despesa sigui superior a la quarta part del pressupost anual de la comunitat i no resultin exigibles ni imposades per la normativa sectorial aplicable.

L'art. 553-30.3 CCCat planteja alguna dificultat pel que fa a la interpretació de l'últim incís: «l'autoritat judicial és qui en fixa l'import en funció de les despeses ordinàries comunes de la comunitat.» Alguns autors han expressat que hauria estat més clarificador introduir una referència objectiva o un topall econòmic, com el que apareix en la redacció actual de l'art. 10.1.b) de la Llei 49/1960, de 21 de juliol, sobre propietat horitzontal, que imposa un topall de 12 mensualitats ordinàries de despeses comunes.²¹ Al meu parer,

20 VALLE MUÑOZ, José Luis, ARNAIZ RAMOS, Rafael (coords.), *Derechos reales de Cataluña. Comentarios al libro quinto del Código civil de Cataluña*, t. I, Atelier, Barcelona, 2017, p. 638. LOSCERTALES FUERTES, Daniel (coord.), *Propiedad Horizontal de Cataluña. Comentarios y formularios. Ley 5/2015, de 13 de mayo, de modificación del Libro Quinto del Código Civil de Cataluña*, 2a edició, Sepin, Madrid, 2015, p. 220-221.

21 LOSCERTALES FUERTES, Daniel (coord.), «Propiedad Horizontal de Cataluña...», p. 196-197. Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal (BOE núm. 176, de 23 de julio de 1960). «b) Las obras y actuaciones que resulten necesarias para garantizar los ajustes razonables en materia de accesibilidad universal y, en todo caso, las requeridas a instancia de los propietarios en cuya vivienda o local vivan, trabajen o presten servicios voluntarios, personas con discapacidad, o mayores de setenta años, con el objeto de asegurarles un uso adecuado a sus necesidades de los elementos comunes, así como la instalación de rampas, ascensores u otros dispositivos mecánicos y electrónicos que favorezcan la orientación o su comunicación con el exterior, siempre que el importe repercutido anualmente de las mismas, una vez descontadas las subvenciones o ayudas públicas, no exceda de doce mensualidades ordinarias de gastos comunes. No eliminará el carácter obligatorio de estas obras el hecho de que el resto de su coste, más allá de las citadas mensualidades, sea asumido por quienes las hayan requerido.»

l'art. 553-30.3 CCCat no estableix cap topall econòmic per a les actuacions de supressió de les barreres arquitectòniques o les innovacions exigible. Només fixa un criteri comptable —les despeses ordinàries comunes de la comunitat— per a valorar la raonabilitat i proporcionalitat de les obres en l'àmbit de l'art. 553-25.5CCCat. Per tant, l'art. 553-30.3 CCCat permet que el Jutge resolgui en equitat considerant la repercussió de l'obra segons les despeses ordinàries comunes de la comunitat.

3.2.3. Restriccions i servituds forçoses

La constitució de servituds forçoses per a la supressió de barreres arquitectòniques és un tema delicat per a moltes comunitats de propietaris d'edificis antics que no disposen d'un ascensor i per a instal·lar-lo cal envair un element privatiu. L'art. 553-39.2 CCCat fa referència a aquest supòsit. Aquest precepte també ha estat modificat per la reforma realitzada per la Llei 5/2015, de 13 de maig per clarificar alguns aspectes ambigus de la versió del precepte anterior a la reforma.²² Actualment, l'art. 553-39.2 CCCat disposa el següent:

«La comunitat pot exigir la constitució de servituds permanents sobre els annexos dels elements d'ús privatiu si són indispensables per a l'execució dels acords de supressió de les barreres arquitectòniques o de millorament adoptats per la junta de propietaris o per a l'accés a elements comuns que no en tinguin d'altre.»

En general, les novetats que han afectat el precepte són dues. Per una banda, el nou art. 553-39.2 CCCat fa referència als «annexos dels elements d'ús privatiu», en lloc de referir-se als «elements d'ús privatiu diferents de l'habitatge estricte». Amb la reforma el precepte és més clar i s'utilitza la terminologia pròpia de la matèria. Així, hem de remuntar-nos als arts. 553-33 i 553-35 CCCat per interpretar què s'entén per «elements privatis» i per «annexos», respectivament. Els primers són «els habitatges, els locals i els espais físics que poden ésser objecte de propietat separada i que tenen independència funcional perquè disposen d'accés directe o indirecte a la via pública.» (art. 553-33 CCCat). Els requisits que ha de complir un element

22 Llei 5/2006, de 10 de maig, del llibre cinquè del Codi civil de Catalunya, relatiu als drets reals. Versió del precepte 553-39.2 CCCat vigent amb anterioritat a la reforma realitzada per la Llei 5/2015, de 13 de maig: «2. La comunitat pot exigir la constitució de servituds permanents sobre els elements d'ús privatiu diferents de l'habitatge estricte si són indispensables per a l'execució dels acords de millorament adoptats per la junta o per a l'accés a elements comuns que no en tinguin cap altre.»

privatiu per ser considerat com a tal són que el seu objecte pugui constituir una propietat separada, és a dir, que pugui ser identificat i separat a la resta d'elements comuns i que tingui una independència funcional, en el sentit que tingui una sortida directa o indirecta a la via pública.²³

Els segons són els «espais físics o drets vinculats de manera inseparable a un element privatiu, no tenen quota especial i són de titularitat privativa a tots els efectes.» (art. 553-35 CCCat). Els annexos són de titularitat privada, és a dir, pertanyen al titular de l'element privatiu respecte del qual es troben vinculats. La relació dels annexos respecte dels elements privatius és de dependència i de subordinació, de tal manera que no tenen autonomia i serveixen funcionalment als elements privatius.²⁴ Per tant, d'acord amb l'art. 553-39.2 CCCat només poden ser gravats amb una servitud forçosa els annexos, mentre que els habitatges estrictes no poden ser gravats.

Seguidament, el precepte analitzat diu que les servituds forçoses han de ser indispensables per a la supressió de barreres arquitectòniques o la realització d'obres de millorament. El precepte no aporta més dades per valorar si la intervenció és indispensable.²⁵ Per tant, és un aspecte que dependrà del Jutge, qui haurà de valorar segons les circumstàncies concurrents si es pot fer la intervenció sense afectar a un annex. Entenc, doncs, que el Jutge haurà de dur a terme un judici de raonabilitat i

23 DEL POZO CARRASCOSA *et al.*, «Derecho Civil de Cataluña...», p. 296. VALLE MUÑOZ, *et al.*, «Derechos reales de Cataluña...», p. 646.

24 VALLE MUÑOZ, *et al.*, «Derechos reales de Cataluña...», p. 650. DEL POZO CARRASCOSA *et al.*, «Derecho Civil de Cataluña...», p. 298. La doctrina i la jurisprudència han anat perfilant el concepte d'annex. En aquest sentit, *vid.* STSJCat núm. 23/2013, de 25 de març: «El legislador catalán menciona ad exemplum las plazas de aparcamiento, los “boxes” y los trasteros (art. 553-35.2 CCCat), mientras que la LPH (RCL 1960, 1042) hace referencia como tales —“anejos”— a garajes, buhardillas y sótanos» (art. 5.1 PH).

Por su parte, algunos autores, al describir estos espacios físicos, aluden a «terrazas o patios, incluso jardines o huertos» (LASCERTALES y otros), o a «terrazas y patios, huertos y jardines, piscinas, etc.» (FUENTES-LOJO), y nosotros mismos incluimos en dicha categoría los «locales, aparcamientos, terrazas o patios, incluso de uso privativo, si se dan los restantes requisitos» (STSJC 15/2012 de 20 feb (RJ 2012, 8762) FD5), en todos los casos de forma igualmente ejemplificativa.

SAP Barcelona, Secció 19a, núm. 234/2014, d'11 de juny de 2014: «espacios físicos vinculados de forma inseparable a un elemento privativo, que carecen de cuota especial, son de titularidad privativa a todos los efectos y vienen determinados en el título de constitución.»

25 PUIG BLANES, FRANCISCO de Paula, PUIG BLANES, F. P., i SOSPEDRA NAVAS, FRANCISCO José (coords.), *Comentarios al Código Civil de Cataluña*, t.II, 3a ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2020, p. 830-832.

proporcionalitat similar al que preveu l'art. 553-25.5 CCCat, ponderant els interessos de la comunitat de propietaris i del titular de l'element privatiu afectat per l'acord.

L'art. 553-39.2 CCCat incorpora la finalitat a la qual ha de servir la servitud: la supressió de barreres arquitectòniques o de millorament. En la meua opinió, hauria estat més clarificador que l'art. 553-39.2 CCCat també fes referències a les innovacions exigibles (art. 553-25.5 CCCat), en el supòsit que per fer aquestes innovacions fos necessària la constitució d'una servitud sobre un annex. En tot cas, penso que el propòsit del legislador català és admetre que es pugui constituir una servitud permanent per a suprimir les barreres arquitectòniques, per exemple, la instal·lació d'un ascensor, o bé qualsevol altra actuació que fos necessària per a aquest propòsit.

Finalment, d'acord amb l'art. 553-39.4 CCCat els titulars de les servituds han de compensar els danys i el menyscabament que causin en els elements privatis o comuns afectats. Per tant, en la mesura que la constitució de la servitud repercuteix en el valor de mercat de l'element privatiu afectat el seu titular ha de ser indemnitzat.

4. Anàlisi jurisprudencial de l'aplicació de la reforma

Començaré aquest apartat exposant la doctrina del TSJCat en la matèria objecte d'estudi i, posteriorment, em centraré en les aportacions que han anat fent les Audiències Provincials en aquesta matèria.

4.1. La doctrina del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya

4.1.1. STSJCat núm. 15/2019, de 21 de febrer: judici de raonabilitat i proporcionalitat de l'art. 553-25.5 CCCat

Amb la introducció del judici de raonabilitat i proporcionalitat en l'art. 553-25.5 CCCat es descarta la possibilitat que el Jutge hagi d'obligar la comunitat a suprimir en tot cas la barrera arquitectònica. En aquesta matèria s'han de ponderar els interessos dels veïns que pateixen una discapacitat i els interessos de la resta de la comunitat per evitar que l'art. 553-25.5 CCCat empari l'ús abusiu del dret. Per aquesta raó no és atensible la supressió automàtica de la barrera arquitectònica, sinó que aquesta mesura ha de ser adoptada després de ponderar determinats elements.

Després de la reforma del llibre cinquè realitzada mitjançant la Llei 5/2015, el TSJCat ha establert la seva doctrina sobre l'art. 553-25.5 CCCat i, en particular, sobre el judici de raonabilitat i proporcionalitat de les mesures per a suprimir barreres arquitectòniques en la STJCat núm. 15/2019, de 21 de febrer. Certament en aquesta sentència el TSJCat no aporta una doctrina inexistente fins aleshores, sinó que ratifica la doctrina que ja havia adoptat sobre l'art. 553-25.6 CCCat anterior a la reforma operada per la Llei 5/2015. En aquest sentit, es recull la doctrina de la STJCat núm. 36/2012, d'11 de juny:

«13. Para realizar este juicio equitativo debía considerarse, por un lado, la clase y tipo de minusvalías físicas o la edad de los concretos peticionarios incluso su número, con independencia de que tales discapacidades hubiesen sido determinadas en vía administrativa y, de otro, sin ánimo exhaustivo: a) el mantenimiento del propio sistema; b) los derechos que en su caso podrían resultar afectados por la instalación; c) el coste total de las obras; d) la capacidad de la Comunidad y de sus miembros para llevarlas a cabo sin afectar a su propia subsistencia, y, e) las ayudas oficiales previstas y con las que podría contar la Comunidad para sufragar las obras.»²⁶

El TSJCat, doncs, ha determinat els criteris o elements que el Jutge ha de valorar en el moment de fer el judici de raonabilitat i proporcionalitat de l'art. 553-25.5 CCCat per a la supressió de les barreres arquitectòniques. No es tracta d'una llista tancada d'elements a valorar, sinó que, al meu parer, són elements prou rellevants per ser tinguts en compte quan la pretensió es dirigeixi a suprimir una barrera arquitectònica per la via de l'art. 553-25.5 CCCat. Tampoc cal que tots aquests elements es valorin en cada cas, perquè no té la mateixa rellevància i complexitat tècnica una obra per a instal·lar un ascensor en una comunitat que prèviament no en disposava,²⁷ que modificar les dimensions d'una cabina d'un ascensor perquè hi pugui cabre un veí en cadira de rodes o la substitució de la porta d'entrada de l'edifici per una de menys pesada.²⁸

Per tant, els elements que apareixen en el paràgraf transcrit de la STSJCat núm. 15/2019, de 21 de febrer han de guiar la interpretació i la valoració del

26 STSJCat núm. 15/2019, de 21 de febrer.

27 SAP Barcelona, Secció 13a, núm. 41/2017, de 3 de febrer.

28 SAP Barcelona, Secció 16ª, núm. 537/2018, de 13 de febrer.

Jutge quan ponderi la necessitat de suprimir una barrera arquitectònica d'una comunitat de propietaris i resolgui en equitat.²⁹

4.1.2. STSJCat núm. 105/2016, de 22 de desembre i núm. 38/2021, de 22 de juny: constitució de servituds forçoses

L'art. 553-39.2 CCCat, relatiu a la constitució de servituds forçoses per executar acords en matèria de supressió de barreres arquitectòniques o de millorament, fa referència al caràcter «imprescindible» de la servitud sobre els annexos per a justificar la seva constitució. Doncs bé, com he dit anteriorment, el precepte no aporta més dades sobre les circumstàncies que ha de tenir en compte el Jutge per valorar si la servitud és imprescindible o no. Per tant, ha estat el TSJCat el que ha fixat la seva doctrina sobre aquest terme controvertit. En aquest sentit, la STSJCat núm. 105/2016, de 22 de desembre va ser la primera que va dictar el TSJCat sobre aquesta matèria després de la modificació realitzada en l'art. 553-39.2 CCCat per la Llei 5/2015, de 13 de maig, que alhora recollia la doctrina fixada en la STJCat núm. 15/2012, de 20 de febrer.³⁰ En aquella sentència es deia que s'havia de fugir d'una interpretació maximalista, abstracta i literal que conduís a la inoperativitat de la norma de l'art. 553-39.2 CCCat. A més, no només s'havia de valorar el caràcter imprescindible de la reforma des d'un punt de vista tècnic i econòmic, sinó que s'havien de confrontar els interessos de la comunitat i del titular de l'element privatiu afectat:

«En consecuencia, para determinar cuando deba considerarse indispensable la constitución de una servidumbre de ascensor sobre un elemento privativo que no constituya vivienda en sentido estricto será preciso valorar razonadamente, además de la viabilidad técnica de las diversas soluciones propuestas y de sus respectivos costes económicos, todos los perjuicios transitorios y permanentes que para la Comunidad, para todos y cada uno los propietarios que la integren y para el propietario directamente afectado por la servidumbre pueda comportar la constitución de esta, especialmente los que puedan incidir negativamente en la supresión efectiva de las barreras arquitectónicas existentes en la finca de que se trate, de manera que, solo cuando la valoración conjunta de todos los

29 TORRA BERNAUS, ROSA, «Propiedad horizontal y supresión de barreras arquitectónicas en el Libro quinto de Código Civil de Cataluña», a: GARRIDO MELERO, MARTÍN (COORD.), *La regulación de la propiedad horizontal y las situaciones de comunidad en Cataluña*, Bosch, Barcelona, 2008, p. 317-319.

30 STSJCat núm. 15/2012, de 20 de febrer.

factores apunte de manera clara e inconcusa hacia la necesidad de constituir la servidumbre de ascensor, deberá darse lugar a ella.»³¹

La STSJCat núm. 38/2021, de 22 de juny completa i aclareix la doctrina de la TSJCat núm. 105/2016, de 22 de desembre. D'acord amb aquella sentència, els elements que s'han de ponderar per a determinar el caràcter imprescindible de la servitud forçosa són els següents:

«si no existe otra forma de implementar la mejora, de forma que la afectación sea indispensable; si el acuerdo correspondiente ha sido adoptado con el quórum previsto en el art. 553-25.5.a) CCCat; si el elemento afectado, siendo privativo, no constituye vivienda en sentido estricto; y si la afectación requerida por la constitución de la servidumbre forzosa no supone una pérdida, económica o de funcionalidad, intolerable para su propietario, ponderadas las circunstancias del caso.»³²

Són quatre, doncs, els elements que cal valorar i que justifiquen la constitució d'una servitud per a suprimir una barrera arquitectònica. En primer lloc, cal valorar si existeixen alternatives raonables per aconseguir el mateix efecte, de manera que la constitució de la servitud es consideri indispensable. Al meu entendre, la raonabilitat de les alternatives també s'haurà de valorar tenint en compte els interessos de la comunitat i dels propietaris afectats, en la mesura que el sacrifici de l'annex no es pot adoptar si existeixen alternatives raonables que permetin satisfer els interessos de la comunitat. En segon lloc, l'acord s'ha d'adoptar seguint el criteri de la majoria simple de l'art. 553-25.1.a) CCCat, és a dir, la majoria simple de propietaris que han participat en la votació, que ha de representar la majoria simple de llurs quotes de participació. En tercer lloc, l'element afectat ha de ser un annex en el sentit de l'art. 553-35 CCCat, en el sentit de

31 STSJCat núm. 105/2016, de 22 de desembre.

32 STSJCat núm. 38/2021, de 22 de juny. Sobre la pèrdua de funcionalitat de l'annex, *vid.* STJSCat núm. 92/2018, de 19 de novembre: «la nova instal·lació d'ascensor ha produït una restricció en l'accessibilitat natural dels locals de la planta soterrani (l'accés actual a través d'una connexió directa amb el local de la planta baixa és conjuntural), ja que s'ha modificat el traçat de l'escala general que dona accés a la planta soterrani fins el punt que actualment obliga a fer un recorregut més complicat i que en algun tram l'amplada del passadís d'accés no respecta la normativa.»

no constituir un habitatge en sentit estricte.³³ I, finalment, cal valorar si el sacrifici de l'element que suposa la servitud per al titular afectat no suposa una pèrdua, econòmica o funcional, intolerable pel propietari.³⁴ Així doncs, cal valorar d'una forma objectiva el sacrifici que s'imposa al titular afectat, prescindint de consideracions subjectives que, òbviament, tendeixen a impedir la constitució de la servitud.

4.2. Aportacions de la jurisprudència menor

Les pretensions que es plantegen per veïns que pateixen algun tipus de discapacitat per a suprimir barreres arquitectòniques és un tema recurrent en els Tribunals. Així doncs, la jurisprudència menor de les Audiències Provincials ha anat fent aportacions per a la viabilitat de les pretensions. En aquest apartat es fa especial referència a la jurisprudència menor posterior a la reforma duta a terme per la Llei 5/2015.

4.2.1. Supressió de barreres arquitectòniques per l'autoritat judicial

a) Requisit de procedibilitat: acord fallit de supressió de la barrera arquitectònica en junta de propietaris

Malgrat que l'art. 553-25.5 CCCat no estableix cap requisit de procedibilitat de forma expressa per a la viabilitat de la pretensió basada en aquest article, una interpretació literal —*si no aconsegueixen que s'adoptin els acords a què fan referència les lletres a) i b) de l'apartat 2*— i sistemàtica del precepte —règim general d'adopció d'acords— condueixen a la conclusió que prèviament a instar la supressió forçosa de barreres arquitectòniques, és a dir, per l'autoritat judicial, cal que s'hagi intentat la supressió d'aquesta en junta de propietaris.

33 SAP Barcelona, Secció 16a, núm. 159/2018, de 28 de febrer. En aquest cas la comunitat adopta l'acord d'instal·lar l'ascensor en un pati interior de 5 m² dels quals el 40% queden ocupats per la instal·lació de l'ascensor. Per tant, pràcticament tot el pati interior queda inservible a causa de la instal·lació de l'ascensor, però l'afectació és menor si es té en compte tota la propietat. En el mateix sentit, *vid.* SAP Barcelona, Secció 13a, núm. 829/2020, d'11 de novembre.

34 SAP Tarragona, Secció 3a, núm. 310/2022, de 26 de maig. En el cas comentat, la pèrdua de 2,62 m² de 171 m² que té el local no es considera sacrifici desproporcionat.

Així ho va entendre, amb bon criteri, la SAP Barcelona, Secció 13a, núm. 308/2016, de 23 de juny.³⁵ En general, la sentència comentada argumenta que hi ha dues vies per a suprimir les barreres arquitectòniques. La primera és l'acord favorable adoptat en junta de propietaris, d'acord amb el sistema de majories de l'art. 553-25 CCCat. Per tant, sigui en junta de propietaris ordinària o extraordinària l'ordre del dia de la junta haurà d'incloure el punt relatiu a la supressió de la barrera arquitectònica. Si l'acord és adoptat per la majoria exigida per l'art. 553-25.2.a), l'acord haurà de ser executat. En cas, contrari, si el conflicte d'interessos existent entre els veïns que sol·liciten l'acord i la resta de la comunitat condueix a la desestimació de l'acord, els veïns instants de la mesura podran acudir a la via que dispensa l'art. 553-25.5 CCCat, que condueix a la supressió forçosa de les barreres arquitectòniques per ordre de l'autoritat judicial, sempre que el judici de raonabilitat i proporcionalitat ho demani.

Per tant, l'intent fallit d'adoptar l'acord de suprimir la barrera arquitectònica en junta de propietaris és un requisit de compliment ineludible previ a la valoració de la prova, sense que això sigui un impediment per a l'admissió de la demanda (art. 439 LEC), però estarà condemnada al fracàs.

b) Cal provar l'entitat de la discapacitat de motiva la supressió de la barrera arquitectònica

L'acció de l'art. 553-25.5 CCCat té un clar component subjectiu: l'actor, les persones amb qui hi conviuen o que hi treballen han de patir una discapacitat que impliqui que no puguin usar i transitar els elements comuns de la comunitat en igualtat de condicions respecte de la resta de veïns, que no pateixen cap discapacitat. Per tant, al tractar-se d'una acció que en cas d'estimar-se la demanda donarà lloc a que l'autoritat judicial obligui a suprimir la barrera arquitectònica, resulta imprescindible provar la discapacitat que motiva l'exercici de l'acció en relació amb la barrera arquitectònica que es tracta. Per tal de provar aquest extrem, resulta oportú aportar al procediment judicial les resolucions administratives que

35 SAP Barcelona, Secció 13a, núm. 41/2017, de 3 de febrer. «Y en orden al procedimiento “judicial”, los pasos son: 1o) Como actuaciones previas, y como presupuesto de procedibilidad, se ha de intentar el acuerdo de la mayoría dels propietaris, que han de representar la majoria de les quotes de participació, en primera convocatòria, o la majoria de les quotes dels presents i representats, en segona convocatòria, consecuentement no se puede acudir directamente a la segunda vía, sin intentar el acuerdo.»

reconeixen algun grau de discapacitat de l'autor i els dictàmens mèdics que també acreditin la discapacitat que motiva la supressió de la barrera arquitectònica. És a dir, per a l'èxit de l'acció de l'art. 553-25.5 CCCat cal provar la circumstància determinant de la discapacitat i la seva relació amb la barrera arquitectònica que es tracti.³⁶

Ara bé, dit això, per a la viabilitat de l'acció de l'art. 553-25.5 CCCat no és preceptiu que la situació de discapacitat hagi estat formalment declarada per un organisme oficial. El precepte no ho exigeix, però el que està clar és que necessàriament l'actor haurà de provar, mitjançant els mitjans de prova que consideri i, en particular, documents mèdics i administratius, que pateix una discapacitat.³⁷

c) Necessitat d'aportació de prova pericial

Independentment de la barrera arquitectònica que es tracti de suprimir és fonamental que l'actor porti una prova pericial que valori les circumstàncies que va establir la STSJCat núm. 15/2019, de 21 de febrer, i les que procedeixin en atenció a la proposta que es presenti per a suprimir la barrera arquitectònica. En aquest sentit, de l'estudi de la jurisprudència menor sembla que el valor d'aquesta prova és innegable, però la seva transcendència i importància va lligada a la intervenció que es proposa per a suprimir la barrera arquitectònica en qüestió.

No totes les mesures que es proposen tenen la mateixa complexitat tècnica ni afecten de la mateixa manera els elements comuns i privatis i els drets de la resta de veïns. A tall d'exemple, per a instal·lar un ascensor en una comunitat de propietaris que no en té, cal aportar un projecte tècnic que valori la viabilitat de la instal·lació de l'ascensor, la necessitat de l'obra, si existeixen o no alternatives menys perjudicials per a la comunitat, si l'obra pot afectar a l'estructura de l'edifici o a la resistència dels materials de la construcció i si resulta compatible amb les característiques històriques i

36 SAP Barcelona, Secció 17a, núm. 308/2016, de 23 de juny. «Consiguientemente, al no poder considerarse acreditada incapacidad alguna del Sr. Jon de entidad tal que determine la obligación de la comunidad a la instalación del ascensor, procede la estimación del recurso de apelación».

37 ECHEVERRÍA SUMMERS, FRANCISCO, MORILLO GONZÁLEZ, FERNANDO, «Manual Pràctic...», p. 134.

arquitectòniques de l'edifici.³⁸ Per tant, quan es planteja la instal·lació d'un ascensor en una comunitat que no en disposa es poden comprometre els drets dels altres propietaris o fins i tot l'estructura del mateix edifici. Per això cal aportar un projecte tècnic que valori aquests paràmetres.

Quan es proposi una intervenció que no tingui una afectació tan important per a l'estructura de l'edifici, com per exemple la substitució d'una porta per una altra de menys pesada, l'aportació d'un projecte tècnic és prescindible, si bé cal aportar igualment una prova pericial que valori les causes que motiven la supressió de la barrera arquitectònica i les implicacions que té la mesura que es proposa (costos de manteniment, cost econòmic, inexistència o desproporcionalitat de propostes alternatives, etc).³⁹

d) Malgrat que un element de la comunitat compleixi amb la normativa vigent, pot constituir una barrera arquitectònica

Sovint la comunitat de propietaris demandada al·lega el compliment de la normativa sectorial vigent d'un element que constitueix una barrera arquitectònica per tal de frustrar la seva supressió. La legalitat dels elements de les comunitats no són un impediment per demanar la seva supressió o remoció. Per valorar, des d'un punt de vista legal, el compliment de la normativa vigent en matèria d'accessibilitat cal tenir present el Decret 135/1995, de 24 de març, pel qual s'aprova el Codi d'accessibilitat de Catalunya⁴⁰ i el Document bàsic SUA sobre seguretat d'ús i accessibilitat.⁴¹ D'aquesta manera, si es compleixen els requisits d'accessibilitat d'acord amb la normativa vigent, però malgrat això l'element no és transitable, se'n podrà demanar la seva substitució o remoció.

A més, la comunitat també pot al·legar que davant la insistència dels propietaris interessats ja ha dut a terme actuacions per facilitar la

38 SAP Barcelona, Secció 13a, núm. 41/2017, de 3 de febrer. En aquest el Tribunal s'obre a considerar un dictamen pericial sobre les altres alternatives menys perjudicials per la comunitat al marge del projecte tècnic pròpiament dit.

39 SAP Barcelona, Secció 16a, núm. 537/2018, de 13 de febrer.

40 Decret 135/1995, de 24 de març, de desplegament de la Llei 20/1991, de 25 de novembre, de promoció de l'accessibilitat i de supressió de barreres arquitectòniques, i d'aprovació del Codi d'accessibilitat (DOGC núm. 2043, del 28 d'abril del 1995).

41 El Document bàsic SUA sobre seguretat d'ús i accessibilitat va ser aprovat pel Reial Decret 314/2006, de 17 de març (BOE de 28 de març de 2006) i des de llavors ha patit diverses modificacions.

transitabilitat dels elements comuns.⁴² En aquests casos, la mesura aplicada pot millorar l'ús o la transitabilitat de l'element comú, però igualment pot constituir un obstacle insalvable per a un propietari que pateix una discapacitat i se'n podria demanar la remoció o substitució per un altre element que s'ajusti a la discapacitat que la motiva.

e) Per al triomf de l'acció de l'art. 553-25.5 CCCat no és necessària la impugnació de l'acord adoptat en junta de propietaris

Per a frustrar l'execució forçosa de la supressió de barreres arquitectòniques per mandat judicial a vegades les comunitats de propietaris demandants també al·leguen la manca d'impugnació de l'acord que no estima la supressió de la barrera arquitectònica per la via de l'art. 553-31 CCCat. Aquest precepte preveu la possibilitat d'impugnar els acords contraris a les lleis, al títol de constitució o als estatuts, o bé, als interessos de la comunitat o que perjudiquin greument qualsevol propietari.

D'acord amb el que disposa l'art. 553-25.5 CCCat i els pronunciaments que l'han interpretat considero que l'art. 553-25.5 CCCat atorga una acció al propietari que pateix una discapacitat que és autònoma respecte de l'acció d'impugnació dels acords de l'art. 553-31 CCCat.⁴³ El mateix art. 553-25.5 CCCat no disposa expressament la necessitat d'impugnar l'acord, prèviament o simultàniament a l'exercici de l'acció que confereix. Per tant, no ens trobem davant un cas d'acumulació objectiva i necessària d'accions per a l'èxit de la pretensió. Si fos així, la llei ho hauria de preveure expressament (art. 73.2 LEC).

42 SAP Barcelona, Secció 16^a, núm. 537/2018, de 13 de febrer. En el cas de la sentència, la comunitat té instal·lada una porta d'entrada molt pesada que no és accessible ni transitable per una persona d'edat avançada que degut al seu estat no la pot obrir i necessita l'ajut de tercers. La comunitat va instal·lar una molla o pedal de llautó per facilitar l'obertura de la porta. El Tribunal entén que la mesura aplicada per la comunitat en consideració a la discapacitat de la veïna no és suficient per garantir la transitabilitat de l'immoble.

43 SAP Barcelona, Secció 16a, núm. 265/2021, de 22 de juny: «3. La falta de impugnación de los acuerdos denegatorios es irrelevante por completo. La ley prevé la posibilidad de demandar judicialmente la instalación de ascensores aunque la comunidad se oponga. En este caso la comunidad se ha opuesto y no se han impugnado sus acuerdos. Luego se está en la situación que la ley prevé: hay una oposición que no se ha dejado sin efecto. Pero es que en esa situación los propietarios pueden acudir a los tribunales a estos efectos.»

f) Cal acreditar que concorren les circumstàncies que motiven la supressió de la barrera arquitectònica en el procediment ordinari

D'acord amb el que es va disposar en la STSJCat núm. 36/2012, d'11 de juny,⁴⁴ les circumstàncies que cal valorar per a realitzar el judici de raonabilitat i proporcionalitat s'han de provar i valorar en la fase declarativa del procediment judicial i no es poden deixar per a l'execució perquè són elements que poden condicionar el debat i la decisió del Tribunal. A més, és una exigència processal que ve imposada per l'art. 219 LEC.

g) L'acció de l'art. 553-25.5 CCCat és una acció de constitutiva, no merament declarativa

Existeixen algunes sentències que discrepen sobre la naturalesa de l'acció de l'art. 553-25.5 CCCat. Segons el que es desprèn de la SAP Barcelona, Secció 19^a, núm. 310/2019, de 13 de juny, l'acció de l'art. 553-25.5 CCCat és una acció de condemna, ja que persegueix l'obtenció d'un mandat judicial clar i exprés en contra la comunitat de propietaris per a suprimir les barreres arquitectòniques o fer les innovacions exigibles. En aquella sentència se sol·licita declarar la nul·litat de l'acord que desestima la supressió de la barrera arquitectònica, però no es reclama pròpiament la supressió de la barrera arquitectònica. Per tant, a falta de l'exercici de l'acció de l'art. 553-25.5 CCCat, el Tribunal no pot condemnar a la comunitat de propietaris a suprimir la barrera arquitectònica.⁴⁵

Això contrasta amb el que es va decidir en la SAP Barcelona, Secció 1a, núm. 338/2015, de 16 de juliol. En aquest cas l'Audiència Provincial estima el recurs d'apel·lació presentat per la comunitat de propietaris, que defensa que:

44 STSJCat, Sala 1a, núm. 36/2012, d'11 de juny: «Les circumstàncies que cal valorar, en la mesura que condicionen la decisió que cal adoptar, exigeix que apareguin i es justifiquin en la fase declarativa del procediment, sense que, contràriament al que afirmen els recurrents, pugui deixar-se per a execució de sentència, la qual cosa tampoc no seria possible perquè ho impedeix de manera expressa l' article 219 de la LEC 1/2000».

45 SAP Barcelona, Secció 19a, núm. 310/2019, de 13 de juny: «Dicho esto, ocurre que la demanda presentada solicitaba sin más la nulidad del acuerdo impugnado. Es decir, no se solicita, como precisa el citado art. 553-25.5 CCC, que la autoridad judicial obligue a la comunidad a suprimir las barreras arquitectónicas o a hacer las innovaciones exigibles, siempre y cuando sean razonables y proporcionadas, para alcanzar la accesibilidad y transitabilidad del inmueble en atención a la discapacidad que las motiva.»

«Está en lo cierto la apelante al manifestar que la sentencia de instancia únicamente debió pronunciarse en lo referente a la supresión de las barreras arquitectónicas, de conformidad con el artículo 553-25.6 del Código Civil de Cataluña, y no en lo referente a la instalación de un ascensor, puesto que, para este extremo, el artículo 553-25.a) ya establece que será preciso el voto favorable de la mayoría de los propietarios al efecto de decidir qué medida se debe adoptar.»

Cal destacar que aquesta sentència es pronuncia sobre l'art. 553-25.6 CCCat vigent abans de la reforma operada per la Llei 5/2015, de 13 de maig, que no preveia cap referència a la discapacitat que motiva la intervenció —*en atenció a la discapacitat que les motiva*— art. 553-25.5 CCCat.

Discrepo de la decisió adoptada en la SAP Barcelona, Secció 1a, núm. 338/2015, de 16 de juliol. En la mesura que l'art. 553-25.5 CCCat persegueix l'obtenció d'una decisió per a suprimir les barreres arquitectòniques d'una comunitat o per fer-hi les innovacions que siguin exigibles, considero que a més de realitzar el judici de raonabilitat i proporcionalitat per comprovar que concorren les circumstàncies que exigeixen la intervenció en la comunitat de propietaris, l'actor o demandant hauria de proposar quina mesura, en la meua opinió, és la més adient per facilitar l'accessibilitat i la transitabilitat de l'immoble. Per això l'actor ha de justificar mitjançant una prova pericial que no existeixen alternatives menys perjudicials per a la comunitat i que per aquest motiu insta la supressió de la barrera arquitectònica d'aquesta manera. La decisió adoptada en la SAP Barcelona, Secció 1a, núm. 338/2015, de 16 de juliol sembla que l'acció de l'art. 553-25.5 CCCat tingui naturalesa declarativa, en el sentit de reconèixer el dret a l'actor a què se suprimeixi la barrera arquitectònica, deixant en el camp extrajudicial la discussió de la mesura més adient per suprimir-la. Penso que això podria donar lloc a què el conflicte d'interessos entre l'actor i la resta de propietaris persisteixi i que finalment la comunitat de propietaris adopti una mesura que no és adient pel legítim a reclamar la supressió de la barrera arquitectònica. Per tant, en seu judicial s'haurien de valorar les circumstàncies que concorren en la comunitat per a condemnar, finalment, a la comunitat de propietaris a suprimir la barrera arquitectònica i, a més, decidir quina alternativa és la més raonable i proporcionada en atenció a les característiques de l'edifici, la capacitat econòmica de la comunitat i la discapacitat que motiva la intervenció.

A més, això entronca amb el que disposa l'art. 553-30.3 CCCat en matèria de vinculació dels acords. Segons aquest precepte, quan les obres de supressió de les barreres arquitectòniques siguin adoptades per l'autoritat judicial, aquesta en decidirà d'import en funció de les despeses

comunes de la comunitat. Per tant, l'actor ha de proposar una intervenció determinada per suprimir la barrera arquitectònica o fer les innovacions exigibles en la comunitat en matèria d'accessibilitat i transibilitat i, en aquest sentit, l'autoritat judicial fixarà l'import, d'acord amb les despeses ordinàries comunes de la comunitat.

h) La legitimació passiva correspon a la comunitat de propietaris

L'art. 553-25.5 CCCat preveu un mandat judicial per obligar la comunitat de propietaris a suprimir les barreres arquitectòniques o fer les innovacions exigibles en l'immoble. Per tant, la legitimació passiva correspon a la comunitat de propietaris si la majoria simple dels propietaris que representen la majoria simple de llurs quotes de participació s'inclina en contra de l'adopció de l'acord. És a dir, els acords adoptats per la junta de propietaris vinculen a tots ells (art. 553-30.1 CCCat) en tant que és l'òrgan suprem de la comunitat i representa la voluntat general de tots els propietaris. Per tant, es descarta que la legitimació passiva correspongui als propietaris dissidents.⁴⁶

5. Reflexió final

D'acord amb el plantejament de l'art. 553-25.5 CCCat l'acció per a suprimir les barreres arquitectòniques de les comunitats de propietaris s'ha d'exercir forçosament en seu judicial si la junta de propietaris no adopta l'acord de supressió de les barreres. Això ha estat així des de l'entrada en vigor del Llibre V CCCat. Per tant, el Tribunal Superior de Justícia de Catalunya ha fixat doctrina sobre aquesta matèria, si bé hi ha força aspectes encara controvertits sobre l'acció de l'art. 553-25.5 CCCat que han arribat a les Audiències Provincials catalanes i que no s'han resolt de manera

46 SAP Barcelona, Secció 19a, núm. 218/2015, de 7 d'octubre: «La respuesta jurídica es clara y meridiana: la única legitimidad pasivamente para soportar el ejercicio de la acción prevista en el art. 553-25.6 es la comunidad de propietarios. Esto es para el supuesto de que no se alcancen las mayorías y quorum establecidos en el art. 553-25.5 C.C. Catalán a fin de eliminar las barreras arquitectónicas de una finca, se concede facultad a los discapacitados físicos (y a las personas con quienes convivan), para que puedan solicitar de la actividad judicial que obligue a la Comunidad a la realización de obras para la supresión de barreras arquitectónicas y ello cuando la Comunidad no haya adoptado el acuerdo, por no haberse alcanzado la mayoría exigible.»

unànime. Aquest treball, doncs, incorpora com s'ha aplicat l'acció de l'art. 553-25.5 CCCat per part dels Tribunals.

No obstant això, s'ha pogut comprovar que prèviament a l'entrada en vigor del Llibre V CCCat el conflicte no es resolía en seu judicial, sinó que davant de la negativa de la comunitat per suprimir les barreres arquitectòniques amb la Llei 24/1991, de l'habitatge, les obres d'adequació dels elements comuns per a suprimir barreres arquitectòniques podien ser autoritzades i ordenades per l'Administració prèvia autorització administrativa. La via administrativa no judicial continua vigent, d'acord amb el que es disposa en l'art. 60 de la Llei 13/2014, del 30 d'octubre, d'accessibilitat, la regulació de la qual s'ha de completar amb el seu desplegament reglamentari, és a dir, pel Decret 135/1995, que ja hem esmentat.⁴⁷

Després de l'estudi sobre l'aplicació de l'art. 553-25.5 CCCat per part dels Tribunals, em pregunto si realment la resolució del conflicte per la via judicial és la més convenient i satisfactòria. Aquests procediments judicials solen perllongar-se durant força temps, sobretot si tenim en compte la saturació, la càrrega de feina i els recursos econòmics insuficients que estan dotats els Tribunals. Tanmateix, un procés judicial és molt costós, ja que el propietari o titular d'un dret possessori haurà de comptar amb una prova pericial que detalli minuciosament les obres que es proposen per a suprimir les barreres arquitectòniques i, a més, haurà d'assumir el cost de la seva representació processal. El cost econòmic del plet es pot agreujar si hi ha condemna en costes per desestimar-se íntegrament la pretensió. Els processos judicials també comporten un cost personal elevat per a les parts, perquè la situació de conflictivitat amb la comunitat es fa més patent amb l'enfrontament que té lloc al jutjat. A tot això se li ha d'afegir la incertesa que inevitablement comporta tot procediment judicial, és a dir, la perícia i encert dels professionals i el biaix del Jutge.

Per tot això, al meu parer penso que la via judicial no acaba de ser totalment satisfactòria per a les parts i que la intervenció de l'Administració podria ser més econòmica, ràpida, segura i menys traumàtica per les parts.

47 La Disposició Transitòria primera de la Llei 13/2014 manté la vigència de la normativa reglamentària mentre no s'aprovin les disposicions reglamentàries de desplegament d'aquesta llei, entre les quals hi ha el Decret 135/1995, del 24 de març, de desplegament de la Llei 20/1991, del 25 de novembre, de promoció de l'accessibilitat i de supressió de barreres arquitectòniques.

6. Bibliografia

- DEL POZO CARRASCOSA, Pedro; VAQUER ALOY, Antoni; BOSCH CAPDEVILA, Esteve, *Derecho Civil de Cataluña. Derecho de Sucesiones*, 6ª edición, Madrid, Marcial Pons, 2017.
- ESCUTIA ABAD, Mar, «Capítol 13: La propietat horitzontal», a: LUCAS ESTEVE, Adolfo (dir.), *Drets reals. Possessio, propietat i situacions de comunitat*, t. 1, 2a ed., Bosch, 2017, p. 289-343.
- EICHEVERRÍA SUMMERS, Francisco, MORILLO GONZÁLEZ, Fernando, *Manual Pràctic de Propietat Horitzontal per a Catalunya*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009.
- LOSCERTALES FUERTES, Daniel (coord.), *Propiedad Horizontal de Cataluña. Comentarios y formularios. Ley 5/2015, de 13 de mayo, de modificación del Libro Quinto del Código Civil de Cataluña*, 2a edición, Sepin, Madrid, 2015.
- PUIG BLANES, Francisco de Paula i SOSPEDRA NAVAS, Francisco José (coords.), *Comentarios al Código Civil de Cataluña*, t. II, 3a ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2020.
- SARAVIA MÉNDEZ, Gregorio, *Las observaciones generales del Comité de derechos de las personas con discapacidad de Naciones Unidas explicadas y comentadas*, Grupo editorial Cinca, Madrid, 2022.
- TORRA BERNAUS, Rosa, «Propiedad horizontal y supresión de barreras arquitectónicas en el Libro quinto de Código Civil de Cataluña», a: GARRIDO MELERO, Martín (coord.), *La regulación de la propiedad horizontal y las situaciones de comunidad en Cataluña*, Bosch, Barcelona, 2008, p. 309-326.
- VALLE MUÑOZ, José Luis, ARNAIZ RAMOS, Rafael (coords.), *Derechos reales de Cataluña. Comentarios al libro quinto del Código civil de Cataluña*, t. I, Atelier, Barcelona, 2017.

El usufructo con facultad de disposición: su desarrollo por la jurisprudencia en Cataluña

M^a Patricia Represa Polo
Profesora Titular Derecho Civil
Universidad Complutense de Madrid

Sumario

1. Introducción
2. Delimitación del usufructo con facultad de disposición
3. Usufructo con facultad de disposición y disposición del derecho de usufructo (STJ Cataluña de 23 de noviembre de 2020 (RJ 3482/2021))
4. Ámbito de las facultades dispositivas del usufructuario (STJ Cataluña 22.09.2003 (RJ 7283/2003))
 - 4.1. Facultades dispositivas a título oneroso y a título gratuito. Distinción con el fideicomiso de residuo
 - 4.2. Facultades dispositivas *mortis causa*
 - 4.3. Libre facultad de disposición (STJ Cataluña 22.09.03)
5. Recapitulación a través del contenido de las sentencias

1. Introducción

El usufructo es un derecho real en cosa ajena, que permite a su titular el uso y disfrute de unos bienes sobre los que otra persona ostenta su propiedad (artículo 561-2 CC Cat). La esencia es el disfrute de bienes ajenos y siendo esto su elemento configurador, las distintas modalidades que puedan constituirse dependerán del mantenimiento de esta esencia.

Aunque en la actualidad el derecho real de usufructo en consideración al valor del mismo puede desarrollar diversas funciones, inicialmente en su origen y desarrollo evidencia una finalidad alimenticia clara, en el sentido de que el usufructuario puede usar y aprovechar los frutos de los bienes ajenos, sin que éste por ello pierda su propiedad y, precisamente, atendiendo a la función económica que desarrolla el usufructo surge una variedad del mismo que es el usufructo con facultad de disposición,¹ de manera que cuando por la razón que sea el usufructo no cumpla la función que está llamado a desarrollar se pueda disponer de los bienes para lograr esa función siempre «que dicha modificación del supuesto tipo no desfigure el usufructo convirtiéndolo en un derecho nuevo y distinto es preciso fijar con claridad los límites que marcan la dependencia de la facultad de disposición concedida respecto a la nuda propiedad en que de ordinario reside». Precisamente, en esta línea argumental se situará la postura que defendida a lo largo del trabajo, entendiendo que la concesión

1 STJ Cataluña 23.11.2020 (RJ 1382/2021): «El usufructo con facultades de disposición ha sido una figura tradicional y muy frecuente en Cataluña en el ámbito familiar y sucesorio. Normalmente las facultades de enajenar los bienes y de poder gravarlos, las concedía el esposo a la viuda usufructuaria para que pudiera satisfacer sus necesidades reales, cuando temía que con la percepción únicamente de los frutos no pudieran colmarse. La necesidad era uno de los presupuestos de la posibilidad de venta o gravamen pues con la mera cesión del Usufructo, el destino final de los bienes era pasar a manos de los herederos».

por el constituyente de facultades dispositivas a favor del usufructuario no altera la naturaleza del usufructo en cuanto derecho real sobre cosa ajena, siempre que se pueda interpretar claramente de la voluntad aquel que su intención era otorgar el derecho de goce y disfrute de los bienes y que se exprese el carácter excepcional con el que se reconoce el *ius distrahendi* sobre los bienes.²

Actualmente, la admisión del usufructo con facultad de disposición no se discute, menos aún en Derecho catalán, donde tiene una amplia tradición histórica y en el que se recoge expresamente en el artículo 561-21 CC Cat, siendo sus antecedentes inmediatos el artículo 14 Ley 13/2000 de regulación de los derechos de usufructo, uso y habitación y el artículo 304 del Código de sucesiones.³

Por tanto, no habiendo duda sobre su admisión ni siquiera sobre la condición de verdadero usufructo de la figura, quiero plantear en este trabajo la extensión que puede tener las facultades dispositivas del usufructuario en los términos que ha quedado configurado en las sentencias del Tribunal Superior de Cataluña.

En este sentido, son tres las ocasiones en las que dicho Tribunal ha resuelto cuestiones relativas al usufructo con facultad de disposición,

2 STJ Cataluña 22.09.2003 (RJ 7283/2003): «L'usdefruit amb facultats de disposició és una institució d'arrel consuetudinària molt freqüent a Catalunya modelada per la pràctica notarial, que ha estat objecte de regulació inicialment a l' art. 223 de la Compilació del dret civil de Catalunya (LCAT 1984, 1888) i actualment a l'art. 304 del Codi de successions (LCAT 1992, 46, 205) per causa de mort en el dret civil de Catalunya. Existeix un consens ampli, tant a nivell doctrinal com jurisprudencial, que l'usdefruit apareix per a donar satisfacció a la voluntat del testador de proporcionar al consort supervivent uns mitjans de subsistència escaients sense privar els descendents de la propietat dels béns que integren el seu patrimoni i com que la primera d'aquestes finalitats es pot veure en ocasions compromesa si ens atenem a les facultats normals que es deriven del dret d'usdefruit, des de l'època del "ius commune" s'introdueix la possibilitat que al "ius fruendi" de d'usufructuari s'hi afegeixi el "ius disponendi", sense que això suposi desnaturalitzar el dret real d'usdefruit. En qualsevol cas l'usdefruit amb facultat de disposició sols s'estableix a l'empara del principi d'autonomia privada i això vol dir, per tant, que les facultats dispositives de l'usufructuari deriven directament de la voluntat del constituent de l'usdefruit. Si ens atenem a la pràctica catalana, tal com l'exposen els autors que de forma més directa coneixen el vessant pràctic de la institució, s'esmenta la possibilitat de poder disposar sense necessitat de justificar la causa que determina l'acte dispositiu, de poder disposar en cas de necessitat, de poder disposar amb l'assentiment dels nu propietaris o altres persones, de poder disposar si es donen determinades circumstàncies i altres semblants.»

3 STJ Cataluña 23.11.2020 (RJ 1382/2021).

analizando en las mismas algunas de las cuestiones claves en la delimitación de este derecho: por un lado, el ámbito de las facultades dispositivas del usufructuario, por otro lado, la sustantividad propia de este derecho respecto al fideicomiso de residuo y, finalmente, la distinción entre la facultad dispositiva sobre los bienes usufructuados y la facultad dispositiva sobre el derecho de usufructo.

2. Delimitación del usufructo con facultad de disposición

El usufructo con facultad de disposición resulta un supuesto extraordinario del derecho real de usufructo por cuanto éste tiene por objeto el uso y disfrute de unos bienes que al finalizar el mismo y consolidarse la propiedad plena deberán restituirse al propietario; sin embargo, este molde tradicional puede verse excepcionado desde el momento en el que en la constitución del usufructo se le concede al usufructuario facultades dispositivas sobre los bienes, que ponen de manifiesto que lo esencial en este derecho es el uso y disfrute de bienes ajenos, no resultando esencial la obligación de restitución, lo que queda patente no sólo en el usufructo con facultad de disposición sino también en el usufructo sobre bienes consumibles.⁴ Por tanto, se le añaden facultades típicas del propietario, lo que no significa que éste pierda las mismas.⁵

En el usufructo con facultad de disposición existe una atribución expresa de dicha facultad al usufructuario, no es que la misma derive de la naturaleza

4 «Como no deja de ser usufructo por ese aumento de atribuciones, según se deduce de la definición de nuestro Código del usufructo en el art-467, la disposición no cambiará de naturaleza salvo siempre la voluntad del testador, que es ley en la materia. Esto prueba la proximidad de estos géneros de llamamiento, aunque proximidad no quiere decir identidad». (CLEMENTE DE DIEGO: *Naturaleza jurídica de las disposiciones o cláusulas testamentarias de residuo*, Reus Madrid, 1926).

5 STJ Cataluña (24.04.2006 (RJ 3998/2006): «En l'usdefruit amb facultat de disposar es produeix la concurrència de les facultats de disposició sobre un mateix objecte: la del nu propietari que les conserva sens perjudici de la càrrega o gravamen de l'usdefruit amb facultat de disposar i la de l'usufructuari amb facultat de disposició. Les facultats del nu propietari no queden anul·lades per les de l'usufructuari però sí supeditades en el sentit abans exposat, ja que el nou adquirent seguirà gravat no només amb l'usdefruit sinó amb les facultats de disposició de l'usufructuari.»

de los bienes o del empleo de la diligencia debida en el cuidado a que legalmente viene obligado el usufructuario sino que es el propietario quien al constituir el usufructo y desdoblar los poderes integrantes de su derecho, concede al usufructuario no sólo el goce de los mismos sino, además, facultades dispositivas, es decir, la posibilidad de que el usufructuario enajene los bienes cuya propiedad corresponde al nudo propietario. La forma habitual de constitución de este usufructo es vía testamentaria disponiendo de la nuda propiedad a favor de un sucesor y atribuyendo a otro el usufructo y la facultad de disposición. Sin embargo, nada obsta a que pueda constituirse también por actos inter vivos, siendo habitual en este caso que el propietario del bien ceda la nuda propiedad y retenga el usufructo conservando la facultad de disposición.⁶

Así configurado esta modalidad de usufructo, sería atípico en su contenido, por cuanto las facultades o derechos del usufructuario se ven ampliados hasta el punto de asimilarse su posición a la del propietario, a quien con carácter general le pertenece el derecho a disponer de los bienes. En este sentido, se encuentra consolidada la postura de Roca Sastre para quien «al unirse la facultad dispositiva con el usufructo no surge un derecho nuevo o distinto del usufructo, sino que se produce un simple acoplamiento o yuxtaposición de un poder dispositivo al derecho de usufructo, sin que éste quede desnaturalizado».⁷

6 En este caso, uno de los principales problemas que presenta esta donación, como revela la jurisprudencia recaída sobre el supuesto, sea la facilidad con la que se puede alcanzar un fin fraudulento creando una apariencia de transmisión de los bienes, cuando lo realmente querido por las partes sea que, aunque la titularidad aparente del bien recaiga sobre el nudo propietario, el disfrute y poder efectivo del mismo lo tenga el donante-usufructuario; este riesgo se ve reforzado cuando con apoyo en el artículo 639 CC este último conserva el poder de disposición de lo donado y, además, impone al nudo propietario una prohibición de disponer. Es el caso de la Resolución de la DGSJFP 29.10.2020 (RJ5484/2020) en la que los donantes se reservan el usufructo de los bienes donados, junto a la facultad de disposición en caso de necesidad libremente apreciada, así como la libre revocación de la donación e imponen al donatario la prohibición de disponer de los bienes; en estos se resuelve entendiendo que en este caso «pese a la donación, los donantes siguen teniéndose por propietarios de lo donado (reducido a una mera titularidad formal) mientras vivan.»

7 Roca Sastre Muncunill: *Estudios de Derecho Privado, II, Sucesiones*, Revista de Derecho Privado, Madrid, p. 79. STS 17. 5.1962 (RJ 2248/1962): «De la unión del usufructo con la facultad de disponer no surge un derecho nuevo o distinto del usufructo, sino un simple acoplamiento o yuxtaposición de un poder dispositivo al derecho de usufructo, que en todo caso se conserva como un *ius in re aliena* que pesa sobre los bienes usufructuados, radicando el centro potencial en el patrimonio del heredero nudo-propietario que naturalmente

El efecto inmediato de la consideración del usufructo con facultad de disposición como verdadero derecho real en cosa ajena es la atribución al usufructuario del *ius disponendi* sobre un derecho o bien, cuya titularidad corresponde al nudo propietario, ya que no se trata de que aquel disponga de su derecho de usufructo, cuya posibilidad se reconoce en el artículo 561-9 CC Cat sino que dispone de un derecho ajeno.⁸ Precisamente, por ello resulta preciso que en la constitución del usufructo resulte evidente la voluntad del propietario inicial de otorgar dicha facultad, que será lo que legitime la actuación del usufructuario. De este modo, el usufructuario en ningún momento adquiere la propiedad de los bienes sobre los que puede disponer sino que realiza un acto de disposición sobre un patrimonio ajeno para el que previamente se le ha legitimado.

La facultad de disposición en cuanto posibilidad de realizar actos que afecten a la sustancia del derecho, con carácter general corresponde a su titular salvo que se autorice para ello bien por el titular del derecho o bien por la ley. Este poder de disposición de un no titular depende de la autorización, ya sea voluntaria o legal, erigiéndose dicha autorización en la legitimación de validez del acto en cuestión. En definitiva, el usufructuario con facultad de disposición celebra un negocio sobre un patrimonio ajeno, que produce sus efectos en el patrimonio de un tercero y no en el propio, para el cual cuenta con la legitimación necesaria, que no es otra que la autorización para disponer concedida por el constituyente del usufructo.

Por tanto, podemos concluir que en el usufructo con facultad de disposición no existe transmisión de la propiedad al usufructuario en ningún momento, ni en el instante de su constitución y atribución de las facultades dispositivas, ni cuando el usufructuario ejercita las mismas sino que en este caso actúa un derecho ajeno con legitimación para ello. Esto lo evidencia el hecho de que si no se ejercita dicha facultad los bienes están sometidos a un usufructo ordinario y al extinguirse el mismo reintegrarán

lo conserva y transmite.» (STS 3.03. 2000 (RJ 163/2000). STJ Cataluña (24.04.2006 (RJ 3998/2006): «La major part. de la doctrina catalana s'inclina per la tesi de la juxtaposició o acoblament de les dues facultats sense que per això quedi desnaturalitzat el dret d'usdefruit com a tal. De la mateixa manera la jurisprudència (STS de 9-12-1970 [RJ 1970, 5440], 9-10-1986 [RJ 1986, 5335]) i les resolucions de la Direcció General de Registres i del Notariat de 8-2-1957 o 2-12-1986 (RJ 1987, 1062) han seguit aquest criteri».

8 El usufructo con facultad dispositiva sigue siendo derecho real en cosa ajena (SERRANO DE NICOLÁS: *El usufructo con facultad de disposición en el Derecho español*, Tesis inédita, 2005 – p. 52 y p.80).

el derecho del nudo propietario, e incluso, enajenados los bienes lo obtenido a cambio deberá restituirse al nudo propietario si al término del usufructo quedara algo de los mismos, salvo que en el título de constitución se hubiera dispuesto otra cosa (artículo 561-4 CCCat). Además, las facultades dispositivas «son inseparables del usufructo y siguen la suerte del mismo en cuanto a su duración y extinción», de forma que aunque el usufructo disponga de su derecho por aplicación del artículo 561-9 CC Cat, no habrá transmisión de la facultad de disposición (STJ Cat 23.11.2020 (RJ 3482/2021)).

3. Usufructo con facultad de disposición y disposición del derecho de usufructo (STJ Cataluña de 23 de noviembre de 2020 (RJ 3482/2021))

El usufructo con facultad de disponer representa un derecho real en cosa ajena cuya especialidad reside en la legitimación que posee el usufructuario de disponer de los bienes que recae su derecho que pertenecen a un tercero. Situación diversa a la facultad integrante del contenido del derecho real de usufructo, que permite al titular disponer del mismo dentro de las facultades que de ordinario integran su derecho. En este sentido, el artículo 561-9 CC Cat establece que «El usufructo es disponible por cualquier título» con lo que se legitima a disponer de su derecho o del ejercicio del mismo. La disposición autorizada por dicha norma se encuentra limitada temporalmente por cuanto señala que «Los contratos que hacen los usufructuarios se extinguen al final del usufructo».

Tradicionalmente, se ha discutido si las facultades dispositivas reconocidas al usufructuario recaían sobre el ejercicio del derecho, sobre la base del carácter personalísimo con el que se configuraba el mismo, o si era posible ceder la titularidad de su derecho. La discusión va más allá de simples planteamientos teóricos por cuanto los efectos prácticos son tan dispares como que con la cesión o enajenación del derecho se produce una subrogación del adquirente en la posición jurídica que tenía el usufructuario cedente en la relación con el nudo propietario, mientras que el rechazo a esta posición limita las facultades dispositivas del usufructuario al ejercicio del poder que encierra su derecho, pero este último conserva la

titularidad del usufructo.⁹ En definitiva, la cesión de la titularidad o tan sólo de su ejercicio supone que lo que adquiera el tercero sea o bien un derecho real, el usufructo que inicialmente correspondía al cedente, o tan sólo un derecho de crédito, cuyo contenido sería el uso y disfrute de los bienes.¹⁰

En este sentido, el carácter familiar e *intuitu personae* con el que surge el usufructo permite entender que en un primer momento se considerara que nos hallábamos ante un derecho intransmisible; su posterior evolución hacia una concepción del mismo más allá del ámbito estrictamente familiar y su patrimonialización por vía jurisprudencial determinó que se admitiera que si bien el titular no podía disponer de su derecho sí lo podía hacer de su ejercicio. Representaría éste el argumento central de la postura mantenida, por ejemplo por ROCA SASTRE, defensor de la teoría de la transmisibilidad del ejercicio del derecho por entender que el carácter personalísimo que caracteriza al usufructo impide una verdadera cesión de este derecho que suponga una subrogación en su titularidad, por lo que sólo podrá transmitirse su contenido económico o lo que es lo mismo su ejercicio,¹¹ lo que justifica el mantenimiento de la responsabilidad del usufructuario frente al nudo propietario, pese a la cesión.

No obstante, sin desconocer el carácter personalísimo que, generalmente, acompaña su constitución, pese al mantenimiento de la responsabilidad del usufructuario, que puede justificarse en el incumplimiento de la diligencia debida en el ejercicio de su derecho materializado en la cesión del derecho, es posible reconocer la facultad del usufructuario para ceder su derecho.¹² Precisamente, esta es la opción del Derecho catalán como refleja el contenido del artículo 561-9 CC Cat. El precepto no deja duda sobre la posible transmisión del derecho de usufructo, disposición que, lógicamente, estará limitada por el alcance o contenido que tuviera el mismo, por cuanto no se puede disponer de más de lo que se tiene, a excepción de las facultades dispositivas sobre

9 ALBALADEJO GARCÍA: *Manual de Derecho Civil. Derechos Reales*. Edisofer, Madrid. 2016. p. 298.

10 AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ: «El principio de subsistencia de responsabilidad del usufructuario cedente del artículo 498 CC», *RDP*. 1992, p.326.

11 ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, t. IV-1º, 3ªedición., p. 482-483.

12 ALBALADEJO GARCÍA: *Manual Derecho Civil...* p. 296. DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: «El principio de subsistencia...» p.331.

los bienes.¹³ De ahí, que el derecho que surge del acto dispositivo vendrá limitado temporalmente por la duración prevista para el usufructo inicial (artículo 561-9.3 CC Cat) y su contenido deberá ser coincidente con éste.¹⁴ Esta facultad corresponde con carácter general a todo usufructuario, salvo que se hubiera pactado lo contrario, pudiendo ejercitarse tanto por actos *inter vivos* o *mortis causa*, a menos que nos hallemos ante un usufructo vitalicio. En definitiva, el usufructuario estaría autorizado para ceder su derecho a un tercero, que pasaría a ser nuevo usufructuario (subrogación), desapareciendo aquel de la relación con el nudo propietario. No obstante, la validez de la disposición exige la previa comunicación al nudo propietario a efectos de ejercicio del derecho de adquisición preferente reconocido en el artículo 561-9.2 CC Cat.

Sin embargo, pese a la cesión del derecho de usufructo, aunque no diga nada el CC Cat, podemos entender que se mantiene la continuidad de la responsabilidad del usufructuario después del acto dispositivo por los daños que puedan sufrir los bienes por culpa o negligencia del cesionario por aplicación del artículo 498 CC. En cualquier caso, lo que no admite discusión es que nos hallamos ante una norma protectora del nudo propietario, quien no interviene en la cesión y, en cambio, puede ser el principal perjudicado por la misma, en cuanto que refuerza su posición al obligar a responder al usufructuario por la posible negligencia en la elección de la persona del cesionario y le disuade de comportamientos abusivos a que pudiera dar lugar la transmisión si no fuera acompañada del mantenimiento de dicha responsabilidad. La responsabilidad del usufructuario por la transmisión de su derecho se entiende mejor si se pone en conexión con la obligación de diligencia del usufructuario en la conservación de los bienes, realizando como exige el artículo 561.2 CC Cat una buena administración de los mismos. De manera que, aunque no se recoge expresamente, el mantenimiento de la responsabilidad del usufructuario, en los términos del artículo 498 CC, los autores entienden que puede defenderse su aplicación y con él la responsabilidad del

13 GINER GARGALLO: *Comentarios al Libro V Código Civil de Cataluña (Derechos reales)*, t II, Bosch, Barcelona. p. 1160.

14 «Tras la enajenación o cesión del usufructo, el cesionario adquiere ese derecho en el mismo estado en que estaba cuando se encontraba en manos del cedente, pues, conforme al principio *nemo plus iura ad alium transferre potest quam ipse habet*» (PÉREZ DE VARGAS: ob. cit. p. 1610).

usufructuario pese a haber abandonado la relación de usufructo por su conducta negligente en la elección de la persona que hizo del cesionario.¹⁵

Así entendidas las facultades dispositivas del usufructuario sobre su derecho parece sencilla su diferenciación con las facultades extraordinarias de disposición que puede tener reconocida aquél sobre los bienes usufructuados:

- En cuanto a su origen, mientras que la disposición del derecho de usufructo viene expresamente reconocida en la ley y su exclusión requerirá el acuerdo entre nudo propietario y titular del disfrute, la facultad de disposición sobre los bienes requiere su concesión expresa por el constituyente del usufructo por cuanto, en el primer caso, se ejercita una facultad propia integrante del derecho del que el usufructuario es titular, sin embargo, en el segundo caso, se ejercita una facultad que en principio corresponde al nudo propietario y para la que se le legitima, precisamente, a través de ese reconocimiento expreso.
- En cuanto a la responsabilidad, el usufructuario que dispone de su derecho sigue respondiendo ante el nudo propietario por los daños que puedan sufrir los bienes, en cambio la enajenación de la cosa supone la extinción de la propiedad del nudo propietario, que únicamente podrá impugnar el acto de disposición si el usufructuario no ejercitó su facultad dentro de los límites que tenía marcados.
- En cuanto al contenido, en el caso de que el usufructuario tuviera reconocidas facultades dispositivas sobre los bienes, si enajenara su derecho en los términos recogidos en el artículo 461-9 CC, el usufructo se transmitiría sin dichas facultades dispositivas debido a que, aunque el usufructuario transmite su derecho en el mismo estado en el que lo ostenta, el carácter personalísimo y extraordinario de dicha facultad impiden su cesión a un tercero, de manera que la enajenación del derecho supondría la extinción de las facultades dispositivas.¹⁶

15 ALBALADEJO GARCÍA: *Manual de Derecho Civil...* p. 298.

16 «La concesión de un poder dispositivo excepcional tiene una finalidad específica (...) y aparece decisivamente determinada por la especial consideración de la persona del usufructuario (hasta el punto de que su ejercicio depende de la apreciación y conciencia de éste).» (RIVAS TORRALBA, R.: ob. cit. p. 353). «La facultad de disposición sigue las vicisitudes de la situación jurídica principal de que depende (...). Cuando se extingue el usufructo, si éste se constituye con facultad de disponer esta caduca.» (FERNÁNDEZ DEL POZO: «Derecho real de uso y poder de disposición », *RCDI*, 1988, n^o 588, p. 94).

Precisamente, este es el caso de la STJ Cataluña 23.11.2020. En el supuesto que da origen a este fallo judicial la usufructuaria con facultades dispositivas cede onerosamente y de manera vitalicia a uno de sus hijos el usufructo de una serie de fincas, que conformaban la herencia de su cónyuge de las que era usufructuaria, asumiendo aquél, además, la obligación de pagar los gastos de uso y conservación, así como los impuestos que grabaran los inmuebles. Una de las fincas, cuyo usufructo vitalicio se cede al hijo, se cede en nuda propiedad a su hija. Finalmente, cede a su nieto el usufructo de otra de las fincas. Fallecida la usufructuaria, el nieto, hijo de la titular de la nuda propiedad sobre el que recaía el derecho de usufructo vitalicio cedido, reclama al usufructuario la posesión de la finca al entender que dicho derecho se había extinguido por la muerte de la abuela tal y como dispone el artículo 561-9.3 CC Cat. Por su parte, el reclamado alega que la cesión en virtud de las facultades dispositivas de la cedente se hizo de manera vitalicia, porque la usufructuaria estaba legitimada para disponer libremente de los bienes, por lo que podía cederlos, también, de manera vitalicia. El conflicto planteado es resuelto en primera y segunda instancia reconociendo la extinción del derecho de usufructo con el fallecimiento de la cedente del mismo.

Por su parte, el Tribunal Superior de Justicia entiende que las facultades dispositivas del usufructuario en cuanto legitimación extraordinaria supone una autorización para disposición de los bienes a las que ordinariamente no está autorizado el titular del usufructo, no se refiere a los derechos que *per se* tiene el usufructuario dentro del contenido típico del derecho, como es la facultad de ceder el propio derecho, por lo que en este caso la cesión que realiza la usufructuaria se enmarca en el ámbito del derecho de usufructo, de manera que por aplicación del artículo 569.9.3 CCCat el derecho se extinguirá cuando se extinga el derecho originario; en este sentido. Al respecto afirma que «en tanto no existan normas que otra cosa dispongan, tanto los derechos que otorgue, como los actos o contratos que el usufructuario realice en tal condición se extinguen con su muerte», con la única excepción prevista en la norma, que es la extinción por renuncia voluntaria del usufructuario cedente.

Siendo válida esta interpretación, creo que también es viable y defendible el planteamiento del hijo demandado en cuanto al carácter vitalicio del derecho cedido por cuanto quien puede vender, enajenar o gravar de manera onerosa, en los términos que el testador había concedido el derecho a la usufructuaria, puede sin duda ceder el derecho

de usar y disfrutar de los bienes de manera vitalicia dentro del ámbito de actuación concedido por el título constitutivo del usufructo en el que se otorgaban a la usufructuaria las más amplias facultades para disponer de los bienes y dentro de las mismas podía otorgar un nuevo usufructo. En definitiva, el usufructuario con facultades dispositivas está legitimado para en el ámbito de ejercicio de aquéllas constituir un nuevo usufructo, con la duración pactada, que puede no coincidir con la vida del usufructuario inicial.

En el caso de la sentencia, puede entenderse que la viuda usufructuaria, queriendo respetar la nuda propiedad de la hija sobre la finca y que ésta no la pierda, en vez de enajenar la propiedad para lo que estaría legitimada, decide gravar la finca con un derecho real de usufructo; por tanto, no es que disponga de su derecho en los términos del artículo 561-9 CC Cat sino que ejercita sus facultades dispositivas en los términos del artículo 561-21 CC Cat¹⁷. En contra, la sentencia citada que señala que

«Sin embargo la facultad de gravar los bienes, en la interpretación restrictiva que requiere esta figura, debe entenderse referida a la imposición de aquellas cargas para las no estaría facultada como usufructuaria porque pudieran comprometer la nuda propiedad, como sería la posibilidad de hipotecar las fincas en su totalidad siempre que concurriesen razones de necesidad. Si con el abanico de posibilidades que abarcaba el usufructo, podía la viuda sostenerse congruentemente, las facultades de disposición no tenían que ser utilizadas».

Por tanto, teniendo según el Tribunal carácter subsidiario la disposición en el sentido que sólo será válido su ejercicio cuando conste la circunstancia de necesidad y no sólo eso cuando no sea posible cubrir la misma de otra forma, se puede concluir que pudiendo cubrir la necesidad con la simple cesión del usufructo no es necesaria la creación de un nuevo derecho de usufructo de carácter vitalicio. Idea que conecta con otra de las cuestiones debatidas en torno al usufructo con facultad de disposición que es el ámbito de las facultades dispositivas.

17 Resulta éste el principal argumento del usufructuario demandado que alega que «cuando el derecho de uso ha sido concedido por un usufructuario con facultades de disposición que lo hace bajo su conciencia por razones de necesidad y con carácter oneroso como lo califica la sentencia recurrida, el derecho de uso no se extingue con la muerte del usufructuario pues si está facultado para vender de modo irrevocable también lo ha de estar para gravar los bienes con derechos que no se extingan con su muerte».

Sin embargo, siendo esto así, es decir, si partimos que no existía situación de necesidad en la que se justificaba la legitimación para disponer podrían impugnarse el resto de negocios que con terceros o, incluso, con el nieto ahora demandante constituyó la usufructuaria con base en las facultades dispositivas otorgadas por su cónyuge. El nieto no hace cuestión de la necesidad, si no que con el fin de consolidar la propiedad, al haber heredado la nuda propiedad al fallecimiento de su madre, reclama la extinción del usufructo entendiendo que la cesión hecha a favor del hijo entra dentro del supuesto del artículo 561-9 CC Cat, considerándolo así las distintas instancias. Interpretación que sólo parece válida como forma de mantener la eficacia del negocio hasta ese momento, pero que sin duda representa una incoherencia en el marco del proceso y deja sin resolver si quien puede enajenar y gravar, como en este caso era la usufructuaria, puede constituir un nuevo usufructo sobre los bienes, sucesivo o simultáneo, incluso, al suyo.

Esta posibilidad parece viable, no sólo porque en este caso el título constitutivo autorizaba a enajenar y gravar sino porque el usufructo tiene un valor económico en sí mismo con el que se puede negociar y obtener un rendimiento que permita cubrir la necesidad, como presupuesto básico de la legitimación para disponer, lo que resulta coherente con la idea de interpretación restrictiva de las facultades dispositivas del usufructuario con el fin de proteger la posición del nudo propietario, que mejor estará ante la constitución de usufructo sobre sus bienes que con la transmisión de la propiedad. Si, además, como se ha señalado el ejercicio de la facultad de disposición debe realizarse desde el respeto a los límites propios de la facultad concedida y los límites generales del ejercicio de los derechos, adquiriendo especial relevancia el abuso del derecho, debemos entender que si la facultad de disponer en caso de necesidad exige como primer presupuesto la concurrencia de ésta, no siendo cuestionada la misma, la disposición de los bienes deberá realizarse sobre la base de causar el menor perjuicio posible al nudo propietario, por lo que si se entiende que menos perjudica quien constituye un derecho real limitado que en algún momento se consolidará con la propiedad que quien dispone o enajena el mismo debemos admitir la continuidad del usufructo.¹⁸

18 SERRANO DE NICOLÁS: *El usufructo con facultad...* p. 332. RIVERO HERNÁNDEZ: *Usufructo, uso y habitación*, Thomsom Reuters, 2020. En contra de la transmisibilidad del Derecho de usufructo, recientemente, FUENTESCA DEGENEFTE: *La transmisibilidad del usufructo*, Reus, 2020. pp. 54-ss. Todas las sentencias que se encuentran al respecto, resuelven sobre

Todo ello, pone de manifiesto los problemas de delimitación de las facultades dispositivas del usufructuario.

4. Ámbito de las facultades dispositivas del usufructuario (STJ Cataluña 22.09.2003 (RJ 7283/2003))

El ámbito de actuación del usufructuario depende del título de constitución en el que se haya establecido.

En este sentido, al constituirse el usufructo deberán concederse expresamente las facultades dispositivas. Generalmente, el usufructo con facultad dispositiva se crea vía testamentaria, originariamente este usufructo surge con el fin de conceder facultades dispositivas al cónyuge viudo cuando el usufructo de los bienes no fuera suficiente para cubrir las necesidades de aquél de manera que con el producto de los bienes lograra satisfacer las mismas; esto justificaba la idea de la subrogación real sobre el precio obtenido con la enajenación en el sentido de que el mismo debía destinarse a la atención de dicha necesidad y el hecho de que la cantidad no asignada a cubrir dicha necesidad al término del usufructo se consolidara con la propiedad. Así lo prevé el artículo 561-24 CC Cat cuando dispone «La contraprestación, una vez ejercida la facultad de disposición a título oneroso, es de libre disposición de los usufructuarios. 2. En el supuesto de facultad de disposición por caso de necesidad, la parte de la contraprestación que no ha tenido que aplicarse a satisfacerla se subroga en el usufructo».

Por tanto, se confirma de este modo que en el usufructo con facultad de disposición no existe transmisión de la propiedad al usufructuario en ningún momento, ni en el instante de su constitución y atribución de las facultades dispositivas, ni cuando el usufructuario ejercita las mismas sino que en este caso actúa un derecho ajeno con legitimación para ello. Esto lo evidencia el hecho de que si no se ejercita dicha facultad los bienes están sometidos a un usufructo ordinario y al extinguirse el mismo reintegrarán el derecho del nudo propietario, e incluso, enajenados los bienes lo obtenido a cambio deberá restituirse al nudo propietario si al término del usufructo quedara algo, salvo que en el título de constitución se hubiera dispuesto otra cosa. Además, las facultades dispositivas «son inseparables del usufructo y

la aplicación de las vicisitudes del título constitutivo al cesionario, pero recaían todas ellas en la cesión del derecho, no en el ejercicio de las facultades dispositivas.

siguen la suerte del mismo en cuanto a su duración y extinción», de forma que aunque el usufructo disponga de su derecho no habrá transmisión de la facultad de disposición.

Por tanto, el título dispositivo se convierte en el ámbito de las facultades dispositivas del usufructuario lo que significa, por una parte, que debe concederse expresamente la legitimación para disponer (artículo 569-21 CC Cat) y, por otra parte, debe de expresarse las circunstancias de ejercicio. Al respecto, la norma citada establece a modo interpretativo que «El otorgamiento de la simple facultad de disposición incluye las disposiciones a título oneroso. La facultad de enajenar a título de venta comprende la de hacerlo por cualquier otro título oneroso. El otorgamiento de la facultad de disposición a título gratuito debe expresarse con claridad.» De esta forma, configura en términos generales los márgenes en los que puede concederse facultades dispositivas al usufructuario.

4.1. Facultades dispositivas a título oneroso y a título gratuito. Distinción con el fideicomiso de residuo

De acuerdo con el artículo 561-19 CC Cat el usufructuario podrá ser legitimado en el título constitutivo a disponer de los bienes sobre los que recae su derecho de manera onerosa y de manera gratuita. Posibilidad ésta última que va a permitir resolver algunas de las cuestiones que ha originado tradicionalmente la figura en estudio, como es el caso planteado en la STJ Cataluña del año 2003 en la que se analiza la posibilidad de constitución de un usufructo con facultades dispositivas *arbitrum boni* y *arbitrum merum*. Además, este reconocimiento, es decir, la posibilidad de que el usufructuario pueda autorizar al usufructuario a disponer de manera gratuita supone una evolución en la configuración histórica de la figura siempre vinculada a la circunstancia de necesidad del usufructuario,¹⁹ lo que permite, por una

19 STJ Cataluña 22.09.2003 (RJ 7283/2003): «L'usdefruit amb facultats de disposició és una institució d'arrel consuetudinària molt freqüent a Catalunya modelada per la pràctica notarial, que ha estat objecte de regulació inicialment a l'article 223 de la Compilació del dret civil de Catalunya i actualment a l'article 304 del Codi de successions per causa de mort en el dret civil de Catalunya. Existeix un consens ampli, tant a nivell doctrinal com jurisprudencial, que l'usdefruit apareix per a donar satisfacció a la voluntat del testador de proporcionar al consort supervivent uns mitjans de subsistència escaients sense privar als descendents de la propietat dels béns que integren el seu patrimoni i com que la primera d'aquestes finalitats es pot veure en ocasions compromesa si ens atenem a les facultats normals que es deriven del dret d'usdefruit, des de l'època del ius commune s'introdueix

parte, interpretar que si puede autorizarse al usufructuario a disponer de manera gratuita puede afirmarse sin problema que podrá autorizarse a disponer onerosamente en toda circunstancia sin límite alguno más allá de los generales para el ejercicio de los derechos. Por lo que la legitimidad para disponer de manera onerosa sin restricción o condicionante alguno autorizará a disponer en todo caso y la validez de la disposición sólo dependerá de que, efectivamente, se pruebe la causa onerosa.

Lógicamente estas afirmaciones determinan que la posición del usufructuario, es decir, la posibilidad de disposición gratuita y disposición onerosa libremente, coloca a aquel en una posición más próxima al *status* del propietario, debilitando, por otra parte, la posición del nudo propietario, lo que puede determinar que los límites con la sustitución fideicomisaria sean más confusos. No obstante, es posible mantener la sustantividad de la figura y con ella la condición de usufructuario, titular de un derecho real en cosa ajena, aún afirmando que puede disponer de manera gratuita de los bienes o de manera onerosa en cualquier circunstancia por cuanto en ambos casos el ámbito de poder del usufructuario será el uso y disfrute de los bienes más la legitimación extraordinaria para disponer de ellos con amplias facultades, sin justificación alguna, como podría hacerlo el propietario, como puede hacerlo un fideicomisario de residuo, que es propietario aunque lo sea de manera temporal, por lo que no puede negarse su asimilación casi absoluta a la posición de un propietario.²⁰ Por ello la defensa de la identidad del usufructo de disposición en estos

la possibilitat que al ius fruendi de l'usufructuari s'hi afegeixi el ius disponendi, sense que això suposi desnaturalitzar el dret real d'usdefruit. En qualsevol cas l'usdefruit amb facultat de disposició sols s'estableix a l'empara del principi d'autonomia privada i això vol dir, per tant, que les facultats dispositives de l'usufructuari deriven directament de la voluntat del constituent de l'usdefruit. Si ens atenem a la pràctica catalana, tal com l'exposen els autors que de forma més directa coneixen el vessant pràctic de la institució, s'esmenta la possibilitat de poder disposar sense necessitat de justificar la causa que determina l'acte dispositiu, de poder disposar en cas de necessitat, de poder disposar amb l'assentiment dels nu propietaris o altres persones, de poder disposar si es donen determinades circumstàncies i altres semblants».

- 20 El usufructuario nunca adquiere la propiedad de los bienes, mientras que el fiduciario se convierte desde el primer momento y directamente en propietario de los bienes, aunque sea una propiedad temporalmente limitada y puede convertirse en propietario definitivo si el fideicomisario por cualquier razón no llega a heredar, por el contrario el usufructuario no adquiere la propiedad de los bienes aunque el nudo propietario no herede (ALBALADEJO GARCÍA: *Derecho Civil, Sucesiones*, p. 274). En el fideicomiso es clara la voluntad del causante

supuestos frente al fideicomiso de residuo debe poner su foco no en la posición del usufructuario sino en la del nudo propietario frente al fiduciario y esta confrontación es la que permite mantener la sustantividad propia del usufructo de disposición frente al fideicomiso de residuo, desde el momento en el que el nudo propietario desde que se constituye el derecho ya es titular del mismo, podría disponer del mismo, y aunque su posición sea muy inconsistente al depender de las actuaciones que realice el usufructuario, será titular mientras no se realice la disposición. Por el contrario, el fiduciario sólo tiene una expectativa a adquirir la titularidad, expectativa que en el caso del nudo propietario sólo lo es respecto a la consolidación de la propiedad plena.

En este sentido, podemos afirmar que la separación radical entre usufructo con facultad de disposición y fideicomiso de residuo y que, a su vez, justifica todas las demás es que en este último caso lo esencial es la existencia de una pluralidad de llamamientos sucesorios, que no aparece en el usufructo, en el que, aunque existen igualmente dos llamamientos a unos bienes, ni son sucesivos, sino simultáneos, ni son en el mismo concepto, sino que uno de los llamados se le quiere como usufructuario, es decir, como titular de un derecho real en un bien ajeno, y al segundo como nudo propietario. Este llamamiento sucesivo supone en el fideicomiso de residuo que si al extinguirse quedan bienes éstos deben restituirse al fideicomisario, quien adquiere en ese momento la propiedad; mientras que el usufructo con facultad de disposición si quedan bienes no existe transmisión sino consolidación de la propiedad plena.²¹

de que haya una transmisión sucesiva mientras en la constitución del usufructo parece evidente la voluntad del constituyente no de que los bienes «hagan tránsito de unas a otras» sino de asegurar el disfrute de los bienes y autorizar de manera extraordinaria la disposición de los mismos si fuera necesaria (SERRANO DE NICOLÁS: *El usufructo con facultad...* p. 117).

- 21 STS 22.09.2003 (RJ 7283/2003): «En el supòsit d'usdefruit amb facultats de disposició ens trobem davant d'una situació que comporta que tant l'usufructuari com els nu propietaris adquireixen els drets respectius des del moment de la constitució de l'usdefruit, amb la conseqüència doncs que des d'aquest moment pertanyen al nu propietari els béns que no han estat objecte de disposició per l'usufructuari en l'exercici de les seves facultats dispositives, a diferència del que succeeix en les disposicions fideicomissàries, amb inclusió de la modalitat del fideicomís de residu, en les quals l'únic titular dels béns és l'hereu fiduciari mentre està pendent el fideicomís i, per tant, l'hereu fideicomissari sols té l'expectativa d'adquirir els béns que no han estat objecte de disposició per l'hereu instituït en primer lloc amb el gravamen d'un fideicomís de residu».

Al ser llamados en distinto concepto y distinta forma la posición jurídica de los sujetos intervinientes es diversa: así, el fiduciario de residuo es un propietario pleno con facultades dispositivas, pero con una propiedad limitada temporalmente, sólo si el fideicomisario no puede llegar a heredar o la condición no se cumple, desaparece dicha limitación; mientras que el usufructuario es titular de un derecho real de usufructo al que se reconocen facultades extraordinarias de disposición, por tanto, no se le ponen límites sino que se amplían sus facultades. Por ello cuando el fiduciario dispone de los bienes lo hace de un derecho propio, mientras que cuando el usufructuario enajena los bienes está disponiendo de un derecho ajeno para el que se le ha legitimado.

En cuanto a la posición del fideicomisario y el nudo propietario, éste recibe la propiedad de los bienes, aunque sea una propiedad gravada, desde el momento de la muerte del causante, mientras que el primero sólo adquirirá el derecho a recibir los bienes a la muerte del causante si nos hallamos ante un fideicomisario a término, por cuanto si el fideicomiso es condicional hasta que no se verifique la condición no adquirirá su derecho a la propiedad del residuo. En lo que sí coincide su posición es que ambos se encuentran en una situación expectante: el fideicomisario desde que adquiere su derecho tiene una expectativa de derecho, por cuanto hasta que no finalice el fideicomiso no sabe si va a recibir algo o no; del mismo modo, el nudo propietario desconoce respecto a cuales de sus bienes se consolidará la propiedad plena. Pero en este caso, hasta que esto se produzca puede hacer uso de sus facultades dispositivas como señala la STJ Cat 24.04.2006 (RJ 3998/2006):

«En l'usdefruit amb facultat de disposar es produeix la concurrència de les facultats de disposició sobre un mateix objecte: la del nu propietari que les conserva sens perjudici de la càrrega o gravamen de l'usdefruit amb facultat de disposar i la de l'usufructuari amb facultat de disposició. Les facultats del nu propietari no queden anul·lades per les de l'usufructuari però sí supeditades en el sentit abans exposat, ja que el nou adquirent seguirà gravat no només amb l'usdefruit sinó amb les facultats de disposició de l'usufructuari».

4.2. Facultades dispositivas *mortis causa*

El contenido del artículo 561-21 CC Cat permite que las facultades dispositivas del usufructuario puedan configurarse de manera que pueda disponer de forma gratuita y de forma onerosa, pero siempre por actos *inter vivos*, creo que aunque no esté expresamente prevista esta limitación

en la ley, aun cuando no se diga nada en el título constitutivo, las facultades dispositivas del usufructuario se entienden conferidas mientras el derecho de usufructo, al que esté vinculado la legitimación extraordinaria para disponer, esté vigente y al extinguirse aquél con la muerte del usufructuario, si no se ha previsto un momento anterior, no podrá realizar disposiciones *mortis causa* por cuanto la legitimación se presenta accesoria al derecho principal.

Precisamente, esta limitación le permite adquirir sustantividad propia respecto al usufructo de regencia, del que aparece claramente delimitado en la STJ Cataluña 27.05.2002 (RJ 7817/2002). para un supuesto en el que el testador había concedido a su esposa el usufructo con facultad de disposición sobre todos los bienes para que dispusiera *mortis causa* de los mismos a favor de los hijos, en este supuesto se reconoce en la sentencia que:

«L'article regula l'usdefruit amb facultats dispositives per actes inter vivos i per aquesta circumstància fa expressa remissió als citats articles 211 i 212 de la Compilació que regulen el fideïcomís de residuu. Des de la mateixa perspectiva la recurrent posa en relleu autoritzada doctrina, que girant al voltant del l'usdefruit de l'article 223 de la Compilació i que ressalta que, en aquest cas, l'usufructuari té privada la possibilitat de disposar mortis causa. El cert és que, encara que la Sala pugui compartir les afirmacions del recurrent en el sentit exposat, aquestes consideracions no incideixen en el tema en debat, ja que, la institució que feu el senyor Francisco F. M. en favor de la vídua en el testament de 10 de gener de 1968, apareix com una institució particular que, en cap cas es revela com a contrària a normes imperatives. El causant disposa que la seva vídua quedi facultada per a disponer "mortis causa" de lo heredado, pero tan solo en favor de los hijos o descendientes del testador, en la forma y proporciones que a bien tuviere, salvo las limitaciones que la ley imponga... I, el cert és que, aquesta disposició, que escau interpretar d'acord amb l'article 675 del Codi civil, no es contrària a cap norma de caràcter de ius cogens, com més endavant s'argumentarà, per la qual cosa escau rebutjar el motiu de recurs».

La afirmación del Tribunal parte de la idea de que no nos encontramos ante un usufructo con facultad de disposición sino ante el denominado usufructo de regencia, en el cual de manera similar a la figura en estudio se nombra usufructuario al viudo y se le conceden facultades dispositivas pero con una finalidad concreta, a saber, el pago de la legítima de los hijos, prestarles alimentos a cargo de la herencia, etc..., en este caso, tanto el disfrute como las facultades dispositivas aparecen instrumentalizadas en cuanto se dirigen a la satisfacción de intereses familiares o al mantenimiento del patrimonio familiar; precisamente, la finalidad de esta institución y de otras titularidades de regencia típicas del Derecho catalán

reside en que en este último se pretende únicamente el lucro de su titular o la contraprestación del mismo.²²

Por tanto, fuera de estos supuestos, en los que realmente la usufructuaria dispone *mortis causa* de los frutos de los bienes no cabe la posibilidad que se otorguen facultades dispositivas *mortis causa* al usufructuario.²³ Así entendido podría considerarse este usufructo de regencia, pese a la falta de regulación actual, una modalidad del usufructo con facultad de disposición,²⁴ pero al margen de esta posibilidad en la que las facultades dispositivas están claramente instrumentalizadas, la concesión de facultades dispositivas *mortis causa* alterarían la naturaleza del derecho concedido siendo difícil mantener la calificación como usufructuario, entre otras

22 GARRIDO MELERO: «Usufructo de disposición y usufructo de regencia», *La Notaría*, 2001. p. 168. La naturaleza del usufructo de regencia se delimita de manera clara en el fallo judicial: «L'anterior consideració ens porta directament a una figura que ha regit en la tradicional família catalana que subsistia malgrat la mort del pare o cap d'aquesta família: l'usdefruit de regència. Aquesta figura s'insinua en els escrits de molts tractadistes catalans i es precisa en l'obra de Roca Sastre, d'aquesta obra se'n deriva que l'usdefruit de regència encercla dues idees: la facultat d'ús i gaudi d'uns béns aliens salvant la forma i substància i una situació de substitució del titular dominical que en front d'un conjunt de coses tenia una espècie d'imperium sobre una sèrie de persones lligades per un vincle de sang o d'autoritat moral. L'usufructuari de regència, en substitució de l'hereu o hereus, feia efectives les llegítimes a càrrec del cabal relicte, imputava el seu pagament a les dots, prestava aliments als hereus i a la resta dels fills del causant mentre visquessin a la casa familiar: o sigui que el susdit usufructuari gaudia d'unes importants atribucions atorgades amb certa flexibilitat sempre que conduïssin a la continuïtat del patrimoni familiar. En alguns supòsits l'esmentat usufructuari se li concedien facultat d'elecció del hereu o hereus universals (hereu distribuïtari de l'article 115 de la Compilació), però això era poc freqüent, i en tot cas, havia de constar de forma expressa en el testament. Així doncs, no ha de sorprendre que en cas en anàlisi, la vídua del causant hagi procedit com una usufructuaria de regència a pagar les llegítimes als fills (a la majoria d'ells segons consta), i, contràriament al que diu l'Audiència no és aplicable la doctrina dels propis actes per deduir la voluntat del testador, ja que aquesta voluntat es desprèn amb claredat de les paraules emprades en el testament».

23 SERRANO DE NICOLÁS: *El usufructo con facultad...* p. 317. GARRIDO MELERO: *Usufructo de disposición...* p. 172: «Puede que el constituyente del derecho haya denominado a este derecho con el nombre de "usufructo con facultad de disposición" pero casi con toda seguridad nos encontraremos ante otro tipo de institución jurídica (una donación reversional, una sustitución preventiva de residuo, una institución vitalicia, etc.). La finalidad última del usufructo (la protección o no del usufructuario, o del hogar común, o de los hijos) nos servirá como criterio hermenéutico para llegar al encaje más adecuado». A favor de las facultades dispositivas *mortis causa* puede GINER GARGALLO: *Comentarios...* p. 1258.

24 SERRANO DE NICOLÁS: *El usufructo con facultad...* p. 145.

razones, porque la norma remite a la regulación del fideicomiso y en éste el fiduciario tiene prohibida la disposición *mortis causa*. Si así se concediera en el título dispositivo, sería eficaz tal disposición en el sentido de que el titular del derecho de uso y disfrute podría disponer de la propiedad *mortis causa*, pero difícilmente podríamos hablar de derecho real de usufructo.²⁵

4.3. Libre facultad de disposición (STJ Cataluña 22.09.03)

Sin poder negar que el usufructo con facultad de disposición surge con una finalidad concreta que es cubrir la necesidad del usufructuario, la evolución del mismo ha determinado que no pueda negarse la posibilidad de que el título constitutivo autorice para disponer libremente, lo que se ha visto reflejado hasta en su denominación, de hablar de usufructo con facultad de disposición en caso de necesidad se ha pasado a su denominación genérica como usufructo con facultad de disposición.

En este sentido, plantear en este momento si puede constituirse un usufructo con libertad de disposición no tendría sentido desde el momento en el que se admite en la norma la disposición gratuita lo que difumina la exigencia de necesidad, sea apreciada por terceros, a conciencia por el usufructuario o del modo que sea, por lo que no habría problema en afirmar que el constituyente puede autorizar al usufructuario a disponer libremente. Por tanto, será fundamental el título constitutivo para interpretar cuáles son las facultades dispositivas concedidas al usufructuario.

Al respecto la STJ Cat 22.09.03 señala que en el título constitutivo se puede autorizar a disponer sin necesidad de justificar la causa que motiva la disposición, lo que no significa que no exista la causa, esto es que si se señala que se puede disponer ante determinada circunstancia, comúnmente la necesidad, sin necesidad de justificarlo, lo que implica que no deberá justificarlo el usufructuario pero no que no deba existir la necesidad, de manera que probado éste hecho el acto dispositivo será eficaz por cuanto no tenía legitimación para el mismo.²⁶ En este sentido, continua diciendo

25 RIVERO HERNÁNDEZ: *Usufructo, uso...* p. 1239. LACRUZ BERDEJO: «Donación obligacional de bienes usufructuados con facultad para disponer entre vivos», *Estudios de Derecho Privado común y foral*, 2005. p. 9.: «El usufructuario podrá hacer lo mismo que el fiduciario de residuo o menos, pero nunca más».

26 PIGNALIA-VILLALÓN Y GAVIRA: «Análisis crítico de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el abuso del derecho en el supuesto del usufructo testamentario con facultad de disposición en caso de necesidad», *Revista Aranzadi doctrinal*, n.6/2016, p. 11.

la sentencia que cuando se deja la facultad de disposición al arbitrio del usufructuario debe entenderse que tiene libertad de disposición, pero deberá actuar conforme a la equidad,²⁷ como habitualmente se dice al *arbitrium boni viri*, de manera que su decisión debe fundarse en la buena fe que «porta com a conseqüència lògica presumir una voluntat favorable a una determinació equitativa de la situació de necessitat i que la seva situació es pugui determinar d'acord amb uns criteris que no poden ésser arbitraris, solució que hem d'entendre està d'acord amb la tradició catalana».

Pero debe observarse que el Tribunal no deja fuera la posibilidad de que excepcionalmente las facultades dispositivas se otorguen al *arbitrium merum*, es decir, con libertad plena para disponer aún de manera arbitraria.²⁸ En este caso, no habría posibilidad alguna de impugnación del acto de disposición, al margen de las propias del negocio jurídico concertado, pero no se podría impugnar en sí la disposición, a diferencia de la concesión de facultades dispositivas *arbitrium viri*, en cuyo caso, el acto dispositivo podría impugnarse si representa un abuso de derecho. En el caso de la sentencia citada, el Tribunal entiende que, en el supuesto enjuiciado en el que se había concedido a la usufructuaria facultades dispositivas según conciencia, pero entendiéndose que sólo para el caso de disposiciones onerosas, la compraventa celebrada con el nieto sobre uno de los inmuebles usufructuados a un precio inferior al valor de la venta representa una negocio mixto *cum donationem*, lo que supone un abuso de su derecho por cuanto, además, perjudica los intereses del nudo propietario.

Aunque el fallo judicial no parece dejarlo muy claro es importante diferenciar dos planos, que la necesidad se deje a la libre apreciación o al arbitrio de la «usufructuaria», en cuyo caso, deberá existir esa necesidad ya que es lo que legitima la disposición o que la disposición sea al arbitrio del usufructuario,²⁹ de manera que sólo un abuso de su derecho justificará la impugnación. Por tanto, cuando como en el supuesto analizado la viuda tenga facultades dispositivas para vender y gravar cuando en conciencia lo crea necesario podrá disponer libremente sin que se pueda cuestionar su valoración de la necesidad, valoración que no podrá discutirse, salvo que esta necesidad se haya propiciado por ella, en cuyo caso se produciría un

27 DE VERDA Y BEAMONTE: «Usufructo testamentario de disponer en caso de necesidad apreciada según conciencia» *Dolencias del Derecho de sucesiones*, Tirant Lo Blanch, p. 479.

28 SERRANO DE NICOLÁS: *El usufructo con facultad...* p. 346.

29 RIVERO HERNÁNDEZ: ob. cit. 1246.

abuso de derecho; por lo que no pudiéndose impugnar la necesidad, cuya valoración sólo corresponde al usufructuario, si se parte como en el caso en cuestión de que hay una donación por el exceso de valor se podría impugnar el mismo por falta de legitimación para disponer de manera gratuita, no sólo porque no se concediera para ello sino porque siendo usufructo de disposición en caso de necesidad, la necesidad *per se* excluye la liberalidad.³⁰

Sin embargo, la posibilidad de disponer libremente complica por no decir imposibilita la impugnación, pese a la posición doctrinal y jurisprudencial que alega el abuso de derecho como límite de su ejercicio. Creo, como apunta GINER GARGALLO que será difícil apreciar el abuso de derecho o la mala fe del usufructuario cuando al constituirse el usufructo se le ha concedido libertad de disposición.³¹ Por lo que la doctrina del abuso del derecho o del ejercicio de los derechos conforme a la buena fe, mantenida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, creemos que es fácil de aplicar al usufructo con facultad de disposición en caso de necesidad, pero difícil cuando hay libertad de disposición.³²

Ni siquiera así se altera la naturaleza del derecho: continua siendo usufructuario, así lo ha querido el constituyente,³³ al que se le legitima a disponer con completa libertad y esto es así por cuanto sigue habiendo un nudo propietario, que pese a lo expectante de su posición, conserva las facultades dispositivas esenciales del derecho propiedad, de manera que incluso puede transmitir su derecho, aunque el valor sea escaso y la posición incierta, de manera que se pueda pensar que está «vendiendo humo».

Sólo en el caso de que, además, el nudo propietario tuviera limitadas sus facultades de disposición deberíamos afirmar que no surge un derecho real en cosa ajena, que no hay nuda propiedad sobre la que recae el mismo, sino que hay una verdadera transmisión de la propiedad. Es el caso de la Resol. 29.10.2020 (R) 5484/2020) en el que se realiza una donación de la propiedad con prohibición de disponer y reserva de usufructo con facultad de disponer en todo caso por los donantes, a la que se añade la posibilidad de revocar

30 PIGNALIA-VILLALÓN Y GAVIRA,; ob. cit. p. 12.

31 GINER GARGALLO: *Comentarios...* p. 1260. LACRUZ: «Donación obligacional...» p. 191. RIVERO HERNÁNDEZ: *Usufructo, uso...* p. 1246.

32 «No debe confundirse el ánimo de dañar como motivación exclusiva, con el ánimo de favorecer a un tercero; en la medida que existe esta segunda motivación el acto de enajenación podrá ser cualquier otra cosa, pero no abusivo» (CARRASCO PERERA: «Usufructo de disposición...» p. 133).

33 LACRUZ BERDEJO: «Donación obligacional...» p. 9.

libremente la donación; la respecto al DFSJFP confirma la denegación de la inscripción que había realizado el Registrador entendiendo por lo que a nosotros nos interesa que la

«la reserva de la facultad de disponer lo es tan solo por acto inter vivos, a título oneroso y para el caso de necesidad de los donantes, no pudiendo estos disponer por tanto de los bienes donados a su libre voluntad: no se reservan una facultad absolutamente libre, sino solo en atención a que sobrevenidamente, por un cambio de circunstancias, pudieren necesitar del valor de realización de los bienes. Y, como señala la citada Resolución de 28 de julio de 1998, los donantes podrán disponer de los bienes tan solo a favor de terceros, y no para sí. En el supuesto contemplado por dicha Resolución los donantes se reservaron la facultad de disponer “en toda la extensión y formas prevenidas en el artículo 639 del Código Civil” y con base en dicha cláusula procedieron a la resolución de la donación para recuperar los bienes donados. Obsérvese por cierto que el Centro Directivo no parece objetar a la reserva de una facultad de disposición con el pleno alcance del supuesto de dicha Resolución, esto es; “en toda la extensión y formas prevenidas en el artículo 639 del Código Civil”, ya que lo que considera es que si los donantes pretendían disponer para sí, estaríamos en realidad en el supuesto del artículo 641, distinto del contemplado en el artículo 639, y estaría dándose en realidad una reversión al libre arbitrio del donante, y por tanto una libre revocabilidad de la donación, lo que nos reconduce al anterior».

Por tanto, se admite la posibilidad de conceder al usufructuario plenas facultades dispositivas con el único límite intrínseco de la disposición para sí mismo, por cuanto en este caso al haberse constituido vía donación supondría una revocación de la donación al libre arbitrio del donante no admitida en el Código Civil por cuanto como dice la resolución «los donantes siguen teniéndose por propietarios de lo donado».

En este sentido, debería darse la misma solución cuando el usufructo no se constituye por vía de retención si no de concesión, reconociendo el constituyente esas facultades al usufructuario por cuanto, aunque ya no nos serviría el argumento de la libre revocación de la donación por parte del donante, la concesión de las más amplias facultades dispositivas, unidas a la prohibición de disponer del nudo propietario, si pensamos, además, que esas facultades dispositivas permiten al usufructuario disponer para sí mismo de la propiedad, extinguiendo así el usufructo por consolidación, desdibujarían completamente los caracteres propios del derecho real en cosa ajena. No es, por tanto, una cuestión de límites a la facultad dispositiva del usufructuario sino de no poder identificar los elementos caracterizadores de este derecho como derecho real en cosa ajena.

La doctrina del abuso del derecho o del ejercicio de los derechos conforme a la buena fe, mantenida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, creemos que es fácil de aplicar al usufructo con facultad de disposición en caso de necesidad, pero difícil cuando hay libertad de disposición.

El problema es resolver si cuando se otorgan facultades para disponer libremente podemos seguir hablando de derecho real en cosa ajena, correspondiendo a otro la propiedad de los bienes o la nuda propiedad. En este sentido, es fácil pensar que quien tiene derecho a usar y disfrutar de los bienes y, además, puede disponer de ellos libremente tiene el *status* de propietario. Sin embargo, si por alguna razón al constituirse este derecho el constituyente, quien habrá podido donar la propiedad o transmitirla *mortis causa*, ha querido que el adquirente sea usufructuario con legitimación para disponer libremente y no ha querido que fuera propietario debe defenderse su condición de titular de un derecho real en cosa ajena.³⁴ Si, además, tenemos en cuenta que habrá querido que un tercero sea propietario, aunque sea un propietario expectante, pero, precisamente, porque su voluntad ha sido que exista un propietario actual de los bienes o un nudo propietario, sometido a condición resolutoria, tenemos que seguir hablando de derecho de usufructo.³⁵

Por tanto, el foco no debe ponerse en la posición del usufructuario, sin duda próxima a la del propietario, si no en la del nudo propietario, próxima a la situación expectante del fideicomisario, pero no coincidente porque éste al extinguirse el fideicomiso adquiere su derecho, mientras que a aquél le pertenece de inicio y sólo lo perderá si usufructuario dispone de los bienes. Mientras tanto tiene las facultades dispositivas que le correspondan,³⁶ por lo que, pese a su reducido valor patrimonial, podrá disponer del mismo *inter vivos y mortis causa*.

34 Precisamente, esa necesidad es la que determinará los límites de la disposición (LACRUZ BERDEJO: «Donación obligacional...» p. 14.)

35 NAVARRO CASTRO: «Obligaciones del usufructuario» en *Tratado del usufructo*, coord. por Leciñena Ibarra. La Ley, Madrid, 2016. p.487. CARRASCO PERERA: «Usufructo de disposición en caso de necesidad exenta de justificación», *RPJ* 1987. p. 133.

36 En contra RIVERO HERNÁNDEZ, quien entiende que el nudo propietario no conserva la facultad de disposición (*El usufructo*, Thomson Reuters, Pamplona, 2009. p. 1031). Lógicamente su planteamiento es acertado respecto a la titularidad de los bienes, no puede transmitir la propiedad por cuanto tampoco puede hacerlo en el usufructo ordinario, pero sí la nuda propiedad, aunque esté sometida a la posibilidad de resolución si el usufructuario dispone de los bienes. En estos casos, recayendo el usufructo sobre bienes inmuebles una correcta inscripción del contenido del derecho del usufructuario y del nudo propietario, permitirá resolver de acuerdo con las reglas del Registro los conflictos que pudieran surgir.

5. Recapitulación a través del contenido de las sentencias

- Deben diferenciarse las facultades dispositivas sobre el usufructo que corresponden a todo usufructuario y la facultad de disposición de los bienes sobre los que recae el usufructo. En este último caso, las facultades conferidas al usufructuario podrían permitir la disposición del derecho de usufructo más allá de los límites legales si entra dentro de las facultades dispositivas sobre los bienes (STJ Cataluña de 23 de noviembre de 2020 (RJ 3482/2021)).
- El límite a las facultades dispositivas concedidas al usufructuario se encuentran en la disposición *mortis causa*, por cuanto en el usufructo vitalicio la muerte del usufructuario extingue el usufructo y con ello desaparece la legitimación para disponer con facultad accesoria al derecho; además, la normativa reguladora del fideicomiso se aplica subsidiariamente y de acuerdo con la misma el fiduciario no puede disponer *mortis causa* (STJ Cataluña 27.05.2002 (RJ 7817/2002)).
- En el caso de que se constituya un usufructo *arbitrum boni viri* el usufructuario tiene libertad de disposición, pero deberá actuar conforme a la equidad, por lo que podrán impugnarse los actos dispositivos cuando haya abuso de derecho (STJ Cataluña 22.09.2003 (RJ 7283/2003)).
- Si se constituye un usufructo *arbitrum merum*, es decir, si se autoriza a disponer libremente será difícil impugnar la disposición, más allá de la impugnación del negocio jurídico sobre el que se articule.

Desheretament per absència de relació familiar: la interpretació de les audiències provincials de Barcelona i Tarragona

Rosa M. Garcia Teruel
Professora lectora de dret civil.
Universitat de Barcelona

Sumari

1. Introducció i antecedents històrics
 2. Regulació del desheretament per absència de relació familiar al Codi civil de Catalunya
 3. La interpretació de l'art. 451-17 CCCat per part de les audiències provincials de Barcelona i Tarragona: requisits i càrrega de la prova
 - 3.1. Introducció metodològica
 - 3.2. La interpretació de les audiències provincials de Tarragona i Barcelona quant als requisits del desheretament i a la càrrega de la prova
 4. El compliment dels requisits del desheretament per manca de relació familiar a la pràctica judicial
 - 4.1. Absència continuada i manifesta de relació familiar
 - 4.2. La imputabilitat de l'absència de relació familiar
 5. El projecte de llei d'actualització, incorporació i modificació de determinats articles del Codi civil de Catalunya
 6. Reflexions finals
- Bibliografia
- Llistat de sentències

1. Introducció i antecedents històrics

El llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions,¹ va introduir una nova causa de desheretament: l'absència de relació familiar continuada i manifesta que fos exclusivament imputable al legitimari (art. 451-17.2.e del Codi civil de Catalunya, CCCat). Aquesta és una qüestió de fet que, durant els més de 14 anys de vigència del llibre quart, ha hagut d'ésser valorada pels tribunals, comportant certa dificultat probatòria, tal com ja preveia el preàmbul del llibre quart del CCCat. En aquesta contribució s'estudia la interpretació que han fet les audiències provincials de Tarragona i Barcelona en referència als requisits per a que es pugui donar la causa de desheretament per absència de relació familiar, i es desglossen les situacions familiars més comunes que han portat al jutgador a qualificar el desheretament com a just o injust.

Els límits a la llibertat de testar i la necessitat de contribuir al sosteniment familiar a través d'un sistema de llegítimes² ha estat un dels temes de major discussió en el dret de successions, tant en el marc del procés codificador espanyol com el català.³ En concret, el debat s'ha centrat, en moltes ocasions, en la conveniència de donar més llibertat al causant, podent

1 Llei 10/2008, de 10 de juliol del llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions. DOGC núm. 5175, de 17.7.2008.

2 El sistema de llegítimes partia del deure moral d'assistència i auxili econòmic que tenia l'home amb els seus familiars, com mostra la previsió de la *querrela inofficiosi testamenti* del Dret romà. ROCA SASTRE, Ramón M., *Estudios sobre sucesiones. Vol. II*. Madrid, Instituto de España, 1981, p. 44.

3 Tal com afirmava Vallet de Goytisolo, un moment polèmic de debat sobre el manteniment del sistema de llegítimes va ser el període codificador. VALLET DE GOYTISOLO, Juan, *Limitaciones de derecho sucesorio a la facultad de disponer. Tomo I. Las Legítimas*. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid 1974, p. 21.

ordenar lliurement el destí del seu patrimoni, o en ampliar les causes de desheretament d'aquells familiars que ho consideri, tot privant-los de la llegítima que els hi pugui correspondre.

Ja al 1883, Duran i Bas va dissertar sobre aquesta qüestió a la *Memoria acerca de las Instituciones del Derecho civil de Cataluña*,⁴ encarregada arran del Decret del Ministre de Justícia Álvarez Bugallal de 2 de febrer de 1880,⁵ que ampliava «*el personal de la Comisión con un Letrado de ciencia y práctica reconocidas, por cada uno de los territorios de Cataluña, Aragón, Navarra, las Provincias Vascongadas, las Islas Baleares y Galicia*» per a poder culminar l'aprovació del Codi civil espanyol (CC).

A la memòria, Duran i Bas compara el sistema «d'hereus forçosos»⁶ que es pretenia importar del *Code* francès al projecte de CC, envers el sistema legitimari a Catalunya, el qual anomena de «llibertat de testar». El sistema català de llegítimes només gravava la quarta part dels béns a tot el territori català des de la Constitució de les Corts generals de Montsó de 1585 (Const. VI, I, I del Vol. III), basat en l'antiga llegítima romana.⁷ Les causes de desheretament també es fonamentaven en el Dret romà, tot i que Duran

4 DURÁN y BAS, Manuel, *Memoria de las instituciones del Derecho civil de Cataluña*. Barcelona, Imprenta de la Casa de Caridad, 1883.

5 Gaceta de Madrid, núm. 58, de 7 de febrer de 1880.

6 Duran i Bas qualifica els sistemes de successió forçosa aquells on més de la meitat dels béns del causant s'haurien de distribuir forçosament entre els legitimaris. No obstant això, el CC no inclou tècnicament un sistema d'hereus forçosos, tot i la pròpia terminologia utilitzada a l'art. 763 CC, doncs el legitimari no és hereu, sinó adquirent d'una porció legítima. ROCA SASTRE, Ramón M. *Estudios sobre sucesiones ...* p. 51.

7 L'antiga llegítima romana no s'havia aplicat uniformement a tot el territori català: durant un temps, en el territori català (exceptuant Cervera, Tarragona i d'altres localitats), va ser vigent la Costum I, tit. 1, llib. 6 del tercer volum de les Constitucions, que establí que si el causant tenia quatre o menys fills, s'havia de repartir un terç de l'herència; també per a Barcelona, a partir del 1283, vuit quinzenes parts eren de llegítima; de les set parts restants, cinc s'havien d'utilitzar per a millorar algun dels fills, mentre que la resta eren de lliure disposició; a Tortosa, la llegítima era d'un terç o de la meitat dels béns segons el causant tingués quatre o més fills. Podeu veure una recopilació històrica de la exorquia o llegítima a Catalunya a NAVAS NAVARRO, Susana, «La sucesión intestada de la Generalidad de Cataluña», *Anuario de derecho civil*, vol. 55, núm. 3, 2002, p. 965-1114.

i Bas apostava per la seva revisió,⁸ atès a que es preveïen causes en desús, com el desheretament del fill que es dedicava a certes professions.⁹

L'aprovació del Codi civil espanyol al 1889¹⁰ va suposar la regulació d'un sistema de llegítimes que, si bé suposava la reserva de dues terceres parts de l'actiu hereditari per als denominats «hereus forçosos» (segons nomenclatura del propi CC, art. 806), no significava que la llibertat de testar del causant quedés completament suprimida. Així doncs, tal com confirmà Vallet de Goytisolo,¹¹ des d'un punt de vista qualitatiu, tots els règims successoris espanyols es basaven en la llibertat de testar, al predominar la voluntat del testador. El CC va preveure, doncs, un sistema de llegítimes romanes, que pressuposen la llibertat de testar, al contrari que el sistema de llegítimes germànic, basat en la prohibició general de disposar dels propis béns, excepte d'algunes quotes.¹² Així mateix, el CC adapta de forma gairebé intacta el desheretament romà regulat a la Novel·la 115 de Justinià,¹³ amb la finalitat de flexibilitzar la rigidesa de la llegítima i d'evitar obligar al causant a afavorir familiars amb conductes reprovables.¹⁴

La publicació del CC també va comportar, per a Catalunya, la conservació del dret propi en matèria de successions i llegítimes. Ho va fer, però, com a dret especial, ja que la primera versió de l'art. 12 CC establia que les províncies i territoris en que subsistia dret foral el conservarien *por ahora*, regint-se supletòriament pel CC, encomanant alhora la tasca de recopilar

8 DURÁN y BAS, Manuel, *Memoria de las instituciones...* p. 170.

9 El jurista català, justificant que un sistema que atorgués més llibertat coincidia amb l'esperit individualista dels catalans, va aportar diversos arguments per a apostar pel manteniment de la llegítima catalana, que oferia avantatges des del punt de vista jurídic, polític, moral i econòmic: entre d'altres, que la llegítima catalana, al poder-se pagar en diners, contribuïa a evitar la divisió material del patrimoni; que un sistema de llibertat de testar, sense perjudici de llegítimes d'escassa quantia, és inherent al dret a la propietat com a expressió de la llibertat de l'individu; o que la llibertat de testar no és incompatible amb la protecció de la família, doncs aquesta es pot assolir a través del dret d'aliments.

10 Reial Decret de 24 de juliol de 1889, pel que es publica el Codi civil. Gaceta de Madrid núm. 206, de 25.7.1889.

11 VALLET DE GOYTISOLO, Juan, *Limitaciones de derecho sucesorio ...* p. 3.

12 ROCA SASTRE, Ramón M., *Estudios sobre sucesiones ...* p. 40.

13 Variant, això sí, les causes de desheretament, doncs és natural que aquestes s'adaptin a la realitat social. ROCA SASTRE MONCUNILL, Luís, *Derecho de sucesiones. TII*. Barcelona, Bosch, 1991, p. 553.

14 SCAEVOLA, Mucius Q., *Código civil. Comentado y concordado extensamente. Tom XIV. 5ª* edició. Madrid, Reus, 1940, p. 853.

les institucions civils pròpies de cada territori per a incorporar-les al CC en forma d'annexos. Catalunya va fer diversos projectes d'apèndix, en els quals es preveia el seu propi sistema de legítimes i desheretaments, tant en projectes oficials (per exemple, el projecte d'apèndix de 1930),¹⁵ com en d'altres de caràcter privat.¹⁶

Posteriorment, amb l'aprovació a les Corts generals de la Llei 40/1960, de 21 de juliol, sobre la Compilació de Dret civil especial de Catalunya (CDCC 1960),¹⁷ a Catalunya es va positivitzar el sistema de llegítimes propi.

Els arts. 122 i ss. CDCC 1960 atorgava als legitimaris (als fills i descendents en representació d'aquests i, si no, als ascendents) un valor global d'una quarta part sobre els béns hereditaris al moment de la mort, amb deducció de despeses, i afegint-hi el valor de les donacions imputables a la llegítima. No obstant això, no es va regular el desheretament, probablement per la similitud existent amb el desheretament al CC, que també s'havia basat en normes de dret romà.¹⁸ A la CDCC 1960 només es feia referència puntual a aquesta qüestió, com els efectes del desheretament injust (art. 141, ap. 5 CDCC 1960) o que fa nombre el desheretat justament (art. 130 CDCC 1960); regla que venia de la interpretació sostinguda per Duran i Bas de l'axioma «*Exheredatus numerum facit ad augendam, et partem facit ad minuendam legitimam*».

15 A l'art. 288 del projecte d'apèndix de 1930 es preveia que el testador podia desheretar als legitimaris descendents quan aquests havien comès un maltractament d'obra, l'havien deshonrat o acusat de delictes; respecte als ascendents, els podia desheretar per haver atemptat contra la vida dels fills, tenir un «tracte il·lícit» amb la seva dona, o no haver-lo assistit en cas d'indigència. Versió oficial del projecte d'apèndix de 1930. Consultat a: Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia. Projecte d'apèndix i materials precompilatoris del Dret civil de Catalunya. Textos jurídics catalans. Lleis i costums, VI/2. 1995, p. 643.

16 Per exemple, a la proposta d'apèndix de Romani i Puigdemolas, l'art. 749 preveia diverses causes de desheretament, incloent les injúries o maltractaments al causant, així com el fet que el descendent «*llevar vida licenciosa á menos que resultare moralmente responsable de este género de vida el mal ejemplo ó abandono de sus ascendientes*». ROMANÍ Y PUIGDEMOLAS, FRANCISCO i TRIAS Y GIRÓ, Juan de D., *Anteproyecto de Apéndice al Código civil para el Principado de Cataluña que presenta a la Comisión especial constituida con arreglo al Real Decreto de 24 de abril de 1899*. Barcelona, Imp. Vilá, Abad y Camp. Riera alta, 45, 1903.

17 BOE núm. 175, de 22.7.1960.

18 VALLET DE GOYTISOLO, Juan, *Limitaciones de derecho sucesorio* ... p. 720.

Tampoc la Llei 13/1984, de 20 de març, sobre la Compilació de Dret civil de Catalunya¹⁹ va incloure les causes de desheretament. No va ser fins la publicació del Codi de successions per causa de mort (Llei 40/1991, de 30 de desembre; CS)²⁰ que es va introduir una regulació més extensa del desheretament, conceptualitzant-lo i establint-ne les seves causes i efectes (arts. 368 i ss. CS). Les causes de desheretament, però, es limitaven a la rèplica de les causes d'indignitat, a la negació d'aliments al testador o al seu cònjuge, ascendents o descendents, al maltractament d'obra o injúries greus contra el testador o el seu cònjuge, i a la privació de la pàtria potestat que corresponia al pare o mare legítimaris respecte al seu fill testador (art. 370 CS), de forma molt similar a la regulació inclosa al CC.

En l'actualitat, ja sent vigent el llibre quart del CCCat, continuen els debats sobre la conveniència de modificar el sistema de llegítimes. Aquest debat no se centra tant, però, en la quantia de la llegítima global, o en la conveniència de regular un sistema caracteritzat per la llibertat de testar, sinó en la reforma de les causes de desheretament o fins i tot en l'eliminació de la llegítima.²¹

2. Regulació del desheretament per absència de relació familiar al Codi civil de Catalunya

El llibre quart CCCat regula la llegítima de forma similar a la prevista al CS. Segons l'art. 451-1 CCCat, la llegítima confereix a determinades persones (en concret, als fills del causant, als altres descendents per dret de representació, o als progenitors, en cas de no tenir descendents) el dret a obtenir un valor patrimonial. Aquest valor patrimonial correspon a la quarta part d'una quantitat base, que es calcula a partir del valor dels béns hereditaris en el moment de la mort del causant, amb deducció dels deutes i les despeses de la darrera malaltia,

19 DOGC núm. 436, de 23.5.1984.

20 DOGC núm. 1544, de 21.1.1992.

21 DE BARRÓN ARNICHES, Paloma, «Libertad de testar y desheredación en los Derechos civiles españoles», *Indret*, núm. 4, 2016, p. 1-57. LAMARCA I MARQUÈS, Albert, «We Are Not Born Alone and We Do Not Die Alone: Protecting Intergenerational Solidarity and Refraining Cain-ism Through Forced Heirship», *Oñati Socio-legal Series*, núm. 2, 2014, p. 264-282. PARRA LUCÁN, M. Ángeles, «Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio», *AFDUDC*, núm. 13, 2009, p. 481-554. TORRES GARCÍA, Teodora (dir.), *Las legítimas y la libertad de testar: perfiles críticos y comparados*. Cizur Menor, Aranzadi, 2019.

l'enterrament o la incineració. Així mateix, a aquesta quantitat s'hi ha d'afegir el valor de les donacions efectuades els deu anys precedents a la mort del causant i de les donacions imputables a la llegítima, amb independència de la data de la donació (art. 451-5 CCCat). Sobre aquest valor, denominat «llegítima global», es calcularà la «llegítima individual», que serà l'import que correspondrà a cada legitimari a partir de la divisió de la llegítima global pel nombre de legitimaris que fan nombre (art. 451-6 CCCat).

No obstant això, el causant pot privar els legitimaris del dret a la llegítima quan concorre alguna causa de desheretament, que actua com una sanció civil envers al legitimari,²² basada en la comissió d'una «falta familiar».²³ Si el causant deshereta sense al·legar alguna d'aquestes causes, si la mateixa no pot ésser provada o si el causant i el legitimari es reconcilien abans de la mort, es considerarà que el legitimari ha estat desheretat injustament i, per tant, podrà reclamar el valor que li correspongui (art. 451-21 CCCat).

Aquestes causes estan previstes a l'art. 451-17 CCCat i inclouen:

1. Les causes d'indignitat de l'art. 412-3 CCCat; és a dir, aquelles situacions de manca de capacitat per a succeir partint d'una conducta reprovable contra el causant o algun dels seus familiars. Dins de les causes d'indignitat s'inclou la comissió de diversos delictes encausats i amb sentència ferma, com l'homicidi intencional o l'assassinat, lesions greus, delictes contra la llibertat, la indemnitat sexual i la integritat moral.
2. La denegació d'aliments al testador o al seu cònjuge, parella estable, ascendent o descendent, quan hi ha l'obligació legal de prestar-los (per exemple, derivat d'una crisi matrimonial o del dret d'aliments de l'art. 237-1 i ss. CCCat).
3. El maltractament greu al testador, al seu cònjuge, parella estable, descendents o ascendents. El maltractament greu també és una causa de

22 DEL POZO CARRASCOSA, Pedro. VAQUER ALOY, Antoni. BOSCH CAPDEVILA, Esteve, *Derecho Civil de Cataluña. Derecho de sucesiones*. 3a edició. Madrid, Marcial Pons, 2017, p. 415. Així mateix, Casado Casado confirma que una sanció civil són aquelles mesures imposades a la normativa civil o privada que tenen una funció punitiva i preventiva, incloent les causes de desheretament. CASADO CASADO, Belén. *El derecho sancionador civil. Consideraciones generales y supuestos*. Málaga, Universidad de Málaga, 2009, p. 43 i 209.

23 Segons Roca Sastre Moncunill, mentre la indignitat successòria sanciona una falta social, el desheretament sanciona una falta familiar. ROCA SASTRE MONCUNILL, Luís, *Derecho de sucesiones...* p. 556.

desheretament prevista a l'art. 853 CC, que ha estat interpretada d'acord amb la realitat social, incloent-hi el desheretament per maltractament psicològic, sempre que la salut mental del causant s'hi vegi afectada.²⁴ De fet, a l'hora d'interpretar les causes de desheretament del CC, diversos tribunals han articularat, a través d'aquesta causa, el desheretament per absència de relació familiar. Aquest és el cas de les SSAP Castelló de 29 de novembre de 2010²⁵ o la SAP València de 8 de febrer de 2018,²⁶ al considerar que una manca de relació familiar pot suposar un abandonament emocional del causant, tot i que no és una conseqüència que es doni *per se*, sinó que s'ha de valorar cas per cas.²⁷ Dins del maltractament greu al testador en el marc del CCCat, també s'hi ha considerat inclòs el maltractament psicològic (STSJC de 28 de maig de 2015),²⁸ basant-se en la interpretació que havia fet el Tribunal Suprem sobre el precepte homònim del CC a partir de la STS de 3 de juny de 2014.²⁹ Tot i això, el Projecte de llei d'actualització, incorporació i modificació de determinats articles del Codi civil de Catalunya, actualment en tramitació parlamentària, preveu la incorporació expressa d'aquest tipus de maltractament en la propera reforma, per a resoldre l'ambigüitat actual.³⁰

4. La suspensió o la privació de la potestat que corresponia al progenitor legitimari sobre el fill causant, o de la que corresponia al fill legitimari sobre un net del causant, sempre que sigui imputable a la persona suspesa o privada de la potestat. S'inclourien, per tant, totes aquelles situacions previstes a l'art. 236-6 CCCat, basant-se en un incompliment greu o reiterat dels deures derivats de la potestat parental, com maltractaments físics o psíquics, incompliment del règim de relacions personals durant sis mesos, etc.

24 STS de 3 de juny de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:2484) i STS de 13 de maig de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:1523).

25 JUR 2020\152408.

26 AC 2017\441.

27 ALGABA ROS, Sílvia, «Maltrato de obra y abandono emocional como causa de desheredación». Indret, abril 2015.

28 Roj: STSJ CAT 5193/2015, FD 2n.

29 ECLI:ES:TS:2014:2484.

30 Memòria preliminar de l'Avantprojecte de llei d'actualització del Codi civil de Catalunya. 18.7.2019.

5. *L'absència manifesta i continuada de relació familiar entre el causant i el legitimari, si és per una causa exclusivament imputable al legitimari.* Aquesta nova causa no tenia precedents en ordenaments jurídics propers, però sí que estava regulada a l'article 1621 del Codi civil de Louisiana³¹ o a la sec. 776 del Codi civil d'Àustria (*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch*, ABGB).³²

L'absència de relació familiar és una nova causa de desheretament que està íntimament relacionada amb la solidaritat familiar com a fonament de la llegítima.³³ Durant la tramitació del projecte de llei del llibre quart del CCCat, relatiu a les successions,³⁴ tots els grups parlamentaris van valorar positivament la introducció d'aquesta causa de desheretament, tal com mostren els debats en seu parlamentària, doncs els diputats ho veien com una de les principals causes, a la pràctica, per a desitjar el desheretament de determinats familiars. En la versió de llibre quart CCCat³⁵ que va entrar al Parlament, aquesta causa de desheretament estava prevista de la següent forma: *El trencament manifest i continuat en el temps de la relació familiar entre causant i legitimari, sempre que no sigui per causa exclusivament imputable al causant.* La proposta inicial difereix de la finalment prevista al CCCat pel que fa als següents elements:

- La paraula «trencament» podia suggerir que, en algun moment, havia existit una relació familiar, doncs no es pot trencar el que mai ha estat unit. Això podia deixar fora els supòsits on mai va existir una relació familiar entre el causant i el legitimari.
- En la proposta inicial, quant a la imputabilitat de l'absència de relació familiar, es requeria que no fos exclusivament imputable al causant. És a dir, el desheretament s'hagués pogut considerar just quan el causant hagués participat d'alguna forma en l'absència de relació (ex. negant-se a mantenir el contacte), sempre que el legitimari també en tingués

31 Segons l'art. 1621 del Codi civil de Louisiana, es pot desheretar quan «*The child, after attaining the age of majority and knowing how to contact the parent, has failed to communicate with the parent without just cause for a period of two years, unless the child was on active duty in any of the military forces of the United States at the time.*»

32 JGS Nr. 946/1811.

33 DEL POZO CARRASCOSA, Pedro, *et al. Derecho Civil de Cataluña. Derecho de sucesiones...* p. 415.

34 Núm. Expedient 200-00017/08. Versió de 19 de febrer de 2017.

35 BOPC núm. 33, de 10 de febrer de 2007, p. 55.

part de responsabilitat. A la versió final, es requereix que l'absència de relació sigui exclusivament imputable al legitimari, de manera que el causant no ha d'haver contribuït de cap forma al distanciament.

Precisament, la prova de la imputabilitat de la falta de relació és una de les qüestions que més pot limitar l'ús d'aquesta causa de desheretament, atès a que en les absències de relacions familiars hi solen contribuir les dues parts.³⁶ El dictamen que la Comissió de Justícia, Dret i Seguretat Ciutadana va fer durant la tramitació parlamentària del Projecte de llei de llibre quart CCCat³⁷ ja feia referència a que la nova causa de desheretament per absència de relació familiar podia ésser font de litigis, ja que el jutjador ha de fer suposicions sobre l'origen de les desavinences familiars.

Tanmateix, es va decidir regular aquesta causa de desheretament al contrapesar el cost elevat d'aplicació de la norma amb l'enfortiment del fonament familiar de la institució i el sentit de justícia que hi és subjacent.³⁸ L'activitat judicial des de l'entrada en vigor d'aquesta nova causa de desheretament ha anat encaminada, doncs, a valorar cas per cas la concurrència dels requisits exigits per l'art. 451-17.2 e) CCCat.

3. La interpretació de l'art. 451-17 CCCat per part de les audiències provincials de Barcelona i Tarragona: requisits i càrrega de la prova

3.1. Introducció metodològica

Per a dur a terme l'anàlisi de la doctrina judicial s'han seleccionat totes les sentències incloses a la base de dades Aranzadi Instituciones i del Cendoj de les audiències provincials de Tarragona i Barcelona des de gener del 2009 fins el desembre de 2022. Com a filtre, s'ha seleccionat que, per una banda, les sentències que citin l'art. 451-17 CCCat i, per altra banda, mencionin

36 Arroyo i Amayuelas, Esther i Farnós Amorós, Esther, «Entre el testador abandonado y el legitimario desheredado, ¿A quién prefieren los tribunales?», *Indret*, núm. 2, 2015, p. 18.

37 Tram. 200-00017/08. BOPC núm. 282, de 12.6.2008.

38 *Ibid.*

«absència de relació familiar», donant un total de 44 sentències³⁹ (35 de l'AP de Barcelona i 9 de l'AP Tarragona). D'aquestes 44 sentències, la *ratio decidendi* de 6 d'elles se centrava en qüestions incidentals (ex. qüestions merament processals, de càlcul de la llegítima, valoració dels béns...), sent finalment excloses del llistat definitiu, que va quedar en un total de 38 sentències.

Els resultats de l'anàlisi de les sentències s'han distribuït de dues formes: a la secció 3.2. es fa menció a la interpretació general sobre la causa de desheretament per absència de relació familiar i la categorització dels requisits que han dut a terme aquestes audiències provincials. Per altra banda, a la secció 4 es du a terme una anàlisi de la casuística judicial quant a aquelles qüestions que han contribuït a considerar just o injust un desheretament per aquesta causa, incloent el valor que tenen les visites o trucades ocasionals, el trencament de relacions familiars arran de crisis matrimonials, o les visites d'última malaltia i l'assistència a l'enterrament del causant.

Les sentències analitzades s'han distribuït en dues etapes. Una primera etapa que començà al 2012, amb les primeres sentències sobre la matèria, i que acaba el 2017. En aquesta primera etapa, els tribunals se centren en consolidar la interpretació dels requisits exigits pel CCCat per a desheretar. La segona etapa comença el 2018, just després de les primeres sentències en aquesta matèria per part del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya (TSJC) fins l'actualitat, on les AP de Tarragona i Barcelona incorporen la jurisprudència de l'alt tribunal.

3.2. La interpretació de les audiències provincials de Tarragona i Barcelona quant als requisits del desheretament i a la càrrega de la prova

2012-2017

Les audiències provincials de Barcelona i Tarragona van començar a resoldre qüestions de fons relatives a la nova causa de desheretament per absència de relació familiar al cap d'uns quatre anys des de l'entrada en vigor del llibre quart CCCat, al gener del 2009. Així, les primeres sentències sobre aquesta matèria van ser la SAP Barcelona de 22 de març de 2012⁴⁰

39 Es pot veure el llistat complet de sentències i les seves referències al final d'aquesta contribució.

40 Roj: SAP B 2212/2012.

i la SAP Tarragona de 18 de desembre de 2013.⁴¹ Aquestes primeres sentències consideren que el desheretament és injust, precisament, perquè l'absència de relació familiar no és exclusivament atribuïble al desheretat, existint indicis d'evitació de la relació familiar per part del testador. Tanmateix, la SAP Barcelona de 22 de març de 2012 menciona les dificultats probatòries del requisit de l'exclusiva imputabilitat al legitimari, afirmant que la càrrega de la prova de la mateixa correspon a l'hereu, segons l'art. 451-20.1 CCCat.

La interpretació general duta a terme per aquestes primeres sentències es limita, en part, a la cita dels requisits que ja es mencionen a l'art. 451-17 CCCat,⁴² junt amb els requisits generals per a dur a terme el desheretament que expressament preveu l'art. 451-18 CCCat: que el desheretament consti en testament, codicil o pacte successori; l'expressió d'una de les causes de desheretament; i la designació nominal del legitimari desheretat.

Un any després es dictarien tres sentències més per part de l'AP de Barcelona: el 29 de gener de 2014,⁴³ el 13 de febrer de 2014⁴⁴ i el 30 d'abril de 2014,⁴⁵ mentre que l'AP de Tarragona no es tornaria a pronunciar sobre aquesta matèria fins el 2016. En aquestes tres sentències, a part de reiterar la literalitat dels requisits del desheretament per manca de relació familiar, l'AP de Barcelona confirma que:

1. El desheretament és una sanció civil basada en el principi *odiosa sunt restringenda, favorabilia amplianda* (el que és desfavorable, s'ha de restringir; el que és favorable, s'ha d'ampliar), de manera que no es poden interpretar, de forma extensiva o analògica, aquesta o d'altres causes de desheretament, com ja s'havia interpretat en relació als arts. 852-854 CC.⁴⁶

41 JUR 2014\21780.

42 És a dir, a que no ha d'existir relació familiar, i aquesta absència de relació ha de ser exclusivament imputable al legitimari.

43 Roj: SAP B 1672/2014.

44 JUR 2014\85318.

45 Roj: SAP B 3359/2014.

46 No obstant això, el TS ha admès (veure, entre d'altres, STS de 24 de maig de 2022; Roj: STS 2068/2022) que aquestes causes sí que es poden interpretar segons la realitat social, el que ha portat als tribunals a admetre el desheretament per absència de relació familiar al CC si aquesta circumstància era equivalent a un maltractament psicològic (maltractament

2. La manca de relació exclusivament imputable al legitimari és relativament senzilla de provar en els casos més evidents (maltractament, abusos...), però les desavinences familiars en forma de distanciament o discussions, de forma usual, no són causades només per un dels membres de la família, el que dificulta la seva prova.

3. Una mala relació familiar no implica que hi hagi absència de relació familiar, de manera que el desheretament seria injust en aquests casos. De fet, les SSAP Barcelona de 29 de gener de 2014 i de 13 de febrer de 2014 declaren que el desheretament és injust perquè sí que existeix relació familiar, tot i que en la primera sentència es presenta un cas de distanciament entre mare i filla i en la segona una mala relació amb la filla, però mantenint el contacte amb els respectius nets. A més a més, la SAP Barcelona de 30 d'abril de 2014 especifica, quant a l'absència de relació familiar, que pot continuar existint una relació no familiar, mercantil o professional, el que no invalidaria el desheretament, i que no s'exigeix un temps mínim d'absència de relació, però que aquest ha de ser significatiu.

Les posteriors sentències de les AP de Tarragona i Barcelona no van arribar fins el 2016,⁴⁷ incloent la SAP Tarragona de 10 de març de 2016⁴⁸ i les SSAP Barcelona de 31 de març de 2016,⁴⁹ de 19 de maig de 2016,⁵⁰ de 13 de setembre de 2016⁵¹ i de 23 de setembre de 2016.⁵² Aquestes sentències, si bé no van afegir res nou quant a la interpretació d'aquesta causa de

d'obra). En el cas de les causes de desheretament, les sentències de les AP catalanes, així com el TSJ Catalunya, solen fer menció a la interpretació feta pel TS. Això es deu al fet que la CDCC no regulava les causes de desheretament, aplicant-se de forma subsidiària les del CC. Un cop aprovat el CS, l'art. 370 ja va establir un llistat de causes, molt similars a les previstes al CC.

47 Existeix una sentència de la AP Barcelona (sec. 17ª) de 22 d'octubre de 2015 (Roj: SAP B 12393/2015), on se cita el desheretament per absència de relació familiar, però la *ratio decidendi* es basa en un possible desheretament per maltractament d'obra.

48 JUR 2016\98178.

49 AC 2016\1043.

50 AC 2016\1572.

51 AC 2016\2317.

52 JUR 2016\52863.

desheretament, citen amb freqüència la STSJ de 28 de maig de 2015⁵³ que, resolent sobre un desheretament per maltractament d'obra, també fa menció al desheretament per manca de relació familiar i confirma que «no tenir relació no equival a tenir mala relació».

2018-2023

Al 2018 s'inicia una nova etapa en la doctrina de les AP de Barcelona i Tarragona arran del sorgiment de les primeres sentències del TSJC en matèria de desheretament per absència de relació familiar.

La STSJC de 8 de gener de 2018,⁵⁴ en primer lloc, resol un supòsit relatiu a una absència de relació familiar que va començar arran de la separació dels progenitors. Aquesta sentència afegeix un nou requisit per a considerar que el desheretament per absència de relació familiar sigui just: que l'absència de relació existeixi «en la data de l'acte de disposició *mortis causa* que la formalitza, amb independència del que succeeixi amb posterioritat fins la mort del desheretant». Així, la manca de relació ha de concórrer en el moment de fer el negoci jurídic testamentari en el qual es deshereta, partint de la interpretació conjunta dels arts. 451-17.2.e) CCCat, sobre les causes de desheretament, i de l'art. 451-18.2 CCCat, pel qual el desheretament no pot ser parcial ni condicional. Això no impedeix que es pugui valorar la relació (o absència d'aquesta) dels anys posteriors, sobretot per a determinar l'existència o no de relació familiar. Seguidament, la STSJC de 31 de maig de 2018⁵⁵ completa la interpretació feta per la STSJC de 8 de gener de 2018, afegint que caldrà examinar tota la durada de la manca de relació, sense que tingui cap sentit restringir-la a l'època immediatament anterior al desheretament, però que sí que és necessari que aquesta absència de relació estigui present en el moment del desheretament.

Les posteriors sentències de les AP de Barcelona i Tarragona incorporen aquest nou requisit i detallen molt més els elements del desheretament per absència de relació, com succeeix a les SSAP Barcelona de 13 de juliol de 2017⁵⁶ i de 30 de maig de 2022.⁵⁷ L'AP de Barcelona també debat en

53 STSJ (secció 1a), de 28 de maig de 2015 (Roj: STSJ CAT 5193/2015); ponent: C. Ramos Rubio.

54 STSJ (secció 1a), de 8 de gener de 2018 (Roj: STSJ CAT 9/2018); ponent: J. Seguí Puntas.

55 STSJ (secció 1a), de 31 de maig de 2018 (Roj: STSJ CAT 5338/2018); ponent: J. Seguí Pugas.

56 Roj: SAP B 5972/2017.

57 Roj: SAP B 6177/2022.

algunes de les seves sentències sobre si una relació distant es podria considerar una «relació familiar», tot afirmant que el concepte «relació familiar» requereix que aquesta sigui propera, interpretant-ho d'acord amb el concepte de «tracte familiar» de l'art. 443-5 CCCat (SSAP Barcelona de 26 de juliol de 2018⁵⁸ i de 25 de novembre de 2021).⁵⁹ De totes formes, el concepte de «tracte familiar» tampoc està definit i, com es veurà a l'epígraf 4.1.2., també les relacions familiars distants poden considerar-se «relacions familiars», d'acord amb la casuística d'aquestes AP.

Finalment, la SAP Tarragona reitera el caràcter plenament sancionador del desheretament (SSAP Tarragona de 10 d'octubre de 2019⁶⁰ i de 26 de març de 2020),⁶¹ que s'ha d'interpretar de forma restrictiva i ser provat per l'hereu, tal com exigeix l'art. 451-20 CCCat. En el supòsit que es presentin elements indiciaris que apuntin a que l'absència de relació no és exclusivament imputable al legitimari, el desheretament s'ha de considerar injust.

4. El compliment dels requisits del desheretament per manca de relació familiar a la pràctica judicial

4.1. Absència continuada i manifesta de relació familiar

4.1.1. El termini mínimament representatiu

Per altra banda, les AP de Barcelona i Tarragona han arribat a diverses solucions a l'hora de determinar si s'han complert els requisits per a desheretar de forma justa. Una primera qüestió tractada a les sentències analitzades és si es requereix un termini mínim per a considerar que la relació familiar és inexistent.

En general, la doctrina judicial ha entès que es requereix un «termini mínimament representatiu», que no equival amb un nombre de mesos o d'anys, però que ha de tenir suficient entitat i permanència (SAP Barcelona de 30 d'abril de 2014). Així, a la SAP Tarragona de 26 de març de 2020 es considera que sí que existia una relació familiar en un supòsit on la causant

58 JUR 2018\247316.

59 Roj: SAP B 14576/2021.

60 JUR 2019\296264.

61 AC 2020\1007.

va morir al 2017, havent viscut amb el fill desheretat l'any immediatament anterior; tanmateix, a la SAP Barcelona de 20 de juny de 2018⁶² es prova l'existència de relació familiar en un supòsit on mare i filla només van tenir una relació distant durant un any, just abans de la mort. Pel contrari, a partir dels dos anys de distanciament, l'AP de Barcelona⁶³ ja sol considerar provada l'absència de relació familiar: aquest és el cas de la SAP Barcelona de 19 de maig de 2016, on el distanciament va durar dos anys (del 2010 al 2012, moment en que va morir el causant), determinant que aquest termini tenia suficient entitat.

La resta de supòsits valorats per les AP de Barcelona i Tarragona consideren que l'absència de relació familiar es dona en terminis molt més extensos, com 6 anys (SAP Tarragona de 12 de juny de 2018),⁶⁴ 10 anys (SAP Tarragona de 5 de juliol de 2017,⁶⁵ SAP Barcelona de 31 de març de 2016), 15 anys (SAP Barcelona de 19 de juny de 2020),⁶⁶ 20 anys (SAP Barcelona de 17 de novembre de 2017) o més de 40 anys (SSAP Tarragona de 21 d'abril de 2022⁶⁷ i de 10 de març de 2016).

4.1.2. Efectes del contacte familiar esporàdic

Una altra qüestió que es valora per les AP de Barcelona i Tarragona és la incidència del contacte merament esporàdic entre el desheretat i el causant, ja sigui amb visites ocasionals, amb trucades telefòniques o contacte mitjançant xarxes socials.

Com s'ha vist anteriorment, en referència a l'absència de relació, és necessari que no existeixi contacte entre el testador i el desheretat, que s'hagin deixat de veure; pot existir, però, una relació no familiar, mercantil o professional (SAP Barcelona de 30 d'abril de 2014).⁶⁸ No obstant això, la casuística general de les sentències de les AP Barcelona i Tarragona mostra

62 JUR 2018\208353.

63 Quant a les sentències de l'AP Tarragona, aquestes no resolen supòsits de terminis tant breus.

64 AC 2018\1322.

65 JUR 2017\268505.

66 JUR 2020\236941.

67 Roj: SAP T 743/2022.

68 En canvi, la SAP Barcelona de 18 de setembre de 2020 sí que considera que existeix relació familiar en un supòsit on la relació entre pare i fill, essencialment, és de caràcter econòmic/mercantil, a través d'una empresa familiar.

que, fins i tot el contacte esporàdic pot implicar l'existència d'una relació familiar i, per tant, invalidar el desheretament.

Així, a la SAP Tarragona de 15 d'octubre de 2020, una mare deshereta a tres dels seus fills de forma injusta, a l'apreciar el tribunal que aquests fills visitaven molt ocasionalment la mare i, fins i tot, a vegades contactaven amb les treballadores socials que en tenien cura; a la SAP Barcelona de 26 de juliol de 2018 es valora un cas on va existir un distanciament del causant amb els seus fills des de feia gairebé 20 anys, però el tribunal considera que mai va deixar d'existir una relació familiar, ateses les trobades ocasionals en motiu de dies festius, i la designació d'un dels fills com a contacte al servei de teleassistència. A la SAP Barcelona de 25 d'abril de 2017⁶⁹ el tribunal confirma que sí que existia relació familiar en un supòsit on pare i fill no van tenir relació familiar fins que el fill va complir uns 16-18 anys i que, posteriorment, aquest va visitar el seu pare només uns 8 o 10 cops en tota la seva vida, en visites de pocs minuts. A la SAP Barcelona de 15 de juliol de 2022⁷⁰ es considera que sí que existia relació familiar perquè la mare i la seva filla desheretada es trucaven, tot i que molt ocasionalment; a la SAP Barcelona d'11 d'octubre de 2017 queda provada l'existència de relació familiar pel fet que el pare i els fills desheretats tenien algun contacte puntual, considerant el tribunal que el fet que una relació sigui distant no significa que deixi de ser familiar, atès que existeixen molts tipus de relacions d'aquest tipus. Això també ho confirma la SAP de 28 de desembre de 2020,⁷¹ on es considera que existia relació familiar perquè el fill solia trucar per a preguntar sobre l'estat del seu pare, i la SAP Barcelona de 19 de juliol de 2022,⁷² on la relació entre pare i fill era distant i freda, però el desheretat assistia a les reunions familiars on també es convocava el pare. Pel contrari, a la SAP Tarragona de 10 de març de 2016 no s'aprecia l'existència de relació familiar en un supòsit on els fills visitaven només de forma ocasional el seu pare.

Així doncs, en termes generals, la doctrina de les AP de Barcelona i Tarragona valora positivament el fet que hi hagi algun contacte ocasional entre causant i legitimari. Tot i que la relació sigui distant, o gairebé inexistent, consideren que continua existint relació familiar, englobant dins d'aquest terme no només les relacions amb molt de vincle i confiança, sinó també relacions distants o de mera conveniència.

69 JUR 2017\267047.

70 Roj: SAP B 8505/2022.

71 Roj: SAP B 12807/2020.

72 Roj: SAP B 8624/2022.

4.2. La imputabilitat de l'absència de relació familiar

4.2.1. Introducció

Tal com va confirmar la doctrina de les AP de Barcelona i Tarragona (p. ex. SAP Tarragona de 10 de març de 2016), el requisit més senzill de provar és l'absència de relació familiar. Però més difícil resulta la prova de la imputabilitat d'aquesta manca de relació, que l'art. 451-17 CCCat exigeix que recaigui només sobre la persona desheretada, al contrari del que s'establia a la primera versió de l'avantprojecte de Llei de llibre quart del Codi civil de Catalunya. De fet, a la majoria de sentències analitzades, quan el desheretament s'ha considerat injust, ho ha estat perquè l'absència de relació no era exclusivament imputable al legitimari. D'un total de 27 sentències de les AP de Barcelona i Tarragona que consideraven el desheretament injust, 14 ho justificaven per la imputabilitat no exclusiva al legitimari, 7 perquè sí que existia relació familiar, i 6 per ambdues raons.

Hi ha diverses conductes del legitimari que, segons el parer de les AP de Barcelona i Tarragona, ajuden a determinar que aquest ha mantingut una actuació proactiva per a poder recuperar la relació familiar amb el causant, com les visites d'última malaltia.

4.2.2. Valor de les visites d'última malaltia

En moltes ocasions, les AP de Tarragona i Barcelona han valorat positivament el fet que el legitimari, tot i mantenir una actitud distant amb el causant en el passat, decidís visitar-lo a l'hospital durant l'última malaltia, o fins i tot assistir a l'enterrament. En un total de 15 sentències sobre 38, l'òrgan judicial té en consideració la visita d'última malaltia.

A la SAP Tarragona de 21 d'abril de 2022⁷³ es considera que l'absència de relació familiar és exclusivament imputable a la legitimària desheretada, entre d'altres, perquè no visitava al seu progenitor, ni quan va estar malalt a l'hospital. La SAP Tarragona de 5 de juliol de 2017, tot i preveure un supòsit de desheretament per maltractament (en la modalitat d'abandonament emocional), entén que el desheretament és just perquè al causant li van detectar una malaltia i els fills no el van atendre ni visitar. Les SSAP Barcelona

73 Roj: SAP T 743/2022.

de 17 de novembre de 2017, de 19 de maig de 2016, de 18 de gener de 2019,⁷⁴ de 30 d'abril de 2014 i de 9 de novembre de 2020⁷⁵ consideren tanmateix, com un dels indicis més rellevants per a determinar la imputabilitat de l'absència de relació, el fet que el legitimari no visités al causant en l'última malaltia, fins i tot que no assistís a l'enterrament. Així mateix, haver-se encarregat de la incineració del causant es valora positivament per la SAP Barcelona de 27 de febrer de 2020⁷⁶ als efectes d'entendre que la manca de relació no va ser només imputable a la legitimària.

Malgrat tot, quan el causant ha contribuït manifestament al distanciament, la manca de visites d'última malaltia no converteix necessàriament el desheretament en just. Així, a la SAP Barcelona de 19 de juny de 2020, tot i que les filles no van visitar a l'hospital al seu pare ni van assistir al sepeli, no consta que el pare fes res per a mantenir una relació familiar amb elles durant 14 anys. El mateix succeí a la SAP Barcelona de 18 de febrer de 2020,⁷⁷ on la causant es lamentava que els fills i nets no la trucaven, però ella tampoc ho feia, convertint el desheretament en injust.

En definitiva, el fet que el legitimari no visités el causant durant els últims dies de la seva vida, contribueix a que les AP de Barcelona i Tarragona puguin justificar que l'absència de relació era exclusivament imputable al legitimari. De fet, aquest tipus d'actitud demostraria una manca de solidaritat amb el familiar, negant-li l'assistència en els seus últims dies de vida i, per tant, sent el desheretament raonable atès el seu caràcter sancionador.

4.2.3. Conductes del causant que trenquen la imputabilitat exclusiva del legitimari de l'absència de relació familiar

Hi ha determinades conductes dels testadors que les AP de Tarragona i Barcelona han determinat que contribueixen a l'absència de relació familiar; per tant, de provar-se, els tribunals consideren que el legitimari no és exclusivament culpable de l'absència de relació, sinó que aquesta és

74 JUR 2019\40222.

75 Roj: SAP B 11935/2020.

76 JUR 2020\87392.

77 JUR 2020\80647.

deguda a una actitud prèvia del causant, el que converteix el desheretament en injust.

Entre algunes de les conductes dels causants que s'han vist a les SAP de Tarragona i Barcelona trobem les següents:

- Desheretament injust per un clar rebuig del causant al seu net legitimari (per representació del pare premort). El causant posava en dubte que realment fos un net consanguini, menyspreant-lo per aquesta condició (SAP Tarragona de 18 de desembre de 2013).
- Desheretament injust d'una mare que es negava a veure les filles arran d'una discussió (SAP Tarragona de 15 d'octubre de 2020).⁷⁸
- En supòsits on els causants prohibeixen a amics i familiars d'informar als legitimaris desheretats sobre el seu estat de salut: mentre la SAP Barcelona de 13 de setembre de 2016 considera que aquest fet és un indicatiu de que l'absència de relació familiar no era exclusivament imputable al legitimari, a la SAP Barcelona de 19 de maig de 2016 es determina que el desheretament va ser just, tot i aquesta prohibició per part del causant.
- Desheretament injust d'una mare que no volia veure els seus fills per por a que «es quedessin amb les escriptures de la casa», i on la filla hereva, que se n'encarregava de la seva cura, no facilitava el contacte de la mare als altres fills desheretats (SAP Barcelona de 31 de març de 2016).
- Desheretament injust per no proporcionar l'adreça de la residència on es trobava la testadora (SAP Barcelona de 29 de setembre de 2021).⁷⁹
- Desheretament injust perquè el causant no va intentar mantenir el contacte amb les filles durant 14 anys, ni tan sols en ocasió de la mort d'una d'elles (SAP Barcelona de 19 de juny de 2020).
- Conflictes judicials entre causants i legitimaris: en moltes ocasions, l'absència de relació familiar sorgeix arran de conflictes a nivell judicial previs entre el causant i el legitimari. Els tribunals valoren el tipus de conflicte per a determinar si el causant havia contribuït també a l'absència de relació familiar. Per exemple, a la SAP Tarragona de 12 de juny de 2018, l'absència de relació parteix d'un procediment penal previ on pare i filla s'havien agredit mútuament, considerant per tant que

78 Roj: T 1359/2020.

79 JUR 2019\40222.

també li era imputable al pare la manca de relació familiar. A les SSAP Barcelona de 22 de març de 2012 i de 17 de juny de 2019,⁸⁰ l'actitud de les filles decep a les respectives mares arran de l'inici de procediments per a incapacitar-les, el que porta al tribunal a considerar que l'absència de relació familiar no és exclusivament imputable a les legitimàries. A la SAP Barcelona de 10 d'octubre de 2019, tot i que el legitimari fos qui iniciés un procediment civil contra el seu pare, no es considera que aquest fos el detonant de l'absència de relació familiar, sinó més bé una conseqüència. En canvi, a la SAP Barcelona de 15 de desembre de 2020,⁸¹ la filla legitimària és la que va causar el distanciament, que li és exclusivament imputable, arran d'ocupar il·lícitament una segona residència de la seva mare; i a la SAP Tarragona de 5 de juliol de 2017, els legitimaris van cometre alçament de béns contra el patrimoni del seu pare, considerant el tribunal que el distanciament només era imputable als fills.

En definitiva, l'exigència de que l'absència de relació familiar sigui exclusivament imputable al legitimari, fa que davant d'una diversitat de conductes dels causants, els tribunals considerin que també van contribuir a aquest distanciament. Així doncs, qualsevol rebuig, negació del contacte o ocultació d'informació de contacte o sobre l'estat de salut, tot i que vingui causada per un conflicte judicial previ, pot comportar la invalidesa del desheretament.

4.2.3. Relacions merament econòmiques

En alguns supòsits de fet resolta a les AP de Tarragona i Barcelona el contacte entre el causant i el legitimari es duia a terme per qüestions merament econòmiques, com podria ser el pagament d'aliments, de la quota hipotecària dels descendents, etc. Si bé es podria pensar que aquest fet comporta necessàriament la inexistència de relació familiar, doncs aquesta es limitaria a un contacte purament econòmic, les SSAP Tarragona i Barcelona han resolt de diferent forma aquests supòsits.

80 JUR 2019\201125.

81 Roj: SAP B9840/2020.

Així, a la SAP Tarragona de 10 de març de 2016, respecte a un progenitor que va abandonar temporalment la seva família, es considera que el fet de cuidar econòmicament als mateixos fa que no li sigui imputable l'absència de relació familiar, tot i que no mantinguessin una relació estreta. El progenitor, a part de pagar el préstec hipotecari durant el temps que va estar separat de la mare dels seus fills, va transferir-lis la propietat d'un immoble, sense que existís cap tipus de resposta per part d'ells. A la SAP Barcelona de 27 de febrer de 2020 es debat sobre una relació familiar anòmala, poc afectiva, on la relació entre pare i filla va ésser purament econòmica: el pare li satisfia una pensió d'aliments, però amb escàs o nul afecte, tal com es desprèn de les cartes que s'enviaven i del propi diari personal del causant. El tribunal considera que mancava una relació familiar, però que aquesta no era imputable a la legitimària, doncs el pare havia contribuït a aquesta situació amb els seus retrets i manca de flexibilitat per a trobar-se amb la seva filla.

Per contra, a la SAP Barcelona de 18 de setembre de 2020⁸² es considera que sí que existia relació familiar entre un pare i el seu fill, que havia anat a viure a les Canàries, i que mantenien només relacions econòmiques a través d'una empresa on eren socis.

4.2.4. Especial referència a les crisis matrimonials amb fills menors d'edat

Les crisis familiars són el desencadenant de diversos distanciaments familiars tractats per les AP de Barcelona i Tarragona. Aproximadament un 26% dels desheretaments per absència de relació familiar d'aquestes AP parteixen d'una crisi familiar prèvia (10 del total de 38 sentències), que s'inicien principalment quan els legitimaris desheretats són menors d'edat. Que la manca de relació familiar s'iniciï quan els legitimaris són menors té impacte en la posterior valoració de la imputabilitat de la mateixa.

Tal com mencionava la SAP Barcelona de 13 de juliol de 2017, no es poden fer responsables als fills menors d'edat de la manca de relació. Es parteix del fet de que el causant, al ser el progenitor, era l'adult responsable d'intentar mantenir la relació amb els seus fills, de manera que, de no

82 Roj: SAP B 8758/2020.

fer-ho satisfactòriament, no es pot imputar als menors d'edat aquest distanciament. Aquesta condició es dona sobretot en supòsits on els pares han perdut la guarda dels seus fills menors (SSAP Barcelona de 27 de febrer de 2020, de 9 de novembre de 2020, de 29 de gener de 2014, de 25 de novembre de 2021 i de 28 de febrer de 2022)⁸³ o fins i tot abandonat la seva família (SSAP Barcelona de 25 d'abril de 2017 i de 13 de juliol de 2017). Aquesta és l'opció més adequada, tenint en consideració que un menor d'edat pot no tenir suficient discerniment per a entendre les conseqüències dels seus actes. De fet, aquesta era la regla prevista, tanmateix, al Codex 3, 28, 33, 1.⁸⁴

No obstant això, segons les sentències analitzades, es pot arribar a considerar que la imputabilitat de l'absència de relació familiar és exclusiva del legitimari si el causant va intentar de forma inequívoca una aproximació amb el fill legitimari i aquest li va negar, sobretot quan el fill ja és adult i el causant va envellint i tornant-se cada cop més vulnerable. En aquest sentit, la SAP Barcelona de 9 de novembre de 2020 confirma que: «(...) a diferencia de lo que ocurre en los primeros años de una persona, en la que el contenido de la relación familiar va a venir determinado por la actitud de sus mayores, encontrándose el menor en una clara situación de dependencia y subordinación, cuando pasan los años, la relación se invierte y los miembros de la familia que pasan a una situación de mayor dependencia son los mayores, que van menguando en el conjunto de sus capacidades». Aquesta interpretació també va ser confirmada per les sentències del TSJC de 8 de gener de 2018 i de 31 de maig de 2018.

83 Roj: SAP B 2434/2022.

84 *Legis autem veteris iniquitatem tollentes, ut non diutius erubescat posita, quam iulius paulus in suis scripsit quaestionibus, hanc piissimam adgredimur sanctionem. Cum enim infantem suum non posse ingratum a matre sua vocari scripsit neque propter hoc ab ultima suae matris hereditate repelli, nisi hoc odio sui fecerit mariti, ex quo infans progenitus est, hoc iniquum iudicantes, ut alieno odio alius praegravetur, penitus delendum esse sancimus et huiusmodi causam liberis non tantum infantibus, sed etiam quamcumque aetatem agentibus opponi minime concedimus, cum possit sub condicione emancipationis hereditatem suam mater filio derelinquens et patris odium punire et iuri filii sui minime nocere nec suam matrem fallere. Satis enim crudele nobis esse videtur eum qui non sentit ingratum existimar.* Tanmateix, a la proposta privada d'apèndix al Codi civil de 1903 de Romaní i Puigdenolas es preveia, a l'art. 748, que no podien ser desheretats els descendents ni germans impúbels.

5. El projecte de llei d'actualització, incorporació i modificació de determinats articles del Codi civil de Catalunya

Com s'ha vist en aquesta contribució, les conductes a nivell familiar que justifiquen un desheretament per manca de relació familiar són diverses; fins i tot, en algunes ocasions, les audiències provincials resolen de forma diferent supòsits similars. Davant les dificultats probatòries, s'està tramitant una modificació d'aquesta causa de desheretament pel Projecte de llei d'actualització, incorporació i modificació de determinats articles del Codi civil de Catalunya, que actualment està sota debat parlamentari.⁸⁵

En l'actualitat, el CCCat requereix que la prova de la causa de desheretament recaigui sobre l'hereu (art. 451-20 CCCat). Aquesta mateixa previsió es troba als arts. 850-851 del CC. En aquest sentit, Roca Sastre Moncunill confirmà que aquesta previsió del CC concorda amb el principi general que regula la prova dels fets negatius, estant en el passat previst a la Novela 115 (cap. 3, 4 i 9) i al Digest 28, 2, 14, 2.⁸⁶

Aquest projecte preveu que, excepcionalment, la càrrega de la prova recaigui sobre el legitimari, que haurà de demostrar que la relació familiar o bé existeix, o bé la seva absència no li és imputable.⁸⁷ Aquests i d'altres canvis proposats en matèria de llegítima es justifiquen en l'envelliment progressiu de la població i els canvis en els models de família, d'acord amb la Memòria General de l'Avantprojecte de llei.⁸⁸ Es reconeix la pressió a la que la institució de la llegítima està sotmesa i que en l'àmbit internacional

85 Núm. Expedient 200-00010/13.

86 ROCA SASTRE MONCUNILL, LUIS, *Derecho de sucesiones ...*p. 562. Segons el Digest 28, 2, 14, 2: «*Si quis ita scripserit: "Ille, quem scio ex me natum non esse, exheres esto", hanc exheredationem ita nullius momenti esse ait, si probetur ex eo natus: non enim videri quasi filium exheredatum esse. Cum elogium pater, cum filium exheredaret, proposuisset et adiecisset propter eam causam exheredare, probaturque patrem circa causam exheredationis errasse*».

87 De fet, la STSJ de 8 de gener de 2018 va valorar una possible inversió de la càrrega de la prova, sol·licitada per l'hereu, basant-se en el principi de facilitat probatòria de l'art. 217.7 LEC. Però el TSJ determina que qui realment té facilitat probatòria és l'hereu, doncs ha de provar un fet positiu: que l'absència de relació familiar estigués causada pel fet que les legitimàries haguessin refusat qualsevol intentat de restabliment de la relació familiar.

88 Generalitat de Catalunya. Direcció General de Dret i Entitats Jurídiques. Memòria general de l'Avantprojecte de llei d'actualització, incorporació i modificació de determinats articles del Codi civil de Catalunya. 22.9.2020.

se n'està reduint el seu abast. Segons el projecte de llei, l'art. 451-20.1 CCCat es modificaria de la següent forma: «Si la persona legitimària desheretada impugna el desheretament al·legant la inexistència de la causa, correspon a l'hereu o hereva provar que existia. Excepcionalment, la prova de la inexistència de la causa de l'apartat 2.e) de l'article 451-17 [l'absència de relació familiar] correspon a la legitimària».

Sota la redacció vigent de l'art. 451-17 CCCat, el demandant (legitimari desheretat) només ha d'al·legar que té la condició de legitimari i que, per tant, això el fa mereixedor de la legítima. Si el demandat (l'hereu) vol fer valer el desheretament, ha d'al·legar i provar que la causa justificativa del desheretament és vàlida, com un condicionant extintiu de la llegítima, complint els requisits d'absència de relació familiar exclusivament imputable al legitimari. De no provar aquestes circumstàncies, i segons les regles generals de la càrrega de la prova de l'art. 217.1 i 2 de la Llei 1/2000, d'Enjudiciament Civil, el desheretament es considera injust. Això respon, d'acord amb Roca Trías, amb la presumpció d'innocència del legitimari (art. 24 de la Constitució espanyola).⁸⁹ Amb la nova redacció de l'art. 451-20.1 CCCat que proporciona el Projecte de llei d'actualització, incorporació i modificació de determinats articles del Codi civil de Catalunya, al legitimari, com a part actora, li recauria la càrrega de provar no només els fets constitutius de la seva pretensió (el reconeixement de la condició de legitimari i el pagament de la llegítima), sinó també la invalidesa del desheretament.

Aquest canvi en la càrrega de la prova s'aplicarà, d'aprovar-se el projecte de llei, només a desheretaments per absència de relació familiar. A la *mens legislatoris* no hi ha la intenció de penalitzar amb més intensitat als familiars legitimaris, o d'incrementar la llibertat de testar, doncs si fos el cas, s'hagués hagut de modificar el règim probatori també d'altres desheretaments que engloben conductes més reprovables, com la indignitat successòria, el maltractament greu o la suspensió o privació de la potestat parental. Aquest canvi parteix de la voluntat del legislador d'imposar al legitimari les conseqüències negatives de que un determinat fet no pugui ser provat, atès que serà el legitimari qui, en principi, tingui més informació sobre el tipus de relació que tenia amb el causant. Això queda corroborat per

89 ROCA TRÍAS, Encarna, «Llegítimes», a PUIG FERRIOL, Lluís, ROCA TRÍAS, Encarna, *Institucions de Dret civil de Catalunya. Volum III. Dret de successions*. 7a edició. València, Tirant lo Blanch, 2009, p. 544.

l'exposició de motius del Projecte de llei, on es menciona que «a la pràctica, s'havia posat de manifest que a qui té el títol hereditari li és molt difícil de demostrar l'absència de relació familiar exclusivament imputable a la persona legitimària que justifica el desheretament».

No obstant això, el que podria comportar aquesta reforma és una presumpció de que tots els legitimaris desheretats per manca de relació familiar els hi és imputable aquesta circumstància, llevat que puguin arribar a provar el contrari, el que pot ser en part incompatible amb la naturalesa sancionadora del desheretament. Alhora, es deixaria en part, a l'arbitri del causant, la valoració sobre la culpabilitat del legitimari en la contribució a l'absència de relació familiar. La mateixa problemàtica de la prova que tenien els hereus, ara recaurà sobre els legitimaris desheretats, que hauran de demostrar que sí que existia relació familiar o, si no existia, que no els hi era exclusivament imputable.

Aquest fet no eludirà l'actual judicialització d'aquests desheretaments. Per a evitar-ho, es podrien valorar altres mesures per a incrementar la llibertat de testar del causant. Per exemple, permetent-li distribuir la llegítima només a un dels legitimaris, tal com es permet a l'art. 486.2 del Codi de Dret foral d'Aragó,⁹⁰ facultant-li a reduir la llegítima si no existeix relació familiar, independentment de la imputabilitat de la manca de relació, tal com es preveu al Codi civil d'Àustria (sec. 776 ABGB);⁹¹ eliminant la llegítima, alhora que mantenint un dret d'aliments per a continuar afavorint la solidaritat intergeneracional;⁹² o simplement tornar a

90 Aquest article preveu que *la legítima colectiva puede distribuirse, igual o desigualmente, entre todos o varios de tales descendientes, o bien atribuirse a uno solo. Si no se ha distribuido o atribuido de otra manera, la legítima colectiva se entiende distribuida entre los legitimarios de grado preferente conforme a las reglas de la sucesión legal.* En aquest ordenament jurídic no existeix una llegítima individual i el causant té, amb aquest article, la facultat de desigualar els fills, fins i tot d'excloure'n algun d'ells sense la necessitat d'al·legar cap causa. PARRA LUCÁN, M^a Angeles i BARRIO GALLARDO, Aurelio, «La legítima en Derecho aragonés», a TORRES GARCÍA, Teodora (coord.), *Tratado de legítimas*. Barcelona, Atelier, 2012, p. 362. Decret legislatiu 1/2011, de 22 de març, del Govern d'Aragó, pel que s'aprova, amb el títol de «Codi de Dret foral d'Aragó», el text refós de les lleis civils aragoneses. BOA núm. 67, de 29 de març de 2011.

91 JGS Nr. 946/1811.

92 Tal com proposaven Arroyo i Farnós, al considerar que ampliar les clàusules de desheretament o interpretar-les de forma més flexible no només incrementa la litigació en aquesta matèria, sinó que no deriva en resultats més equitatius. ARROYO I AMAYUELAS, Esther i FARNÓS AMORÓS, Esther, «Entre el testador abandonado y el legitimario desheredado», ... p. 22.

la proposta de desheretament per absència de relació familiar que va entrar al Parlament de Catalunya, que preveia que el desheretament fos vàlid fins i tot si el causant havia contribuït (tot i que no exclusivament) a l'absència de relació familiar;⁹³ però, llavors, seria qüestionable que s'imposés una sanció civil com aquesta al legitimari, si aquest no ha tingut una conducta suficientment reprovable.

6. Reflexions finals

La tramitació parlamentària del Projecte de llei d'actualització, incorporació i modificació de determinats articles del Codi civil de Catalunya ha reobert el debat sobre la conveniència de reforçar la llibertat de testar, en aquesta ocasió, mitjançant la imposició de la càrrega de la prova de la inexistència del desheretament per absència de relació familiar al legitimari. Es fa palès, doncs, la manca de consens sobre el necessari manteniment de la institució de la llegítima, que ja es donava en les etapes inicials de la codificació espanyola.

Quan es va publicar el llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions, el legislador era conscient que la introducció del desheretament per absència de relació familiar podia ser problemàtic a nivell judicial, al mencionar al preàmbul que el precepte «pot ésser font de litigis per la dificultat probatòria del seu supòsit de fet que pot conduir el jutjador a haver de fer suposicions sobre l'origen de desavinences familiars». En concret, davant aquestes dificultats probatòries, és l'hereu, en l'actualitat, qui ha de provar la concurrència de l'absència de relació familiar exclusivament imputable al legitimari, càrrega de la prova que està prevista de la mateixa forma als arts. 850 i 851 CC, i que prové del Digest 28, 2, 14, 2.

Les primeres sentències de les audiències provincials de Barcelona i Tarragona van arribar entre el 2012-2013, 4 anys després de l'entrada en vigor del llibre quart CCCat. En aquest treball s'han recuperat un total de 38 sentències d'aquests òrgans relatives al desheretament per absència

93 En aquest sentit, Vaquer Aloy considera que el requisit d'exclusiva imputabilitat hauria de ser interpretat amb la suficient flexibilitat per a no fer inviable el desheretament. VAQUER ALOY, Antoni, «La legítima en el Derecho civil de Cataluña», a TORRES GARCÍA, Teodora (coord.), *Tratado de legítimas*. Barcelona, Atelier, 2012, p. 501.

de relació familiar, 27 de les quals consideren que el desheretament va ser injust. Quant a la interpretació general d'aquesta nova causa de desheretament, les AP de Barcelona i Tarragona s'han basat en la literalitat del precepte, confirmant que el desheretament és una sanció civil que s'ha de provar per l'hereu, que una mala relació familiar no significa una absència de la mateixa i, seguint la doctrina del TSJC, que l'absència de relació ha de concórrer al moment de dur a terme el desheretament.

Quant a la casuística de les sentències de les AP de Barcelona i Tarragona, s'ha vist que aquestes arriben a solucions similars en diverses ocasions:

- Per a valorar l'absència de relació familiar no hi ha un temps mínim, però aquest ha de ser «representatiu». Els terminis de menys de dos anys no han estat considerats com un termini representatiu per aquests tribunals.
- El contacte esporàdic entre el causant i el legitimari (com ara trucades ocasionals o visites anuals en festius) indica l'existència de relació familiar, de manera que el desheretament en aquests casos seria injust.
- El fet que el legitimari visiti en l'última malaltia al causant, o fins i tot si assisteix al sepeli, és indicatiu per a les AP de Barcelona i Tarragona que l'absència de relació familiar no és exclusivament imputable al legitimari.
- Qualsevol tipus de rebuig del causant envers el legitimari és indicatiu, per a aquests tribunals, que l'absència de relació familiar tampoc és exclusivament imputable al legitimari. Aquí entrarien aquells supòsits on el causant negava les visites del legitimari desheretat o on no se li facilitava la informació per a contactar-lo.
- En les absències de relació familiar que sorgeixen de crisis matrimonials amb descendents menors d'edat, no es pot considerar que aquest fet sigui imputable als fills menors.

En altres ocasions, hi ha més divergència entre les AP de Barcelona i Tarragona: aquest és el cas de les relacions merament econòmiques entre causant i legitimari, que en algunes ocasions són considerades relacions familiars i en d'altres no, o en si l'existència d'un conflicte judicial previ entre el causant i el legitimari pot excusar la imputabilitat de l'absència de relació familiar del legitimari.

En definitiva, aquesta nova causa de desheretament, que es basa en una qüestió de fet, ha comportat dificultat probatòria, com s'ha vist de la diversitat de solucions judicials davant conflictes similars, o en la multitud de mitjans probatoris proposats per les parts (testimonis de familiars o

coneguts, diaris íntims del causant, cartes...). No obstant això, el Projecte de llei d'actualització, incorporació i modificació de determinats articles del Codi civil de Catalunya probablement no contribueixi a reduir aquesta dificultat. No es canvien els requisits del desheretament per absència de relació familiar, sinó que simplement es modifica la càrrega de la prova, el que mantindrà les dificultats per a determinar si el desheretament ha estat just o no. A més, és qüestionable si el més adient, davant d'una sanció civil com ho és el desheretament, és presumir que l'absència de relació li és exclusivament imputable al legitimari, incloent tot tipus de situacions (com ara desheretaments de menors d'edat que, per suposat, potser no tenen suficient discerniment per a contribuir a l'absència de relació).

Preveure com a causa de desheretament una qüestió de fet com l'absència de relació familiar que, a més, es basa en la «culpabilitat» del legitimari (atesa la necessària contribució exclusiva a la mateixa) portarà necessàriament dificultats probatòries, al contrari que succeeix amb causes més objectives, com la comissió de delictes contra el causant amb sentència ferma. Aquest és un aspecte que el legislador difícilment podrà evitar sense caure en una excessiva penalització dels legitimaris, de manera que la proposada reforma pot no ser adequada per a la finalitat indicada, sent més adient mantenir el règim actual de càrrega de la prova. Si es vol evitar aquesta dificultat probatòria, podria ser més efectiu pensar en una reforma més profunda de la institució de la llegítima, o fins i tot valorar la seva flexibilització o eliminació.

Bibliografia

- ALGABA ROS, Sílvia, «Maltrato de obra y abandono emocional como causa de desheredación». *Indret*, abril 2015.
- ARROYO I AMAYUELAS, Esther i FARNÓS AMORÓS, Esther, «Entre el testador abandonado y el legitimario desheredado, ¿A quién prefieren los tribunales?», *Indret*, núm. 2, 2015.
- CASADO CASADO, Belén. *El derecho sancionador civil. Consideraciones generales y supuestos*. Málaga, Universidad de Málaga, 2009.
- DE BARRÓN ARNICHES, Paloma, «Libertad de testar y desheredación en los Derechos civiles españoles», *Indret*, núm. 4, 2016, p. 1-57.

- DEL POZO CARRASCOSA, Pedro. VAQUER ALOY, Antoni. BOSCH CAPDEVILA, Esteve, *Derecho Civil de Cataluña. Derecho de sucesiones*. 3a edició. Madrid, Marcial Pons, 2017.
- DURÁN I BAS, Manuel, *Memoria de las instituciones del Derecho civil de Cataluña*. Barcelona, imprenta de la Casa de Caridad, 1883.
- LAMARCA I MARQUÈS, Albert, «We Are Not Born Alone and We Do Not Die Alone: Protecting Intergenerational Solidarity and Refraining Cain-ism Through Forced Heirship», *Oñati Socio-legal Series*, núm. 2, 2014, p. 264-282.
- NAVAS NAVARRO, Susana, «La sucesión intestada de la Generalidad de Cataluña», *Anuario de derecho civil*, vol. 55, núm. 3, 2002, p. 965-1114.
- PARRA LUCÁN, M. Ángeles, «Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio», *AFDUDC*, núm. 13, 2009, p. 481-554.
- PARRA LUCÁN, M^a Ángeles i BARRIO GALLARDO, Aurelio, «La legítima en Derecho aragonés», a TORRES GARCÍA, Teodora (coord.), *Tratado de legítimas*. Barcelona, Atelier, 2012.
- ROCA TRÍAS, Encarna, «Llegítimas», a PUIG FERRIOL, Lluís, ROCA TRÍAS, Encarna, *Institucions de Dret civil de Catalunya. Volum III. Dret de successions*. 7a edició. València, Tirant lo Blanch, 2009.
- ROCA SASTRE, Ramón M., *Estudios sobre sucesiones. Vol. II*. Madrid, Instituto de España, 1981.
- ROCA SASTRE MONCUNILL, Luís, *Derecho de sucesiones. III*. Barcelona, Bosch, 1991.
- ROMANÍ Y PUIGDENGOLAS, Francisco i TRIAS Y GIRÓ, Juan de D., *Anteproyecto de Apéndice al Código civil para el Principado de Cataluña que presenta a la Comisión especial constituida con arreglo al Real Decreto de 24 de abril de 1899*. Barcelona, Imp. Vilá, Abad y Camp. Riera alta, 45, 1903.
- SCAEVOLA, Mucius Q., *Código civil. Comentado y concordado extensamente. Tom XIV*. 5^a edició. Madrid, Reus, 1940.
- TORRES GARCÍA, Teodora (dir.), *Las legítimas y la libertad de testar: perfiles críticos y comparados*. Cizur Menor, Aranzadi, 2019.
- VALLET DE GOYTISOLO, Juan, *Limitaciones de derecho sucesorio a la facultad de disponer. Tomo I. Las Legítimas*. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid 1974.
- VAQUER ALOY, Antoni, «La legítima en el Derecho civil de Cataluña», a TORRES GARCÍA, Teodora (coord.), *Tratado de legítimas*. Barcelona, Atelier, 2012.

Llistat de sentències

a) Del Tribunal Suprem

STS de 3 de juny de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:2484)

STS de 24 de maig de 2022 (Roj: STS 2068/2022)

b) Del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya

STSJC (secció 1a) de 28 de maig de 2015 (Roj: STSJ CAT 5193/2015)

STSJC (secció 1a) de 8 de gener de 2018 (Roj: STSJ CAT 9/2018)

STSJC (secció 1a) de 31 de maig de 2018 (Roj: STSJ CAT 5338/2018)

c) De l'audiència provincial de Tarragona

SAP Tarragona (secció 1a) de 18 de desembre de 2013 (JUR 2014\21780)

SAP Tarragona (secció 1a) de 10 de març de 2016 (JUR 2016\98178)

SAP Tarragona (secció 1a) de 5 de juliol de 2017 (JUR 2017\268505)

SAP Tarragona (secció 1a) de 12 de juny de 2018 (AC 2018\1322)

SAP Tarragona (secció 3a) de 26 de març de 2020 (AC 2020\1007)

SAP Tarragona (secció 3a) d'1 d'octubre de 2020 (JUR 2020\313134)

SAP Tarragona (secció 1a) de 8 d'octubre de 2020 (JUR 2020\337273)

SAP Tarragona (Secció 3) de 15 d'octubre de 2020 (Roj: T 1359/2020)

SAP Tarragona (secció 3a) de 21 d'abril de 2022 (Roj: SAP T 743/2022)

d) De l'audiència provincial de Barcelona

SAP Barcelona (Secció 19a) de 22 de març de 2012 (Roj: SAP B 2212/2012)

SAP Barcelona (Secció 1) de 29 de gener de 2014 (Roj: SAP B 1672/2014)

SAP Barcelona (Secció 14a) de 13 de febrer de 2014 (JUR 2014\85318)

SAP Barcelona (Secció 14a) de 30 d'abril de 2014 (Roj: SAP B 3359/2014)

SAP Barcelona (Secció 17a) de 22 d'octubre de 2015 (Roj: SAP B 12393/2015)

SAP Barcelona (Secció 16a) de 31 de març de 2016 (AC 2016\1043)

SAP Barcelona (Secció 19a) de 19 de maig de 2016 (AC 2016\1572)

SAP Barcelona (Secció 4a) de 13 de setembre de 2016 (AC 2016\2317)

SAP Barcelona (Secció 4a) de 25 d'abril de 2017 (JUR 2017\267047)

SAP Barcelona (Secció 1a) de 13 de juliol de 2017 (Roj: SAP B 5972/2017)

SAP Barcelona (Secció 19a) de 12 de setembre de 2017 (JUR 2017\293914)

SAP Barcelona (Secció 11a) de 11 d'octubre de 2017 (Roj: SAP B 10089/2017)
SAP Barcelona (Secció 1a) de 23 d'octubre de 2017 (JUR 2017\290629)
SAP Barcelona (Secció 17a) de 17 de novembre de 2017 (AC 2017\1726)
SAP Barcelona (Secció 11a) de 20 de juny de 2018 (JUR 2018\208353)
SAP Barcelona (Secció 17a) de 28 de juny de 2018 (AC 2018\1296)
SAP Barcelona (Secció 16a) de 26 de juliol de 2018 (JUR 2018\247316)
SAP Barcelona (Secció 19a) de 18 de gener de 2019 (JUR 2019\40222)
SAP Barcelona (Secció 16a) de 17 de juny de 2019 (JUR 2019\201125)
SAP Barcelona (Secció 19a) de 10 d'octubre de 2019 (JUR 2019\296264)
SAP Barcelona (Secció 14a) de 22 d'octubre de 2019 (JUR 2019\311273)
SAP Barcelona (Secció 14a) de 18 de febrer de 2020 (JUR 2020\80647)
SAP Barcelona (Secció 19a) de 27 de febrer de 2020 (JUR 2020\87392)
SAP Barcelona (Secció 1a) de 19 de juny de 2020 (JUR 2020\236941)
SAP Barcelona (Secció 14a) de 9 d'octubre de 2020 (Roj: SAP B 9840/2020)
SAP Barcelona (Secció 16a) de 18 de setembre de 2020 (Roj: SAP B 8758/2020)
SAP Barcelona (Secció 4a) de 9 de novembre de 2020 (Jur: SAP B 11935/2020)
SAP Barcelona (Secció 17a) de 15 de desembre de 2020 (Roj: SAP B 12855/2020)
SAP Barcelona (Secció 1A) de 28 de desembre de 2020 (Roj: SAP B 12807/2020)
SAP Barcelona (Secció 11a) de 29 de setembre de 2021 (JUR 2021\365727)
SAP Barcelona (Secció 19a) de 25 de novembre de 2021 (Roj: SAP B 14576/2021)
SAP Barcelona (Secció 13) de 28 de febrer de 2022 (Roj: SAP B 2434/2022)
SAP Barcelona (Secció 19a) de 29 d'abril de 2022 (Roj: SAP B 4652/2022)
SAP Barcelona (Secció 13a) de 30 de maig de 2022 (Roj: SAP B 6177/2022)
SAP Barcelona (Secció 1a) de 15 de juliol de 2022 (Roj: SAP B 8505/2022)
SAP Barcelona (Secció 19a) de 19 de juliol de 2022 (Roj: SAP B 8624/2022)

e) Altres

SAP Castelló de 29 de novembre de 2010 (JUR 2020\152408)
SAP València de 8 de febrer de 2018 (AC 2017\441)

El Dret català de contractes: del Dret *aplicable* al Dret *aplicat**

Lídia Arnau Raventós
Professora Agregada de dret civil
Universitat de Barcelona

Sumari

1. Una perspectiva polièdrica
2. El Dret català de contractes s'aplica *sempre* que toca i *tant* com es pot?
 - 2.1. Aplicació *directa*
 - 2.2. Aplicació *supletòria*. Supletorietat i compravendes mercantils

* Aquest treball es realitza en el marc del Projecte DER 2021-126857NB-I00 i de les tasques del Grup Consolidat 2021 SGR 00347 Grup de Dret civil català UB. Aquest treball es realitza en el marc del Projecte DER 2021-126857NB-I00 i de les tasques del Grup Consolidat 2021 SGR 00347 Grup de Dret civil català UB.

1. Una perspectiva polièdrica

L'aplicabilitat del Dret català de contractes és el fil conductor que comparteixen un seguit de qüestions que, ara, només s'espicasen. La perspectiva és polièdrica perquè les problemàtiques poden arribar a ser molt distants, derivant cap a qüestions subjacents, molt diverses, però que comparteixen aquell mateix comú denominador. Se'n desenvolupen, només, algunes, que obeeixen a una perspectiva interna en el sentit d'assumir, com a punt de partida, contractes que *no* presenten connexions amb elements internacionals; si aquestes connexions hi fossin, el debat menaria cap a altres escenaris en els que, atenent a allò que estableix el Reglament (CE) 593/2008, del Parlament europeu i del Consell, de 17 de juny, sobre la llei aplicable a les obligacions contractuals (Roma I), les problemàtiques encara s'enreden més. Basti, si de cas, la cita a un sol supòsit: l'art. 6.1 RRI, pel cas de contracte amb persona (física) consumidora, estableix, com a norma general, la de l'aplicació de la llei del país (o de la unitat territorial [art. 22 RRI]) de la residència habitual del consumidor sempre el que professional exerceixi les seves activitats en aquest territori o «por cualquier medio dirija estas actividades a este país» (art. 6.1, lletra *b* RRI). Pel cas de consumidor resident a Catalunya que contracta *on line* amb un professional estranger, com fer-ho per acreditar que aquella activitat comercial *s'adreça, en concret, a Catalunya?* Certament, pot ser un indicatiu contundent l'ús de la llengua catalana, ni que sigui a través d'un enllaç al que remet la pàgina principal, però és

innegable la dificultat probatòria de la que pot acabar depenent, en un cas concret, l'aplicació del Dret contractual català.¹⁻²

2. El Dret català de contractes s'aplica sempre que toca i tant com es pot?

Es puntegen dos escenaris que contextualitzen allò que es vol fer notar. El primer enllaça amb relacions contractuals a les que el Dret català és directament aplicable; al segon, el Dret català de contractes és d'aplicació supletòria.

2.1. Aplicació *directa*

Pot passar que el Dret català de contractes, tot i ser el Dret aplicable al contracte atorgat, *no s'hagi aplicat*. D'aquesta *anomalia* n'hi ha més d'un exponent a propòsit de sentències que es pronuncien sobre contractes de compravenda atorgats a partir de l'1 de gener de 2018. Interessa, només, plantejar-la, deixant al marge el seu recorregut processal per a fer-la valer, si és que en té. El Dret català de contractes, actualment *in fieri*, també planteja problemes de coordinació i, en aquest particular, el debat gira al voltant de

1 Vegeu STJUE 7.12.2010, assumptes C-585/08 i C-144/09, *Peter Pammer* (ECLI:EU:C:2010:740). El TJUE considera que no n'hi ha prou amb disposar d'una pàgina web adreçada a afavorir la contractació de béns i serveis i que sigui accessible des del lloc de la residència habitual del consumidor. Cal que el venedor hagi *manifestat* la seva voluntat d'establir relacions comercials amb els consumidors d'aquell Estat membre (§ 75) i aquesta voluntat es pot deduir de «todas las expresiones manifiestas de la voluntad de atraer a los consumidores a dicho Estado miembro» (§ 80). Aquesta voluntat manifesta, però, no cal que sigui expressa (§ 82) i es pot deduir d'indícis com que la pàgina web del venedor permeti fer ús de la llengua o de la moneda del lloc de la residència habitual del consumidor (§. 84, que matisa l'Atès 24, al final, RRI, que descarta que la llengua i la moneda usades a Internet siguin elements indiciaris de l'existència d'una activitat *adreçada* a un determinat territori). Vegeu un comentari de la STJUE *Pammer* a LAFUENTE SÁNCHEZ, R., «El criterio del *International Stream-of-commerce* y los foros de competencia en materia de contratos electrónicos celebrados con consumidores», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 14, núm. 2, 2012, p. 177-201.

2 Per a un major desenvolupament, vegeu ARNAU RAVENTÓS, Lúdia; FONT I SEGURA, Albert; GINEBRA MOLINS, M. Esperança; TARABAL BOSCH, Jaume, *L'aplicació del Dret civil català i els Reglaments europeus*, Ajuts a la investigació 2022, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2023, p. 58-94.

l'eventual *integració* del règim associat a determinats contractes típics al CCCat a partir de la regulació catalana de la compravenda i, en particular, del règim del compliment.³

2.1.1. L'aplicació en apel·lació del Dret català no aplicat en primera instància

Pel que fa a la primera qüestió, interessin més aquelles sentències que apliquen Dret català en apel·lació i ho fan amb el rerefons d'una prèvia resolució basada en Dret estatal, que no pas les que, senzillament, resolen el recurs aplicant el mateix Dret estatal emprat a la sentència recaiguda en primera instància.⁴ Cal citar, *vgr.*, les SAP Barcelona 10.03.2022 (JUR\2022\168344), SAP Barcelona 18.11.2022 (JUR\2022\380175), 23.01.23 (JUR\2023\22591) i 3.02.2023 (JUR\2023\144441). En totes elles, les parts

3 De moment, però, no s'han localitzant resolucions judicials que s'encarin amb aquesta oportunitat/necessitat.

4 Es situen en aquest segon grup, *vgr.*: la SAP Girona 18.02.2020 (ECLI:ES:APGI:2020:274), a propòsit de la compravenda d'un cavall de doma atorgat entre dos particulars i que planteja si l'incompliment del venedor (segons el comprador, el cavall tenia una lesió que li impedia practicar doma professional) era o no resolutori a l'empara de l'art. 1124 CC; la SAP Girona 29.01.2021 (ECLI:ES:APGI:2021:19) que, relativa a la compravenda d'un cotxe el febrer de 2028, resol si els vicis que presentava el vehicle eren dels que té present l'art. 1484 CC o si permetien optar per la resolució de l'art. 1124 CC; a la SAP Barcelona 11.03.22 (JUR\2022\68529), es resol la pretensió del comprador (adreçada a obtenir una indemnització pels danys i perjudicis patits arran la manca de conformitat d'un vehicle comprat l'octubre de 2018), aplicant els art. 114 TR LGDCU i 1101 CC; la SAP Lleida 29.07.2022 (JUR\2022\317329) també aplica el TR LGDCU a la compravenda d'un motor de segona mà atorgada el març del 2019 i la SAP Barcelona 22.07.22 (JUR\2022\317329) resol, sense més, a l'empara de l'art. 1101 CC una pretensió indemnitzatòria per compliment amb retard, defectuós i incomplet d'un contracte de compravenda amb instal·lació atorgat el juliol del 2018. Mereix una menció a part la SAP Barcelona 17.03.2022 (ECLI:ES:APB:2022:2850), relativa a una compravenda immobiliària de data 28 de maig de 2018, que aplica el CC emparant-se en el fet que al contracte d'arres atorgat entre les parts s'hi esmentava l'art. 1454 CC. Basta amb això per entendre que els contractants han designat una llei distinta a la que toca i que serà l'escollida la que regirà el contracte *només* amb el límit de la imperativitat i el no perjudici de tercers (art. 111-6 CCCat)? Cal recordar que, a l'art. 10.5 CC (que no regeix en una situació íntegrament interna en el sentit que *tots* els vincles, circumstàncies, fets... es situen a Catalunya) exigeix, per a poder escollir la llei aplicable al contracte, que la que s'elegeixi «tenga alguna connexió con el negocio de que se trate»; aquesta condició és inexistente a l'art. 111-6 CCCat que, estrictament, més que d'escollir un Dret no català, només contempla la renúncia o exclusió d'alguna disposició civil catalana.

i la sentència recaiguda en primera instància al·leguen i apliquen normes de Dret estatal (així, l'art. 1454 CC, pel que fa a les arres; els art. 1486 i 1490 CC, pel que fa a les accions *quantum minoris* i resolutòria derivades del sanejament per vicis ocults, o l'art. 1124 CC, quant a la facultat de resoldre el contracte). En canvi, la sentència recaiguda en apel·lació fa notar, en tots els casos, que per raó de la data d'atorgament del contracte, el Dret aplicable és el català i es resol en conseqüència; a la SAP 19.01.2023 (JUR\2023\107557) s'afegeix, fins i tot, «que ninguna parte ha cuestionado que el régimen de responsabilidad del vendedor» sigui el que deriva dels art. 1484 CC i ss (FJ 3er) i, tot i així, s'aplica el Dret català a fi de resoldre l'apel·lació.

És un altre el criteri seguit per la SAP Lleida 1.02.2022;⁵ al seu FJ 5è s'argumenta que per raó de la data d'atorgament del contracte (que fou el 28 de maig de 2018), pertocava aplicar Dret català, però que no fou al·legat per les parts, ni la sentència de primera instància en va fer ús per a resoldre i, d'aquí, que no escaigui aplicar-lo tampoc en apel·lació. A fi de reblar el seu criteri, la resolució cita la STSJC 29.12.2021 (RJ\2021\3505), que resol el recurs de cassació plantejat contra la SAP Girona 20.01.20 (JUR\2020\54164). El contracte origen de la controvèrsia es va atorgar el 7 d'octubre de 2017 i es va escripturar el 13 de febrer de 2018; a l'escriptura es va incorporar un pacte en virtut del qual «la parte vendedora se obliga a responder de conformidad y con arreglo al libro sexto del CC de Cataluña dando la presente escritura todo el alcance instrumental» (vegeu, reproduint-lo, SAP Girona 20.01.20, FJ 2n). El pacte, que tindria naturalesa novatòria, modificava parcialment la llei aplicable al contracte: si, fins aleshores, havia estat l'estatal (per manca de regulació catalana en matèria de compravenda al temps de la conclusió del negoci), d'ençà el lliurament, *només* allò relacionat amb la responsabilitat del venedor restava sotmès al CCCat. D'aquest pacte,

En un altre context, el dels *pactes* sobre llei aplicable al RRI (Reglament (CE) 593/2008, del Parlament europeu i del Consell, de 17 de juny, sobre la llei aplicable a les obligacions contractuals), s'ha afirmat que coincidir en l'al·legació processal d'una determinada llei pot interpretar-se com un pacte tàcit sobre la llei aplicable (vegeu, en aquest sentit, OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, Patricia, «Imperatividad de la norma de conflicto y prueba del derecho extranjero en los reglamentos sobre ley aplicable a las situaciones privadas Internacionales» a: ABEL LLUCH, Xavier; PICÓ I JUNOY, Joan; RICHARD GONZÁLEZ, Manuel (Dir.), *La prueba judicial: desafíos en las jurisdicciones civil, penal, laboral y contencioso-administrativa*, Madrid, La Ley, 2011, p. 489). Si s'admet aquesta possibilitat en un àmbit rigorosament intern, aleshores passaria que el que acabaria trontollant seria la jurisprudència que es cita al text i que aplica el Dret català només arran del recurs d'apel·lació.

5 ECLI: ES:APL:2022:87.

les parts no en van dir res a primera instància, fase que clou amb una sentència que estima la pretensió interposada pels compradors, adreçada a obtenir la resolució del contracte per vicis ocults a l'empara de l'art. 1484 i concordants CC. Al recurs d'apel·lació, la part venedora intenta fer valer l'aplicació al cas del Dret català al·legant el pacte incorporat a l'escriptura de lliurament, per bé que l'AP Girona és particularment insistent a l'hora de recordar el Dret aplicable es fixa en funció de la data d'atorgament del contracte i no pas del moment de la seva consumació. El raonament passa per alt que s'advocava per l'aplicació del Dret català, no pas perquè la llei aplicable s'hagi de determinar en el moment de l'execució, sinó perquè, al supòsit concret, en aquest darrer moment, aprofitant el lliurament, es va acordar una altre llei aplicable. La STSJC 29.12.2021: primer, considera que al recurs de cassació no es poden plantejar «cuestiones nuevas, entendiendo por tales tanto las que se planteen por primera vez en el recurso de casación como las indebidamente planteadas en segunda instancia» (FJ, 3r); segon: considera igualment que l'al·legació relativa a l'aplicació del Dret català al contracte, formulada en el recurs d'apel·lació, es va plantejar indegudament «desbordando el ámbito de la discusión jurídica en que había quedado circunscrita la *litis* en la primera» (FJ, 3r); tercer, afegeix que alterar el Dret aplicat en primera instància comportaria una modificació de la «causa de pedir» (art. 218.1 LEC), que esdevé un límit al *iura novit curia* (FJ, 3r); quart, rebaixa la contundència de la declaració anterior al distingir «entre los casos en que los supuestos de hecho traídos al proceso por las partes coinciden plenamente con el descrito en la norma jurídica no invocada por ellas, de aquellos otros en los que esa coincidencia no existe, pues, en estos, al aplicar la norma omitida por los litigantes, aunque fuese la adecuada, significaría apartarse del fundamento histórico de la causa de pedir identificada por aquellos, con indefensión para alguno ante lo que constituye una cuestión nueva o no planteada en el momento oportuno» (FJ, 3r). Si hom contrasta aquest criteri amb el de les sentències que sí que resolen l'apel·lació recurrent a un Dret distint a l'aplicat en primera sentència, es detecta que al cas de la SAP Girona 20.01.20 (però no als altres), el Dret aplicable al contracte obeïa a un pacte entre els contractants sobrevingut a la conclusió del negoci. Tot i així, *com que no es va fer valer*, la sentència de primera instància va resoldre a l'empara de Dret estatal basant-se *només* en la data de conclusió del contracte. El raonament subjacent podria ser que el *iura novit curia* no abasta els pactes de llei aplicable, que cal al·legar i, si escau, provar, sense poder pretendre que el jutge implementi *motu proprio* una indagació adreçada a esbrinar si

les parts han elegit una llei distinta a la pertoca en defecte de pacte.⁶ Però, per molt que el *iura novit curia* resti limitat a l'ordenament o ordenaments existents o coexistents al país on l'autoritat judicial desenvolupa la seva activitat, no s'acaba de veure del tot que aquesta limitació justifiqui la disparitat de criteris que s'ha exposat; no s'hauria de procedir de la mateixa manera tant si és el tribunal qui detecta, per si mateix, que el Dret aplicat en primera instància no és el que pertocava aplicar, com si li fa veure una de les parts, a l'al·legar aleshores un pacte silenciats en primera instància? És cert que, segons com es miri, la conducta de que ha omès fer valer el pacte en un primer moment es pot interpretar com un consentiment tàcit a un nou i sobrevingut canvi de llei aplicable; el fet conclouent seria la conducta processal de les parts, d'ambdues, defensant les seves posicions fent valer un Dret distint al determinat pel primer pacte. Si s'interpretés així, és clar que, a la segona instància, l'intent de reconduir el Dret aplicable cap a la primera llei elegida, seria improcedent, com a mínim, pel caràcter unilateral, no consensuat, de l'al·legació. Fixi's, però, que el raonament de la STJC 29.12.2021 té un abast general i declara, d'entrada, la improcedència de *tot* intent d'alterar el Dret aplicat en primera instància.

2.1.2. L'aplicació integradora de les regles de la compravenda

En particular, a la regulació catalana dels contractes de mandat, de cessió de finca a canvi de construcció futura i d'arrendament rústic, resta un espai eventualment *integrable* aplicant, potser per analogia i *de moment*, regles del contracte de compravenda. Aquesta integració, sempre que sigui possible, passaria per davant de l'aplicació supletòria de les regles generals en matèria d'incompliment de les obligacions previstes al CC. Pel que fa al contracte de mandat, noti's que mentre l'art. 622-22 CCCat es limita a establir els efectes *ad extra* de l'actuació del mandatari feta fora de l'àmbit del mandat o sense seguir les instruccions donades pel mandant («no vinculen al mandant»), *ad intra* o pel que fa a les relacions entre mandant i mandatari, l'art. 622-27.3 CCCat es limita a proclamar la responsabilitat del mandatari («[E]l mandatari respon...»). Aquella integració permetria concretar aquesta responsabilitat, com a mínim, pel

6 Des d'aquesta perspectiva, els *pactes són fets*, subjectes a les regles generals de càrrega de la prova. Vegeu EZQUIAGA GANUZAS, FRANCISCO, «*Iura novit curia*» y la aplicació judicial del Derecho, Valladolid, Lex Nova, 2000, p. 30.

que fa als remeis a interposar pel mandant (que podria pretendre, *vgr.*, que el mandatari executés bé l'encàrrec [talment es tractés de corregir l'actuació no conforme]), la rebaixa de la remuneració a satisfer o la resolució del contracte, si el contracte és oneros, i la indemnització pels danys patits [art. 621-37 CCCat)].⁷

Els art. 621-63 CCCat («[I]ncompliment del contracte»), a propòsit del contracte de cessió de finca a canvi d'edificabilitat futura, i l'art. 623-20 CCCat («[R]esolució del contracte»), relatiu a l'arrendament rústic, difereixen de l'art. 622-27.3 CCCat perquè sí que esmenten remeis. En concret, el primer, a propòsit del llistat de supòsits que contempla («incompliment de les condicions, pactades o legals, de les característiques o del termini inicial o final estipulats»),⁸ atorga al cessionari la facultat d'exigir el compliment o d'imposar la resolució el contracte i, en ambdós casos, podent pretendre també una indemnització pels danys generats. Tot i que el rerefons de la norma sembla clar i mena cap a l'art. 1124 CC, per què no integrar-la a l'empara de la regulació de la compravenda? Aquesta mirada cap els art. 621-1 i ss CCCat, certament, també permetrà resoldre directament el contracte si (diguem-ho així) la *manca de conformitat* de l'edificació és greu (art. 621-40.1, lletra c CCCat), però noti's que legitimarà igualment aquesta opció resolutòria encara que d'entrada no s'apreciï la dita gravetat però hagi fracassat un intent previ de correcció/compliment. I atenent al fet que les distàncies entre adquirir un immoble en virtut de compravenda i adquirir-lo arran d'un contracte de cessió de finca o edificabilitat no haurien de ser gaire llargues pel que fa a la conformitat del immoble, aspectes com l'exigència de responsabilitat al cessionari i els terminis de conformitat

7 Vegeu, fent notar, en concret, la manca de regulació dels remeis a disposició del mandant, FERRER RIBA, J., «Comentari a l'art. 622-22» a: EGEA FERNÁNDEZ, J.; FERRER RIBA, J. (Dir.), *Comentari al llibre sisè del Codi civil de Catalunya. Contractes amb finalitat transmissora i sobre activitat aliena*, Barcelona, Atelier, 2021, p. 647. A fi de suspendre el pagament del preu, també es podria recórrer a l'art. 621-39 CCCat. Per la seva banda, la suspensió, la resolució, el compliment i la indemnització per danys i perjudicis també escaurien si fos el mandant qui, *vgr.*, no satisfés al mandatari la remuneració pactada.

8 Vegeu, titllant de «limitada, restringida o incompleta» la definició d'*incompliment* que s'infereix de l'art. 621-63 CCCat, RUDA GONZÁLEZ, A., «Comentari al llibre sisè del Codi civil de Catalunya», a: EGEA FERNÁNDEZ, J.; FERRER RIBA, J. (Dir.), *Comentari al llibre sisè del Codi civil de Catalunya. Contractes amb finalitat transmissora i sobre activitat aliena*, Barcelona, Atelier, 2021, p. 596. Almenys pel cas d'incompliment de «condicions» i/o «característiques», per què no parlar, senzillament, de *manca de conformitat* de l'edificació si resulta que no és com hauria de ser?

i d'exercici dels remeis, bé podrien inspirar-se en els art. 621-23, 621-44 CCCat i concordants, abans de fer-ho en altres preceptes.

La situació és semblant a l'art. 623-20 CCCat, relatiu a la resolució del contracte d'arrendament rústic; també s'hi esmenten remeis pel cas d'incompliment, però el rerefons és distint al de l'art. 621-23 CCCat i fa pensar, pel cas que l'immoble no permeti fer-ne l'ús pactat, en l'art. 1553 CC, que remet a les regles del sanejament D'entrada, però, l'art. 623-20 CCCat legitima a qui ha complert, pel cas d'incompliment de l'altra part contractant, «a resoldre el contracte i a la indemnització pels danys i perjudicis soferts» o a pretendre, només, una indemnització. Tot seguit es llisten, únicament, supòsits «incompliment de l'arrendatari» (art. 623-20.3 CCCat). Les obligacions de l'arrendador cal cercar-les a l'art. 623-11 CCCat, que esmenta la de «lliurar la finca a l'arrendatari» i garantir-li «l'ús pacífic per tot el temps de durada del contracte». Només ha de garantir l'ús pacífic? De l'art. 623-15 CCCat en deriva també la de «mantenir-la en un estat que serveixi per a l'activitat de conreu». *Quid* si l'estat en què es lliura el bé ja no és l'acordat o esperable? Una mirada cap el règim de la conformitat a la compravenda (més que avalada, en qualsevol cas, per l'art. 623-8.1, al final, CCCat) hauria de permetre integrar el règim, obviant l'art. 1553 CC.⁹

2.2. Aplicació *supletòria*. Supletorietat i compravendes mercantils

D'entrada, la supletorietat es predica només de les disposicions del CCCat (art. 111-4 CCCat) i actua independentment de la naturalesa (pública o privada) de la norma preferent i de l'ordenament al que pertany (català, estatal o qualsevol altre).¹⁰ Aquesta ubicació permet distingir, teòricament, entre el Dret de català de contractes amb força expansionista per raó de la seva eventual aplicació com a supletori (que serà només el contingut al CCCat) i el Dret català de contractes que, en canvi, roman privat d'aquesta

9 Vegeu, però, l'Avantprojecte de llei d'incorporació del contracte d'arrendament de béns al llibre sisè del Codi civil de Catalunya i, en concret, els art. 623-113 i 623-131 del text, que avalen la projecció de la idea de de *conformitat* cap a la finca que cedeixi l'arrendador i l'establiment d'un sistema de remeis inspirat en el que regeix a la compravenda (quant a les disposicions generals, vegeu, en particular, art. 623-21 i 623-29 del text).

10 BADOSA COLL, Ferran, «El caràcter de Dret comú del Codi civil de Catalunya», *Revista Catalana de Dret Privat*, vol. 8, 2007, p. 30-32.

projecció (que no tenen, i per aquesta raó, les normes civils contingudes al Codi de consum de Catalunya [en endavant, CcoCat]).

L'anàlisi de la jurisprudència recaiguda a Catalunya a propòsit de compravendes mercantils és un bon banc de proves per a verificar el grau d'implementació d'aquella supletorietat que, es pot avançar, és pràcticament inexistent. Aquesta anàlisi suggereix tastar dues altres qüestions. La primera fa referència a la pròpia remissió continguda als art. 2 i 50 Codi de comerç (en endavant, Cco); la segona, en concret, a l'espai que la regulació de la compravenda mercantil deixa al Dret supletori.

2.2.1. El «derecho común» dels art. 2 i 50 Codi de comerç i el «dret comú» de l'art. 111-4 Codi civil de Catalunya

Pel que fa a la primera qüestió, és pacífic que la crida al «Derecho común» dels art. 2 i 50 Cco ho és al Dret civil *tout court*.¹¹ Si aquesta remissió no existís, la supletorietat del Dret català contingut al CCCat derivaria de l'art. 111-4 CCCat. Però existint la dita remissió, que ho és senzillament al Dret civil (sigui o on sigui que *es contingui*), la qüestió que sobrevé és si l'art. 111-4 CCCat retalla l'expansivitat del Dret català de contractes, frenant l'abast del Dret potencialment supletori en funció d'on es conté (dins o fora del CCCat). La qüestió probablement és més teòrica que pràctica, atesa la concentració del Dret civil català de contractes al CCCat, per bé que es poden plantejar situacions poc clares en cas de contracte mercantil amb persona consumidora.¹²

11 FONT I SEGURA, A.; ORÓ MARTÍNEZ, C., «Cuestiones de Derecho internacional privado y de Derecho interregional», a: VALLE ZAYAS, J.; PÉREZ RIVARÉS, J.A; SALELLES, J. R. (Dirs.), *Estudios de Derecho de la empresa en el Código civil de Cataluña*, Barcelona, J.M. Bosch, 2012, p. 443 (s'hi defensa que en un context plurilegislatiu, la crida al «derecho común» s'ha de reinterpretar com una crida «a la pluralidad legislativa en materia civil», de manera que «aunque se efectuase una remisión directa al Código civil estatal, podría interpretarse también que esta remisión tiene valor únicamente en la medida en que el Derecho estatal fuera el aplicable»).

12 És clar que la sola intervenció d'un professional com a part contractant no converteix, per si sol, el contracte en un contracte mercantil, però bé pot passar que aquesta condició o qualitat (imprescindible per poder considerar l'altre contractant com a consumidor) concorri amb alguna altra circumstància que, juntes, determinin la mercantilitat del negoci. Pensi's, *vgr.*, en la fiança mercantil que, d'acord amb l'art. 439 Cco, és l'adreçada a garantir el compliment d'un contracte mercantil «aun cuando el fiador no sea comerciante». La qualificació com a consumidor d'aquest fiador només depèn si la garantia que presta està o no relacionada

2.2.2. *Quin espai per a l'aplicació del Dret català a les compraves mercantils?*

Quant a la segona qüestió, interessien, en especial, els art. 336, 342 i 345 Cco. El primer, relatiu al «vicio o defecto de cantidad o calidad de las mercaderías», només en determinats casos permet al comprador «repetir» contra el venedor «siempre que ejercite su acción dentro de los cuatro días siguientes al de su recibo». Aquesta reclamació escaurà si les mercaderies es reben «enfardadas o embaladas» i sempre que el venedor no exigeixi, a l'acte de lliurament, que el comprador les examini «a su contento» o que, sense aquest petició del venedor, el comprador hagi practicat el dit examen. Si aquesta revisió s'ha fet, el comprador «no tendrá acción para repetir contra el vendedor alegando vicio o defecto de cantidad o calidad»; la norma (art. 336, par. 1er Cco) cal entendre que pressuposa, no només l'examen, si no també, darrera seu, l'acceptació del comprador. L'art. 336 Cco concreta què vol dir *repetir*: pot consistir en «la rescisión del contrato» o en «su cumplimiento con arreglo a lo convenido, pero siempre con la indemnización de los perjuicios que se le hubieren causado por los defectos o faltas». El paper que la norma atribueix a l'*examen* de les mercaderies enllaça amb la idea que els vicis o defectes contemplats a l'art. 336 Cco són *aparents* o detectables. A més, les referències a la *quantitat* o *qualitat* allunyarien igualment el supòsit dels tradicionals vicis de l'art. 1484 CC que, a més *d'ocults*, són funcionals, és a dir, que incideixen en l'ús del bé, ja siguin fent-lo impropri per a ser usat o disminuint el seu grau d'utilització.¹³ Literalment,

amb la seva pròpia activitat empresarial o professional (la qüestió, amb el rerefons d'alguna jurisprudència espanyola inicialment enrocada a negar la condició de consumidor al fiador a partir del caràcter accessori de la seva obligació, va quedar del tot aclarida pel TJUE, que va desvincular l'accessorietat de la garantia de la condició o qualitat amb la que podia contractar el fiador [vegeu, entre altres, Interlocutòria TJUE, 14.09.2016, assumpte C-534/15, *Dumitras* (ECLI:EU:C:2016:700); LYCZKOWSKA, K, «¿Es consumidor una persona física que otorga una garantía a favor de una sociedad mercantil?», *Revista CESCO*, 20/2016]). Doncs bé, en el cas d'una fiança mercantil amb fiador consumidor, en defecte de regulació mercantil, la supletorietat del Dret català *ex* art. 111-4 CCoCat deixa de banda les normes civils, moltes o poques, que pugui arribar a encloure el CCoCat a propòsit de la contractació amb persona consumidora.

- 13 La quantitat i la qualitat són criteris que, al CC, determinen el compliment de l'obligació de lliurar (vegeu art. 1169 i 1167 CC). Noti's que la sistemàtica del Cco avala que la hipòtesi es planteja en el context del lliurament de les mercaderies (així, els articles 337, 338 i 339 Cco fan referència, d'una manera o altra, al lliurament). Quant al *defecte* de quantitat, el règim mercantil cal integrar-lo amb l'art. 329 Cco, relatiu als remeis pel cas de manca de lliurament «en el plazo estipulado» i l'art. 330 Cco, que implementa el principi d'integritat del compliment (art. 1169 CC) però: primer, limitat al cas de lliurament «en un plazo fijo»

el termini de quatre dies és un termini per a interposar l'acció, és a dir, per a exercitar la facultat de rescindir el contracte, pretendre el compliment i, si escau, reclamar també una indemnització per danys i perjudicis. Doctrinalment, però, es defensa que l'art. 336 Cco estableix, en aquest punt, només un termini de denúncia, a semblança del termini, també de denúncia, que preveu l'art. 342 Cco pels vicis *ocults*; l'aparença dels vicis justificaria un termini més breu

i, segon, tot afegint que si el comprador «acceptare la entrega parcial quedará consumada la venta en cuanto a los géneros recibidos, salvo el derecho del comprador a pedir por el resto el cumplimiento del contrato o su rescisión, con arreglo al artículo anterior» (l'art. 329 Cco legitima també reclamar una indemnització per danys i perjudicis). La conclusió més immediata que deriva de la lectura conjunta dels art. 329, 330 i 336 Cco és que, en cas de lliurament parcial de mercaderies que no s'han pogut examinar, la conducta del comprador pot ser: acceptar la part que es lliura i, pel que fa a la que no es lliura, demanar el compliment o la resolució *parcials* («por el resto»[art. 330 Cco], sense que s'expliciti el termini per fer una cosa o una altra) o bé, no acceptar. La qüestió ulterior és determinar quins són els efectes d'aquesta no acceptació. Una opció passa per entendre que no acceptar implica manca de recepció de les mercaderies («...no estará obligado el comprador a recibir una parte...» [art. 330 Cco]), de manera que el supòsit serà d'incompliment *total* per manca de lliurament, legitimant-se al comprador per resoldre o demanar el compliment d'acord amb l'art. 329 Cco, que no estableix cap tipus de termini. Una altra opció és activar l'art. 336 Cco, que igualment permet demanar el compliment o la resolució per bé que: primer, imposant un deure de notificació, inexistent a l'art. 330 Cco; segon, imposant un deure de notificació que, a més, cal exercir en el termini de quatre dies *a comptar des de la recepció*. En *qualsevol* cas, l'entrada del Dret català com a supletori menaria cap el règim del remei del compliment (art. 621-38 i, pel que fa al termini d'exercici, art. 621-44 CCCat), quan és aquesta la possible reacció atorgada per la norma mercantil i, igualment, cap a la disciplina de la resolució en el mateix cas (art. 621-42 CCCat i art. 621-44 CCCat [aquest darrer també aplicable pel que fa a la pretensió indemnitzatòria dels art. 329 i 336 Cco]). La qüestió afegida, però, seria l'abast d'aquesta supletorietat. Una supletorietat *mínima* implicaria respectar, escrupolosament, la disjuntiva «o» dels art. 329 i 336 Cco; el Dret català procuraria el règim del compliment i de la resolució (art. 621-38, 621-42.3, 4 i 5, i 621-44 CCCat), però sense poder alterar *qualitativament* l'alternativa, *vgr.*, establint que, per a resoldre, cal que la part no lliurada determini un incompliment essencial, no bastant-ne qualsevol (art. 621-42.1 CCCat) o que, per a resoldre, cal abans intentar el lliurament de la part que manca (art. 621-40 CCCat). Una supletorietat *més intensa* tampoc permetria, en els casos derivats dels art. 329 i 336 Cco, atorgar al comprador remeis distints a la resolució o al compliment (*vgr.* la reducció del preu), però sí desenvolupar, matisar o perfilar millor aquella disjuntiva; si això fos així, esdevindria clau escatir si el supòsit és d'incompliment de l'obligació de lliurar (aplicant-se, pel que fa a la resolució, l'art. 621-42 CCCat, i pressuposant que a tota compravenda mercantil a termini fix, el dit termini és essencial) o, si el supòsit és de *defecte de quantitat*, menant aleshores, probablement, cap a l'art. 621-40 CCCat.

(quatre dies *v.* trenta dies).¹⁴ Aquest termini (entès com de denúncia i que és de quatre dies a comptar des de la *recepció* de les mercaderies) i la tipologia de remeis atribuïts per l'art. 336 Cco exclouen que, via supletorietat del CCCat, es pugui reclamar per defectes de quantitat o qualitat detectats o manifestats després d'aquells quatre dies o que s'intentin altres accions (en particular, la rebaixa del preu).¹⁵ Ara bé, en aquest esquema, hi ha marge pel Dret supletori. Si els quatre dies són, *només*, un termini de denúncia, aleshores el d'exercici dels remeis serà el fixat per la norma supletòria. Considerant que els problemes de *quantitat* i els de *qualitat* són supòsits de manca de conformitat (art. 621-20.1, lletra *a* i 620-20.2, lletra *b* CCCat) i que és l'art. 621-44 CCCat el que fixa el termini d'exercici dels remeis per aquella causa, cal concloure que l'acció (sigui de resolució, compliment i/o adreçada a obtenir una indemnització) és de «tres anys» (art. 621-44.1 CCCat) a comptar des que «el comprador coneix o pot

14 Vegeu VÉRGEZ, Mercedes, «Contratos de intercambio de bienes materiales», a: BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A. (Dir.), *Contratos mercantiles*, Tom I, Cizur Menor, Aranzadi, 2017, p. 160; SERRANO ACITONES, Antonio; ALVAREZ CIENFUEGOS GONZÁLEZ, Manuel; GARCIA SÁNCHEZ, Cintia, «El contrato de compraventa mercantil» a: ABRIL, Antonio (Coord.), *Los contratos mercantiles y su aplicación práctica*, Barcelona, Wolters Kluwer España, 2017, p.86). Es citen, recolzant aquesta interpretació, sentències com la del STS 14.10.2000 (RJ\2000\8805); al cas, el TS es limita a descartar que el venedor hagués lliurat un *aliud* i reconduex el supòsit cap a «la entrega de una cosa defectuosa a la que son aplicables los arts. 336 y 342 del Código de comercio en relación con el art. 1490 del Código civil». Igual de poc explícita és la STS 12.03.1982 (RJ\1982\1372), a l'afirmar que a la compraventa mercantil «los derechos que asisten al comprador por los pretendidos vicios ocultos no son otros que los establecidos en los arts. 336 y 342 C. Com., que señalan breves plazos de caducidad y no de prescripción»; al marge que l'art. 336 Cco té present vicis aparents, afirmar que els terminis previstos són de caducitat no basta per a desvetllar si ho són per a denunciar el defecte o per a exercir els remeis. La referència a la *brevetat* d'aquests terminis fa pensar que el TS es refereix als de quatre i trenta dies.

15 Pel que fa a la suspensió de les pròpies obligacions (i, en particular, la relativa al pagament del preu), tot i la presència formal del remei als art. 621-37.1, lletra *b* i 621-39 CCCat, cal fer notar que l'efecte *paralitzador* de la reclamació adreçada a exigir el pagament, ja s'assoleix amb les *exceptio* basades en el principi de compliment simultani propi de les obligacions recíproques. Al marge de la reclamació del venedor, es creu que, igualment i per raó del mateix principi (que té transcendència material o no, només, processal), no hi ha *exigibilitat de l'obligació pròpia si l'altra part no ha complert* (i, sense exigibilitat, no hi ha, *vgr.* retard jurídicament rellevant). Des d'aquesta perspectiva, si ambdues parts estaven obligades a complir al mateix temps o si el venedor havia de complir primer, l'exercici del remei de la suspensió tindrà, només, una projecció *declarativa* d'una inexigibilitat derivada, no d'aquest exercici, sinó de l'incompliment previ del venedor; aquella projecció serà *constitutiva* si el preu era exigible abans del lliurament (art. 621-39.1, lletra *b* CCCat).

conèixer la manca de conformitat» (art. 621-44.3 CCCat);¹⁶ aquest termini, és clar, quedarà en un *no res* si no s'ha fet la denúncia prèvia; el termini triennial, del que l'art. 621-44 CCCat no n'explicita la naturalesa, serà de prescripció quant a la pretensió adreçada a obtenir el compliment o una indemnització i serà de caducitat, si s'interposa una acció resolutòria (art. 121-1 i ss CCCat). El Dret supletori podria bastir igualment el règim del compliment (art. 621-38 CCCat) i el de la restitució de les prestacions arran de la «rescisión» de la compravenda (art. 621-42 CCCat).¹⁷

Tot i que l'expressió és de «vicios internos», l'art. 342 Cco s'ocupa, però només parcialment, dels vicis *ocults*, és a dir, d'aquells no perceptibles o detectables ni a cop d'ull ni amb un examen «a contento» del comprador (arg. art. 336 Cco).¹⁸ Aquella parcialitat dona entrada al Dret supletori, quant a tot allò que no es pugui integrar aplicant la resta de regles del Cco. L'art. 342 Cco s'expressa, estranyament, en termes negatius («...que no haya hecho reclamación...perderá toda acción...»); la regla positiva, que indirectament s'infereix del precepte, és que per a poder «repetir» contra el venedor per raó d'aquests *altres* vicis, el comprador li ha d'haver adreçat primer «una reclamación ... fundada en los vicios internos de la cosa vendida, dentro de los treinta días siguientes a su entrega». Ja s'ha dit que el concepte mateix de *vici* no es desenvolupa; tampoc es concretava millor a l'art. 336 Cco però allà, com a mínim, els criteris de la quantitat i la qualitat afavorien pensar en desavinences o desajustos que, en cap

16 Res exclou, però, la possibilitat de pactar terminis més breus d'exercici dels drets a l'empara de l'art. 121-3 CCCat.

17 Quant a la naturalesa del termini de denúncia (qualificada com de «caducitat» a la STS 12.03.1982 [RJ\1982\1372]), també es creu que cal valorar-la atenent al Dret supletori ja que l'art. 336 Cco no l'explicita (tampoc ho fa, quant al termini que allà s'hi preveu, l'art. 342 Cco). Denunciar és una *facultat* o més aviat una *càrrega*? (vegeu, a propòsit del deure de notificació que imposava la primera versió de l'art. 621-28 CCCat, ARROYO AMAYUELAS, Esther, «Comentari art. 621-28», a: EGEA FERNÁNDEZ, J.; FERRER RIBA, J. (Dir.), *Comentari al llibre sisè del Codi civil de Catalunya. Contractes amb finalitat transmissora i sobre activitat aliena*, Barcelona, Atelier, 2021, p. 303; l'autora considerava que es tractava d'una càrrega en benefici del venedor perquè el coneixement més o menys immediat de la manca de conformitat li podia facilitar la reparació, la substitució o la mateixa tasca adreçada a valorar si la manca de conformitat podia ser present o no al temps del lliurament). La transcendència de la qüestió és l'aplicació o no al cas de les regles de la caducitat (art. 122-1 i ss CCCat). Essent clar que és un termini que no es pot interrompre i que el *dies a quo* és el del lliurament, sembla que d'aquella qualificació només en depèn que el dit termini es pugui arribar a suspendre.

18 VÉRGEZ, «Contratos de intercambio...», p. 161; SERRANO ACITONES; ÁLVAREZ CIENFUEGOS GONZÁLEZ; GARCIA SÁNCHEZ, «El contrato de compraventa mercantil...», p.87.

cas, exigien problemes de funcionament que, pel contrari, sí que són inherents als vicis *ex art. 1484 CC*. Tampoc s'identifiquen les accions o remeis en els que, en aquest supòsit, s'acaba concretant la possible *repetició/reclamació* contra el venedor; a l'art. 336 Cco, les opcions eren o bé «rescindir» (*rectius*, resoldre) o exigir el compliment i, en ambdós casos, reclamar una indemnització pels perjudicis patits. El que potser sí que a l'art. 342 Cco és més clar que a l'art. 336 Cco és que la «reclamación» és quelcom distint de la *repetició* i que, funcionalment, n'esdevé una mena de condició o requisit *previ*. En aquest context, és generalitzat: primer, reconduir l'eventual reclamació del comprador cap a les accions resolutòria («desistir del contrato») i *quantum minoris* que l'art. 1486 CC atorga al comprador en cas de compravenda de béns amb vicis ocults; segon, aplicar l'art. 1490 CC a l'hora d'establir el termini per a exercir-les («...se extinguirán a los seis meses, contados desde la entrega de la cosa vendida...»).¹⁹ L'agafador: l'art. 345 Cco, que estableix que el venedor «quedarà obligado a la evicción y saneamiento», tret de pacte en contrari.²⁰ En concret, la referència al sanejament avalaria la identificació entre els «vicios internos» de la norma mercantil i els «vicios ocultos» de l'art. 1484 CC.²¹⁻²² En aquest mateix context,

-
- 19 L'art. 1486 CC, pel cas que el venedor conegués el vicis però no els revelés al comprador, atorga a aquest darrer una pretensió indemnitzatòria «si optare por la rescisión». A l'art. 336 Cco, la indemnització no es supedita a cap comportament especial del venedor i es pot sol·licitar tant si s'opta per la resolució, com pel compliment.
- 20 El precepte és tècnicament poc precís perquè el venedor lògicament no pot estar obligat a l'evicció (que designa la pèrdua del dret en virtut de sentència ferma [art. 1475 CC]) sinó, si de cas, a *respondre davant del comprador si aquest pateix evicció*. Tampoc sembla massa acurat que la norma especial (art. 342 Cco) precedeixi a la més general (art. 345 Cco). Sense passar per alt que el Codi de comerç és un text previ al Codi civil, es tracta de desajustos que s'haurien pogut esmenar.
- 21 Vegeu, inicialment defensant que el termini de trenta dies era un termini d'exercici de les accions, SÁNCHEZ CALERO, F., «Denuncia de los vicios y examen de la cosa en la compraventa mercantil», ADC, 1959, p. 1207. Aquesta dualitat de terminis i la identificació del segon amb els sis mesos de l'art. 1490 CC, és una constant jurisprudencial que avalen, entre altres, la STS 15.12.2005 (RJ 2006\1224); STS 1.3.1991 (RJ 1991\1708); STS 18.06.2010 (ECLI:ES:TS:2010:3270); SAP Ourense 25.5.1996 (AC 1996\860), SAP Barcelona 15.11.2002 (AC 2003\100495), SAP Zaragoza 24.7.2003 (AC 2003\195386), SAP Barcelona 19.05.2005 (JUR 2005\169422), etc. Pel contrari, defensant que les compravendes mercantils estan subjectes a un únic termini de caducitat de trenta dies, vegeu SAP Valencia 27.01.2003 (JUR 2003\75835) i SAP Tarragona 9.2.2000 (JUR 2000\112346).
- 22 És precisament aquesta identificació el que fa que no s'acabi d'entendre el perquè a la STS 12.03.1982 (RJ\1982\1372), de la que se'n reiteren les cites a la jurisprudència posterior, es qualifiquen els vicis com a «defectos graves ocultos y no aparentes». D'acord amb l'art. 1484 CC, els vicis ho són sigui quina sigui la gravetat del problema funcional; la categoria de

també sembla clar que l'agafador per integrar el règim de l'art. 342 Cco, sense ometre l'art. 345 Cco, és que, a Catalunya, allò que equival al sanejament per «vicios ocultos» (o responsabilitat del venedor per raó dels vicis funcionals que presenta el bé lliurat) ha quedat integrat, reorganitzat i superat per l'obligació de conformitat.²³ Des d'aquesta perspectiva, quant als problemes funcionals, les accions a interposar passen pel ventall de l'art. 621-37 CCCat, per l'ordenació que n'imposa l'art. 621-40 CCCat (que, tret que el problema funcional sigui greu, supedita la rebaixa del preu o la resolució al fracàs d'un intent previ de correcció)²⁴ i pel termini d'exercici previst a l'art. 621-44 CCCat. Pel que fa al termini de responsabilitat (art. 621-23 CCCat), la seva efectivitat es veu *indirectament* frenada per la denúncia prèvia de l'art. 342 Cco, de manera que de tots aquells vicis *interns* que, presents en el moment del lliurament, es manifesten passats trenta dies a comptar des d'aquest moment, no se'n podrà demanar ni la correcció, ni permetran reduir o resoldre el contracte, ja que haurà estat materialment impossible notificar-los en el termini que imposa la norma mercantil. Ara bé, si els vicis es manifesten en el decurs d'aquells trenta primers dies i es notifiquen o reclamen, el comprador, a l'hora d'interposar el remei que escaigui, només haurà d'acreditar l'existència i realitat del vici però no, en canvi, la seva presència al temps del lliurament ja que, durant aquell termini, regeix folgadamente la presumpció de l'art. 621-24 CCCat.

La qüestió que sobrevé és si el comprador, a la compravenda mercantil i per raó de l'aplicació supletòria del CCCat, podrà reclamar per manca

«vici ocult» admet, segons la configuració legal, un ventall molt ampli d'intensitats, que va des de no poder fer ús del bé («si la hacen impropia para el uso») fins a disminuir aquest ús sense que, en aquest punt, s'estableix un *mínim* de disminució per poder continuar parlant de *vici*, tret que s'infereix de la conducta previsible del comprador («de haberlos conocido el comprador, no la habría adquirido o habría dado menos precio por ella»).

- 23 Estrictament, la *funcionalitat* es predica només del component digital del bé mixt a l'art. 621-20.3, lletra *b* CCCat, que incorpora l'art. 2.9 Dir (UE) 2019/771 i que es defineix com *la capacitat* (del component digital) *de realitzar les seves funcions*. Evidentment, així entesa, la funcionalitat també es pot predicar dels béns exclusivament materials, la conformitat del quals, evidentment exigeix que serveixin i siguin aptes per l'ús que els és propi. Tot i així, l'art. 621-20.2, lletra *a* CCCat parla dels «*fins* als quals normalment es destinen béns del mateix tipus» i, si ho fa en aquests termes, és perquè coincideix amb els emprats a l'art. 7, lletra *a* Dir. 2019/771 (pel que fa als *fins específics*, regeix l'art. 621-20.5 CCCat, que implementa l'art. 6, lletra *b* Dir. 2019/771).
- 24 Noti's que, si és el Dret estatal l'aplicable supletòriament, les accions genèricament esmentades a l'art. 342 Cco són, només, les de l'art. 1486 CC que, per això mateix, són directament accessibles.

de conformitat a l'empara de paràmetres, criteris o requisits distints a la *quantitat, qualitat i funcionalitat* del bé i si podrà fer-ho ajustant-se als terminis i als altres elements que configuren, segons el CCCat, l'obligació de conformitat. Sembla que la resposta ha de ser, per força i per lògica, que sí, sobretot si la remissió de l'art. 345 Cco s'interpreta generosament com una crida a les regles que disciplinen la causa onerosa; regles que, si al CC, són les pròpies del sanejament (que expressament esmenta l'art. 345 Cco), al CCCat són les que disciplinen la conformitat a la compravenda.²⁵ No es pot desconèixer, però, que pot semblar rar (encara que sigui el que tècnicament escau) que per *altres* paràmetres regeixi el termini de tres anys de responsabilitat de l'art. 621-23 CCCat, mentre que per raó de *quantitat, qualitat i funcionalitat*, la denúncia prèvia dels art. 336 i 342 Cco (o, més concretament, el *dies a quo* del termini per a fer-les) indirectament impedeixi la reclamació per disconformitats manifestades després dels quatre o trenta primers dies a comptar des de la recepció.²⁶ En qualsevol cas, el que sí que és segur és que, a Catalunya, l'aplicació supletòria del CCCat a la compravenda

25 EGEA FERNÁNDEZ, J., «Comentari a l'art. 621-1 CCCat» a: EGEA FERNÁNDEZ, J. ; FERRER RIBA, J. (Dir.), *Comentari al llibre sisè del Codi civil de Catalunya*, Barcelona, Atelier, 2021, p. 58 (« [A]ixo implica, per exemple, que la referència que (pensant en el CC, com a únic cos normatiu que regulava aquesta matèria) l'art. 345 CCom fa a que el venedor està obligat, llevat de pacte en contra, a l'evicció i el sanejament en favor del comprador, ara s'haurà d'entendre feta al règim de la conformitat del bé al contracte ...sempre que no s'oposi a les normes imperatives que pugui haver-hi en el mateix CCom»).

26 Vegeu l'Avantprojecte de Codi Mercantil, de 21 de julio de 2014 (Ministerio de Justicia. Ministerio de Economía y Competitividad C.M. 30.05.2014). L'art. 511-7 del text ja regulava la «[E]ntrega conforme al contrato», establínt criteris de conformitat de forma sensiblement semblant a com ho feia l'art. 116 TR LGDCU en la seva versió prèvia a la reforma entomada pel Real Decreto-ley 7/2021 (així, s'hi esmentava la descripció feta pel venedor, l'ús ordinari i l'ús especial del bé, les qualitats de la mostra o model, la instal·lació, l'envàs o embalatge...). La peça *clau* del sistema continuava sent la reclamació prèvia de la manca de conformitat, que l'art. 511-12 manava fer en el termini de cinc dies a comptar «desde que la conozca o debiera haberla conocido» (termini que, en cas de manca de conformitat jurídica, arribava als quinze dies a comptar, també, des del seu coneixement efectiu o potencial). Certament, l'obligació d'examinar els béns, que també imposava l'art. 511-11 i que calia fer «en todo caso dentro de los cinco días siguientes» al lliurament o posada a disposició, pràcticament reduïa el que seria, funcionalment, un termini de garantia pel que fa a tots aquells vicis o defectes detectables amb l'examen. Però, fora d'aquests casos, la responsabilitat del venedor materialment es perllongava en el sentit d'haver de respondre per manques de conformitat manifestades temps (considerablement) després del lliurament (tot i que aquesta responsabilitat semblava limitada per un termini preclusiu d'un any que, cal dir, acabava establínt de forma molt poc clara l'art. 511-20.2 de la proposta). Per altra banda, l'art. 39 CISG també imposa un deure de comunicació a exercir

mercantil desplaça, impeding que s'apliqui, la doctrina jurisprudencial que situa al marge dels vicis ocults, negant que ho siguin, aquells que fan que el bé sigui absolutament inservible, inhàbil, no idoni..., esdevenint un *aliud* i afavorint d'aquesta manera la resolució del contracte d'acord amb l'art. 1124 CC.²⁷ La distinció entre, per una banda, els vicis dels art. 342 Cco i 1484 CC i, per altra, l'incompliment resolutori derivat del lliurament d'un *aliud* i emparat per l'art. 1124 CC, no escauen quan és el Dret català l'aplicable supletòriament al contracte.²⁸

«en un plazo razonable» des que es té coneixement de la manca de conformitat i, en tot cas, abans dels dos anys a comptar des del lliurament. Aquestes *evidències* reblen, com a mínim, que la mercantilitat del contracte no està renyida amb la possibilitat de reclamar per manques de conformitat que es puguin arribar a manifestar *temps després* del lliurament.

27 Entre altres, vegeu STS 1.03.1991 (RJ 1991\1708); STS 18.06.2010 (ECLI:ES:TS:2010:3270), STS 17.07.2000 (RJ 2000\6804); SAP Córdoba 20.07.2007 (AC 2007\2384); SAP Madrid 15.02.2005 (JUR 2005\109655), etc. Aquesta manera de fer deixa enrere, és clar, tant la reclamació prèvia en els terminis dels art. 336 i 342 Cco, com el termini de sis mesos de l'art. 1490 CC.

28 Vegeu, però, la SAP Barcelona, 10.03.22 (ECLI:ES:APB:2022:2603). L'AP declara la resolució d'un contracte de compravenda mercantil, atorgat el juliol de 2018 i que tenia per objecte més d'un centenar de cuines. La ineficàcia contractual deriva, segons l'AP, de la gravetat de l'incompliment i, per a fonamentar-la, es recorre a l'art. 1124 CC. En cap cas es justifica per què és el Dret estatal el que pertoca aplicar supletòriament. En una línia semblant, la SAP Barcelona 9.01.23 (JUR\2023\57256) dona la raó a la part demandada (que era la compradora), que planteja reconvençió al venedor (que reclamava el pagament del preu d'unes portes), al·legant defectes que les feien inservibles; l'AP aplica l'art. 1124 CC i resol el contracte.

Per la seva banda, la SAP 8.11.2021 (JUR\2022\38156), a propòsit d'una compravenda mercantil atorgada el 19 d'abril de 2019, nega la reclamació del comprador basant-se en la manca de denúncia feta en el termini dels trenta dies de l'art. 342 Cco, afegint que, per tant, no pertoca l'exercici «de las acciones edilicias del art. 1484 del Código civil».

El contrapunt el dona la SAP Barcelona 11.02.22 (ECLI:ES:APB:2022:1097), a propòsit d'una compravenda mercantil atorgada el 8 de març de 2017. Esmenta el CCCat tot i que no era aplicable per raons temporals; ho fa a efectes argumentatius. Tot i així, pel que fa al termini per a resoldre el contracte d'acord amb l'art. 1124 CC, la SAP aplica l'art. 121-20 CCCat i vincula a l'acció resolutòria un termini de prescripció de deu anys. Passa, però, que aquesta acció comporta l'exercici d'una facultat de configuració jurídica i no pas una pretensió; des d'aquesta perspectiva, el termini d'exercici que li escaigui és, al Dret català, un termini de caducitat (art. 122-1 CCCat) en el benentès que, al Dret català, no es preveuen terminis defectius de caducitat i, posats a la recerca del termini de l'acció de resolució de l'art. 1124 CC, potser cal recórrer a l'analogia; sense descartar-ne altres, poden servir, a aquests efectes, les accions rescissòries dels art. 621-45 i 621-46 CCCat, que també deriven cap una *ineficàcia contractual sobrevinguda*, tal i com succeeix amb la resolució, i que caduquen en el termini de quatre anys a comptar des de la conclusió del contracte (art. 621-48 CCCat).

L'aplicació del règim de la conformitat del Codi civil de Catalunya per les Audiències Provincials*

Roger Barat i Rubio
Investigador predoctoral
Universitat Pompeu Fabra

Sumari

- 1. El periple constitucional del Llibre sisè i l'entrada en vigor**
- 2. El règim de la conformitat del Codi civil de Catalunya**
 - 2.1. Sistemàtica i antecedents
 - 2.2. Noció de conformitat
 - 2.3 Conformitat material
 - 2.4. Conformitat jurídica
 - 2.5. Responsabilitat i remeis per manca de conformitat
- 3. Controvèrsies sobre la llei aplicable**
- 4. Grups de casos d'aplicació del règim de la conformitat del Llibre sisè**
 - 4.1. Defectes en immobles
 - 4.2. Defectes en vehicles de segona mà
 - 4.3. Manca de conformitat material en altres béns mobles
 - 4.4. Manca de conformitat jurídica
- 5. Conclusions**
- 6. Bibliografia**

* Treball que forma part dels estudis del Grup de recerca consolidat en dret patrimonial 2021 SGR 00946, finançat per l'Agència de Gestió d'Ajuts Universitaris i de Recerca (AGAUR) de la Generalitat de Catalunya i dirigit pel Dr. Josep Ferrer i Riba (Universitat Pompeu Fabra, Barcelona). L'autor és beneficiari d'un ajut per a la contractació de personal investigador predoctoral en formació (beca FI 2021), concedit per l'AGAUR i co-finançat pel Fons Social Europeu, programa operatiu 2021-2027 CCI 2021ES05FPR011. **Agraeixo** al Dr. Joan Picó i Junoy la col·laboració prestada i la Dra. Esther Farnós i Amorós les seves observacions, que han permès millorar aquest treball.

1. El periple constitucional del Llibre sisè i l'entrada en vigor

El 8 de febrer de 2017 el Parlament de Catalunya va aprovar en sessió plenària el dictamen sobre el Projecte de llei del llibre sisè del Codi civil de Catalunya (en endavant, CCCat),¹ que esdevenia així la Llei 3/2017, del 15 de febrer, del llibre sisè del CCCat, relatiu a les obligacions i els contractes i de modificació dels llibres primer, segon, tercer i quart. Es publicava al DOGC el 22 de febrer de 2017² i, superat el període de *vacatio legis* de més de deu mesos previst en la Disposició final novena, entrava en vigor l'1 de gener de 2018.³

Com anuncia el preàmbul de la Llei 3/2017, el seu propòsit és, per una banda, establir l'estructura de l'esmentat Llibre sisè, que haurà d'acollir amb les futures lleis una regulació completa per a Catalunya de la part general i especial del dret d'obligacions i contractes, en allò que la Generalitat tingui competències; i, per l'altra, aprovar la regulació dels contractes de compravenda, de permuta i de mandat, modificar i incorporar els contractes típics que fins llavors es trobaven en lleis especials (les diverses modalitats de contractes de conreu, el violari, el contracte d'aliments, el

1 Diari de sessions del Parlament de Catalunya, XI legislatura, quart període, sèrie P, número 52, sessió 29, primera reunió, 8.2.2017.

2 DOGC núm. 7314, 22.2.2017. BOE núm. 57, 8.3.2017.

3 Tanmateix, l'apt. 1 DF 2a (modificació dels art. 211-3 i 211-7 CCCat), l'apt. 11 DF 4a (modificació de l'art. 461-12 CCCat), l'apt. 4t DF 5a (modificació de l'art. 565-11 CCCat) i la DF 6a (addició de la Disposició transitòria 21a al llibre cinquè CCCat) van entrar en vigor l'1 de març de 2017 (DF 9a Llei 3/2017).

contracte d'integració i el censal) i substituir la Compilació del dret civil de Catalunya,⁴ que va quedar finalment derogada en allò que romanía.

La Llei 3/2017 fou objecte de recurs d'inconstitucionalitat interposat pel president de Govern de l'Estat el 22 de maig de 2017, en què impugnava la constitucionalitat de parts essencials del règim de la compravenda, del mandat i de la gestió d'afers aliens sense mandat perquè entenia que excedia la competència per a la conservació, modificació i desenvolupament del dret civil propi assumida estatutàriament i vulnerava la competència exclusiva de l'Estat sobre legislació civil establerta en l'art. 149.1.8 CE.⁵

L'admissió del recurs el 6 de juny de 2017 va comportar la suspensió automàtica de les disposicions impugnades durant un període de cinc mesos, atès que el president del Govern s'havia acollit a la facultat de l'art. 161.2 CE, amb efectes a partir del 14 de juny de 2017.⁶ Vençut aquest termini, el Tribunal Constitucional va decidir alçar la mesura cautelar,⁷ de manera que l'1 de gener de 2018 va poder entrar en vigor la part del Llibre sisè que s'havia aprovat amb la Llei 3/2017, tal com estava previst en la DF 9a. Finalment, la STC 132/2019, de 13 de novembre,⁸ va declarar per 8 vots a favor i 4 en contra, la constitucionalitat de pràcticament tota la Llei 3/2017 i estimà el recurs només pel que fa a l'art. 621-54.3 CCCat, que regulava el procediment notarial de resolució en cas de pacte de condició resolutòria.⁹

D'entre les novetats més remarcables del Llibre sisè s'ha emfatitzat la configuració d'un mateix règim complet i unitari per a la compravenda general i la compravenda de consum, amb les especialitats que escaiguin per aquesta darrera. Això implica la inclusió al dret civil català del concepte de la conformitat del bé venut amb el contracte, derivat dels principals textos

4 Decret legislatiu 1/1984, de 19 de juliol, pel qual s'aprova el Text Refós de la Compilació del Dret Civil de Catalunya (DOGC núm. 546, 27.7.1984; BOE núm. 107, 4.5.1984).

5 Recurs d'inconstitucionalitat núm. 2557-2017.

6 BOE núm. 141, Sec. I, p. 48892, 14.6.2017.

7 ATC, Ple, 131/2017, 3.10.2017 (ECLI:ES:TC:2017:131A), BOE núm. 249, Sec. I, p. 99856, 16.10.2017.

8 STC, Ple, 132/2019, 13.11.2019 (ECLI:ES:TC:2019:132; MP: Juan Antonio Xiol Ríos), BOE núm. 304, Sec. TC, p. 137682-137740.

9 Sobre l'anul·lació de l'apartat 3 de l'art. 621-54 CCCat i les seves conseqüències, vegeu ARNAIZ RAMOS, Rafael, «Article 621-54. Pacte de condició resolutòria», a: EGEA I FERNÁNDEZ, Joan; RIBA I FERRER, Josep (Dir.), FARNÓS I AMORÓS, Esther (Coord.), *Comentari al llibre sisè del Codi civil de Catalunya. Contractes amb finalitat transmissora i sobre activitat aliena*, Barcelona, Atelier, 2021, p. 515-517.

de *soft law*, propostes protolegislatives i directives europees, seguidors tots ells del model de la Convenció de Viena de 1980.¹⁰ Amb l'entrada en vigor sense limitacions del Llibre sisè l'1 de gener de 2018, els jutjats de primera instància i els tribunals d'apel·lació amb seu a Catalunya han tingut l'oportunitat d'aplicar a varis casos que han estat cridats a resoldre el nou règim de la conformitat i els remeis que l'acompanyen. Tot just fa un parell d'anys EGEA vaticinava que la conformitat esdevindria «una de les qüestions pràctiques més rellevants en la disciplina del contracte de compravenda»,¹¹ i el nombre creixent de litigis des de llavors sembla que ratifiquen l'observació: mentre que el 2020 només van arribar a apel·lació dos casos, el 2022 ja van ser-ne vint-i-set.

Aquest treball presenta la casuística que han conegut les seccions civils de les quatre Audiències Provincials catalanes i el tractament jurídic que han dispensat al règim de la conformitat del nou marc legal en els cinc primers anys de vigència de la Llei 3/2017. L'estudi s'ha realitzat a partir d'un buidatge de les bases de dades Cendoj i Aranzadi per al període comprès entre l'1 de gener de 2018 i el 31 de març de 2023. En aquesta forquilla temporal s'han trobat 38 sentències en què, d'alguna manera, es debaten aspectes sobre els preceptes del Llibre sisè que disciplinen la matèria, essent la primera d'elles de data 17 de desembre de 2020 (SAP Girona, 2a, 433/2020) i la darrera, de 23 de gener de 2023 (SAP Barcelona, 13a, 32/2023).

Les sentències que aquí es recullen encara no es fan ressò de les darreres modificacions legislatives introduïdes al Llibre sisè del CCCat mitjançant el Decret llei 27/2021, de 14 de desembre, d'incorporació de les directives (UE) 2019/770 i 2019/771, relatives als contractes de subministrament de continguts i serveis digitals i als contractes de compravenda de béns,¹² en vigor des de l'1 de gener de 2022, que ha afegit alteracions de diferent abast, algunes d'elles substancials, i ha comportat una reenumeració d'alguns articles relatius al sistema de remeis per la supressió de l'original art. 621-39 CCCat que preveia la regla sobre la correcció del compliment a iniciativa

10 EGEA I FERNÁNDEZ, Joan, «Article 621-1. Contracte de compravenda», a: EGEA I FERNÁNDEZ, Joan; RIBA I FERRER, Josep (Dirs.); FARNÓS I AMORÓS, Esther (Coord.), *Comentari al llibre sisè del Codi civil de Catalunya. Contractes amb finalitat transmissora i sobre activitat aliena*, Barcelona, Atelier, 2021, p. 45.

11 EGEA I FERNÁNDEZ, «Article 621-1...», p. 51.

12 DOGC núm. 8564, 14.12.2021; BOE núm. 44, 21.02.2022. Convalidat per la Resolució 2018/XIV del Parlament de Catalunya (DOGC núm. 8596, 1.2.2022).

del venedor.¹³ En conseqüència, les mencions que es facin als preceptes del Llibre sisè seran respecte de la numeració anterior al Decret llei 27/2021 i tindran en compte el contingut de l'articulat que era aplicable per raó temporal als litigis aquí considerats, succeïts tots amb anterioritat a l'1 de gener de 2022, sens perjudici de les puntualitzacions tangencials que convinguin respecte de la nova redacció.¹⁴

2. El règim de la conformitat del Codi civil de Catalunya

2.1. Sistemàtica i antecedents

Com s'ha dit, l'afany actualitzador de la regulació del dret de contractes que regeix a Catalunya a partir del Llibre sisè va comportar la incorporació del règim de la conformitat com una de les innovacions cabdals de la nova compravenda. L'obligació de conformitat és una de les obligacions

13 Per a una visió completa sobre les adaptacions que el Llibre sisè havia d'incorporar per complir amb el marc normatiu europeu, vegeu ARNAU RAVENTÓS, Lúdia, «La implementació al Dret civil català de les Dir. (UE) 2019/770 i 2019/771, relatives al contracte de subministrament d'elements digitals i al contracte de compravenda de béns» a: INSTITUT DE DRET PRIVAT EUROPEU I COMPARAT - UNIVERSITAT DE GIRONA (Coord.), *Compra-venda, arrendaments i noves modalitats d'ús temporal de béns. Materials de les Vint-i-unenes Jornades de Dret català a Tossa*, Documenta Universitaria, Girona, 2021, p. 85-138.

14 A més, caldrà estar amatents a les anunciades reformes del CCCat. A abril de 2023 s'està tramitant al Parlament de Catalunya el Projecte de llei d'actualització, incorporació i modificació de determinats articles del Codi civil de Catalunya (núm. expedient 200-00010/13), amb una modificació molt menor de l'art. 621-37. Per la seva part, el Govern de la Generalitat ha sotmès a informació pública l'Avantprojecte de llei de modificació del Codi civil de Catalunya en matèria de suports a l'exercici de la capacitat jurídica de les persones, de moment sense afectació al règim de la conformitat (Edicte del Departament de Justícia, Drets i Memòria de 12.4.2023, publicat al DOGC núm. 8896, 17.4.2023). Com tampoc en tindria l'Avantprojecte de llei d'incorporació del contracte d'arrendament de béns al llibre sisè del Codi civil de Catalunya (Edicte del Departament de Justícia de 5.8.2022, publicat al DOGC núm. 8743, 1.9.2022). A mitjà termini, pot tenir un impacte de major envergadura, si s'aprova pel legislador europeu, la Proposta de Directiva per la qual s'estableixen normes comunes per a la reparació de béns (COM/2023/155 final), presentada per la Comissió Europea el 22.3.2023. Sobre aquesta Proposta de Directiva, vegeu GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos, «No lo tires, repáralo.», *InDret* 2.2023, p. xi-xiv.

principals assumides pel venedor en el lliurament del bé.¹⁵ S'identifica des del primer precepte de la secció dedicada a la compravenda,¹⁶ es reitera en l'art. 621-9 CCCat i es desenvolupa extensament en els art. 621-20 a 621-30, que conformen la totalitat de la subsecció tercera.¹⁷

El règim de la conformitat, entès en la seva totalitat, és un reflex de la voluntat del legislador català d'adoptar un model diferenciat de la tradició romanista de la que beu el Codi civil espanyol¹⁸ a través del Codi civil francès de 1804, i d'aproximar-se als darrers corrents del dret patrimonial europeu.¹⁹ La formulació del principi de conformitat del bé amb el contracte i la concreció normativa actual són hereves de la Convenció de les Nacions Unides sobre els Contractes de Compravenda Internacional de Mercaderies (en endavant, CISG),²⁰ i apareixen també en altres instruments internacionals, com ara la Directiva 1999/44, la Proposta de Reglament del Parlament Europeu i del Consell, relatiu a la normativa comú de compravenda europea (CESL),²¹ i el Marc Comú de Referència (DCFR).²²

15 Tanmateix, EGEA defensa que la conformitat s'hauria de predicar de l'objecte del contracte, i no pas del bé. Sobre l'afinada distinció entre bé i objecte del contracte de la compravenda, vegeu EGEA I FERNÁNDEZ, «Article 621-1...», p. 48-49.

16 Art. 621-1: «La compravenda és el contracte pel qual el venedor s'obliga a lliurar un bé conforme al contracte (...)». ARNAU RAVENTÓS, Lúdia, «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 del Codi civil de Catalunya: anàlisi del Projecte de llei. Materials de les Divuitenes Jornades de Dret català a Tossa*, Documenta Universitaria, Girona, 2015, p. 441.

17 EGEA I FERNÁNDEZ, «Article 621-1...», p. 51.

18 Reial Decret de 24 de juliol de 1889 pel que es publica el Codi Civil (Gaceta de Madrid núm. 206, de 25.7.1889).

19 EGEA I FERNÁNDEZ, «Article 621-1...», p. 45-46. Vegeu també ARNAU RAVENTÓS, «L'obligació de conformitat...», p. 442.

20 Per les seves sigles en anglès, *Contracts for the International Sale of Goods*, feta a Viena l'11 d'abril de 1980 (instrument de ratificació de l'Estat espanyol de 17.7.1990, publicat al BOE núm. 26, 30.1.1991).

21 Per les seves sigles en anglès, *Common European Sales Law* [Proposta de Reglament del Parlament Europeu i del Consell COM/2011/0635 final - 2011/0284 (COD)].

22 Per les seves sigles en anglès, *Draft Common Frame of Reference* (2009), proposta acadèmica de principis, definicions i regles model del dret privat europeu elaborada pel Grup d'Estudi per a un Codi Civil Europeu i el Grup de Recerca Europeu en Dret Privat Europeu (Acquis Group).

De fet, la idea de conformitat no és aliena als diversos sistemes de dret civil que conviuen dins l'ordenament jurídic espanyol. Més enllà de la particularitat de la compravenda internacional de mercaderies, hi fa entrada vint anys enrere a través de la normativa de consum mitjançant la transposició de l'esmentada Directiva 1999/44/CE del Parlament i del Consell, de 25 de maig de 1999, sobre determinats aspectes de la venda i les garanties dels béns de consum,²³ operada a través de la Llei 23/2003, de 10 de juliol de garanties en la venda de béns de consum,²⁴ ara derogada i recollida de forma actualitzada i ampliada en els art. 114 a 127 *bis* TRLGCU,²⁵ tot i que limitada objectivament als contractes de compravenda mobiliaris i als de subministrament de continguts o serveis digitals.²⁶ A Catalunya, des del 2010 els art. 123-6 i 123-7 CCons²⁷ ja recullen el principi de conformitat per a béns i serveis, tot i que no s'hi associa en general un règim específic de remeis.²⁸

L'existència d'un règim de la conformitat en la normativa europea i espanyola de protecció de consumidors fa, per tant, que els tribunals civils catalans ja estigui avesats a resoldre conflictes on s'han plantejat qüestions

23 DOCE núm. 171, 7.7.1999, p. 12-16.

24 BOE núm. 165, 11.7.2003, p. 27160-27164.

25 Reial Decret Legislatiu 1/2007, de 16 de novembre, pel que s'aprova el text refós de la Llei General per a la Defensa dels Consumidors i Usuaris i altres llei complementàries (BOE núm. 287, 30.11.2007).

26 Els art. 114 a 127 *bis* TRLGDCU també han estat objecte de modificació, en la línia apuntada abans per al Decret llei català 27/2021, mitjançant el Reial Decret-lei 7/2021, de 27 d'abril, de transposició de directives de la Unió Europea en les matèries de competència, prevenció del blanqueig de capitals, entitats de crèdit, telecomunicacions, mesures tributàries, prevenció i reparació de danys mediambientals, desplaçament de treballadors en la prestació de serveis transnacionals i defensa dels consumidors (BOE núm. 101, 28.4.,2021; convalidat pel Congrés dels Diputats: Resolució de 13.5.2021, BOE núm. 119, 19.5.2021), per ajustar-se a les citades Directives 2019/770 i 2019/771.

27 Llei 22/2010, del 20 de juliol, del Codi de consum de Catalunya (DOGC núm. 5677, 23.7.2010; BOE núm. 196, 13.8.2010). També en els art. 126-7, 211-3, 222-3, 242-2 i 242-3. Per la seva part, l'art. 331-2 CCons, lletra *h*), tipifica com a infracció per alteració, adulteri, frau o engany l'incompliment de «les obligacions que deriven de la manca de conformitat (...)».

28 ARNAU RAVENTÓS, « L'obligació de conformitat... », p. 442-443. Sobre la naturalesa del CCons, LLÀCER ha assenyalat la seva perspectiva fonamentalment administrativa o, si es vol, el seu «contingut civil diluït», a: LLÀCER MATAÇAS, Maria Rosa, «El Llibre sisè i la proposta de nou "Código mercantil"» 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 català a Tossa*, Documenta Universitaria, Girona, 2015, p. 87.

relatives a la seva conceptualització, concreció positiva i remeis corresponents en contractació de béns de consum, que de fet és la guia de la regulació general de la conformitat.²⁹ L'anterior també es predica de la legislació internacional en matèria de compravenda de mercaderies, tot i que d'aplicació molt menys freqüent en seu d'apel·lació.³⁰

2.2. Noció de conformitat

Seguint l'art. 621-1 CCCat, l'art. 621-9.1 enumera les tres obligacions del venedor: a) lliurar la cosa en temps, lloc, forma i amb els accessoris i documents relacionats; b) garantir que el bé és conforme al contracte; i c) transmetre la titularitat del bé i dels seus accessoris. Tot i que no s'estableix una relació de subordinació entre elles, l'entrega del bé és premissa necessària per poder analitzar-ne la conformitat. Així doncs, com afirma LAUROBA, l'incompliment de l'obligació de lliurament «no es pot llegir en termes de conformitat», és a dir, «el no-lliurament [de l'objecte principal del contracte] no implica manca de conformitat».³¹ Les dues obligacions restants sí que conformen, doncs, les dues dimensions diferenciades

-
- 29 Són exemples de sentències dels últims anys de les Audiències Provincials en què s'aplica el règim de la conformitat del TRLGDCU, que era el que pertocava en el moment de celebració de les respectives compravendes, les següents: SAP Girona, 2a, 241/2018, 8.6.2018 (ECLI:ES:APGI:2018:582; MP: Maria Isabel Soler Navarro); SAP Barcelona, 17a, 4/2019, 9.1.2019 (ECLI:ES:APB:2019:15; MP: Mireia Borguño Ventura); SAP Tarragona, 1a, 70/2019, 20.2.2019 (ECLI:ES:APT:2019:179; MP: Silvia Falero Sánchez); SAP Girona, 2a, 129/2019, 29.3.2019 (ECLI:ES:APGI:2019:356; MP: José Isidro Rey Huidobro); SAP Tarragona, 1a, 506/2019, 7.11.2019 (ECLI:ES:APT:2019:1458; MP: Matilde Vicente Díaz); SAP Lleida, 2a, 571/2020, 19.8.2020 (ECLI:ES:APL:2020:619; MP: Ana Cristina Sainz Perada); SAP Lleida, 1a, 718/2020, 18.11.2020 (ECLI:ES:APL:2020:1735; MP: Fernando Ferrero Hidalgo); SAP Barcelona, 13a, 640/2021, 4.11.2021 (ECLI:ES:APB:2021:13294; MP: Mireia Ríos Enrich); SAP Tarragona, 3a, 252/2022, 5.5.2022 (ECLI:ES:APT:2022:642; MP: Matilde Vicente Díaz); SAP Barcelona, 14a, 359/2022, 13.6.2022 (ECLI:ES:APB:2022:5878; MP: Sergio Fernández Iglesias); SAP Barcelona, 14a, 483/2022, 16.9.2022 (ECLI:ES:APB:2022:9772; MP: Antoni José Martínez Cendán).
- 30 SAP Lleida, 2a, 154/2019, 26.3.2019 (ECLI:ES:APL:2019:169; MP: Beatriz Terrer Baquero); SAP Barcelona, 14a, 154/2022, 16.3.2022 (ECLI:ES:APB:2022:2970; MP: Sergio Fernández Iglesias).
- 31 LAUROBA LACASA, Elena, «Article 621-9. Obligacions del venedor», a: EGEA I FERNÁNDEZ, Joan; RIBA I FERRER, Josep (Dirs.); FARNÓS I AMORÓS, Esther (Coord.), *Comentari al llibre sisè del Codi civil de Catalunya. Contractes amb finalitat transmissora i sobre activitat aliena*, Barcelona, Atelier, 2021, p. 144.

de la conformitat que la doctrina ha identificat: la conformitat material (garantir que el bé és conforme al contracte: art. 621-20 a 621-28 CCCat) i la conformitat jurídica (transmetre'n la titularitat pacífica: art. 621-30 CCCat).³²

La noció general de conformitat pretén descriure «qualsevol desviació dels béns lliurats pel venedor en compliment de la compravenda respecte d'allò que les parts van fixar com a prestació en el contracte».³³ La idea respon a la importació d'una de les assumpcions estructurals sobre les quals pivota el dret de consum, com és la necessitat de corregir l'asimetria informativa que es dona en molts contractes entre el venedor-professional i el comprador-consumidor en relació amb els trets més significatius del bé objecte de la compravenda.³⁴ La literatura econòmica ha entès que aquest desequilibri es dona també fora de l'àmbit del consum i que en pràcticament qualsevol transacció el venedor compta amb més informació i de major qualitat que el comprador. El Llibre sisè no fa més que recollir aquesta aproximació i ho concreta mitjançant regles que reforcen el deure de transparència en el contracte (*ex* art. 621-7 CCCat), de manera que el comprador tingui més motius per confiar en què allò que ha adquirit s'ajustarà a les característiques contractades.³⁵

La regulació positiva compta amb un destacable desplegament normatiu que li ha de permetre complir com a instrument pràctic per canalitzar «tot el camp de la infracció contractual del prestador característic —aquí, el venedor—, qualificable com a compliment defectuós o irregular per raó de l'objecte» amb una potencial aplicació que es pot estendre a una extensa i variada gamma de supòsits, tant per l'àmplia noció de contracte de compravenda del CCCat (art. 621-3), com per la unificació que comporta

32 LAUROBA LACASA, «Article 621-9...». De forma similar, EGEA I FERNÁNDEZ, «Article 621-1...», p. 51.

33 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 del Codi civil de Catalunya: anàlisi del Projecte de llei. Materials de les Divuitenes Jornades de Dret català a Tossa*, Documenta Universitaria, Girona, 2015, p. 93.

34 EGEA I FERNÁNDEZ, «Article 621-1...», p. 44-45.

35 GÓMEZ POMAR, Fernando, «Article 621-20. Criteris per a determinar la conformitat», a: EGEA I FERNÁNDEZ, Joan; RIBA I FERRER, Josep (Dir.); FARNÓS I AMORÓS, Esther (Coord.), *Comentari al llibre sisè del Codi civil de Catalunya. Contractes amb finalitat transmissora i sobre activitat aliena*, Barcelona, Atelier, 2021, p. 225. També a 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», a: SERRANO DE NICOLÁS, Ángel (Coord.), *Estudios sobre el Libro sexto del Código Civil de Cataluña*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, Colegio Notarial de Cataluña – Marcial Pons, 2018, p. 169-172.

del tractament del compliment defectuós del venedor.³⁶ El règim de la conformitat aplica per a tipologies de compravenda tan diferents com són la mobiliària i la immobiliària, la de cosa genèrica, la de carteres de crèdit i altres actius financers o la d'empreses (accions, participacions i actius) o unitats productives. Cobreix tot el terreny dels desajustos materials o objectius entre el que s'ha pactat i el que efectivament s'entrega, el que inclou, de forma il·lustrativa i no exhaustiva, els casos de *peius* (vicis o defectes ocults), *aliud* (cosa diferent), *minus* («menor quantitat d'exemplars o menys unitats de mesura dels previstos contractualment»), *maius* («major extensió, major volum o major nombre d'unitats o exemplars respecte d'allò previst en el contracte»)³⁷ i qualsevol discrepància jurídica.³⁸ Interpretar què és manca de conformitat —i què no ho és— s'ha de fer a la llum de la funcionalitat de l'objecte en si, dels propòsits de les parts en el contracte i de les preferències dominants en el conjunt de venedors i compradors, pel que caldrà tenir en compte tant els criteris establerts o inherents en el mateix contracte com els paràmetres generals fixats per la llei, especialment en la venda de béns estandarditzats en mercats de consum.³⁹

2.3 Conformitat material

Les previsions sobre conformitat material s'inicien amb l'art. 621-20 CCCat. Seguint els passos de l'art. 35 CISG, sota la rúbrica «Criteris per a determinar la conformitat», la redacció d'aquest precepte anterior al Decret llei 27/2021 els organitzava en tres apartats,⁴⁰ que es corresponien al seu

36 GÓMEZ POMAR, «Article 621-20...», p. 227-228.

37 Sens perjudici de la regla especial per l'excés de superfície, cabuda o mesura en la compravenda d'immobles (art. 421-50.1 CCCat). Vegeu VAQUER ALOY, «La conformitat...», p. 110-112 i, especialment, SERRANO DE NICOLÀS, Àngel, «Article 621-50. Indicació de la superfície de l'immoble», a: EGEA I FERNÁNDEZ, Joan; RIBA I FERRER, Josep (Dir.); FARNÓS I AMORÓS, Esther (Coord.), *Comentari al llibre sisè del Codi civil de Catalunya. Contractes amb finalitat transmissora i sobre activitat aliena*, Barcelona, Atelier, 2021, p. 480-487.

38 De forma similar, VAQUER ALOY («La conformitat...», p. 109) afirma: «La manca de conformitat pretén ser omnicomprendiva de qualsevol modalitat d'incompliment contractual».

39 GÓMEZ POMAR, «Article 621-20...», p. 228-232.

40 Es pren aquí en consideració el text vigent entre l'1.1.2018 i l'1.1.2022. Aquest precepte ha sofert una profunda remodelació (vegeu ARNAU RAVENTÓS, «La implementació al Dret civil català...», p. 119-125).

torn amb tres fonts diferents de paràmetres per examinar la conformitat del bé:⁴¹

1. El contingut pactat en el contracte en relació amb el bé venut i les seves propietats (quantitat, qualitat, prestacions, usos pactats; empaquetatge o envasament acordats; accessoris i instruccions estipulats en el contracte).
2. Amb caràcter supletori o dispositiu, els patrons lligats a les característiques habituals i esperables del bé, d'acord amb la seva classe, gènere o tipologia: a) que s'ajusti a la descripció feta pel venedor; b) que sigui idoni per a l'ús habitual a què es destinen els béns del mateix tipus; c) que tingui les qualitats i prestacions habituals que el comprador pot esperar segons la naturalesa del bé en béns del mateix tipus i, si escau, segons les declaracions del venedor o de tercers d'acord amb el que disposa l'art. 621-24.2; d) que tingui les qualitats i prestacions de la mostra o el model que hagi presentat al comprador; i/o e) que estigui embalat de la manera habitual o, si escau, de manera adequada per a conservar i protegir el bé o donar-hi la destinació que correspongui.
3. L'aptitud del bé per satisfer els usos particulars del comprador que aquest hagués manifestat al venedor en el moment de la venda i que el darrer hagués reconegut i admès.

A l'anterior el seguien dos preceptes (621-21 i 621-22 CCCat) estretament relacionats, que establien que la manca de conformitat també vindria donada si el contracte preveia la instal·lació del bé per part del venedor, d'algú sota la seva responsabilitat o seguint les seves instruccions i resultava incorrecta, o bé si no es produïa l'entrega dels accessoris, instruccions d'ús, consum i maneig, especialment les relatives a la instal·lació o el funcionament, o qualsevol altre document que raonablement el comprador pot esperar obtenir d'acord amb el contracte.⁴² Tanmateix, la manca de lliurament dels

41 GÓMEZ POMAR, «Article 621-20...», p. 245.

42 GÓMEZ POMAR, Fernando, «Article 621-21. Instal·lació incorrecta del bé; Article 621-22. Manca de lliurament dels accessoris i documents relacionats», a: EGEA I FERNÁNDEZ, Joan; RIBA I FERRER, Josep (Dir.); FARNÓS I AMORÓS, Esther (Coord.), *Comentari al llibre sisè del Codi civil de Catalunya. Contractes amb finalitat transmissora i sobre activitat aliena*, Barcelona, Atelier, 2021, p. 261.

documents representatius no era supòsit de manca de conformitat, sinó de l'obligació principal de lliurament del venedor (art. 621-10.5 CCCat).⁴³

Les regles sobre conformitat material exposades s'havien de complementar amb les relatives al moment de la conformitat (art. 621-23), l'exoneració de la responsabilitat del venedor per coneixement de la manca de conformitat pel comprador o per accions imputables al segon (art. 621-25), la càrrega d'inspecció del bé venut pel comprador no consumidor (art. 621-27) i l'obligació de notificació del comprador i posada en coneixement de la manca de conformitat al venedor (art. 621-28),⁴⁴ que han tingut rellevància en la pràctica, com comprovarem més endavant.

2.4. Conformitat jurídica

L'obligació de transmissió de la titularitat, «sia del dret de propietat o dels altres drets patrimonials, segons la seva naturalesa» (art. 621-1 CCCat), troba concreció en l'art. 621-30 CCCat, que s'emmiralla en els art. 41 a 43 CISG i que s'ubica sistemàticament en la subsecció que tracta la conformitat i la clou. En la línia dels textos internacionals i de dret comparat que inspiren el vigent dret català de contractes, el precepte tracta de forma singularitzada la manca de conformitat jurídica per l'existència de «defectes jurídics» o «discrepàncies jurídiques» —per emprar dues expressions de la doctrina—,⁴⁵ això és, «drets o pretensions raonablement fonamentades de tercers que el comprador no conegués ni hagués pogut conèixer en el moment de concloure el contracte» (apt. 1), de manera que naixerà la responsabilitat del venedor enfront del comprador si el primer va garantir al segon: a) «que el bé estava o quedaria lliure de drets o pretensions de tercers i si, tot i conèixer-los o tot i no poder ignorar-los, no els va revelar [...]» (apt. 2); o b) «que els drets o pretensions

43 I així continua essent, perquè aquest apartat resta invariànt.

44 Per a una exègesi de la normativa en la redacció original de la Llei 3/2017, vegeu VAQUER ALOY, Antoni, «La conformidad de la prestación en la nueva regulación de la compraventa en Cataluña», a SERRANO DE NICOLÁS, Ángel (Coord.), *Estudios sobre el Libro sexto del Código Civil de Cataluña*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, Colegio Notarial de Cataluña – Marcial Pons, 2018, p. 226-230.

45 ARROYO AMAYUELAS, Esther, «Article 621-30. Drets o pretensions de tercers», a: EGEA I FERNÁNDEZ, Joan; RIBA I FERRER, Josep (Dir.); FARNÓS I AMORÓS, Esther (Coord.), *Comentari al llibre sisè del Codi civil de Catalunya. Contractes amb finalitat transmissora i sobre activitat aliena*, Barcelona, Atelier, 2021, p. 321. Cf. GÓMEZ POMAR, «Article 621-20...», p. 232-234.

[raonablement fonamentades de tercers] són conseqüència dels seus actes propis posteriors a la conclusió del contracte» (apt. 3).⁴⁶

S'ha fet notar que l'obligació del venedor de transmetre la propietat conforme el contracte tal com s'ha configurat en el CCCat reforça la posició que el comprador té si es compara amb la protecció conferida pel CCesp (art. 1475 i seg.), invariament en aquest punt des de la seva aprovació, perquè no exigeix una sentència ferma que el privi de la cosa venuda abans de poder dirigir-se contra el venedor (com sí que fa l'art. 1480 CCesp), sinó que pot fer-ho des del mateix moment en què descobreix la manca de conformitat.⁴⁷ No cal, per tant, una declaració judicial prèvia d'una càrrega o una reivindicació exitosa del bé, sinó només l'existència d'una al·legació raonable per part del tercer que podria fer valdre la seva pretensió.⁴⁸

Els supòsits de fet per a l'existència de manca de conformitat jurídica abasten varis defectes legals, que van des de l'existència de drets reals de tercers (per exemple, usdefruit, penyora, cens) o personals (arrendament), com altres incidències no volgudes pel comprador que interfereixen d'alguna altra manera en la titularitat del bé, com ara les que puguin provenir d'una acció pauliana (art. 1111 CCesp), de la constatació que hi ha hagut venda de cosa aliena (s'ha lliurat un bé del qual el venedor no és propietari en el moment de complir l'obligació, per exemple perquè l'objecte era robat) o bé que s'ha adquirit una còpia il·legal d'un producte

46 El Decret llei 27/2021 ha modificat la redacció de l'art. 621-30 CCCat. L'articulat vigent consta de quatre apartats. En el primer d'ells es menciona expressament que l'incompliment de l'obligació de transmetre la titularitat del bé d'acord amb el que s'hagi pactat en el contracte constitueix manca de conformitat, tancant d'aquesta manera el debat sobre la naturalesa de l'obligació continguda en aquest precepte. Els altres tres mantenen en essència les regles de l'anterior redactat, amb algunes concrecions que el legislador ha considerat oportú afegir.

47 ANDERSON, Miriam, «Article 621-43. Remeis del comprador en cas de drets i pretensions de tercers», a: EGEA I FERNÁNDEZ, Joan; RIBA I FERRER, Josep (Dir.); FARNÓS I AMORÓS, Esther (Coord.), *Comentari al llibre sisè del Codi civil de Catalunya. Contractes amb finalitat transmissora i sobre activitat aliena*, Barcelona, Atelier, 2021, p. 427.

48 ARROYO AMAYUELAS, Esther, «Article 621-30. Drets o pretensions de tercers», a: EGEA I FERNÁNDEZ, Joan; RIBA I FERRER, Josep (Dir.); FARNÓS I AMORÓS, Esther (Coord.), *Comentari al llibre sisè del Codi civil de Catalunya. Contractes amb finalitat transmissora i sobre activitat aliena*, Barcelona, Atelier, 2021, p. 321.

sense coneixement.⁴⁹ En canvi, no és pacífica la qüestió sobre l'encaix de la doble venda en aquest precepte.⁵⁰

Per altra banda, GÓMEZ POMAR manté que l'art. 621-30 CCCat no esgota el camp de la manca de conformitat jurídica, ja que poden sorgir altres discrepàncies jurídiques en què no estiguin en joc estrictament drets o pretensions de tercers, ni tampoc factors materials de la tipologia descrita anteriorment. Es refereix, en primer lloc, a la manca d'entrega de documents relacionats amb el bé comprat, que també comporta manca de conformitat segons l'art. 621-22 CCCat, el que el porta a defensar que es pot aplicar «aquesta previsió a documents relacionats amb la titularitat, absència de càrregues o restriccions o ús que tinguin el seu origen en normes jurídiques, o a documents que són jurídicament exigits per acreditar, registrar o fer valdre la transmissió que la compravenda es dirigeix a efectuar». Segons l'autor, l'art. 621-22 CCCat és aplicable, per exemple, a la manca de llicència de primera ocupació o de llicència d'obres, que el Tribunal Suprem ha caracteritzat en diverses ocasions com un incompliment d'una obligació principal que faculta el comprador a resoldre el contracte. I, de forma similar, si el bé no compta amb «les prestacions» pactades o «l'ús pactat» (art. 621-20.1. lletra a CCCat), en el sentit que es tracta d'un terreny inedificable per restriccions urbanístiques, o bé d'un equip que funciona però no està homologat per dur a terme les activitats industrials per a les que s'havia adquirit. En aquest cas s'haurà d'entendre que hi ha manca de conformitat jurídica, i no pas material.⁵¹

49 LAUROBA LACASA, «Article 621-9...», p. 148, i ARROYO AMAYUELAS, «Article 621-30...», p. 324 i 326. L'apt. 3 de l'art. 621-30 CCCat en vigor reforça la inclusió dels drets de propietat intel·lectual en la noció de conformitat jurídica: «En la compravenda de consum, el venedor ha d'informar específicament, abans de la conclusió del contracte, de qualsevol restricció que impedeixi la utilització dels béns d'acord amb els requisits de conformitat, com a conseqüència de l'existència de drets o pretensions raonablement fonamentades de tercers, *en particular dels drets de propietat intel·lectual*, i el comprador les ha d'acceptar de forma expressa i per separat en el moment de la conclusió del contracte».

50 ARROYO creu que la doble venda sí que es pot canalitzar a través de la conformitat jurídica (ARROYO AMAYUELAS, «Article 621-30...», p. 326), mentre que LAUROBA defensa que no queda explícitament regulada en el CCCat i, per tant, cal aplicar supletòriament l'art. 1473 CCesp (LAUROBA LACASA, «Article 621-9...», p. 148). A parer meu, aquesta última solució no està en consonància amb la idea de regulació unificada del contracte de compravenda en el CCCat ni amb el caràcter de dret comú de les seves disposicions (art. 111-4 CCCat).

51 GÓMEZ POMAR, «Article 621-20...», p. 234-235. Sens perjudici de l'opinió d'aquest autor, alternativament es pot entendre que, com que la responsabilitat per manca de conformitat jurídica subsumeix el règim del sanejament per evicció del CCesp, l'art. 621-30 CCCat inclou també els supòsits d'eventual privació de la cosa en virtut d'una actuació administrativa

2.5. Responsabilitat i remeis per manca de conformitat

Per últim, cal afegir al règim de la conformitat exposat les conseqüències de la seva manca, que cristal·litza en el sistema de remeis dels art. 621-37 i seg. CCCat. En consonància amb la tendència unificadora que hem ressenyat reiteradament, el conjunt de mitjans de defensa esdevé també únic en el Llibre sisè,⁵² és a dir, s'aplica: 1) de forma indistinta a compradors i venedors; 2) en tot tipus de compravendes civils, incloses les de consum; i 3) per a fer front a les situacions d'incompliment de qualsevol de les obligacions contractuals. Per tant, la manca de conformitat, sigui quina sigui, es tracta com un incompliment més. Es confirma així l'abandonament de la dicotomia entre la responsabilitat per incompliment contractual i els règims de sanejament del CCesp.⁵³

A redós de la creixent influència de la regulació sobre compravenda internacional de mercaderies, el dret civil espanyol va recorrent per la via interpretativa el camí cap a l'objectivació de l'incompliment contractual.⁵⁴

(per exemple, una resolució d'enderroc per incompliment de la normativa urbanística), en què el «tercer» amb pretensions sobre la cosa seria l'Administració Pública, actuant com a garant de la legalitat i l'interès general. Vegeu PEÑA LÓPEZ, Fernando, «Artículo 1480», a: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (Coord.), *Comentarios al Código Civil*, 5a ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2021, p. 1895. Precisament aquesta és l'aproximació de la SAP Barcelona, 17a, 50/2023, (vegeu apt. 4.4.A d'aquest treball).

- 52 GÓMEZ POMAR, «Article 621-20...», p. 227. S'adopta fins i tot la terminologia «remedies» del *common law*: ANDERSON, Miriam, «Article 621-37. Remeis del comprador i del venedor», a: EGEA I FERNÁNDEZ, Joan; RIBA I FERRER, Josep (Dir.); FARNÓS I AMORÓS, Esther (Coord.), *Comentari al llibre sisè del Codi civil de Catalunya. Contractes amb finalitat transmissora i sobre activitat aliena*, Barcelona, Atelier, 2021, p. 373.
- 53 GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos, «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 del Codi civil de Catalunya: anàlisi del Projecte de llei. Materials de les Divuitenes Jornades de Dret català a Tossa*, Documenta Universitaria, Girona, 2015, p. 129.
- 54 Alguns exemples en la jurisprudència de la Sala Primera del TS espanyol es poden trobar a GÓMEZ LIGÜERRE, «Remedios del comprador...», p. 123-126. Vegeu també la SAP Barcelona, 4a, 195/2021, 19.3.2021 (ECLI:ES:APB:2021:2645; MP: Marta Dolores del Valle Garcia), que en el FJ 3r compara les accions derivades per incompliment contractual *aliud pro alio* i les accions redhibitòries per vicis ocults en relació amb l'existència d'aluminosi en un immoble. Tot i que per raons temporals el Llibre sisè no resulta d'aplicació (el contracte de compravenda discutit és de 2015), l'AP Barcelona es serveix de l'art. 621-37 CCCat per reforçar la seva argumentació.

Amb el Llibre sisè, Catalunya culmina en el seu dret civil propi aquest procés i aplica el mateix patró de responsabilitat objectiva del venedor tant a la conformitat material com a la conformitat jurídica,⁵⁵ abstenint-se en termes generals de consideracions relatives a la culpa del venedor que duu a terme la prestació no conforme. Ara bé, la regla no és absoluta i varis preceptes incorporen elements d'imputació subjectiva (significament, els art. 621-25 «ocultació dolosa, negligència greu (del venedor)...» i 621-26 «...sempre que (el venedor) l'hagi advertit expressament dels perills i les conseqüències que se'n puguin derivar»⁵⁶

En cas d'incompliment de les obligacions de l'altra part, comprador i venedor poden (art. 621-37.1 CCCat):⁵⁷

- a) Exigir el compliment específic, que en el cas del comprador inclou la reparació o la substitució del bé no conforme.
- b) Suspendre el pagament del preu o, en el cas del venedor, el compliment de les seves obligacions.
- c) Resoldre el contracte.
- d) Reduir el preu, en el cas del comprador.
- e) Reclamar la indemnització per danys i perjudicis.

El precepte també permet a la part perjudicada acumular tots els remeis que no siguin incompatibles i, en tot cas, acumular-los a la indemnització per danys i perjudicis (art. 621-37.2 CCCat). Els remeis es desenvolupen en els següents art. 621-38 (compliment específic),⁵⁸ 621-39 (suspensió del compliment de l'obligació),⁵⁹ 621-40 (reducció del preu i resolució del contracte per manca de conformitat), 621-41 (reducció del preu i càlcul) i 621-42 CCCat (resolució del contracte).⁶⁰ Així, el comprador o venedor que

55 ARROYO AMAYUELAS, «Article 621-30...», p. 327.

56 ANDERSON, «Article 621-37...», p. 377.

57 Aquest precepte ha estat modificat lleugerament pel Decret llei 27/2021, afegint -hi algun matis o incís.

58 Modificat en l'apt. 2 (que ara és el 7) i extensament ampliat.

59 Anterior art. 621-40 CCCat. L'anterior art. 621-39 CCCat preveia la correcció a iniciativa del venedor, ara eliminada.

60 El vigent art. 621-40 CCCat apareix *ex novo*. L'anterior art. 621-41 és ara el nou art. 621-42 CCCat, i l'anterior art. 621-42 CCCat és ara el nou art. 621-41 CCCat.

pretengui exercitar algun dels remeis haurà de triar d'entre els anteriors el que més el satisfaci (o una combinació compatible entre ells), en funció de l'incompliment pel que demandi i del contingut de cada remei.⁶¹ Tanmateix, el principi de rogació que presideix el procés civil (art. 218.1.I LEC)⁶² queda matissat per a la compravenda de consum, on el jutge pot concedir d'ofici la reducció del preu per manca de conformitat encara que el comprador perjudicat hagués sol·licitat la resolució del contracte (STJUE 3.10.2013, C-32/12, *Duarte Hueros*).⁶³

L'art. 621-43 CCCat conté la referència explícita als remeis en cas de manca de conformitat jurídica de l'art. 621-30 CCCat i faculta al comprador afectat a accionar els mateixos dels que disposa en cas de manca de conformitat material (art. 621-37 CCCat), el que constitueix una darrera mostra del tractament unitari de la conformitat.⁶⁴

Per últim, l'art. 621-44 CCCat estableix un termini de tres anys per a l'exercici de les accions i pretensions reconegudes en la subsecció cinquena (apt. 1). Per als supòsits de manca de conformitat, el *dies a quo* el marca el moment en què el comprador coneix o pot conèixer la manca de conformitat (apt. 3). Aquest termini, que és de prescripció, s'havia de conjuminar amb el termini únic biennal de garantia previst en l'original art. 621-29 CCCat, també inspiració directa del dret de consum, dins el qual s'havia de manifestar la manca de conformitat material, a comptar des del moment del lliurament del bé (si hi havia manca de conformitat jurídica el venedor responia sempre), i amb el de notificació tempestiva de la manca de conformitat de l'art. 621-28 CCCat.⁶⁵

61 GÓMEZ LIGÜERRE, «Remedios del comprador...», p. 129.

62 Llei 1/2000, de 7 de gener, d'Enjudiciament Civil (BOE núm. 7, 8.1.2000).

63 ECLI:EU:C:2013:637. La doctrina emanada d'aquesta sentència es procura recollir en els nous art. 621-40 i 621-42 CCCat.

64 Noteu que la reforma operada pel Decret llei 27/2021 ha fet decaure l'apt. 2 de l'art. 621-43 CCCat.

65 ANDERSON, Miriam, «Article 621-44. Terminis d'extinció dels remeis», a: EGEA I FERNÁNDEZ, Joan; RIBA I FERRER, Josep (Dir.); FARNÓS I AMORÓS, Esther (Coord.), *Comentari al llibre sisè del Codi civil de Catalunya. Contractes amb finalitat transmissora i sobre activitat aliena*, Barcelona, Atelier, 2021, p. 430-435. Sobre la naturalesa del termini, vegeu també GÓMEZ LIGÜERRE, «Remedios del comprador...», p. 150-152; i EGEA I FERNÁNDEZ, Joan; RIBA I FERRER, Josep, *Codi civil de Catalunya i legislació complementària, amb notes de concordança i jurisprudència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya i de les Audiències Provincials*, Barcelona, Atelier, 2021, p. 605.

3. Controvèrsies sobre la llei aplicable

Abans d'entrar en el tractament jurisprudencial que encara pròpiament la matèria de la conformitat, cal assenyalar un primer conjunt de sentències en què o bé sorgeix algun tipus de dubte respecte de la llei que era aplicable o bé directament s'aplica un règim jurídic que no era el que pertocava per resoldre la qüestió de fons, a voltes sense que hi hagi una raó jurídica que ho justifiqui.

Una qüestió prèvia que cal resoldre per poder aplicar la legislació substantiva catalana de la compravenda és determinar quan efectivament és d'aplicació. Com estableixen els art. 14.1 EAC i 111-3.1 CCCat: «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». Per tant, el dret civil de Catalunya s'aplica com a *lex fori*, és a dir, és «la normativa immediatament aplicable pels tribunals establerts a Catalunya (art. 30 i seg. LOPJ) i, alhora, aplicable *prima facie*, llevat de les excepcions del dret interregional o internacional privat»,⁶⁶ amb preferència a qualsevol altre (art. 111-5 CCCat). Només s'aplicarà un dret diferent del català si així ho determinen els convenis o tractats internacionals (per al que ens interessa, paradigmàticament la CISG) o les normes de conflicte, ja siguin internacionals (art. 10.5 CCesp, 67 TRLGDCU i el Reglament Roma I)⁶⁷ o interregionals (apt. 5 i 10 de l'art. 10 CCesp, per reemissió de l'art. 16.1 CCesp).⁶⁸ En aquest sentit, l'art. 10.5 CCesp estableix quatre criteris de prelación per determinar la llei aplicable a les obligacions contractuals: 1) en primer lloc, la llei a què les parts s'hagin sotmès expressament, sempre que tingui alguna connexió amb el negoci de

L'art. 621-29 CCCat ha patit una afectació profunda arrel del Decret llei 27/2021. El termini de garantia ara és de tres anys, i es troba en l'art. 621-23.1 CCCat. El nou art. 621-29 estableix ara que el comprador ha de notificar i descriure al venedor sense dilació indeguda qualsevol manca de conformitat del bé.

66 BADOSA COLL, Ferran, «El caràcter de dret comú del Codi civil de Catalunya», *Revista Catalana de Dret Privat*, núm. 8, 2007, p. 32. Vegeu també la SAP Tarragona, 3a, 386/2020, 22.10.2020 (ECLI:ES:APT:2020:1356; MP: Luis Rivera Artieda), amb cita de les STSJC, Civil i Penal, 22/2019, 14.3.2019 (ECLI:ES:TSJCAT:2019:2158) i 93/2016, 14.11.2016 (ECLI:ES:TSJCAT:2016:8306).

67 Reglament (CE) núm. 593/2008 del Parlament Europeu i del Consell de 17 de juny de 2008 sobre llei aplicable a les obligacions contractuals (Roma I) (DOUE L 177/6, 4.7.2008).

68 EGEA I FERNÁNDEZ, «Article 621-1...», p. 58.

què es tracti; 2) en defecte de l'anterior, la llei nacional comú de les parts; 3) en defecte de l'anterior, la llei de la residència habitual comú de les parts; i 4) en defecte de l'anterior, la llei del lloc de celebració del contracte.

Tanmateix, les normes de determinació del dret aplicable no esgoten les limitacions per a que els tribunals es pronuncin aplicant dret català. Hi cal sumar les exigències imposades per la normativa processal, de manera que la forma com les parts configuren la causa petitòria en el procediment també pot impedir l'aplicació del CCCat en supòsits en què, si més no, es podria haver valorat si corresponia. Precisament aquest és el cas de l'única sentència del Tribunal de Justícia de Catalunya que, fins a març de 2023, hagués permès a l'òrgan de cassació del dret civil català pronunciar-se sobre la regulació de la conformitat del Llibre sisè. Es tracta de la STSJC, Civil i Penal, 10/2021, 29.12.2020,⁶⁹ que resol un recurs presentat contra la SAP Girona, 2a, 22/2020, 20.1.2020.⁷⁰

Els fets objecte del litigi són els següents: compradors i venedors varen signar un contracte privat de compravenda d'un immoble propietat dels segons situat a Sant Feliu de Guíxols el 7.10.2017, que s'eleva a públic el 13.2.2018. Les parts van disposar en l'escriptura pública que la part venedora respondria de conformitat amb les normes del Llibre sisè del CCCat. El juliol de 2018 els compradors van demandar els venedors en exercici de l'acció de sanejament per vicis ocults de l'art. 1484 CCesp, al·legant que la finca tenia aluminosi i sol·licitant la rescissió del contracte amb la devolució del preu pagat, més les despeses inherents a la compra (art. 1486 CCesp). La part demandada s'hi va oposar al·legant que el vici existent no feia la cosa impròpia per al seu ús i que, a més, els compradors havien renunciat a l'acció de sanejament a l'emptra de l'art. 1485 CCesp quan varen acceptar la manifestació de la part venedora segons la qual l'edifici no havia passat la inspecció tècnica obligatòria. Cap de les parts va fer cap esment al CCCat en les respectives al·legacions. La sentència de primera instància, aplicant el CCesp, va estimar íntegrament la demanda en considerar acreditada l'existència i gravetat dels vicis ocults invocats i en no apreciar la causa d'exoneració. La part demandada va decidir recórrer i va al·legar en segona instància, com a qüestió nova, la infracció de la llei aplicable a la responsabilitat del venedor. Fent valdre que el Llibre sisè havia entrat en vigor l'1 de gener de 2018, sostenia que l'aplicació dels art. 621-24 (manifestacions prèvies del venedor), 621-25 (coneixement de la manca

69 ECLI:ES:TJSCAT:2020:11720; MP: Maria Eugènia Alegret Burgués.

70 ECLI:ES:APGI:2020:106; MP: Maria Isabel Soler Navarro.

de conformitat pel comprador), 621-26 (manca de conformitat imputable al venedor) i 621-28 (notificació i coneixement de la manca de conformitat pels venedors) hauria de dur a la desestimació de la demanda. L'Audiència Provincial de Girona va considerar que la normativa aplicable al contracte de compravenda era el CCesp perquè era el dret aplicable a octubre de 2017, que és quan es va perfeccionar el contracte amb l'acord privat de compravenda (art. 1450 CCesp), i va confirmar la resolució del jutjat de primera instància. La SAP només fa un breu incís en el fet que la part demandada no va al·legar les normes del CCCat en la seva contestació a la demanda i, *obiter dicta*, considera que si s'apliqués el CCCat la solució hagués estat la mateixa (FFJJ 2n i 3r). La part condemnada insisteix en els seus arguments en cassació: que s'havia d'aplicar el CCCat perquè les parts així ho van disposar en l'escriptura pública i perquè el contracte es va concloure el febrer del 2018, quan el Llibre sisè ja estava en vigor.

En la seva sentència el TSJC exposa que no pot ni tan sols pronunciar-se sobre si el CCCat és aplicable al cas i declara de pla la inadmissibilitat del recurs basant-se en impediments processals (FJ 3r). Així, desenvolupa extensament la pinzellada introduïda per l'Audiència i, recollint l'abundant jurisprudència del Tribunal Suprem espanyol sobre la delimitació de l'àmbit de discussió jurídica en cassació, considera que no es poden suscitar en aquesta alçada (ni tampoc en apel·lació) qüestions noves no aparegudes en la primera instància. Interpretant l'art. 218.1 LEC,⁷¹ el tribunal no pot aplicar el principi *iura novit curia*, perquè:

«(...) [L]’aplicació del llibre VIè del CCCat modifica els termes del debat tal com van quedar plantejats en el moment processal adequat, amb indefensió de l'altra part que no va poder al·legar en audiència prèvia el que tingués per convenient sobre les qüestions ara controvertides ni adaptar la seva activitat probatòria a les noves al·legacions. (...)

[H]a de distingir-se entre els casos en què els supòsits de fet portats al procés per les parts coincideixen plenament amb el que descriu la norma jurídica no

71 «Les sentències han de ser clares, precises i congruents amb les demandes i amb la resta de pretensions de les parts, deduïdes oportunament en el plet. Han de fer les declaracions que aquelles exigeixin, que condemnin o absolguin el demandat i han de decidir tots els punts litigiosos que hagin estat objecte del debat. El tribunal, sense apartar-se de la raó petitària acudint a fonaments de fet o de dret diferents dels que les parts hagin volgut fer valer, ha de resoldre d'acord amb les normes aplicables al cas, encara que no hagin estat esmentades o al·legades encertadament pels litigants.»

invocada per elles, d'aquelles altres en què aquesta coincidència no existeix, ja que en aquests, aplicar la norma omesa pels litigants, encara que fos l'adequada, significaria apartar-se del fonament històric de la raó petitòria identificada per aquells, amb indefensió per a [alguna de les parts] davant el que constitueix una qüestió nova o no plantejada en el moment oportú.

Això és el que passa en aquest cas, ja que el component fàctic integrat en les normes jurídiques invocades en el recurs de cassació no coincideix exactament amb el que preveu l'article 1484 del CC[esp] en què es va fonamentar la demanda, la contestació a aquesta i l'activitat probatòria. (...) En definitiva, per interessant que jurídicament pogués ser en abstracte el recurs de cassació, el cert és que les qüestions que s'hi suscitaven no podrien ser resoltes per aquesta Sala sense causar indefensió a l'altra part».

En atenció a això, per a que els tribunals catalans apliquin el Llibre sisè no només caldrà que el dret civil català sigui l'efectivament aplicable entre les parts segons les normes de conflicte, sinó que també serà necessari que les parts l'hagin al·legat o, si no ho han fet, que el tribunal el pugui aplicar d'ofici perquè hi ha un concurs ideal de normes i, per tant, el fet de fonamentar la decisió en el CCCat no varia l'objecte del debat judicial.⁷²

És a la llum d'aquestes consideracions que s'ha d'analitzar la gens menyspreable xifra de 33 sentències d'Audiències Provincials catalanes en què s'ha detectat que, d'alguna manera, afloren aquestes qüestions. A efectes analítics s'han agrupat en cinc categories diferents, en funció del règim legal en el que les parts basen les seves pretensions i del dret que aplica el tribunal d'apel·lació per resoldre el litigi.

a) Sentències en què les parts al·leguen les normes del règim de sanejament per vicis ocults del CCesp quan, per raó temporal, era aplicable el règim de la conformitat del CCCat, i el tribunal d'apel·lació resol aplicant el CCesp.

SAP Lleida, 2a, 80/2022, 1.2.2022.⁷³ segueix plenament l'exposada STSJC 10/2021, que cita. En substància els fets són semblants: s'exerceix pels compradors l'acció estimatòria de l'art. 1486 CCesp per vicis ocults (en aquesta ocasió, una plaga de corc) apareguts en un immoble que s'havia venut en data 28.5.2018. Es reclama un import coincident amb el de la reparació dels vicis al·legats. Al marge de la solució al cas concret, és d'interès que l'Audiència de Lleida precisa (FJ 5è):

72 Vegeu ORMAZABAL SÁNCHEZ, Guillermo, *La vinculación del juez a la calificación jurídica de la demanda*, Barcelona, Marcial Pons, 2007, p. 72-76.

73 ECLI:ES:APL:2022:87; MP: Ana Cristina Sainz Pereda.

«(...) [L]a “falta de conformidad” y los “remedios” que se establecen en el Libro VI CCCat guardan paralelismo (en lo esencial y en los efectos que aquí nos ocupan) con la regulación del saneamiento por vicios ocultos y las acciones redhibitoria y estimatoria o *quantū minoris* previstas en los arts. 1484 y 1486 CC, por lo que a tenor de las circunstancias fácticas concurrentes en este caso y del resultado que ofrecen las pruebas practicadas, podría entenderse que la consecuencia jurídica vendría a ser la misma, sin perjuicio de destacar que la regulación autonómica no es exactamente la misma que la prevista en la normativa estatal.

No obstante, la resolución del recurso de apelación se ha efectuado atendiendo a los concretos términos en que se ha planteado la controversia tanto en primera instancia como en esta alzada (conforme a los arts. 1484 y 1486 CC[esp]) puesto que la parte actora no ha invocado en ningún momento la regulación prevista en el Libro VI del Código Civil de Cataluña (únicamente en fase de conclusiones y resumen de prueba aludió al deber de información por parte del vendedor previsto en el art. 621-7 CCCat), sin que en este ámbito resulte de aplicación el principio *iura novit curia*, debiendo seguir en relación con esta cuestión el criterio mantenido por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en la sentencia de 29 de diciembre de 2020 (nº 10/2021) en la que se analiza precisamente esta disyuntiva (...).

La SAP Girona, 2a, 266/2022, 15.6.2022,⁷⁴ manté un raonament semblant, tot i que més tàcit. Aquí el comprador exerceix acció resolutòria per incompliment greu d'una obligació essencial i, alternativament, acció redhibitòria per vicis ocults en relació amb unes deficiències greus (estat molt precari de la coberta, humitats i filtracions d'aigua) manifestades en posteritat a la compravenda celebrada en algun moment del primer semestre de 2020. L'Audiència aclareix que la normativa d'aplicació al cas hauria de ser la del Llibre sisè del CCCat. Cita en aquets punt la SAP Lleida, 2a, 80/2022, però només el primer paràgraf que hem transcrit («[L]a “falta de conformidad” y los “remedios” que se establecen en el Libro VI CCCat guardan paralelismo...»), i assenyala com a exemple de la diferència entre els dos règims legals el deure d'informació precontractual de l'art. 621-7 CCCat. Tanmateix, no fa cap més consideració en relació amb el fet que no pot resoldre aplicant les normes de dret civil català perquè s'ha de constreñer al marc legal disposat per les parts en les seves al·legacions inicials, i passa a resoldre basant-se en la doctrina *aliud pro alio* per a vicis ocults en immobles desenvolupada pel Tribunal Suprem a partir dels art. 1124 i 1166 CCesp.

74 ECLI:ES:APGI:2022:732; MP: Maria Isabel Navarro Soler.

b) Sentències en què la part actora al·lega les normes del règim de sanejament per vicis ocults, la part demandada s'hi oposa i respon que la normativa aplicable era el CCCat i el tribunal d'apel·lació resol aplicant el règim de la conformitat del CCCat.

SAP Lleida, 2a, 698/2021, 9.11.2021:⁷⁵ compravenda de data 11.6.2019 de vehicle de segona mà celebrada a Lleida, entre dos particulars amb residència habitual en territoris amb dret civil diferent. El comprador pretén la resolució contractual per vicis ocults (necessitat de canviar l'oli massa freqüentment i danys en el motor) emparant-se en el CCesp; el venedor contesta oposant-s'hi en base a diversos preceptes del CCCat. La sentència de primera instància estima l'acció però la transforma en una de conformitat d'acord amb la normativa civil catalana. L'Audiència aprofundeix en aquest punt i determina que el dret aplicable és el del CCCat acudint al darrer criteri de l'art. 10.5 CCesp. En absència de submissió expressa, tenint en compte que en el judici no es va practicar prova sobre el veïnatge civil de les parts, i considerant que ambdues no tenen residència habitual comuna, la llei aplicable és la del lloc de celebració del contracte.

SAP Barcelona, 1a, 570/2022, 2.12.2022:⁷⁶ compravenda d'immoble de data 25.9.2018. Dos mesos després, amb les pluges de la tardor, es fan patents una sèrie de patologies consistents en filtracions, fissures, esquerdes i zones bufades en varis elements de la construcció, de les quals els compradors no varen ser informats abans de l'adquisició, i exerceixen l'acció *quanti minoris*. La part demandada s'hi oposa negant la major i, a més, al·lega que no s'havia procedit ni a l'examen del bé (art. 621-27 CCCat) ni a la notificació al venedor de la manca de conformitat (art. 621-28 CCCat) per a que pogués corregir-la. La contestació a la demanda fonamentada en el CCCat habilita l'Audiència a poder resoldre el cas aplicant les regles del CCCat sobre conformitat, com ja havia fet el jutge de primera instància. A més, expressa que en aquest cas la pretensió de l'actora sota el CCesp coincideix plenament amb la normativa civil catalana. En aquest sentit, és rellevant la següent asseveració de la resolució d'apel·lació (FJ 2n):

«(...) [P]ara determinar si lo que pidieron los actores podían haberlo pedirlo también al amparo de la regulación catalana —que es, en definitiva, la que resulta de aplicación—, más que atender a la acción que dijeron ejercitar hay que acudir a su concreta pretensión, y ésta no fue otra que la de que se le pagara el importe

75 ECLI:ES:APL:2021:908; MP: Beatriz Terrer Baquero.

76 ECLI:ES:APB:2022:12733; MP: Amelia Mateo Marco.

de la reparació de los defectos que ellos calificaron como “vicios ocultos” de la vivienda que habían adquirido, lo que podría encuadrarse en la reclamación de daños y perjuicios prevista en el art. 621-37.1.e) CCCat, por lo que la sentencia que decida sobre dicha pretensión con arreglo al principio *iura novit curia* no incurrirá en incongruencia alguna (art. 218.1.II LEC)».⁷⁷

c) SAP Girona, 2a, 182/2022, 2.5.2022,⁷⁸ en què la part actora al·lega les normes del règim de la conformitat del CCCat i el tribunal d'apel·lació resol aplicant el règim de l'incompliment del CCesp, que és el que corresponia per raó temporal.

El cas té origen en una compravenda d'una piscina celebrada en data 17.1.2017, amb entrega del bé el dia 24.3.2017. Apareixen durant el 2018 problemes amb l'estanqueïtat del recipient. Els compradors interposen demanda exigint el compliment específic de l'obligació (la reparació o substitució de la cosa, s'entén) i una indemnització per danys i perjudicis, a l'empara dels articles corresponents del CCCat. L'Audiència identifica que la llei aplicable és el CCesp, atès que la disposició transitòria primera de la Llei 3/2017 estableix que «[l]es normes del llibre sisè del Codi civil de Catalunya que regulen el contracte de compravenda i de permuta s'apliquen als contractes conclusos a partir de l'entrada en vigor d'aquesta llei», i reconduïx les accions a través dels art. 1124 i 1101 CCesp, sense que això suposí una modificació de l'objecte de la controvèrsia.

d) Sentències en què les parts al·leguen les normes del règim de sanejament per vicis ocults del CCesp o el règim de la conformitat del TRLGDCU i el tribunal d'apel·lació resol aplicant el règim de la conformitat del CCCat.

SAP Barcelona, 14a, 140/2022, 10.3.2022:⁷⁹ compravenda de data 23.3.2018 d'un immoble situat en un pis entresòl a Barcelona. Mesos més tard els compradors demanden els venedors per vicis ocults, consistents en taques d'humitat amagades sota l'empaperat, embús del pati de l'entresòl

77 En el mateix sentit, tot i que sense desplegar cap mena d'argumentació, les SAP Girona, 2a, 169/2022, 26.4.2022 (ECLI:ES:APGI:2022:526; MP: Joaquim Miquel Fernández Font) i 294/2022, 29.7.2022 (ECLI:ES:APGI:2022:801; MP: Joaquim Miquel Fernández Font). En aquesta darrera també s'esmenta el TRLGDCU conjuntament amb el CCesp, tot i que genèricament i sense clarificar els preceptes sobre els que es discuteix.

78 ECLI:ES:APB:2022:603; MP: Maria Isabel Soler Navarro.

79 ECLI:ES:APB:2022:2972; MP: Guillermo Eduardo Arias Boo.

de l'edifici al qual pertany, males olors derivades de l'estat la xarxa de desguàs del mateix immoble i sorolls per l'incorrecte aïllament acústic del fals sostre d'un local de la planta baixa, on hi havia un bar, i per la qual cosa exerceixen l'acció *quantum minoris*. La sentència de primera instància estima parcialment dins el marc legal suggerit per la demanda. L'Audiència Provincial entén que la llei aplicable és CCCat, perquè, en absència de submissió expressa, presumeix que ambdues parts tenen veïnatge civil català i residència habitual a Catalunya, i hi canalitza totes les al·legacions com si d'un concurs ideal de normes es tractés. Així, sosté que la pretensió dels demandants té cabuda en l'art. 621-42 CCCat (remei de la reducció del preu), i que els compradors fan constar en la demanda que tan bon punt es van adonar dels defectes de l'habitatge que havien adquirit van comunicar al venedor la seva manca de conformitat amb el seu estat (pressupòsit de l'art. 621-28 CCCat). Respecte de les dues primeres incidències, resol que no són indemnitzables perquè ja han estat reparades pels venedors i per la comunitat de propietaris, respectivament. Respecte de les dues darreres incidències, el tribunal afirma que, prenent en consideració els criteris de l'art. 621-20 CCCat, no afecta a la conformitat del bé perquè «ni han impedit fer servir l'habitatge afectat de conformitat amb la seva destinació, ni han dut aparellada una repercussió significativa sobre les qualitats que s'han de prendre en consideració en una avaluació del seu preu de mercat». El tribunal *ad quem* revoca la decisió de primera instància i desestima la demanda.

Realitza la mateixa argumentació sobre la llei aplicable la posterior SAP Barcelona, 14a, 675/2022, 24.11.2022,⁸⁰ sobre una compravenda de data 3.4.2018 d'un immoble situat a Olesa de Montserrat, en què s'al·leguen vicis ocults per l'estat de la terrassa, que necessitava un arranjament. A la vista de la valoració de la prova, l'Audiència considera que els compradors conegueren i acceptaren la manca de conformitat (art. 621-25.1 CCCat).

SAP Barcelona, 1a, 115/2022, 10.3.2022:⁸¹ compravenda de motocicleta de segona mà en data 25.4.2018 entre dos particulars amb domicili a Barcelona, lloc on també es celebra el contracte. La part actora fonamenta la seva pretensió resolutòria en el règim de sanejament per vicis ocults, la part demandada s'hi oposa confiant en el mateix règim i el jutjat de primera instància resol aplicant el CCesp. L'Audiència de Barcelona, però, resol el

80 ECLI:ES:APB:2022:14056; MP: Guillermo Eduardo Arias Boo.

81 ECLI:ES:APB:2022:2757; MP: Isabel Adela García de la Torre Fernández.

recurs d'apel·lació aplicant el CCCat. A més, exposa a bastament el règim de la conformitat del Llibre sisè, afirmant (FJ 2n):

«(...) siendo que en este punto reemplaza al concepto conocido [de] “saneamiento por evicción” o al “saneamiento por los defectos o gravámenes ocultos” que se recoge en la normativa estatal. Es decir, en Cataluña desaparece el concepto jurídico de “saneamiento por vicios ocultos” y es substituido por el concepto de “conformidad en el contrato”; en este sentido, por ejemplo, en caso de compraventa de un vehículo la falta de conformidad podría ser cualesquiera avería que presentase el coche y que por antigüedad y kilometraje y por la propia oferta que realizó el vendedor no debería haber presentado esa avería o sustitución de pieza, siendo necesario poder acreditar que el defecto era anterior a la venta».

Es repeteix literalment la mateixa argumentació en la posterior SAP Barcelona, 1a, 377/2022, 30.6.2022,⁸² en què la part actora sol·licita la resolució d'una compravenda de vehicle de segona mà celebrada a Sant Martí Sarroca (Alt Penedès) en data 7.1.2019, més una indemnització per danys i perjudicis, en base als art. 114 i seg. TRLGDCU, i l'Audiència indica que la normativa aplicable al cas és el CCCat.

En la més recent SAP Barcelona, 13a, 32/2023, 23.1.2023⁸³ s'hi afegeix un fet nou respecte dels altres casos aquí ressenyats: la part demandant exerceix acció estimatòria de sanejament per vicis ocults d'un immoble situat a Ciutadella de Menorca, objecte d'una compravenda en data 11.2.2019. Tot i que l'objecte de la compravenda és un bé immoble situat fora de Catalunya, l'acció que s'exerceix és de caràcter personal i, per tant, la llei aplicable a les obligacions contractuals s'haurà de determinar conforme els criteris de l'art. 10.5 CCesp. Així, per al cas, en defecte de submissió expressa, i davant el desconeixement de si les parts tenen el mateix veïnatge civil, l'escriptura de compravenda revela que venedora i compradors resideixen a Catalunya (tercer criteri), i es reconduex el debat a través del Llibre sisè del CCCat.

Els casos que es plantegen inicialment com a infraccions del deure de sanejament per vicis ocults del CCesp i es resolen segons l'obligació de conformitat del CCCat són nombrosos, especialment en relació amb la compravenda d'immobles. Formen part també d'aquesta sèrie les següents resolucions: SAP Girona, 2a, 234/2021, 2.6.2021;⁸⁴ SAP Barcelona, 1a,

82 ECLI:ES:APB:2022:6765; MP: Isabel Adela García de la Torre Fernández.

83 ECLI:ES:APB:2023:493; MP: María Pilar Ledesma Ibáñez.

84 ECLI:ES:APGI:2021:628; MP: Joaquim Miquel Fernández Font.

594/2021, 15.10.2021;⁸⁵ SAP Girona, 2a, 443/2022, 27.10.2022;⁸⁶ SAP Girona, 1a, 5/2022, 5.1.2022;⁸⁷ SAP Barcelona, 19a, 257/2022, 8.4.2022;⁸⁸ SAP Barcelona, 19a, 267/2022, 28.4.2022;⁸⁹ SAP Barcelona, 1a, 277/2022, 23.5.2022;⁹⁰ SAP Barcelona, 4a, 254/2022, 30.5.2022;⁹¹ SAP Barcelona, 4a, 337/2022, 29.6.2022;⁹² SAP Barcelona, 13a, 504/2022, 18.11.2022;⁹³ SAP Barcelona, 4a, 551/2022, 28.11.2022;⁹⁴ SAP Barcelona, 13a, 26/2023, 19.1.2023.⁹⁵

e) Sentències en què les parts al·leguen les normes del règim de la manca de conformitat del TRLGDCU i el tribunal d'apel·lació resol aplicant-les quan, per raó temporal i contingut de les al·legacions i les normes jurídiques, hauria d'haver resolt aplicant el règim de la conformitat del CCCat.

SAP Barcelona, 17a, 228/2022, 28.4.2022:⁹⁶ compravenda de data 27.3.2018 de vehicle usat. Amb l'entrega de la documentació del vehicle la compradora s'adona que procedia de lloguer sense conductor i no de gerència, com li havia indicat el venedor. Sol·licita substitució del bé i, subsidiàriament, resolució del contracte i restitució de prestacions. La discussió gira entorn del supòsit de fet que permet l'aplicació de l'art. 116 TRLGDCU, en la redacció anterior al Reial Decret-Llei 7/2021:⁹⁷ l'actora es queixa que no se la va informar sobre l'ús anterior del vehicle, però no al·lega cap inadequació total o parcial del producte adquirit a les condicions d'ús normals (no consten avaries ni que la qualitat o prestacions de l'automòbil

85 ECLI:ES:APB:2021:11947; MP: Amelia Mateo Marco.

86 ECLI:ES:APGI:2022:1326; MP: Joaquim Miquel Fernández Font.

87 ECLI:ES:APGI:2022:11; MP: Carles Cruz Moratones.

88 ECLI:ES:APB:2022:4198; MP: María Asunción Claret Castany.

89 ECLI:ES:APB:2022:4749; MP: María Asunción Claret Castany.

90 ECLI:ES:APB:2022:6455; MP: Maria Dolors Montolió Serra.

91 ECLI:ES:APB:2022:6003; MP: Francisco de Paula Puig Blanes.

92 ECLI:ES:APB:2022:6290; MP: Francisco de Paula Puig Blanes.

93 ECLI:ES:APB:2022:12245; MP: Mireia Ríos Enrich.

94 ECLI:ES:APB:2022:14012; MP: Jordi Lluís Forgas Folch.

95 ECLI:ES:APB:2023:321; MP: Mireia Ríos Enrich.

96 ECLI:ES:APB:2022:4760; MP: Ana Maria Ninot Martínez.

97 «Conformidad de los productos con el contrato», assimilable als art. 621-20, 621-21 i 621-26 CCCat en la redacció original.

siguin diferents de les que es podria esperar d'un producte similar). Es podria haver resolt en el mateix sentit aplicant l'art. 621-20 CCCat.

SAP Lleida, 2a, 527/2022, 29.7.2022:⁹⁸ compravenda de motor usat d'un vehicle, concertada entre professional (un taller mecànic ubicat a Girona pertanyent a una empresa amb seu social a Sidamon, Pla d'Urgell) i consumidor resident a la ciutat de Girona, el març de 2019. L'AP aplica la presumpció de l'art. 123 TRLGDCU, que era la mateixa que la de l'art. 621-23.2 CCCat.⁹⁹ La demandant sol·licita devolució del preu abonat i indemnització per danys i perjudicis per un import equivalent al que li va costar que li muntessin el motor al seu vehicle, remeis també contemplats en l'art. 621-37 CCCat.

SAP Tarragona, 3a, 440/2022, 28.7.2022:¹⁰⁰ compravenda de data 24.4.2018 de vehicle usat entre professional i consumidor. L'endemà el comprador engega el cotxe i, durant el trajecte, queda aturat a la carretera. S'hi detecten nombroses avaries, la reparació de les quals ascendeix a un import quasi equivalent al preu que n'havia pagat just el dia abans. L'actor decideix revendre'l a un professional per un preu molt inferior i reclamar la diferència respecte del preu inicial que havia pagat al venedor. La sentència fa esment dels art. 121-1, 123-8, 242-2 i 251-5 CCons per donar suport a la fonamentació jurídica sobre la conformitat que duu a la condemna íntegra, però basa la *ratio decidendi* en el TRLGDCU quan es podria haver resolt aplicant el CCCat.

De forma similar, però sense ni tan sols esments al CCons, SAP Barcelona, 1a, 42/2022, 7.2.2022:¹⁰¹ compravenda de vehicle de segona mà de data 6.7.2018, que pateix al cap de poc temps una avaria en ruta. La part actora sol·licita la resolució del contracte amb devolució del preu

98 ECLI:ES:APL:2022:707; MP: Ana Cristina Sainz Pereda.

99 «En la compravenda de consum, es presumeix que la manca de conformitat posada de manifest en els sis mesos posteriors al lliurament del bé o a la completa instal·lació ja existia en aquell moment (...)». En el mateix sentit, l'anterior SAP Barcelona, 19a, 170/2021, 6.5.2021 (ECLI:ES:APB:2021:4947; MP: José Manuel Regadera Saenz). En canvi, en la SAP Barcelona, 16a, 301/2022, 20.6.2022 (ECLI:ES:APB:2022:6682; MP: Ramon Vidal Carou), també resolta aplicant l'art. 123 TRLGDCU, ja s'havia superat el període de garantia que permet presumir la manca de conformitat.

100 ECLI:ES:APT:2022:1483; MP: Joan Perarnau Moya.

101 ECLI:ES:APB:2022:1342; MP: Maria Dolors Portella Lluch. També en el mateix sentit la SAP Barcelona, 13a, 136/2022, 11.3.2022 (ECLI:ES:APB:2022:2602; MP: Mireia Ríos Enrich): compravenda de vehicle de segona mà d'1.10.2018, amb una avaria dins el període de garantia pactat d'un any.

abonat i una indemnització per dany moral, en base a l'art. 121 TRLGDCU en la redacció llavors vigent. La sentència de primera instància estima la demanda i concedeix la resolució del contracte, confirmada en apel·lació.

4. Grups de casos d'aplicació del règim de la conformitat del Llibre sisè

En aquest apartat s'analitzaran les 38 sentències dels tribunals civils d'apel·lació catalans que apliquen el règim de la conformitat del CCCat a diversos successos ocorreguts en compravendes celebrades en posterioritat a l'entrada en vigor de la Llei 3/2017. S'han classificat en quatre categories diferents: les tres primeres agrupen sentències que tracten sobre conformitat material, segons el bé objecte del contracte (21 per a béns immobles, 13 per a vehicles i 2 per a altres tipus de béns mobles); i l'última es refereix a problemàtiques de conformitat jurídica (2).

En el període temporal examinat, l'Audiència Provincial de Barcelona ha dictat 21 sentències sobre la qüestió (sis la Secció 1a, cinc la Secció 4a, una la Secció 11a, tres la Secció 13a, dues la Secció 14a, una la Secció 16a, dues la Secció 17a i una la Secció 19a); l'Audiència Provincial de Girona, 13 sentències (dues la Secció 1a i onze la Secció 2a); l'Audiència Provincial de Lleida, 3 sentències (totes elles per part de la Secció 2a); i l'Audiència Provincial de Tarragona n'ha dictat només 1 (Secció 3a).

La distribució d'aquestes resolucions per anys és la següent: el 2020, dues; el 2021, sis; el 2022, vint-i-set; i el 2023, tres.¹⁰²

Tot seguit es ressenyaran les sentències enquadrades dins la seva categoria corresponent exposant-ne els fets, la norma de dret aplicada i els remeis que s'hi vinculen. Atès el volum de resolucions per als dos primers grups de casos, s'han seleccionat les que es consideren més rellevants.¹⁰³

102 Les tres sentències de l'any 2023 corresponen totes al mes de gener. Com hem explicat a l'inici del treball, es pren en consideració el període 1.1.2018-31.3.2023. És habitual que hi hagi un decalatge d'entre dos i tres mesos entre que les Audiències dicten les sentències i aquestes estan disponibles en les bases de dades de jurisprudència.

103 Moltes d'elles ja s'han citat en l'epígraf tercer del treball. A fi i efecte d'evitar repeticions, les que ja hagin estat referenciades no comptaran amb peu de pàgina que les citi de nou.

4.1. Defectes en immobles

El primer grup el componen 21 sentències en què es posen de manifest problemes relatius a desperfectes o defectes en immobles. Totes elles es pronuncien sobre compravendes d'immobles de segona mà; no n'hi ha cap on es discuteixi la conformitat d'una obra nova. Significativament, molts dels supòsits s'havien plantejat per la part actora sota el règim de sanejament per vicis ocults del CCesp, i es reconduïxen cap a les normes del Llibre sisè del CCCat.¹⁰⁴

SAP Girona, 2a, 433/2020, 17.12.2020:¹⁰⁵ es tracta de la primera sentència identificada d'entre les dictades per les quatre Audiències Provincials que resol el cas aplicant el règim de la conformitat del CCCat. De la prova practicada en el judici resulta que l'immoble no s'ajustava a la qualitat que havia anunciat el venedor pel que fa al seu estat i correcte aïllament (art. 621-20 i 621-24 CCCat), i que el preu de la compravenda no havia estat condicionat pel seu sever estat de deficiència. Els problemes d'humitats i filtracions no es posen de manifest fins que els compradors prenen possessió de la finca i l'examinen sense mobiliari i armaris encastats, i també fins que no arriba l'època de pluges. L'abast dels problemes es revela en la seva plenitud quan s'inicien inicien les reformes de l'immoble per solucionar els primers defectes indicaris. La part compradora sol·licita la reducció proporcional del preu amb el cost de les obres de reparació dels danys existents, que s'estima parcialment (art. 621-42.2 CCCat).

SAP Girona, 2a, 234/2021, 2.6.2021: apareixen filtracions d'aigua en la coberta d'una masia situada a Guardiola de Berguedà que s'havia comprat el 31.1.2019 conjuntament amb altres construccions auxiliars i una extensió de terres d'unes 22 ha. Els defectes apareixen tres mesos després del lliurament, amb les pluges de la primavera, i obliguen a refer la teulada i la xemeneia. La discussió principal en apel·lació gira entorn de tres preceptes del Llibre sisè. En primer lloc, respecte de l'art. 621-28 CCCat, que regulava la necessitat de comunicació dels defectes, i en particular sobre l'apt. 3, s'afirma que s'ha d'interpretar en el sentit que la notificació de la manca de

104 Vegeu apt. 3.

105 ECLI:ES:APGI:2020:1825; MP: Jaume Masfarré Coll. La mateixa secció va dictar l'endemà la SAP Girona, 2a, 435/2020, 18.12.2020 (ECLI:ES:APGI:2020:1822; MP: Joaquim Miquel Fernández Font), en què considera acreditada la manca de conformitat per unes fuites d'aigua en una piscina que s'incloua en la compravenda d'una casa a Calonge (Baix Empordà) el 3.7.2018, i atorga també la reducció del preu sol·licitada.

conformitat per part del comprador no és preceptiva si el venedor la coneixia o no podia ignorar-la i no va revelar-la al comprador. En segon lloc, respecte de l'art. 621-25.1 CCCat, sobre l'exoneració de la responsabilitat del venedor en cas que el comprador conegui i assumeixi la manca de conformitat, es discuteix el nivell de diligència que havien de desplegar els compradors per esbrinar l'estat de la coberta durant la visita ocular prèvia a la venda, tenint en compte que quedava tapada per un fals sostre de fusta. L'habitatge havia obtingut la cèdula d'habitabilitat cinc mesos abans de la venda i la tècnica que havia visitat la finca i havia informat favorablement la seva concessió tampoc va veure l'estat de la teulada. Es raona que si una professional del sector no va poder detectar el defecte menys encara ho podia fer el comprador, que era una persona completament aliena al món de la construcció. D'aquesta manera l'Audiència elabora un paràmetre interpretatiu sobre l'estàndard de raonable ignorància del comprador respecte del coneixement de la manca de conformitat en el moment de cloure el contracte. Per últim, i acreditada la manca de conformitat, es concedeix com a remei la reducció del preu però per un import menor del sol·licitat per la part actora. Aquesta pretenia repercutir el cost de la substitució total de la coberta, el que implica un increment notable del valor de la finca que s'aparta del criteri sobre càlcul de la reducció de l'art. 621-42 CCCat. Aplicant aquest precepte, l'Audiència ho limita a l'equivalent al cost de les reparacions necessàries per solucionar els defectes.

SAP Barcelona, 1a, 594/2021, 15.10.2021: compravenda de data 15.1.2018 d'un immoble situat a l'Ametlla del Vallès. Es dona per provat que hi ha deficiències en la instal·lació de l'evacuació de l'habitatge consistents en l'obturgació del desguàs del vàter de la planta baixa per la presència d'arrels dels arbres situats dins la mateixa finca que l'habitatge, i deficiències en les derivacions del lavabo i la dutxa del primer pis, que es deuen a un incorrecte disseny i execució de la instal·lació. Aquestes deficiències comprometen les condicions de salubritat de l'immoble, el que fa que no tinguin les qualitats i prestacions habituals que el comprador podia esperar (art. 621-20.2, lletra a, CCCat). A més, tot i que la construcció datava de 1982 i s'havia reformat el 2016, la prova practicada contradiu la publicitat de l'agència immobiliària que l'anunciava dient que estava en perfecte estat per entrar-hi a viure sense necessitat de cap tipus d'obra. Aquesta manifestació contrarestadada constitueix també criteri per valorar la manca de conformitat (art. 621-20.2, lletres a, b i c, i 621-24 CCCat).

SAP Barcelona, 4a, 580/2021, 27.10.2021:¹⁰⁶ compravenda de data 5.12.2018 d'un immoble situat a Rubí, construït originàriament el 1957 i reformat el 1985. L'oferta de venda anunciava una casa «a reformar» i en el contracte d'arres s'assumia per la venedora el pagament dels honoraris d'un arquitecte per a que procedís a una revisió de l'estat de l'immoble. Així i tot, la compradora prefereix contractar una arquitecta a càrrec seu. Abans que la tècnica pugui enllestir l'informe, s'avança un mes la data d'atorgament de l'escriptura a sol·licitud de la mateixa compradora i es fa constar en el contracte que s'exonera els venedors de fer entrega del certificat relatiu al procediment d'inspecció, i també que la part compradora manifesta conèixer i acceptar l'estat físic i la situació urbanística de la finca. Finalment, l'informe tècnic emès amb posterioritat a l'atorgament de l'escriptura valora desfavorablement l'estat de conservació de la finca. La part compradora fonamenta la seva demanda en el fet que no se l'havia informat de l'estat de degradació tan avançat de la finca (filtracions d'aigua, corrosió, esquerdes, aluminosi, instal·lació elèctrica inadequada). L'Audiència considera que l'estat s'ajusta a la descripció feta pels venedors (casa «a reformar», *ex* art. 621-20.1.a CCCat) i que, a més, l'actitud de la compradora, avançant la data de la formalització pública i renunciant a conèixer l'informe que ella mateixa havia encarregat, fa que no es pugui al·legar que era raonable que ignorés la manca de conformitat (art. 621-25.1 CCCat).

La renúncia a l'obtenció del document d'inspecció tècnica de l'immoble juga també en contra de la compradora que al·lega manca de conformitat en la SAP Girona, 1a, 698/2022, 20.10.2022.¹⁰⁷ En aquest cas, a més, la compradora havia preguntat en diverses ocasions abans de la compravenda pel defecte que després denuncia i que era observable a simple vista durant les visites a l'immoble, de manera que es pot inferir que no el podia desconèixer (art. 621-25 CCCat).

SAP Barcelona, 4a, 487/2022, 27.10.2022:¹⁰⁸ compravenda de data 26.6.2018 d'un immoble situat a Barcelona, en què l'Audiència considera provat que els compradors no tenien per què conèixer que la finca presentava humitats per capil·laritat. És interessant en aquesta resolució la comparació que fa entre la regulació de la conformitat del CCCat i la dels vicis ocults del CCesp (FJ 3r):

106 ECLI:ES:APB:2021:12228; MP: Vicente Conca Pérez.

107 ECLI:ES:APGI:2022:1333; MP: Soraya María Callejo Carrión.

108 ECLI:ES:APB:2022:11054; MP: Marta Dolores del Valle García.

«(...) [L]a responsabilidad por vicios ocultos del art. 1484 ss. CC [esp] es objetiva, y basta la constatación de la existencia de los mismos para que se genere responsabilidad del vendedor, salvo que el comprador sea un perito que, por su profesión u oficio, debiera fácilmente conocerlos.

En cambio, en el CCC[at] no basta con que haya un vicio no manifiesto, sino que es necesario que su existencia suponga una disconformidad con lo vendido (art. 621-9). Esta regulación introduce la necesidad de comparar lo que es objeto de la compraventa con lo que efectivamente se entrega.

(...) Tengamos en cuenta el giro que utiliza el legislador al definir los supuestos en que no puede alegarse la falta de conformidad: que el comprador conozca los vicios, o que no pueda “ignorarlos” razonablemente. El conocer o no conocer comporta una cierta actitud proactiva por parte del adquirente; el no ignorar es un estadió más allá, no exige una actitud positiva, de investigación por parte del comprador. Creemos que el giro no es irrelevante acerca de cuál es la voluntad del legislador al referirse a los vicios ocultos de la cosa».

No obstant això, aquesta reflexió doctrinal troba una concreció difusa en l'aplicació de la llei al cas concret. Del material probatori reexaminat l'Audiència n'extreu la conclusió que els venedors varen garantir la conformitat del bé venut mitjançant l'entrega de determinada documentació (dos certificats de garantia). En conseqüència, al supòsit és aplicable la regla de l'art. 621-28.3 CCCat, i també la de l'art. 621-25.2 CCCat. La sentència d'apel·lació confirma la rebaixa de preu decretada en primera instància i la indemnització per danys morals per les greus afectacions en la vida dels compradors que ocasionen els problemes d'habitabilitat de la finca, fins el punt que va haver de ser desocupada (art. 621-42.3 CCCat).

SAP Barcelona, 1a, 277/2022, 23.5.2022: compravenda en data 23.4.2018 d'un immoble a Polinyà (Vallès Oriental), en què poc temps després s'adverteixen defectes com humitats, fissures, esquerdes i la presència de termites. En el contracte no consta cap menció a l'estat de l'habitatge, tret que el comprador coneixia i n'acceptava l'estat d'ús i conservació. El comprador va disposar de lliure accés a l'immoble abans de la venda i, per tant, va poder examinar-lo amb detall. De la pràctica de la prova se n'extreu que les humitats no li podien passar inadvertides perquè eren generalitzades i, per tant, els venedors no en responen (art. 621-25.1 CCCat). En canvi, un comprador sense coneixements tècnics especials o experiència anterior amb problemes de termites no podia detectar els carrils tèrmics. S'estima la reducció del preu només en relació amb les afectacions per les termites.

SAP Barcelona, 19a, 257/2022, 8.4.2022: examina igualment l'art. 621-25.1 CCCat, però en una direcció diferent. La compradora persegueix

la resolució del contracte per vicis ocults en un immoble de Barcelona que havia adquirit el 10.7.2018. Les sentències de primera i de segona instància coincideixen en què hi va haver ocultació dolosa o negligència greu de les venedores en no revelar els problemes estructurals greus en un edifici aixecat entre els anys 1910 i 1913 (art. 621-7, 621-24 i 621-25.1 CCCat). De forma diferenciada també respecte de totes les altres sentències ressenyades en aquest subapartat, s'estima la resolució sol·licitada de la compravenda (art. 621-41 CCCat), atès el fet objectiu d'un incompliment de les obligacions del venedor qualificable d'essencial, greu i d'entitat suficient perquè impedeix la intenció inicial del contracte i frustra les legítimes aspiracions i expectatives de la part que havia complert. L'Audiència construeix el remei resolutori per manca de conformitat en la compravenda sobre la jurisprudència que interpreta l'art. 1124 CCesp.

SAP Barcelona, 13a, 26/2023, 19.1.2023: compravenda d'un immoble situat a Barcelona entre una agència immobiliària i dos particulars. En el contracte d'arres de data 26.4.2019 es pacta un preu de 335.000 €. L'11.5.2019 una entitat de valoració d'immobles emet un certificat de taxació a efectes hipotecaris en què valora la finca en 379.291,33 €. Finalment l'immoble s'escriptura pel mateix import que en el contracte d'arres en data 5.7.2019. El 15.7.2019 un anàlisi determina l'existència de ciment aluminós en l'edifici. Tres taxacions posteriors rebaixen el preu de l'immoble substancialment (una del 5.12.2019: 250.000-260.000 €; dues del 23.12.2019: 283.766,54 € i 220.000 €, respectivament). Els compradors decideixen interposar demanda al·legant vicis ocults i exercint acció estimatòria contra la societat venedora per import de 51.233,46 €, que és la diferència entre el preu de la compravenda i la taxació de major import posterior al descobriment de l'aluminosi. Aquesta sentència suposa un gir respecte de les anteriors, perquè a la llum de les al·legacions de les parts l'Audiència pot posar en valor el caràcter objectiu de la responsabilitat del venedor. En apel·lació, la part venedora, que ha estat condemnada en primera instància, esgrimeix que desconeixia l'existència d'aluminosi en l'habitatge i que va actuar amb veracitat i bona fe en el procés de venda (art. 621-7 CCCat). Al respecte, l'Audiència clarifica (FJ 3r):

«(...) no es requisito de la acció aquí exercitada si la venedora conocía o no la existencia de aluminosis. Lo que se exige es que no lo conozca el comprador o que no pueda razonablemente ignorarlo en el momento de concluir el contrato. De la prueba practicada no se desprende que la parte compradora tuviera o hubiera podido tener conocimiento de la existencia de aluminosis en el edificio».

El fragment transcrit remet clarament a la literalitat de l'apt. 1 de l'art. 621-25 CCCat. Ara bé, atenent-nos a les circumstàncies personals de la societat venedora i dels compradors, la compravenda en qüestió s'ha de qualificar com de consum (art. 621-3 CCCat), de manera que hauria estat més correcte l'aplicació específica per a aquesta tipologia de compravenda de l'apt. 2 del mateix precepte, que encara objectiva més l'exigència de responsabilitat perquè fa desaparèixer l'element subjectiu també per al comprador, en establir que el venedor respon *sempre* de la manca de conformitat, llevat que el comprador la conegués i l'hagués acceptada expressament (és a dir, que hi ha d'haver una declaració de voluntat explícita d'acceptació de la manca de conformitat en el bé).

Aquesta resolució conté dues particularitats interessants més. Trasllada el criteri que havia orientat el percentatge d'estimació de l'acció *quantum minoris* de l'art. 1486 CCesp a l'acció de rebaixa del preu de l'art. 621-42 CCCat («cuya finalidad no va encaminada al resarcimiento de daños, sino a la equidad contractual»). Així, la SAP Barcelona, 13a, 316/2008, 21.5.2018,¹⁰⁹ havia entès que la depreciació mitjana d'un immoble ubicat en una finca amb aluminosi es pot quantificar entre un 15 i un 20 % del valor de mercat que tindria sense la patologia. L'import de rebaixa sol·licitat per l'actora suposa aproximadament un 15 % del preu de la compravenda, pel que considera que es tracta d'una quantitat justificada. En últim terme, és un exemple d'acumulació del remei d'indemnització per danys i perjudicis a la reducció del preu (art. 621-37.2 i 621-42.3 CCCat): s'estima la reclamació dels compradors de l'equivalent a les rendes de lloguer pagades des de la detecció de l'aluminosi fins a la finalització de les obres integrals de reforma.

Resolen també aspectes sobre la manca de conformitat material en compravendes d'immobles les següents resolucions: SAP Girona, 1a, 5/2022, 5.1.2022 (paviment del terra de gres trencat i aixecat per un problema de dilatació de la calefacció radiant, que obliga a canviar-lo sencer); SAP Barcelona, 14a, 140/2022, 10.3.2022;¹¹⁰ SAP Barcelona, 19a, 267/2022, 28.4.2022 (insuficiència probatòria sobre l'origen d'unes humitats per capil·laritat, que no es pot afirmar que es deguin a una filtració del terreny a conseqüència de la falta d'aïllament del forjat o aïllament deficient de terra i parets, de manera que no queda provat que la manca de conformitat

¹⁰⁹ ECLI:ES:APB:2008:5237; MP: Isabel Carriedo Mompin.

¹¹⁰ Vegeu apt. 3 *supra*, lletra d.

fos prèvia a la compravenda); SAP Barcelona, 4a, 254/2022, 30.5.2022, i 337/2022, 29.5.2022 (reducció de preu per biguetes aluminoses); SAP Girona, 2a, 387/2022, 27.9.2022¹¹¹ (insuficiència probatòria sobre l'existència de defectes ocults —humitats i filtracions— que puguin comportar manca de conformitat); SAP Barcelona, 13a, 504/2022, 18.11.2022 (coneixement de l'estat del sistema de climatització del comprador que havia viscut en un pis del mateix bloc que comptava amb el mateix sistema i que havia revisat les instal·lacions de l'immoble adquirit amb un arquitecte); SAP Barcelona, 14a, 675/2022, 24.11.2022;¹¹² SAP Barcelona, 4a, 551/2022, 28.11.2022 (manca de conformitat per vicis constructius preexistents i no manifestats per la venedora, consistents en humitats i filtracions, que generen uns danys no imputables a pluges torrencials en l'habitatge i que la fan inservible per al seu ús normal); SAP Barcelona, 1a, 570/2022, 2.12.2022 (les deficiències pròpies d'un immoble amb més de 35 anys d'antiguitat i sense reformar són esperables i, per tant, no constitueixen manca de conformitat, però sí les que excedeixen el desgast habitual, com ara humitats no observables a simple vista); i SAP Barcelona, 13a, 32/2023, 23.1.2023 (manca de conformitat per corrosió per oxidació en les bigues del forjat de l'edifici on s'ubicava l'immoble, que constitueix un defecte en els elements comuns sobre el qual la venedora no havia informat els compradors i que, per tant, no s'havia considerat en el preu de la compravenda).

4.2. Defectes en vehicles de segona mà

Aquest bloc agrupa sentències en què es discuteix la conformitat material en compravendes de vehicles de segona mà. Tampoc s'han trobat casos on el bé implicat sigui un vehicle nou acabat de sortir de la fàbrica i lliurat directament al comprador, com s'ha vist en l'apartat anterior. En varies ocasions les al·legacions de les parts solen contenir referències al règim de sanejament per vicis ocults, i en d'altres al règim de la conformitat del TRLGDCU.

SAP Barcelona, 16a, 170/2021, 22.4.2021;¹¹³ compravenda d'una motocicleta de la casa Montesa, model Impala, per a ser restaurada. La clàusula sisena del contracte exonerava el venedor de responsabilitat per

111 ECLI:ES:APGI:2022:1210; MP: Joaquim Miquel Fernández Font.

112 Vegeu apt. 3 *supra*, lletra d.

113 ECLI:ES:APB:2021:4163; MP: José Luis Valdivieso Polaino.

l'estat del vehicle, excepte dol o mala fe per la seva part. Malgrat això, el comprador interposa demanda al·legant manca de conformitat per certes deficiències (no tenia el sistema de frens de doble lleva, el far davanter no tenia la pintura original i presentava problemes amb el tipus de carburador) i sol·licita la resolució del contracte. Els testimonis que compareixen en judici declaren que els defectes al·legats eren perceptibles a simple vista, que l'actor era un motorista experimentat i que havia tingut tres motocicletes del mateix model anteriorment, i que se li va exhibir el bé mitjançant fotografies on també s'apreciaven els defectes i presencialment en un espai amb prou llum per identificar-los. La manca de conformitat material s'examina d'acord amb el que s'estableix en el contracte (art. 621-20.1.a CCCat): «(...) era una motocicleta para restaurarla y el contrato es conforme con este propósito (...)» (FJ 3r).

SAP Lleida, 2a, 698/2021, 9.11.2021: el tribunal no considera rellevant que el comprador no informés el venedor que utilitzaria un vehicle que ja tenia 14 anys d'antiguitat i 125.000 km per fer 120 km diaris (18.200 km en quatre mesos) i sosté que pot correspondre a l'ús habitual pel tipus de turisme de què es tractava (art. 621-20.2.b CCCat). L'aplicació de l'art. 217 LEC sobre càrrega de la prova determina que no es pugui acreditar la manca de conformitat per insuficiència probatòria de la part demandant. El resultat final és la desestimació de la demanda.

El debat és semblant en molts punts a les dues anteriors en la SAP Barcelona, 1a, 115/2022, 10.3.2022, on les parts discrepen sobre l'ús de la motocicleta de segona mà objecte de la compravenda (per a competició en carreres o per a ús esportiu en carretera), i en què s'imputa responsabilitat al venedor per manca de manteniment quan els defectes identificats també es podrien deure a l'antiguitat del vehicle. L'actor no pot provar els fets en què fonamenta la demanda i es desestima.¹¹⁴

SAP Girona, 2a, 117/2022, 17.3.2022:¹¹⁵ compravenda de data 8.1.2021 entre un empresari autònom i una societat mercantil d'una furgoneta apta per al transport per 4.200 €. La valoració probatòria en primera instància, confirmada en apel·lació, considera acreditada la manca de conformitat material, perquè el vehicle es reputa plenament inhàbil pel fi pel qual es va comprar (propòsits professionals, sense que s'especifiqui quins) per

114 També sobre insuficiència probatòria respecte de la manca de conformitat i els remeis accionats: SAP Girona, 2a, 294/2022, 29.6.2022; i SAP Barcelona, 1a, 377/2022, 30.6.2022.

115 ECLI:ES:APGI:2022:344; MP: Jaume Masfarré Coll.

uns defectes importants que n'afecten la potència. El comprador sol·licita la resolució del contracte, mentre que la venedora interessa la reparació. L'Audiència entén que la reparació, que seria el remei preferible, resultaria antieconòmica per a la venedora i en decreta la resolució.¹¹⁶

També resolen sobre les regles de la conformitat material en compravendes de vehicles de segona mà les següents resolucions: SAP Girona, 2a, 169/2022, 26.4.2022 (el venedor queda exonerat de responsabilitat perquè el comprador podia conèixer amb una diligència mínima l'antiguitat i l'estat del vehicle); SAP Barcelona, 17a, 403/2022, 27.7.2022¹¹⁷ (la manca d'informació precontractual esdevé causa de resolució per manca de conformitat); SAP Girona, 2a, 299/2022, 30.9.2022¹¹⁸ (la manifestació reiterada d'una avaria poc temps després del lliurament del bé —dos dies el primer cop, un mes el segon— el fa inútil, i la manca de conformitat és imputable al venedor perquè implica necessàriament que existia amb anterioritat a l'entrega);¹¹⁹ SAP Girona, 2a, 443/2022, 27.10.2022 (el venedor demandat no pot desvirtuar la presumpció de manca de conformitat de l'art. 621-24.1 CCCat); i SAP Tarragona, 3a, 661/2022, 22.12.2022¹²⁰ (el comprador que pretén una reducció del preu per manca de conformitat reconeix en la pròpia demanda que amb l'examen del bé ja va comprovar

116 La resolució cita, com a precepte regulador de la solució, l'art. 621-42 CCCat amb la redacció vigent amb posterioritat a l'entrada en vigor del Decret llei 27/2021, que ja hem indicat que va ser l'1 de gener de 2022. Pel moment de la compravenda pertocava aplicar la redacció original del Llibre sisè, per efectes de la disposició transitòria primera del Decret llei 27/2021: «Els contractes conclusos abans de l'entrada en vigor d'aquest Decret llei es regeixen íntegrament per les normes vigents en el moment de la seva conclusió». En qualsevol cas, la solució hauria estat la mateixa atenent-nos als art. 621-38.2.b («[e]l compliment específic no es pot exigir (...) [s]i els costos que se'n deriven són desproporcionats respecte al benefici que n'obtindria el comprador») i 621-41 CCCat, (apt. 1: «[e]l contracte es pot resoldre si l'incompliment de l'altra part és essencial»; apt. 2: «[s]'entén que l'incompliment és essencial si priva substancialment l'altra part d'allò a què tenia dret segons el contracte»), qualificant aquesta manca de conformitat com a incompliment essencial.

117 ECLI:ES:APB:2022:9301; MP: Ana Maria Ninot Martínez.

118 ECLI:ES:APGI:2022:1218; MP: Maria Isabel Soler Navarro.

119 En sentit similar, SAP Lleida, 2a, 638/2022, 6.10.2022 (ECLI:ES:APL:2022:806; MP: Marta Monraba Egea): «(...) el actor se ha visto privado del uso del vehículo para la finalidad de su adquisición, porque no se consideran ordinarias ni habituales las averías que presentó, sino de entidad y gravedad suficiente para estimar un incumplimiento de la vendedora demandada» (FJ 2n); i també SAP Lleida, 2a, 781/2022, 30.1.2022 (ECLI:ES:APL:2022:1036; MP: Marta Monraba Egea).

120 ECLI:ES:APT:2022:2117; MP: Manuel Galán Sánchez.

l'existència de certs defectes o danys que, precisament, van possibilitar una primera rebaixa del preu inicial, sense que pugui provar que el venedor hagués obrat amb mala fe ni que conegués vicis addicionals dels que ja tenia el vehicle en el moment de l'entrega).

4.3. Manca de conformitat material en altres béns mobles

L'Audiència Provincial de Girona ha resolt dos casos referits a manques de conformitat en altres béns mobles diferents d'immobles i vehicles de segona mà, relatives a compravendes civils entre empresaris.

SAP Girona, 2a, 478/2021, 13.12.2021.¹²¹ compravenda de data 1.10.2019 entre una societat mercantil (vendedora) a una empresària individual (compradora) d'un seguit de béns mobles (maquinària i estris de cuina) que es trobaven en l'interior d'un local comercial destinat a restauració situat a Puigcerdà. Els béns s'entreguen el mateix dia. El preu és de 27.000 €, a pagar en dos terminis: 10.000 € el 8.10.2019 i 17.000 € el 15.11.2019. Dels antecedents narrats en la sentència d'apel·lació s'infereix que la compradora incompleix parcialment amb l'obligació de pagament, el que porta a la venedora a reclamar judicialment 11.436,49 €. La sentència de primera instància estima parcialment la demanda i condemna tan sols per 1.112,20 €, perquè considera que els béns no eren conformes al contracte i, en funció dels càlculs del perit de la part demandada, determina la reducció assenyalada del preu. En apel·lació es discuteixen en essència dos punts: a) la possibilitat d'exoneració de la responsabilitat de la venedora per notificació intempestiva de la manca de conformitat *ex* art. 621-28 CCCat, que no s'acull perquè la manca de conformitat es posa en coneixement del venedor el 5.12.2019 i l'Audiència considera raonable un termini de dos mesos des del lliurament per valorar si la maquinària venuda estava en bon estat; b) l'import de la reducció, en correspondència amb l'afectació a la conformitat de diversos elements de la maquinària *ex* art. 621-42.2 CCCat.¹²² A partir de la nova valoració de la prova en segona instància l'Audiència condemna la demandada al pagament de 8.535 € (per tant, la reducció del preu per manca de conformitat material és de 2.901,49 €).

121 ECLI:ES:APGI:2021:1580; MP: Joaquim Miquel Fernández Font.

122 «La reducció del preu ha d'ésser proporcional a la diferència entre el valor del bé en el moment del seu lliurament i el que tindria si fos conforme al contracte».

SAP Girona, 2a, 593/2022, 23.12.2022:¹²³ compravenda de data desconeguda (però, en qualsevol cas, posterior a l'1 de gener de 2018) entre dues empreses que té per objecte uns vidres. El venedor reclama el pagament del preu a través d'un procediment monitori i el comprador s'hi oposa al·legant manca de conformitat. En el procediment judicial subsegüent a la demanda s'acredita per una testifical d'un treballador de l'actora la manca de conformitat material: «A judici reconeix els correus intercanviats entre les parts on admet el “desastre de los grandes” que deriva de la no idoneïtat del material subministrat. També reconeix que va anar a les instal·lacions de la demandada i va comprovar el deficient estat dels vidres i la necessitat de ser retornats, sense que posteriorment fessin un nou subministrament de vidres en les condicions necessàries per ser instal·lats» (FJ 2n). Es confirma la plena desestimació de la demanda.

4.4. Manca de conformitat jurídica

Les dues sentències de l'Audiència Provincial de Barcelona que es pronuncien sobre qüestions relatives a la conformitat jurídica contrasten en relació amb les 36 anteriors sobre manca de conformitat material. Amb tot, constitueixen un primer retrat fidedigne de la nova orientació per la qual opta en aquest punt el CCCat en comparació amb el règim del sanejament per evicció del CCesp. Això es posa especialment en relleu amb la inexistència de mencions a la condició necessària d'una sentència ferma per a que prosperi l'acció d'incompliment contractual per manca de conformitat jurídica. A més, permet interpretar els «drets o pretensions de tercers» de l'art. 621-30 CCCat en un sentit ampli, de manera que inclogui tant tercers privats (per exemple, propietaris de finques limítrofes o comunitats de propietaris) com l'Administració Pública, que pot eventualment exercir les seves potestats en defensa de la legalitat (per exemple, per fer complir la normativa urbanística).¹²⁴

SAP Barcelona, 11a, 522/2022, 21.10.2022:¹²⁵ compravenda d'immoble situat a Sant Cugat del Vallès, en data 2.5.2018, entre dos particulars no professionals, amb intermediació d'una agència immobiliària. Es fixa el preu en 380.000 €, amb entrega d'un 10 % en concepte d'arres penitencials.

123 ECLI:ES:APGI:2022:1718; MP: Jaume Masfarré Coll.

124 Vegeu apt. 2.4 *supra*, i en particular l'última nota al peu d'aquell apt.

125 ECLI:ES:APB:2022:10960; MP: Antonio Gómez Canal.

La superfície de l'habitatge és de 50 m², i l'anunci inclou la possibilitat d'ampliació fins als 125 m². En el moment d'elevat a escriptura pública la compravenda privada, el comprador s'hi nega perquè no ha pogut accedir al crèdit hipotecari que necessita ja que l'habitatge té un volum disconforme amb el planejament urbanístic i una part de l'immoble no està inscrita en el Registre de la Propietat. En la demanda el comprador sol·licita la resolució del contracte i la condemna solidària a venedor i intermediari a pagar la devolució de les arres. L'Audiència recull els deures d'informació precontractual del venedor (art. 621-7 CCCat) i les regles sobre responsabilitat per les manifestacions públiques realitzades sobre les característiques del bé (art. 621-24 i 621-25 CCCat), i considera que la falta d'inscripció en el Registre d'una part (el garatge) no constitueix causa resolutòria perquè no frustra les expectatives del comprador, però en canvi el volum disconforme i la impossibilitat d'ampliar l'habitatge, que s'havia ocultat almenys negligentment de la publicitat, sí que ho fa, ja que el potencial urbanístic de la finca ha estat considerat un element essencial del contracte segons reiterada jurisprudència del Tribunal Suprem.

SAP Barcelona, 17a, 50/2023, 16.1.2023:¹²⁶ compravenda d'immoble situat a Granollers en data 16.1.2020, amb arres per import de 4.000 € i obligació de formalització el 28.2.2020. Amb motiu de la sol·licitud pel comprador d'un préstec hipotecari, el perit que taxa la finca indica: (i) que els metres quadrats inscrits en el Registre de la Propietat (28,81) no coincideixen amb els reals ni amb els consignats en el cadastre (45); (ii) que una part de la finca (bany i safareig) s'ha construït sobre el pati de llums de la comunitat de propietaris; i (iii) que l'altell no està legalitzat. El comprador interposa demanda sol·licitant la resolució del contracte i la devolució de les arres pagades. El venedor respon que s'havia informat el comprador d'aquestes circumstàncies, que el comprador havia visitat la finca en diverses ocasions, que l'ampliació que ocupa la zona comunitària és una obra acceptada per la comunitat i que el comprador en realitat ha desistit de la compravenda. El jutjat estima íntegrament la demanda, i la seva resolució es veu confirmada per l'Audiència Provincial. Afirma que amb les visites presencials a la finca el comprador no podia conèixer que l'altell no comptava amb llicència administrativa ni que el bany i el safareig comptessin amb el beneplàcit de la comunitat de propietaris, extrem que tampoc queda provat amb les declaracions testificals. Així, no es pot excloure la possibilitat que

126 ECLI:ES:APB:2023:315; MP: Ana Maria Ninot Martínez.

sigui pertorbat en la seva propietat, pel que concorre el supòsit de manca de conformitat jurídica de l'art. 621-30 CCCat.

5. Conclusions

De l'anàlisi de les sentències exposades de les Audiències Provincials sobre el règim de la conformitat del CCCat en la compravenda se'n poden extreure algunes reflexions de diversos ordres.

El nombre de resolucions revela que certament estem davant d'una qüestió que ocuparà els tribunals catalans. Al capdavant el contracte de compravenda és un dels més comuns del tràfic jurídic, sinó el que més, i a més instrumentalitza l'adquisició de béns que comporten costos significatius per particulars i empreses. Les dades evidencien que, de moment, les compravendes d'immobles i de vehicles de segona mà pràcticament monopolitzen els casos de manca de conformitat, almenys en segona instància. Una explicació plausible d'aquest fet és que els imports d'aquestes operacions són prou rellevants perquè la part afectada tingui incentius suficients per presentar el plet per manca de conformitat. Conseqüentment, moltes de les desavinences entre compradors i venedors poden potencialment esdevenir litigis en què es discuteixi la conformitat del bé davant un tribunal de justícia. Fóra interessant que l'aplicació s'anés ampliant a altres supòsits.

A més, és d'esperar que el nombre de sentències en què s'hagi de dictaminar d'acord amb les normes del CCCat segueixi creixent a mesura que s'estengui el coneixement sobre la regulació pròpia catalana entre els operadors jurídics. En aquest sentit, no podem deixar d'assenyalar que en massa ocasions les defenses lletrades de les parts en el procés continuen presentant les seves alegacions servint-se de fonamentacions jurídiques (singularment, el CCesp i, en menor mesura, el TRLGDCU) que ja no són dret aplicable en moltes de les situacions controvertides. A vegades aquest error persisteix, sense un motiu aparent, ja en seu judicial, tant en primera com en segona instància.

En una altra línia, en un moment no massa llunyà en el temps el TSJC s'haurà de començar a pronunciar sobre el règim de la conformitat del Llibre sisè. Tanmateix, de l'anàlisi en termes agregats de les sentències es fa difícil poder assenyalar algun aspecte especialment problemàtic que requereixi esforços interpretatius per part de l'òrgan judicial de cassació del dret civil català. Això es pot deure al caràcter eminentment pràctic de

moltes de les previsions normatives de la conformitat, que afavoreix que moltes de les discrepàncies entre venedors i compradors no s'arribin a judicialitzar. De fet, la majoria de les resolucions estudiades s'enfronten a majors complexitats en el moment de fixar els fets provats que no pas en el d'aplicar les regles de dret, i és aquí on pren preponderància la pràctica de la prova en tot el seu abast, no només per acreditar la manca de conformitat sinó també la concurrència dels pressupòsits de fet per poder accionar el remei o remeis sol·licitats i l'extensió de les pretensions econòmiques. La preparació de l'estratègia processal de les parts ha de tenir en compte un gran nombre d'elements, perquè en funció de la manca de conformitat que es denunciï i el remei que s'hi vinculi s'hauran de procurar els mitjans probatoris que assegurin la viabilitat de l'al·legació (i la destrucció de la presumpció quan escaigui). Això pot passar tant per la presentació de documental com per la prova testifical o, per a quasi tots els casos, l'aportació d'informes pericials. I, encara en l'aspecte processal, algunes sentències posen en relleu que la manca de conformitat no només pot prosperar com a fonamentació principal d'una demanda del comprador insatisfet, sinó que també pot constituir motiu d'oposició en una contestació davant una pretensió injustificada del venedor (per exemple, de reclamació del preu d'un bé no conforme).

La jurisprudència de les Audiències coincideix amb la doctrina en ressaltar el paper central que la voluntat de les parts té en la determinació de la manca de conformitat. En un mateix pla d'importància es tracten els criteris subsidiaris de l'art. 621-20 CCCat, sobretot per aquelles compravendes no documentades en forma escrita o en què es fa necessari acudir-hi per acabar d'integrar els interessos de les parts en el contracte. Són interessants, per exemple, les contraposicions entre l'ús *a priori* ordinari del bé i l'ús que la part que l'adquiria li volia donar (per exemple, la motocicleta de col·leccionista o de carreres, o l'immoble per reformar i revendre). Sí que són destacables alguns preceptes que apareixen recurrentment citats en vàries sentències i que, paradoxalment, han rebut una atenció més aviat escassa en la literatura jurídica. Ens referim a les regles sobre notificació de la manca de conformitat (art. 621-28 CCCat), manifestacions del venedor (621-24 CCCat) i, molt preeminentment, exoneració de la responsabilitat del venedor per coneixement de la manca de conformitat pel comprador (art. 621-25 CCCat), que s'examina en moltes de les resolucions. Sobta que no s'hi compti cap sentència que s'enfronti a la problemàtica de la prescripció de l'art. 621-44 CCCat.

El canvi operat pel Llibre sisè també es manifesta en el tractament dispensat als remeis, sistematitzats tots ells en l'art. 621-37.1 CCCat a través d'una formulació més senzilla que reuneix les accions edilícies redhibitòria i estimatòria (art. 1486 CCesp), resolutòria i de compliment específic (art. 1124 CCesp) i indemnitzatòria (art. 1101 CCesp). En quasi totes les resolucions el remei exercitat per la demandant és la reducció de preu, en ocasions acompanyada de la indemnització per danys i perjudicis patrimonials i/o morals. En poques (sis) es pretén la resolució del contracte amb la restitució de les prestacions, i només en una sentència es discuteix sobre el remei de reparació, oposat per la part demandada-venedora davant la sol·licitud de resolució de l'actora-compradora. La pràctica absència dels remeis de la reparació i de la substitució (en definitiva, del compliment *in natura* de l'obligació de conformitat) en els pronunciaments examinats pot significar que es tracten de mecanismes de tutela que no estan originàriament ideats per ser exercits davant dels tribunals (sens perjudici que evidentment es puguin també fer valdre allà), sinó que més aviat estan pensats justament per evitar que les discrepàncies respecte de la conformitat dels béns generin plecs. Si l'al·legació extrajudicial de manca de conformitat del comprador ja és acollida pel venedor i aquest darrer accedeix a reparar el bé no conforme o a substituir-lo, la discrepància original desapareixerà i no desembocarà en un procediment judicial. Si a això hi unim les regles sobre el termini de garantia i la responsabilitat objectiva del venedor, el resultat previsible és que moltes manques de conformitat es puguin resoldre en estadi pre-contenciosos, sobretot en la contractació amb consumidors.

Caldrà veure quina és l'evolució de la jurisprudència en les successives sentències per acabar d'identificar paràmetres interpretatius i aspectes obscurs de la normativa catalana. A més, s'haurà d'observar com canvia a la pràctica l'aplicació dels mateixos principis que inspiren la redacció original del Llibre sisè sota la regulació vigent adoptada pel Decret llei 27/2021. La conclusió principal, però, de moment és una altra: la dificultat per construir un discurs propi que sigui capaç de pensar en el CCCat i en les fonts que l'inspiren com a força creadora autònoma de dret, i no únicament traslladar el model del CCesp, tributari de premisses diferents, a la regulació de la conformitat que ara s'integra en el dret civil català.

6. Bibliografia

- ANDERSON, Miriam, «Article 621-37. Remeis del comprador i del venedor», a: EGEA I FERNÁNDEZ, Joan; RIBA I FERRER, Josep (Dirs.); FARNÓS I AMORÓS, Esther (Coord.), *Comentari al llibre sisè del Codi civil de Catalunya. Contractes amb finalitat transmissora i sobre activitat aliena*, Barcelona, Atelier, 2021, p. 373-386.
- , «Article 621-43. Remeis del comprador en cas de drets i pretensions de tercers», a: EGEA I FERNÁNDEZ, Joan; RIBA I FERRER, Josep (Dirs.); FARNÓS I AMORÓS, Esther (Coord.), *Comentari al llibre sisè del Codi civil de Catalunya. Contractes amb finalitat transmissora i sobre activitat aliena*, Barcelona, Atelier, 2021, p. 426-430.
- , «Article 621-44. Terminis d'extinció dels remeis», a: EGEA I FERNÁNDEZ, Joan; RIBA I FERRER, Josep (Dirs.); FARNÓS I AMORÓS, Esther (Coord.), *Comentari al llibre sisè del Codi civil de Catalunya. Contractes amb finalitat transmissora i sobre activitat aliena*, Barcelona, Atelier, 2021, p. 430-437.
- ARNAIZ RAMOS, Rafael, «Article 621-54. Pacte de condició resolutòria», a: EGEA I FERNÁNDEZ, Joan; RIBA I FERRER, Josep (Dirs.); FARNÓS I AMORÓS, Esther (Coord.), *Comentari al llibre sisè del Codi civil de Catalunya. Contractes amb finalitat transmissora i sobre activitat aliena*, Barcelona, Atelier, 2021, p. 514-523.
- ARNAU RAVENTÓS, Lúdia, «La implementació al Dret civil català de les Dir. (UE) 2019/770 i 2019/771, relatives al contracte de subministrament d'elements digitals i al contracte de compravenda de béns» a: INSTITUT DE DRET PRIVAT EUROPEU I COMPARAT – UNIVERSITAT DE GIRONA (Coord.), *Compra-venda, arrendaments i noves modalitats d'ús temporal de béns. Materials de les Vint-i-unenes Jornades de Dret català a Tossa*, Documenta Universitaria, Girona, 2021, p. 85-138
- , «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 del Codi civil de Catalunya: anàlisi del Projecte de llei. Materials de les Divuitenes Jornades de Dret català a Tossa*, Documenta Universitaria, Girona, 2015, p. 441-458.
- ARROYO AMAYUELAS, Esther, «Article 621-30. Drets o pretensions de tercers», a: EGEA I FERNÁNDEZ, Joan; RIBA I FERRER, Josep (Dirs.); FARNÓS I AMORÓS, Esther (Coord.), *Comentari al llibre sisè del Codi civil de Catalunya. Contractes amb finalitat transmissora i sobre activitat aliena*, Barcelona, Atelier, 2021, p. 320-327.

BADOSA COLL, Ferran, «El caràcter de dret comú del Codi civil de Catalunya», *Revista Catalana de Dret Privat*, núm. 8, 2007, p. 19-46.

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», a: SERRANO DE NICOLÁS, Ángel (Coord.), *Estudios sobre el Libro sexto del Código Civil de Cataluña*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, Colegio Notarial de Cataluña – Marcial Pons, 2018, p. 167-188.

EGEA I FERNÁNDEZ, Joan; RIBA I FERRER, Josep, amb la col·laboració de FARNÓS I AMORÓS, Esther, *Codi civil de Catalunya i legislació complementària, amb notes de concordança i jurisprudència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya i de les Audiències Provincials*, Barcelona, Atelier, 2021.

EGEA I FERNÁNDEZ, Joan, «Article 621-1. Contracte de compravenda», a: EGEA I FERNÁNDEZ, Joan; RIBA I FERRER, Josep (Dir.); FARNÓS I AMORÓS, Esther (Coord.), *Comentari al llibre sisè del Codi civil de Catalunya. Contractes amb finalitat transmissora i sobre activitat aliena*, Barcelona, Atelier, 2021, p. 43-65.

GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos, «No lo tires, repáralo.», *InDret* 2.2023, p. xi-xiv.

—, «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 del Codi civil de Catalunya: anàlisi del Projecte de llei. Materials de les Divuitenes Jornades de Dret català a Tossa*, Documenta Universitaria, Girona, 2015, p. 121-152.

GÓMEZ POMAR, Fernando, «Article 621-20. Criteris per a determinar la conformitat», a: EGEA I FERNÁNDEZ, Joan; RIBA I FERRER, Josep (Dir.); FARNÓS I AMORÓS, Esther (Coord.), *Comentari al llibre sisè del Codi civil de Catalunya. Contractes amb finalitat transmissora i sobre activitat aliena*, Barcelona, Atelier, 2021, p. 224-260.

—, «Article 621-21. Instal·lació incorrecta del bé; Article 621-22. Manca de lliurament dels accessoris i documents relacionats», a: EGEA I FERNÁNDEZ, Joan; RIBA I FERRER, Josep (Dir.); FARNÓS I AMORÓS, Esther (Coord.), *Comentari al llibre sisè del Codi civil de Catalunya. Contractes amb finalitat transmissora i sobre activitat aliena*, Barcelona, Atelier, 2021, p. 260-267.

LAUROBA LACASA, Elena, «Article 621-9. Obligacions del venedor», a: EGEA I FERNÁNDEZ, Joan; RIBA I FERRER, Josep (Dir.); FARNÓS I AMORÓS, Esther (Coord.), *Comentari al llibre sisè del Codi civil de Catalunya. Contractes amb finalitat transmissora i sobre activitat aliena*, Barcelona, Atelier, 2021, p. 140-149.

- LLÀCER MATAÇÀS, Maria Rosa, «El Llibre sisè i la proposta de nou “Código mercantil”» 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 català a Tossa*, Documenta Universitaria, Girona, 2015, p. 55-89.
- ORMAZABAL SÁNCHEZ, Guillermo, *La vinculación del juez a la calificación jurídica de la demanda*, Barcelona, Marcial Pons, 2007.
- PEÑA LÓPEZ, Fernando, «Artículo 1480», a: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (Coord.), *Comentarios al Código Civil*, 5a ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2021, p. 1894-1895.
- SERRANO DE NICOLÀS, Àngel, «Article 621-50. Indicació de la superfície de l'immoble», a: EGEA I FERNÁNDEZ, Joan; RIBA I FERRER, Josep (Dirs.); FARNÓS I AMORÓS, Esther (Coord.), *Comentari al llibre sisè del Codi civil de Catalunya. Contractes amb finalitat transmissora i sobre activitat aliena*, Barcelona, Atelier, 2021, p. 480-492.
- VAQUER ALOY, Antoni, «La conformidad de la prestación en la nueva regulación de la compraventa en Cataluña», a: SERRANO DE NICOLÁS, Àngel (Coord.), *Estudios sobre el Libro sexto del Código Civil de Cataluña*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, Colegio Notarial de Cataluña – Marcial Pons, 2018, p. 215-230.
- , «La conformitat en la regulació projectada de la compravenda» 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 català a Tossa*, Documenta Universitaria, Girona, 2015, p. 91-120.

