

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 Catalunya694**
Esther Sais Re
- El pacte comissori en la jurisprudència del Tribunal
Superior de Justícia de Catalunya712**
Rosa Milà Rafel
- La revisió judicial de les resolucions de la Direcció
General de Dret, Entitats Jurídiques i Mediació752**
Miriam Anderson

Llibre sisè del Codi Civil de Catalunya

- La primera experiència en l'aplicació judicial del nou
llibre sisè del Codi civil de Catalunya816**
Jordi Seguí Puntas

Comunicacions

- La reforma de la casación civil: efectos sobre la casación
civil autonómica846**
José-Ramón García Vicente
- La prescripció de la pretensió al pagament de les despeses
de la comunitat de propietaris863**
Tomàs Gabriel García-Micó
- Barreres arquitectòniques i comunitats de propietaris:
anàlisi de l'aplicació judicial de l'art. 553-25.5 CCCat876**
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	

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 comissoriu 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 contenien 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 als 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 *empenyament* 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 ejercerá 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 Barriandos); 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 Barriandos).

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 garantía», 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 jurídic-privades 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, 7.1.2011 (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).